CNMC

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

IPN/CNMC/010/15 INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

16 de julio de 2015

www.cnmc.es

Índice

I. ANTECEDENTES 3
II. CONTENIDO 5
III. OBSERVACIONES 7

III.1. Observaciones generales 7

III.2. Observaciones particulares 16

III.2.1. Principios informadores y diseño institucional 16
III.2.2. Ámbito de aplicación: dispersión de regímenes jurídicos y utilización de figuras afines (encargos) 20
III.2.3. Acceso a las licitaciones 26
III.2.4. Objeto del contrato: división en lotes y ofertas integradoras 34
III.2.5. Revisión de precios 35
III.2.6. Duración 40
III.2.7.Expediente de contratación 43
III.2.8 Técnicas de racionalización de la contratación 54
III.2.9. Ejecución de los contratos 61
III.2.10. Concesiones 71
III.2.11. Detección de indicios de colusión 77
III.2.12. Mejoras en el acceso a la información sobre contratos 83

La Sala de competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), en su reunión de 16 de julio de 2015, ha aprobado el presente informe relativo al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, en el que se analizan las implicaciones del mismo desde el punto de vista de la competencia efectiva en los mercados y la regulación económica eficiente.

La solicitud de informe tuvo entrada en esta Comisión el 30 de abril de 2015. La documentación recibida consiste en el Anteproyecto de Ley citado (en adelante, el APL), junto con la Memoria de Análisis de Impacto Normativo (MAIN).

Este informe se aprueba a solicitud del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en ejercicio de las competencias consultivas de la CNMC en el proceso de elaboración de normas que afecten a su ámbito de competencias en los sectores sometidos a su supervisión, en aplicación del artículo 5.2 a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

I. ANTECEDENTES

El APL tiene por objeto la **incorporación al Derecho español de la** Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE y 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. En la evolución de las Directivas europeas sobre contratos públicos desde los años 70 del pasado siglo hasta la actualidad[1] se ha pasado de una leve coordinación de los procedimientos nacionales sobre preparación y adjudicación de los contratos, que respetaba los procedimientos y las prácticas en vigor en los Estados miembros, a una mayor unificación procedimental. El alto grado de armonización ha llevado a que los procedimientos de preparación, selección y adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios tengan hoy grandes similitudes en todos los Estados miembros de la Unión Europea, de forma alineada con el desarrollo del mercado interior. Es importante subrayar, así mismo, que de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, la obligación de respeto de los principios de objetividad, imparcialidad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos se

[1] Sin ánimo de exhaustividad, cabe citar las siguientes: Directivas del Consejo 71/305/CEE, de 26 de julio de 1971 y 77/62/CEE, de 21 de diciembre de 1976, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras y suministro, respectivamente. Directiva 90/531, sobre los contratos en el ámbito de los sectores anteriormente excluidos (agua, energía, transportes y telecomunicaciones. Directiva 92/50, sobre los contratos públicos de servicios. Directivas 93/36/CEE, 93/37/CEE y 93/38/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre contratos de suministros, obras y sectores especiales, respectivamente. Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales. Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

extiende a todos los contratos que celebren los órganos de contratación sujetos a las Directivas, no sólo a los contratos sujetos a regulación armonizada.

Las nuevas Directivas sobre contratos públicos se enmarcan en la Estrategia "*Europa 2020: para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*"[2] y constituyen la cuarta generación de normas comunitarias en materia de contratación. Como novedad cabe citar que no se refieren únicamente a las fases de preparación y adjudicación, como es ya tradicional en las normas europeas de contratación pública, sino también a las fases de ejecución y resolución.

Entre sus **objetivos destacan**: a) incrementar la eficiencia del gasto público, concepto estrechamente unido a la promoción de la competencia efectiva; b) facilitar la participación de las pymes en la contratación pública; c) permitir que los poderes públicos empleen la contratación en apoyo de objetivos sociales comunes, tales como proteger el medio ambiente, hacer un uso más eficiente de los recursos y de la energía y luchar contra el cambio climático, promover la innovación y la inclusión social; d) aclarar determinadas nociones y conceptos básicos para garantizar la seguridad jurídica e incorporar diversos aspectos resaltados por la jurisprudencia del TJUE.

Desde la entrada de España en la Unión Europea, la normativa en materia de contratos ha evolucionado de la mano del Derecho de la UE en la materia y de los sucesivos procedimientos de infracción por incumplimiento de las disposiciones o por incorrecta transposición de la normativa comunitaria[3].

Para la elaboración del APL, de acuerdo con la MAIN, se constituyó en enero de 2014 un grupo de expertos, con especialistas de distintos sectores de la Administración Pública, que ha prolongado su actuación desde febrero hasta noviembre de 2014 bajo la dirección del Director General de Patrimonio del Estado del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

De conformidad con la MAIN, **los objetivos que inspiran el APL** son: (i) transponer adecuadamente las nuevas Directivas de Contratación Pública[4]; (ii) mejorar la eficiencia (por ejemplo a través de la potenciación de la contratación electrónica); (iii) mejorar la integridad y la transparencia (inclusión en el ámbito subjetivo de los partidos políticos, organizaciones sindicales y asociaciones empresariales, nueva regulación del perfil del contratante, nueva regulación sobre lucha contra la corrupción y la prevención de los conflictos de interés, nueva regulación de los procedimientos de selección de contratistas para evitar su uso fraudulento y una nueva regulación de las prohibiciones de contratar); (iv) simplificar y abaratar la gestión de los procedimientos de contratación pública y lograr procedimientos administrativos más ágiles y eficientes (nueva regulación de los lotes, se favorece la participación de las pymes, se fomentan los medios electrónicos, se amplía la

[2] http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC2020&from=ES

[3] Destacan las Sentencias del TJCE de 18 de marzo de 1992, de 17 de noviembre de 1993, de 3 de mayo de 1994, de 15 de mayo de 2003, de 16 de octubre de 2003, de 13 de enero de 2005, de 3 de abril de 2008 y de 22 de abril de 2010.

[4] El plazo de transposición expira el 18 de abril de 2016 salvo para un supuesto excepcional (art. 22 utilización de medios electrónicos) hasta el 18 de octubre de 2018.

declaración responsable); (v) conseguir objetivos de tipo social y medio ambiental (se impone al órgano de contratación la obligación de introducirlas, pero se le otorga libertad para decidir si las incluye en cada contrato en concreto como criterio de adjudicación o como condición especial de ejecución, se establece un nuevo procedimiento de asociación para la innovación, y se alteran los criterios de aceptación de ofertas anormalmente bajas).

El sistema introducido sigue asentándose, no obstante, sobre dos categorías heredadas de la normativa vigente: por un lado, el concepto de poder adjudicador (diferente del de Administración Pública), que determina el régimen jurídico aplicable; por otro, la diferenciación entre contratos sujetos o no a regulación armonizada, en función de categorías y de la superación de ciertos umbrales económicos.

II. CONTENIDO

El APL se compone de una **Exposición de Motivos, 340 artículos** repartidos en un **Título preliminar** dedicado a recoger las disposiciones generales en esta materia y cuatro libros sucesivos, relativos a la configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales de los contratos **(Libro I),** la preparación de los contratos administrativos, la selección del contratista y la adjudicación de estos contratos, así como los efectos, cumplimiento y extinción de estos contratos **(Libro II),** los contratos de otros entes del sector público **(Libro III),** y, por último, la organización administrativa para la gestión de la contratación **(Libro IV),** 41 Disposiciones adicionales, 3 Disposiciones transitorias, 1 Disposición derogatoria, 6 Disposiciones finales y 4 anexos.

Como señala la exposición de motivos, las principales novedades están repartidas por diferentes capítulos, si bien queda a salvo el régimen jurídico específico correspondiente al contrato de obras, al de suministro y al contrato de concesión de obra pública, en cuyas disposiciones no se han incluido reformas de calado, sino simples mejoras técnicas.

Entre los aspectos más novedosos, la mayor parte de ellos referidos a conceptos que se ya se contemplaban en la normativa actualmente vigente, cabe señalar los siguientes:

- **Título preliminar Disposiciones generales (arts. 1 al 27).** Destaca la nueva regulación del contrato de concesión, del contrato mixto y la eliminación del contrato colaboración público-privada; la inclusión en el ámbito subjetivo de la Ley de los partidos políticos, organizaciones sindicales y asociaciones empresariales y una mayor precisión en cuanto a la posibilidad de acudir a convenios entre entes públicos.
- **Libro I Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos (arts. 28 a 114).** Cambios relevantes en cuanto a la regulación de los ahora denominados encargos a medios propios, ampliándose enormemente el campo de posibilidades (no sólo de entidades matrices a medios propios sino en sentido inverso y entre

medios propios); reforzamiento de la lucha contra corrupción; modificación de algunas prohibiciones de contratar (en especial contemplando la relativa a sanciones por falseamiento de la competencia) y revisión de precios, para ajustarse a la nueva Ley 2/2015 de 30 de marzo, de desindexación de la economía española; formas de acreditar el cumplimiento de normas de calidad o medioambientales; cambios en lo referente al posicionamiento respecto a lotes y ofertas integradoras.

- **Libro II De los contratos de las AA.PP (arts. 115 a 314)**. Se introducen las consultas preliminares de mercado; se produce una extensión de la figura de la declaración responsable[5]; se configura el denominado ciclo de vida del contrato (incluyendo externalidades para el cálculo de su coste); modificaciones en cuanto a las ofertas anormalmente bajas; procedimientos de adjudicación (nuevas figuras del abierto simplificado y la asociación para la innovación), desaparece el negociado por cuantía; relevancia de los criterios sociales, medioambientales, extendiendo su uso como criterios de solvencia, de adjudicación y condición especial de ejecución; delimitación de las mejoras; cambios en la ejecución de contratos (en especial en lo referente a la modificación -sin referencia a porcentajes máximos en las modificaciones previstas en los pliegos-, subcontratación y contratación centralizada –el sistema dinámico de adquisición no presenta límite temporal-).
- **Libro III De los contratos de otros entes del sector público (arts. 315 a 319).** Se establece el régimen jurídico de las entidades que no reúnen la consideración de Administraciones Públicas ni de poderes adjudicadores y el del resto de entes del sector público, eliminándose la obligación de aprobar instrucciones de contratación.
- **Libro IV Organización administrativa para la gestión de la contratación (arts. 320 a 340).** Cambios en cuanto a la composición de los órganos y mesas de contratación y a la realización de remisiones estadísticas (informes detallados por expediente, informe trianual a la Comisión Europea, informe remitido a las Cortes Generales).
- **Otras Disposiciones: 41 Disposiciones adicionales:** se producen especialmente modificaciones en lo referente a los contratos reservados a centros especiales de empleo y los dispositivos electrónicos, informáticos y telemáticos utilizables en los procedimientos (contratación electrónica). **3 Disposiciones transitorias, 1 Disposición Derogatoria, 6 Disposiciones Finales** (identificación de legislación básica, habilitación reglamentaria, incorporación de Derecho de la UE y entrada en vigor, a los seis meses de su publicación en el BOE) y finalmente, 4 Anexos (trabajos propios de los de contratos de obras y de suministros de defensa, información a incluir en los anuncios y contratos de determinados servicios especiales).

[5] Todo ello a la espera del desarrollo del *"Documento Europeo Único de Contratación"* por parte de la Unión Europea

III. OBSERVACIONES

III.1. Observaciones generales

Tanto la CNMC (como su antecesora la CNC) han venido realizando un **seguimiento exhaustivo de la regulación sobre contratación pública y de las diferentes decisiones administrativas que los entes públicos toman** en el proceso de aprovisionamiento público. Además de su relevancia económica, aproximadamente del 18,5% del PIB en España[6], este seguimiento se justifica por el papel de la CNMC en la promoción de la eficiencia económica a través de su principal instrumento, la introducción y salvaguarda de la libre competencia.

Entre las **diversas actuaciones realizadas**, tanto desde la óptica de promoción de la competencia como desde la óptica sancionadora, destacan las recomendaciones a los entes públicos para la eliminación de restricciones injustificadas en ejercicio de la función de promoción de la competencia[7], la persecución y sanción de conductas anticompetitivas[8] y el empleo de la legitimación activa[9] para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas de los que pudieran derivarse obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.

Como se ha señalado en estos instrumentos, **cuando la competencia falla hay invariablemente: (i) una pérdida de eficiencia económica**[10]; (ii) **un innecesario desaprovechamiento de recursos públicos**; (iii) **un aumento del riesgo de colusión** provocado por la menor tensión competitiva entre los propios licitadores

[6] El peso de la contratación pública se situaría entre un 13 y un 20% del PIB a nivel mundial. *Public Procurement for Sustainable and Inclusive Growth. Enabling reform through evidence and peer reviews. OCDE,* situándose en el caso español en aproximadamente el 18,5% del PIB (datos del OCP).

[7] A estos efectos puede consultarse el IPN (2008) de sistemas de clasificación de contratistas, "Guía sobre contratación pública y competencia" (2011), la "Aplicación de la Guía de Contratación y Competencia a los procesos de licitación para la provisión de la sanidad pública en España" (2013), el "Informe sobre los medios propios y las encomiendas de gestión: Implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia" (2013), el PRO/CNMC/001/15 Análisis de la Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia, o los numerosos informes sobre pliegos de contratación de diferentes entes del Estado. Disponibles en la web www.cnmc.es.

[8]Véanse, entre otros, los expedientes S/0383/11 Transporte sanitario conquense, SACAN/0012/11 Transporte Ayuntamiento Las Palmas, S/0226/10 Licitaciones carreteras, S/0316/10 Sobres de papel. En sede internacional, puede consultarse lo relativo a *bid rigging* en la OCDE.

[9] Sobre la base del artículo 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (antiguo artículo 12.3, derogado, de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia) y del artículo 27 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

[10] En el trabajo "*Cartel overcharges and the deterrent effect of EU competition law*" (Smuda 2013), se realizan estimaciones de que el sobreprecio de los cárteles de la UE se sitúa aproximadamente en un 20%.

y, en los casos más extremos, el favorecimiento de un caldo de cultivo propicio para la aparición de problemas colaterales en forma de corrupción[11].

Además, **en la contratación pública confluyen circunstancias** que la convierten, inherentemente, en un área relativamente más proclive a la existencia de prácticas irregulares desde el punto de vista de la competencia que perjudican, si no se corrigen, a la Administración Pública, a los potenciales competidores y en último término, a los ciudadanos y contribuyentes.

Algunas de estas circunstancias son: (i) elevadas barreras de entrada (especialmente en el acceso a las concesiones); (ii) multiplicidad de órganos de contratación; (iii) heterogeneidad de procedimientos y complejas curvas de aprendizaje; (iv) información asimétrica; (v) escasez de operadores en ciertos sectores; (vi) ausencia de evaluación *ex post* y carencias de control; (vii) escasez de motivación del empleado público; (viii) problemas de gobernanza.

En este sentido, el APL contiene **aspectos valorables positivamente,** que contribuirán previsiblemente a mejorar la contratación pública:

- Eliminación del procedimiento negociado (con y sin publicidad) por razón de la cuantía.
- Apuesta decidida por la contratación electrónica.
- Inclusión de nuevas entidades dentro del ámbito subjetivo del APL (partidos políticos, organizaciones sindicales y empresariales).
- Medidas de fomento de la transparencia (perfil del contratante, Registro de contratos, informes periódicos).
- Flexibilización de la opción de acudir a lotes.
- Extensión de la figura de las declaraciones responsables.
- Configuración del denominado ciclo de vidade los contratos.

No obstante, el APL **podría dar una respuesta aún más efectiva a las deficiencias** que aquejan a la contratación pública en España, en particular sobre los siguientes aspectos:

(i) Necesidad de un enfoque más ambicioso[12]**.-** Aunque la MAIN y la propia Exposición de Motivos reiteran el papel de la norma como instrumento

[11] La corrupción implica siempre un déficit de competencia, siendo el caso más patológico. Sin embargo, puede también darse una tensión competitiva insuficiente sin que exista corrupción. Es decir, la corrupción es condición suficiente, aunque no necesaria, para diagnosticar en el aprovisionamiento público un nivel de competencia inferior al exigible.

[12] Esta misma cuestión es también señalada por otras instancias administrativas, como se observa en el Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de contratos del sector público del Consejo económico y social de España de 25 de junio de 2015, cuando en relación con los objetivos perseguidos con las Directivas de contratación y su adecuación en el APL señala: "*Sin embargo, a juicio de este Consejo, la reforma de la legislación de contratos que se somete a Dictamen no aborda este grave problema con la suficiente ambición y profundidad, desaprovechando la ocasión para introducir de manera transversal cuantas disposiciones, procedimientos y cautelas sean necesarios para prevenir eficazmente desde el derecho administrativo la aparición de prácticas desviadas del interés general".*

fundamental para modificar de manera radical el panorama de la contratación pública en España, ésta se limita, a grandes rasgos, a transponer la normativa aprobada por la UE en la materia, adaptando su contenido a la tradición de la regulación existente. Se debería por ello aprovechar la oportunidad para adoptar un enfoque más ambicioso, evitando las carencias que se indican en este IPN.

(ii) Regulación excesivamente *administrativizada,* sin poner la esencia del aprovisionamiento en la racionalidad económica.- En línea con la tradición regulatoria sobre contratación pública en nuestro país, la norma continúa siendo sobre todo un conjunto de instrucciones procedimentales, necesarias en muchos casos, con un enfoque fundamentalmente centrado en la Administración y escasamente dirigido, en cambio, a crear los incentivos adecuados para facilitar la concurrencia de las empresas y el empoderamiento de los ciudadanos. Sería por ello interesante plantearse una aproximación a la normativa de aprovisionamiento de los operadores del sector privado. Se recomendarán en consecuencia posibles líneas de mejora[13]. La existencia de vías de encuentro, de proyectos-piloto en común, e, incluso, de posibles operaciones de aprovisionamiento conjuntas (público-privadas, abiertas obviamente a todos los operadores sin restricción) no deberían ser descartables[14].

(iii) Necesaria mejora de la promoción de la competencia y la eficiencia por parte de los órganos de contratación (y su personal adscrito). El principio de eficiencia, además de principio básico informador de la normativa de contratación pública, es un principio de "*alcance y fundamento constitucional*[15]" derivado del art. 31 de la Constitución española[16] y que presenta igualmente raíces profundas en la legislación ordinaria[17] general y en la propia de

[13] Para un análisis global en ese sentido, que afecta a entidades públicas y privadas, puede consultarse el libro "*Handbook of Procurement (N. Dimitri, G. Piga y G. Spagnolo) Cambridge University Press (2006* ". Para una comparativa entre los elementos comunes y diferenciadores de la contratación en el sector público y en el privado, puede verse "*Public procurement. International cases and commentary* (L. Knight, C. Harland, J.Telquen, Khi V. Thai, G. Callender y K. Mcken. Routledge (2007) "

[14] De hecho, en el APL de procedimiento de contratación en sectores especiales -informado igualmente por la CNMC- se contempla en su art. 89 la realización de contrataciones conjuntas entre entidades contratantes que pueden perfectamente ser de naturaleza pública y privada.

[15] Destaca en este sentido el libro "Los principios jurídicos del Derecho Administrativo" Director Santamaría Pastor, J. A. (2010). En especial, el capítulo dedicado al Principio de Eficiencia, realizada por Gimeno Feliú, J. M. (págs. 1255 a 1274).

[16] Art. 31 C. 78: "*El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía*".

[17] Ley 47/2003 de 26 de noviembre, General Presupuestaria en su art. 69.1 (Principios de funcionamiento de la gestión económico-financiera) prevé que. "*Los sujetos que integran el sector público estatal adecuarán su gestión económico-financiera al cumplimiento de la eficacia en la consecución de los objetivos fijados y de la eficiencia en la asignación y utilización de recursos públicos, en un marco de objetividad y transparencia en su actividad administrativa*". De igual forma, Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera en su art. 7 (Principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos), señala que

contratación pública: además del art. 1, los arts. 28 y 34 del APL encargan a los poderes públicos la búsqueda de eficiencia en la asignación de los fondos públicos, principio básico de buena administración. Se trata además de un instrumento muy útil para reducir el margen de discrecionalidad de los entes públicos en la medida en que implica la utilización de técnicas de gestión que aseguren la máxima racionalidad y rentabilidad en el empleo de los recursos públicos[18].

Sin embargo, el grado de exigencia y las implicaciones prácticas que conlleva el incumplimiento del principio de eficiencia presentan carencias notables. A pesar de las referencias normativas, la gestión de la contratación pública es mayoritariamente jurídica y poco dada en la práctica a consideraciones económicas desde aquella óptica. Se prima el cumplimiento *formal* de las normas frente a la obtención de metas cuantificables de carácter *finalista*, como puede ser la evaluación de si realmente se ha obtenido la mejor relación calidad-precio (prueba de eficiencia) en el expediente en cuestión.

Por otro lado, no hay un sistema de incentivos (económicos o de otro tipo) que fomenten la excelencia en la búsqueda de eficiencia por el factor humano, el empleado público. Incluso podría hablarse, en determinados aspectos, de la existencia de incentivos perversos, como el presupuesto incremental y la práctica habitual de reducir el presupuesto en el ejercicio siguiente a aquellos órganos administrativos que no lo hayan ejecutado por completo. En ausencia de instrumentos que premien la mejora cuantificable de los resultados, y ante una normativa procedimental de corte técnico, el incentivo del empleado público es a centrarse exclusivamente en el cumplimiento *formal* de la normativa, con el fin de tratar de minimizar las posibles demoras y, en su caso, la exigencia de responsabilidades.

Por ello, con la legitimidad que ofrece el art. 1 del APL en la búsqueda de una eficiente utilización de los fondos públicos, sería necesario introducir mecanismos que incentiven su aplicación práctica tanto para el órgano de contratación como para el empleado público:

(i) vinculando en la medida de lo posible la disponibilidad presupuestaria futura de los órganos de contratación a la consecución de buenos indicadores de eficiencia[19];

"*1. Las políticas de gasto público deberán encuadrarse en un marco de planificación plurianual y de programación y presupuestación, atendiendo a la situación económica, a los objetivos de política económica y al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. 2. La gestión de los recursos públicos estará orientada por la eficacia, la eficiencia, la economía y la calidad, a cuyo fin se aplicarán políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del sector público".*

[18] Para un desarrollo mayor, ver González-Páramo y Martínez-Murillo, Papeles de economía española nº 100 (2004): "Disciplina presupuestaria, estabilidad macroeconómica y eficiencia de las finanzas públicas".

[19] Si se busca mejorar la eficiencia en la contratación debería examinarse la causa de la no ejecución del presupuesto, incrementándolo –o al menos evitando reducirlo – cuando se debe a ganancias de eficiencia.

(ii) motivando al empleado público a través de incentivos económicos, monetarios o de otro tipo, si dicha eficiencia es lograda[20] en su ámbito de responsabilidad.

(iv) Necesaria sistematización de la necesidad de evaluación (*ex ante* y *ex post*) de los procesos de contratación.- Es cierto que existen controles tanto internos como externos por entidades de alto nivel de cualificación profesional. Sin embargo, estos controles deben reforzarse decididamente desde el punto de vista de la consecución de la eficiencia económica y la promoción de la competencia en el aprovisionamiento:

(i) Debe evitarse el sesgo excesivo hacia el control de legalidad formal y debe situarse en el centro del aprovisionamiento la necesaria eficiencia y competencia que han de inspirar la contratación pública;

(ii) Deben instrumentarse consecuencias prácticas reales en caso de incumplimiento de los objetivos económicos, superando las insuficientes consideraciones sobre definición de objetivos y evaluación de políticas de gasto contempladas en la legislación presupuestaria[21];

(iii) Los controles deben realizarse en tiempo real, sin retrasos temporales[22] para contribuir realmente a mejorar el proceso concreto de asignación de recursos;

(iv) El análisis *ex ante* y *ex post* debe tener en cuenta como elemento fundamental los aspectos de promoción y mejora de la competencia efectiva;

---

[20] Cabe citar en esta línea las recomendaciones del Consejo de la OCDE sobre contratación pública. *OECD 2015 Recommendation of the Council on Public Procurement*.

[21] Por ejemplo, el art. 72 de la Ley 47/2003 de 26 de noviembre, General Presupuestaria: "*El Ministerio de Hacienda, en colaboración con los distintos centros gestores de gastos, impulsará y coordinará la evaluación continuada de las políticas de gasto con la finalidad de asegurar que las mismas alcancen sus objetivos estratégicos y el impacto socioeconómico que pretenden".*

[22] Artículo 140 Ley 47/2003 de 26 de noviembre, General Presupuestaria señala en relación con el control de la gestión económico-financiera del sector público estatal: "*1. En su condición de supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público, corresponde al Tribunal de Cuentas el control externo del sector público estatal, en los términos establecidos en la Constitución, en su ley orgánica y en las demás leyes que regulen su competencia. 2. La Intervención General de la Administración del Estado ejercerá en los términos previstos en esta ley el control interno de la gestión económica y financiera del sector público estatal, con plena autonomía respecto de las autoridades y demás entidades cuya gestión controle*."(Subrayado propio). Gimeno Feliú en la obra ya citada señala la posibilidad de incentivar la aplicación del procedimiento de responsabilidad contable y presupuestaria ante el Tribunal de Cuentas regulado en la L.O. 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas. No obstante, existe un problema en cuanto a plazos: el Tribunal de Cuentas, por ejemplo, supremo órgano fiscalizador, viene aprobando el informe sobre la Cuenta General del Estado con una demora mínima de dos años. Así, de acuerdo con el Programa de Fiscalizaciones para el año 2015, el Tribunal de Cuentas aprobará este año la Declaración sobre la Cuenta General del Estado correspondiente al ejercicio 2013. Del mismo modo, el programa anual prevé que se desarrolle en 2015 la fiscalización de la contratación celebrada en 2013 por los ministerios, organismos y otros entes dependientes del área de la Administración Económica del Estado.

(v) Promover la existencia de un organismo externo especializado que evalúe la eficiencia económica y el nivel de competencia de los procedimientos de contratación.

Se recomienda por tanto contar con un control de eficiencia económica. Por un lado, un control de carácter preventivo, no necesariamente fiscalizador, previo a la formalización del contrato, evaluando prospectivamente las garantías de competencia que ofrecen las decisiones tomadas respecto al proceso de adjudicación (Pliegos, tipos de procedimiento…). Por otro lado, un control *ex post,* que permita analizar la eficiencia económica obtenida así como, la competencia efectiva alcanzada[23] y, en su caso, los comportamientos indiciarios de prácticas contrarias a la defensa de la competencia. En ambos supuestos es recomendable que se puedan poner en práctica, dinámica y acumulativamente, las recomendaciones necesarias para la mejora continuada del aprovisionamiento.

A estos efectos, la CNMC valora positivamente la previsión del artículo 83 de la Directiva 2014/24/UE en la que se recoge que una o varias autoridades de los diferentes Estados velarán por la aplicación de las normas de contratación pública. Debe subrayarse, en este sentido, que en diferentes Estados Miembros de la UE existen órganos, específicos e independientes de los órganos de contratación, encargados del diseño y control *ex ante* y *ex post* de la contratación administrativa[24] que han centralizado las competencias en materia de control de la contratación pública desde esta óptica. El APL puede ser un vehículo óptimo para incluir una previsión de este tipo, situando a España a la vanguardia de la contratación administrativa.

Adicionalmente, esta Comisión considera que existe margen suficiente para reforzar el papel consultivo de la CNMC, como Autoridad de Competencia y Regulación, en la mejora del diseño de los Pliegos y en el análisis de efectos *ex post* que pudieran tener implicaciones para la competencia efectiva, sin perjuicio y de forma complementaria a las competencias de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado[25].

(v) Debe valorarse con elevado rigor la introducción de objetivos secundarios que, aunque bienintencionados, pueden amenazar los

[23] Respecto a los posibles indicadores, sería interesante distinguir entre aquellos aspectos de la toma de decisiones públicas que presentan un afectación significativa respecto al resultado final del procedimiento de los que se podrían denominar errores insignificantes desde esa óptica, en línea con el Tribunal de Cuentas Europeo (ECA en inglés) en su "*declaration d´assurance*" en base al art. 287.1 TFUE. Ver a este respecto, *Brief 29 Public Procurement*. "*Detecting and correcting common errors in public procurement*" SIGMA, a joint initiative of the OCDE and the EU.

[24] Un caso claro es el de autoridad sueca de Competencia. *Vid*: The Swedish Competition Authority: Tasks and Organisation: *The objective of the Swedish Competition Authority is to promote effective competition in the private and public sector and efficient public procurement. The vision of the Swedish Competition Authority is 'Welfare through well-functioning markets'*.

[25] La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado es el órgano que prevé el APL en su artículo 326. Hoy en día, las funciones análogas están atribuídas a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, prevista en el artículo 324 de la LCSP

objetivos primarios de la contratación pública incrementando el coste de los contribuyentes y de los usuarios.- Los principios de eficiente utilización de los fondos públicos, salvaguarda de la libre competencia y selección de la oferta económicamente más ventajosa se citan en el artículo 1 del APL como marco inspirador de la norma. Debe tenerse presente no perjudicar este marco con la introducción de variables ajenas a los principios contenidos en el mismo (como las consideraciones sociales, medioambientales o de investigación y desarrollo[26]) que pueden perjudicar la eficiencia estática y dinámica en el aprovisionamiento y podrían potenciarse, en su caso, con otros instrumentos públicos mejor adaptados a la consecución de estos objetivos.

La CNMC considera que la contratación pública no es el instrumento correcto para el cumplimiento de los objetivos sociales comunes incluidos en las Directivas y en el APL. Es evidente que existen otros más apropiados y, en su caso, menos distorsionadores *a priori* de la competencia: exenciones fiscales, modificaciones regulatorias. Adicionalmente, esto lleva a plantear de forma sistemática la necesaria coordinación de los instrumentos utilizados y de la coherencia de las políticas públicas en las que se asientan.

