



**IPN/CNMC/011/15 INFORME SOBRE
EL ANTEPROYECTO DE LEY
SOBRE PROCEDIMIENTOS DE
CONTRATACIÓN EN LOS
SECTORES DEL AGUA, LA
ENERGÍA, LOS TRANSPORTES Y
LOS SERVICIOS POSTALES**

16 de julio de 2015

Índice

I. ANTECEDENTES.....	3
II. CONTENIDO	5
III. OBSERVACIONES	7
III.1. Observaciones generales	7
III.2. Observaciones particulares.....	19
III.2.1. Principios informadores y diseño institucional	19
III.2.2. Ámbito de aplicación	23
III.2.3. Acceso a las licitaciones (sistemas de clasificación) ...	31
III.2.4. Objeto del contrato: división en lotes y ofertas integradoras	37
III.2.5. Procedimientos de adjudicación	38
III.2.6. Duración.....	49
III.2.7. Técnicas de racionalización de la contratación.....	52
III.2.8. Revisión de precios	58
III.2.9. Ejecución de los contratos.....	62
III.2.10. Concesiones	70
III.2.11. Reclamaciones y solución extrajudicial de conflictos...	76
III.2.12. Detección de indicios de colusión.....	77
III.2.13. Mejoras en el acceso a la información sobre contratos	82

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 sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, 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 APLSE), 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 Anteproyecto de Ley sobre los procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante, APLSE) tiene por objeto la transposición de la Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE al ordenamiento jurídico nacional (en adelante, DSE), y parte de la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, al tiempo que deroga la regulación vigente (Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales).

En la evolución de las Directivas europeas sobre contratos públicos desde los años 70 del pasado siglo hasta la actualidad¹ 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

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.

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 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, 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 comunitario en la materia y de los sucesivos procedimientos de infracción por incumplimiento de las disposiciones o por incorrecta transposición de la normativa comunitaria³.

De conformidad con la MAIN, los objetivos que inspiran el APLSE son: (i) transponer las nuevas Directivas de Contratación Pública⁴; (ii) mejorar la eficiencia (por ejemplo a través de la potenciación de la contratación electrónica); (iii) mejorar la integridad y la transparencia (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);

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

³ Destacan, entre las sentencias condenatorias en materia de contratación pública, 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. 40.1 APLSE utilización de medios electrónicos en las comunicaciones) hasta el 18 de octubre de 2017.

(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 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).

La legislación nacional, así como las Directivas de la UE, han previsto para los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, un régimen normativo distinto al aplicable a los contratos de las Administraciones públicas. Este régimen sectorial en lo que concierne a determinados aspectos de la ordenación de su actividad contractual es menos estricto y rígido que el establecido en la normativa general de contratación pública, asegurando en cualquier caso el cumplimiento de los principios de publicidad y concurrencia.

El sistema introducido sigue asentándose, no obstante, sobre dos categorías heredadas de la normativa vigente: por un lado, el concepto de entidades contratantes, que determina el régimen jurídico aplicable; por otro, la delimitación de su ámbito de aplicación en función de criterios objetivos, subjetivos y de la superación de ciertos umbrales económicos.

II. CONTENIDO

El **APLSE** consta de una exposición de motivos, **126 artículos**, distribuidos en nueve Títulos, un Título Preliminar y otros ocho Títulos, cuya descripción se produce a continuación. Además, el Anteproyecto se completa con seis disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria, siete disposiciones finales y once anexos.

Las cuestiones más destacables del APLSE son las siguientes:

- **Título preliminar: Objeto de la ley y definiciones (arts. 1 a 4).** Destaca la inclusión de los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, que transponen la Directiva UE sobre concesiones.
- **Título I: Disposiciones generales (arts. 5 a 29).** Principalmente contiene el ámbito de aplicación subjetiva (entidades sujetas y derechos especiales o exclusivos) y el de aplicación objetiva (entidades contratantes que desarrollen las actividades reguladas) en el que se excluyen ciertas actividades (actividades de prospección de petróleo y gas), así como el desarrollo del régimen de exclusión respecto de las actividades

liberalizadas. También se regulan los contratos mixtos y el régimen de los contratos destinados a la realización de varias actividades.

- **Título II: Capacidad y clasificación de los operadores económicos (arts. 30 a 40).** Se regulan la solvencia y la clasificación. Destacan la flexibilidad a la hora de fijar los criterios de solvencia y la posibilidad de crear sistemas propios de clasificación por parte de las entidades contratantes.
- **Título III: Preparación y documentación del contrato (arts. 41 a 51).** Se introduce la posibilidad de realizar consultas preliminares del mercado. Por lo demás, se regulan, entre otras cosas, la delimitación del objeto del contrato, los pliegos de condiciones y todo lo relativo a las prescripciones, su definición y comunicación, así como lo tocante a las etiquetas, informes de pruebas, certificación y, normas de aseguramiento de la calidad y de gestión medioambiental.
- **Título IV: Procedimientos de adjudicación de contratos (arts. 52 a 87).** Se regula el objeto (junto con la división en lotes), el contenido y la duración del contrato. Asimismo, se establecen los requisitos de los candidatos y los procedimientos de adjudicación, entre los que destaca como novedad la asociación para la innovación. En todos los procedimientos se produce una reducción de los plazos para presentar ofertas.
- **Título V: Técnicas de racionalización de la contratación y concursos de proyectos (arts. 88 a 104).** Se regulan las centrales de compras, los acuerdos marco, los sistemas dinámicos de adquisición (se elimina el plazo de duración en estos sistemas), las subastas electrónicas, los catálogos electrónicos y los concursos de proyectos.
- **Título VI: Ejecución y extinción de los contratos (arts. 105 a 113).** Como novedad, las nuevas Directivas de Contratación regulan este aspecto de los contratos públicos, el relativo a la fase de ejecución de los contratos. Este Título regula la ejecución, la modificación y la resolución de los contratos.
- **Título VII: Invalidez, reclamaciones y solución extrajudicial de conflictos (arts. 114 a 123).** Se regulan el régimen de invalidez, las reclamaciones en los procedimientos de adjudicación de los contratos y la resolución extrajudicial de conflictos. Se introduce la posibilidad de acudir a arbitraje en Derecho para la resolución de conflictos.
- **Título VIII: Obligaciones de información y organización administrativa (arts. 124 a 126).** Se regulan las obligaciones de las entidades contratantes en materia de información sobre los contratos, el Registro de Contratos del Sector Público y la Junta Consultiva de

Contratación Administrativa. Se observa un refuerzo de la conservación de la documentación relevante así como de un sistema de registros.

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 España⁵, 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 competencia⁶, la persecución y sanción de conductas anticompetitivas⁷ y el empleo de la legitimación activa⁸ 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.

⁵ 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).

⁶ 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.

⁷ 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](#). A efectos internacionales, puede consultarse lo relativo a [bid rigging](#) en la OCDE.

⁸ 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.

Como se ha señalado en estos instrumentos, **cuando la competencia falla hay invariablemente: (i) una pérdida de eficiencia económica⁹; (ii) un innecesario desaprovechamiento de recursos públicos; (iii) un aumento del riesgo de colusión** provocado por la menor tensión competitiva entre los propios licitadores y, en los casos más extremos, favorece un caldo de cultivo propicio para la aparición de problemas colaterales en forma de corrupción¹⁰.

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 APLSE contiene **aspectos valorables positivamente**, que contribuirán previsiblemente a mejorar la contratación pública:

- Apuesta por la contratación electrónica (subastas y comunicaciones electrónicas).
- Extensión de la figura de las declaraciones responsables.
- Posibilidad de acudir al arbitraje como medio de resolución extrajudicial de conflictos.
- Configuración del denominado ciclo de vida de los contratos.
- Obligación de conservar la documentación que contenga información relevante sobre todas las etapas del procedimiento de contratación.
- Medidas de fomento de la transparencia (obligaciones de información, informes de supervisión).

No obstante, el APLSE **podría suponer una respuesta aún más efectiva a las deficiencias** que aquejan a la contratación en estos sectores especiales, en particular sobre los siguientes aspectos:

- (i) Mayor justificación del mantenimiento de una regulación específica.** La Exposición de Motivos del APLSE argumenta la necesidad de establecer normativa especial en estos sectores remitiéndose al Derecho de la UE. A este respecto, la Directiva 2014/25/UE señala las siguientes razones como

⁹ 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%.

¹⁰ 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.

justificativas: por un lado, que las autoridades nacionales todavía pueden influir en el comportamiento de las entidades que operan en estos sectores (mediante participación en capital¹¹, representación en órganos de administración, gestión o supervisión) y, por otro, el carácter cerrado de estos sectores ya que en ellos operan entidades que ostentan derechos exclusivos o especiales concedidos por los EEMM para el suministro, la puesta a disposición o explotación de redes para la prestación del servicio de que se trate (considerando 1 DSE¹²).

Desde la perspectiva de las implicaciones para la competencia¹³ efectiva de la existencia y el adecuado diseño de estas peculiaridades:

- Se echa en falta en la propia Directiva una mayor fundamentación y clarificación, sector por sector, de las razones que justifican este régimen singular a través de una evaluación desde el punto de vista de la regulación económica eficiente y la promoción de la competencia (principios de necesidad y proporcionalidad), teniendo en cuenta las implicaciones, diferentes, para los entes públicos y para los privados. Si para estos últimos, parece justificada esta regulación especial por cuanto si no existiera se regirían por sus propias normas, para los entes públicos sujetos al APLSE se originan ciertas dudas acerca de si no hubiera sido más razonable la aplicación del régimen general¹⁴ de contratación pública, aplicable ya para estos entes cuando no se alcanza el umbral señalado en el APLSE.

¹¹ Es probablemente la existencia de vías adecuadas de control de este factor (mediante acreditación de contabilidad separada, respeto de la normativa de ayudas de Estado ex TFUE...), más que la existencia de cierto grado de competencia en la actividad analizada, un elemento que puede ser decisivo para promover una contratación más eficiente y competitiva. Son en cualquier caso caminos perfectamente complementarios de cara a la consecución de aquélla.

¹² Basándose en el trabajo realizado por la Comisión Europea de 27 de junio de 2011 [Informe de Evaluación: Impacto y eficacia de la legislación de la UE sobre contratación pública](#), concretamente en el apartado 5.2 que trata la evaluación de las normas de contratación públicos a los sectores especiales, se señala que los operadores de estos sectores (operadores de servicios públicos en sectores especiales) quedan sujetos al régimen de contratación pública por considerarse que, al gozar de un monopolio o de derechos especiales y exclusivos, carecen presuntamente de los incentivos necesarios para actuar con eficiencia al celebrar contratos. El fundamento de la DSE reside en la inexistencia de una disciplina inducida por la competencia que promueva una contratación eficiente y competitiva, razón por la que la Comisión examinó si los sectores especiales se encontraban más expuestos a la competencia que antes.

¹³ Por poner un ejemplo, (considerando 19 de la DSE): para garantizar una verdadera apertura del mercado y un justo equilibrio en la aplicación de las normas de contratación en estos sectores es necesario que la determinación de las entidades cubiertas no se base en su régimen jurídico. Por tanto, hay que velar por que no se atente contra la igualdad de trato entre las entidades adjudicadoras que operan en el sector público y aquellas que operan en el sector privado.

¹⁴ Ya que no pueden ser Administraciones Públicas, por “general” entendemos aquí el que se aplica a los contratos de los poderes adjudicadores que no son Administraciones Públicas (arts. 315 a 318 del APLCSP). En cambio, si se trata de aplicar el régimen suavizado de esos otros entes públicos que no son poderes adjudicadores (art. 319 del APLCSP) es preferible el mantenimiento del APLSE, por ser más garantista de ciertos principios esenciales (concurrentia, publicidad...).

- Al tratarse de una Directiva que debe transponerse al Derecho interno, existe cierto margen de apreciación por parte de los Estados miembros, por ejemplo a través del procedimiento contemplado en el art. 17.3 del APLSE sobre la exclusión por *liberalización* de una determinada actividad en el ámbito territorial nacional. Por ello, tanto el texto normativo como sobretodo la MAIN deberían recoger una evaluación de las decisiones tomadas desde el punto de vista de la regulación económica eficiente y la promoción de la competencia (principios de necesidad y proporcionalidad) especificando las características propias de estos sectores en el contexto estrictamente nacional.

No obstante, existen ciertas divergencias entre la transposición realizada por el art. 17 del APLSE y el art. 34 de la Directiva 2014/25/UE sobre sectores especiales. Mientras aquél se refiere a la *liberalización* de una actividad, éste se denomina “*actividades sometidas directamente a la competencia*”. Se considera preferible utilizar esta expresión ya que el término *liberalización* puede llevar a equívoco en ciertas regulaciones sectoriales en las que a pesar de estar reconocida su existencia coexiste con derechos especiales o exclusivos atribuidos a ciertos operadores.

El APLSE, a grandes rasgos, transpone la normativa aprobada por la UE en la materia, adaptando su contenido a la tradición de la regulación existente. Además, presenta ámbitos de mejora en cuanto a la claridad y comprensión deseables de toda norma jurídica (desarrolladas en el apartado de observaciones particulares), más si cabe en una norma de este tipo, de tanta relevancia para el producto interior bruto. Se recomienda por ello aprovechar la oportunidad para adoptar en líneas generales un enfoque más ambicioso, evitando las carencias que se indican en este informe.

