

La defensa de la competencia en los procesos de contratación pública: hacia una mayor participación de las pequeñas y medianas empresas en los mercados públicos¹

Eva Mañes Martínez

RESUMEN

La Defensa de la Competencia ha sido el pilar del mercado interior en la Unión Europea. La influencia del mercado de los bienes y servicios públicos en la consecución de un mercado eficiente no es baladí: representa en torno al 15 % del Producto Interior Bruto español. La posición de las Administraciones Públicas en el mercado puede generar riesgos y distorsiones, manifiestos cuando tiene una posición de comprador dominante, que pueden condicionar el pre-

.....

- 1 Abreviaturas, siglas y acrónimos. AAPP: Administraciones Públicas; AIE: Agrupación de Interés Económico; AM: Acuerdo Marco; CMP: Code des Marchés Publics, Decreto 2004-15 de 7 de enero de 2004; CNMC: Comisión Nacional de la Competencia y los Mercados; DA: Disposición Adicional; EM: Estados Miembros; GWB: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; JCCAE: Junta Consultiva de Contratación de la Administración del Estado; JCCAA: Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón; LDC: Ley de Defensa de la Competencia, Ley 15/2007, de 3 de julio; OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos; PCAP: Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares; PYME: Pequeñas y Medianas Empresas; RD: Real Decreto; STCE: Sentencia del Tribunal de la Comunidad Europea; TACPA: Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón; TA-CRC: Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; TACRC: Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; TCPCM: Tribunal de Contratación Pública Comunidad de Madrid; TJCE: Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea; TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea; TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; TRLCSP: Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, Real Decreto Legislativo, 3/2011, de 14 de noviembre; UE: Unión Europea; y UTE: Uniones Temporales de Empresas.

cio de los bienes, obras y servicios. Esta posición incide en el bienestar social: la reducción de precios ofertados por las grandes empresas puede generar la desaparición de las pequeñas, lo que puede producir un incremento de los precios que perjudique a los ciudadanos, como usuarios y como contribuyentes. La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, garantiza la protección de una competencia efectiva entre las empresas para trasladarla al consumidor en forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad. Este trabajo perfila el estándar de defensa de la competencia exigido en los procesos de contratación pública en España en relación con los restantes principios, el papel que la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia realiza en la prevención, inspección y sanción de las conductas colusorias entre operadores económicos en el proceso de licitación, para concluir que, en los procesos de contratación, este cometido tiene que ser asumido por los gestores y órganos de contratación.

ABSTRACT

The Competition has been the mainstay of the internal market in the European Union. The influence of the market for public goods and services in achieving an efficient market is not trivial: it represents around 15% of GDP in Spain. The position of the government in the market can generate risks and distortions manifest when you have a dominant buyer position that can influence the price of goods, works and services. This position affects social welfare: reducing prices offered by big companies can generate the disappearance of small, which can increase price will hurt citizens as users and taxpayers. The Law 15/2007 of July 3, Defense of Competition, guarantees the protection of effective competition between companies to move it to the consumer in the form of lower prices or an increase in the quantity of the products, their variety and quality. This paper outlines the standard of competition required in the processes of public procurement in Spain in relation to the other principles, the role that the National Commission of Markets and Competition takes on prevention, inspection and sanction of collusive behavior between economic operators in the bidding process, to conclude that in the recruitment process, this task has to be taken by managers and contracting authorities.

SUMARIO

I. LA CONFIGURACIÓN DEL PRINCIPIO DE LIBRE COMPETENCIA EN LA NORMATIVA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA ACTUACIÓN DE LOS ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN. 1. LA SALVAGUARDA DE LA COMPETENCIA EN LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN. A. En el acceso a los procesos públicos. B. En la evaluación de las ofertas y adjudicación de los contratos. 2. LA POSICIÓN DEL PRINCIPIO DE LIBRE COMPETENCIA EN RELACIÓN CON LOS RESTANTES PRINCIPIOS DE CONTRATA-