Tales objetivos pueden reducir la objetividad y transparencia del proceso. Esto incrementaría la discrecionalidad de los órganos contratantes, de forma que pueden verse negativamente afectados los objetivos más directos y esenciales de la contratación pública, esto es, la eficiencia en el gasto público y el fomento de la competencia en los mercados. Para que el interés general obtenga las máximas aportaciones económicas y sociales con los ingresos públicos de los contribuyentes la eficiencia económica y la competencia deben ser siempre preservadas.

Sin perjuicio de defender unas reglas de juego idénticas para todos los operadores en el ámbito internacional, un planteamiento similar cabe defender respecto a elementos *soberanistas o proteccionistas*, tal como la pervivencia de principios como el de reciprocidad[27], injustificado desde el punto de vista del aprovisionamiento eficiente.

Por otro lado, el elemento cultural lingüístico deviene fundamental, y medidas como la automática traducción de las convocatorias de licitación y de la documentación relevante a otros idiomas internacionales o al español en el caso de las lenguas cooficiales autonómicas (al menos respecto a las licitaciones que superen ciertos umbrales económicos) podría mejorar el panorama competitivo y la debida eficiencia del gasto público en España.

Para evitar estas distorsiones, se recomienda tomar consciencia de que la utilización de la contratación pública para alcanzar objetivos políticos

[26] A este respecto, ver "*Renforcer l´efficacité de la commande publique» Conseil d´analyse economique*". S. Saussier y J. Tirole. Nº 22 Avril 2015

[27] Por ejemplo, el art. 68 del APL consagra este principio en relación con las empresas no comunitarias. Adicionalmente, a veces se da la paradoja de que los Pliegos administrativos pueden llegar a imponer criterios más estrictos (de solvencia técnica, financiera…) a empresas de Estados miembros de la UE que a empresas de terceros países.

secundarios puede tener efectos negativos sobre el objetivo primario del aprovisionamiento (eficiencia en el gasto y competencia) por lo que debe ponderarse adecuadamente la conveniencia de tal decisión caso por caso[28].

La existencia de ese otro objetivo de interés público (medioambiental, social…) es una condición necesaria pero no suficiente para estimar la necesidad, adecuación y proporcionalidad de la medida. Una vez identificado el objetivo, resulta necesario asegurarse de que la medida en cuestión tiene un nexo causal con la misma. Es decir, que verdaderamente contribuye a resolver el problema que pretende solucionar y que lo va a realizar con la mínima distorsión posible para la competencia, lo cual deviene fundamental.

(vi) Mayor consideración de las implicaciones de la normativa sobre ayudas de Estado en la contratación pública. El art. 107 TFUE prohíbe, salvo en determinadas excepciones, las ayudas de Estado por su potencial efecto distorsionador de la competencia. Sin embargo, en los supuestos en que se admite su concesión nada impide que un operador beneficiario de una ayuda pueda presentarse a una licitación con esa hipotética ventaja.

El concepto de ayuda recogido por la normativa y la jurisprudencia comunitaria implica que, en algunos casos, la existencia de ayuda entra en contacto directo con un expediente de contratación pública. Esta relación se circunscribe en el APL al único supuesto de la presentación de ofertas anormalmente bajas como consecuencia de la existencia de ayudas públicas ilegales[29].

La CNMC sugiere un fortalecimiento de la relación entre ambos campos (ayudas y contratos públicos) sobre la base de los siguientes elementos:

En primer lugar, la exigencia del APL en relación con las ofertas anormalmente bajas o con valores desproporcionados debería conllevar que, de inicio, se exija a todos los licitadores la comunicación al órgano de contratación de las ayudas públicas recibidas (sean calificadas como ayudas de Estado o no[30]) a los efectos de poder comprobar la legalidad de las mismas, de forma que no sólo se restrinja a los supuestos de valores anormales o desproporcionados sino a todos aquellos supuestos en que la ayuda ilegal haya podido influir en la presentación de la oferta en cuestión. Si así fuera, y se demostrara su concesión ilegal, se debería excluir de la licitación a la empresa afectada con la correspondiente imposición de la prohibición de contratar[31].

En segundo lugar, existen en el APL supuestos en los que la presencia de ayudas de Estado es indiciaria:

---

[28] En línea con las recomendaciones de la OCDE a este respecto. Víd.: *OECD 2015 Recommendation of the Council on Public Procurement*.

[29] Por ayuda ilegal entenderíamos aquella que no haya cumplido con la normativa establecida al respecto por el Derecho de la UE.

[30] Como es bien sabido, existen ciertas ayudas, probablemente las más numerosas en cuanto a concesiones a empresas, que si no superan ciertas cuantías (en general los 200.000€ en un período de tres años) no son consideradas ayudas de Estado en el sentido del art. 107.1 del TFUE.

[31] Ver en esta línea el art. 59.3c) del ley 38/2003 General de Subvenciones y art. 71.1.f) del APL.

- Las aportaciones públicas[32] que pueden recibir los adjudicatarios de contratos de concesión (analizados en las observaciones particulares punto III.2.10 sobre concesiones) en sus diferentes variantes (aportaciones patrimoniales, avales…).
- La construcción de infraestructuras públicas[33] (a través de cualquiera de las figuras contractuales del APL, normalmente a través de un contrato de obras o de concesión). Existen expedientes de investigación abiertos por la Comisión Europea al respecto e incluso supuestos de ayudas de Estado notificados por el Reino de España en relación con la construcción de infraestructuras[34] que van en esta misma línea.
- La importancia crucial que tiene la contratación pública en relación con los Servicios de Interés Económico General (SIEG). Como se estableció en el cuarto criterio de la conocida Sentencia Altmark[35], la atribución de estos SIEG puede hacerse por dos vías, una de las cuales (idealmente la preferible desde la perspectiva de competencia) es mediante un procedimiento de contratación pública *"que permita seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad"*. Es decir, se trata de articular los mecanismos normativos y administrativos que permitan atribuir de forma óptima los SIEG en el marco de una competencia por el mercado entre operadores, asegurando que no se generará una sobrecompensación por la atribución de estos servicios. Para asegurar esta ausencia de sobrecompensación (y, por ende, de ayuda de Estado), se necesita que los procedimientos de licitación consigan este resultado de forma competitiva y efectiva.

Por todo ello, teniendo en cuenta el potencial distorsionador de la competencia de las ayudas de Estado y la problemática que generan en términos de procedimientos de infracción por parte de la Comisión Europea, se propone la inclusión, en las memorias iniciales de los expedientes de contratación y posteriormente en el momento de la adjudicación, de unas consideraciones básicas sobre la posible existencia de ayudas y, en su caso, su compatibilidad con los arts. 106 y 107 TFUE, con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y con los documentos interpretativos –comunicaciones, recomendaciones y directrices- elaborados por la Comisión Europea en esta materia.

---

[32] Arts. 264, 266 y 269.3 del APL

[33] ANDRÉS M. GONZÁLEZ SANFIEL. "El control comunitario sobre la financiación estatal de infraestructuras". Revista de Administración Pública. núm. 187, Madrid, enero-abril (2012).

[34] Partiendo del caso Leipzig Halle (C-48/06), se han dado algunos casos españoles: Ayuda estatal SA.36223 (2013/N) – España.- Ayuda a la inversión Puerto de Sª Cruz Tenerife: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/248020/248020_1453837_59_2.pdf**.** Ayuda estatal SA.36953 (2013/N) — España.- Ayuda inversión Puerto de la Bahía de Cádiz:

http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/249217/249217_1481222_100_2.pdf

[35] Sentencia del TJ de las CEE de 23 de julio de 2003, en el asunto C-280/00.

III.2. Observaciones particulares

Independientemente de las observaciones generales formuladas, algunas de las cuales serán desarrolladas más en profundidad en este apartado, se relacionan igualmente otra serie de aspectos[36]:

III.2.1. Principios informadores y diseño institucional

Los arts. 1 y 132 del APL establecen los principios generales a los que debe sujetarse imperativamente la contratación pública, entre los que destacan la eficiente utilización de los fondos públicos a través de la salvaguarda de la libre competencia, sin perjuicio de la existencia de situaciones excepcionales[37] que deben ser interpretadas restrictivamente. Esta idea parece reforzarse con el hecho de que uno de los pretendidos motivos de la reforma es la lucha contra la corrupción[38] y la prevención de distorsiones competitivas (art. 64 del APL).

Estos principios informadores, por su raíz constitucional, deben ser igualmente de aplicación directa al resto de categorías afines a los contratos del sector público (contratos privados, patrimoniales, de seguridad y defensa y encargos a medios propios[39]…) cuya normativa sectorial presenta a veces divergencias injustificables desde esta óptica.

En relación con el principio de salvaguarda de la libre competencia, cabe realizar varias consideraciones:

- El reconocimiento constitucional de la libertad de empresa, reforzado por legislación ordinaria[40] básica para todas las Administraciones Públicas,

[36] Algunos ya fueron señalados en la Guía de contratación pública y competencia de la CNMC, ya citada, y en otros informes y estudios elaborados por esta autoridad de competencia en estos últimos años.

[37] Por poner un ejemplo, la contratación realizada en procedimiento negociado sin publicidad.

[38] Art. 64.1 del APL: "*Los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores*".(Subrayado propio)

[39] Son las antiguas encomiendas de gestión del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP)

[40] Para toda actuación de las Administraciones Públicas que pueda limitar el ejercicio de derechos individuales o colectivos, el artículo 39 bis, apartado 1º, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de RJAAPP y PAC dispone lo siguiente: "*Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad,* ***deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias****".*

En lo que se refiere estrictamente a iniciativas normativas, el artículo 4 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), dispone que: "*En el ejercicio de la iniciativa normativa, el*

constituye una obligación de todos los poderes públicos. A cualquier limitación o restricción anti competitiva deberá preceder la correspondiente ponderación entre los intereses que se persiguen y aquellos derivados de un funcionamiento competitivo de los mercados, y este análisis ha de quedar suficientemente justificado por disposición expresa de la Ley[41].

Es decir, toda medida restrictiva[42] de la competencia deberá justificarse sobre la base de los principios de necesidad y de proporcionalidad. Una medida es innecesaria cuando la precisión del objetivo perseguido resulta deficiente o cuando no existe nexo causal entre la restricción y aquél. La ausencia de proporcionalidad significa que la restricción a la competencia, que siempre conlleva un perjuicio en términos de bienestar económico, supone un coste excesivo en relación con el supuesto beneficio derivado de la introducción de la restricción, al existir alternativas plausibles menos gravosas para la competencia, incluida, en su caso, la no regulación o no adopción de la medida. Sería recomendable que estas consideraciones, alineadas también con la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, fueran acogidas explícitamente por el APL[43] a continuación del art. 1 o al menos mencionadas en la exposición de motivos del texto.

- El art. 132 del APL no debería asociar la protección del principio de competencia con elementos centrados en la intencionalidad[44] de la medida. Este enfoque podría facilitar innecesariamente la discrecionalidad y crear dificultades probatorias, además de restringir su campo de actuación considerablemente. Frente a esa aproximación se propone una redacción análoga a la recogida en la D.A. 23ª del APL que se centra en una concepción de la restricción por el objeto o por los efectos: "*se evitará en la contratación cualquier práctica que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación*". Se recomienda además situar el contenido del art. 132 en el propio art. 1 del APL, como se indicará más adelante.

---

conjunto de las Administraciones Públicas actuará de acuerdo con los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia. En la iniciativa normativa quedará suficientemente motivada la adecuación a dichos principios".(negrita propia)

[41] Vid. Art.39 bis apartado 1, de la Ley 30/1992 y art. 4 de la Ley 2/2011.

[42] Por restricción a la competencia puede entenderse "cualquier medida que limite el número, variedad, capacidad o incentivos de los operadores para acudir a la licitación", en línea con la Guía para la elaboración de memorias de competencia de la extinta CNC.

[43] A este respecto, puede consultarse el APL de sectores especiales, informado también por la CNMC, en cuyo art. 17 se contienen aspectos teóricos de evaluación de elementos propios del Derecho de la competencia

[44] Art. 132: "*La contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios*."(subrayado propio)

- En numerosos preceptos del APL existe una mención específica al principio de libre competencia como cláusula limitativa[45] de ciertas decisiones tomadas en el proceso de aprovisionamiento y, sin embargo, es obviado en otros supuestos[46] en que el mismo principio podría estar en entredicho. Sin perjuicio de las menciones particularizadas en ciertos preceptos, parecería preferible un enfoque homogéneo y completo que abarcara todo el cuerpo normativo, recomendándose una referencia explícita análoga a la contenida en estos preceptos como desarrollo del art. 1 del APL y por tanto aplicable a todas las situaciones previstas en el texto normativo.

En relación con el diseño institucional y la mejora de la gobernanza en materia de contratación pública, se valora la existencia de órganos consultivos en esta materia (regulados en los arts. 326 y 327 del APL, en particular la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado). Adicionalmente, sería recomendable que aprovechando la mejora de la gobernanza que propone la Directiva 2014/24/UE[47] de contratación pública, se pudieran establecer[48]:

- Cauces de remisión de los órganos consultivos en materia de contratación pública a la CNMC (autoridad competente para preservar y promover la competencia en todos los mercados y sectores, también en el de contratación pública[49]) o a las autoridades de competencia de ámbito autonómico en su caso, en aquellos supuestos en que la cuestión[50] pudiera tener como objeto dilucidar posibles restricciones a la competencia efectiva (además del cauce ya contemplado en la D.A. 23ª respecto a los indicios de colusión entre operadores). Dicha posibilidad debería igualmente hacerse extensiva a los órganos administrativos competentes para la resolución del recurso especial en materia de contratación pública y en determinadas

[45] Con el fin de evitar la distorsión, el falseamiento, la obstaculización o la restricción de la competencia (por ejemplo, los arts. 64, 70, 99, 115, 126, 133, 143, 145, 160, 166, 167, 174, 175, 176, 183, 212, 213, 217, o la DA 28ª y la DA 32ª).".

[46] Por poner solo un ejemplo, en la utilización del procedimiento de urgencia, con evidentes efectos restrictivos sobre la competencia efectiva.

[47] Art. 83 de la Directiva. Debe señalarse que el anterior art. 84 de la propuesta de Directiva preveía la creación de una autoridad independiente, bajo la rúbrica *"Supervisión pública"* con poderes reforzados.

[48] Estas cuestiones serán desarrolladas igualmente en el apartado de detección de los indicios de colusión.

[49] Sin olvidar que entre las funciones atribuidas a la CNMC se encuentran también las relativas a **supervisión regulatoria en sectores regulados** (telecomunicaciones, energía, transportes, postal…) por lo que se cuenta con un perfil técnico de asesoramiento en estos sectores de indudable cuaficación técnica y que puede complementar ciertas carencias de los órganos de contratación al respecto.

[50] No en vano, esta autoridad ha venido remitiendo a través de la función consultiva (pero también a través de cauces pro activos) del art. 5 de la Ley 3/2013 de 4 de junio, de creación de la CNMC, sus recomendaciones de diseño de licitaciones públicas.

circunstancias, incluso a los órganos jurisdiccionales a través de la figura del *amicus curiae*[51].

- Programas de formación específicos para que el personal de estos órganos administrativos y jurisdiccionales pueda tener una capacitación específica en materia de defensa y promoción de la competencia, algo que se ha señalado tradicionalmente como un punto débil del sistema.

En relación con el principio de no discriminación, y sin perjuicio de que teóricamente lo que se va a proponer está ya cubierto por el mismo -lo que no obsta para que a pesar de ello en la práctica sigan dándose ejemplos de lo contrario- se recomienda incluir una referencia expresa a la deseable actitud pro activa de los órganos de contratación para eliminar cualquier ventaja competitiva que pudiera favorecer al incumbente o incumbentes. A estos efectos, se puede tomar como referencia el contenido del art. 45 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización[52].

Por otro lado, se propone incluir entre los principios recogidos en el art. 1 del APL el principio de evaluación. Partiendo de la máxima de que lo que no se puede medir, no se puede mejorar, el objetivo de eficiencia exige una fiscalización del conjunto de medidas tomadas durante el proceso de licitación y adjudicación evaluando el grado de competencia existente. Se ha de tener presente que el proceso de la contratación pública no finaliza con la adjudicación del contrato.

En este sentido, un factor que no ayuda precisamente es la escasa comparabilidad de expedientes de contratación, a pesar de que muchos de ellos comparten un objeto análogo. Esta circunstancia se ha puesto claramente de manfiesto en el proceso de centralización de la contratación pública llevado a cabo desde el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, detectándose la disparidad de precios que se venían pagando por los diferentes órganos de contratación pertenecientes a una misma Administración Pública. Para ofrecer las herramientas de comparabilidad adecuadas, es urgente introducir un mayor rigor en la utilización del Vocabulario Común de Contratos (CPV) por parte de aquellos, ejerciendo una fiscalización adecuada (con facultades incluso de modificación de la categoría propuesta) la unidad responsable de su gestión.

Por lo que se refiere a los principios de publicidad y transparencia, se recomienda una interpretación ambiciosa de los mismos tanto en lo referente a los medios de publicidad utilizados (especialmente en los supuestos en que el APL permite -pero

[51] Art. 16 de la LDC 15/2007 y la D.A. segunda de la misma ley contemplan ese supuesto únicamente en lo referente a la aplicación de expedientes sancionadores pero sería deseable ampliar el supuesto también a estas actuaciones desde la óptica de promoción de la competencia.

[52] "Art.45. *"Prohibición de discriminación a favor de contratistas previos en los procedimientos de contratación pública. 1. En sus procedimientos de contratación, los entes, organismos y entidades integrantes del sector público no podrán otorgar ninguna ventaja directa o indirecta a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración. 2. Serán nulas de pleno derecho todas aquellas disposiciones contenidas en disposiciones normativas con o sin fuerza de Ley así como en actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano del sector público que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración."*

no impone- vías de publicidad menos garantistas que las tradicionales en diarios oficiales) como en cuanto al conjunto de información disponible en las plataformas de contratación, elementos ambos fundamentales para conseguir una competencia efectiva y un control adecuado de la eficiencia obtenida, siempre desde el fomento del principio de gratuidad en el acceso a la misma[53].

III.2.2. Ámbito de aplicación: dispersión de regímenes jurídicos y utilización de figuras afines (encargos)

No siendo un problema creado por este APL sino derivado de normativa aprobada con anterioridad, destaca la existencia de un problema de dispersión normativa ya que, en el ámbito del aprovisionamiento (y en su caso, de la enajenación de bienes y derechos) a través de procesos de concurrencia competitiva coexisten diversas regulaciones, sin ánimo de ser exhaustivo: la Ley 31/2007 de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (cuyo APL que lo sustituye se tramita en paralelo y será informado por la CNMC igualmente), la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas[54] y otras normas legales especiales, así como la normativa del Derecho privado aplicable en ciertos contratos.

La existencia de diferente normativa, dispersa, en función de la tipología de los sujetos y del objeto contratado, cuando realmente no existen diferencias significativas en cuanto al fondo del aprovisionamiento, puede conllevar problemas de información asimétrica y de falta de predictibilidad y seguridad jurídica en los operadores. Sería recomendable codificar de manera coherente y sistemática el marco regulatorio en este amplio ámbito, con una tendencia a medio plazo hacia una deseable uniformización.

Así mismo, se recomendaría que se produjera una homogeneización del régimen aplicable a los contratos y concesiones, independientemente de que estén sujetos o no a regulación armonizada, por las mayores garantías de concurrencia y eficiencia que se derivan de un enfoque más garantista (por ejemplo, en lo relativo a los plazos de presentación de ofertas) y, con ello, mayores previsiones de eficiencia en la asignación del gasto público. Por poner otro ejemplo trascendente, el que los contratos o concesiones no sujetos a regulación armonizada no cuenten con posibilidad de recurso especial en materia de contratación pública supone un enfoque absolutamente formalista, de mera transposición formal y no material,

[53] Art. 28 del APL : "*2. Las entidades del sector público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, favorecerán la agilización de trámites, valorarán la innovación y la incorporación de alta tecnología como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en la presente Ley*" (subrayado propio)

[54] Regula el aprovechamiento, explotación y enajenación de los bienes y derechos patrimoniales o el caso de las privatizaciones de empresas públicas. Y especialmente relevante igualmente lo relativo a las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público.

profunda, del Derecho de la UE, en perjuicio de los propios operadores y en última instancia de los contribuyentes.

Además, como una prueba más de esta dispersión de regulaciones, se mantiene un régimen especial simplificado (art. 319 del APL) para los entes públicos que no son poderes adjudicadores. Se mantienen diferencias esenciales en cuanto a los parámetros de exigencia de principios fundamentales (por ejemplo, la publicidad se efectúa solo en el perfil de contratante de la entidad). Se recomienda su homogeneización al régimen general de contratos incluidos en el APL porque ello mejorará la transparencia y la predictibilidad de la actuación de estos operadores en beneficio de la competencia.

Pero sobretodo, este APL viene a ampliar la vía de la cooperación (horizontal y vertical) a través de figuras afines a la contratación pública. Ambas figuras deben interpretarse restrictivamente por cuanto suponen mecanismos de escape a la exigencia de salvaguarda de la libre competencia (con la pérdida de eficiencia que ello conlleva)

Se regula la cooperación horizontal (arts. 5 y 31.b del APL) tanto desde la perspectiva pública-pública (convenio entre poderes adjudicadores) como desde la perspectiva pública-privada (convenio entre un ente público y uno privado).

Por lo que se refiere a los *convenios entre poderes adjudicadores*, la redacción resulta confusa o inacabada en relación con las condiciones establecidas en el art. 12.4 de la Directiva 2014/24/UE[55], derivadas de la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE 9 de junio de 2009, en el asunto C-480/06 (Comisión/Alemania, asunto Hamburgo), por lo que convendría una modificación al respecto para adaptarse a las mismas en estos parámetros:

- Que dicha cooperación se realice con finalidad de garantizar que los servicios públicos que incumben a los poderes adjudicadores logren los objetivos que tienen en común (para lo cual deberán haberse identificado previamente).
- Que dicha cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público.

Por lo que se refiere a los *convenios que celebren las entidades del sector público con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado*, debería reforzarse todavía más su carácter excepcional, señalizándose que siempre que fuera posible -modificando su objeto sin alterar su contenido esencial- sería preferible su

[55] Finalidad de garantizar servicios públicos, presencia de interés público. Además, el considerando 33 de la Directiva indica que *"…Dicha cooperación puede abarcar todo tipo de actividades relacionadas con la ejecución de los servicios y responsabilidades que hayan sido asignadas a los poderes participantes o que estos hayan asumido, como las tareas obligatorias o facultativas de las autoridades locales o regionales o los servicios conferidos a organismos específicos de Derecho público […] Los contratos para la prestación conjunta de servicios públicos no han de estar sujetos a la aplicación de las normas establecidas en la presente Directiva, siempre que se hayan celebrado exclusivamente entre poderes adjudicadores, que la aplicación de dicha cooperación esté guiada únicamente por consideraciones de interés público y que ninguna empresa de servicios privada se encuentre en una situación ventajosa frente a sus competidores."*

conversión en alguna de las modalidades contractuales sujetas a competencia efectiva.

También se regula la cooperación vertical, en la que se incluyen los denominados encargos de entes públicos (sean poderes adjudicadores o no) a los medios propios tanto personificados[56] como no personificados (ya sea en este caso con o sin la colaboración de empresarios particulares).

Estos instrumentos pueden ser un medio para eludir la concurrencia en situaciones en que ésta podría asegurar una provisión satisfactoria con una mejor relación calidad precio. Por tanto, para evitar extralimitaciones en su utilización se recomienda[57] incluir en el art. 31 del APL las siguientes precisiones:

- Valorar, con carácter previo, en qué medida el mercado ya presta dichos bienes o servicios, tanto a la hora de crear un nuevo medio propio[58], como a la hora de solicitar a los ya existentes nuevos encargos.

[56] Y que en el TRLCSP se conocían como encomiendas de gestión a medios propios (art. 24.6).

[57] Ver la Guía de contratación pública y competencia y el Informe de medios propios y encomiendas de gestión (2013), ambos de la extinta CNC. Las principales restricciones a la competencia que se referenciaron en el Informe fueron: la limitación del acceso a terceros, el cierre dinámico del mercado, la posible relajación de la concurrencia aguas abajo: la subcontratación y la opacidad: ausencia de publicidad, transparencia y centralización de la información. Posibles pérdidas de eficiencia en el aprovisionamiento respecto de la licitación (Informe de Medios Propios, pág. 39), en la medida en que la determinación competitiva del operador mediante licitación se sustituye por la atribución administrativa discrecional a un operador, eliminando las tensiones competitivas. Igualmente, aporta una menor capacidad de reducir las asimetrías de información, en perjuicio de la administración que se aprovisiona (pág. 43). Finalmente, consecuencias sobre la estructura de la oferta y la neutralidad competitiva en los mercados (pág. 51): la limitación de la posibilidad de acceso al mercado de operadores alternativos (pág. 51) y la ruptura de la neutralidad competitiva en mercados en que actúan los medios propios (pág 54). Entre otras medidas, se recomendaba: (i) Incrementar la exigencia normativa de que el órgano de contratación justifique cada encomienda frente a la celebración de un contrato, considerando su impacto sobre la competencia efectiva en el mercado." (ii) Limitar en la normativa la celebración de encomiendas de objeto excesivamente genérico. (iii) Limitar en la normativa la posibilidad de que el poder adjudicador amplíe el contenido original de la encomienda a casos excepcionales, sujeto a probadas razones de interés público y sometido a condicionantes similares a los establecidos para la modificación del contrato público en el art. 105 TRLCSP. (iv) Reducir normativamente la posibilidad de renovación automática en encomiendas que se sujeten a un plazo determinado.

[58] Algunas de estas consideraciones han sido recogidas en *Proyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público* (publicado en el BOCG el 18 de mayo de 2015), en cuyo art 86 (Medio propio y servicio técnico) se regula la creación de este tipo de entidades. "*Tendrán la consideración de medio propio y servicio técnico cuando se acredite que, además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación, se dé alguna de las circunstancias siguientes:* ***a) Es una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica****. b) Resulta necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico. Formará parte del control de eficacia de los medios propios y servicios técnicos la comprobación de la concurrencia de los mencionados requisitos. En la denominación de las entidades integrantes del sector público institucional que tengan la condición de medio propio deberá figurar necesariamente la indicación "Medio Propio" o su abreviatura "M. P*". (énfasis propio)

- Señalizar que la utilización de esta figura, que no deja de ser sino una posibilidad y no una obligación para los entes que realizan el encargo, debería evitarse cuando los bienes y servicios en cuestión puedan ser provistos en el mercado en la misma medida a precios inferiores o en mejores condiciones de calidad precio como consecuencia de procesos competitivos.
- Valorar en qué medida el encargo puede conducir a la subcontratación de la prestación por parte del medio propio a terceras empresas. Desde un punto de vista de competencia y de eficiencia en la asignación de los recursos públicos resulta preferible, en estas situaciones, no optar por el encargo y realizar la licitación de la prestación.

Respecto a la *ejecución directa de prestaciones por la Administración o con la colaboración de empresarios particulares* (art. 30 del APL), únicamente indicar que en esa atribución debería tenerse en mente la búsqueda de eficiencia en la asignación de los fondos públicos más que la mera existencia o disponibilidad de servicios técnicos y esa supuesta ventaja (en forma de ahorro o rapidez de ejecución, por ejemplo) debería ser acreditada fehacientemente.

Pero sin duda donde se producen más novedades es en lo relativo a los *encargos a medios propios personificados* (arts. 32 y 33 de APL), donde planteamos las siguientes consideraciones:

- Calificación: llama la atención el que, a diferencia del art. 12 de la Directiva 2014/24/UE, en el APL no se les denomina contratos sino encargos. Esta conceptuación, en línea con nuestra tradición normativa, puede tener repercusiones prácticas (estadísticas por ejemplo) que convendría aclarar.
- Compensación tarifaria: a pesar de lo indicado en el informe de medios propios y encomiendas de gestión[59], no se indica nada en cuanto a su forma de determinación (por referencia a costes o a precios de mercado, ni limitaciones en cuanto a su prueba de eficiencia) y su cuantificación concreta (mediante criterios económicos objetivos), así como no se introducen mecanismos que permitan eliminar la posibilidad de sobrecompensación (posibles ayudas de Estado). En el Informe citado se formularon recomendaciones concretas para evitar estos efectos[60] a las que nos remitimos por no haber sido atendidas. Se recuerda,

[59] En el ya citado informe de medios propios de la extinta CNC se indicaban algunas de las implicaciones negativas: (i) *Riesgo de ineficiencias en la fijación de tarifas: cálculo ex ante, incentivos de administración y medio propio, continuidad y cercanía en la relación (pág. 43). (ii) Riesgo de determinación de retribuciones ineficientes en las encomiendas (pág. 44). (iii) Riesgo de ineficiencias en la evolución de la retribución de las encomiendas (pág. 46). (iv) Potencial indeterminación del precio de la prestación (pág. 48). (v) Riesgo de sobrecompensación en determinadas encomiendas (pág. 49).*

[60] Como las siguientes: (i) **Indicar normativamente** que la **contraprestación por la encomienda debe orientarse** estrictamente a **sufragar los costes** originados como consecuencia de la prestación. (ii) **Indicar normativamente** que el **medio propio** no debe obtener ningún beneficio que no sea el **reembolso de los costes reales de los contratos públicos celebrados con los poderes adjudicadores**.

adicionalmente, la obligación de transparencia en las operaciones financieras exigida por la Directiva 2006/111/CE[61] y de contabilidad separada a efectos de ofrecer una información verificable y objetiva.