- (ii) Reforzamiento del papel que debe jugar la CNMC en el proceso de evaluación de la efectiva liberalización de una actividad de cara a su exclusión de la aplicación de este APLSE.** El APLSE no se aplicará a los contratos relativos a actividades de los arts. 8 a 14 *siempre que tal actividad esté sometida directamente a la competencia en mercados cuyo acceso no esté limitado (art. 17)*. Además, se incorporan una serie de referencias acerca de cuándo se considera que una actividad está sometida directamente a la competencia¹⁵ pudiendo modularse por sectores, actividades o países (art. 34 Directiva 2014/25/UE), además de un Anexo III D que no se ha incorporado al APLSE.

El proceso de posible exclusión de actividad por este motivo se decide por cada Estado miembro. En concreto, el art. 17.3 del APLSE indica que el Ministerio de Economía y Competitividad, a iniciativa del Ministerio competente o de las CC.AA o Entidades locales, deberá comunicarlo a la Comisión Europea si bien

¹⁵ Se hace referencia a cuestiones como las características de los bienes o servicios a prestar, existencia de bienes sustituibles, los precios, la presencia de más de un proveedor, para determinar el mercado geográfico de referencia. Sin embargo, se obvian referencias al mercado de producto de referencia.

con el criterio que sobre la efectiva liberalización se exprese por una autoridad nacional independiente competente en la actividad en cuestión.

La Directiva desarrolla este aspecto (considerando 48) determinando que son los *organismos reguladores sectoriales o las autoridades de la competencia*, quienes poseen normalmente pericias, información y conocimientos específicos que pueden ser pertinentes para evaluar si una actividad determinada o partes determinadas de una actividad están directamente expuestas a la competencia en mercados cuyo acceso no está limitado.

Por todo ello, se recomienda:

- Indicar explícitamente el papel que la CNMC debe asumir en este procedimiento, al ser simultáneamente la autoridad nacional de competencia y organismo regulador de actividades todavía incluidas en el APLSE (energía, postal, transportes) y contar con la capacidad y sobre todo con el *expertise* necesario para llevar a cabo el tipo de valoración que es necesaria en este tipo de actuaciones (por ejemplo, delimitando el mercado de referencia de la actividad, que no sólo tiene por qué estar centrado en términos geográficos).
- Contemplar igualmente que, dado que no hay constancia de que se haya jugado dicho papel en la aprobación de las actividades potencialmente excluibles del actual texto normativo en el proceso de elaboración del APLSE ni de las anteriores Leyes sobre procedimiento de contratación en estos sectores especiales (que contemplaban un precepto similar) por parte de la CNMC o de sus antecesoras (en especial por la CNC, en cuanto autoridad de competencia), debe ser objeto de rectificación.
- Reseñar que, lejos de meras implicaciones formales, el sujetar o no a una actividad al texto del APLSE presenta evidentes implicaciones desde la óptica de la promoción de la competencia y supervisión para los entes (públicos pero sobre todo privados) afectados y para los posibles licitadores que puedan estar interesados en acudir a sus licitaciones.

(iii) Necesaria mejora de la promoción de la competencia y la eficiencia por parte de las entidades contratantes públicas (y su personal adscrito). Para estas entidades, el principio de eficiencia, además de principio básico informador de la normativa de contratación pública, es un principio de “*alcance y fundamento constitucional*”¹⁶ derivado del art. 31 de la Constitución

¹⁶ 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, realizado por Gimeno Feliú, J. M. (págs. 1255 a 1274).

española¹⁷ y que presenta igualmente raíces profundas en la legislación ordinaria¹⁸ y en la propia de contratación pública: además del art. 1, los arts. 28 y 34 del Anteproyecto de Ley de contratos del sector público (APLCSP¹⁹ en adelante) 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 públicos²⁰.

No obstante, el APLSE carece de un artículo que al modo del APLCSP en su art. 1, recoja los principios orientadores de la contratación en estos sectores especiales. A este respecto, la existencia del art. 27 del APLSE (principios de la contratación) es insuficiente ya que ni siquiera menciona el principio de salvaguarda de la libre competencia, más allá de la referencia indirecta a que la contratación no será concebida *con la intención* de restringir artificialmente la competencia²¹ (objeto de crítica en un apartado de observaciones particulares al que nos remitimos), ni lo relativo al principio de eficiencia de los fondos públicos (aplicable a los entes contratantes del sector público).

Centrándonos en estos últimos entes del sector público, el grado de exigencia y las implicaciones prácticas que conlleva el incumplimiento del principio de eficiencia presentan carencias. 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

¹⁷ Art. 31 Constitución de 1978: “El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía”.

¹⁸ [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 «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.»

¹⁹ Analizado mediante IPN/CNMC/010/15 por la propia CNMC.

²⁰ 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”

²¹ Deben respetar, entre otros principios, el principio de salvaguarda de la libre competencia, por lo que cualquier carencia en ese sentido en los actos o documentos (que tendrá su reflejo en términos de eficiencia económica igualmente) sería exigible que fuera corregida de forma inmediata, de lo contrario se produciría un incumplimiento que sería reclamable vía art. 119.2 del APLSE.

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 el de 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 ofrecen las raíces normativas reseñadas en la búsqueda de eficiencia a través de la competencia efectiva, y desde la óptica del ente contratante del sector público, 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 las entidades contratantes públicas a la consecución de buenos indicadores de eficiencia²².
- (ii) motivando al empleado público de dichas entidades a través de incentivos económicos, monetarios o de otro tipo, si dicha eficiencia es lograda²³ en su ámbito de responsabilidad.

(iv) Oportunidad para aproximarse al proceso de aprovisionamiento de entidades privadas, introduciendo posibles mejoras en el aprovisionamiento de las entidades públicas.- En esta normativa se da la particularidad de que, a diferencia de la normativa general de contratación pública, conviven bajo su órbita de aplicación tanto entes públicos como privados, siendo definidos además por una especialización sectorial muy alta (por poner un ejemplo, no es habitual que una entidad dedicada al suministro de agua potable, actividad sujeta al APLSE, incluya en su objeto social alguna otra actividad de las incluidas en dicho texto normativo).

Por este motivo, quizás más que en ningún otro campo, aprovechando esa dualidad de entes contratantes, sería interesante establecer puentes de colaboración entre ambos de forma que, sin dar por hecho que el proceso de

²² 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.

²³ Cabe citar en esta línea las recomendaciones del Consejo de la OCDE sobre contratación pública. [*OECD 2015 Recommendation of the Council on Public Procurement*](#).

aprovisionamiento del ente privado es *per se* más eficiente que el del ente público, puedan desarrollarse proyectos piloto que acerquen al ente público a una mayor sensibilización hacia la consecución de niveles ópticos de eficiencia económica.

Se trataría de que, sin perder los aspectos garantistas del régimen jurídico público y sus principios orientadores, se puedan desarrollar procedimientos de contratación (elaboración de Pliegos, de criterios de solvencia o adjudicación...) que hayan sido contrastados desde la óptica de la competencia y la eficiencia económica en el sector privado (o incluso en otros entes públicos existentes en otros ámbitos geográficos), asegurando crear los incentivos adecuados para facilitar la concurrencia de las empresas y el empoderamiento de los ciudadanos.

La existencia de vías de encuentro en común, e, incluso, de posibles operaciones de aprovisionamiento conjuntas (público-privadas, abiertas a todos los operadores sin restricción)²⁴ son opciones que se recomienda valorar a los efectos señalados en los párrafos anteriores.

(v) Necesaria sistematización de la necesidad de evaluación (*ex ante* y *ex post*) de los procesos de contratación.- En especial en lo referente a las entidades integrantes del sector público, 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 presupuestaria²⁵;
- (iii) Los controles deben realizarse en tiempo real, sin retrasos temporales²⁶ para contribuir realmente a mejorar el proceso concreto de asignación de recursos;

²⁴ De hecho, en el art. 89 del APLSE se contempla la realización de contrataciones conjuntas entre entidades contratantes que pueden perfectamente ser de naturaleza pública y privada.

²⁵ 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*”.

²⁶ 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*

- (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;
- (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 (tipos de procedimiento, condiciones de los Pliegos...). Por otro lado, un control *ex post*, que permita analizar la eficiencia económica obtenida así como la competencia efectiva alcanzada²⁷ 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, debe subrayarse 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 administrativa²⁸ que han centralizado las competencias en materia de control de la contratación pública desde esta óptica. El APLSE puede ser un

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.

²⁷ 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.

²⁸ 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’.*

vehículo óptimo para incluir una previsión de este tipo, situando a España a la vanguardia de la contratación en estos sectores especiales.

Sea cual sea la opción elegida, esta Comisión considera que existe igualmente margen suficiente para reforzar el papel consultivo de la CNMC, como Autoridad de Competencia y Regulación, en el análisis prospectivo *ex ante* y en el análisis de los efectos *ex post* que pudieran tener implicaciones para la competencia efectiva, sin perjuicio y de forma complementaria a las competencias informativas de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado²⁹.

(vi) Debe valorarse con elevado rigor la introducción de objetivos secundarios que, aunque bienintencionados, pueden amenazar los objetivos primarios de la contratación pública, incrementando el coste de los contribuyentes y de los usuarios.- Las referencias a los principios orientadores deben tenerse presentes para no perjudicarlos con la introducción de variables ajenas a los mismos, como las consideraciones sociales, medioambientales o de investigación y desarrollo³⁰, 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.

Aunque es una opción de política pública reconocida en las Directivas, desde un punto de vista económico, existen otros instrumentos más apropiados y, en su caso, menos distorsionadores *a priori* de la competencia para el cumplimiento de los objetivos sociales comunes incluidos en las Directivas y en el APLSE: 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.

Por otro lado, tales objetivos pueden reducir la objetividad y transparencia del proceso. Esto incrementaría la discrecionalidad de las entidades contratantes, de forma que pueden verse negativamente afectados los objetivos más directos y esenciales de la contratación, esto es, la eficiencia en el gasto (buscando la oferta más ventajosa económicamente) a través del fomento de la competencia³¹.

²⁹ La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado es el órgano que prevé el APLSE en su artículo 126 para elaborar y remitir, entre otros, el informe de supervisión trianual a la propia Comisión Europea.

³⁰ A este respecto, ver “*Renforcer l’efficacité de la commande publique*» Conseil d’analyse économique”. S. Saussier y J. Tirole. Nº 22 Abril 2015.

³¹ 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 castellano 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.

Similares consideraciones cabe realizar respecto a la aplicación del principio de preferencia de las ofertas comunitarias³² en los contratos de suministro en base al art. 70 del APLSE, con repercusiones negativas en el deseable aprovisionamiento eficiente de toda licitación pública.

Para evitar estas distorsiones, además de un cumplimiento estricto de los requisitos exigidos en la normativa (vinculación con el objeto del contrato, compatibilidad con el Derecho de la UE...), se recomienda tomar consciencia de que la utilización de la contratación para alcanzar objetivos políticos secundarios, ya sea a través de la vía de los criterios de solvencia, de adjudicación o de las condiciones de ejecución³³, 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 caso³⁴.

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.

(vii) Mayor consideración de las implicaciones de la normativa sobre ayudas de Estado en la contratación pública. El artículo 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 APLSE al único supuesto de la presentación de ofertas anormalmente bajas como consecuencia de la existencia de ayudas públicas ilegales³⁵.

³² Se trata de un principio que parece chocar con el recogido en la Disposición Adicional 3ª del APLSE (Clausula de trato no menos favorable) que señala que *“Las entidades contratantes pertenecientes al Sector Público concederán a las obras, a los suministros, a los servicios y a los operadores económicos procedentes de Estados que tengan acuerdos internacionales que vinculen a la Unión Europea o al Estado, un trato no menos favorable que el concedido a las obras, los suministros, los servicios y los operadores económicos de la Unión Europea”*.

³³ Pueden consultarse a este respecto los arts. 105 y 106 del APLSE

³⁴ En línea con las recomendaciones de la OCDE a este respecto. *Víd.: [OECD 2015 Recommendation of the Council on Public Procurement](#)*.

³⁵ Por ayuda ilegal entenderíamos aquella que no haya cumplido con la normativa establecida al respecto por el Derecho de la UE.

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 APLSE en relación con las ofertas anormalmente bajas o con valores desproporcionados debería conllevar que, de inicio, se exija a todos los licitadores la comunicación a la entidad de las ayudas públicas recibidas (sean calificadas como ayudas de Estado o no³⁶) 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 contratar³⁷.

En segundo lugar, deben tenerse presentes posibles situaciones en los que la presencia de ayudas de Estado es indiciaria:

- Las aportaciones públicas que pueden recibir los adjudicatarios de contratos de concesión (analizados en un apartado de las observaciones particulares al que nos remitimos) en sus diferentes variantes (aportaciones patrimoniales, avales...).
- La construcción de infraestructuras públicas³⁸ (a través de cualquiera de las figuras contractuales del APLSE, normalmente a través de un contrato de obras o de concesión de obras). 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 infraestructuras³⁹ 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 Altmark⁴⁰, 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

³⁶ 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.

³⁷ Ver en esta línea el art. 59.3c) de la Ley 38/2003 General de Subvenciones y art. 71.1.f) del APL, por reenvío del art. 36.4 b) del APLSE.

³⁸ ANDRÉS M. GONZÁLEZ SANFIEL, [“El control comunitario sobre la financiación estatal de infraestructuras”](#). Revista de Administración Pública. núm. 187, Madrid, enero-abril (2012).