CIÓN PÚBLICA. **II. ESTÁNDAR EXIGIDO POR LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS PARA LA SATISFACCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL.** 1. CRITERIOS SENTADOS POR LOS ÓRGANOS DE CONTROL ADMINISTRATIVOS EN EL EXAMEN DEL PROCEDIMIENTO CONTRACTUAL. 2. CRITERIOS SENTADOS POR LOS ÓRGANOS DE CONTROL ADMINISTRATIVOS EN LA RELACIÓN ENTRE EL PRINCIPIO DE EFICIENCIA Y LA LIBRE COMPETENCIA; LA DIVISIÓN EN LOTES DEL OBJETO DEL CONTRATO Y EL USO DEL ACUERDO MARCO. **III. LAS CONDUCTAS COLUSORIAS DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS EN LOS MERCADOS PÚBLICOS.** 1. LA ACTUAL VÍA SANCIONADORA Y EL PAPEL PROMOTOR DE LA COMISIÓN NACIONAL DE MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN. 2. LA POSIBILIDAD DE EXCLUIR A LOS LICITADORES DE LA PARTICIPACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN CUANDO EXISTAN INDICIOS PLAUSIBLES DE QUE EL OPERADOR ECONÓMICO HA LLEGADO A ACUERDOS CON OTROS OPERADORES. 3. PROPUESTA PARA QUE LA SALVAGUARDA DE LA LIBRE COMPETENCIA TENGA LUGAR DENTRO DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN Y POR LOS ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN. **IV. CONCLUSIONES: LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO POLÍTICA PÚBLICA.** 1. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO POLÍTICA PÚBLICA. 2. LA NECESARIA INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 3. LA PUESTA EN VALOR DE LA COMPETENCIA COMO REQUISITO PARA EL FOMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS A TRAVÉS DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL; LA PARTICIPACIÓN DE LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. **V. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTOS ON LINE.** 1. BIBLIOGRAFÍA. 2. DOCUMENTOS ON LINE.

I. LA CONFIGURACIÓN DEL PRINCIPIO DE LIBRE COMPETENCIA EN LA NORMATIVA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA ACTUACIÓN DE LOS ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN

1. LA SALVAGUARDA DE LA COMPETENCIA EN LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN

Nuestro TRLCSP se aplica a toda la contratación del sector público con independencia de que se trate de una actividad de compra o de prestación de servicio y de su cuantía, por lo que cualquier contrato que celebre el sector público está sujeto a los principios inspiradores de la contratación pública, y, entre ellos, la salvaguarda de la libre competencia (art. 1 TRLCSP). Esta circunstancia, a los efectos de su alcance en la contratación es esencial².

.....

2 La legislación alemana diferencia entre contratos cuyo importe no supere los umbrales, regulados en los Presupuestos Estatales y contratos que superen el umbral, contemplados en el llamado «Derecho de Contratación Pública de Cárteles». El origen de su denominación radica en que esta se encuentra recogida en la Ley de Defensa de la Competencia –GWB–, lo que manifiesta la importancia que la libre competencia representa en las

Ello no obstante, el análisis de la libre competencia debe realizarse teniendo en cuenta su carácter no sólo de principio informador de la contratación pública, sino del mercado único –arts. 101 y 102 del TFUE–, por lo que los EM deben respetar en sus procesos públicos de compras, la interpretación que se haga de las normas de los Tratados, incluso cuando sus actividades no están totalmente cubiertas por las directivas. Van a ser los órganos de contratación, a través de la adopción de la decisión discrecional de abrir un procedimiento de contratación, de la definición de la necesidad a satisfacer mediante la actividad contractual, de la determinación del procedimiento contractual y de la decisión de adjudicar el contrato a uno u otro licitador en función de las determinaciones fijadas en el expediente, quienes determinen el estándar mínimo aplicativo de dicho principio en la contratación pública, siendo insuficiente que el principio se contemple en la normativa, sino que su efectiva aplicación, requiere una actitud procompetitiva de los sujetos intervinientes.

Partiendo del análisis de los preceptos contenidos en la nueva Directiva, y en el TRLCSP referidos a la libre competencia, este estudio pretende identificar las distorsiones de la libre competencia generadas por las decisiones tomadas en un específico punto del procedimiento y las alternativas posibles. Estas distorsiones tienen su origen, unas, en el diseño legal del procedimiento de contratación y otras, en las decisiones que los compradores públicos toman dentro de la discrecionalidad que les permiten las normas procedimentales

.....