- Duración: frente a su ausencia de regulación, se considera imprescindible que se vean limitados en el tiempo, a efectos de su control y su comparación con los referentes equivalentes del mercado, así como para poder modificar las condiciones en las que se ejecuta y, eventualmente, la salida a licitación de las prestaciones en que consiste el encargo.
- Control de su utilización: sin perjuicio de que se valora positivamente el que los encargos a medios propios puedan ser susceptibles de recurso especial en materia de contratos públicos por no cumplir los requisitos legales (art. 44.2e del APL), debe tenerse en cuenta lo ya señalado en relación con el principio de eficiencia y la necesaria lectura material y no meramente formal del mismo (ver apartado relativo al mismo en las observaciones generales), también desde la óptica de los mecanismos de evaluación internos y externos que puedan ponerse en marcha.
- Publicidad: se valora positivamente el que se imponga la obligación expresa de publicar los encargos, de forma que pueda ser de general conocimiento a efectos del principio de transparencia, permitiendo su control y, en su caso, impugnación, en línea con las recomendaciones del informe sobre medios propios y encomiendas de gestión ya citado. De igual forma, se recuerda que, para evitar malas prácticas, debe precisarse con exactitud el objeto social del medio propio.
- Encargo a un medio propio (descendente): se mantienen los requisitos tradicionales de control análogo, actividades a realizar para el ente que realiza el encargo, totalidad de capital público y reconocimiento formal como medio propio. A este respecto, partiendo de que la actividad que el medio propio no presta para el ente que la controla (o los entes en caso de control conjunto), debe ser marginal y accesoria[62] existe imprecisión en el APL en cuanto a cómo calcular el porcentaje del 80% del volumen global de negocios y en cuanto a la referencia a otro indicador alternativo de actividad. Ambas cuestiones deberían regularse con claridad para no dar lugar a abusos o malas prácticas en el recurso a esta figura.
- Encargo a medio propio (ascendente): no se acierta a comprender cómo los encargos ascendentes pueden reunir los criterios ya mencionados (requisito de control, fijación de tarifas, porcentaje de actividad "encargada") y ello a pesar de su amparo en la Directiva 2014/24/UE (art. 12.2). Por otro lado, de la redacción literal del art. 32.3 del APL parece deducirse que cabe

[61] Directiva 2006/111/CE, de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas.

[62] En esta línea la jurisprudencia del TJUE (entre otros, asuntos SEA Sentencia del Tribunal de Justicia Sala Tercera de 10 de septiembre de 2009, asunto C‑573/07 y Carbotermo Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 11 de mayo de 2006, asunto C-340/04.

la participación indirecta de capital privado, circunstancia que igualmente debería ser objeto de aclaración. En definitiva, se recomienda un replanteamiento de la utilización de esta figura tanto por los riesgos para la competencia (ya puestos de manifiesto más arriba) como por la indefinición de la regulación y su excesiva discrecionalidad.

- Encargo a medio propio controlado conjuntamente por varios poderes adjudicadores: se solicita aclaración del requisito relativo a *"que el ente destinatario del encargo no persiga intereses contrarios a los intereses de los entes que hacen el encargo"*. Asimismo, se recomienda expresar los mecanismos para el control efectivo de este requisito. Por otra parte, en cuanto a la retribución, se dice que *"la compensación del medio propio se establecerá por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependa"*. En este caso, ya que el medio propio no depende de una sola entidad, parece razonable que la fijación de las tarifas fuera conjunta. Por ello, se solicita aclaración o modificación de este párrafo. Al contrario de lo que sucede en el art. 31.2.b del APL, no se incluye la obligación de verificación por un auditor, por lo que se solicita su inclusión.
- Negocios jurídicos celebrados por el medio propio en ejecución del encargo: a este respecto cabe señalar que la posibilidad de contratar con terceros prestaciones parciales sigue normas análogas a la norma sobre subcontratación contenida en el APL respecto a los adjudicatarios de un contrato. Sin embargo, no se considera que sean situaciones equiparables por cuanto: (i) en un caso ha existido una procedimiento de concurrencia competitiva (contrato), mientras en el otro no (encargo); (ii) los riesgos de afectación a la competencia son mucho mayores en este último por tanto, (iii) esta posibilidad choca con la exigencia del art. 32.2 d) del APL, que exige como requisito la *"Verificación por la entidad pública de que dependa el ente que vaya a ser medio propio, de que cuenta con medios apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social"*. Este problema ya se analizó en el informe de medios propios ya citado[63] , y se formuló recomendación concreta en el sentido de que la parte que podría "contratarse" debería ser marginal y accesoria, de forma que no se convierta el medio propio en un mero intermediario; (iv) no es consistente con el propio concepto de cooperación entre poderes adjudicadores, en la medida en que se está externalizando una parte significativa de la prestación atribuida al margen de los mecanismos propios del APL.

  Por todo ello, se recomienda un replanteamiento desde esta óptica, incluso siendo recomendable que los mecanismos de publicidad previstos para ese medio propio (que podrá ser poder adjudicador o no) sean asimilados al régimen que contempla el APL como más garantista (por ejemplo, mediante la utilización de diarios oficiales además de la plataforma de contratación).

[63] Posible relajación de la concurrencia aguas abajo: la subcontratación, pág. 33.

III.2.3. Acceso a las licitaciones

III.2.3.1 Plazos de presentación de ofertas

Debe trasladarse al órgano de contratación la importancia de lo señalado en el art. 136 del APL: "*Los órganos de contratación fijarán los plazos de presentación de las ofertas y solicitudes de participación teniendo en cuenta el tiempo que razonablemente pueda ser necesario para preparar aquéllas, atendida la complejidad del contrato, y respetando, en todo caso, los plazos mínimos fijados en esta Ley*."

Dos ideas deben resaltarse del precepto, a valorar positivamente: (i) que deben tenerse en cuenta las circunstancias del expediente en cuestión, ponderándose la necesaria agilidad de los expedientes con el interés pro competencia; (ii) que los plazos que marca el APL son plazos legales mínimos que deberían ser ampliados si se dan circunstancias que lo justifiquen y que cualquier decisión tomada al respecto debe ser fundamentada debidamente.

Sin embargo, existen cuestiones que sería recomendable modificar:

- Reducción generalizada de plazos mínimos: no puede utilizarse como excusa, como hace el propio APL, la utilización de medios electrónicos[64] para reducir los plazos en perjuicio de las posibilidades de concurrir de los operadores, ya que estos nuevos instrumentos deben ofrecer más garantías y no desincentivos a la concurrencia. En aspectos como éste es donde el APL parece tener una visión excesivamente administrativizada que debería ser eliminada. En cualquier caso, si se mantuviera la reducción de plazos que prevé el APL, se propone que la misma se aplique a los trámites que afecten al órgano de contratación, pero no a los que inciden sobre la competencia de forma troncal, como el relativo al de la presentación de ofertas. Además, esta reducción afectará de forma más negativa a los nuevos entrantes, con escasa flexibilidad para adaptarse a plazos muy reducidos.

- Diferenciación en cuanto a plazos mínimos de presentación de proposiciones existentes entre contratos sujetos a regulación armonizada (35 días) y no sujetos a regulación armonizada (de 15 a 26 días): se propondría homogeneizarlos en el umbral más garantista (35 días), de forma que se amplíen las posibilidades de concurrencia para todos los operadores interesados.

III.2.3.2 Participación mediante uniones de empresarios:

[64] De esta forma, por ejemplo, el procedimiento abierto (art. 154 del APL, art. 27 de la Directiva), tiene un plazo mínimo establecido, con carácter general en 35 días, que se reduce a 15 si ha mediado anuncio previo de licitación, que, a su vez, se puede reducir en 5 días si las ofertas pueden presentarse por medios electrónicos.

Debe ponderarse la flexibilidad que otorga este instrumento con el posible riesgo de colusión entre los miembros de la misma. Sería recomendable que cuando las empresas que, pudiendo concurrir de forma independiente (por ostentar los medios técnicos y financieros para ello) decidan concurrir agrupadas justifiquen su decisión de forma expresa y motivada (al estilo de como se hace con las ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas), con las debidas garantías de confidencialidad si existieran aspectos comercialmente sensibles dignos de protección.

III.2.3.3 Prohibiciones de contratar

La Directiva 2014/24/UE[65] prevé un sistema que difiere en parte del previsto en el APL (arts. 71 a 73) tanto en los supuestos contemplados[66] como en el hecho de que en este último no se introducen diversos tipos de prohibiciones (imperativas y potestativas), sino que todas ellas son consideradas imperativas para los órganos de contratación.

Se crea una nueva prohibición de contratar prevista en el art. 72.1 b) del APL en casos de *"**Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave o muy grave en materia de […] falseamiento de la competencia**"*. Esta prohibición *"se apreciará directamente por los órganos de contratación, cuando la sentencia o la resolución administrativa se hubiera pronunciado expresamente sobre su alcance y duración, subsistiendo durante el plazo señalado en las mismas"*, que se valora de forma positiva por la CNMC.

No obstante, se realizan los siguientes comentarios:

- Apreciación de la prohibición: la CNMC, en los casos que lo estime oportuno, podrá pronunciarse expresamente sobre el alcance y determinación de la prohibición de contratar en todas sus resoluciones sancionadoras relativas a la Ley 15/2007. Debería incluirse una referencia expresa en el APL (art. 72.3

[65] El art. 57 de la Directiva establece, básicamente dos categorías con arreglo a las cuales excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación. Por un lado, impone a los poderes adjudicadores (apartados 1 y 5) la exclusión obligatoria de los operadores económicos mientras que por otro lado (apartado 4) les faculta a hacerlo. Las condiciones para hacerlo también difieren: por un lado, en la primera categoría, se exige, esencialmente, sentencia firme, y las prohibiciones de exclusión, en caso de no indicarse expresamente, tienen un límite de cinco años (apartado 7); por el contrario, en la segunda categoría, estamos ante una decisión responsable del poder adjudicador que pueda acreditar, y la duración de la exclusión se reduce a un máximo de tres años.

[66] Algunas de las categorías del art 57 de la Directiva no figuran entre las que determinan la exclusión (o su posibilidad) del procedimiento (como las letras d), f) o i) del apartado 4). Por otro lado, el art. 72 (*Apreciación de la prohibición de contratar. Competencia y procedimiento*) del APL dispone, en su apartado 3: *"En los supuestos previstos en la letra e) del apartado 1 del artículo anterior referido a casos en que se hubiera incurrido en falsedad al efectuar la declaración responsable a que se refiere el artículo 140, y en los supuestos previstos en el apartado segundo del artículo 71 la declaración de la prohibición de contratar corresponderá al órgano de contratación."* Se considera que el APL debería determinar los criterios a los que el órgano de contratación debería atenerse con objetividad en la determinación de la prohibición de contratar. Asimismo, y con la finalidad de que este mecanismo sea lo suficientemente disuasorio, sería recomendable que los efectos de esta prohibición trascendiesen al órgano de contratación que constata la concurrencia de la misma.

del APL) a este respecto. Alternativamente, convendría una modificación del art. 53 (y concordantes) de la mencionada Ley 15/2007 a los efectos de seguridad jurídica.

- Efectos colaterales en el programa de clemencia de la CNMC: debido al riesgo que puede suponer para la efectividad del mismo, esta competencia ha de poder ejercerse de forma que se pueda eximir de esta prohibición de contratar a los operadores que se acojan al programa de clemencia. Para ello, deberían articularse los mecanismos legales para atribuir a la CNMC la competencia de determinar el contenido, duración y alcance de la prohibición de contratar derivada de infracciones a las normas de competencia, como se ha indicado, mediante una disposición expresa en esta norma y, en su caso, una modificación de la Ley 15/2007 por los motivos de seguridad jurídica señalados[67].

- Otras sanciones en normativas sectoriales: en esta línea, cabría igualmente plantearse como posible causa de exclusión la existencia de un incumplimiento de la normativa sectorial aplicable a los sectores supervisados por la propia CNMC. A este respecto, cabe señalar que el art 60.1.c) del TRLCSP establece como una prohibición de contratar el que la empresa haya *"sido sancionada con carácter firme por infracción grave en materia de disciplina de mercado"*, redacción que al menos sobre el papel es más amplia que la sola referencia a posibles infracciones al Derecho de competencia. La constatación de que se ha producido un incumplimiento de la regulación sectorial lo suficientemente grave como para justificar la exclusión temporal de los procesos de contratación pública podría venir fijada por la propia CNMC en sus Resoluciones sancionadoras, las cuales especificarían asimismo el plazo temporal durante el cual tendría lugar dicha exclusión.

III.2.3.4 Requisitos de solvencia y clasificación

Debe ponderarse adecuadamente la exigencia de requisitos de solvencia y clasificación dada su consideración de barreras de entrada, en especial para nuevos entrantes, debiendo, como señala la Directiva 2014/24/UE, "*todos los requisitos […] estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionados con respecto a él"* en línea también con lo señalado por la Guía de contratación pública y competencia de la CNC, sin que quepa realizar diferenciaciones entre, por ejemplo, experiencia en contratos privados o públicos.

Adicionalmente, se realizan estos comentarios:

- Necesaria justificación caso por caso: ha de tenerse presente que, como toda facultad discrecional, esta elección de los criterios[68] que se consideren

[67] Sería preciso en este punto la modificación del art.53 de la Ley 15/2007.

[68] El establecimiento de requisitos de participación en la licitación por defecto se regula de dos maneras diferentes: (i) En ciertos casos, se remite al desarrollo reglamentario: el caso de los

idóneos ha de ser motivada, y ajustada a las exigencias del art. 74 del APL. Sin embargo, continúa el precepto: *"En su ausencia serán de aplicación los establecidos en los artículos 87 a 90 para el tipo de contratos correspondiente, que tendrán igualmente carácter supletorio para los no concretados en los pliegos."* Esta imposición podría eludir la justificación de la solvencia en el caso concreto de forma que se recomienda que con independencia de esta cláusula de cierre, el órgano de contratación deba llevar a cabo en cada contrato la justificación de cuáles deban ser los requisitos concretos y específicos de solvencia.

- Confusión entre requisitos técnicos y económicos: en los arts. 88.2 (solvencia técnica en contratos de obras), 89.3 (solvencia técnica en contratos de suministro) y 90.2 (solvencia técnica o profesional en contratos de servicios), el establecimiento del umbral del 70%[69] de la anualidad media del contrato debería ser objeto de explicación justificativa. Además, el requisito vinculado a un volumen o importe de la anualidad del contrato (70%) no es un requisito de solvencia técnica, sino más bien económica.
- Medios de acreditación: el art. 87 del APL (en línea con el art. 58.3 de la Directiva) establece la lista tasada de supuestos que pueden escogerse por el órgano de contratación para acreditar la solvencia económica y financiera. Sería recomendable que dicha lista no fuera tasada, de forma que en contratos sin excesiva complejidad técnica se pudieran admitir otros medios alternativos[70], en especial para los nuevos entrantes sin experiencia acreditable. Debe recordarse igualmente la necesidad de justificación en cada contrato (incluyendo la cuantía establecida), vinculándolo al objeto del contrato.
- Solvencia económica y financiera: se recomienda suavizar la exigencia, en relación con el volumen anual de negocios (art. 87.1.a del APL), de llegar hasta el doble del valor estimado del contrato (incluso más en ciertos

requisitos de solvencia económica y financiera, en el art. 87.1, letras a), b) y c). También el art. 77.1, letras b) y c) (véase infra, en el apartado de clasificación). (ii) En otros, se establecen expresamente en el APL: en los arts. 87.3 (solvencia económica y financiera), 88.2 (solvencia técnica en contratos de obras), 89.3 (solvencia técnica en contratos de suministro) y 90.2 (solvencia técnica o profesional en contratos de servicios).

[69] Como ejemplo, dispone el art. 90.2 del APL: *"En su defecto, la acreditación de la solvencia técnica o profesional se efectuará mediante la relación de los principales servicios efectuados durante, como máximo, los tres últimos años, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, atendiendo para ello a los dos primeros dígitos de los respectivos códigos CPV, cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70% de la anualidad media del contrato."* (subrayado propio). Asimismo, se añade otra observación en el caso de las obras, con posibles diferencias de trato para las empresas clasificadas, *"En su defecto, la acreditación de la solvencia técnica se efectuará mediante la relación de obras ejecutadas en los últimos cinco años que sean del mismo grupo o subgrupo de clasificación que el correspondiente al contrato, o del grupo o subgrupo más relevante para el contrato si éste incluye trabajos correspondientes a distintos subgrupos, cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 por ciento de la anualidad media del contrato."*

[70] Curiosamente el art. 86.2 del APL reserva esta posibilidad sólo a los entes públicos que no sean AA.PP y siempre que se refiera a contratos no sujetos regulación armonizada.

casos). En atención al principio de proporcionalidad y en ausencia de complejidad del proyecto, se recomendaría ceñirse al estricto importe del mismo.

- Solvencia técnica o profesional: se valora positivamente (arts. 88.1 a, 89.1a y 90.1a del APL), que se haya introducido, en relación con la relación de obras, suministros o servicios, la frase *"cuando sea necesario para garantizar un nivel adecuado de competencia[71]"* de forma que se pueda ampliar el periodo de cómputo a tener en cuenta para evaluar los trabajos realizados. Por otro lado, en el art. 88.1 a del APL referido a los contratos de obras, se utiliza la expresión *"avalada por certificados de buena ejecución cuando le sea requerido por los servicios dependientes del órgano de contratación. Estos certificados indicarán el importe, las fechas y el lugar de ejecución de las obras y se precisará si se realizaron según las reglas por las que se rige la profesión y se llevaron normalmente a buen término"*. Cabe llamar la atención sobre la relación de estos certificados con la exigencia de visado en la medida en que la regulación de éstos se establece en el art. 13[72] de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales y se desarrolla por el Real Decreto 1000/2010, de 5 de

[71] No obstante, esta expresión resulta equívoca, en la medida en que el término "competencia" se puede interpretar de forma que se refiera tanto a "competencia técnica o profesional" en relación con la solvencia de la empresa, como a "competencia efectiva en el mercado, en el sentido de salvaguarda de la libre competencia". Por ello, se solicita que se exprese de una forma clara y unívoca a qué significado se refiere.

[72] *"Art.13 Visado 1. Los Colegios de profesiones técnicas visarán los trabajos profesionales en su ámbito de competencia únicamente cuando se solicite por petición expresa de los clientes, incluidas las Administraciones Públicas cuando actúen como tales, o cuando así lo establezca el Gobierno mediante Real Decreto, previa consulta a los colegiados afectados, de acuerdo con los siguientes criterios : a) Que sea necesario por existir una relación de causalidad directa entre el trabajo profesional y la afectación a la integridad física y seguridad de las personas. b) Que se acredite que el visado es el medio de control más proporcionado. En ningún caso, los Colegios, por sí mismos o a través de sus previsiones estatutarias, podrán imponer la obligación de visar los trabajos profesionales. 2. El objeto del visado es comprobar, al menos: a) La identidad y habilitación profesional del autor del trabajo, utilizando para ello los registros de colegiados previstos en el artículo 10.2. b) La corrección e integridad formal de la documentación del trabajo profesional de acuerdo con la normativa aplicable al trabajo del que se trate. En todo caso, el visado expresará claramente cuál es su objeto, detallando qué extremos son sometidos a control e informará sobre la responsabilidad que, de acuerdo con lo previsto en el apartado siguiente, asume el Colegio. En ningún caso comprenderá los honorarios ni las demás condiciones contractuales, cuya determinación queda sujeta al libre acuerdo entre las partes, ni tampoco comprenderá el control técnico de los elementos facultativos del trabajo profesional.*

Art 4. Excepciones a los casos de visado obligatorio. 1. Cuando en aplicación de la normativa sobre contratación pública, alguno de los trabajos previstos en el artículo 2 sea objeto de informe de la oficina de supervisión de proyectos, u órgano equivalente, de la Administración Pública competente, no será necesaria la previa obtención del visado colegial. Dicho informe bastará a efectos del cumplimiento de la obligación de obtención del visado colegial. 2. Asimismo, las Administraciones Públicas contratantes podrán eximir de la obligación de visado a los trabajos objeto de un contrato del sector público que no se encuentren en el supuesto del apartado anterior, cuando a través de sus procesos de contratación, de conformidad con las normas que los regulan, realicen la comprobación de la identidad y habilitación profesional del autor del trabajo y de la corrección e integridad formal de la documentación del trabajo profesional de acuerdo con la normativa aplicable".

agosto, sobre visado colegial obligatorio[73], de cara a evitar duplicidades innecesarias.

- Documentación complementaria: de acuerdo con el art. 95 del APL *"El órgano de contratación o el órgano auxiliar de éste podrá recabar del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados en aplicación de los artículos anteriores o requerirle para la presentación de otros complementarios."*. La documentación complementaria que pueda exigirse en esta fase ha de tener que ver exclusivamente con los requisitos de solvencia y, en su caso, clasificación, vinculados, en todo caso, al objeto del contrato y debe ser objeto de la pertinente justificación para evitar un trato discriminatorio por discrecionalidad excesiva del órgano contratante.
- Acreditaciones y certificaciones: los arts. 127 (Etiquetas) y 128 (Informes de pruebas, certificación y otros medios de prueba) del APL regulan las posibilidades de los órganos de contratación de exigir determinados medios que acrediten que los operadores verifican ciertos requisitos exigidos en el procedimiento de licitación. Se deberán adoptar las medidas necesarias para evitar que, por la necesidad de obtener estas etiquetas, informes o certificaciones, sólo el incumbente o un subconjunto de los licitadores potenciales puedan presentar una oferta válida en tiempo y forma. Los órganos de contratación dispondrán toda la información referente a los requisitos, plazos y entidades a que deban acudir los licitadores para poder obtener dichas etiquetas, informes o certificaciones, en un plazo suficiente, con anterioridad del inicio de la licitación, especialmente en los contratos en los que el órgano de contratación conoce con la suficiente antelación que exigirá dichos informes, etiquetas o certificaciones.
- Requisitos técnicos: el art. 126 del APL establece las reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas. La exigencia de las prescripciones técnicas puede suponer un serio riesgo de exclusión injustificada de oferentes, ante lo que debe operar de forma efectiva el principio de neutralidad tecnológica. Por ello, incluso cuando se utiliza la expresión "o equivalente", el empleo de estándares prefijados ya predispone a los poderes adjudicadores en favor de una determinada solución técnica, generalmente favorable al incumbente. Por ello, la utilización de un lenguaje efectivamente neutro, la formación de los miembros de los órganos de contratación, su conocimiento del mercado, de los productos y las soluciones tecnológicas existentes y sus funcionalidades resultan elementos cruciales para que no se cierren las licitaciones a productos y servicios que pueden resultar idóneos.

Por lo que se refiere a la **clasificación,** se realizan estos comentarios

- Obligatoriedad la exigencia de clasificación no es una imposición de la Directivas europeas sino una opción de política nacional (arts. 77 y ss. del APL) que está restringida a los contratos de obra que superen cierto umbral (500.000€), y en los contratos de servicios deben indicarse las condiciones

de solvencia que permitan no tener que acudir necesariamente a la misma. Dicha exigencia de clasificación fue valorada por la extinta CNC en el Informe IPN/04/2008 en relación con el entonces Proyecto de Real Decreto de clasificación de contratistas, y se considera que lo señalado entonces permanece vigente:

"[…] a la hora de diseñar el sistema de clasificación previa es importante tener en cuenta en qué medida el mismo puede generar barreras a la entrada que tengan un efecto sobre la competencia. Debe recordarse que el propio art. 1.1 de la LCSP establece como objeto de la Ley el garantizar que la contratación del sector público se ajusta "a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos". También se establece como finalidad expresa de la Ley, en el mismo artículo, la salvaguarda de la libre competencia." […] "Al contemplar el sistema que la LCSP y su Reglamento surgen serias dudas sobre si para conseguir el objetivo de reducir las cargas administrativas es necesario que el sistema de clasificación que se instrumente deba tener un carácter obligatorio con carácter general para las empresas españolas.

La obligatoriedad de la clasificación resulta discutible por varias razones. En primer lugar, puede resultar en un tratamiento discriminatorio de las empresas españolas en relación con el de las empresas comunitarias no españolas –las cuales no requieren de clasificación para acreditar su solvencia, teniendo que hacerlo caso por caso-. En segundo lugar, la clasificación obligatoria establece una primera barrera de entrada que puede resultar excesivamente lesiva de la competencia con arreglo al fin que con ella se pretende conseguir. En principio cabe entender que, si la acreditación individualizada de la solvencia constituye una carga, se establezca la posibilidad de que las empresas se clasifiquen voluntariamente, y se proceda a desarrollar este mecanismo. En efecto, para conseguir una reducción similar o muy parecida de los costes de transacción que la que supone la clasificación obligatoria, habría bastado con proveer la clasificación como posibilidad, no como obligación. En la medida en que el sistema verdaderamente suponga un ahorro de costes y trámites para las empresas recurrirán al mismo de forma voluntaria, con el consiguiente beneficio también para el órgano que convoca el concurso. Pero ello no implica que se tenga que negar el acceso a aquellos que no han optado a la clasificación previamente, siempre y cuando estén en condiciones de mostrar su solvencia técnica y financiera."

Además, la obligación de clasificación de los contratistas supone la imposibilidad de demostrar la solvencia por otros medios vinculados específicamente al objeto del contrato, permitiendo que se vean beneficiados en términos relativos los empresarios clasificados (incumbentes) en perjuicio de los no clasificados. Se considera por ello que su obligatoriedad constituye una barrera injustificada e innecesaria a la libre competencia, y se solicita su replanteamiento.

- Riesgo de colusión por exceso de transparencia: la obligación de figurar en una lista clasificados por grupos y categorías supone la señalización de los competidores en cada contrato concreto de forma que pueden conocer los operadores que podrían ser sus competidores en cada licitación. Por ello, se considera necesario que el Registro de operadores clasificados no sea público, de forma que sólo cada operador y el ente contratante deberían tener acceso a los datos señalados.
- Clasificación supletoria: señala el art. 77.1 c) del APL: "*Reglamentariamente se podrán establecer los medios y requisitos que, en defecto de los establecidos en los pliegos, y atendiendo a la naturaleza, objeto y valor estimado del contrato acrediten la solvencia para poder ejecutar estos contratos*." En términos similares se establece respecto de los contratos de servicios en el art. 77.1 b), 2º párrafo. Esta clasificación por defecto, establecida como supletoria, para todos los contratos puede conducir de facto, a una obligación generalizada de clasificación, que afecte a todos los contratos, en contra del principio del que parte el APL (dicción literal del art. 74 del APL). A este respecto, se considera que el establecimiento de una clasificación objetiva por defecto, con carácter supletorio (cuando el órgano de contratación no indica en los documentos de la contratación los requisitos de solvencia con arreglo al objeto concreto del contrato) elude la motivación y justificación de la necesidad de clasificación en el caso concreto, y supone el establecimiento de una barrera de acceso predeterminada así como una no deseable desvinculación del objeto del contrato, por lo que se solicita su replanteamiento.
- Posibilidad de extensión a otros poderes adjudicadores: el art. 77.5 del APL dispone que *"Las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores podrán acordar la aplicación del régimen dispuesto en el apartado 1 de este artículo"*. Además de los comentarios señalados en los puntos anteriores, cabe señalar que en caso de establecerse, debería reconducirse al modelo general, a fin de evitar la necesidad de que existan distintos sistemas de clasificación, creados por cada poder adjudicador, lo cual dificultaría la transparencia, la predictibilidad y la accesibilidad del sistema a los operadores.
- Posibilidad de diferentes clasificaciones en distintos territorios del Estado[74]: el art. 80 del APL parece permitir la posibilidad de ruptura de la unidad de mercado, en el caso de que un mismo operador tenga distintas clasificaciones en diferentes territorios (optando además, en caso de discrepancia, por la que corresponda al grupo inferior). Pese a que en el APL se establece un mecanismo para luchar contra esta disparidad, se considera que las distintas Administraciones Públicas deberían resolver estas

[74] *"Los órganos competentes de las Comunidades Autónomas podrán adoptar decisiones sobre clasificación de las empresas que serán eficaces, únicamente, a efectos de contratar con la Comunidad Autónoma que las haya adoptado, con las Entidades locales incluidas en su ámbito territorial, y con los entes, organismos y entidades del sector público dependientes de una y otras. En la adopción de estos acuerdos, deberán respetarse, en todo caso, las reglas y criterios establecidos en esta Ley y en sus disposiciones de desarrollo."*

divergencias, y no trasladarle a los operadores la obligación de indicar su clasificación ante cada una de ellas, mediante el principio de ventanilla única. Se solicita la modificación de este criterio, de manera que baste una única clasificación para optar a cualquier licitación pública en todo el territorio del Estado, conforme a los principios establecidos, entre otras, por la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

- Obligación periódica de demostrar la clasificación: el art. 82 del APL, prevé la vigencia indefinida de la clasificación de las empresas, en tanto se mantengan por el empresario las condiciones y circunstancias en las que se basó su concesión. Sin embargo, se prevé la obligación de acreditación periódica por parte del operador del mantenimiento de las condiciones de solvencia (anualmente económica y financiera y, cada tres años, el de la solvencia técnica y profesional). Teniendo en cuenta que la sanción por infracción de esta obligación es lo suficientemente disuasiva (suspensión de la clasificación), se recomienda su replanteamiento.

III.2.3.5 Participación de empresas no comunitarias

El art. 68 del APL prevé la vigencia del principio de reciprocidad para la participación de operadores de terceros Estados de fuera de la UE en las licitaciones españolas[75]. Adicionalmente, se impone para los contratos de obras, *"además, que estas empresas tengan abierta sucursal en España, con designación de apoderados o representantes para sus operaciones, y que estén inscritas en el Registro Mercantil"*. Se considera que estos requisitos pueden suponer una restricción a la competencia de operadores que podrían ejecutar satisfactoriamente contratos públicos, y se llama a la evaluación de su justificación desde los principios de regulación económica eficiente en línea con lo ya señalado en las observaciones generales. Podría ser interesante efectuar un enfoque diferente, de forma que: (i) se otorgara libertad al órgano de contratación para valorar su admisión; (ii) si se admitiera a esas empresas extranjeras en las licitaciones, éstas acreditaran el envío de un certificado a sus autoridades de origen informando de esa admisibilidad y solicitando su reciprocidad para las empresas españolas.