³⁹ 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 S^a 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

⁴⁰ Sentencia del TJ de las CEE de 23 de julio de 2003, en el asunto C-280/00.

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 artículos 106 y 107 TFUE, con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE y con los documentos interpretativos –comunicaciones, recomendaciones y directrices- elaborados por la Comisión Europea en esta materia.

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 aspectos⁴¹:

III.2.1 Principios informadores y diseño institucional

Sin perjuicio de coincidir en la importancia de los principios recogidos en el art. 27 del APLSE (no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, igualdad e trato y transparencia), el precepto presenta una doble carencia tanto de forma como de fondo: (i) de forma porque en contra de lo que parece más razonable no se encuentra situado en la parte inicial del APLSE, de forma que oriente el resto de preceptos como sería deseable; (ii) de fondo, por cuanto existe una ausencia de mención del principio de eficiencia o mejor dicho, de la eficiente utilización de los fondos públicos (o privados en su caso) comprometidos. Además, la mención que se realiza del principio de competencia es confusa y centrada, de forma incorrecta, en demostrar la intencionalidad de la medida tomada.

Estos principios informadores, por su raíz constitucional, deben ser igualmente de aplicación directa al resto de categorías afines a los contratos del sector público,

⁴¹ 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.

entre las que se encuentran estos procedimientos de contratación en ciertos sectores especiales.

En relación con el principio de salvaguarda de la libre competencia, cabe realizar varias consideraciones, al menos respecto a los entes contratantes del sector público:

- El reconocimiento constitucional de la libertad de empresa, reforzado por legislación ordinaria⁴² básica, 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 Ley⁴³.

Es decir, toda medida restrictiva⁴⁴ 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 APLSE⁴⁵ en sus artículos iniciales o al menos mencionadas en la Exposición de Motivos del texto.

⁴² 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***”(negrita propia).

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 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*”.

⁴³ Vid. Art.39 bis apartado 1, de la Ley 30/1992 y art. 4 de la Ley 2/2011.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ A este respecto, puede consultarse el art. 1 del APLCSP informado también por la CNMC.

- El art. 27.2 del APLSE no debería asociar la protección del principio de competencia con elementos centrados en la intencionalidad⁴⁶ 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 APLCSP 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. 27, con las mejoras propuestas en este apartado, en el propio art. 1 del APLSE.
- En numerosos preceptos del APLSE existe una mención específica al principio de libre competencia como cláusula limitativa de ciertas decisiones tomadas en el proceso de aprovisionamiento y, sin embargo, es obviado en otros supuestos⁴⁷ 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 abarcaran todo el cuerpo normativo, recomendándose una referencia explícita análoga a la contenida en estos preceptos como desarrollo del propuesto nuevo art. 1 del APLSE 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 en estos sectores especiales, se propone que se pudieran establecer⁴⁸:

- Cauces de remisión de los entes contratantes a la CNMC (autoridad competente para preservar y promover la competencia en todos los mercados y sectores, también en el de contratación pública⁴⁹) o a las autoridades de competencia de ámbito autonómico en su caso, en aquellos supuestos en que la cuestión⁵⁰ pudiera tener como objeto dilucidar posibles

⁴⁶ Art.27.2 APLSE: *“La contratación no será concebida con la intención de inaplicar las previsiones de esta Ley ni de restringir artificialmente la competencia. Se considerará que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económico”* (subrayado propio).

⁴⁷ Por poner solo un ejemplo, en la utilización del procedimiento de urgencia del art. 43.3 del APLSE, con evidentes efectos restrictivos sobre la competencia efectiva.

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 en sectores regulados** (telecomunicaciones, energía, transportes, postal...) por lo que se cuenta con un perfil de asesoramiento en estos sectores de indudable cualificación 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.

restricciones a la competencia efectiva. Dicha posibilidad debería igualmente hacerse extensiva a los órganos administrativos competentes para la resolución de la denominada reclamación en materia de contratación y, en determinadas 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 artículo 45 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización⁵². Por otro lado, se propone incluir entre los principios que debe recoger el APLSE 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 favorece lo anterior es la escasa comparabilidad entre expedientes de contratación, a pesar de que muchos de ellos comparten un objeto análogo. 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 APLSE permite -

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 "Artículo 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."

pero 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.

III.2.2 Ámbito de aplicación

Tanto en lo referente al ámbito objetivo (actividades incluidas cuyo valor estimado supere ciertas cuantías) como subjetivo (sujetos incluidos), existen aspectos de mejora en el APLSE en cuanto a claridad y motivación.

En ese sentido, sería recomendable una clarificación del **régimen aplicable a las actividades y sujetos excluidos de la aplicación del APLSE**. Dada la variedad de posibles supuestos, se recomendaría: (i) incluir una disposición que regule el régimen aplicable para los contratos que queden excluidos de la aplicación del APLSE, tal y como sucede en la regulación vigente (Ley 31/2007⁵³ y TRLCSP⁵⁴) e incluso en APLCSP⁵⁵; (ii) analizar en detalle las consecuencias derivadas de la aplicación subsidiaria de la normativa supletoria a las entidades (tanto públicas como privadas) sujetas a esta normativa de contratación específica. Es decir, mientras que a las entidades públicas les será de aplicación lo determinado específicamente para ellas en el APLCSP en el título contratos de los poderes adjudicadores que no posean la naturaleza de Administraciones Públicas o bien en lo referente a normativa aplicable a otros entes públicos que no sean poderes adjudicadores, las empresas privadas regirán sus procedimientos de contratación conforme a las normas de Derecho privado.

⁵³ La DA4ª de la todavía vigente Ley 31/2007, regula que el régimen aplicable a los contratos excluidos del ámbito de esta ley que se celebren por organismos de derecho público, entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles de carácter público (porque se trate de contratos cuyo importe no supere los umbrales establecidos o porque se trate de contratos excluidos por la Ley), es la Ley de Contratos del Sector Público.

⁵⁴ DA 8ª.

⁵⁵ DA8ª del APLSCP (en términos similares al TRLCSP) establece respecto de los contratos celebrados en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, que las AAPP se les aplicará en todo caso LCSP (resultando de aplicación la mencionada legislación vigente únicamente para determinar qué contratos tendrán la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada). No obstante, la adjudicación por las entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas de contratos comprendidos en la legislación vigente sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (LSE), se regirá por dicha legislación, salvo que una Ley sujete estos contratos al régimen previsto en la presente Ley, en cuyo caso se les aplicarán las normas previstas para los contratos sujetos a regulación armonizada. Los contratos excluidos de la aplicación de LSE que se celebren en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales por los entes, organismos y entidades mencionados (sector público), se regirán por las disposiciones pertinentes del APLCSP sin que les sean aplicables, en ningún caso, las normas que en ésta se establecen exclusivamente para los contratos sujetos a regulación armonizada.

Mientras que a los entes del sector público a los que finalmente no se les aplique el APLSE pasarían a regirse por la normativa general de contratación pública; a los entes privados, en cambio, se les aplicaría su propia normativa de aprovisionamiento, con posibles carencias en cuanto a la puesta en práctica de los principios de publicidad, transparencia o no discriminación que no serían desdeñables. Por este motivo, se recomendaría la regulación expresa de estas situaciones en el APLSE y una aproximación pro competitiva a las soluciones diseñadas.

Por otro lado, el art. 6 del APLSE se refiere a los entes (privados) que gocen de **derechos especiales o exclusivos**: solo se aplica la APLSE si tales derechos no les han sido otorgados mediante un procedimiento basado en criterios objetivos y públicos⁵⁶. No obstante, los títulos habilitantes de naturaleza concesional y las autorizaciones operativas contingentados por motivos de interés público serán considerados derechos exclusivos y por tanto dentro del ámbito de aplicación de la ley. Esta reducción por un lado y ampliación por otro del concepto de derecho especial o exclusivo es problemática por contener referencias a conceptos jurídicos indeterminados de difícil interpretación (*publicidad adecuada, contingentados por motivos de interés público*) y que pueden llevar a una aplicación práctica excesivamente discrecional. Se recomendaría una mayor precisión del APLSE en este punto para mejorar la comprensión.

Por último, debe hacerse referencia al régimen aplicable a los **contratos con empresas asociadas y con empresas conjuntas de las entidades contratantes que no sean poderes adjudicadores y a los sistemas de cooperación pública** (encargos a medios propios personificados y convenios). Todas estas 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).

Por lo que se refiere a los contratos con empresas asociadas y conjuntas (art. 24 del APLSE). La regulación que se da de estos casos no resulta significativamente diferente de la vigente, ni tampoco de la establecida en la Directiva 2014/25/UE. No obstante, y en la medida en que se observa un paralelismo claro con el caso de los encargos a medios propios, convendría hacer hincapié en algunos aspectos que se

⁵⁶ Importante tener en cuenta lo que a efectos de la DES (y del APLSE) se considera como Derechos especiales o exclusivos (considerando 20): Procede, por tanto, aclarar que los derechos que se hayan otorgado mediante un procedimiento basado en criterios objetivos, en particular con arreglo a la legislación de la Unión, y que hayan sido objeto de una publicidad adecuada no constituyen derechos especiales o exclusivos a efectos de la presente Directiva. (...) Procede aclarar además que dicha lista de legislación no es exhaustiva y que todo tipo de derechos, incluso mediante actos de concesión, que se hayan otorgado mediante un procedimiento basado en criterios objetivos y que hayan sido objeto de una publicidad adecuada no constituyen derechos especiales o exclusivos a efectos de definir el ámbito de aplicación de la presente Directiva *ratione personae*. El concepto de derechos exclusivos debería utilizarse asimismo en el contexto de determinar si el recurso a un procedimiento negociado sin previa convocatoria de licitación se justifica porque las obras, los suministros o los servicios solo pueden ser suministrados por un operador económico debido a la protección de determinados derechos exclusivos.

considera pueden tener efectos sobre la competencia en el mercado, siendo trasladables los aspectos que se indicarán sobre los medios propios posteriormente (al menos cuando se trate de entidades pertenecientes al sector público). A este respecto, se considera que deben tenerse en cuenta lo indicado en materia de:

- **Retribución:** nada se indica respecto de la forma de determinación de la retribución por las prestaciones que se desarrollen en ejecución de la facultad establecida en el artículo 24 APLSE (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 tampoco se introducen mecanismos que permitan eliminar la posibilidad de sobrecompensación por estas retribuciones en el caso de que se trate de entidades pertenecientes al sector público (posibles ayudas de Estado). En el Informe sobre medios propios se formularon recomendaciones concretas para evitar estos efectos en ese tipo de entidades⁵⁷. Se recuerda, adicionalmente, la obligación de transparencia en las operaciones financieras exigida por la Directiva 2006/111/CE⁵⁸ 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 contratación en el mercado (salida a licitación) de los contratos en cuestión.
- **Publicidad:** pese a que se recoge la exigencia de trasladar cierta información obligatoria a la Comisión Europea, resultaría positivo el que se imponga la obligación expresa de publicar este tipo de contratos, 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).
- **Control de su utilización:** sin perjuicio de que se valora positivamente el que este tipo específico de contratos puedan ser susceptibles de reclamación especial en materia de contratación por no cumplir los requisitos legales (art. 119.2 e) del APLSE), 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 correspondiente en las observaciones generales), también desde la óptica de los mecanismos de

⁵⁷ 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.”

⁵⁸ 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

evaluación internos y externos que puedan ponerse en marcha, especialmente en entidades pertenecientes al sector público.

- Negocios jurídicos celebrados por la entidad adjudicataria de este tipo de contratos: existe una cierta equiparación a normas análogas a las existentes en materia de subcontratación, contenida en el APLSE respecto a los adjudicatarios de un contrato (arts. 107 y 108). Sin embargo, no se considera que sean situaciones equiparables por cuanto: (i) en un caso ha existido un procedimiento de concurrencia competitiva (contrato), mientras en el otro no (contrato adjudicado por el art. 24 APLSE); (ii) los riesgos de afectación a la competencia son mucho mayores en este último, por tanto, (iii) al contrario de lo que sucede en el caso del APLCSP en relación con los medios propios⁵⁹, no se exige el requisito de contar con los medios para ejecutar los contratos, Este problema se analizó en el informe de medios propios ya citado⁶⁰, y se formuló recomendación concreta en el sentido de que la parte que podría “subcontratarse” debería ser marginal y accesorio, de forma que no se convierta el medio propio (en este caso, la entidad adjudicataria por esta vía) en un mero intermediario; (iv) puede resultar que este mecanismo sirva para eludir las exigencias de la normativa sobre contratación mediante la creación de entidades a las que adjudicar contratos de este tipo, internalizando actividades que podrían ser externalizadas en favor de operadores más eficientes, al margen de los mecanismos propios del APLSE.

Por todo ello, se recomienda un replanteamiento desde esta óptica, siendo recomendable que los mecanismos de publicidad previstos se vean reforzados.

Por lo que tiene que ver con los convenios (art. 26 del APLSE), sólo se contempla la perspectiva pública-pública (no contemplándose la pública-privada), entre entidades sin relación de control entre ellas, debiendo realizar ambas entidades en el mercado abierto prestaciones que representen menos del 20% del total de actividades objeto del convenio.