compras y servicios públicos –dejando fuera las actividades prestacionales configurando la contratación pública como una mera provisión de bienes y servicios– cuya regulación es paralela al control de concentraciones de empresas o abuso de posiciones dominantes. También, el CMP Francés, modelo de referencia en materia contractual en España, basado en los conceptos de servicio público y cláusulas exorbitantes, diferencia entre los contratos administrativos y los mercados públicos. Estos últimos quedan englobados en los primeros, si bien, no todos ellos sujetos al CMP, por lo que recoge importantes exclusiones a la libre competencia. El art. 3 del CMP, basado en el art. 101 del TFUE, deja fuera de su ámbito de aplicación los acuerdos marco y contratos de servicios concluidos por un poder adjudicador en base a un derecho exclusivo otorgado por una norma que define una misión de interés general que el contratista tiene asignada, siempre que esa restricción sea necesaria para garantizar el objetivo que persigue y no vaya más allá de lo necesario para lograrlo (TJCE, de 19 de mayo de 1993, Corbeau C.320/91). En el Reino Unido, la Public Contracts Regulation de 2006, es una transposición de la Directiva 2004/18/CE por lo que, quedan libres de los dictados comunitarios aquellos contratos que no superen el umbral, como se contiene en la Directiva de contratación de 26 de febrero de 2014 –considerando uno– que, limita la apertura de la contratación pública a la competencia a aquellos contratos que superen determinado valor que son «aquellos contratos que superen los umbrales comunitarios.»

A. En el acceso a los procesos públicos

Los procesos de contratación deben estar diseñados para favorecer el máximo número de participantes posibles, evitando restricciones en el mercado y garantizando la mejor relación calidad precio. Para ello es necesario prestar atención a:

a) *La determinación de la necesidad a satisfacer y la forma en que se va a prestar dicha necesidad*

Los únicos contratos que pueden celebrar los entes públicos son aquellos que sean necesarios para la satisfacción de sus fines institucionales. Una inadecuada definición del fin que se persigue y un inapropiado contenido del contrato para cumplirlo determina la máxima ineficiencia en la contratación pública que hace innecesaria su celebración, de ahí la importancia de una adecuada definición (art. 22 TRLCSP). Pero si esta determinación es primordial también la forma en que se va a satisfacer esa necesidad pública, es trascendental. La UE no obliga a que las AAPP externalicen los servicios, los contraten o los presten a través de sus propios medios, si bien, una vez tomada la decisión de recurrir al mercado para obtener bienes, servicios y obras, ese proceso debe respetar el principio de libre competencia y de los restantes principios del Tratado.

b) *La elección del tipo de procedimiento de adjudicación*

El procedimiento abierto es *per se*, el más respetuoso con la libre competencia si bien, tanto el TRLCSP como la nueva directiva, dejan a la discrecionalidad del órgano de contratación la decisión de elegir entre el procedimiento abierto y el restringido, a diferencia de Alemania, cuya legislación sobre adquisiciones públicas, opta por el procedimiento abierto –101 de la GWB–. La elección del tipo de procedimiento debe realizarse en función del objeto y necesidad a satisfacer, por ello, a mayor innovación, desarrollo, investigación, participación de pequeñas y medianas empresas en el contrato a celebrar, mayor flexibilidad debe tener el órgano de contratación en el proceso de contratación, y de ahí, la aparición de los restantes procedimientos *flexibles*: diálogo competitivo, asociación para la innovación o procedimiento negociado, cuya utilización queda supeditada a la concurrencia de los motivos delimitados y tasados por la Directiva 24/2014 que deberán quedar justificados en el pliego (arts. 29 a 32)³.

.....

3 La jurisprudencia comunitaria, Case C-480/06 *Commission v Germany*, Case C-394/02 *Commission v Greece*—señala: «la adjudicación de contratos sin licitación previa puede ir en perjuicio de los posibles licitadores y también del interés público, que paga por licitaciones a través de impuestos, y puede distorsionar la naturaleza competitiva del mercado de contratación pública, lo que socava la eficacia del Tratado y de las libertades fundamentales en él

El procedimiento negociado *rompe la coherencia del marco normativo de la contratación pública* por dos motivos: porque reduce el número de invitaciones y porque en ocasiones, admite que no exista publicidad –considerando 50 de la Directiva–. Dado el motivo esgrimido por los órganos de contratación en España para el uso del procedimiento negociado, el valor estimado del contrato, y el criterio de adjudicación comúnmente utilizado, el precio, poca negociación va a tener lugar, por lo que lo más coherente sería sacar este tipo de procedimiento negociado por razón de la cuantía de la contratación pública española.

c) *Las prohibiciones para contratar*

Tanto la interpretación de las prohibiciones para contratar como la introducción de nuevas prohibiciones por los EM, debe ser hecha de forma que se cause el menor impacto a la competencia entre empresas, con base en un principio antiformalista y orientada, con carácter general, a la necesidad de impedir que las empresas tengan ventajas competitivas ilegales en los procesos de contratación pública. El principio antiformalista se ha plasmado en el art. 60 de la nueva directiva que permite una rehabilitación casi inmediata a las causas de exclusión para contratar.