III.2.4. Objeto del contrato: división en lotes y ofertas integradoras

El art. 28.1 del APL señala que "*la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser* ***determinadas con precisión dejando constancia de ello en la documentación preparatoria****, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación".* Además, el art. 99 del APL regula el objeto del contrato, incluyendo como novedad la regulación de los lotes.

[75] *"Sin perjuicio de la aplicación de las obligaciones internacionales que España hubiera suscrito mediante acuerdo internacional, las personas físicas o jurídicas de Estados no pertenecientes a la Unión Europea o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo deberán justificar mediante informe que el Estado de procedencia de la empresa extranjera admite a su vez la participación de empresas españolas en la contratación con los entes del sector público asimilables a los enumerados en el artículo 3, en forma sustancialmente análoga."*

A este respecto, se indica que cuando el contrato admita fraccionamiento, el poder adjudicador podrá hacerlo, pero si no lo hace, deberá justificarlo debidamente. Adicionalmente, se aportan motivos que el APL considera válidos a efectos de dicha justificación, sin que se configure como una lista cerrada de supuestos. Sobre la división del contrato en lotes y ofertas integradoras, además de su siempre exigible justificación, se advierte:

- Análisis previo de mercado: La decisión de división (o no) en lotes y su diseño exige un análisis riguroso del mercado bajo la óptica de la salvaguarda de la competencia efectiva (art. 99.3.a del APL). En efecto: por un lado, la formación y el conocimiento de los órganos de contratación, tanto del mercado como de los productos y servicios que se requieren permiten adoptar decisiones que promueven soluciones óptimas y pro competitivas. Por otro, resulta necesario indicar que el ejercicio de discrecionalidad que supone dividir o no en lotes ha de justificarse de manera precisa, siendo insuficiente la mera referencia a uno de los argumentos formales señalados por el APL.

- Limitaciones de acceso a lotes: el órgano de contratación podrá limitar el número de lotes para los que un mismo candidato o licitador puede presentar oferta e igualmente podrá limitar el número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador. Se contemplan pues dos restricciones a la competencia distintas: por un lado a la presentación de ofertas y, por otro, a resultar adjudicatario. En ambos casos suponen restricciones a la libertad de establecimiento y prestación de servicios en el mercado interior. En este sentido y dado que debe primar el principio general de libertad de empresa, cualquier excepción al mismo debiera justificarse sobre la base de razones objetivas de interés público o fallos de mercado acreditados. Esta forma de actuar puede además facilitar comportamientos colusorios entre operadores y la adopción de decisiones de comportamiento estratégico.

- Ofertas integradoras: esta solución favorece a los grandes operadores frente a los pequeños y facilita estrategias de subsidios cruzados, pudiendo tener efectos dinámicos de cierre del mercado en licitaciones sucesivas. Sin embargo, también puede aportar soluciones eficientes en circunstancias concretas. Por ello, se recomienda un análisis cuidadoso comparativo de las ganancias en eficiencia frente a los perjuicios en competencia que conllevaría.

Se trata de dos supuestos (no división en lotes, admisión de ofertas integradoras) con una vinculación muy directa con el principio de competencia y de libertad de empresa en los que sería recomendable someter la decisión tomada por el órgano de contratación a informe consultivo de la CNMC.

III.2.5. Revisión de precios

El art 103 del APL determina que los precios de los contratos sólo podrán ser objeto de revisión periódica y predeterminada en los términos establecidos en el mismo. No obstante, el APL establece, en línea con la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de

desindexación de la economía española (en adelante, Ley de Desindexación) y en particular con su futuro Real Decreto de desarrollo[76], la posibilidad de revisión periódica y predeterminada de precios[77] en los contratos de obra, en los contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas y en contratos con periodo de recuperación de inversión igual o superior a 5 años, siempre previa justificación.

En todo caso, al igual que establecía el TRLCSP tras su adaptación a la Ley de desindexación, el primer 20% ejecutado y los dos primeros años transcurridos desde la formalización del contrato quedarán excluidos de la posible revisión. Adicionalmente, el APL mantiene la competencia del Consejo de Ministros, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, para la aprobación de fórmulas tipo[78] de revisión periódica y predeterminada para los precitados contratos.

Por otro lado, cabe advertir que en el momento de redacción del presente informe, la revisión de precios está siendo objeto de desarrollo reglamentario a través del mencionado Proyecto de Real Decreto (PRD) de desindexación de la economía española, que completa el régimen de no indexación de variables monetarias, y al que como se ha dicho, se remite en diferentes ocasiones el texto del APL.

En términos generales, el PRD, entre otros extremos: (i) concreta los principios de referenciación a costes, eficiencia y buena gestión empresarial, para las revisiones de valores motivadas por variaciones de costes, (ii) recoge los criterios para el establecimiento de fórmulas en las denominadas revisiones periódicas y predeterminadas; y (iii) desarrolla el régimen de variación de precios de contratos públicos.

El PRD asimismo, distingue un doble régimen de revisión en atención al tipo de contrato: por un lado, los contratos de obras y suministros de fabricación de armamento de las Fuerzas Armadas y equipamiento personal de sus soldados en la que la revisión de precios puede tener lugar aplicando a las fórmulas tipo generales los índices mensuales de precios de los materiales básicos[79] (art. 8

[76] Real Decreto de desindexación de la economía española, a la fecha de realización del presente IPN en fase informe por parte de la CNMC.

[77] En los casos anteriores en los que proceda la revisión de precios, periódica y determinada, el propio APL determina que no se considerarán revisables en ningún caso los costes asociados a las amortizaciones, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial. Por otro lado, en el caso de los costes de mano de obra de los contratos distintos de los de obra, suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, se revisarán cuando el periodo de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años y la intensidad en el uso del factor trabajo sea significativa de acuerdo con el anteriormente citado Real Decreto.

[78] Derivado de la entrada en vigor de la Ley de Desindexación, al no poder recurrirse al IPC ni a índices generales como venía siendo habitual para la indexación de valores, el APL establece que el Instituto Nacional de Estadística (INE) elaborará los índices mensuales de los precios de los componentes de los costes básicos incluidos en las fórmulas tipo de revisión de precios. El propio APL establece que dichos índices podrán reflejar al alza o a la baja las variaciones reales de los precios y que podrán ser únicos o particularizados por zonas geográficas.

[79] Las fórmulas tipo están recogidas en los Anexos I y II del Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, por el que se aprueba la relación de materiales básicos y las fórmulas-tipo generales de revisión de

PRD); por otro, contratos, distintos a los anteriores, siempre que el periodo de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años y esté previsto expresamente en los Pliegos (art. 9 PRD).

En relación con el modo de implementación de esta revisión, el PRD determina que en el caso de que existiera fórmula-tipo ésta debe aplicarse necesariamente como sistema de revisión; si no existiera fórmula tipo, el sistema de revisión (i) debe contar con la debida justificación y especificación en la memoria y en los pliegos; (ii) debe ceñirse a los principios de referenciación a costes, eficiencia, buena gestión empresarial, a los costes de mano de obra y a los criterios para el establecimiento de fórmulas; y (iii) será objeto de fiscalización previa por la Intervención.

Desde la óptica de competencia y regulación económica eficiente, en línea con pronunciamientos anteriores de la extinta CNC[80], si bien se reconoce la justificación a la existencia de dicha revisión de precios en la necesidad de garantizar la viabilidad en el medio plazo del contrato, cabe recordar en primer lugar que la estimación de los precios de los contratos públicos debe realizarse de la forma más ajustada posible a la realidad en el momento de redacción de los Pliegos, teniendo en cuenta la correcta valoración de la retribución del contratista y atendiendo al valor real de mercado de los bienes y servicios servidos, de manera que se reduzcan las posibilidades de aparición de posteriores alteraciones en precios.

En este sentido, se valora como positiva, aunque ya prevista por el TRLCSP a partir de la adaptación de la misma a los postulados de la Ley de Desindexación y en todo caso ya valoradas sus implicaciones desde el punto de vista de la competencia a través del Informe de la CNMC sobre la Ley de Desindexación[81], la reducción de discrecionalidad de los poderes adjudicadores a la hora de poder modificar los precios así como la determinación tasada de los costes no revisables (costes asociados a las amortizaciones, los costes financieros, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial).

Asimismo ha de valorarse como positivo el hecho de que solo sean revisables de forma periódica y predeterminada los contratos de obra, los de suministro de fabricación de armamento y equipamiento para las AA.PP y los de recuperación del inversión en un periodo de 5 años, así como el aumento de uno a dos años del periodo durante el cual no pueden realizarse revisiones de precios, toda vez que

---

precios de los contratos de obras y de contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas. Los índices los elabora y publica trimestralmente el INE. Los productos o grupos de productos que han de considerarse para el índice de precios de cada material básico son los recogidos en el Anexo único de la Orden HAP/1292/2013, de 28 de junio, por la que se establecen las reglas de determinación de los índices que intervienen en las fórmulas de revisión de precios de los contratos públicos (o la Orden ulterior que venga a sustituirla).

[80] Guía sobre contratación pública y competencia (CNC, 2010), pág. 28; INF/DP/0004/14 Informe sobre los pliegos tipo de condiciones para los contratos de gestión de servicios públicos de transporte regular de uso general de viajeros por carretera e INF/DP/0012/14 Informe sobre los pliegos del contrato de servicios postales de la Administración General del Estado Fase I.

[81] IPN 111/13 relativo al Anteproyecto de Ley de Desindexación de la economía española. Disponible en www.cnmc.es.

minoran la discrecionalidad de la Administración Pública a la hora de realizar dichas modificaciones tanto desde el punto de vista temporal como de ámbito objetivo.

No obstante, además de los correspondientes ajustes en la normativa adicional actualmente vigente[82], existen aspectos susceptibles de mejora:

- Escasa relevancia del principio de empresa gestionada eficientemente: si bien tanto en la MAIN del APL como en la del PRD se afirma que se trata de un sistema de revisión "*compatible con los postulados teóricos que informan la metodología adoptada en la Ley de Desindexación"*, dicha afirmación puede resultar cuestionable toda vez que en dichas fórmulas tipo se toman por referencia precios (o índices de los mismos) agregados para cada material, lo que obvia el principio de empresa bien gestionada o eficiente. El hecho de que para ello se pueda tomar la media de una serie de empresas, entraría en contradicción con los principios de eficiencia anteriormente citados y podría conllevar incentivos perversos y conducir a resultados ineficientes estática y dinámicamente.

  En este sentido se recomendaría en su lugar, la incorporación obligatoria de un factor que module las revisiones en función de la productividad, teniendo en cuenta aquel conjunto de empresas más eficientes del sector, más en consonancia con los principios de eficiencia y buena gestión empresarial anteriormente citados. Razonamiento y justificación análogos deben realizarse para la determinación de los supuestos en los que, de acuerdo con el artículo 103.8 del APL, los índices elaborados por el INE puedan ser únicos para todo el territorio nacional o particularizados para zonas geográficas.

- Escasa justificación de los contratos objeto de revisión y de uniformidad de conceptos: convendría incluir en la MAIN una breve explicación de la razón que justifica la limitación a este tipo de contratos, en particular en relación con los de fabricación de armamento, pese a que como se comenta dicha previsión ya aparecía recogida en la última de las modificaciones del TRLCSP. Asimismo, esta cuestión puesta en relación con el PRD de desindexación de la economía española remitido a esta Comisión para informe, presenta determinadas discrepancias terminológicas, haciendo referencia este último a "*suministros de fabricación de armamento de las Fuerzas Armadas y equipamiento personal de sus soldados*" frente al de "*suministros de fabricación de armamento de las Fuerzas Armadas y* equipamiento de las Administraciones Públicas" planteado por el presente

[82] Se recomienda que de manera paralela a la tramitación del APL y del PRD de desindexación, se acometan las actualizaciones pertinentes de otras normas relacionadas con la contratación pública y cuyas disposiciones, al momento de redacción del presente Informe no se encuentran adaptadas a los postulados de la Ley de desindexación de la economía española. Tal sería el caso del RD 1098/2001 de 12 de octubre por el que se aprueba el reglamento general de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas, en el que, con independencia de su inferior rango normativo con respecto a la citada Ley 2/2015 y el presente APL, incluye en sus artículos del 104 al 106 referencias a la vinculación de la variación del precios al Índice de Precios al consumo (IPC).

APL. A este respecto se precisaría una uniformidad de conceptos, en el caso de que hagan referencia al mismo tipo de contratos, decantándose esta Comisión por la expresión utilizada por el PRD, más clarificadora y de indubitada naturaleza de suministro de armamento y equipamiento militar.

Por otro lado, de nuevo si bien la enumeración de aquéllos costes denominados revisables se considera positiva, la comprensión holística del art. 103.2 requeriría de la aclaración de algunos conceptos, que a su vez no aparecen suficientemente definidos en el PRD remitido a esta Comisión, y que son susceptibles de afectar a la implementación del régimen de revisión de los contratos. Ejemplo concreto de ello sería el de "intensidad de uso de factor trabajo significativa" que podría dar lugar a la revisión del coste de la mano de obra de los contratos distintos de los de obra dentro de los límites establecidos, cuyos extremos, cálculos o método de valoración no aparecen recogidos en ninguno de los dos textos remitidos.

En línea con lo anterior, debería asimismo especificarse el periodo de recuperación de la inversión de los contratos, determinando cómo y quién estima este periodo de recuperación (licitador u órgano contratante, y si es éste último, con asistencia de qué órganos). Las asimetrías de información son habituales en perjuicio del órgano contratante y deberían adoptarse las debidas cautelas para una estimación lo más precisa y ajustada a escenarios viables.

- Procedimiento de aprobación[83] de las fórmulas tipo de revisión periódica y predeterminada para los contratos: si bien se valora la fijación de la competencia para la aprobación de esta cuestión en el máximo nivel administrativo, se recomienda una mayor especificación del modo en que este Comité[84] llevará a cabo la determinación de las actividades en las que resulte conveniente la necesidad de contar con una fórmula tipo. En definitiva, una determinación incorrecta de las actividades susceptibles de recurrir a una fórmula tipo para su revisión de precio, conllevaría los mismos perjuicios que una indexación automática de las mismas. Del mismo modo, con independencia de que el propio artículo del APL indica la posibilidad de que los índices mensuales de los precios de los componentes básicos de los costes incluidos en las fórmulas tipo de revisión de precios elaborados por el INE reflejen tanto al alza como a la baja las variaciones reales de los precios de la energía y los materiales básicos, debería también indicar este APL la mención expresa a que en consonancia con lo anterior, las fórmulas

[83] El art. 103.6 del APL determina que: *"[…] A propuesta de la Administración Pública competente de la contratación, el Comité Superior de Precios de Contratos del Estado determinará aquellas actividades donde resulte conveniente contar con una fórmula tipo, elaborará las fórmulas y las remitirá para su aprobación por el Consejo de Ministros".*

[84] Relacionado con esta cuestión, se considera asimismo necesaria la determinación de la composición del citado Comité Superior de precios de contratos del Estado, de la que también carece el texto del PRD remitido a esta Comisión.

en las que se utilicen dichos índices puedan sufrir modificaciones en ambos sentidos[85].

- Contratos con precios provisionales: se recomienda la inclusión de un nuevo apartado en el que se establezca la imposibilidad de realizar revisiones de precios en los contratos con precios provisionales[86]. En dichas situaciones, se considera que carece de lógica la posibilidad de revisión de precios toda vez que, como se observa, el proceso de fijación del precio será dinámico y podrá evolucionar en el tiempo, no dándose ninguna de las circunstancias que justificarían la modificación de dichos valores.

III.2.6. Duración

Debe tenerse presente el art. 29 del APL *"La duración de los contratos del sector público deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas, sin perjuicio de las normas especiales aplicables a determinados contratos."*

Se considera que, en base a estas tres claves, se han de verificar estrictamente las prescripciones de este precepto, debido al carácter estratégico de la duración de los contratos en la contratación pública, pues no en vano, se atribuye un monopolio de aprovisionamiento a un operador durante la duración del mismo. A este respecto, la doctrina sobre la duración de los contratos que se considera más acertada ya fue recogida en la Guía sobre Contratación Pública y Competencia.

El establecimiento de plazos excesivamente largos, aunque se encuentren dentro de los límites legales, erige barreras de entrada para nuevos operadores que ven imposibilitado su acceso al mercado durante todo el período de vigencia del contrato pero, por otra parte, los intervalos de tiempo demasiado reducidos pueden dificultar la amortización de las inversiones necesarias para realizar la prestación objeto del contrato, lo que puede disuadir de la presentación de ofertas y conferir así ventajas a los operadores ya instalados que no necesiten llevar a cabo dichas inversiones, y elevar los costes de gestión para los órganos de contratación.

Para reducir ambos tipos de riesgos, se recomiendan las siguientes medidas:

[85] Cabe establecer una analogía en este punto entre el Índice de Garantía de Competitividad presente en la Ley de Desindexación de la economía española, el cual de acuerdo con la misma, tendría un valor mínimo de 0, no pudiendo presentar valores negativos. A diferencia de ese caso, se recomienda que las fórmulas que ese establezcan, en línea con lo estipulado por el APL para el caso de los índices mensuales de precios del INE, carezcan de acotaciones pudiendo presentar variaciones tanto al alza como a la baja.

[86] De acuerdo con el art. 102.7, los contratos con precios provisionales podrán celebrarse en aquellos casos en los que tras un procedimiento negociado, de diálogo competitivo o de asociación para la innovación, se constate que la ejecución del contrato deberá empezar antes de que la determinación del precio sea posible dada la complejidad de las prestaciones, la necesidad de utilizar técnicas nuevas, o la ausencia de información de los costes de actuaciones análogas. En estos casos, el precio se determinará dentro de unos límites fijados de precio máximo en función de los costes en los que haya incurrido el contratista y el beneficio acordado.

- Necesidad de justificación: siempre en base a los tres parámetros mencionados, sin meras referencias vacías de contenido a la duración prevista como máxima en el APL y teniendo en cuenta que siempre que sea posible para conseguir el objetivo debe utilizarse la vía menos restrictiva de la competencia.

- Plazos máximos no son obligatorios: las previsiones normativas en materia de plazos contractuales se han de concebir como plazos máximos, que no deben ser agotados necesariamente.Se recomienda que se determine la duración expresa de la prórroga[87], más allá de clarificar la duración total del contrato prórroga incluida.

- Prórrogas: incluso cuando se encuentren justificadas y su posibilidad esté establecida en los pliegos, solo debe recurrirse a ellas como mecanismo verdaderamente excepcional, para evitar el riesgo de que otorgamientos sucesivos de prórrogas al contratista lleven a un cierre del mercado por largos y potencialmente indefinidos períodos de tiempo. Deben evitarse las prórrogas sobrevenidas del plazo contractual (por ejemplo, en contratos de gestión de servicios públicos) como contrapartida por la introducción de modificaciones sustanciales del contrato, a menos que exista una razón de imperiosa necesidad, como por ejemplo un riesgo inminente de cesación del servicio[88]. Por otro lado, de acuerdo con el art. 29.2 in fine del APL, la prórroga, será acordada por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario, siempre que se produzca con al menos dos meses de antelación a la finalización del contrato. En este sentido, se cuestiona el porqué de esta obligatoriedad para el adjudicatario más allá de casos tasados de estricta necesidad de continuidad de prestación en el servicio, mermando de esta forma su libertad de actuación. Asimismo, se precisa una mayor aclaración en el APL de si le será de aplicación la revisión de precios a las prórrogas de los contratos con duración mayor a dos años.

- Contratos de suministros y servicios de prestación sucesiva: en términos generales se valora positivamente la determinación de la duración de los

[87] Toda vez que se considera tiene implicaciones diferentes para la competencia la determinación en un contrato de 5 años de duración de una prórroga de 4, frente a una prórroga de 1, pese a que el cómputo total de la duración en ambos casos se mantiene en el citado plazo

[88] En relación con las implicaciones de las prórrogas sobre la competencia pueden consultarse los siguientes pronunciamientos de la autoridad de competencia: Guía sobre contratación pública y competencia (CNC 2010) pág. 23; INF/DP/0007/14 informe sobre los pliegos del procedimiento abierto de contratación de servicios consolidados de telecomunicaciones de la Administración General del Estado; INF/DP/0014/14 informe sobre el contrato de centralización servicios de limpieza; INF/DP/0004/14 informe sobre los pliegos tipo de condiciones para los contratos de gestión de servicios públicos de transporte regular de uso general de viajeros por carretera; INF/DP /0012/14 informe sobre los pliegos del contrato de servicios postales de la Administración General del Estado (fase I) e INF/DP/0014/14 Informe sobre el contrato de centralización servicios de limpieza.

contratos por tipo de contrato, especificando por ejemplo que los contratos de suministros y servicios de prestación sucesiva tendrán un plazo máximo de duración de 5 años incluyendo prórrogas. No obstante, esta determinación plantea la duda de por qué el APL realiza una mención expresa a que dichos contratos incluyen la prórroga mientras que no realiza la citada aclaración en otros, como pudiera ser el contrato de arrendamiento de bienes muebles descrito en el art. 29.5. En el caso de que la duración máxima contractual incluya la realización de prórrogas en todos los contratos, esto deberá constar expresamente así como tratar con homogeneidad la cuestión para todos los tipos de contratos.

Por otro lado, el art. 29.4 del APL determina que en el caso de los contratos de servicios los anteriores plazos podrán ser ampliados en razón de las amortizaciones de las inversiones directamente relacionadas con el contrato. Sin perjuicio que se valora positivamente la descripción realizada a estos efectos por el APL en relación con las razones que pueden llevar al aumento del plazo de duración de los mismos, la discrecionalidad a la hora de fijar el plazo temporal de ejecución sigue siendo elevada, debiéndose aclarar de forma expresa que el aumento en la duración de los citados contratos deberá ser proporcional y ajustado a las razones que justifican el aumento del citado plazo conforme al párrafo segundo del art. 29.4.

- Concesiones de obras y de servicios: se debería justificar el plazo elegido en función de parámetros objetivos, directamente relacionados con el período de la amortización de las inversiones necesarias para la ejecución del objeto del contrato o de los activos vinculados al mismo. De conformidad con el art. 29.6 del APL, deben tener una duración limitada, en principio de hasta 5 años[89]. Si exceden este plazo, la duración no debe superar el tiempo necesario para que el concesionario recupere la inversión realizada y un beneficio razonable.

  En este sentido, se valora positivamente la vinculación de la duración de los contratos de concesión al plazo de recuperación[90], entendido como el plazo

[89] Adicionalmente, se establecen además unos límites temporales que las concesiones no deben superar en ningún caso: 40 años para las concesiones de obras y las de servicios que impliquen ejecución de obras; 25 años para la explotación de servicios no sanitarios y 10 años para la explotación de servicios sanitarios.

[90] A este respecto, se entiende que la duración vendría fijada por la aplicación de una fórmula basada en las fórmulas tradicionales de "*pay back*" mediante flujos de caja actualizados, siendo éstos los cobros y pagos derivados de la concesión. Especial importancia adquiere el concepto de "rentabilidad razonable" que va a resultar determinante en el cálculo de dicho plazo de recuperación, puesto que se toma como tasa de descuento. Se trata de un concepto jurídico indeterminado, respecto del cual se han adoptado distintas soluciones: De acuerdo con la teoría económica, debería quizá considerarse como rentabilidad razonable la rentabilidad requerida por los fondos propios y ajenos utilizados para financiar las inversiones (rentabilidad media del capital). La normativa nacional suele tomar como rentabilidad razonable un parámetro más objetivo y estándar, normalmente la rentabilidad del bono a diez años más un *spread* de entre 200 y 300 puntos básicos.

estrictamente necesario para la amortización de las inversiones y la obtención de un beneficio razonable fijado de antemano. La teoría económica[91] prescribe concesiones de duración limitada que sean objeto de licitación periódicamente.

En este sentido, la Directiva 2014/23/UE de concesiones no impide que se fije un plazo menor con una compensación, siempre que tal compensación no elimine la transferencia del riesgo operacional. Se considera que el APL avanza en la dirección correcta: si bien los plazos establecidos para concesiones de obra y servicio se antojan quizá demasiado amplios, hay que valorarlos en concurrencia con el plazo determinado por la recuperación de inversiones, puesto que sólo entran en juego cuando la recuperación de inversiones deba determinar un plazo superior.

Por último, cabe reseñar que las concesiones pueden ampliar su duración, cuando se cumplen los supuestos del art 268 del APL, un 15% a los efectos de restablecer el equilibrio económico (reproduciendo el art. 258 del vigente TRLCSP). No cabe sino valorar negativamente esta posibilidad de prórroga, vinculada al equilibrio económico del contrato, como una disfunción que ya existía en la normativa vigente y que el APL no corrige, puesto que el uso de prórrogas debería limitarse a supuestos verdaderamente excepcionales y vinculados al riesgo de cesación del servicio, como se ha indicado con carácter general.

III.2.7.Expediente de contratación

Debe justificarse con precisión tanto la necesidad del contrato, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse, la idoneidad del objeto y contenido para satisfacerlas así como la adecuada justificación del procedimiento elegido, de conformidad con los art. 28.1[92] y 116.1 y 4 [93] del APL.

En este sentido, cabe citar el PRD de Desindexación, que define en este sentido el plazo de recuperación en su art. 10.

[91] De acuerdo con la Teoría de la licitación periódica de las concesiones sobre monopolios naturales de Chadwick y Demsetz, la duración de las concesiones debe ser suficientemente reducida y éstas deban re-licitarse periódicamente. Esto permite la competencia por el mercado como modo de reducir el poder de mercado de los concesionarios y mejorar en lo posible el poder de negociación del órgano de contratación. La competencia por el mercado, como sustituto imperfecto de la competencia en el mercado ayuda a que los precios, aunque temporalmente haya un único oferente, se acerquen a los que existirían con mayor nivel de competencia.

[92] *"Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación."* (art. 28.1)

[93] "*1. La celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente, que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 28 de esta Ley. […] 4. En el*

La decisión del órgano de contratación en relación con el tipo de procedimiento es igualmente de trascendencia muy relevante para la competencia efectiva, debiendo justificarse con precisión la decisión tomada. En este sentido, la discrecionalidad con la que cuenta es amplia (por ejemplo, entre realizar un contrato de obras o una concesión de obras) si bien teniendo siempre presente las limitaciones establecidas por los principios informadores (ver observaciones generales). Esta exigencia se podría coordinar con otras normas sectoriales (como el Proyecto de Ley de carreteras[94], actualmente en tramitación parlamentaria), en aspectos como la exigencia de una memoria justificativa de la rentabilidad económica del proyecto, en aras de la máxima eficiencia en la asignación de los fondos públicos.

III.2.7.1 Consultas preliminares del mercado

El APL regula en su art. 115 la posibilidad de realizar estudios de mercado y dirigir consultas a los operadores económicos con el fin de preparar correctamente la licitación e informar a los operadores acerca de sus planes y de los requisitos que exigirán para concurrir al procedimiento. Constituye una novedad en la regulación de contratación pública, tanto europea como nacional.

El fundamento aparente (ya que no consta expresamente en el APL[95], en la MAIN ni tampoco en los considerandos de la Directiva) es tener un mejor conocimiento del mercado en el que se aprovisionan, lo que, con las cautelas que más abajo se señalan, puede fomentar la eficiencia y el mejor diseño de los procedimientos y el objeto de los contratos al reducir las asimetrías (y escasez) de información de los órganos contratantes. Se valora positivamente el añadido del APL con respecto de la Directiva 2014/24/UE sobre la regulación de la transparencia de las actuaciones desarrolladas y sus resultados.

Sin perjuicio de los aspectos positivos que conlleva un mayor conocimiento del mercado, las consultas a operadores presentes en el mercado presentan

expediente se justificará adecuadamente la elección del procedimiento y la de los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato" (art. 116.1 y 116.4).

[94] Proyecto de Ley carreteras (BOCG), art. 9. *Principios generales*. *1. La elaboración y aprobación de programas, estudios y proyectos de carreteras deberá perseguir las finalidades generales establecidas para la política de carreteras así como el cumplimiento de las previsiones establecidas en la planificación estratégica que le fuera aplicable en cada momento. 2. En todo caso, la elaboración, aprobación y modificación de programas, de estudios o de proyectos de carreteras requerirán: a) Identificación de las necesidades, desde una perspectiva intermodal y atendiendo a la complementariedad y sustitución entre modos de transporte. b) Justificación de las finalidades, objetivos, criterios y prioridades previstas en la presente ley o sus instrumentos de desarrollo y ejecución que se atienden en el mismo. c) Análisis de alternativas y coste-beneficio de la actuación con indicación de los sectores y organizaciones que puedan verse favorecidas por la actuación. d) Análisis de alternativas de ejecución, financiación y explotación de los elementos comprendidos en dicho instrumento. e) Análisis de impacto ambiental, de sostenibilidad económica y territorial de la actuación. Esta evaluación deberá cumplir las condiciones que en su caso estuvieran previstas en su legislación específica*. (subrayado propio)

[95] Más allá de las meras referencias dirigidas a "preparar correctamente la licitación", "informar a los operadores económicos" o a la planificar el procedimiento de licitación o su sustantación (art. 115 APL).

problemas desde la óptica de competencia. No en vano pueden conllevar un considerable riesgo de captura del órgano contratante y pueden suponer una vulneración de los principios de igualdad de acceso a licitaciones, no discriminación y no falseamiento de la competencia.

Se recomienda por tanto la introducción de una serie de medidas correctoras: (i) que no se produzcan reuniones físicas bilaterales ni multilaterales con todos los posibles operadores interesados dado el riesgo de favorecer la colusión entre los mismos; (ii) suprimir la posibilidad de consultas a operadores concretos[96] y limitarlas únicamente a expertos o autoridades independientes; (iii) prohibir expresamente la posibilidad de consulta a organizaciones y asociaciones empresariales[97]; (iv) la introducción de un trámite de consulta pública en el que se instrumenten estas consultas preliminares, similar al que existe en los proyectos normativos; y (v) la máxima difusión de las actuaciones en la web para que tengan acceso y posibilidad de realizar aportaciones todos los posibles interesados.