Hemos de entender que ha de resultar de aplicación a las entidades contratantes que no tengan la consideración de poder adjudicador, ya que, en ese caso, deberá ser de aplicación el artículo 28.4 de la Directiva 2014/25/UE, cuyo contenido coincide con el equivalente de la Directiva 2014/24/UE (art. 12.4). De no ser así, la transposición sería incorrecta. Para evitar errores, debería precisarse en el texto se refiere a entidades contratantes *que no tengan la consideración de poder adjudicador*.

Además, el caso que se está describiendo no parece tener cobertura total en las Directivas mencionadas: no se imponen los requisitos que exigen las letras a), b) y

⁵⁹ Donde esta posibilidad choca con la exigencia del art. 32.2 d) del APLCSP, 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*”

⁶⁰ Posible relajación de la concurrencia aguas abajo: la subcontratación, pág. 33.

c) del artículo 28.4 de la Directiva⁶¹, por lo que sería necesario establecerlos expresamente.

Pero para las entidades contratantes que no sean poderes adjudicadores, resulta difícil concebir que se puedan verificar los requisitos establecidos en el mencionado precepto 28.4 de la Directiva, en la medida en que estaríamos ante entidades que operan en un mercado mediante el desarrollo de actividades carácter industrial o mercantil (como, por ejemplo, entidades públicas empresariales o sociedades mercantiles estatales). Parecería que la finalidad del artículo 26 fuese la de extender a este tipo de entidades el contenido de la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 9 de junio de 2009, en el asunto C-480/06 (Comisión/Alemania, asunto Hamburgo), circunstancia que no parece posible.

En lo referente a los encargos a medios propios personificados (no contemplándose a medios propios no personificados), se remite a lo dispuesto en el APLCSP al respecto. En consecuencia, traemos a colación en este punto las consideraciones realizadas a este respecto en el IPN/CNMC/010/15 sobre el APLCSP.

Este instrumento puede 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 recomienda⁶² incluir en el art. 25 del APLSE las siguientes precisiones:

⁶¹ El art. 28.4 de la Directiva 2014/25/UE: “Un contrato celebrado exclusivamente entre dos o más poderes adjudicadores quedará fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva, cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes: a) el contrato establece o lleva a cabo una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes con el objetivo de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común; b) que la aplicación de dicha cooperación se base únicamente en consideraciones relacionadas con el interés público; c) que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del 20 % de las actividades de que se trate mediante la cooperación.”

⁶² 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, pági. 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 (Informe de Medios Propios, pági. 43). Finalmente, consecuencias sobre la estructura de la oferta y la neutralidad competitiva en los mercados (pági. 51): la limitación de la posibilidad de acceso al mercado de operadores alternativos (pági. 51) y la ruptura de la neutralidad competitiva en mercados en que actúan los medios propios (pági 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

- Valorar, con carácter previo, en qué medida el mercado ya presta dichos bienes o servicios, tanto a la hora de crear un nuevo medio propio⁶³, como a la hora de solicitar a los ya existentes nuevos encargos.
- Señalar 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.
- Calificación: llama la atención el que, a diferencia del art. 28 de la Directiva 2014/25/UE, en el APLSE no se les denomina contratos sino encargos. Esta conceptualización, 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 gestión⁶⁴ de esta CNMC, 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

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.

⁶³ 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 artículo 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”.

⁶⁴ 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).

sobrecompensación (posibles ayudas de Estado). En el Informe citado se formularon recomendaciones concretas para evitar estos efectos⁶⁵ a las que nos remitimos por no haber sido atendidas. Se recuerda, adicionalmente, la obligación de transparencia en las operaciones financieras exigida por la Directiva 2006/111/CE⁶⁶ 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. 119.2e del APLSE), 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

⁶⁵ 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.**”

⁶⁶ 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

conjunto), debe ser marginal y accesorio⁶⁷ 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 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 APLCSP, 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 APLCSP respecto a los adjudicatarios de un contrato. Sin embargo, no se considera que sean situaciones equiparables por cuanto: (i) en un caso ha existido un 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 APLCSP, 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”*.

⁶⁷ 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.

Este problema ya se analizó en el informe de medios propios ya citado⁶⁸, y se formuló recomendación concreta en el sentido de que la parte que podría “contratarse” debería ser marginal y accesorio, 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).

III.2.3. Acceso a las licitaciones (sistemas de clasificación)

III.2.3.1 Plazos de presentación de ofertas

Debe trasladarse al órgano de contratación la importancia de lo señalado en el art. 60.2 del APLSE: *“Al fijar los plazos de presentación de las solicitudes de participación y de las ofertas, las entidades contratantes tendrán especialmente en cuenta la complejidad del contrato y el tiempo necesario para preparar las ofertas, sin perjuicio de los plazos mínimos que se regulan en los artículos 82 a 87.”*

Dos ideas deben resaltarse del precepto, a valorar positivamente: (i) que debe tenerse en cuenta la complejidad de cada contrato concreto; (ii) que el plazo se ha de establecer partiendo de la base del tiempo necesario para poder presentar una oferta válida en tiempo y forma. Esto supone ponderar la necesaria agilidad de los expedientes con el interés *pro competencia*, en cada caso concreto, otorgando flexibilidad a las entidades contratantes. Asimismo, se recalca que los plazos que marca el APLSE en cada supuesto son plazos legales mínimos, que deberían ser ampliados en función de lo que establece el artículo anteriormente citado. Se considera que cualquier decisión tomada al respecto debe ser fundamentada debidamente.

No obstante, debe ser objeto de valoración negativa la reducción generalizada de plazos mínimos de la presentación de ofertas o de solicitudes de participación en los procedimientos. Además, no puede utilizarse como excusa, como hace el propio APLSE, la utilización de medios electrónicos⁶⁹ para reducir los plazos en perjuicio

⁶⁸ Posible relajación de la concurrencia aguas abajo: la subcontratación, pág. 33.

⁶⁹ De esta forma, por ejemplo, el procedimiento abierto (art. 82 del APLSE, art. 45 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.

de las posibilidades de concurrir de los operadores, ya que estos nuevos instrumentos deben ofrecer más garantías y no desincentivos a la concurrencia.

En cualquier caso, si se mantuviera la reducción de plazos que prevé el APLSE, 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 o solicitudes de participación en los procedimientos. Además, esta reducción afectará de forma más negativa a los nuevos entrantes, con escasa flexibilidad para adaptarse a plazos muy reducidos.

Adicionalmente, en relación con estos plazos, el APLSE establece, en los procedimientos distintos del abierto (como el restringido art. 83.4, o el procedimiento con negociación art. 84.3), que el plazo de presentación de ofertas se fije entre la entidad contratante y los candidatos preseleccionados, otorgando flexibilidad a los procedimientos y permitiendo en el caso concreto que se determine de una forma más ajustada a la realidad y a las necesidades de los operadores. No obstante, el límite de que todos dispongan del mismo plazo, siendo correcto, puede ser insuficiente, debiendo asegurar que, en cada caso, todos los operadores estén en disposición de presentar una oferta válida en tiempo y forma.

III.2.3.2 Participación mediante uniones de empresarios

Regulado en el art. 31 del APLSE, 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

El art. 30.4 del APLSE establece: *“Serán excluidos de toda licitación las empresas que se hallen incurso en alguna de las causas de prohibición para contratar contenidas en la Ley de Contratos del Sector Público, si la entidad contratante pertenece al Sector Público en el sentido definido por la mencionada Ley.*

En los demás casos las entidades contratantes podrán establecer en los pliegos de condiciones como causa de exclusión del procedimiento de licitación una o varias de las causas de prohibición para contratar que recoge la Ley de Contratos del Sector Público en las condiciones establecidas en la misma.”

Se observa una diferente regulación en materia de prohibiciones de contratar en función de que la entidad contratante pertenezca o no al sector público: en el primer

caso, las prohibiciones de contratar son imperativas, mientras que en el segundo son potestativas.

Esta regulación, establece un beneficio potencial para los infractores de las normas, que queda a la discrecionalidad de cada entidad contratante del sector privado, reduciendo la efectividad de los principios de transparencia, igualdad de acceso a las licitaciones y no discriminación, menoscabando los fundamentos de la lucha contra el fraude y los conflictos de intereses, que son eje de las nuevas Directivas de contratación. Por ello se propone que este ámbito no quede al albur de la voluntad de las distintas entidades del sector privado sino que la posible información obtenida al respecto sea trasladada a las autoridades públicas competentes (entre las que estaría la CNMC si se dieran infracciones en materia de falseamiento de la competencia).

La Disposición Adicional 1ª del APLSE dispone además que *“Cuando en la ejecución de un contrato sujeto a esta Ley y celebrado por una entidad contratante perteneciente al sector público se den las circunstancias previstas en el artículo 71, apartado primero, letra e) o apartado segundo de la Ley de Contratos del Sector Público, se les aplicará lo dispuesto en la citada Ley para el procedimiento y efectos en materia de prohibiciones de contratar”*. Este precepto remite al art. 72.3, último párrafo del APLCSP⁷⁰ pero no aclara el juego del resto de casos del artículo 71.1 del APLCSP, por lo que se recomendaría su justificación.

Por otro lado, derivada del carácter potestativo del establecimiento de las prohibiciones de contratar por parte de las entidades contratantes del sector privado, podría generalizarse la no efectividad de la prohibición de contratar prevista en el art. 72.1 b) del APLCSP por ***“Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave o muy grave en materia de [...] falseamiento de la competencia”***, lo cual debe ser objeto igualmente de replanteamiento.

Respecto de las observaciones de fondo al régimen de prohibiciones, **se recoge a continuación lo ya expuesto en el IPN de la CNMC sobre el APLCSP** al ser las consideraciones allí realizadas válidas también para esta normativa sectorial.

Se crea como nueva prohibición de contratar prevista en el art. 72.1 b) del APLCSP: *“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”*, lo que la CNMC considera positivo, y 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

⁷⁰ *“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. ”*

la Ley 15/2007. Debería incluirse una referencia expresa a este respecto en el APL (art. 30.4 y Disposición Adicional 1ª del APLSE). 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 motivos de seguridad jurídica⁷¹.
- 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 regulados por este APLSE, supervisados en buena parte 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 autoridad competente 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. La solvencia se regula de una manera mucho más laxa que en el APLCSP. El artículo 30 del APLSE (*Capacidad de los operadores económicos*) dispone (apartados 2 y 3) establece:

“2. Los candidatos o licitadores deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato. 3. Las condiciones de participación guardarán una relación y una proporción con la necesidad de garantizar la capacidad de la empresa para ejecutar el contrato, teniendo en cuenta el objeto del mismo y la necesidad de garantizar una competencia real.”

⁷¹ Sería preciso en este punto la modificación del art.53 de la Ley 15/2007.

Este apartado tercero resulta crucial, en la medida en que va a erigirse en el parámetro de proporcionalidad entre los requisitos objetivos requeridos en el caso concreto y la capacidad de los operadores para poder ejecutar satisfactoriamente el contrato, en línea también con lo señalado por la Guía de contratación pública y competencia de la extinta CNC.

Su determinación se debe hacer caso por caso, como indica el artículo 55 del APLSE lo cual se considera positivo, pero ha de hacerse debidamente motivado, sin referencias genéricas, ni por meras referencias a casos análogos, sin que quepa realizar diferenciaciones entre, por ejemplo, experiencia en contratos privados o públicos.

También se observa positivamente la aceptación de una declaración responsable por parte de las entidades contratantes como prueba preliminar del cumplimiento de los requisitos para contratar, en sustitución de la documentación acreditativa de los requisitos de capacidad y solvencia económica, financiera, técnica y profesional (artículo 57) lo que reduce significativamente las cargas administrativas a los operadores en el procedimiento de licitación, sin perjuicio de su control posterior al adjudicatario.

Por lo que se refiere a la **clasificación**, cabe señalar que su exigencia es potestativa para la entidad contratante (art. 32 del APLSE). Asimismo, se otorga validez a las clasificaciones vigentes de las Administraciones Públicas en relación con las entidades adjudicadoras vinculadas o dependientes de las mismas.

Este sistema voluntario de exigencia y de incorporación da respuesta a lo indicado por la CNMC en el IPN del APLCSP, que se tramita en paralelo, partiendo de la base de que la exigencia de clasificación no deriva de una imposición de la Directivas europeas sino de una opción de política nacional.

El sistema español de clasificación de los contratos fue valorado por la extinta CNC en el Informe IPN/04/2008 en relación con el entonces Proyecto de Real Decreto de clasificación de contratistas, permaneciendo lo señalado entonces 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.

Por ello, se valora positivamente el sistema fijado en el APLSE si bien el riesgo puede derivar de la diversidad, heterogeneidad y pluralidad de sistemas de clasificación puede dificultar significativamente el acceso de operadores. Esto implicará un incremento significativo de los costes de transacción, y problemas derivados de la asimetría de información, beneficiando al incumbente y perjudicando a los operadores que deseen optar a contratos licitados por distintas entidades adjudicadoras. Adicionalmente, se puede considerar como una ruptura de la unidad de mercado, en la medida en que entidades contratantes dependientes de diferentes Administraciones o en distintos territorios pueden tener sistemas distintos que delimitan el acceso a los mercados.

Para reducir estos riesgos, cabría plantearse si sería preferible el establecimiento de un único sistema de clasificación voluntario. En todo caso, se recomendaría que los sistemas de clasificación propios no sustituyesen la concreción de los medios de solvencia para cada contrato, de forma que los operadores puedan acudir voluntaria e indistintamente a verificar los requisitos de solvencia o bien adherirse al sistema de clasificación.