d) *Los criterios de selección cualitativa*

El Considerando 78 de la Directiva 24/2014 en consonancia con la apertura de los mercados públicos advierte de que *La imposición de unos requisitos de capacidad económica y financiera demasiado exigentes constituye a menudo un obstáculo injustificado para la participación de las pyme en la contratación pública [...]*. El CMP Francés, no contiene una regulación de los requisitos de solvencia propiamente dicha y limita la discrecionalidad del órgano de contratación a solicitar las informaciones o documentos para evaluar la experiencia y habilidades profesionales, técnicas y financieras, así como los documentos relativos a las competencias de las personas autorizadas para comprometerse y si el objeto del contrato lo requiere, la habilitación previa –art. 45–. De ahí, la propuesta de que estos deben basarse, exclusivamente, en la idoneidad de los candidatos para desarrollar esa actividad profesional de acuerdo con las normas de los EM que determinan la capacidad y personalidad jurídica, la habilitación profesional y técnica, y en el caso de que sean exigibles, estándares de calidad y adecuación al medio ambiente. La regulación de los criterios de selección cualitativa contenida en el TRLCSP ha sido criticada por otorgar demasiada discrecionalidad al órgano de

.....

impuestas. Por este motivo, las previsiones que permiten al órgano de contratación llamar a determinados licitadores deben ser interpretadas restrictivamente [...]

contratación, que puede limitar el acceso a la contratación pública y, por ende, la libre competencia. La excesiva ponderación de la experiencia como criterio de selección implica que se queden fuera del proceso y, más grave todavía, del mercado, empresas nuevas y que se premien las empresas consolidadas. La exigencia de experiencia como solvencia técnica queda en entredicho atendiendo a la finalidad de la contratación pública que es el adecuado cumplimiento del objeto del contrato. Sin embargo, la Ley de Factura Electrónica –si bien supeditada a desarrollo reglamentario según interpretación dada por la Circular 1/2014 de la Abogacía General del Estado– ha pasado a exigir más años de experiencia en los trabajos ejecutados para acreditar la solvencia técnica, requiriendo 10 años en obras, en vez de los 5 anteriores, 5 años en suministros y servicios, en vez de los 3 anteriores. Dado que se otorga al órgano de contratación la posibilidad de escoger entre este u otros medios de los contenidos en los arts. 76 y ss., quedaría en manos del órgano de contratación dejar fuera a las empresas recién constituidas. También el órgano de contratación puede dejar fuera a aquellas empresas que no hubieren existido los 3 años anteriores a la celebración del contrato al establecer como uno de los medios de acreditación de la solvencia técnica en obras y servicios, la declaración sobre *la plantilla media anual de la empresa y la importancia de su personal directivo durante los tres últimos años, acompañada de la documentación justificativa correspondiente*. Ha sido en la clasificación y en la solvencia económica o financiera, donde el legislador ha flexibilizado las condiciones al incrementar los importes para exigir clasificación en obras y eximir de dicho requisito en los otros contratos administrativos. También en la solvencia económica, la última modificación del TR ha limitado la acreditación del volumen de negocios a 1 año, cuando antes se exigían 3 años, y referido al importe del contrato en el anuncio de licitación y no al ámbito de actividades correspondientes al objeto del contrato.

e) *Las especificaciones técnicas*

Las especificaciones técnicas constituyen el medio idóneo para favorecer o entorpecer la competencia por lo que los gestores de contratación deberán ser especialmente cautelosos en su definición, de forma que permitan la mayor competencia posible que redunde en términos de eficiencia económica –Considerando 74 de la Directiva 14/2014/UE–. Las especificaciones técnicas deben ser *flexibles* y garantizar la posibilidad de diseño por los licitadores, así como que sus funcionalidades puedan ser obtenidas con otros productos, también deberán formularse en términos funcionales o de rendimiento, de ahí que deban evitarse a) especificaciones discriminatorias –garantizando neutralidad y flexibilidad y soluciones equivalentes, en conclusión, *deben posibilitar el diseño por el licitador*–, b) especificaciones técnicas excesivas –si las especificaciones técnicas

son desproporcionadas para la satisfacción de las necesidades identificadas por la autoridad contractual, puede quedar en evidencia el respeto a la libre competencia– y, c) siempre deben llevar la mención *equivalente*.

f) *Condiciones de ejecución y la preferencia en la adjudicación de los contratos*