III.2.7.2 Tipos de tramitación

Se realizan una serie de apreciaciones en relación con los principales tipos identificados:

- *Tramitación ordinaria* (art. 136 del APL): como ya se ha señalado, el texto del APL reduce considerablemente los plazos mínimos de presentación de proposiciones, lo que conlleva un perjuicio a la competencia, al dificultar el acceso al mercado[98] en particular de los operadores con menores recursos. Nos remitimos a los comentarios ya realizados más arriba a este respecto.
- *Tramitación urgente* (art. 119 y 137 del APL): supone una reducción considerable de los plazos de presentación de solicitudes y proposiciones (art.119.2. b[99]) e implícitamente de los plazos de recurso especial en

[96] Conlleva un considerable riesgo de distorsión de la competencia e incluso de captura del órgano contratante. La doctrina alerta especialmente de los riesgos de las consultas con uno o varios operadores concretos: " *[…] under articles 40 (consultas preliminaries del Mercado) and 41, companies consulted before the launch of a tender and involved in the drafting of the tender specifications can take part in the procurement as long as it does not distort competition nor violate non-discrimination or transparency In the event that a single supplier or a limited number of suppliers are consulted, is hard to imagine that such access will not distort competition"* en TELLES& BUTLER (2014) *Public procurement award procedures in Directive 2014/24/EU*.

[97] La consulta a asociaciones y organizaciones empresariales presenta importantes riesgos: (i) captura del órgano contratante de modo que la licitación diseñada se acomode a una información del mercado sesgada en beneficio de los operadores (por ejemplo, a través de estimaciones sobrevaloradas de los costes de provision que determinarían el presupuesto base de licitación); y (ii) aumenta las posibilidades de coordinación y colusión entre operadores al ponerles en contacto y centralizar su interlocución en una organización representativa.

[98] "*When timescales are too short, it is very difficult for suppliers to find the opportunity and prepare a bid on time. As such, very short timescales may be used by contracting authorities with an anti-competitive motivation, precisely for the purposes of reducing the scope of potential bidders or to skew a tender in favour of a preferred supplier*" TELLES&BUTLER (2014).

[99] Reduce el plazo de presentación de proposiciones/solicitudes de participación a) a la mitad en contratos no SARA; b) 15 días desde la publicación del anuncio de licitación en procedimiento

materia de contratación, en perjuicio del principio de concurrencia y libertad de acceso. Deberían concretarse los supuestos de hecho (qué necesidad inaplazable y las razones de interés público que se invocan) para reducir la discrecionalidad y los posibles (y frecuentes) abusos en su apreciación[100] así como remarcarse su carácter excepcional y la debida motivación[101].

- *Tramitación de emergencia*[102] (art. 120 del APL): debería restringirse a aquellos casos debidamente justificados en que no puede tener lugar la tramitación urgente[103]. La tramitación de emergencia no exige una especial declaración, pero si "*dar cuenta de dichos acuerdos al Consejo de Ministros en el plazo de 30 días*". Convendría reforzar la motivación y la posibilidad de control ex post de las actuaciones con el fin de reducir el margen de discrecionalidad. Por ejemplo, podría exigirse que en la documentación a remitir al Consejo de Ministros se incluya una declaración de emergencia en la que se recoja una justificación de la concurrencia de los supuestos de hecho y la razón de por qué no es posible acudir a procedimiento con tramitación urgente.
- *Contratos menores* (art. 118 del APL): resulta criticable el mantenimiento de esta figura[104] toda vez que (i) no viene exigida por la Directiva; (ii) constituye una práctica completamente contraria a los principios inspiradores de la contratación pública como la concurrencia, no

abierto; c) 15 días para invitaciones los la presentación de solicitudes de participación; d) 10 días para presentación de proposiciones en restringido.

[100] La doctrina alerta de que la reducción de plazos (en particular de los de presentación de ofertas) pueden utilizarse por los órganos contratantes con motivaciones anticompetitivas con el propósito de reducir el ámbito de licitadores potenciales y distorsionar una licitación en favor de un licitador preferido TELLES&BUTLER (2014)(pág.6).

[101] Tal y como exige la jurisprudencia: " […] *en relación con la motivación exige que se trate de una situación urgente objetivamente evaluable y no apreciada de modo subjetivo por el órgano de contratación, de modo que responda la urgencia a razones de interés público que se acrediten de modo razonable o con criterios de lógica o que se demuestre la necesidad inaplazable de tramitar el procedimiento con la urgencia que requiera* » STS de 28 de febrero de 2008, entre otras.

[102] Permite la contratación sin siquiera tramitación de expediente, la posible contratación verbal y excluye la posibilidad de interposición de recurso especial (art. 44.4 del APL).

[103] Conforme a la doctrina de la JCCA, interpretando el antiguo art. 71 de la antigua LCAP (http://www.fiscalizacionlocal.es/tramitacion-de-emergencia-en-contratacion-publica/)

[104] Criticada duramente por la doctrina hasta el punto de afirmar que "*se trata de uno de los problemas más graves de la contratación pública en España*" MORENO MOLINA y PLEITE GUADAMILLAS (2010). "*La nueva Ley de contratos del sector público. Estudio sistemático*". La doctrina legal y de control económico-financiero denuncia especialmente su abuso en el ámbito local y su utilización para el fraccionamiento del objeto del contrato (por ejemplo, véase la ponencia de GIMENO FELIÚ (2014) sobre Reglas para la prevención de la corrupción en la contratación publica. Texto ponencia V Seminario de contratación pública (pág.36) y numerosos Informes de Juntas Consultivas recogidos en este artículo; el Informe del de Fiscalización de la contratación celebrada durante el ejercicio 2004 por las Entidades del Sector Público Estatal sometidas a los procedimientos de contratación establecidos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas en su sesión de 21 de diciembre de 2006; o *Contratos menores: rasgos característicos, menciones especiales y consecuencias de un uso abusivo*. RIERA LOPEZ (2013)

discriminación o igualdad de acceso que debería ser, a lo sumo, excepcional; (iii) existe constancia y abundante crítica doctrinal y de los órganos de control externo acerca del abuso de la figura del contrato menor. Debe recordarse que el principio de libre concurrencia resulta de obligado cumplimiento para todo contrato[105] y existen otros mecanismos más garantes de la libre concurrencia y la regulación económica eficiente.

Se recomienda su supresión y su tramitación como procedimientos abiertos simplificados (art. 157). De mantenerse, se recomienda reforzar la publicidad, transparencia y concurrencia. En particular, que sea exigible la publicación del anuncio de licitación (al menos en la web del órgano de contratación); y que la publicación trimestral de información relativa a los contratos menores adjudicados en el perfil del contratante sea obligatoria y no potestativa (art. 63.4)[106].

- Subasta electrónica (art. 143 APL): su existencia es positiva por las considerables ganancias en eficiencia que puede conllevar derivada de una reducción de costes de transacción, mayor transparencia y aumento de tensión competitiva, entre otros aspectos[107]. Se alerta, no obstante, de los riesgos que una aplicación y diseño inadecuado conlleva[108]. En particular, el informar a los licitadores sobre los precios presentados y sobre el número de candidatos presentados puede aumentar el riesgo de colusión, especialmente en mercados con pocos operadores[109].Con respecto a la regulación del APL se sugiere incluir en el art. 131 la preferencia de la utilización de la subasta electrónica frente a la subasta tradicional para aquellos casos en que el precio sea el único criterio de adjudicación o la totalidad de criterios de adjudicación valoren elementos objetivos cuantificables (en cifras o porcentajes). La subasta electrónica tiene la

[105] Tal y como recoge MORENO MOLINA y PLEITE GUADAMILLAS (2010): "*De conformidad con la sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, Parking Brixen GMBH que obliga a respetar los principios generales en todos los contratos celebrados por los poderes públicos, y como ha aclarado también la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las directivas sobre contratación pública*".

[106] Además, se recuerda que el art. 13.1 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno establece que "la transparencia en el ámbito de los contratos suscritos por los sujetos obligados es aplicable a todos los contratos, incluidos los patrimoniales y los menores".

[107] Véase el análisis y la revisión de la literatura económica sobre los beneficios y riesgos de las subastas electrónicas en SHALEV and ASBJORNEN (2010) *Electronic reverse auctions and the public sector : factors of success* o PAVEL et al (2013) *Do e-auctions really improve the efficiency of public procurement ? The case of the Slovak Municipalities*.

[108] Puestos de relieve por la doctrina: "[…] *contracting authorities should be particularly careful in the design of the specific rules applicable to the electronic auction, so as to prevent instances of collusion amongst tenderers—particularly, by restricting the information disclosed which, however, cannot include the identities of the bidders in any circumstances […]"* SANCHEZ GRAELLS (2015) , *"How to crack a nut"*.

[109] Tanto por coordinación de ofertas como por facilitar la detección de desviaciones de acuerdos colusorios.

ventaja (al tener varias rondas de puja) de que los incentivos al desvío son mayores y que la misma transparencia puede facilitar la detección y acreditación de colusión.

- *Procedimiento abierto* (art 154 a 156 del APL). Como ya ha manifestado esta CNMC en otras ocasiones[110], se trata del procedimiento más favorecedor de la concurrencia, por ser más respetuoso con el principio de igualdad entre los licitadores al que pueden presentarse todas aquellas empresas que reúnan la capacidad y solvencia exigidas. Al conllevar mayor tensión competitiva, las ganancias en eficiencias y ahorro pueden ser considerables[111]. Se recomienda que sea el único procedimiento ordinario de licitación[112]. Para la selección de cualquier otro procedimiento, los órganos de contratación deberían sopesar muy cuidadosamente el impacto sobre la competencia derivado de tal decisión, incluso si, con procedimientos alternativos, pudiera facilitarse la gestión y acortarse el período de tramitación.
- *Procedimiento restringido* (arts. 162 a 168 del APL). Este procedimiento, si bien puede reducir los costes de transacción de los órganos contratantes y de operadores sin requisitos de solvencia suficientes en contratos de entidad, constituye un cierre mercado a operadores que no cumplan los requisitos. Se recomienda reconsiderar la calificación del procedimiento restringido como procedimiento ordinario[113] (art. 131.2). Se sugiere que el APL recoja, o/y en su caso, que los órganos de contratación: (i) valoren y justifiquen adecuadamente su decisión de optar por este procedimiento[114]; (ii) no se limiten a invitar al mínimo legal de cinco licitadores a participar en el procedimiento[115]; (iii) eviten tanto plazos excesivamente reducidos[116] susceptibles de socavar aún más la competencia, como incluir un sesgo en

[110] Guía de la CNC sobre contratación pública y competencia. (pág. 10)

[111] El estudio de la CNC sobre medios propios (pag. 41) recogía una diferencia (ahorro) de un 23% entre el precio de adjudicación y de licitación en los procedimientos abiertos de la muestra seleccionada. No obstante se advierte que esta reducción de precio puede deberse no sólo a la mayor tensión competitiva sino a una incorrecta estimación de los costes del contrato (del presupuesto base de licitación).

[112] Excluyendo al procedimiento restringido como procedimiento ordinario.

[113] La Directiva no dispone expresamente que deba ser un procedimiento ordinario. El legislador español podría haber ido más allá y generalizar más el procedimiento abierto y limitar el recurso al procedimiento restringido.

[114] En especial en lo que se refiere a que el número de candidatos sea suficiente para garantizar una competencia efectiva, con asistencia en el análisis, en su caso, de organismos especializados como las autoridades de competencia.

[115] Conforme a la Guía de la CNC sobre contratación pública y competencia (pág.10)

[116] Es necesario tomar en consideración, a este respecto, que la preparación de ofertas de este tipo de procedimiento suele exigir un tiempo y recursos considerables. La doctrina alerta de los riesgos que este plazo excesivamente reducido supone para la competencia efectiva. P.TELLES en *Telles.eu*.

favor de operadores instalados (con mayor capacidad de asunción de riesgos).

- *Procedimiento negociado sin publicidad* (art. 166 del APL). Se sugiere suprimir el procedimiento, o al menos reconducir los supuestos al procedimiento negociado con publicidad, salvo en aquellos supuestos tasados y estrictamente justificados[117]. Los efectos nocivos de este procedimiento (y en general de todo aquel sin transparencia ni concurrencia) se vienen alertando por la doctrina y la jurisprudencia[118]. No obstante, se valora positivamente que el APL haya eliminado el supuesto de negociado sin publicidad por razón de la cuantía.
- *Procedimiento de licitación con negociación (*art. 165 del APL). Pese a contar con exigencias de publicidad, supone un aumento del margen de discrecionalidad del órgano contratante y con ello de los riesgos de alcanzar soluciones no óptimas[119]. Existen evidencias de su utilización inadecuada y no suficientemente justificada ni motivada.

  El supuesto de aplicación por haberse presentado en el procedimiento abierto o restringido precedente únicamente ofertas irregulares o inaceptables por haber mostrado "*indicios de colusión o corrupción*" (art. 165 e) y 166.a) 4º) no está exento de riesgos si no se delimita quién y cómo se aprecia esta circunstancia y se garantiza que se hace con el debido rigor. Se recomienda que el APL precise que, para que operen estos supuestos de hecho, deban haberse manifestado dichos indicios a las autoridades de competencia (ver apartado relativo a la detección de indicios de colusión).

  Se recomienda en cualquier caso: (i) la justificación y acreditación adecuada de cada supuesto de hecho y su interpretación estricta[120]; (ii) la ampliación del número de invitaciones para garantizar una competencia efectiva y la posibilidad de admitir a candidatos incluso una vez ya

[117] Tales como los contratos secretos y reservados o sujetos a condiciones especiales de seguridad. Otros supuestos (licitaciones previas desiertas, ofertas no adecuadas, irregulares o inaceptables) son claramente reconducibles al procedimiento de licitación con negociación (y publicidad) cuando no a su nueva licitación mediante el procedimiento original.

[118] Por ejemplo, SANCHEZ GRAELLS, en *How to crack a nut*, "*the eventual abusive recourse to negotiated procedures with no transparency requirement whatsoever constitutes a potential restriction of access to the tender procedure with very significant anti-competitive effects. This has been permanently stressed in the case law, and the CJEU has permanently stressed the strict requirements that control decisions to proceed to the direct award of contracts under this 'non-procedure'*"

[119] GIMENO FELIÚ lo alertaba en *"Towards efficiency in public procurement: simplifying procedures and reducing the administrative burden"*: *The possible advantages of greater flexibility and procedural simplification should be weighed up against an increased risk of favouritism. Moreover, in general, the greater discretionary powers of the contracting authority in the negotiated procedure may give rise to subjective decisions*. P. TELLES , en el mismo sentido, afirma que "*more negotiations mean as well plenty of scope for unequal treatment*"

[120] Como por ejemplo, el supuesto del art. 165.b): "*Cuando la prestación objeto del contrato incluya un proyecto o soluciones innovadoras*". La noción de innovación ha de interpretarse estrictamente, y no está exenta de riesgos la definición amplia del término que recoge la Directiva (art. 2.1.22).

empezada la negociación[121]; (iii) la elaboración por las Administraciones de protocolos de funcionamiento que identifiquen los criterios para la selección de candidatos[122]; (iv) la existencia en todo caso de una negociación real y efectiva, aunque exista un único licitador, sin que pueda considerarse como fase de negociación la mera presentación de ofertas por los licitadores y curse constancia exhaustiva y documental del proceso de negociación; (v) la valoración de la posibilidad de crear un ente negociador[123] compuesto, siempre que ello resulte posible, por dos o más miembros, que esté especialmente cualificado y capacitado para efectuar esta función (incluidas las supuestas habilidades negociadoras); (vi) la eliminación de la cláusula de reserva de posibilidad de negociado "*sin negociación*"[124] sobre la base de ofertas iniciales (art. 169.7). Esta cláusula resulta de difícil justificación, puede conferir un margen de decisión ilimitado o cuando menos puede incentivar conductas estratégicas[125] de los licitadores con resultados ineficientes.

- *Procedimiento de diálogo competitivo* (arts. 170 a 174). Se sugiere (i) que el número de empresas invitadas a participar, siempre que sea posible, supere el mínimo legal de tres para favorecer la competencia en este procedimiento[126]; (ii) que se avance, en la medida de lo posible, en la estandarización del procedimiento[127]; (iii) que se precisen los criterios de fijación de primas o compensaciones a participantes en el diálogo competitivo (art. 171) ante la vaguedad de la redacción[128], con referencia expresa a que sean proporcionadas, objetivas y transparentes; (iv) que se garantice que el órgano de contratación cuenta con la asistencia técnica necesaria para que el análisis de competencia del segundo párrafo del art. 173.3 sea riguroso y completo –por ejemplo, con el asesoramiento de las

[121] Extremo recomendado, junto a otros en la Guía de la CNC sobre contratación pública y competencia (pág. 11 y ss)

[122] Como ya se recomendó en la Guía sobre contratación pública y competencia.

[123] Algunas de estas recomendaciones coinciden con las recogidas en el documento de Conclusiones de la Jornada sobre buenas prácticas en materia de contratación, organizada por la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid, el Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Madrid y el Proyecto CSP.

[124] La doctrina ya alertó del carácter anómalo de esta cláusula, recogida en la Directiva. Por ejemplo, GIMENO FELIÚ (2014), afirmaba que "*en nuestro sistema jurídico contractual esta posibilidad puede resultar, cuando menos, distorsionadora pues la ausencia de negociación en estos procedimientos ha sido considerada una patología procedimental*" en Reglas para la prevencion de la corrupcion en la contratacion publica. Texto ponencia V Seminario de contratación pública (pág 34 y ss.)

[125] Precios excesivos de las ofertas, pues al configurarse el procedimiento en fases sucesivas, y como en toda negociación, los licitadores comenzarán con ofertas más infladas parair rebajándolas.

[126] Guía de la CNC sobre contratación pública y competencia (pág. 13).

[127] El APL desarrolla la regulación actual, tachada de excesivamente vaga. No obstante se trata de un procedimiento complejo con altos costes de transacción y oportunidad que podrían reducirse con un procedimiento más estandarizado.

[128] Que sean suficientes y se acredite la cobertura presupuestaria para su establecimiento.

autoridades de competencia-; y (v) no permitir negociaciones finales una vez seleccionado el licitador sino únicamente aclaraciones (art. 174.3)[129].

- *Procedimiento de asociación para la innovación* (art. 175 y ss.).- El procedimiento se basa en un acuerdo de colaboración entre el órgano de contratación y uno o varios empresarios para la realización de actividades de I+D respecto de obras, servicios y productos innovadores, cuando las soluciones disponibles en el mercado no satisfagan las necesidades del órgano de contratación (art. 175.1). Conviene alertar sobre una serie de riesgos[130]: (i) la indeterminación y posible interpretación extensiva del supuesto de aplicación (soluciones no disponibles en el mercado[131] o de la noción de innovación[132]) puede conducir a soluciones no óptimas, bajo esquemas de adjudicación no competitivos; (ii) la duración no especificada del "Acuerdo de Colaboración para la innovación entre el órgano de contratación y el/los empresarios" y el cierre de mercado prolongado que podría suponer; (iii) la posible formalización de dicho Acuerdo con sólo un empresario supone una considerable restricción de la competencia; (iv) podrían constituir ayudas de Estado no exentas de notificación, por su dudosa adecuación con el Marco de la Comisión Europea sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación (2014), lo que podría paralizar y ralentizar el proyecto; y (v) la posible rescisión unilateral del Acuerdo por el órgano de contratación –aun siendo previsto por no alcanzar los objetivos previstos en el Pliego- supone un importante riesgo para los operadores que podría reducir notablemente la aplicación práctica del procedimiento.

III.2.7.3 Composición de la mesa de contratación

Sin perjuicio de no formar parte de la mesa, debería valorarse la participación como experto de personal de la CNMC en áreas o contratos cuyas especiales características conllevaran riesgos particularmente relevantes para la competencia, por ejemplo, por las características del mercado provisor (escasez de operadores,

[129] Una vez elegido el licitador se permite que existan negociaciones en lugar de las aclaraciones que recoge el actual TRCLSP (183.3 del TRCLSP). Se alerta de que en esta fase no convendría una negociación, toda vez que la posición negociadora del órgano contratante es mucho más débil en este momento final (ya se ha seleccionado el licitador y no hay presión competitiva).

[130] Un sector de la doctrina considera este innecesario introducir este procedimiento en las legislaciones nacionales al tiempo que alerta de una serie de riesgos. Por ejemplo, BERNNETT en Public Sector Blog, SANCHEZ GRAELLS o TELLES.

[131] Un análisis incompleto por parte del poder adjudicador del mercado y de las soluciones ya existentes en el mismo puede conducir a constituir una asociación ineficiente y no exenta de su utilización oportunista por operadores (sesgo de confirmación o *confirmation bias).* También podrían tener lugar problemas de autoselección o *self selection bias* (que exista una solución innovadora pero que los operadores con los que se asocie la administración y de los que obtiene información previa la desconocen).

[132] Es posible realizar una interpretación extensiva de la noción de innovación (solo definida en la Directiva y no en el APL lo que además resulta criticable) donde tengan encaje obras, servicios y productos con meras innovaciones adaptativas e incrementales.

repetición de los mismos participantes, existencia de infracciones previas o indicios de posible infracción en materia de competencia…).

Esta participación se realizaría a petición de alguna de las partes (mesa de contratación o CNMC) debiéndose justificar convenientemente los elementos tenidos en cuenta. Dicha participación no se centraría obviamente en la determinación de la oferta más ventajosa (dado que no es función de la CNMC su determinación) y se realizaría sin perjuicio del ejercicio por ésta del conjunto de instrumentos que pudieran considerarse procedentes desde la óptica de la persecución de conductas anticompetitivas encuadrables en los arts. 1 y 2 de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y arts. 101 y 102 del TFUE o desde otras perspectivas (por ejemplo, impugnatorias).

III.2.7.4 Criterios de adjudicación del contrato

Se recuerda que han de guardar relación con el objeto del contrato, ser objetivos, respetuosos con los principios informadores de contratación pública y figurar, junto con la ponderación que se les atribuya, en el Pliego correspondiente[133]. Resulta necesario a este respecto tener en cuenta estas recomendaciones:

- Garantizar la igualdad de trato y la no discriminación entre licitadores (especialmente en favor de operadores ya establecidos). A tal efecto se recomienda evitar el establecimiento de umbrales mínimos[134] para superar ciertas fases, y en general, que la incorporación de la experiencia a los criterios valorativos no conlleve una doble valoración de tal condición. Tampoco debería evaluarse la correcta ejecución de contratos anteriores por suponer una ventaja a operadores instalados o el establecimiento de derechos de preferencia y tanteo, todavía existentes en ciertos sectores regulados[135].
- La fijación de criterios (junto a sus subcriterios y la ponderación de cada cual) de forma completa y graduada, sin que quepa alegar su imposibilidad de ponderación previa ya que otorga una excesiva discrecionalidad al órgano de contratación.
- La presencia de parámetros económicos (en particular, precio) en todo caso si se contemplan varios criterios de valoración, preferencia y ponderación mayoritaria de criterios objetivamente cuantificables y evaluables mediante fórmulas[136] por su mayor objetividad frente a criterios

[133] Estos y otros principios y criterios se recogen más extensamente, en la Guía de la CNC sobre contratación pública y competencia (pág.16 y ss) y en los diversos informes sobre pliegos elaborados, algunos de los cuales se hace referencia a título ilustrativo.

[134] Ver a este respecto el Informe INF/DP/0019/14 Pliegos reguladores del contrato centralizado de servicios de agencias de viajes de la AGE.

[135] Puesto de manifiesto en el Informe INF/DP/0004/14 Pliegos tipo de condiciones para los contratos de gestión de servicios públicos de transporte regular de uso general de viajeros por carretera.

[136] Como se recoge en la Guía de la CNC sobre contratación pública y competencia y, en el Documento de análisis de la contratación pública en España (2014) (pag. 10) y en diversos informes (Informe sobre los Pliegos para el Acuerdo Marco para los suministros de mobiliario general y especializado, Informe sobre los Pliegos que rigen la celebración del Acuerdo Marco para la adopción de tipo de los suministros de equipos audiovisuales, Informe sobre los Pliegos para la

cuya valoración conlleve márgenes de discrecionalidad y subjetividad[137]; la conveniencia de establecer fórmulas de valoración lineales, la exigencia de publicación de los criterios de evaluación previa (art. 145.6 *in fine*) y, en general, la reducción del margen de discrecionalidad del órgano de contratación[138].

- Como ya se ha señalado en las observaciones generales, se alerta de que la consideración de aspectos sociales, medioambientales o la cualificación del personal adscrito al contrato como criterios de adjudicación pueden conducir a resultados subóptimos por lo que dichos aspectos deben respetar los principios de regulación económica eficiente.

III.2.7.5 Ofertas anormalmente bajas

El APL exige que en la inadmisión de las ofertas haya mediado necesariamente un procedimiento en el que el licitador no haya sido capaz de justificar el bajo nivel de costes y precios altiempo que establece que los parámetros objetivos de anormalidad se establecerán en los Pliegos (si el único criterio de adjudicación es el precio se aplicarían los parámetros que se desarrollen reglamentariamente[139]). A este respecto, se recuerda que los parámetros objetivos de anormalidad de las ofertas no deben indicarse en ningún caso en términos absolutos ni constituir señales a los licitadores sobre el "umbral máximo de competencia"[140].

Se recomienda: (i) la precisión de las cautelas anteriores de forma que no se reduzcan los incentivos a competir, especialmente en el desarrollo reglamentario previsto[141] del precepto; (ii) el estudio adecuado y completo del mercado provisor y el uso de fórmulas lo más precisas posibles[142] en la determinación de la

---

contratación centralizada de servicios de telecomunicaciones en la Administración General del Estado, o el INF/DP/0004/14 Pliegos tipo de condiciones para los contratos de gestion de servicios publicos de transporte regular de uso general de viajeros por carretera**,** entre otros).

[137] Véase, por ejemplo, el Informe sobre los pliegos de prestación a terceros de los servicios de asistencia de combustible y lubricante en varios aeropuertos de la red de Aena.

[138] Precisando, además, referencias vagas como que los criterios "*no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada"* –art.145.1.b) *in* fine.

[139] La determinación del umbral de anormalidad (o inviabilidad de ofertas) suele hacerse, de acuerdo con la práctica de contratación pública de otros países, bien en referencia al presupuesto base de licitación o bien con respecto a otras ofertas presentadas. En la normativa de desarrollo del TRCLSP actual, las referencias son respecto a otras ofertas presentadas (media artimética ajustada con ciertas exclusiones y matices)

[140] Guía de la CNC sobre contratación pública y competencia (pág. 21 y ss.)

[141] Resulta urgente ya que el desarrollo reglamentario vigente (art 85 del RD 1098/2001) está desfasado y no está exento de inseguridad jurídica.

[142] El RD 1098/2001 (art. 85) recoge como criterio de inadmisibilidad de ofertas su dispersión bajo una suerte de media ajustada de sus precios. Si bien se trata de un enfoque relativo (comparación de dispersión con respecto a otras ofertas) que es preferible a los enfoques absolutos (con referencia al presupuesto base de licitación), podrían plantearse otros criterios (como existen en Derecho comparado) que puedan reflejar de forma más precisa la denominada anormalidad, o mejor dicho, la invibilidad de ofertas. Véanse a este respecto el análisis de las ofertas anormalmente bajas y su

anormalidad de la oferta; (iii) las debidas cautelas en la interpretación de la posibilidad de rechazo de ofertas en las que el bajo precio pueda deberse a que no respeten obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral; (iv) la reconsideración o deseable aclaración del art. 147.5 APL, esto es, del rechazo de proposiciones que han obtenido ayudas de Estado únicamente si el licitador no puede acreditar que tal ayuda se ha concedido sin contravenir las disposiciones comunitarias en materia de ayudas públicas[143], añadiendo la incorporación señalada en las observaciones generales; (v) la estimación del presupuesto base de licitación lo más ajustada y precisa posible, puesto que tiene una influencia decisiva en la determinación de las ofertas de todos los licitadores y por minimizar el riesgo de modificaciones contractuales una vez adjudicado el contrato; (vi) aumentar la transparencia en la gestión contractual (tanto de nuevas licitaciones como de contratos en ejecución o ejecutados), con beneficios tanto para el órgano contratante, al propiciar una estimación de costes más ajustada, como para los licitadores, por proporcionar una información más precisa para su oferta; y (vii) en general, el diseño completo y preciso de la licitación, que incluya mecanismos de evaluación de la ejecución y el establecimiento de penalizaciones a operadores con conductas estratégicas (bajas excesivas anticipando renegociación del precio).

III.2.7.6 Variantes

El art. 142 permite la presentación de variantes siempre y cuando se trate de un procedimiento en el que no se valore únicamente el precio y que tal posibilidad se haya incluido en los Pliegos identificando suficientemente el contenido y forma de las mismas. Coincide en gran medida con lo establecido en el art. 45 de la Directiva 2014/24/UE, aunque, en concordancia con la misma, debería añadirse expresamente la necesaria vinculación de las variantes al objeto del contrato, de cara a su correcta fundamentación.

III.2.8 Técnicas de racionalización de la contratación

Las técnicas de racionalización de la contratación y la contratación centralizada de bienes y servicios[144] han experimentado un notable auge en los procesos de aprovisionamiento público en los últimos años. En este sentido, las nuevas Directivas europeas avanzan en el desarrollo y fomento de estas figuras, siempre supeditado a que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada.

De esta manera, los propios textos europeos reconocen la necesidad de ponderar en la utilización de estas figuras, las ventajas derivadas de las mismas, con el

regulación de la última reunión, del 19 de junio de 2015, del grupo de trabajo de la OCDE sobre competencia y regulación, así como el trabajo que ALBANO (2015) aportó en dicha reunión.

[143] Este apartado presenta dudas en cuanto a su aplicabilidad y además es ciertamente confuso. De otra parte, es necesario subrayar que el artículo impediría excluir por esta causa ofertas en las que concurran ayudas públicas compatibles con la normativa comunitaria pero que desde la óptica nacional no resulten razonables, como algunas ayudas de minimis, que otorguen una ventaja adicional excesiva al licitador frente a otros o potenciales licitadores.