Este sistema no elimina el riesgo de colusión por exceso de transparencia, si bien lo reduce a cada entidad contratante: 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 la entidad contratante deberían tener acceso a los datos señalados.

En cuanto a la convocatoria de licitación a través de anuncio sobre la existencia de un sistema de clasificación, los mencionados sistemas de clasificación propios revisten especial importancia ya que ello habilita a las entidades contratantes a seleccionar a los licitadores de entre los candidatos clasificados con arreglo a tal sistema (artículo 40 del APLSE) en procedimientos restringidos, licitación con negociación, diálogo competitivo o asociación para la innovación. Se recomienda mejorar la claridad de este precepto, dado que no se compende con claridad si en el anuncio se darán todos los detalles de la licitación en curso.

Por último, plantea dudas la conveniencia de la asunción de costes para los operadores por figurar en un sistema de clasificación propio (art. 33.5 del APLSE), en la medida en que constituye una barrera económica de entrada a este mercado, que se verá sustancialmente incrementada en el caso de que un operador desee acceder a los sistemas de clasificación de múltiples entidades adjudicadoras. Este coste incremental desincentiva el acceso a los operadores y beneficia claramente al incumbente, perjudicando muy significativamente a los operadores de pequeño tamaño. Se recomienda replantearse la conveniencia de su inclusión.

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

El art. 42 del APLSE 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. 52 del APLSE regula el objeto del contrato, incluyendo como novedad la regulación de los lotes.

A este respecto, se indica que cuando el contrato admita fraccionamiento, la entidad contratante podrá realizarlo. La diferencia con el APLCSP es que en el caso de decidir el no fraccionamiento no se exige a las entidades contratantes que lo justifiquen. Se recomendaría la motivación de las causas de dicha decisión ya que, en principio, la división fomenta la participación de más empresas de cualquier tamaño, pero especialmente de menor dimensión y mayor especialización.

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. 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 procompetitivas. 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 argumentos formales.

- Limitaciones de acceso a lotes: la entidad contratante 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, afectando a los principios informadores de toda contratación pública de libertad de acceso a las licitaciones, de salvaguarda de la libre competencia y de selección de la oferta económicamente más ventajosa. En consecuencia, debido a que existen alternativas menos restrictivas para evitar que empresas más poderosas económicamente acaparen el conjunto de los lotes ofertados, se recomienda el replantamiento de dicha limitación⁷².

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 la entidad contratante a informe consultivo de la CNMC.

III.2.5. Procedimientos de adjudicación

III.2.5.1 Preparación y documentación del expediente

⁷² Véanse, por ejemplo, [Informe sobre la contratación centralizada de los servicios de limpieza integral de edificios, locales y dependencias de la AGE ubicados en Madrid](#) Informe sobre la contratación centralizada de los servicios de seguridad integral y de auxiliares de control en edificios de la Administración General del Estado y sus organismos, e [Informe sobre los Pliegos para la contratación centralizada de servicios de telecomunicaciones en la Administración General del Estado](#).

Si bien el artículo 124 APLSE⁷³ obliga a documentar el desarrollo de todos los procedimientos de contratación y conservar la suficiente documentación para justificar las decisiones adoptadas en todas las etapas del procedimiento de contratación no se obliga explícitamente (art. 81 del APLSE) a motivar la elección del tipo de procedimiento escogido por la entidad contratante, lo cual debe ser objeto de replanteamiento.

La decisión del órgano de contratación en relación con el tipo de procedimiento es de elevada trascendencia para la competencia efectiva, debiendo recomendarse que se justifique con precisión la decisión tomada, aunque la Directiva 2014/25/UE no lo exija. En este sentido, la discrecionalidad con la que cuenta al entidad contratante 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 que tal y como se ha señalado con anterioridad en este Informe (ver observaciones generales) deben respetarse en todo el proceso de licitación.

Esta exigencia se podría coordinar con otras normas sectoriales (como el [Proyecto de Ley de carreteras](#)⁷⁴, 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.2.5.2 Consultas preliminares del mercado

⁷³ Aunque el art. 124.1b) APLSE establezca la obligación de conservar información suficiente que permita justificar las decisiones adoptadas en relación con la utilización de procedimientos negociados sin publicidad en virtud de lo dispuesto en la presente Ley, en el segundo apartado (124.2) no se incluye la justificación de la elección de procedimiento sino que se señala que: “Las entidades contratantes documentarán el desarrollo de todos los procedimientos de contratación, ya se realicen o no por medios electrónicos. Con este fin, se asegurarán de que conservan suficiente documentación para justificar las decisiones adoptadas en todas las etapas del procedimiento de contratación, tales como: la documentación relativa a las comunicaciones con los operadores económicos y las deliberaciones internas, la preparación de los pliegos de condiciones, en su caso el diálogo o la negociación, la selección y la adjudicación del contrato. La documentación deberá conservarse, al menos, tres años a partir de la fecha de adjudicación del contrato.”.

⁷⁴ [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.

El APLSE regula en su art. 41 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 europea⁷⁵ como nacional.

El fundamento aparente es tener un mejor conocimiento del mercado en el que se aprovisionan, lo que, con las cautelas que más abajo se señalarán, 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.

Resulta de capital importancia que el recurso a las consultas preliminares de mercado deba realizarse sin perder de vista el art. 62 APLSE⁷⁶, sobre la participación previa de candidatos o licitadores, que implica que cuando un candidato o licitador, o una empresa vinculada a un candidato o a un licitador, haya asesorado a la entidad contratante, en el contexto de las consultas preliminares, o haya participado de algún otro modo en la preparación del procedimiento de licitación, la entidad contratante deba tomar las medidas adecuadas para garantizar que la participación de ese candidato o licitador no distorsione la competencia (obligaciones de comunicación, posible exclusión del procedimiento...).

Sin perjuicio de los aspectos positivos que conlleva un mayor conocimiento del mercado, las consultas a operadores presentes en el mercado presentan 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 concretos⁷⁷ y limitarlas únicamente a expertos o autoridades independientes; iii) prohibir expresamente la

⁷⁵ Artículo 58 DSE.

⁷⁶ En el APLCSP se exige también transparencia en este tipo de actuaciones (art. 115 APLCSP) de manera que cuando el órgano de contratación haya realizado las consultas preliminares haga constar en un informe las actuaciones realizadas. En el informe se relacionarán los estudios realizados y sus autores, las entidades consultadas, las cuestiones que se les han formulado y las respuestas a las mismas. Este informe formará parte del expediente de contratación.

⁷⁷ 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 preliminares 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](#).

posibilidad de consulta a organizaciones y asociaciones empresariales⁷⁸; 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.2.5.3 Tipos de procedimientos

Se categorizan en cinco tipos potencialmente competitivos (abierto, restringido, licitación con negociación, dialogo competitivo y asociación para la innovación) y uno con carencias de competencia efectiva (negociado sin publicidad, solo para supuestos tasados).

El APLSE prevé reducción de los plazos en todos los procedimientos⁷⁹. En todo caso, es más flexible que el APLCSP, ya que se contempla que el plazo para presentar ofertas en los procedimientos restringidos o negociados deba determinarse de mutuo acuerdo entre las partes, instaurándose un plazo mínimo de 10 días antes ante la ausencia de acuerdo. Por contrapartida, debe alertarse sobre la posibilidad de que esta flexibilidad suponga un incentivo a los contactos y la posibilidad de acuerdo entre los operadores, lo que introduce riesgo de colusión. Asimismo, la reducción de los plazos mínimos de presentación de proposiciones conlleva un perjuicio a la competencia, al dificultar el acceso al mercado⁸⁰ en particular de los operadores con menores recursos.

Por otro lado, se constata que el APLSE no regula los supuestos para la tramitación urgente de los expedientes de contratación⁸¹. En este sentido, 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

⁷⁸ 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 provisión 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.

⁷⁹ En todo caso, debe señalarse que una particularidad de la Ley de sectores especiales en relación con LCSP es la flexibilidad en la determinación de los plazo ya que por ejemplo, el plazo para presentar ofertas en los procedimientos restringidos o negociados debe determinarse de mutuo acuerdo entre las partes (ante la ausencia de acuerdo, se instaura un plazo mínimo de 10 días).

⁸⁰ *"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 \(2014\)](#).

⁸¹ El art. 85. d) del APLSE contempla como uno de los supuestos del procedimiento negociado sin publicidad: Cuando una imperiosa urgencia resultante de hechos imprevisibles para la entidad contratante y no imputable a la misma, no permita cumplir los plazos fijados para los procedimientos abiertos, los procedimientos restringidos y los procedimientos de licitación con negociación.

frecuentes) abusos en su apreciación⁸² así como remarcarse su carácter excepcional y la debida motivación⁸³. En todo caso, debe advertirse que la tramitación urgente supone una reducción considerable de los plazos de presentación de solicitudes y proposiciones⁸⁴ e implícitamente de los plazos de recurso especial en materia de contratación, en perjuicio del principio de concurrencia y libertad de acceso.

En igual sentido, no se regula de manera detallada la *tramitación de emergencia*⁸⁵: debería restringirse a aquellos casos debidamente justificados en que no puede tener lugar la tramitación urgente⁸⁶. Se considera que debería recogerse 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.

Por lo que se refiere al *procedimiento abierto*, como ya ha manifestado esta CNMC en otras ocasiones⁸⁷, se trata del procedimiento más favorecedor de la concurrencia, por ser más respetuoso con el principio de igualdad entre los licitadores ya que pueden presentarse, sin selección previa, todas aquellas empresas que reúnan la capacidad y solvencia exigidas. Al conllevar mayor tensión competitiva, las ganancias en eficiencias y ahorro pueden ser considerables⁸⁸. Se recomendaría que fuera considerado el único procedimiento ordinario de licitación, de forma que para la selección de cualquier otro procedimiento, las entidades contratantes 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.

En cuanto al resto de procedimientos, el art. 56.2 APLSE establece que las entidades contratantes deberán hacerlo de acuerdo con las normas y criterios objetivos que hayan definido y que constarán en la convocatoria de licitación y en

⁸² 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 \(2014\)](#)(pag.6).

⁸³ 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.

⁸⁴ Reduce el plazo de presentación de proposiciones/solicitudes de participación en el procedimiento abierto de 35 a 15 días desde la publicación del anuncio de licitación (art.82) APLSE.

⁸⁵ Excluye la posibilidad de interposición de reclamación especial (art. 119 APLSE).

⁸⁶ 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/>)

⁸⁷ [Guía de la CNC sobre contratación pública y competencia](#). (pág. 10)

⁸⁸ El [estudio de la CNC sobre medios propios](#) (pág. 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).

los Pliegos de condiciones y que, por tanto, estarán a disposición de todos los operadores económicos interesados. Cuando las entidades contratantes necesiten obtener un equilibrio adecuado entre las características específicas del procedimiento de licitación y los medios necesarios para su realización, podrán establecer, en los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior, normas y criterios objetivos que reflejen esta necesidad y que permitan a la entidad contratante reducir el número de candidatos a los que se invitará a licitar o a negociar. No obstante, el número de candidatos seleccionados deberá tener en cuenta la necesidad de garantizar una competencia suficiente. En este sentido, se considera necesario que las entidades contratantes cuenten con la asistencia técnica necesaria para realizar dicho análisis de competencia, por ejemplo, a través del asesoramiento de las autoridades de competencia.

Respecto al *procedimiento restringido*, si bien puede reducir los costes de transacción de las entidades contratantes y de operadores sin requisitos de solvencia suficientes en contratos de cierta entidad, constituye un cierre mercado a operadores que no cumplan los requisitos. Se sugiere que el APLSE recoja, o/y en su caso, que las entidades contratantes: i) valoren y justifiquen adecuadamente su decisión de optar por este procedimiento⁸⁹; ii) no se limiten a invitar al mínimo legal de tres licitadores a participar en el procedimiento⁹⁰; iii) eviten tanto plazos excesivamente reducidos⁹¹ susceptibles de socavar aún más la competencia, como incluir un sesgo en favor de operadores instalados (con mayor capacidad de asunción de riesgos).

Además, en lo relativo al *procedimiento de licitación con negociación*, 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 óptimas⁹² desde el punto de vista de eficiencia. Existen evidencias de su utilización inadecuada y no suficientemente justificada ni motivada.

El APLSE no regula los supuestos de aplicación de este procedimiento ni desarrolla como debe producirse la negociación⁹³. Se recomienda en cualquier caso: i)

⁸⁹ 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.

⁹⁰ Conforme a la [Guía de la CNC sobre contratación pública y competencia](#) (pág.10)

⁹¹ 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](#).

⁹² 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*»

⁹³ 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*

reforzar la justificación para elegir este procedimiento; ii) la ampliación del número de invitaciones para garantizar una competencia efectiva ya que no se establece siquiera un número mínimo y la posibilidad de admitir a candidatos incluso una vez ya comenzada la negociación⁹⁴; iii) la elaboración de protocolos de funcionamiento que identifiquen los criterios para la selección de candidatos⁹⁵; 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 quede constancia exhaustiva y documental del proceso de negociación; v) la valoración de la posibilidad de crear un ente negociador⁹⁶ compuesto, siempre que ello resulte posible, por dos o más miembros, que esté especialmente cualificada y capacitada para efectuar esta función (incluidas las supuestas habilidades negociadoras).