La peculiaridad de las condiciones de ejecución a los efectos de este trabajo es su idoneidad para incluir consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental, social, o relativas al empleo –art. 70 Directiva 24/2014– en los procesos de contratación. En este sentido, el art. 118 de nuestro TRLCSP cuando establece la posibilidad de introducir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato que tomen en consideración medidas de tipo ambiental o social siempre que sean compatibles con el derecho comunitario, o la DA 4ª que dispone la preferencia en la adjudicación de los contratos, siempre que las proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación, a aquellas proposiciones que cumplan determinados criterios sociales. Ello no obstante, ambos tienen que ser requisitos objetivos fijos, que no incidan en la evaluación de las ofertas, no discriminatorias y vinculados al objeto del contrato –arts. 67 y 104 de la Directiva–.

g) *La división del objeto del contrato en lotes*

Cuando el órgano de contratación decide contratar, tomará la decisión discrecional de dividir el objeto del contrato en lotes o no, en base no sólo a la proporcionalidad –es decir, tomando en consideración las inconveniencias y costes que corre el proceso– sino, y sobre todo, *tomando en consideración el principio de competencia*: la división del objeto del contrato en lotes favorece la libre competencia y facilita la participación de la pequeña y mediana empresa en los procesos de contratación pública. La legislación sobre adquisiciones públicas alemana, impone en las obras la necesidad de fraccionamiento del contrato en lotes desde el punto de vista cuantitativo (ámbito territorial) o de especialidad técnica, fraccionando el objeto del contrato en sectores en función de la especialidad técnica necesaria para su prestación: electricidad, carpintería...

La norma general de nuestro texto –art. 84– es la unidad del objeto y, excepcionalmente, la división en lotes, todo ello heredado de la etapa anterior en la que era usual fraccionar el objeto en diversos contratos para evitar la publicidad. La Directiva, en aras a conseguir una mayor participación de las PYME en los procesos públicos, exige la división del objeto del contrato en lotes y anima en su

Considerando 78, a que los *poderes adjudicadores dividan grandes contratos en lotes*, partiendo de criterios cuantitativos o cualitativos, e incluso, permitiendo la adjudicación de lotes sin aplicar los procedimientos previstos en la misma cuando por su valor estimado no alcancen el umbral comunitario, obligando al poder adjudicador *a estudiar* la conveniencia de dividir el contrato en lotes, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial. Cuando a la luz de este examen decida no dividir el objeto del contrato en lotes, su elección deberá motivarse, bien, en la restricción de la competencia, bien en la dificultosa o excesivamente onerosa ejecución del contrato, pero, *deberá motivar la no división*. En aras a preservar la competencia cuando los contratos estén divididos en lotes, los EM deben autorizar a los poderes adjudicadores a limitar el número de lotes a los que un operador económico puede licitar, así como el número de lotes que puedan adjudicarse a cada licitador. En este punto la Directiva pone de manifiesto la colisión entre la eficiencia y la competencia en la contratación, señalando que si de la adjudicación de varios lotes al mismo licitador pudiera derivarse mayor eficiencia para la prestación del objeto del contrato, este criterio puede prevalecer sobre el objetivo de favorecer la contratación de las PYME y la competencia, si bien exige que los órganos de contratación realicen primero una evolución comparativa de lotes por separado o en conjunto, para ver cuál de las dos opciones cumple mejor los criterios de adjudicación.

h) *Coparticipación de dos o más empresarios en la licitación y/o ejecución del contrato:*

- Las uniones temporales de empresas (UTE, art. 59 TRLCSP).
- La integración de la solvencia por medios externos (art. 63 TRLCSP).
- La subcontratación (art. 227 TRLCSP).

Otro de los instrumentos que favorecen la competencia y facilitan el acceso a las PYME, es la subcontratación, si bien existe la posibilidad de configurarla como una fórmula de compensación a favor de los participantes en un proceso de contratación, cuyo papel en el acuerdo es el de no ser adjudicatarios de ahí que el pliego deba articular este mecanismo para favorecer la competencia sin colusión, utilizando para ello los instrumentos de control previstos –art. 71 Directiva–.