[144] La racionalización técnica de la contratación aparece recogida en los arts. 216 al 228 del APL.

posible perjuicio para la competencia en los sectores en los que se utilizan. Sin ánimo de exhaustividad, los beneficios derivados de estas figuras se concretarían en un aumento de la eficiencia económica a través de un ahorro de costes administrativos y un aprovechamiento de economías de escala, así como la mejora en términos de transparencia y publicidad de las licitaciones. Estas ventajas serían también observables para las propias empresas licitadoras, quienes se beneficiarían tanto de la generación de economías de escala en la producción de un bien o servicio, como de economías de alcance, derivadas de la producción de bienes o servicios conexos, pudiendo con todo ello presentar ofertas más competitivas.

Por contra, el reconocimiento de los riesgos que la utilización de estas técnicas puede conllevar emana de la concentración de la demanda que puede condicionar la dinámica competitiva a medio plazo. Así es, toda vez que estos contratos requerirán en términos generales requisitos de capacidad, solvencia técnica y económica, o umbrales de garantías superiores a los que se impondrían en el caso de contrataciones individualizadas, pueden erigirse como barreras de entrada al mercado para pymes y nuevos entrantes y suponer en última instancia su expulsión de los sectores en los que pretendan implantarse.

Sentado lo anterior, se realizan a continuación una serie de observaciones concretas en relación con la trasposición realizada por el APL en relación con las figuras de los Acuerdos Marco, los Sistemas Dinámicos de Adquisición y las Centrales de Contratación.

III.2.8.1 Acuerdos Marco

Los Acuerdos Marco presentan, en los arts. del 217 al 220 del APL, una definición análoga[145] a la del vigente TRLCSP de modo que se posibilita a los órganos de contratación del sector público a la celebración con una o varias empresas con el fin de fijar las condiciones a las que se deban ajustar los contratos que se adjudiquen durante un periodo determinado siempre que la competencia no se vea obstaculizada, restringida o falseada.

La *duración* queda limitada a 4 años de acuerdo con el art. 217.2, salvo casos excepcionales debidamente justificados[146], en los que en todo caso se tendrá en cuenta las peculiaridades y características del sector de actividad al que se refiere. No obstante, si bien los contratos derivados del Acuerdo Marco deberán adjudicarse antes del final del plazo del mismo, la duración de estos contratos puede superar el ámbito temporal de los 4 años. (Art. 217.3).

[145] No en vano el propio Considerando 60 de la Directiva 2014/24 determina "*El instrumento de los acuerdos marco ha sido ampliamente utilizado y se considera una técnica de contratación eficiente en toda Europa. Por lo tanto, debe mantenerse a grandes rasgos en su estado actual (…)*".

[146] Considerando 62 de la Directiva: "*Dichos casos, debidamente justificados, en particular por el objeto del acuerdo marco, pueden darse, por ejemplo, cuando los operadores económicos necesiten disponer de equipos para los que el período de amortización sea superior a cuatro años y que deban estar disponibles en cualquier momento durante toda la duración del contrato marco*"

Asimismo, el APL determina, al igual que la Directiva 2014/24/UE y el TRLCSP, el *modo de adjudicación de los contratos basados en un Acuerdo Marco* diferenciando entre los que se hayan celebrado con una única empresa y aquellos concluidos con varias. Por último, el APL incorpora determinadas novedades como la posibilidad de adjudicar contratos con base en un Acuerdo Marco condicionada a que en el plazo de treinta días[147] desde su formalización, se hubiese remitido el correspondiente anuncio de la misma a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, en el caso de que se trate de contratos sujetos a regulación armonizada y efectuado su publicación en el perfil de contratante del órgano de contratación, y en el BOE en el caso de los Acuerdos Marco celebrados en la AGE.

En relación con los *precios de los contratos basados en el Acuerdo Marco*, se introduce asimismo la obligación de que las empresas parte del Acuerdo mantengan los precios con los que concurren al mercado, si éstos mejorasen los de la adjudicación del Acuerdo siempre que las condiciones aplicables fueran similares así como en lo referente a modificaciones, el art. 220 puntualiza que si bien el régimen será el generalmente aplicable a los contratos administrativos, los precios unitarios resultantes de la modificación no podrán superar en un 20% a los precios anteriores a la modificación ni ser precios inferiores a los que las empresas parte del Acuerdo ofrezcan en el mercado para los mismos productos.

Las implicaciones para la competencia que la figura del Acuerdo Marco supone han sido puestas de manifiesto a través de los diferentes informes de la CNMC en casos referidos a diferentes sectores[148]. En términos generales, puede decirse que la figura permitiría el aprovechamiento anteriormente señalado de ganancias de eficiencia, ahorro de costes administrativos, y en general un aprovisionamiento público más ágil. No obstante, estas ventajas habrán de ser valoradas a la luz de los riesgos que los mismos entrañan en términos de acceso al mercado, así como las potenciales mayores probabilidades de presencia de colusión como consecuencia lógica del cierre del mercado y conocimiento mutuo de todas las empresas incluidas en el acuerdo. Se realizan las siguientes consideraciones adicionales:

- *Duración del Acuerdo Marco:* durante el periodo de celebración del Acuerdo– en términos generales 4 años- la competencia queda limitada a la o las empresas que se encuentren bajo su amparo.

[147] Frente a los 48 días del TRLCSP.

[148] En relación con los Acuerdos Marco pueden consultarse al efecto: Informe INF/DP/001/14 sobre los pliegos de contratación administrativa y de prescripciones técnicas que rigen la celebración del acuerdo marco para la adopción de tipo de los suministros de combustibles de automoción, Informe INF/DP/0002/14 sobre los pliegos del acuerdo marco para el suministro de vehículos turismo, Informe INF/DP/0003/14 sobre los pliegos del acuerdo marco para la compra de espacios en medios de comunicación y demás soportes publicitarios, Informe INF/DP/0013/14 sobre los pliegos que rigen la celebración del Acuerdo Marco para la adopción de tipo de los suministros de mobiliario general y especializado, Informe INF/DP/0017/14 sobre los Pliegos que rigen la celebración del Acuerdo Marco para la adopción de tipo del suministro de energía eléctrica, e Informe INF/DP/0018/14 sobre los pliegos que rigen la celebración del acuerdo marco para la adopción de tipo de los suministros de equipos audiovisuales. Todos ellos disponibles en www.cnmc.es

Ha de valorarse positivamente que se incluya la consideración de que la determinación del plazo de duración tendrá que estar justificada en el expediente y que tendrá en cuenta especialmente, las peculiaridades y características del sector de la actividad a la que se refiere su objeto, tanto para aquellos de duración de 4 años como en particular en los que puedan ajustarse a dichos casos excepcionales, dada la ausencia de estos criterios en el TRLCSP.

No obstante, se recomendaría que también se tuvieran en consideración, y así lo hiciese constar el APL cuestiones relativas al número de operadores dentro del Acuerdo Marco, la facturación media[149], así como el grado de madurez o desarrollo tecnológico del mercado. Así, se recomienda que en mercados con tasas de evolución tecnológicas rápidas y altos niveles de innovación, la duración del Acuerdo sea menor de manera que permita el aprovechamiento de estas innovaciones y sus impactos sobre los precios[150]. De manera análoga convendría no alinear con el máximo legalmente permitido la duración para estos acuerdos en aquellos mercados en los que el grado de concentración de los operadores y su facturación fuera elevado, dados sus efectos dinámicos de restricción de acceso al mercado.

Del mismo modo, la utilización de esta figura para periodos temporales muy breves, como pudieran ser los de duración de un año, no permitiría en general el aprovechamiento de las ventajas de esta figura en términos de eficiencia económica, y sin embargo sí que limitarían el acceso a la competencia, por lo que debería replantearse el uso de la misma bajo estas circunstancias.

- *Duración de los contratos derivados del Acuerdo Marco*: al igual que el TRLCSP así como en línea con lo estipulado con las nuevas Directivas, el APL determina que la duración de los mismos será independiente de la duración del Acuerdo, y se regirá en todo caso por lo previsto por el art. 29 del APL. Esta cuestión implica en la práctica, que pese a que la duración de un determinado Acuerdo esté situada en, por ejemplo, el límite ordinario de 4 años, los efectos sobre el cierre del mercado del mismo se extiendan en el tiempo derivados de la duración de los contratos adjudicados bajo el paraguas del mismo[151]. En este sentido, se recomienda que, al igual que

[149] Como por ejemplo puede consultarse el análisis efectuado en los informes INF/DP/0013/14 Informe sobre los pliegos que rigen la celebración del acuerdo marco para adopción de tipo de los suministros de mobiliario general y especializado e Informe INF/DP/0017/14 sobre los Pliegos que rigen la celebración del Acuerdo Marco para la adopción de tipo del suministro de energía eléctrica.

[150] En relación con el impacto de las innovaciones obre un sector y el aprovechamiento de las eficiencias de ellas derivado puede consultarse el Informe INF DP/0007/14 sobre pliegos del contrato de servicios de telecomunicaciones

[151] Así, de nuevo, el propio considerando 62 de la Directiva establece que "*Asimismo cabe aclarar que mientras que los contratos basados en un acuerdo marco se adjudican antes del final de la validez del propio acuerdo marco, no es necesario que la duración de los contratos individuales basados en un acuerdo marco coincida con la duración de dicho acuerdo marco, sino que puede ser más corto o largo, como proceda. En particular, se debe autorizar a establecer la duración de contratos individuales basados en un acuerdo marco teniendo en cuenta factores como el tiempo necesario para su ejecución, por ejemplo, cuando se incluya*

sucede en el caso de la determinación de la duración del Acuerdo anteriormente explicada, se justifique y se evalúe la duración de los contratos licitados dentro del Acuerdo en consonancia con la naturaleza de los bienes y servicios objeto de licitación así como del mercado en el que los mismos se insertan.

- *Número competitivo de operadores*: en relación con los Acuerdos Marco celebrados con varios empresarios, se recomienda retomar la filosofía del TRLCSP[152] de forma que se incorpore un inciso que indique la necesaria presencia de un número mínimo de empresarios en el mismo siempre que el número de interesados que cumplan los criterios de selección así lo permitiera. A este respecto, se recomendaría una determinación de dicho umbral más ambicioso que el actualmente vigente de tres empresarios, elevándolo hasta un mínimo de cinco. Por otro lado, en línea con lo anterior, se recomienda la incorporación de un inciso en el que se indique que la determinación de los criterios de selección para formar parte de los Acuerdo Marco deberá estar también necesariamente vinculada al objeto del contrato y a las características del mercado.
- *Opción por una nueva licitación*: en relación con los Acuerdos concluidos con varias empresas, el APL establece la posibilidad de que cuando éste establezca todos los términos, la adjudicación de los contratos en él basados podrá realizarse de acuerdo con el artículo 219.4.a bien con o sin nueva licitación. En este sentido se recomienda el primero de los escenarios frente a la opción de no plantear una nueva licitación, que permitiría la obtención de mejores condiciones económicas o prestacionales como consecuencia de la tensión competitiva entre las empresas dentro del acuerdo.

  En relación con el procedimiento de licitación para la adjudicación de los contratos basados en un Acuerdo Marco, el art. 219.6.c del APL determina que "*las ofertas se presentarán por escrito (…)"* cuestión que esta Comisión entiende que entra en contradicción con el impulso que las propias Directivas reconocen necesario de la contratación electrónica. En este sentido se recomienda su modificación por la de la prestación electrónica de las ofertas, asimismo en consonancia con lo establecido por el art. 219.6.a, en el que unívocamente establece que la invitación se realizará por los medios que se hubieran establecido a tal efecto en los Pliegos del acuerdo, y no restringiéndolo por tanto a la remisión por escrito.

III.2.8.2 Sistemas Dinámicos de Adquisición

el mantenimiento del equipo con una duración de vida esperada mayor de cuatro años o cuando sea precisa una amplia formación del personal que ejecute el contrato".

[152] Art. 196.2 TRLCSP: "*Cuando el acuerdo marco se concluya con varios empresarios, el número de éstos deberá ser, al menos, de tres, siempre que exista un número suficiente de interesados que se ajusten a los criterios de selección o de ofertas admisibles que respondan a los criterios de adjudicación*".

Dentro de las figuras de racionalización técnica de la contratación, la de los Sistemas Dinámicos de Adquisición[153] ha sido tradicionalmente preferida desde la óptica de la competencia dado su carácter abierto en el que cualquier prestador interesado que cumpla los requisitos puede participar.

Se incorporan novedades con respecto al TRLCSP como la eliminación de la duración máxima de estos sistemas en 4 años, haciendo referencia únicamente a que esta duración será limitada y determinada en los pliegos. En este sentido, otra de estas novedades, incluida en el art. 222, se refiere al procedimiento utilizado para contratar en el marco de un Sistema Dinámico, sustituyendo el procedimiento abierto enunciado por el TRLCSP por el sistema restringido[154] en el que serán admitidos todos los solicitantes que cumplan con los criterios de selección sin que pueda limitarse el número de candidatos y eliminando la necesidad de la realización de ofertas indicativas. A este respecto cabe realizar las siguientes recomendaciones:

- Se considera que este reemplazo procedimental carece de graves implicaciones para la competencia toda vez que el APL determina la imposibilidad de limitar el número de participantes. Además, su carácter dinámico y el hecho de que las especificaciones deban estar definidas con anterioridad eliminarían los posibles riesgos de discrecionalidad. Por otro lado, su carácter abierto para todos aquellos operadores que cumpliesen determinados requisitos hace que se minoren los riesgos de colusión dentro del mismo, presentes en esquemas como el de los Acuerdos Marco. Dado lo anterior, se perfila como necesaria la correcta determinación de los criterios de selección, donde se recomendaría la inclusión de un inciso que recalcase la necesidad de que éstos sean en todo caso objetivos, transparentes y proporcionados en línea con los principios inspiradores del APL.
- Asimismo, se recomendaría en relación con esta cuestión que el art 222.5.b relativo a la información contenida en los Pliegos del Sistema Dinámico incluyese la obligatoriedad de que en ellos conste, además de la naturaleza y la cantidad de compras previstas y en general la información necesaria

[153] Reguladas en los arts 221 al 224, se adapta casi en su totalidad a lo dispuesto por la Directiva 2014/24.

[154] Cierta explicación a esta sustitución del procedimiento abierto por el restringido puede encontrarse en el Considerando 63 de la Directiva 2014/24 "*A tenor de la experiencia adquirida, es necesario también adaptar las normas que regulan los sistemas dinámicos de adquisición, a fin de que los poderes adjudicadores puedan sacar el máximo provecho de las posibilidades que ofrece ese instrumento. Es preciso simplificar los sistemas; en particular, deben ejecutarse en forma de procedimiento restringido, lo cual haría innecesarias las ofertas indicativas, señaladas como uno de los aspectos más gravosos relacionados con los sistemas dinámicos de adquisición. De este modo, todo operador económico que presente una solicitud de participación y cumpla los criterios de selección debe ser autorizado a participar en los procedimientos de contratación que se lleven a cabo a través del sistema dinámico de adquisición durante su período de vigencia. Esta técnica de adquisición permite al poder adjudicador disponer de una gama particularmente amplia de ofertas y garantizar así una utilización óptima de los fondos públicos mediante una amplia competencia con respecto a los productos, obras o servicios comúnmente utilizados o disponibles generalmente en el mercado*".

relativa al sistema, los criterios de selección aplicables a las solicitudes de participación y los criterios de adjudicación específicos de los contratos derivados del mismo.

- En todo caso, se cuestiona la razón que subyace a la eliminación del inciso -presente en el TRLCSP- en el que se indicaba la necesidad de que el recurso a este instrumento no se efectuase de forma que la competencia se viera obstaculizada, restringida o falseada. Así, toda vez que dicho inciso aparece de forma expresa en otras de las figuras planteadas y no consta en éste, la interpretación del mismo pudiera dar lugar a equívocos, recomendándose desde esta Comisión un tratamiento homogéneo de la cuestión, como ya se ha señalado más arriba.

III.2.8.3 Centrales de contratación

La Directiva 2014/24/UE y en consonancia el APL, dan un mayor impuso a las centrales de contratación. Así se plantea como novedad que, de acuerdo con el art.227.2, en aquellos bienes, obras y servicios que hubiesen sido declarados de contratación centralizada, ésta será de carácter obligatorio a través del sistema estatal de contratación centralizada.

La utilización de la figura de la centralización de la contratación requiere de una cuidadosa ponderación de los beneficios que de la misma se derivan -en términos generales comunes a los procesos de agregación de compras- y los potenciales perjuicios para la competencia, por ejemplo para el acceso a las Pymes, o las mayores posibilidades para la aparición de casos de colusión.

Derivado de lo anterior, una *utilización obligatoria de la contratación centralizada* para los bienes y servicios incluidos dentro de la citada declaración tal y como aparece en el APL, si bien es reconocido por la propia Directiva[155], es susceptible de eliminar de facto la ponderación de las citadas ventajas e inconvenientes del recurso a esta figura así como impedir el posible aprovechamiento de condiciones más ventajosas que para la Administración Pública pudieran derivarse de un determinado proceso de contratación individualizada.

Adicionalmente, el recurso obligatorio a estos sistemas podría tener efectos sobre la estructura competitiva de los mercados de los bienes afectos a esta declaración. Por ello se recomienda que la declaración de los citados bienes y servicios de contratación centralizada se haga de un modo cuidadoso, ponderando el caso por caso e introduciendo cierta flexibilidad en el recurso a la contratación centralizada obligatoria de los mismos.

[155] Directiva 2014/24 Articulo 37.1 in fine: *"(…) Con respecto a los párrafos primero y segundo, los Estados miembros podrán disponer que determinadas contrataciones se hagan recurriendo a centrales de compras o a una o varias centrales de compras específicas*"

III.2.9. Ejecución de los contratos[156]

En términos generales el nuevo texto mantiene la filosofía existente en el vigente TRLCSP incorporando algunas novedades[157]. Se realizan estos comentarios desde la óptica de competencia y regulación económica eficiente:

- *Carencias regulatorias:* la regulación presenta elevadas carencias en cuanto a su difícil lectura y falta de claridad (en especial respecto a los tradicionalmente denominados modificados) que afectará la seguridad jurídica tanto de los operadores como de los órganos de contratación.
- *Condiciones especiales de ejecución del contrato*: desarrolladas a través del art. 200 del APL como correlato del art. 70 de la Directiva 2014/24/UE. A diferencia del texto vigente, el APL determina que las condiciones especiales de ejecución del contrato no sólo deberán ser compatibles con el Derecho de la UE y estar indicadas en el anuncio de licitación y en los Pliegos sino que también deberán necesariamente estar vinculadas al objeto del contrato y no ser directa o indirectamente discriminatorias. Estas condiciones de ejecución podrán referirse de acuerdo con el APL a consideraciones económicas, consideraciones relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o social.

  Estas condiciones son susceptibles de afectar a la competencia por constituir una barrera de entrada. En este sentido por tanto, ha de valorarse positivamente la inclusión expresa por parte del APL de la vinculación de las citadas condiciones de ejecución con el objeto del contrato así como el inciso que menciona que la inclusión de las mismas no podrá suponer directa o indirectamente un trato discriminatorio. No obstante, se recomendaría que dicho inciso indicase que la compatibilidad de las mismas no ha de limitarse

[156] La ejecución de los contratos aparece recogida en los arts del 190 al 200 del APL. El anteproyecto también realiza descripciones de la ejecución de los diferentes tipos de contratos (suministros, obras, servicios…) sin presentar notables diferencias con respecto al TRLCSP. En relación con la ejecución del contrato de servicios, el art. 309 recoge los mismos términos que el TRLCSP mientras que se incluye el art. 310 en relación con las especialidades de los contatos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos, cuestiones que en su caso se tratarán en sus respectivos epígrafes.

[157] El APL separa en dos artículos la regulación del incumplimiento parcial o el cumplimiento defectuoso y la demora en la ejecución. En ambos casos, la redacción permanece más o menos inalterada con respecto al TRLCSP, aclarando no obstante algunas cuestiones con respecto al anterior texto como la de la exclusión del IVA en los porcentajes aplicables a las penalidades. En relación con estas penalidades, el APL también incorpora como novedad la previsión de que en los supuestos en que no esté prevista penalidad o en que estándolo la misma no cubriera los daños causados a la Administración, ésta exigirá al contratista la indemnización por daños y perjuicios. El pago del precio regulado a través del art. 196, determina que en los casos en que el importe acumulado de los abonos a cuenta sea igual o superior con motivo del siguiente pago al 90 por ciento del precio del contrato incluidas, en su caso, las modificaciones aprobadas, al expediente de pago que se tramite habrá de acompañarse, cuando resulte preceptiva, la comunicación efectuada a la Intervención correspondiente para su eventual asistencia a la recepción en el ejercicio de sus funciones de comprobación material de la inversión. Este mismo artículo tambien rebaja el plazo de 8 a 6 meses, como el plazo en el que el contratista tendrá derecho a resolver el contrato en el caso de demora del pago de la Administración.

al Derecho de la Unión Europea sino también al desarrollo del mismo en el Derecho nacional, en determinadas ocasiones más exigente que el Derecho europeo.

Igualmente se valora de manera positiva que en determinados casos, como los de carácter medioambiental [158], se indique de manera expresa el potencial modo de implementarlas, disminuyendo el grado de discrecionalidad de las Administraciones a la hora de establecerlas y adicionalmente las posibilidades de que la imposición de dichas cuestiones se aleje de los objetivos perseguidos. En todo caso, corresponde al órgano de contratación velar y realizar una correcta adecuación entre la condición especial impuesta y el objetivo perseguido, que pondere los beneficios esperados con la potencial afectación a la competencia de la medida, con el posible asesoramiento de la propia CNMC.

No obstante lo anterior, se recuerda que a la hora de utilizar de manera efectiva esta figura, la vinculación de la condición especial deberá estar necesariamente vinculada a la realización del contrato objeto de los Pliegos y no ser características propias de la empresa adjudicataria. Así, por ejemplo, en el supuesto de que un contrato incluyese consideraciones de tipo social como pudieran ser la eliminación de desigualdades de género, el cumplimiento de esta condición debería estar directamente vinculado a la ejecución del contrato en el que se incluye dicha condición, y no en términos generales a la proporción de cierto número de personas de un sexo determinado contratadas en la empresa adjudicataria. De lo contrario, la inclusión de estas cláusulas podría discriminar indebidamente a determinados operadores a favor de otros sin finalmente cumplir el objetivo para el cual fueron impuestas, por lo que se recomienda la incorporación de un breve inciso que puntualice lo anterior.

De manera análoga, a la hora de realizar la imposición de estas condiciones debe velarse de manera efectiva por el cumplimiento de la no discriminación descrita en el propio artículo. De este modo, la previsión por parte del órgano de contratación de imposición de estas condiciones en ningún caso debe extrapolarse más allá de los objetivos que la misma tenga encomendados, por ejemplo, vinculando el cumplimiento de esta condición al de otro requisito potencialmente restrictivo, como pudiera ser el favorecimiento a un determinado colectivo en condiciones de desigualdad laboral pero restringiéndolo únicamente a aquéllos situados en un determinado territorio.

En todo caso, se recomienda tambien que el APL especifique cómo se controlará el cumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución. En primer lugar esto se perfila como necesario bajo la consideración de que el propio APL impone potenciales penalidades al incumplimiento del mismo. Por otro lado, y en línea con lo expresado en párrafos anteriores, dado que la inclusión de dichas condiciones especiales de ejecución encuentra

[158] Art. 200.2 2º párrafo: "*Las condiciones de tipo medioambiental podrán establecer un nivel de emisiones de gases efecto invernadero y de mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que pueden verse afectados por la ejecución del contrato*".

sustento en el desarrollo o salvaguarda de determinados aspectos sociales, laborales, medioambientales o de tipo económico o de innovación, se considera fundamental el establecimiento de posteriores mecanismos de evaluación de la eficacia de las medidas.

III.2.9.1 Modificaciones de contratos [159]

En términos generales puede decirse que el APL en línea con la Directiva 2014/24/UE determina un régimen de modificación contractual flexible pero al mismo tiempo estricto teniendo en cuenta las implicaciones que conllevan estas alteraciones de las condiciones iniciales del contrato así como la reiterada Jurisprudencia del TJUE en materia de modificaciones de contratos públicos[160].

Por un lado, esta rigidez se observa, entre otras cuestiones, en la obligación de llevar a cabo un nuevo procedimiento de adjudicación cuando se introduzcan en el contrato inicial cambios fundamentales, tales como los relativos al ámbito de aplicación y el contenido. Por otro, la mencionada flexibilidad queda patente en dicha Directiva en la posibilidad de introducción de modificaciones en el contrato sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de licitación, siempre que éstas sean cambios menores.

La trasposición llevada a cabo por el APL determina que los contratos administrativos solo podrán ser modificados durante su vigencia cuando bien se haya previsto dicha circunstancia en el Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), de acuerdo con el art 202, o bien de manera excepcional en los casos determinados por el art 203:

- *Modificaciones previstas en el PCAP:* los contratos podrán modificarse durante su vigencia, con independencia del porcentaje del precio inicial que represente la modificación, cuando en los Pliegos se hubiese determinado dicha condición de forma clara, precisa e inequívoca, indicando de manera suficiente su alcance, límites y naturaleza. En ningún caso, de acuerdo con el mismo, podrán realizarse modificaciones que alteren la naturaleza global del contrato inicial, entendiendo por éstas aquéllas que sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica el tipo de contrato.
- *Modificaciones no previstas en los PCAP:* se restringe la utilización de estos modificados al cumplimiento conjunto de dos circunstancias. Por un lado, que dicha modificación se limite a introducir variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que haga necesaria la

[159] Las modificaciones de los contratos aparecen recogidas en los arts del 201 al 205, 220 en el caso de las modificaciones de los acuerdos marco, así como en el art 240 para la modificación del contrato de obras. Las consideraciones relativas a las modificaciones de los contratos planteadas por el APL derivan, en gran medida de su adaptación a los postulados de la Directiva, fundamentalmente recogidas en su art 72 y en los considerandos 107 y siguientes.

[160] Por ejemplo, la sentencia TJUE de 19 de junio de 2009 (asunto C-454/06) en relación con la calificación como sustancial de la modificación de un contrato.

modificación. Por otro que se den ciertos supuestos[161]. En términos más particulares, la modificación de los Acuerdos Marco aparece recogida en el art. 220, redirigiéndose para este caso particular a lo expresado en los preceptos relativos a la modificación de contrato. Para este caso, el APL determina que los precios resultantes de la modificación no podrán superar en un 20% a los precios anteriores a la modificación y en ningún caso ser precios superiores a los que las empresas del Acuerdo ofrezcan en el mercado para los mismos productos. Por otro lado, las modificaciones del contrato de obras recogidas en el art 240 permanecen prácticamente inalteradas con respecto al TRLCSP, abundando no obstante en algunos aspectos que aumentan la transparencia de la utilización de los modificados que han de ser valorados positivamente.

Desde el punto de vista de competencia y regulación económica eficiente, la inclusión de modificaciones en los contratos públicos puede desvirtuar el carácter competitivo de la licitación inicial a través de la alteración de las condiciones originarias en las que se desarrolló el contrato. En términos generales, el uso de los modificados, y en particular, la utilización injustificada, abusiva o desproporcionada de los mismos podrá tener impacto negativo en los mercados en los que la licitación objeto de modificación se inserte, por lo que en línea con pronunciamientos anteriores de la autoridad de competencia[162] se recomienda una utilización excepcional de esta figura, incluso en los términos permitidos por la Ley.

En este sentido, la introducción de modificaciones contractuales, especialmente en el caso de las sobrevenidas descritas en el art. 203 -ya que serían desconocidas por parte de los operadores que no hubiesen sido adjudicatarios del contrato- es susceptible de comportar importantes riesgos de afectación al mercado. Es por ello que se recomienda que las mismas encuentren sustento en razones de interés público surgidas como consecuencia de causas imprevisibles en el momento de redacción del contrato. Dado que por regla general –aunque no de manera obligatoria- la modificación descrita en el art 203 se otorgaría al adjudicatario inicial del contrato, la utilización de esta figura deberá realizarse con una ponderación adecuada de la afectación al mercado de la misma, y la imposibilidad o no de la conveniencia de acudir al mercado para cubrir dicha necesidad.

[161] (i) Cuando deviniera **necesario** añadir obras, servicios o suministros adicionales a los inicialmente contratados siempre y cuando el cambio de contratista no fuera posible y la modificación del contrato **no exceda**, aislada o conjuntamente, **el 50% del precio inicial** del contrato, IVA excluido. (ii) Cuando la modificación sea consecuencia de **circunstancias sobrevenidas** e imprevisibles en las que confluyan necesariamente las siguientes tres condiciones: Que estas circunstancias no pudieran haberse previsto por una Administración diligente, que la modificación no altere la naturaleza del contrato y que la modificación del contrato no exceda, aislada o conjuntamente, el 50% del precio inicial del contrato, IVA excluido. (iii) Cuando las modificaciones **no sean sustanciales**. En cualquier caso, cuando una modificación recaiga en esta categoría de "no sustancial", se tendrá que justificar especialmente la necesidad de las mismas, indicando las razones por las que estas prestaciones no se incluyeron en el contrato.

[162] Guía sobre contratación pública y competencia (CNC, 2010). Págs., 25-27. INF/DP/0004/14 Informe sobre los pliegos tipo de condiciones para los contratos de gestión de servicios públicos de transporte regular de uso general de viajeros por carretera e INF/DP/0012/14 Informe sobre los pliegos del contrato de servicios postales de la Administración General del Estado Fase I.