Respecto al *procedimiento negociado sin publicidad*, se sugiere suprimir el procedimiento, o al menos reconducir los supuestos al procedimiento negociado con publicidad, salvo en aquellos supuestos tasados y estrictamente justificados⁹⁷. 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 repetidamente⁹⁸.

En relación con el *procedimiento de diálogo competitivo*, se plantean estas recomendaciones: i) que el número de empresas invitadas a participar, siempre que sea posible, sea suficiente para favorecer la competencia en este procedimiento⁹⁹ no se establece límite mínimo; ii) que se avance, en la medida de lo posible, en la

resultar, cuando menos, distorsionadora pues la ausencia de negociación en estos procedimientos ha sido considerada una patología procedimental” en [Reglas para la prevención de la corrupción en la contratación pública. Texto ponencia V Seminario de contratación pública](#) (pág. 34 y ss.)

⁹⁴ Extremo recomendado, junto a otros en la [Guía de la CNC sobre contratación pública y competencia](#) (pag. 11 y ss)

⁹⁵ Como ya se recomendó en la [Guía sobre contratación pública y competencia](#).

⁹⁶ 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.

⁹⁷ 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.

⁹⁸ 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’”

⁹⁹ [Guía de la CNC sobre contratación pública y competencia](#) (pág. 13).

estandarización del procedimiento¹⁰⁰; iii) que se precisen los criterios de fijación de premios o pagos a participantes en el diálogo competitivo (art. 86.14 APLSE) ante la vaguedad de la redacción¹⁰¹, con referencia expresa a que sean proporcionadas, objetivas y transparentes; iv) que se garantice que a través de las sucesivas fases el número de soluciones que se examinen en la fase final deberá ser lo suficientemente amplio como para garantizar una competencia efectiva entre ellas, siempre que se hayan presentado un número suficiente de soluciones o de candidatos adecuados; y v) no permitir negociaciones finales una vez seleccionado el licitador sino únicamente aclaraciones (art. 86.13 APLSE)¹⁰².

Por otro lado, respecto al *procedimiento de asociación para la innovación*, 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. 87 APLSE).

Conviene alertar sobre una serie de riesgos¹⁰³: i) la indeterminación y posible interpretación extensiva del supuesto de aplicación (soluciones no disponibles en el mercado¹⁰⁴ o de la noción de innovación¹⁰⁵) 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 la entidad contratante 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 en base al art. 107 del TFUE, debiendo tenerse en cuenta su dudosa adecuación al [Marco de la Comisión Europea sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación \(2014\)](#), lo que podría

¹⁰⁰ 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.

¹⁰¹ Que sean suficientes y se acredite la cobertura presupuestaria para su establecimiento.

¹⁰² Una vez elegido el licitador se permite que existan negociaciones en lugar de las aclaraciones. 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).

¹⁰³ 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](#).

¹⁰⁴ Un análisis del mercado y de las soluciones existentes incompleto por parte del poder adjudicador (esto es, que ya existan soluciones en el mercado) 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)

¹⁰⁵ Es posible realizar una interpretación extensiva de la noción de innovación (solo definida en la Directiva y no en el APLSE lo que además resulta criticable) donde tengan encaje obras, servicios y productos con meras innovaciones adaptativas e incrementales.

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.

Por último, cabe señalar la posibilidad de que 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, repetición de los mismos participantes, existencia de infracciones 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.

III.2.5.4 Criterios de adjudicación del contrato

El APLSE se remite a la regulación que de los mismos realiza el APLCSP. 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 correspondiente¹⁰⁶. 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 mínimos¹⁰⁷ 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

¹⁰⁶ Estos y otros principios y criterios se recogen más extensamente, en la [Guía de la CNC sobre contratación pública y competencia](#) (pag.16 y ss) y en los diversos informes sobre pliegos elaborados, algunos de los cuales se hace referencia a título ilustrativo.

¹⁰⁷ Ver a este respecto el Informe [INF/DP/0019/14 Pliegos reguladores del contrato centralizado de servicios de agencias de viajes de la AGE](#).

derechos de preferencia y tanteo, todavía existentes en ciertos sectores regulados¹⁰⁸.

- 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, el precio) en todo caso si se contemplan varios criterios de valoración, preferencia y ponderación mayoritaria de criterios objetivamente cuantificables y evaluables mediante fórmulas¹⁰⁹ por su mayor objetividad frente a criterios cuya valoración conlleve márgenes de discrecionalidad y subjetividad¹¹⁰; la conveniencia de establecer fórmulas de valoración lineales, la exigencia de publicación de los criterios de evaluación previa y, en general, la reducción del margen de discrecionalidad del órgano de contratación¹¹¹.
- 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.2.5.5 Ofertas anormalmente bajas

El art. 69 del APLSE exige que en la inadmisión de las ofertas haya mediado necesariamente un procedimiento en el que el licitador justifique el bajo nivel de costes y precios al tiempo que establece que los parámetros objetivos de anomalía se establecerán en los Pliegos. A este respecto, se recuerda que los parámetros objetivos de anomalía de las ofertas no deben indicarse en ningún

¹⁰⁸ 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](#).

¹⁰⁹ 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) así como 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 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 gestión de servicios públicos de transporte regular de uso general de viajeros por carretera](#), entre otros).

¹¹⁰ 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](#).

¹¹¹ Precizando, además, referencias vagas como que los criterios “no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada” –art.66.1.b) in fine APLSE.

caso en términos absolutos ni constituir señales a los licitadores sobre el “umbral máximo de competencia”¹¹².

Se recomienda: i) la precisión de las cautelas anteriores de forma que no se reduzcan los incentivos a competir; ii) el estudio adecuado y completo del mercado provisor y el uso de fórmulas lo más precisas posibles¹¹³ en la determinación de la 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. 69.4 APLSE, 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 públicas¹¹⁴, sin perjuicio de las consideraciones ya recogidas 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.2.5.6 Variantes

El art. 68 APLSE 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. 64 de la

¹¹² [Guía de la CNC sobre contratación pública y competencia](#) (pag. 21 y ss.)

¹¹³ 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 inviolabilidad de ofertas. Véanse a este respecto el análisis de las ofertas anormalmente bajas y su 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.

¹¹⁴ Este apartado presenta dudas 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 concurren 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 potenciales licitadores.

Directiva 2014/25/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.2.5.7 Reservas a operadores especiales

Se prevé posibilidad de reservar la adjudicación de contratos (art. 65 APLSE) a talleres protegidos y a operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas y desfavorecidas a condición de que al menos el 30 por 100 de los empleados de los talleres, los operadores económicos o los programas sean trabajadores discapacitados o desfavorecidos. Se valora positivamente que se haya rebajado del 70% (porcentaje actualmente vigente) a un 30% por lo que hay más posibilidad de que más licitadores puedan acceder a estos contratos.

III.2.5.8 Publicidad y transparencia

Se valora positivamente la obligación de publicar información relativa a los contratos en el perfil de contratante pero debe recomendarse registrar y, en su caso, publicar otra información como las bajas presentadas por los licitadores. Igualmente, se valora positivamente que la entidad contratante esté obligada a comunicar a los licitadores y candidatos (a petición de éstos) información sobre las decisiones que hayan tomado en todo el proceso (salvo en determinados casos). Y más concretamente, información sobre la adjudicación (por ejemplo, razones por las que se descarta la oferta de un licitador).

III.2.6. Duración

Según señala el art. 54 del APLSE *“La duración de los contratos de las entidades contratantes 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.”*

Se considera que, en base en estas tres claves, se han de verificar estrictamente las prescripciones de este precepto, ya que se atribuye un monopolio de aprovisionamiento a un operador durante un periodo determinado. 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:

- Necesidad de justificación: siempre con base en los tres parámetros mencionados, sin meras referencias vacías de contenido a la duración prevista como máxima en el APLSE y teniendo en cuenta que siempre que sea posible para conseguir el objetivo debe utilizarse la vía menos restrictiva de la competencia.
- Los 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 prórroga¹¹⁵, 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 concesión de servicios) 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 servicio¹¹⁶. Asimismo, se precisa una mayor aclaración en el APLSE de si se será de aplicación la revisión de precios a las prórrogas de los contratos con duración mayor a dos años¹¹⁷.
- Según dispone el art. 54.4 del APLSE: *“Adicionalmente, a las entidades contratantes pertenecientes al Sector Público se les aplicarán las limitaciones que respecto del plazo de duración establece la Ley de Contratos del Sector Público”*. Esto implica una diferenciación entre dos categorías de operadores, los pertenecientes al sector público y los del sector privado, siendo deseable una equiparación a este respecto.

¹¹⁵ 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.

¹¹⁶ 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.

¹¹⁷ De acuerdo con el artículo 53.3 del APLSE: *“El precio de los contratos de las entidades contratantes pertenecientes al sector público sólo podrán ser ob*

Por otra parte, en el APLSE se observa una ausencia de limitación en cuanto al plazo máximo de duración de los contratos¹¹⁸, y se considera conveniente que se establezca una limitación a la duración como referencia, para evitar los plazos excesivos e injustificados de los contratos licitados, a fin de servir al principio de licitación periódica de los mismos (recordemos que este tipo de aprovisionamientos constituyen un monopolio). Los plazos, en su determinación, deberán de ser justificados en función de parámetros económicos objetivos, como el período de recuperación de las inversiones, la estructura de financiación o la amortización de los activos necesarios para la ejecución del contrato.

- 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. 54.3 del APLSE, estos contratos *“tendrán un plazo de duración limitado, el cual se calculará en función de las obras y de los servicios que constituyan su objeto”*, que, en principio será de hasta 5 años. Si exceden este plazo, *“la duración máxima de la misma no podrá exceder del tiempo que la entidad contratante de manera motivada calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras y de los servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos del contrato”*.

En este sentido, se valora positivamente la vinculación de la duración de los contratos de concesión al plazo de recuperación¹¹⁹, entendido como el plazo estrictamente necesario para la amortización de las inversiones y la

jeto de revisión en los términos y con los límites previstos en el artículo 103 de la Ley de Contratos del Sector Público”.

¹¹⁸ Si bien es cierto que se prevé en el art. 92.3 del APLSE que los Acuerdos Marco no superen los 8 años salvo justificaciones excepcionales.

¹¹⁹ 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 estancamiento de que la recuperación de las inversiones se hará *“junto con un rendimiento sobre el capital invertido”*, que tiene que ver con la expresión que se usa en el APLCSP referente al 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. En este sentido, cabe citar el PRD de Desindexación, que define en este sentido el plazo de recuperación en su art. 10.

obtención de un rendimiento fijado de antemano. La teoría económica¹²⁰ prescribe concesiones de duración limitada que sean objeto de licitaciones periódicas.

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 APLSE avanza en la dirección correcta: si bien los plazos establecidos para concesiones de obra y servicio se antojan quizá demasiado imprecisos, hay que valorarlos en concurrencia con el plazo determinado por la recuperación de inversiones, puesto que sólo entran en juego cuando ésta deba determinar un plazo superior.

III.2.7. Técnicas de racionalización de la contratación

Las técnicas de racionalización de la contratación y la contratación centralizada de bienes y servicios¹²¹ 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 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

¹²⁰ 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.

¹²¹ Las técnicas de racionalización de la contratación y concursos de proyectos aparecen recogidas en el Título V, arts. 88 al 104 APLSE.

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 APLSE en relación con las figuras de los Acuerdos Marco y los Sistemas Dinámicos de Adquisición. Además, se recogen recomendaciones respecto a las subastas electrónicas.

III.2.8.1 Acuerdos Marco

Presentan una definición análoga (art. 92 del APLSE) a la del texto actualmente vigente (art. 2.4 de la Ley 31/2007 de 30 de octubre) de modo que se posibilita a una o varias entidades contratantes a la celebración de un Acuerdo 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 8 años, salvo casos excepcionales debidamente justificados¹²², en particular por el objeto del Acuerdo Marco. Asimismo, el APLSE determina en el artículo 92.4, al igual que la Directiva 2014/25/UE, la *posibilidad de convocar una nueva licitación* entre los operadores económicos que sean parte del Acuerdo Marco para la adjudicación de los contratos basados en el mismo conforme a las normas y criterios objetivos que vendrán indicados en los Pliegos de condiciones del Acuerdo Marco. Añade dicho precepto que se debe garantizar la igualdad de trato y que en caso de convocarse una nueva licitación, las entidades contratantes determinen un plazo suficientemente amplio para la presentación de ofertas para cada contrato específico, debiéndose adjudicar al licitador que haya presentado la mejor oferta en función de los criterios de adjudicación fijados en el Pliego de condiciones del Acuerdo Marco.

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 de aprovisionamiento*¹²³. En términos generales,

¹²² Considerando 72 de la Directiva 2014/25: “*Dichos casos, debidamente justificados, en particular por el objeto del acuerdo marco, pueden darse, por ejemplo, cuando los operadores económicos necesitan disponer de equipos para los que el período de amortización sea superior a ocho años y que deban estar disponibles en cualquier momento durante toda la duración del contrato marco*”

¹²³ 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

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 la competencia queda limitada a la empresas o empresas que se encuentren bajo su amparo. Debe sugerirse que el APLSE no se limite a una transposición literal de la Directiva y se considere que la duración del debe justificarse de forma fundada en la información sobre el contrato (en el sentido del art. 124 APLSE¹²⁴) y teniendo en cuenta, en todo caso, las peculiaridades y características del sector de actividad a que se refiere su objeto, tanto para aquellos de duración máxima de 8 años como en particular en los que puedan ajustarse a dichos casos excepcionales, dada la ausencia de estos criterios en el APLSE.