La licitación en UTE, también puede poner en común a varios empresarios y mejorar la competencia y la participación de las PYME pero, asimismo, es examinada con reservas por los órganos de defensa de la competencia, en cuanto puede ser origen de prácticas colusorias, especialmente cuando su constitución se considera innecesaria en la medida en que las empresas que conforman la UTE tengan capacidad suficiente para cumplir autónomamente con el obje-

to de los contratos. Esta situación debe tenerse en cuenta en la celebración de contratos, intentando minimizar el riesgo comprobando la posibilidad de cumplimiento autónomo del contrato por una sola persona jurídica –con la cautela necesaria para no colisionar con el principio constitucional de libertad de empresa–. Esta figura conlleva más riesgo en los acuerdos marco y sus derivados, ante la posibilidad de que los participantes en el marco, se constituyan en UTE en los derivados, siendo deseable, en la medida de lo posible, que aquellas empresas que se acreditan en los acuerdos marco tengan capacidades suficientes para poder cumplir de forma autónoma los contratos derivados y, consecuentemente, estar alerta si la constitución de una UTE no está suficientemente justificada por motivos técnicos.

A los efectos de favorecer la libre competencia, los poderes adjudicadores podrían supeditar la participación en UTE o AIE a que el acceso sólo se pueda realizar bajo esta fórmula o que los términos de su oferta favorezcan al comprador público por su eficiencia y economía. Ello no obstante, una vez constituida la UTE y adjudicado el contrato, el órgano de contratación en aras a la salvaguarda de la competencia también debe permitir la flexibilidad en su composición.

La Guía de la CNMC identifica *posibles indicadores de existencia de acuerdos anticompetitivos* en la constitución de las UTE y AIE:

1. La capacidad de participar individualmente en la licitación de alguna de las empresas miembro de la AIE o UTE.
2. La participación simultánea de empresas de un mismo grupo empresarial en un procedimiento de licitación, de manera individual y a través de una UTE o AIE.
3. Cuando las empresas que forman la UTE o AIE concentran una parte importante de la actividad en el ámbito público o privado.
4. Cuando una UTE o AIE con cuota de mercado global elevada rechaza la participación en la agrupación de otras empresas que no disponen de capacidad para formar una UTE o AIE diferente y competitiva para una determinada licitación.
5. Las empresas que acuden individualmente a la licitación pero luego subcontratan la ejecución con una AIE de la que todas forman parte.

La integración de la solvencia por medios externos también puede favorecer la competencia y la participación de las PYME e igualmente, puede implicar la renuncia a participar en un procedimiento por licitadores integrantes del acuerdo, a los que se compensa con su contribución como proveedor de medios materiales o/y humanos que garanticen la solvencia de la adjudicataria.

i) *La administración electrónica*

Una de las recomendaciones de la OCDE para dirigir el procedimiento de contratación y luchar contra la colusión entre licitadores es el uso de los sistemas electrónicos. La Directiva 24/2014/UE exige la utilización de medios de comunicación electrónicos en un plazo máximo de 54 meses tras su entrada en vigor, plazo que debe reducirse a 24 meses en el caso de las compras centralizadas –art. 92–, además del claro enfoque electrónico que tiene la Directiva con el impulso del uso de las técnicas e instrumentos para la contratación electrónica, contenidos en los arts. 34 y ss. Ello no obstante, de todos es conocido el importante gasto que supone la implantación de la administración electrónica en equipos y en preparación, además de que la creación de la infraestructura de la e-contratación es problemática: por un lado, porque sólo determinados licitadores pueden implementar soluciones y por otro, por las dificultades de la interoperabilidad y de la compatibilidad de sistemas.

j) *Las técnicas e instrumentos para la contratación electrónica y agregada*

Es en estas técnicas de contratación donde el TRLCSP se refiere repetidamente a la necesidad de que el recurso a estos instrumentos no se realice de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada –art. 196, 199 y 148–. El mismo art. 35 de la Directiva, dota a los poderes adjudicadores de la potestad en la subasta electrónica, de no admitir aquellas ofertas irregulares, inaceptables o inadecuadas, definiendo irregulares, entre otras, *aquellas ofertas que muestren indicios de colusión o corrupción*.

Las centrales de compras

Nada dice el TRLCSP acerca de los peligros o aciertos que de la centralización de compras y servicios pueden derivarse para la libre competencia. La Directiva sí anuncia el peligro de una excesiva concentración del poder adquisitivo como consecuencia del uso de las centrales de compra. Los considerandos 59 y 69 son las 2 caras de la misma moneda, poniendo de manifiesto que, si bien consiguen obtener economías de escala y mejorar y profesionalizar la gestión de la contratación, generan importante riesgo de colusión entre empresas y perjudican el ejercicio de políticas sociales secundarias por los poderes públicos. Las bondades de la centralización de compras están siendo puestas de manifiesto por los distintos órganos de contratación⁴ y sus peligros se evidencian en un trabajo de campo en el Estado islandés que, si bien, cifra el ahorro de las compras centralizadas frente a la descentralización de compras en ese país en un 25% del gas-

.....