De modo paralelo a los pronunciamientos anteriormente citados de la autoridad de competencia española en relación con las modificaciones de contrato, es posible encontrar diferentes Sentencias comunitarias que reconocen la necesidad de una utilización moderada de las mismas, consideraciones recogidas por las nuevas Directivas, y que en todo caso han de ser valoradas de manera positiva. Así, cabe traer a colación la Sentencia STJUE de 19 de junio de 2008[163] (asunto C454/06) que consideró que la sustancialidad de la modificación de un contrato podría recaer en la introducción de condiciones que de haber figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o bien habrían permitido seleccionar una oferta distinta a la inicialmente elegida o bien aquellas que modifiquen el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de manera no prevista en el contrato inicial.

Como comentado, el ajuste de las nuevas Directivas y por derivada, del APL objeto de análisis, a la Jurisprudencia del TJUE ha de considerarse positivo toda vez que restringe, clarifica y estipula los límites en la utilización de la citada figura a la par que permite una necesaria flexibilidad a los órganos de contratación en la ejecución de los contratos públicos.

No obstante lo anterior, resulta pertinente en este punto la realización de algunas observaciones adicionales en relación con el tratamiento de esta cuestión en la trasposición a la normativa española:

- *Modificaciones previstas en el PCAP*: señala el APL que "*Los contratos de las Administraciones Públicas podrán modificarse durante su vigencia cuando, con independencia del porcentaje del precio inicial que represente la modificación, (…)".* Si bien se reconoce que la citada redacción emana del art. 72 de las Directivas comunitarias y que dado su carácter de ya previstas en los Pliegos, su afectación a los operadores del mercado será menor ya que serán conocidas por todos ellos, lo cierto es que la indefinición del porcentaje pecuniario que podrá ser modificado se considera excesiva e innecesariamente discrecional, además de suponer un retroceso en relación con la legislación vigente. Se considera que la no vinculación de la modificación tanto con el objeto como con la cuantía del contrato puede desvirtuar la naturaleza de la misma, entendiendo que esta circunstancia podría derivar en la inclusión por parte de los pliegos, con arreglo al actual APL, de modificaciones que incluso superasen el valor conjunto del contrato inicial.
- *Modificaciones no previstas en PCAP:* el art 203 del APL determina que, tanto en el supuesto de que deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales como en el caso de que se diera la necesidad de modificar un contrato vigente por razones imprevisibles en el momento de redacción del mismo, estas modificaciones tendrán un límite en su cuantía

[163] Con anterioridad cabe citar la Sentencia STJUE de 29 de abril de 2004 "Succhi di frutta" (asunto C-496/99 P) o con posterioridad, las sentencias STJUE de 13 de abril de 2010 Wall (asunto T-137/10) y STJUE de 22 de abril de 2010 (asunto C-423/07).

de forma que no excederán asilada o conjuntamente, del 50% de su precio inicial IVA excluido.

Una primera aproximación a esta cuestión a través de las Directivas comunitarias muestra que el APL se torna más conservador a la hora de permitir estas modificaciones, limitando su cuantía a un 50% ya sea aislada o conjuntamente, al contrario de la norma europea que en su art. 72 estipula que estas modificaciones no excederán cada una del 50% del valor del contrato inicial. En este sentido debe por tanto considerarse como positiva la limitación adicional impuesta por el APL de modo que este 50% se entienda como máximo para el total de las posibles modificaciones realizadas.

No obstante, en línea con las argumentaciones expuestas se recomendaría la reducción de este límite, con el fin de no desvirtuar la naturaleza de la figura. Asimismo, la redacción del articulado debería recalcar el carácter optativo de este recurso a las modificaciones así como un uso ponderado y excepcional de las mismas que no tendrá que ir alineado con el máximo legalmente permitido.

Igualmente se ha de poner énfasis en que la redacción de los Pliegos se realice del modo más cuidadoso posible de forma que se minimice el riesgo de revisión posterior, con los mencionados riesgos para la competencia. Asimismo, ha de considerarse la posibilidad de que cuando estas deficiencias sean imputables al contratista, los Pliegos recojan la posibilidad de exigir la correspondiente responsabilidad.

En relación con los supuestos recogidos en este art 203 cabe valorar como positiva la inclusión en su apartado c, relativo a las modificaciones no sustanciales, de la recomendación de que se justifique especialmente la necesidad de las mismas así como las razones por las cuales estas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial, avanzando con respecto a las Directivas comunitarias en términos de transparencia y necesidad de justificación de las actuaciones realizadas. También en relación con este mismo artículo ha de valorarse como positiva la consideración realizada por parte del legislador nacional presente en el art 203.2.b relativo a las modificaciones motivadas por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles que establece como acumulativo el cumplimiento de las tres condiciones para poder realizar la citada modificación.

. Se recomienda asimismo que al igual que el APL indique de forma expresa la imposibilidad de consideración como modificados de aquellos contratos superiores a los umbrales determinados por el art 4 de la Directiva, de manera acumulativa a los porcentajes indicados[164]. Asimismo se

[164] Artículo 4 Directiva 2014/24: "*La presente Directiva se aplicará a las contrataciones cuyo valor estimado, el impuesto sobre el valor añadido (IVA) excluido, sea igual o superior a los siguientes umbrales: a) 5 186 000 EUR, en los contratos públicos de obras; b) 134 000 EUR, en los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por autoridades, órganos y organismos estatales y los concursos de proyectos organizados por estos; por lo que se refiere a los contratos públicos de suministro adjudicados por poderes adjudicadores que operen en el sector de la defensa, ese*

recomienda que se aclare qué sucedería en el caso de que la modificación de un contrato no sujeto a regulación armonizada implicase la posterior calificación del mismo como contrato sí sujeto a la misma.

En otro orden de cosas, se recomienda la inclusión de un epígrafe en este articulado que prohíba la subcontratación al 100% del modificado por parte de la empresa adjudicataria, toda vez que de ser así el órgano contratante debería haber sometido dicho modificado a la licitación de un contrato nuevo de manera independiente o haber realizado la división del contrato por lotes, más en concordancia con el espíritu de las nuevas directivas. Esta subcontratación completa por parte de la adjudicataria del contrato elimina las tensiones competitivas propias de la licitación así como relaja el cumplimiento de los principios inspiradores de la norma.

Por último, en relación con la publicidad de las modificaciones contractuales, el art 72.1 in fine de la Directiva 2014/24/UE establece la obligatoriedad de que los poderes adjudicadores que hayan modificado un contrato en determinados de los supuestos establecidos, publiquen un anuncio en el DOUE en relación con la citada modificación. El APL avanza en una línea más pro competitiva que la Directiva en relación con estos modificados y su publicidad exigiendo incluso su publicación, de acuerdo con el art 339, en el Registro de contratos del sector público. A este respecto, y en línea con pronunciamientos anteriores de la autoridad de competencia y con antecedentes en otras Administraciones autonómicas[165] e incluso en la propia Ley de transparencia, se recomienda la incorporación de un inciso en el art. 205.3, en el que se indique la necesidad de publicación de dicho modificado en el Boletín oficial correspondiente, indicando además de las ya citadas causas que justifican dicha modificación, el alcance e importe del mismo.

III.2.9.2 Subcontratación

De acuerdo con los arts. 213 y siguientes del APL[166] el contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación salvo que los Pliegos dispongan

umbral solo se aplicará a los contratos relativos a los productos contemplados en el anexo III; c) 207 000 EUR, en los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por poderes adjudicadores subcentrales y los concursos de proyectos organizados por los mismos; este umbral se aplicará también a los contratos públicos de suministro adjudicados por autoridades, órganos y organismos estatales que operen en el sector de la defensa, cuando estos contratos tengan por objeto productos no contemplados en el anexo III; d) 750 000 EUR, en los contratos públicos de servicios para servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo XIV".

[165] Por ejemplo, la Ley 3/2011 de 24 de febrero de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón.

[166] En relación con la forma de proceder a la subcontratación, el APL determina que, si se prevé en los pliegos, los licitadores deberán indicar en la oferta la parte que esté prevista subcontratar, su importe y el nombre o perfil empresarial del subcontratista. En todo caso, el contratista deberá comunicar por escrito tras la adjudicación del contrato, o a más tardar cuando se inicie la ejecución de éste, la intención de subcontratar así como la identidad y datos de contacto del subcontratista. Asimismo, una de las novedades incluidas a este respecto con respecto al TRLCSP es la previsión de que el contratista principal deba notificar por escrito al órgano de contratación cualquier modificación de la citada información en el periodo de ejecución del

lo contrario. Por encima de otras cuestiones, el APL somete a la subcontratación la imposición de que en ningún caso el recurso a esta figura suponga una restricción efectiva de la competencia.

El APL fija un límite en términos generales, al igual que lo hacía el TRLCSP, en un 60% del precio del contrato, que podrá ser ampliado si así lo determinan los PCAP. Por otro lado, el APL, al igual que sucedía en el TRLCSP, estipula en su art. 213.7 la posibilidad de que los órganos de contratación impongan al contratista, previo anuncio en los Pliegos, la subcontratación con terceros no vinculados de determinadas partes de la prestación que no excedan en su conjunto el 50% del presupuesto base de la licitación del contrato, siempre y cuando estas cuestiones gocen de una sustantividad separada que las haga susceptible de ejecución individualizada.

En términos más particulares, cabe también hacer referencia a la posibilidad de *subcontratación*[167] *impropia* prevista para el caso de los encargos a medios propios. De acuerdo con el art. 32.6.b, el importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros no excederá el 60% de la cuantía del encargo. No obstante, este porcentaje podrá ser ampliado por la éste siempre que se justifique adecuadamente por parte del poder adjudicador la necesidad de acudir al medio propio en vez de a la licitación. Por último se establece la imposibilidad de contratar con terceros la totalidad de la prestación objeto del encargo.

Desde el punto de vista de la competencia y regulación económica eficiente, la posibilidad de subcontratación puede ser beneficiosa bajo diversas aproximaciones. Por un lado favorece la flexibilidad y la diversificación empresarial de los operadores adjudicatarios del concurso. Por otro, la misma permite el acceso al mercado -aunque parcial- de empresas que no han podido participar en el proceso inicial de licitación, bien por su tamaño, bien porque el objeto del contrato fuese mayor que su propio objeto social. Por estas razones, se considera en términos generales que la utilización de esta figura puede ser positiva para el impulso de las pymes en el mercado de los aprovisionamientos.

No obstante, la utilización de esta figura también es susceptible de conllevar determinados riesgos:

contrato principal, abundando en la mayor transparencia del procedimiento. Otra de las novedades es la necesidad de que los subcontratistas queden obligados al cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral a las que hace referencia el artículo 199. En el caso de que los subcontratos no se adecuen a lo indicado en la oferta descrita en los pliegos, la subcontratación podrá realizarse con empresarios distintos de los indicados nominativamente en dicha oferta. En relación con el pago a los subcontratistas, el APL determina que éste deberá realizarse por parte del adjudicatario, pudiendo los órganos de contratación, si así lo estipulan los pliegos comprobar el estricto cumplimiento de los mismos a través de la remisión de un requerimiento de información.

[167] El APL utiliza el término contratación con terceros dado que se entiende no cabría referirse a subcontratación dado el carácter de encargo de la primera de las actuaciones.

Primero, en línea con anteriores pronunciamientos de la autoridad de la competencia[168], la previsión de subcontratación puede conllevar en determinados casos, perjuicios para la competencia de forma que, empresas que en ausencia de subcontratación acudirían de manera más agresiva a la licitación, prefieren acudir a la misma en forma de subcontratista viendo relajadas las condiciones de competencia de la licitación inicial y eliminando tensiones en la primera de las licitaciones.

Segundo, desde el punto de vista del Derecho antitrust, la existencia de *subcontratación puede favorecer* en determinados casos [169], la aparición de comportamientos anticompetitivos o colusorios[170], de forma que a través de acuerdos entre operadores se estableciesen repartos de mercados de licitación y subcontratación, eliminando las tensiones competitivas en la licitación y estableciendo una suerte de turnos que conllevan que las empresas del grupo se vean beneficiadas repartiéndose el producto final y estableciendo compensaciones al efecto.

Estas cuestiones conllevan por tanto, que, con independencia del máximo legal que la Ley y las Directivas permitan, los órganos de contratación deberán en todo caso ponderar estos riesgos y amenazas en cada situación y mercado particular, valorando si el objetivo de favorecer la inclusión de empresas, en particular las pymes, se ve cumplido en la licitación sin perjuicio de la competencia.

Como observaciones adicionales cabe indicar:

- *Remisión a los Pliegos*: sin perjuicio de que se valora positivamente la mayor transparencia en los procesos de subcontratación así como la mención expresa de que la utilización de este recurso no podrá suponer una limitación a la competencia, se perfila como fundamental una correcta redacción de los Pliegos determinando de forma clara y expresa la posibilidad o prohibición del recurso a la subcontratación, encontrándose en todo caso esta decisión motivada. En todo caso, se considera que no deben posibilitar elevados porcentajes de subcontratación sin que ello se derive de la propia naturaleza del contrato, permitiendo una excesiva discrecionalidad del contratista y con ello, la posible aparición de casos de colusión o prácticas anticompetitivas[171].
- *Imposición de niveles obligatorios de subcontratación* (art. 213.7 del APL): se sitúa en un nivel de hasta un 50%, se considera desde la óptica de

[168] Guía sobre contratación pública y competencia (CNC, 2010), pág. 28. “Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia” (CNC 2013) pág. 33.

[169] En el caso español puede consultarse por ejemplo la Resolución del Consejo de la CNC de 26 de octubre de 2011 del expediente S/0192/09 Asfaltos.

[170] El *Bid rigging*, en la terminología sajona, o colusión en compras públicas, es una de las principales preocupaciones internacionales en materia de contratación pública y competencia, pudiendo presentar diversas tipologías.

[171] En este sentido puede resultar de ayuda para los órganos de contratación la consulta a la CNMC a la hora de la redacción de pliegos, como se pone de manifiesto en otras observaciones a través de la remisión de los mismos para informe.

competencia que debiera realizarse de manera ponderada e individualizada por los órganos de contratación para cada licitación, toda vez que de facto la misma se erige como un mecanismo sustitutivo de la división por lotes del contrato por parte del órgano proponente. Esta última opción, a diferencia de la imposición de porcentajes subcontratados, es claramente preferible al estar sujeta la licitación de estos lotes a la normativa contractual vigente y por tanto a las tensiones competitivas que pudieran derivarse de los procesos de adjudicación mientras que en el caso de la imposición de niveles obligatorios de subcontratación, éstos estarían sometidos a una regulación más laxa. Asimismo, si el objetivo último de la obligatoriedad de la subcontratación descansa en la apertura del mercado y la competencia a otras empresas, y en particular a pymes, el mismo también se vería cumplido a través de esta división en lotes. En este sentido por tanto, se recomienda que el propio art. 213.7 reconozca de manera expresa el excepcional uso de esta figura, prefiriéndose el recurso a otros como la división en lotes, así como se recomienda la incorporación de un inciso en el que constará la necesaria valoración por parte del órgano proponente en el citado art.213.

- *Porcentaje de subcontratación*: el APL determina que, en el supuesto de que no figure en los Pliegos un límite especial, el contratista podrá subcontratar hasta el 60% del precio de las prestaciones. En caso contrario, la subcontratación se remitirá a lo determinado por éstos, que podrían incluso llegar a la totalidad del contrato, lo que se considera una suerte de huida del Derecho administrativo, estando sometidos estos *subcontratos* a una regulación mucho más laxa que la de la contratación pública y por tanto pudiendo desvirtuar los principios inspiradores de la normativa. De darse esta situación, el licitador se convertiría en una figura análoga a la de un intermediario, únicamente suponiendo un aumento de los costes para la Administración y con ello una pérdida de eficiencia.

  A estos efectos se considera preferible la incorporación de un inciso, semejante al que se incluye en el caso de los encargos a los medios propios, en el que conste, por un lado, la necesidad de justificar porcentajes superiores al citado 60% y por otro, la imposibilidad de la subcontratación total de las actividades licitadas. Asimismo, cabría valorar y justificar la idoneidad de la fijación de dichos porcentajes en 60% (o 50% para el caso de la imposición de obligación de subcontratación) toda vez que la misma no deriva de un mandato de la Unión Europea, siendo recomendable a estos efectos cierta rebaja de los mismos por la razones anteriormente señaladas.

- *Encargos a medios propios*: el APL establece en su art. 32.6.b) los límites a la contratación con terceros de éstos, dado que no se puede hacer mención estricta al termino subcontratación, estableciendo de hecho límites a esta contratación parcial. Así, ha de valorarse positivamente el hecho de que el APL avance con respecto al TRLCSP limitando la contratación parcial con terceros de forma que no exceda en términos generales el 60% de la cuantía del encargo así como prohíbe la subcontratación total. No obstante, se considera la fijación de dicho umbral excesiva, ya que la subcontratación de

estas cuestiones en dicho porcentaje o incluso mayores en ciertas circunstancias desvirtuaría la razón de ser del encargo al medio propio.

Ha de recordarse que a diferencia de los casos anteriores, la utilización de la figura del encargo deberá estar limitada a aquellos casos en los que sea necesario por razón de la urgencia o el carácter particularísimo de la prestación, por lo que la fijación de una subcontratación tan amplia desvirtuaría dicha figura y eliminaría la justificación del recurso a la misma. A estos efectos se propone la reducción del citado porcentaje (60%) prefiriéndose en todo caso la realización de un encargo y adicionalmente un contrato para aquellas partes susceptibles de ser licitadas. En todo caso, la discrecionalidad que permite el precepto a la hora de establecer el máximo de subcontratación, únicamente indicando que no podrá ser total -lo que no eliminaría casos de nuevo injustificados de subcontrataciones del 99%-, es excesivamente amplia, debiéndose acotar la misma por la razones anteriormente aducidas a un porcentaje inferior y concreto, y a circunstancias especialmente tasadas y justificadas.

- *Riesgo de aparición de casos de colusión entre licitadores*. En determinadas ocasiones, fundamentalmente en aquellos mercados con un número reducido de operadores, es posible que la posibilidad de subcontratación facilite la firma de acuerdos entre empresas de forma que una no presente ofertas o realice ofertas desproporcionadas con la certeza de carecer de posibilidades de ganar la licitación y con el fin de posteriormente realizar las prestaciones vía subcontratación, estableciendo compensaciones entre ésta y la adjudicataria. Con el fin de evitar estas prácticas, debe realizarse un seguimiento en profundidad por parte del órgano de contratación remitiendo los indicios encontrados a la CNMC para su eventual investigación.

III.2.10. Concesiones

III.2.10.1 El contrato de concesión frente al resto de contratos

A través del contrato administrativo de concesión de obra o servicio se consigue la cooperación de sujetos privados para la ejecución de una obra o para la gestión de un servicio, constituyendo la concesión la forma de retribución, que puede ir o no acompañada de un precio abonado por la Administración. La prestación de un mismo servicio público —es decir un servicio asumido como propio por la entidad adjudicadora— podrá configurarse como contrato de concesión de servicios o como contrato de servicio, dependiendo de cómo se concreten en los Pliegos las condiciones de prestación del servicio, el régimen retributivo y el reparto de riesgos. Lo mismo sucede en el caso de las obras.

En este contexto, cabe preguntarse sobre la idoneidad del tipo contractual de la concesión. Una razón tradicionalmente aducida ha sido la insuficiencia de fondos públicos para acometer determinados proyectos. Los elementos relacionados con la financiación no deberían resultar los únicos determinantes del tipo contractual elegido, toda vez que es posible alcanzar soluciones financieras satisfactorias a través de otros mecanismos (contrato de obra con abono total del precio, leasing

financiero[172]etc…). A este respecto, se recomienda que el criterio determinante fuera la conveniencia genérica de ceder, en el ámbito concreto de que se trate, y después de un análisis económico, el protagonismo principal, bajo la tutela y control de la Administración, a la iniciativa y capital privado durante un plazo determinado.

III.2.10.2 Concepto de concesión en el APL

El APL remodela en profundidad la regulación de las concesiones. De conformidad con la Directiva, sólo existen dos tipos contractuales: los contratos de concesión de obras y de servicios[173], recogidos en los arts. 14 y 15 del APL, siguiendo el art. 5.1 a) y b) de la Directiva.

Se definen en base a dos elementos fundamentales: (i) la contraprestación consiste bien únicamente en el derecho a explotar la obra o el servicio, bien en el derecho a explotar la obra o el servicio conjuntamente con la percepción de un precio. Por esa razón, es imprescindible, como se desarrollará más adelante, que el objeto de la concesión sea susceptible de explotación económica viable por parte del concesionario; (ii) la transferencia de una parte sustancial del riesgo operacional –que a su vez puede ser riesgo de demanda o riesgo de oferta- al concesionario. Aunque la transferencia del riesgo no tiene que ser total, ha de ser sustancial, con una exposición real a los riesgos del mercado, lo que se traduce en que el concesionario no puede tener asegurada la recuperación de las inversiones ni los costes realizados.

Desde el punto de vista de competencia y regulación económica eficiente, se realizan las siguientes consideraciones respecto a la configuración de la concesión:

- *Transferencia de riesgos:* es conveniente que, para considerar un contrato como concesión, las exigencias en cuanto a transferencia de riesgos al

[172] El Consejo de Estado en su Dictamen número 3.375/2001, de 5 de diciembre de 2001, referente al Anteproyecto de la Ley Reguladora de la Concesión de obras, consideraba de aplicación a las obras públicas la figura del "leasing", en el que la construcción de las obras y su consiguiente financiación se instrumenta a través de un arrendamiento financiero con opción de compra en virtud del cual la iniciativa privada es autorizada a construir la obra y se le reconoce formalmente la propiedad durante el plazo estipulado, siendo así que durante ese plazo la Administración (o, en su caso, los usuarios) utiliza la obra a cambio de un canon arrendaticio y de un valor residual; cumplido el plazo contractual pactado, la propiedad plena de la obra revierte a la Administración.

[173] En el APL desaparece el contrato de gestión de servicios públicos y con él la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta.- Estas formas de ejecución de la prestación en el marco del contrato de gestión de servicios públicos del art. 277 del TRLCSP, que se habían mantenido prácticamnte inalteradas desde la Ley de Contratación Administrativa de 1963, desaparecen del APL. Cabe señalar, no obstante, que los conciertos que se encontraban dentro del ámbito de aplicación del APL seguirán probablemente sujetos al mismo, bien como contratos de servicios cuando no hay transferencia de una parte sustancial del riesgo de explotación, bien como contratos de concesión de servicios si existe tal traslación del riesgo. Por lo que se refiere a los conciertos educativos y sanitarios seguirán regidos por su normativa específica (Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y por el Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos, aprobado por el Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre. El recurso a sistemas de gestión indirecta con participación del sector privado se inicia en España con la Ley 15/1997 de 25 de abril, sobre Habilitación de Nuevas Formas de Gestión del Servicio Nacional de Salud. Las CCAA tienen legislación específica al respecto).

concesionario sean elevadas, fundamentalmente por la incidencia de la calificación o no como concesión en relación con estas cuestiones:

- *Regulación más ventajosa para el contratista.* Se considera que el marco de la concesión es más flexible, por lo que la preferencia de los contratistas suele ser que el contrato se considere concesión y se le aplique, por tanto, el régimen jurídico de ésta.
- *Efectos sobre la contabilidad nacional.* Uno de los objetivos habituales de la celebración de contratos de concesión es evitar la contabilización de determinados gastos y determinadas deudas a efectos del cómputo de los criterios de déficit y deuda pública. De conformidad con el Manual 2014 de Eurostat[174], podrán contabilizarse fuera del Sector Público aquellas concesiones y colaboraciones público-privadas en los que se transfiera, en todo caso, el riesgo de construcción y al menos uno de los dos riesgos siguientes: el riesgo de demanda y el riesgo de disponibilidad. En un contexto de crisis económica y austeridad presupuestaria como el de los últimos años, el hecho de que determinadas concesiones no computasen a efectos de los criterios de déficit y deuda de la UE, de acuerdo con Eurostat, ha jugado a favor de una utilización extensiva de éste y otros mecanismos de colaboración público privada.
- *Estudio de viabilidad*: especialmente relevante en materia de transferencia efectiva del riesgo operacional resulta el tratamiento que se haga del estudio de viabilidad (art. 245 del APL). En el APL se atribuye la realización del estudio de viabilidad (en el que se encuadra la viabilidad y sostenibilidad económico financiera de la concesión dada la previsible evolución de la demanda) a la autoridad contratante. Sólo subsidiariamente podrá un privado efectuar *motu proprio* el estudio de viabilidad, que en cualquier caso la Administración debe hacer suyo si pretende licitar la concesión. La realización del estudio de viabilidad por la autoridad contratante es una de las justificaciones de la declaración de la responsabilidad patrimonial de la Administración en aquellos supuestos en los que la concesión no resulta viable una vez puesta en marcha, lo cual podría no ser plenamente compatible con el principio de transferencia del riesgo operacional que establece la Directiva.
- *Retribución de las concesiones y transferencia del riesgo: los pagos por disponibilidad (art. 265.4 APL).* De conformidad con el artículo 5 de la Directiva y con los considerandos 11 y 17 a 20, debe haber una transferencia sustancial del riesgo operacional al concesionario, que lo exponga a los riesgos del mercado. No basta con que esté expuesto a riesgos que le son inherentes (posible mala gestión por ejemplo, mala

[174] *Manual on Government Deficit and Debt - Implementation of ESA 2010 - 2014 edition*. http://ec.europa.eu/eurostat/documents/3859598/5937189/KS-GQ-14-010-EN.PDF/c1466fde-141c-418d-b7f1-eb8d5765aa1d

calidad de la obra o del mantenimiento, del servicio prestado). Cuando la retribución de la concesión se basa exclusivamente en pagos por disponibilidad por parte de la Administración contratante, el concesionario asume un riesgo muy semejante al que asumiría un contratista de obras o servicios. Por tanto, debería aclararse si se están respetando las prescripciones de la Directiva en relación con la necesaria transferencia del riesgo operacional.

Sería recomendable por tanto que los licitadores estuvieran obligados a obrar con diligencia y comprobar por sí mismos, mediante la realización de los correspondientes estudios o informes, la viabilidad económico-financiera del proyecto de concesión, asumiendo sus conclusiones y dando así plena vigencia al principio de transferencia del riesgo operacional.

- *Restablecimiento del equilibrio económico y transferencia del riesgo (art. 268 APL*). El reequilibrio de la concesión procede cuando se produce:
  - Una modificación de los términos del contrato de concesión, con efectos económicos, por la Administración concedente con base en interés público (art. 260 APL). Es lo que se conoce como *ius variandi*.
  - Una ruptura sustancial de la economía por actos obligatorios de la Administración concedente *(factum principis*). Cabe entender como comprendidos en este supuesto, a título de ejemplo, hechos tales como la aprobación de nueva normativa que beneficie/perjudique el desempeño económico de la concesión, la construcción de obras de uso alternativo (perjudica a la concesión) o complementario al de la obra objeto de la concesión (beneficia a la concesión).
  - Un caso de fuerza mayor de los del artículo 237 APL: incendio eléctrico, catástrofes naturales, guerras, tumultos y otros trastornos graves del orden público.

Se recomienda analizar con más detalle las implicaciones respecto a la transferencia del riesgo de los casos comentados[175], cuestión que no ha sido pacífica doctrinalmente[176]. Con la redacción final parece que siempre que los mecanismos de limitación del riesgo operacional que no lo eliminen por completo no alteran la calificación de los contratos como concesiones.

Si bien el mantenimiento de mecanismos razonables de limitación del riesgo que permitan asignar éste al agente más capacitado para asumirlo y gestionarlo puede ser positivo para la competencia, puesto que permite que exista interés por participar en los procesos de contratación por parte de más licitadores. Por el contrario, la eliminación completa de estos mecanismos

[175] Aunque se elimina, aparentemente, el supuesto de riesgo imprevisible.

[176]Sanchez-Graells, Albert*, What Need and Logic for a New Directive on Concessions, Particularly Regarding the Issue of Their Economic Balance?* (July 6, 2012). European Public Private Partnerships Law Review.

Ramón Vázquez del Rey Villanueva. Proyecto de Directiva de Concesiones. Actualidad Jurídica Uría Menéndez/32-2012

podría limitar el interés por este tipo de contratos a empresas con una notable potencia financiera, capaces de asumir tales riesgos. Es por tanto relevante que se ponderen adecuadamente ambos aspectos, siempre teniendo en mente que no se eliminen por completo el riesgo para el concesionario, que debe explotar la concesión a su riesgo y ventura y debe soportar un riesgo real de no recuperar la inversión realizada.

Por otro lado, en el APL (art. 280) se endurece notablemente el régimen de los pagos de la Administración al concesionario en caso de resolución de la concesión por haber sido declarado el concesionario en concurso o insolvencia en cualquier otro procedimiento. El régimen general –aplicable cuando la resolución no es imputable al concesionario- es sustancialmente el mismo que recogía el artículo 271 del TRLCSP, de acuerdo con el cual la Administración satisfará el importe de la inversión realizada por razón de la expropiación de los terrenos y de la ejecución de las obras e instalaciones hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y tiempo que restase para la reversión. Es decir, se abonan los costes satisfechos por el concesionario, modulando parcialmente en función de la amortización y el plazo para la reversión.

Por contra, en el supuesto de concurso o insolvencia u otras causas imputables al concesionario, el criterio para establecer el importe a abonar al concesionario por la resolución es el valor actual de mercado de la concesión, que en caso de que ésta se adjudique de nuevo, coincidirá con el valor de adjudicación del nuevo contrato.

Este cambio podría suponer una drástica reducción de las cuantías satisfechas por el Estado en caso de reversión anticipada por concurso o insolvencia. Se valora positivamente puesto que garantiza una mayor transferencia del riesgo operacional al concesionario y probablemente resulte en un análisis más profundo por parte de los concesionarios en cuanto a la viabilidad económica de las concesiones licitadas.

Ello podría contribuir a mejorar la eficiencia en el gasto público, al frenar determinados excesos cometidos en los últimos años en la licitación de concesiones de obras, en las que una configuración legal muy generosa de la responsabilidad patrimonial de la Administración y del reequilibrio económico ha podido determinar el interés de empresas privadas en proyectos cuya rentabilidad podía considerarse, desde el inicio, cuanto menos dudosa.