No obstante, se recomendaría que también se tuvieran en consideración, y así lo hiciese constar el APLSE cuestiones relativas al número de operadores dentro del Acuerdo Marco, la facturación media¹²⁵, 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 precios¹²⁶. 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 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

¹²⁴ El art.124 del APLSE hace referencia al deber de conservar la información adecuada y suficiente sobre cada contrato que permita justificar posteriormente las decisiones adoptadas por las entidades contratantes en el proceso de licitación de los mismos.

¹²⁵ 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

¹²⁶ 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.

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:* el art. 92 del APLSE no contempla ninguna previsión acerca de la duración de los contratos basados en el Acuerdo Marco. El artículo 51 de la Directiva 2014/25/UE tampoco regula este aspecto, no obstante en el Considerando 72 de la misma se determina que la duración de los mismos será independiente de la duración del Acuerdo. Esta cuestión implica en la práctica que, pese a que la duración de un determinado Acuerdo esté situada en, por ejemplo, el límite máximo de 8 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 mismo¹²⁷. En este sentido, se recomienda que, al igual que 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 incorporar en el APLSE 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 en un mínimo de cinco licitadores. 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:* el APLSE establece la posibilidad de convocar una nueva licitación para la adjudicación de los contratos en él basados. En este sentido se recomienda optar como regla general por realizar una nueva convocatoria frente a la opción de no plantear una nueva licitación, ya que permitiría la obtención de mejores condiciones económicas o prestacionales como consecuencia de la tensión competitiva presente.

¹²⁷ Así, de nuevo, el propio considerando 72 de la DSE 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 el mantenimiento del equipo con una duración de vida esperada mayor de ocho años o cuando sea precisa una amplia formación del personal que ejecute el contrato”

III.2.8.2 Sistemas Dinámicos de Adquisición

Dentro de las figuras de racionalización técnica de la contratación, la de los Sistemas Dinámicos de Adquisición¹²⁸ ha sido tradicionalmente preferida desde la óptica de la promoción de la competencia dado su carácter abierto, de forma que cualquier prestador interesado que cumpla los requisitos puede participar.

Se incorporan novedades con respecto a la Ley actualmente vigente 31/2007 de 30 de octubre, 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 (art. 93.2 APLSE). En este sentido, otra de estas novedades, se refiere al procedimiento utilizado para contratar en el marco de un Sistema Dinámico, sustituyendo el procedimiento abierto enunciado por el sistema restringido (art. 94.1 APLSE)¹²⁹ 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 APLSE 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 cumplieren 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,

¹²⁸ Reguladas en los arts. 93 al 96 APLSE, se adapta casi en su totalidad a lo dispuesto por la Directiva 2014/25/UE.

¹²⁹ Cierta explicación a esta sustitución del procedimiento abierto por el restringido puede encontrarse en el Considerando 73 de la Directiva 2014/25 “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”

transparentes y proporcionados en línea con los principios que deben inspirar el APLSE.

- Asimismo, se recomendaría en relación con esta cuestión que el art 94.4 b APLSE 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 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 art. 48.3 de la ley 31/2007- 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, recomendando desde esta Comisión un tratamiento homogéneo de la cuestión, como ya se ha señalado más arriba.

III.2.8.3 Subastas electrónicas

Las subastas electrónicas (art. 97 APLSE) son valoradas positivamente por las considerables ganancias en eficiencia que pueden conllevar derivada de una reducción de costes de transacción, mayor transparencia y aumento de tensión competitiva, entre otros aspectos¹³⁰. Se alerta, no obstante, de los riesgos que una aplicación y diseño inadecuado conlleva¹³¹. 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.

Con respecto a la regulación del APLSE se sugiere 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 ventaja (al tener varias rondas de puja) de que los

¹³⁰ 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](#).

¹³¹ 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”](#).

incentivos al desvío son mayores y que la misma transparencia puede facilitar la detección y acreditación de dicha colusión.

III.2.8 Revisión de precios

El artículo 53.3 del APLSE establece que el precio de los contratos de las entidades contratantes pertenecientes al sector público sólo podrá ser objeto de revisión y con los límites previstos en el art. 103 de la LCSP, que 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 APLCSP 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 desarrollo¹³², la posibilidad de revisión periódica y predeterminada de precios¹³³ 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 APLCSP 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 tipo¹³⁴ 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 de desindexación de la economía española,

¹³² Proyecto de Real Decreto de desindexación de la economía española, a la fecha de realización del presente IPN en fase de informe por parte de la CNMC.

¹³³ 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.

¹³⁴ 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.

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 APLCSP.

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 básicos¹³⁵ (art. 8 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 CNC¹³⁶, 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

¹³⁵ 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 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).

¹³⁶ 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

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 Desindexación¹³⁷, 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 sólo 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 de la inversión en un periodo igual o superior a 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 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 vigente¹³⁸, existen aspectos susceptibles de mejora. Si bien es verdad que se refieren al APLCSP, dado el reenvío efectuado en este punto por el APLSE son perfectamente válidas para este último:

- Escasa relevancia del principio de empresa gestionada eficientemente: si bien tanto en la MAIN del APLCSP 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.

¹³⁷ IPN 111/13 relativo al Anteproyecto de Ley de Desindexación de la economía española. Disponible en www.cnmc.es.

¹³⁸ 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).

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 APLCSP, 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: si bien la enumeración de aquéllos costes denominados revisables se considera positiva, la comprensión holística del art. 103.2 del APLCSP 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 aprobación¹³⁹ 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 Comité¹⁴⁰ 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,

¹³⁹ El art. 103.6 del APLCSP 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”.

¹⁴⁰ 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.

con independencia de que el propio artículo del APLCSP 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 el APLCSP la mención expresa a que en consonancia con lo anterior, las fórmulas en las que se utilicen dichos índices puedan sufrir modificaciones en ambos sentidos¹⁴¹.

- 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 provisionales¹⁴². 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.2.9 Ejecución de los contratos

En términos generales el nuevo texto presenta ciertas carencias en cuanto 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.

Por lo que se refiere a las condiciones especiales de ejecución del contrato, están desarrolladas a través del art. 105 del APLSE. A diferencia del texto vigente, se 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. Estas condiciones de ejecución podrán referirse de acuerdo con el APLSE a consideraciones económicas, consideraciones relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o social.

¹⁴¹ 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.

¹⁴² De acuerdo con el mismo, 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 constata 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

Estas condiciones son susceptibles de afectar a la competencia por constituir una barrera de entrada. En este sentido por tanto, han de valorarse positivamente las limitaciones establecidas. No obstante, se recomendaría que en lo referente a la compatibilidad de las mismas no ha de limitarse 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.

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. 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 también que el APLSE 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 APLSE 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 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.

Por último, cabe indicar que a pesar de ciertas particularidades establecidas en el APLSE respecto a la modificación y subcontratación, se exponen a continuación las consideraciones realizadas a este respecto en el informe de la CNMC sobre el APLCSP por ser en general aplicables a la regulación contenida en el APLSE.

III.2.9.1 Modificaciones de contratos

En términos generales puede decirse que el APLSE 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 públicos¹⁴³.

La trasposición llevada a cabo por el APLSE determina que los contratos solo podrán ser modificados durante su vigencia cuando bien se haya previsto dicha circunstancia en el Pliego de condiciones, de acuerdo con el art. 110 del APLSE, o bien de manera excepcional en los casos determinados por el art. 111 del APLSE.

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 competencia¹⁴⁴ 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 previstas en el art. 111 -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 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.

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

¹⁴³ 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.

¹⁴⁴ 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.

utilización moderada de las mismas, consideraciones recogidas por las nuevas Directivas, y que en todo caso han de ser valoradas de manera positiva¹⁴⁵.

Como comentado, el ajuste de las nuevas Directivas y por derivada, del APLSE 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 los Pliegos:* señala el APLSE que “*Los contratos de las entidades 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 de las Directiva comunitaria 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 los Pliegos:* se 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 de forma que no excederán aislada 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 APLSE 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 el 50% del valor del contrato inicial. En este sentido debe por tanto considerarse como positiva la limitación

¹⁴⁵ Así, cabe traer a colación la Sentencia STJUE de 19 de junio de 2008. Con anterioridad cabe citar la Sentencia STJUE de 29 de abril de 2004 “Socchi 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).

adicional impuesta por el APLSE 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.

Cabe valorar como positiva la inclusión, dentro de 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 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.

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, se establece en la Directiva la obligatoriedad de que los poderes adjudicadores que hayan modificado un contrato en determinados supuestos establecidos, publiquen un anuncio en el DOUE en relación con la citada modificación. El APLSE 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.112, en el perfil de contratante. A este respecto, y en línea con pronunciamientos anteriores de la autoridad de

competencia y con antecedentes en otras Administraciones autonómicas¹⁴⁶ e incluso en la propia Ley 19/2013 de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, se recomienda la incorporación de un inciso 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 artículos 107 y 108 del APLSE el contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación salvo que los Pliegos dispongan lo contrario. Por encima de otras cuestiones, el APLSE somete a la subcontratación la imposición de que en ningún caso la prohibición de subcontratación podrá suponer una restricción efectiva de la competencia.

El APLSE fija un límite en términos generales en un 60% del precio del contrato, que podrá ser ampliado si así lo determinan los Pliegos. Por otro lado, estipula en su artículo 107.7 la posibilidad de que entidades contratantes que sean poderes adjudicadores 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 separada.

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:

Primero, en línea con anteriores pronunciamientos de la autoridad de la competencia¹⁴⁷, 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

¹⁴⁶ Por ejemplo, la Ley 3/2011 de 24 de febrero de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón.

¹⁴⁷ 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.

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 casos¹⁴⁸, la aparición de comportamientos anticompetitivos o colusorios¹⁴⁹, 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 conlleven 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 anticompetitivas¹⁵⁰.
- *Imposición de niveles obligatorios de subcontratación* (art. 107.7 del APLSE): se sitúa en un nivel de hasta un 50%, se considera desde la óptica de 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

¹⁴⁸ 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.

¹⁴⁹ 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.

¹⁵⁰ 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.

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 artículo 107.7 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 artículo 107.

- *Porcentaje de subcontratación:* el APLSE 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 APLCSP, 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.

- *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

La Exposición de Motivos del APLSE señala que además de regular el contenido tradicional en el ámbito de los denominados “sectores excluidos”, se incorporan también las disposiciones correspondientes a los contratos de concesión contenidas en la Directiva 2014/23/UE, sólo cuando se dan en los sectores y actividades comprendidos dentro de la misma y respecto de las entidades que configuran su ámbito subjetivo de aplicación, denominadas “entidades contratantes¹⁵¹” de forma genérica, encontrándose el resto de las disposiciones de esta última Directiva transpuestas en la Ley de Contratos del Sector Público (también en tramitación APLCSP).

Por otra parte, hay que tener en cuenta que, en el APLSE no se menciona que la LCSP sea Derecho supletorio, ni se indica que sea de aplicación subsidiaria, ni se efectúa un reenvío en caso de casos análogos a los indicados en el APLSE. De hecho, la regulación de las concesiones en el APLSE dista de la recogida en el APLCSP, en la medida en que sólo se distingue puntualmente entre los contratos de concesión (obras y servicios) y el resto de los contratos (obras, suministros y servicios) en determinados casos, donde proceda (por ejemplo, en cuanto a los umbrales, las definiciones, el cálculo del valor estimado, la duración...). Sin embargo, no se establece una regulación diferenciada entre las dos categorías de contratos (concesiones y el resto), sino que todos los contratos regulados en el APLSE siguen, generalmente, las mismas reglas, salvo en los casos señalados.

A pesar de la escasa precisión que en general mantiene el APLSE en lo que se refiere a la regulación del contrato de concesión (más allá de las referencias a las definiciones del art. 2 del APLSE), se considera que son plenamente válidas las consideraciones realizadas en el informe de la CNMC sobre el APLCSP en relación con una serie de cuestiones que podrían plantearse igualmente en esta regulación sectorial. Los aspectos allí reseñados son objeto de exposición a continuación con meros efectos informativos:

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

A través del contrato 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

¹⁵¹ En este sentido, el art. 1.2 del APLSE determina que la misma será de aplicación a los procedimientos de adjudicación de los contratos de concesión de obras y de los contratos de concesión de servicios que liciten las entidades contratantes cuando refiriéndose estos contratos a una o más de las actividades que lista el Anexo XI, los mismos tengan un valor estimado que sea igual o superior al umbral de 5.186.000€.

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 financiero¹⁵²etc...). 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

El APLSE (al igual que el APLCSP) los define 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 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.

¹⁵² 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.

- *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 Eurostat¹⁵³, 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 este 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 (contemplado en el art. 245 del APLCSP, sin regulación en el APLSE). En el APLCSP 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 (contemplado en el art. 265.4 APLCSP, sin regulación en el APLSE).* De conformidad con el artículo 5 de la Directiva 2014/23/UE sobre concesiones 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 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

¹⁵³ *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>

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 (contemplado en el art. 268 APLCSP, sin regulación en el APLSE).* 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 APLCSP). 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 APLCSP: 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 comentados¹⁵⁴, cuestión que no ha sido pacífica doctrinalmente¹⁵⁵. Con la redacción final parece que siempre que los mecanismos de limitación del riesgo operacional que no lo eliminan 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 podría limitar el interés por este tipo de contratos a empresas con una

¹⁵⁴ Aunque se elimina, aparentemente, el supuesto de riesgo imprevisible.