4 <https://www.msssi.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?id=3444>

to público en contratación, advierte de la grave consecuencia de este proceso: la exclusión de las PYME de los mercados públicos⁵.

Los Acuerdos Marco

El uso de los AM se fundamenta en la eficiencia de la contratación y en el ahorro, por cuanto permiten disponer de una bolsa de licitadores y economizar en la gestión administrativa al convertirse en economías de escala. Sin embargo, hay que advertir de los efectos negativos que los AM pueden provocar sobre la competencia por cuanto suponen un cierre temporal del mercado definido en la propia licitación y un entorno favorable para la colusión en la contratación derivada. Los límites al uso de los AM vienen establecidos de forma genérica en el art. 191 TRLCSP y siguientes: no pueden resultar abusivos para la competencia y su plazo máximo es de 4 años; sin embargo, nada se ha dicho acerca del número mínimo de empresarios con los que contratar. La limitación a un empresario en la licitación al AM levanta sospechas de preferencia en la adjudicación y daña seriamente a la libre competencia. Los aspectos a tener en cuenta por el órgano de contratación para que los AM no cierren el mercado, favorezcan al máximo la competencia y faciliten el acceso de las PYME a la contratación pública, como señala la Guía de la Autoridad Catalana de la Competencia para un uso procompetitivo del AM y los diversos informes a los pliegos de contratación emitidos por la CNMC, son:

- Eliminar la exigencia de un determinado volumen anual de negocios para acreditar la solvencia técnica y profesional.
- Disminuir los requisitos de solvencia económica, técnica y profesional.
- Eliminar la realización de sesiones informativas con empresas participantes en los procedimientos de selección por cuanto pueden favorecer la comunicación entre los oferentes y la colusión entre ellos por lo que, la aclaración de contenidos, conceptos o detalles debe realizarse a través de otros medios.
- No limitar el número de licitadores en los acuerdos marco.

.....

5 Karjalainen, Katri. Challenges of Purchasing Centralization. Empirical Evidence from Public Procurement. Helsinki School of Economics 2009: *ciertamente, a través de la centralización se pueden obtener grandes ahorros [...] pero, la centralización y las distintas formas de asociación pueden abocar a la exclusión de las PYME de la cadena de compras públicas [...] si el mercado acaba concentrándose y las PYME quedan fuera, este proceso acabará afectando a los precios pudiendo llegar a ofrecer menos descuentos por los mismos productos por lo que desaparecerá la competencia y, sin lugar a dudas, esos beneficios o ahorros de los que se ha hablado; de esta forma los poderes públicos deben tomar en cuenta el impacto que la centralización de compras puede llegar a tener en el mercado de suministradores.*

- Una clara y precisa definición de los términos y objeto del AM *ab initio* con el fin de eliminar toda la incertidumbre posible y minimizar la posibilidad de que licitadores potencialmente interesados desistan de participar.
- Menor amplitud del objeto del contrato.
- Definición de todos los términos del contrato en el AM puesto que el acceso al AM no está cerrado mientras que el acceso a los derivados sí.
- Una ponderación de los criterios evaluables de forma automática en los acuerdos basados superior a la establecida para los que dependan de un juicio de valor.
- Menor duración de los AM, no sólo por la mayor competencia y apertura del mercado, sin olvidar que la compra de productos o servicios sujetos a mayor dinámica en el mercado, significaría la obsolescencia de los adquiridos.
- Eliminar la posibilidad de prórrogas y evitar que la finalización de los contratos derivados pueda extenderse más allá de la vigencia del AM –el Informe de la JCCA 36/2010, de 28 de octubre de 2011 establece que la duración del AM es aplicable a la adjudicación de los basados en él pero no al contrato propiamente–.

Utilización conjunta del AM y de la centralización de compras

Una de las grandes restricciones a la competencia y a la participación de las PYME en la contratación pública se está dando con el uso conjunto de la centralización de compras y los AM. La mayor eficiencia en la utilización de los recursos públicos que se obtiene mediante la centralización y el respeto a los principios garantizadores de una competencia efectiva debe armonizarse, por lo que el uso de la contratación centralizada debe optar por los sistemas dinámicos de contratación frente a los AM. Esta preferencia, viene justificada en la imposibilidad de que operadores, no participantes en el AM, se incorporen al mismo durante su vigencia –barrera de entrada a los contratos derivados para los operadores que no participan en el AM– mientras que los sistemas dinámicos de contratación permiten, durante su vigencia, que todos los empresarios interesados puedan presentar ofertas indicativas, siempre que cumplan los criterios de selección, posibilitando que las ofertas se mejoren en cualquier momento. Además, los sistemas dinámicos de adquisición, se desarrollan de acuerdo con las normas del procedimiento abierto a lo largo de todas sus fases, y hasta la adjudicación de los correspondientes contratos, lo que es congruente con la apuesta por el procedimiento abierto, como el más garantista de la libre competencia. Observando que las AAPP recurren, cada vez con más asiduidad, a la racionalización técnica de la contratación, y dadas las dificultades de utilización de los sistemas dinámicos, en cuanto requieren la implantación de un sistema totalmente electrónico, la CNMC ha sugerido la necesidad de que se *tomen las*