- *Cesión de la concesión (art. 212 APL).-* El art. 212[177], esencialmente continuista con el actual art. 226 TRLCSP, permite la cesión de la concesión siempre que las cualidades personales no hayan sido determinantes para la adjudicación, que de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado[178] y siempre que se cumplan determinados

[177] Por su parte, el artículo 255 recoge la cesión como uno de los derechos del concesionario.

[178] Una más de las referencias inconcretas al principio de salvaguarda de la competencia criticada en el ámbito de los principios generales.

requisitos adicionales: (i) autorización previa y expresa del órgano de contratación; (ii) que se haya efectuado la explotación de la obra o servicio objeto de la concesión durante al menos una quinta parte de su plazo total, aunque este requisito no aplica si el contratista está en concurso; (iii) que el cesionario tenga la capacidad y solvencia requeridas y no esté incurso en prohibiciones para contratar.

Este art. 212, que permite la cesión con cierta flexibilidad, podría no ser compatible con el art. 43 de la Directiva, que supone un cambio de paradigma a este respecto. Así, la Directiva 2014/23/UE, con la finalidad de incrementar la concurrencia y la transparencia, pasa a considerar la cesión de las concesiones, en tanto que novación subjetiva, como una modificación contractual que debe dar lugar a una nueva licitación de la concesión salvo en determinados supuestos muy concretos[179] (art. 43.1.d). Se recomienda un mayor ajuste por tanto a la Directiva en este punto.

- *Aportaciones públicas al concesionario y ayudas de Estado. L*os artículos 264 (ayudas públicas a la construcción) y 266 (aportaciones públicas a la explotación) prevén distintas aportaciones públicas a los concesionarios (subvenciones, anticipos reintegrables, préstamos participativos, aportaciones no dinerarias etc...) que podrían tener implicaciones como ayudas de Estado si cumplieran, en cada caso concreto, las cuatro condiciones que la Jurisprudencia y la Comisión Europea interpretan que determinan la existencia de una ayuda de Estado de conformidad con el artículo 107.1 del TFUE[180]. Lo mismo ocurre con el artículo 269.3, que, con el objetivo de facilitar la financiación privada a coste bajo de las concesiones, prevé la posibilidad del otorgamiento de avales del Estado a las emisiones de deuda efectuadas por la concesionaria para la financiación de las obras objeto de la Concesión. Es necesario recordar que estos avales, regulados por los arts. 114 y siguientes de la Ley General Presupuestaria, pueden considerarse ayudas de Estado en determinadas condiciones y les es de

[179] 1. Inclusión de una opción o cláusula de revisión inequívoca en la documentación inicial del contrato. Literalmente, parece que la Directiva se referiría a la documentación específica del contrato, los pliegos de contratación y que no cabría una autorización genérica, legal o reglamentaria en este sentido. 2. Modificaciones estructurales siempre que se cumplan los requisitos de solvencia, capacidad para contratar, etc... a priori, parecen perfectamente asimilables a los de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales. 3. Asunción por la entidad o poder adjudicador de las obligaciones del concesionario, si tal posibilidad existiera en la legislación nacional. Aunque el supuesto resulta oscuro, podría quizá interpretarse como un supuesto de rescate de la concesión.

[180] La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE y la práctica de la Comisión Europea han concretado la exigencia cumulativa de cuatro requisitos para que pueda hablarse de ayuda estatal (basta con que no concurra uno de ellos para que no pueda entenderse que nos encontramos ante una ayuda de Estado): **i.Suponer un beneficio para una empresa ("ventaja económica"); ii.Ser concedida por el Estado o mediante fondos estatales; iii.Favorecer sólo a determinadas empresas o producciones ("selectividad"); y iv. Falsear la competencia, afectando a los intercambios comerciales entre EE.MM**.

aplicación la denominada Comunicación de Garantías de la Comisión Europea[181].

Por otro lado, cabría recordar igualmente que al amparo del artículo 106 del TFUE, no existe ayuda de Estado cuando la concesión se produce en el marco de un servicio de interés económico general y se cumplen los cuatro requisitos fijados por el TJUE en la jurisprudencia Altmark[182], existiendo en cambio posible ayuda en el caso contrario, lo que debe ser tenido en cuenta a los efectos oportunos.

En definitiva, se recomienda un análisis en profundidad de la existencia de ayudas en las decisiones de financiación que se han tomado y que pudieran tomarse por los entes públicos a este respecto, ya que debido a la primacía y efecto directo del TFUE en este punto no cabe alegar la existencia de normativa nacional contraria. Si existen indicios de la presencia de ayudas de Estado, deberá ser objeto de notificación a la Comisión Europea, debiendo suspenderse su ejecución hasta que recaiga decisión comunitaria (en virtud de la denominada cláusula de suspensión que rige en materia de ayudas de Estado).

III.2.11. Detección de indicios de colusión

Sin perjuicio de las observaciones ya realizadas a lo largo del presente informe en relación con cuestiones concretas y su afectación sobre la competencia, y en particular sobre esta materia, cabe destacar en un apartado independiente las propuestas de actuación orientadas a la disminución de la probabilidad de aparición de casos de conductas anticompetitivas en la contratación pública o *bid rigging.*

[181] Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales otorgadas en forma de garantía (2008/C 155/02).

[182] Son estos 4 elementos: (i) Un encargo claro a la concesionaria de una Obligación de Servicio Público (OSP) claramente definida. (ii) Los parámetros para el cálculo de la compensación están preestablecidos y son objetivos y transparentes. (iii) La compensación así determinada no supera el nivel necesario para cubrir los gastos ocasionados por la ejecución de la OSP teniendo en cuenta un beneficio razonable. (iv) La concesión se licita mediante un procedimiento competitivo abierto y transparente (no está claro que el procedimiento negociado o el diálogo competitivo sirvan a estos efectos) o bien los costes a que hace referencia el párrafo anterior se fijan por referencia a empresa media bien gestionada y equipada.

Como ya se ha puesto de manifiesto, la colusión[183] es considerada por parte de las autoridades de competencia como una de las principales preocupaciones en relación con la contratación pública[184].

Las elevadas barreras de entrada tanto informacionales como a nivel de comprensión del complejo entramado legal, la multiplicidad de órganos de contratación con heterogeneidad de procedimientos así como los problemas de información asimétrica presentes en estas actividades[185], la convierten en un área de especial sensibilidad a la aparición de prácticas anticompetitivas a través de la fijación de acuerdos para la determinación de precios, cantidades o calidades, con notables efectos negativos sobre la productividad y competitividad externa de las empresas del país, la innovación y en términos generales, los beneficios para los consumidores[186].

[183] Los acuerdos colusorios en el ámbito de la contratación pública pueden presentarse en diversas tipologías, no excluyentes entre sí (OCDE, 2012):

- Posturas encubiertas o *cover bidding*: En las que los operadores con el objetivo de aparentar una licitación competitiva presentan o bien ofertas manifiestamente elevadas o incluyendo términos inaceptables, de modo que únicamente sea viable la opción del operador predeterminado.
- Supresión de posturas (*bid suppression*): En la que una o más empresas retiran la oferta previamente presentada con la finalidad de que gane la licitación del operador previamente designado.
- Rotación del ganador (*bid rotation*): En las que los operadores han decido previamente el reparto de los turnos de adjudicación del contrato.
- Acuerdos de reparto de mercado a través de los cuales los potenciales competidores deciden no presentarse a licitaciones en determinadas zonas geográficas o licitaciones

[184] Sin ánimo de exhaustividad, puede consultarse la "Recomendación del Consejo de la OCDE para combatir la colusión en la contratación pública" de 17 de julio de 2012. En particular su Recomendación primera: "*Recomienda que los miembros evalúen las distintas características de sus legislaciones y practicas sobre contratación pública y el impacto que tienen sobre la probabilidad de colusión entre licitantes. Los miembros deberán esforzarse para que las licitaciones públicas, en todos los niveles de gobierno, se diseñen para fomentar una competencia más efectiva y también para reducir los riesgos de la colusión en la contratación pública, a la vez que garantizan una mejor relación calidad-precio*".

[185] PRO/CNMC/001/15: Análisis de la Contratación Pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia. CNMC 2015

[186] En relación con las implicaciones en términos generales de los cárteles (en los que se insertarían los casos de *bid rigging*) sobre la economía, pueden encontrarse multitud de referencias en la última "Ficha informativa sobre los efectos macroeconómicos de la política de competencia" que recientemente ha publicado la OCDE: "*Existen también casos de estudio en otros sectores. Zitzewitz (2003), por ejemplo, estudia el sector del tabaco en el Reino Unido y Estados Unidos, y su conclusión es que entre 1890 y 1911, cuando operaba como un cártel, el sector norteamericano experimentó un crecimiento más lento de la productividad que el sector en el Reino Unido, pero su productividad se aceleró justo tras la desintegración de la American Tobacco Trust*" o "*Un estudio de los efectos de la legislación anticártel en el Reino Unido en 1956 descubrió que, en un periodo de ocho años, el crecimiento de la productividad laboral se reducía por la colusión en un 20 o 30 %".* (Symeonidis 2008).

No en vano, existe cierto consenso internacional que situaría el sobreprecio generado por estas prácticas alrededor de un 20%[187]. Estas cuestiones convierten no solo en deseable, sino en completamente necesaria la actuación y colaboración de la CNMC con los diferentes órganos de contratación[188].

A tal efecto y en relación ya con el APL, cabe señalar que, a semejanza de cómo lo hacía el anterior TRLCSP, se incorpora en la Disposición Adicional 23ª la necesidad de que los órganos de contratación, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y los órganos competentes para resolver el recurso especial en materia de contratos públicos notifiquen a la CNMC cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia, con una especial incidencia en la comunicación de indicios de acuerdos, decisiones o recomendaciones entre licitadores que persigan el objetivo de falsear o restringir la competencia en el proceso de contratación.

En relación con esta vía de comunicación y con sus efectos prácticos cabe realizar las siguientes **propuestas de mejora:**

En primer lugar, se solicita un cambio de posición de dicho precepto dentro del APL. Con independencia del carácter horizontal del Derecho de la Competencia, se considera que su relegación dentro del texto normativo al rango de Disposición Adicional hace que la misma, si bien goza de aplicabilidad completa, quede en cierta manera aislada del resto del articulado pudiéndosele atribuir una importancia menor e incluso un mayor desconocimiento. Se recomienda la incorporación de dicho precepto dentro del articulado. Adicionalmente a lo anterior, abunda en esta cuestión el hecho de que de acuerdo con la propia Disposición Final primera del APL la misma no posea carácter básico, deseable en todo caso para una disposición de tal entidad.

En segundo lugar, es preciso poner en marcha medidas que agilicen su funcionamiento. La práctica ha demostrado la mermada eficacia de este recurso, presentando una muy residual utilización, y en la mayor parte de los casos incluso un alto grado de desconocimiento por parte de los órganos obligados. Por estos motivos, tal y como se ha expresado en diferentes pronunciamientos previos, dado que se considera la problemática de la colusión en compras públicas como uno de los principales objetivos de esta autoridad, debe potenciarse la actuación de la misma no solo a instancia de parte sino también de oficio.

---

[187] A tal efecto pueden consultarse entre otros, "*Cártels as rational business strategy: crime pays*"(Connor & Lande, 2012) en el que calculan para los casos seleccionados, los sobrecostes impuestos por una fijación clásica de precios rondarían en media el 25% mientras que para casos particulares de *bid rigging* se situarían en 18'6%; Un análisis más pormenorizado de estas cuestiones es observable en "*Price-Fixing Overcharges"* (Connor, 2014). Por su parte, en "*Cartel overcharges and the deterrent effect of EU competition law*" (Smuda 2013), se realizan estimaciones semejantes a las anteriores, pero limitado al ámbito de la UE llegando a la conclusión de que el sobreprecio de los cárteles de la UE se sitúa aproximadamente en un 20%.

[188] No en vano, de acuerdo con el Eurobarómetro "*Businesses' attitudes towards corruption in the EU" (febrero de 2014),* el 71% de la población en España considera bastante o muy extendida la presencia de las ofertas colusorias en la contratación pública en España frente al 52% de la Unión Europea.

Entre estas medidas han de destacarse la implementación y desarrollo de técnicas de *screening* a través de las cuales se plantea la búsqueda de prácticas prohibidas en la contratación pública así como el desarrollo de cursos de formación en materia de contratación pública y competencia y el mantenimiento de reuniones de sensibilización y actuación con los órganos de contratación[189]. Por otro lado, desde la CNMC se planteará la habilitación de un contacto telefónico y la creación de un Buzón de correo electrónico específico para los casos de denuncia, consultas o cualquier otra cuestión relacionada con la contratación pública y la competencia, con absoluta salvaguarda de la confidencialidad.

En relación con esta cooperación entre instancias administrativas, como se ha ya señalado en este informe, se plantea también la necesidad de que el APL, o en su caso el Real Decreto que realice el desarrollo del mismo, incorpore la posibilidad de que las autoridades de competencia colaboren, tanto de oficio como a instancia de parte, con aquellas mesas de contratación de licitaciones que pudieran considerar de interés bien por el montante del bien o servicio licitado bien por tratarse de sectores de especial sensibilidad desde el punto de vista de la competencia[190].

Si bien es cierto que en la actualidad dicha cuestión no se encontraría expresamente prohibida por la normativa de contratación actual ni en el APL, lo cierto es que el impulso a dichas medidas en la práctica se ha demostrado inexistente, por lo que, la incorporación de dicha mención de manera específica, además de facilitar la actuación de la CNMC en el caso de aquellas actuaciones de oficio, daría a conocer dicha facultad a los órganos de contratación fomentando aquellos casos de solicitud de colaboración a instancia de parte.

Por otro lado, es especialmente relevante la utilización de la vía de recurso: de acuerdo con el art. 53 del APL la interposición del recurso contractual especial en materia de contratos públicos suspendería la tramitación del procedimiento en el caso de que el acto recurrido sea el de adjudicación. Si bien la paralización del procedimiento de tramitación de la licitación en el caso de observar estas cuestiones anticompetitivas podría ser- y en la práctica de acuerdo con lo expresado informalmente a esta Comisión lo es- un desincentivo a la utilización de esta figura, lo cierto es que la aplicación del Derecho de la competencia se perfila más efectivo si esta actuación se realiza antes de que se realice la adjudicación de

[189] Vid PRO/CNMC/001/15: Análisis de la Contratación Pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia. CNMC 2015; Vid Plan de actuación de la CNMC 2015. En línea con la propuesta de II de "*Recomendación del Consejo de la OCDE para combatir la colusión en la contratación pública de 17 de julio de 2012": "Recomienda que los miembros se aseguren de que los funcionarios responsables de la contratación pública, en todos los niveles de gobierno, conozcan los indicios, los comportamientos sospechosos y los patrones de presentación de ofertas inusuales que puedan ser señal de colusión; de este modo, los organismos públicos pertinentes podrán identificar e investigar mejor las actividades sospechosas*".

[190] Puede tomarse como ejemplo la figura desarrollada por algunos países como EEUU y Canadá del Competition Advocate que interviene para evitar manipulaciones en las licitaciones, ampliamente desarrollada en López Miño, A. y Valcárcel Fernández, P. *"Insuficiencia del derecho español para impedir y corregir la colusión en la contratación pública"*. (2012)

los contratos, de forma que se fomente un resultado eficiente en la licitación afectada.

Para ello podría ser recomendable la implementación de un procedimiento sumarísimo, a imagen por ejemplo del procedimiento utilizado por esta Comisión en los casos de Unidad de Mercado, con el que se interrumpa el procedimiento de adjudicación del contrato y durante el cual esta Comisión pudiera apreciar la existencia de indicios o no de comportamientos anticompetitivos en la contratación. En este caso, podría decidirse de una manera rápida pero efectiva si las sospechas planteadas carecen de base, o si por el contrario es recomendable proseguir con la investigación solicitada.

En tercer lugar, es preciso reforzar la aversión de las empresas a las conductas colusorias. A este respecto, se considera recomendable la inclusión dentro de la información contenida en los Pliegos de contratación de la necesidad de que éstos incorporen un inciso que mencione de manera somera la definición de qué se consideran prácticas anticompetitivas en la contratación pública, la normativa de aplicación, así como las consecuencias que pueden derivarse de su incumplimiento[191].

Esta cuestión conllevaría notables beneficios para el grado de conocimiento de la normativa de competencia por parte de las empresas (o incluso de los propios miembros de las mesas de contratación), reflejando igualmente las consecuencias penales que pudieran producirse. Cabe en este punto recordar, y así debería incluirse en los incisos mencionados, que la sanción del falseamiento de la competencia en las licitaciones públicas no solo se limita a la sanción administrativa de competencia, sino que puede constituir ilícito penal de acuerdo con el artículo 262 del Código Penal[192]. Así, se establece que aquéllos que incurran en dichas actuaciones serán sancionados con la pena de prisión de uno a tres años y multa

[191] En línea con la propuesta de I.7 de "*Recomendación del Consejo de la OCDE para combatir la colusión en la contratación pública de 17 de julio de 2012":" Incluir en la convocatoria de licitación un aviso sobre las sanciones que se aplican en la jurisdicción por prácticas de colusión en procesos de contratación pública, como por ejemplo multas, penas de prisión y otras sanciones en materia de derecho de competencia, suspensión de participación en licitaciones públicas durante un período de tiempo determinado, sanciones por firmar un certificado de determinación de oferta independiente falso, y responsabilidad por daños y perjuicios producidos a la autoridad adjudicadora. Las sanciones deberán garantizar una disuasión suficiente, teniendo en cuenta la política de clemencia del país, si procede*"

[192] Art. 262 "*Los que solicitaren dádivas o promesas para no tomar parte en un concurso o subasta pública; los que intentaren alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio; los que se concertaren entre sí con el fin de alterar el precio del remate, o los que fraudulentamente quebraren o abandonaren la subasta habiendo obtenido la adjudicación, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de 12 a 24 meses, así como inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales entre tres y cinco años. Si se tratare de un concurso o subasta convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá además al agente y a la persona o empresa por él representada la pena de inhabilitación especial que comprenderá, en todo caso, el derecho a contratar con las Administraciones públicas por un período de tres a cinco años. 2. El juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 si el culpable perteneciere a alguna sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades*". **Este precepto se mantiene idéntico con la actual reforma del Código Penal.**

de 12 a 24 meses, así como inhabilitación especial para contratar con las Administraciones Públicas por un periodo de tres a cinco años.

Relacionado con lo anterior, en los casos que están judicializados por delitos relacionados con corrupción en procesos de contratación pública, independientemente de las consecuencias penales se recomienda fortalecer la posibilidad de abrir piezas separadas en materia de responsabilidad administrativa por infracciones de la normativa de competencia a través del cauce oportuno de colaboración con el poder judicial.

Asimismo, se considera que debería hacerse extensivo este recordatorio y remisión a la Ley de Defensa de la Competencia, a la información contenida en los perfiles de contratante[193] y en la Plataforma de Contratación del Sector Público, y conforme a ello incluirlo en el articulado del APL.

En línea con lo anterior, se considera pudiera también ser de utilidad la incorporación dentro de los Pliegos de una advertencia en la que se haga constar la posibilidad de que la CNMC realice requerimientos de información a las empresas licitadoras, en el ejercicio de las competencias que ésta tiene atribuidas, en aquellos casos en los que a su juicio pudieran existir indicios de colusión bien por la tipología del servicio u obra contratados, bien por la posible investigación previa a operadores del sector implicados. Esta medida de control y en cierta medida supervisión, se considera que podría conllevar un fuerte efecto disuasorio sobre el establecimiento de acuerdos colusorios entre dichos operadores económicos y se inserta además en el deber de colaboración al que toda persona física o jurídica está sujeta por el art. 39 de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Adicionalmente, y teniendo en cuenta el impulso que el nuevo APL otorga a la figura de la declaración responsable[194], se considera oportuna también la inclusión dentro de dicha declaración de un inciso en el que los licitadores hicieran constar de manera expresa su compromiso de no participar ni haber participado en prácticas anticompetitivas en la licitación a la que optan, de nuevo remarcando las sanciones

[193] Se entiende que esta inclusión dentro del perfil de contratante encontraría acomodo en el APL de acuerdo con lo expresado por el artículo 63.2 "*El perfil de contratante podrá incluir cualesquiera datos y documentos referentes a la actividad contractual de los órganos de contratación (…)*", y por extensión a la Plataforma de Contratos del Sector público derivado de lo estipulado en el artículo 340.2 "*Los perfiles de contratante de los órganos de contratación de todas las entidades del sector público estatal deberán alojarse de manera obligatoria en la Plataforma de Contratación del Sector Público*"

[194] Similar a esta propuesta sería lo estipulado por la Recomendación I.6 de Recomendación del Consejo de la OCDE para combatir la colusión en la contratación pública" de 17 de julio de 2012": "*Exigir a todos los licitantes la firma de un certificado de determinación de oferta independiente, o una declaración equivalente, que certifique que la oferta presentada es auténtica, que no ha habido practica de colusión y que se ha realizado con la intención de aceptar el contrato en caso de adjudicación*"

atribuibles en caso de incumplimiento, como la de la prohibición de contratar expresa de acuerdo con el artículo 71.1.e del texto informado[195].

En cuarto lugar, es preciso incentivar la conducta pro activa de los órganos responsables de la contratación. Más allá de las responsabilidades anteriormente descritas, se plantea la idoneidad de la inclusión dentro del texto del APL, de un recordatorio acerca de la responsabilidad disciplinaria e incluso penal de los funcionarios o miembros de los órganos de contratación que pudieran haber tenido conocimiento de indicios de colusión y no hayan sido puestos debidamente de manifiesto a la autoridad de competencia.

Desde el punto de vista de los licitadores, sería procedente incentivar el que aquellos que tuvieran conocimiento de dichos indicios no sólo ejerciten libremente su derecho a denunciar directamente sino que, en caso de no querer ejercitar el mismo, puedan trasladar dicha información de forma rápida y confidencial al órgano de contratación para que sea éste el que efectúe las actuaciones oportunas, normalmente dando traslado de la misma a la propia CNMC.

Por otro lado, se observa desde esta Comisión un notable aumento en los últimos años de la utilización de la figura del recurso contractual ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y sus homólogos autonómicos[196]. En este sentido sorprende que dicha cuestión, en confluencia con la obligatoriedad de acuerdo con la previsión de la Disposición Adicional 23ª del TRLCSP, no haya derivado en la práctica en la remisión a esta Comisión de ninguno de estos indicios, por lo que se recomienda, además del ya mencionado traspaso de dicha Disposición al texto del articulado, la incorporación de esta cuestión de manera específica en el artículo referente al órgano competente para la resolución del recurso en la Administración General del Estado, en la actualidad descrito en el art. 45 del APL.

III.2.12. Mejoras en el acceso a la información sobre contratos

Como ya se ha señalado por la CNMC[197], para un mejor funcionamiento del sistema de contratación pública es esencial aumentar la transparencia y publicidad en relación con todos los procedimientos que se hayan desarrollado, se encuentren en curso o estén planificados. Ello redundaría en una mayor previsibilidad y en una mayor seguridad comercial y jurídica, con los consiguientes incentivos de los operadores a incrementar su participación en procedimientos de licitación. Un acceso más fácil y efectivo a los datos sobre contratación pública constituye un

[195] Podría incluso tener cabida aquí la posible responsabilidad por falsificación de Documento Público regulada por el Código Penal.

[196] A modo de ejemplo puede consultarse la última memoria de actividad disponible de Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (2014), en la que puede observarse dicha evolución, pasando desde 312 resoluciones aprobadas en el año 2012 a 889 hasta el 1 de diciembre de 2014, o a nivel autonómico, la memoria del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón pasando de unos 40 recursos presentados en 2011 a más de 120 en 2014.

[197] Vid. págs. 9 a 13 del informe *PRO/CNMC/001/15 Análisis de la Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia.*

instrumento fundamental de rendición de cuentas y de legitimación del buen hacer administrativo, directamente vinculado al principio de buena gobernanza.

Del mismo modo, una mayor transparencia *ad intra* mejoraría el control interno por parte del órgano contratante y de sus superiores, y permitiría el perfeccionamiento continuado de los procedimientos mediante la evaluación *ex post* y la instauración de mejores prácticas, gracias al efecto disciplinador de la publicidad y la transparencia y a la posibilidad de comparar con otras administraciones y procedimientos de contratación análogos (*benchmarking)*.

EL APL, como el actualmente vigente TRLCSP, regula el Registro de Contratos del Sector Público en el artículo 339 y la Plataforma de Contratación del Sector Público en su artículo 340. Cabe indicar que desde diciembre de 2014 se publican datos relacionados con contratación pública, convenios, encomiendas de gestión y subvenciones en la página www.transparencia.org.es[198].

Si bien se valora positivamente la existencia de tales mecanismos, es esencial garantizar que resulten eficaces para sus fines. Como se indica en el mencionado Análisis de la Contratación Pública en España, ello requiere, en primer lugar, que los órganos de contratación remitan, efectivamente, la información que la normativa les obliga a remitir y, en segundo lugar, que la información remitida sea relevante y comparable para poder analizar los datos de manera conjunta y extraer conclusiones que resulten de utilidad. En este sentido se ha pronunciado también reiteradamente la doctrina de referencia[199]. Debe conseguirse que estos instrumentos no sean meros repositorios de datos no sistematizados. La información debe ser accesible, comprensible y comparable, a fin de permitir una fácil valoración de la gestión de los distintos órganos de contratación.

Se consideran, así mismo, susceptibles de mejora determinados preceptos puntuales relacionados con la transparencia y el acceso a la información:

- *Profundización en la publicidad y transparencia*: se recomienda: i) que la publicación de la notificación de la adjudicación en el perfil del contratante sea obligatoria y no potestativa (art. 149.1); ii) acotar la excepción a la regla de acceso libre, directo, completo y gratuito por medios electrónicos a los Pliegos y demás documentación complementaria a través del perfil de contratante (138.2) y al supuesto de información no publicable (art. 153); iii) reconsiderar los plazos de solicitud de información para el interesado y los del órgano contratante para proporcionar la información requerida para el órgano contratante, pues tal como están configurados pueden restringir el acceso efectivo a la licitación; (iv) que independientemente de lo recogido en otros portales, se incluya información, en condiciones similares de comparabilidad, relativa a las ejecuciones directas de prestaciones por la

[198] De conformidad con lo establecido por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

[199] Por todos, Gimeno Feliú, V. "Transparencia y contratación pública. Medidas normativas y prácticas para prevenir y corregir la corrupción". Jornadas sobre las nuevas Directivas de Contratación Pública: principales novedades y efectos prácticos. EIPA. Barcelona. 6-7 mayo 2015.

Administración Pública y a los sistemas de cooperación vertical y horizontal de las entidades integrantes del sector público (fundamentalmente de los encargos a medios propios).

- *Informe de supervisión de la Junta Consultiva sobre contratación pública (art. 326.2.d): d*e conformidad con este artículo, la Junta Consultiva debe elaborar un informe de supervisión sobre los contratos sujetos a regulación armonizada, que se debe remitir a la Comisión Europea cada tres años y que debe tratar cuestiones tales como incumplimientos, grado de participación de las pymes, fraude, corrupción, conflicto de intereses y otras irregularidades graves en la contratación.

  En primer lugar, y aunque este informe trae causa del artículo 83.3 de la Directiva, que sólo prevé que se refiera a los contratos sujetos a regulación armonizada, desde un punto de vista interno sería deseable su extensión también a contratos no sujetos o vinculados a otras normativas específicas (sectores especiales, seguridad y defensa). La extensión propuesta es importante porque las prácticas irregulares no se concentran en los contratos de mayor importe, sujetos por su propia cuantía a mayores controles, sino, quizá, en contratos de menor cuantía y supervisión.

  En segundo lugar, si bien podría hacerse una interpretación extensiva del concepto de fraude que diera cabida a las prácticas contrarias a la competencia, se recomienda la inclusión explícita de los problemas de colusión detectados en el contenido obligado del informe establecido por el 326.2 d). Por último, dado que la CNMC tiene en su ámbito de actuación diversas actuaciones en relación con la contratación pública[200] – tanto en el ámbito de la promoción de la competencia como en cuanto a la supervisión de la contratación pública con la finalidad de evitar *bid rigging* y otras prácticas anticompetitivas- se recomienda la remisión del mismo igualmente a la CNMC.

- *Informe escrito ex post (art. 329) de los órganos de contratación sobre cada CSARA y sistemas dinámicos de adquisición: d*e conformidad con el artículo 84 de la Directiva 2014/24/UE, el artículo 329 prevé la elaboración de un informe ex post por el órgano de contratación sobre el resultado de la licitación, su fundamento y prácticamente todas las incidencias que podrían producirse en el curso de la misma –entre otras, exclusiones, ofertas anormalmente bajas, conflictos de intereses- . Dicho informe debe remitirse a la Comisión Europea. Si bien se valora positivamente la previsión de dicho informe, en cuanto que mejora la motivación del acto administrativo de adjudicación del contrato, se detectan varios aspectos susceptibles de mejora:

  - Debe valorarse la posibilidad de extensión de este informe a tipos de contrato no sujetos a regulación armonizada y vinculados a otras normativas (seguridad y defensa, sectores especiales), con independencia de su remisión o no a la Comisión Europea.

[200] Vid. apartados 3.2, 8.2 y 8.3 del Plan de actuación de la CNMC 2015

- Deberían incluirse explícitamente como contenido del informe los posibles problemas de colusión detectados.
- El informe debería remitirse a la CNMC o bien remitirse a la Plataforma de Contratación y ponerse a través de ésta a disposición de la CNMC.

- *Informe anual del Gobierno a las Cortes sobre contratación pública en España (art. 339.8):* el Gobierno elevará anualmente a las Cortes un informe sobre contratación pública en España a partir de los datos del Registro de Contratos del Sector Público. En relación con este precepto, igualmente se considera conveniente la remisión del informe a la CNMC a la vez que a las Cortes Generales por las cuestiones ya señaladas con anterioridad.