¹⁵⁵ 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

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 eliminan 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 art. 280 del APLCSP 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 (regulado en el art. 212 APLCSP; sin regulación en el APLSE).* La regulación¹⁵⁶ es 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 mercado¹⁵⁷

¹⁵⁶ Por su parte, el artículo 255 recoge la cesión como uno de los derechos del concesionario.

¹⁵⁷ Una más de las referencias inconcretas al principio de salvaguarda de la competencia criticada en el ámbito de los principios generales.

y siempre que se cumplan determinados 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 del APLCSP, que permite la cesión con cierta flexibilidad, podría no ser compatible con el art. 43 de la Directiva 2014/23/UE, que supone un cambio de paradigma a este respecto. Así, la Directiva citada, 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 concretos¹⁵⁸ (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. De nuevo, a pesar del silencio del APLSE a este respecto, los artículos 264 (ayudas públicas a la construcción) y 266 (aportaciones públicas a la explotación) del APLCSP 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 TFUE¹⁵⁹. Lo mismo ocurre con el artículo 269.3 del APLCSP, 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*

¹⁵⁸ 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.

¹⁵⁹ 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.**

condiciones y les es de aplicación la denominada Comunicación de Garantías de la Comisión Europea¹⁶⁰.

En parte existen referencias a posibles ayudas recibidas en el art. 4.3¹⁶¹ del APLSE, en lo referente al cálculo del valor estimado de los contratos. 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 Altmark¹⁶², 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. Reclamaciones y solución extrajudicial de conflictos

Las reclamaciones en los procedimientos de adjudicación de los contratos sujetos al APLSE son equiparables al recurso especial en materia de contratación regulado en el APLCSP, con un régimen y procedimiento muy similar, coincidiendo además la competencia para resolver en el mismo órgano.

Las entidades contratantes deben cumplir con sus obligaciones de transparencia y en fases del procedimiento, como en la convocatoria de la licitación y las sucesivas comunicaciones a los licitadores, deben reflejar las vías de impugnación que ofrece

¹⁶⁰ 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).

¹⁶¹ Según dicho artículo para el cálculo del valor estimado de las concesiones de obras y servicios, entre otras cuestiones, se tendrán en cuenta, *b) Los pagos o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, concedidos al concesionario por la entidad contratante o por cualquier otra autoridad pública, incluida la compensación por el cumplimiento de una obligación de servicio público y subvenciones a la inversión pública.*

¹⁶² 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.

el APLSE¹⁶³. El sistema de reclamaciones o recursos en materia contractual puede utilizarse como vía de corrección de prácticas de dudosa transparencia e incluso de restricciones a la competencia, no solo por entidades pertenecientes al sector público, sino como sucede en el ámbito de aplicación de la LSE, por entidades que con independencia de su régimen jurídico (público o privado), contratan en el ámbito de derechos especiales o exclusivos para el desarrollo de sus actividades.

Por otro lado, debe destacarse como novedad, que se establece la posibilidad de acudir al arbitraje en Derecho como alternativa a la resolución extrajudicial de conflictos (art. 123), que debe valorarse positivamente por cuanto supone un instrumento adicional de resolución de conflictos. Las entidades contratantes podrán remitir a un arbitraje en Derecho (conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje), la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren, independientemente de la cuantía de los mismos¹⁶⁴.

III.2.12. Detección de indicios de colusión

Se valora positivamente que el artículo 59.1 del APLSE¹⁶⁵ incluya expresamente la prohibición de actuaciones restrictivas de la competencia por parte de operadores, sin perjuicio de que esta previsión debiera reconducirse, tal y como se ha expuesto con anterioridad en este Informe, a la parte inicial del APLSE como uno de los *principios* informadores de la norma.

No obstante lo anterior, esta CNMC considera conveniente que el APLSE incluyera un precepto similar a la vigente Disposición Adicional vigesimotercera del TRCLSP en virtud de la cual se imponga a las entidades contratantes, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y los órganos competentes para resolver la

¹⁶³ Esto es debido a que entidades contrantes que por su propia naturaleza (no son Administración Pública) no le sea de aplicación el régimen de notificaciones de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin embargo, de conformidad con la Directiva de recursos (2007/66) y doctrina de los Tribunales Administrativos de Contratación Pública (ej. TACP Madrid resoluciones 41/2014 de 26 de febrero y 197/2014, de 20 de noviembre) las notificaciones de las entidades contratantes deben incorporar pie de recurso ya les resulte de aplicación la LCSP o la LSE.

¹⁶⁴ Reciente doctrina de la CNMC sobre vías alternativas de resolución de conflictos en IPN/CNMC/009/15, Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de conflictos de Consumo.

¹⁶⁵ El artículo 59 relativo a la exclusión de actuaciones restrictivas de la competencia del APLSE señala en su primer apartado que: en los procedimientos de adjudicación y en el caso de adjudicación sobre la base de un acuerdo marco, quedará excluido cualquier tipo de acuerdo, práctica restrictiva o abusiva que produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en los términos previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Únicamente podrá requerirse información a los candidatos o a los licitadores con el objeto de que los mismos precisen o completen el contenido de sus ofertas, así como los requisitos exigidos por las entidades contratantes, siempre que ello no tenga un efecto discriminatorio. El segundo apartado del citado precepto no guarda relación con el primero al referirse a la imposibilidad de rechazar a ningún candidato o licitador por la sola circunstancia de su condición de persona física o jurídica.

reclamación en materia de contratos en estos sectores especiales el **deber de notificar a la CNMC** los hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus actividades de contratación que puedan constituir una vulneración a la legislación de defensa de la competencia.

En todo caso, al igual que se recomienda en el Informe de la CNMC relativo al APLCSP, en relación con esta vía de comunicación y con sus efectos prácticos cabe realizar las siguientes **propuestas de mejora**:

En primer lugar, se solicita la inclusión de un precepto dentro del APLSE que establezca la obligación de notificación al respecto para todas las entidades contratantes pertenecientes al sector público (así como una indicación de remisión para las entidades del sector privado), preferiblemente no situándolo entre las disposiciones adicionales ya que queda en cierta manera aislado del resto del articulado pudiéndosele atribuir una importancia menor e incluso un mayor desconocimiento.

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 utilización¹⁶⁶, 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.

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 contratación¹⁶⁷. Por otro lado, desde la CNMC se planteará la habilitación de un contacto telefónico y la creación de un

¹⁶⁶ Parte de la doctrina ha alertado sobre el reducido número de recursos o reclamaciones resueltos en el ámbito de los sectores especiales en comparación con el volumen de la contratación siendo sectores de gran transcendencia económica. Véase, “Sistema de recursos en materia de contratación de los entes incluidos en el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de contratos de sectores especiales” JUAN MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Contratación Administrativa Práctica, núm. 138, 2015. Según la última memoria de actividad disponible de Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (2014) “Como en el ejercicio de 2013, sólo 37 recursos, apenas un 3,3% del total, corresponden a reclamaciones en los sectores especiales cuyos procedimientos de contratación se regulan en la Ley 31/2007 (LCSE)”.

¹⁶⁷ 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”.

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 públicas, como se ha ya señalado en el informe de la CNMC sobre APLCSP, se plantea también la necesidad de que el APLSE, 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 competencia¹⁶⁸.

Todo ello sin perjuicio de que las entidades contratantes sujetas al APLSE pueden ser entidades que no pertenezcan al sector público pero a las que se les han concedido unos derechos especiales o exclusivos para el desarrollo de las actividades reguladas en el Ley. En todo caso, resulta conveniente invitar a esas entidades contratantes a que soliciten a las autoridades de competencia su colaboración en el desarrollo de las licitaciones que lleven a cabo si se dan actuaciones susceptibles de ser consideradas sancionables como colusión.

Si bien es cierto que en la actualidad aquella cuestión no se encontraría expresamente prohibida por la normativa de contratación actual ni en los Anteproyectos de Ley de transposición de las nuevas Directivas de Contratación Pública, lo cierto es que el impulso a dichas medidas en la práctica se ha demostrado nulo, 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 o entidades contratantes fomentando aquellos casos de solicitud de participación a instancia de parte.

Por otro lado en relación con ello, de acuerdo con el APLCSP la interposición del recurso contractual suspendería la tramitación del procedimiento en el caso de que el acto recurrido sea el de adjudicación. Si bien se considera que 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 se considera 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 los contratos, de forma que aumente la eficiencia del contrato público licitado y la competencia en el mismo momento de la contratación y no solo con posterioridad a ésta.

Para ello podría ser recomendable la implementación de un procedimiento sumarísimo, a imagen por ejemplo del procedimiento utilizado por esta Comisión

¹⁶⁸ 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)

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 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 incumplimiento¹⁶⁹.

Esta cuestión conllevaría notables beneficios para el grado de conocimiento de la normativa de competencia por parte de las empresas (o incluso de las entidades públicas o privadas contratantes), 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 Penal¹⁷⁰. Así, se establece que aquéllos que incurran en dichas actuaciones serán sancionados con la pena de prisión de uno a tres años y multa 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 judicializados por delitos relacionados con corrupción en procesos de contratación pública, independientemente de las

¹⁶⁹ 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”

¹⁷⁰ 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.

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 contratante¹⁷¹ y en la Plataforma de Contratación del Sector Público, y conforme a ello incluirlo en el articulado del APLSE.

En línea con lo anterior, se considera pudiera también ser de utilidad la incorporación dentro de los Pliegos de condiciones 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.

Adicionalmente, y teniendo en cuenta el impulso que el APLSE otorga a la figura de la declaración responsable¹⁷², 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 atribuibles en caso de incumplimiento, como la de la prohibición de contratar de acuerdo con el artículo 30.4 y Disposición Adicional Primera del texto informado¹⁷³.

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 APLSE, de un recordatorio acerca de la responsabilidad disciplinaria e incluso penal de los

¹⁷¹ Se entiende que esta inclusión dentro del perfil de contratante encontraría acomodo en el APLSE de acuerdo con lo expresado por el art. 74.2 “*El perfil de contratante podrá incluir cualesquiera datos y documentos referentes a la actividad contractual de las entidades contratantes (...)*”, y por extensión a la Plataforma de Contratos del Sector público derivado de lo estipulado en el art. 75 “*Las entidades contratantes que pertenezcan al sector público tendrán que alojar sus perfiles de contrate de manera obligatoria en Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares que establezcan las Comunidades Autónomas, de conformidad con lo establecido en la Ley de Contratos del Sector Público*”.

¹⁷² 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*”

¹⁷³ Podría incluso tener cabida aquí la posible responsabilidad por falsificación de Documento Público regulada por el Código Penal.

integrantes de las entidades de contratación públicas 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.

III.2.13 Mejoras en el acceso a la información sobre contratos

Como ya se ha señalado por la CNMC¹⁷⁴, para un mejor funcionamiento del sistema de contratación pública es esencial aumentar la transparencia y publicidad en relación con todos los procedimientos, 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 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 otros entes y procedimientos de contratación análogos (*benchmarking*).

EL APLSE, como en la actualmente vigente Ley 31/2007, regula el Registro de Contratos en el artículo 125 y la Plataforma de Contratación del Sector Público en su artículo 75. 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.es¹⁷⁵.

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

¹⁷⁴ 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.](#)

¹⁷⁵ De conformidad con lo establecido por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

reiteradamente la doctrina de referencia¹⁷⁶. 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. 74.2 y 3 APLSE); 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 (art. 43.3 APLSE) y al supuesto de información no publicable (arts. 64.4, 79.2 y 102.3 APLSE); iii) reconsiderar los plazos de solicitud de información para el interesado y los del órgano contratante para proporcionar la información requerida, 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 las entidades contratantes y a los sistemas de cooperación vertical y horizontal de las entidades integrantes del sector público (fundamentalmente de los encargos a medios propios personificados)
- *Informe de supervisión de la Junta Consultiva sobre contratación pública (art.126 del APLSE)*: de conformidad con este artículo, la Junta Consultiva debe elaborar un informe de supervisión sobre los contratos que se adjudiquen con sujeción a la presente Ley, 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.

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 126.4 del APLSE. Por último, dado que la CNMC tiene en su ámbito de actuación diversas actuaciones en relación con la contratación pública¹⁷⁷ – 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.

¹⁷⁶ 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.

¹⁷⁷ Vid. apartados 3.2, 8.2 y 8.3 del [Plan de actuación de la CNMC 2015](#)

Por último, se considera procedente ampliar la información ofrecida sobre la contratación en estos sectores **estableciendo obligaciones similares a las contenidas en los arts. 329 y 339.8 del APLCSP**, estableciendo estas precisiones:

- *Informe precisado en el art. 329 APLCSP* : si bien se valora positivamente su inclusión se detectan varios aspectos susceptibles de mejora:
 - Debería incluirse explícitamente como contenido del informe los posibles problemas de colusión detectados.
 - El informe debería remitirse también a la CNMC cuando así sea solicitado por los otros entes legitimados o bien remitirse a la Plataforma de Contratación y ponerse a través de ésta a disposición de la CNMC.
- *Informe precisado en art. 339.8 APLCSP*: si bien igualmente se valora positivamente su inclusión, el mismo debería ser remitido a la CNMC igualmente (o a través de la plataforma de contratación puesto a disposición) a efectos de un mejor conocimiento por esta última de la situación de la contratación pública en nuestro país.