medidas oportunas, financieras y de recursos humanos para acelerar su puesta en funcionamiento y la posibilidad real de su utilización sistemática.

B. En la evaluación de las ofertas y adjudicación de los contratos

El diseño de los medios de selección de contratistas debe hacerse en aras a favorecer la libre competencia y la adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa.

a) *La falta de cumplimiento de las especificaciones técnicas y la admisibilidad de variantes*

Los poderes adjudicadores deben actuar de forma imparcial y neutral durante todo el procedimiento de contratación para garantizar la igualdad de oportunidades en todas sus fases. En ningún caso deben rechazarse ofertas por no haber dado la oportunidad al licitador de aclarar sus términos a riesgo de suponer una restricción de la competencia, sin que sea necesario pedir aclaraciones en cada uno de los errores de diseño de ofertas pero sí en aquellos evidentes por provenir de un error de cálculo o sean de una evidencia constatable. Ante un posible incumplimiento de las especificaciones técnicas, el órgano de contratación, siguiendo los principios de diligencia y buena administración, debe ser equilibrado en la evaluación de los requisitos y ponderarlos con la posibilidad de cumplimiento de la oferta. Una eliminación automática supone una restricción de posibilidades de mayor participación y, por tanto, una vulneración de la libre competencia.

Por otro lado, la admisibilidad de variantes si bien puede incrementar los costes asociados al procedimiento, dada la complejidad que puede acarrear su evaluación, favorece la libre competencia, por lo que su uso estaría en línea con el antiformalismo que se viene imponiendo en las sucesivas directivas.

b) *La selección y aplicación de los criterios de adjudicación de los contratos licitados*

Los órganos de contratación disponen de amplia discrecionalidad a la hora de determinar los criterios de adjudicación que determinarán la adjudicación del contrato, siempre que los mismos tengan relación con el objeto del contrato y permitan seleccionar la oferta económicamente más ventajosa. No obstante, los órganos de contratación deben establecer una escala para cada uno de los criterios y subcriterios. Si uno de los criterios tiene un peso excesivo en la evaluación y no existe la posibilidad de graduarlo, hay que plantearse la posibilidad de introducirlo como especificación técnica y no como criterio de adjudicación.

El Considerando 90 de la nueva Directiva, dando valor a la competencia, establece que los criterios de adjudicación deben ser criterios objetivos *que per-*

mitan determinar en condiciones de competencia efectiva, qué oferta es la económicamente más ventajosa. La nueva Directiva, deja a los EM que normen si los poderes adjudicadores pueden utilizar otros criterios, diferentes al precio o coste o, limitar la aplicación de ese criterio a determinadas categorías de poderes adjudicadores o a determinados tipos de contratos. Los criterios de adjudicación no pueden tener por efecto conferir al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada, por lo que la Directiva sugiere la necesidad de que se acompañen de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación.

La valoración mediante cifras o porcentajes a través de fórmulas para su ponderación es el método de valoración más objetivo, pero, la mayor ponderación del precio sobre los restantes criterios de adjudicación genera conflictos que pueden acabar distorsionando la competencia: las empresas grandes están en condiciones de ofrecer unos precios más competitivos en el mercado que las PYME lo que implica el cierre de mercado para las PYME de los contratos con interés transfronterizo, e incluso de aquellos cuyo objeto sea muy amplio y en los que exista mucha oferta. Si a ello añadimos que en el Estado español el precio es el criterio comúnmente utilizado en los pliegos, el esfuerzo para cambiar la dinámica de la adjudicación va a ser titánico; habrá que conjugar el interés de las grandes empresas, por obtener mercados muy amplios para poder ofertar precios más bajos, con la posibilidad de que aquellas obras, servicios o suministros que conlleven mayor valor añadido, bien sea por su contenido social, por su valor ambiental, innovación tecnológica, puedan, desde la perspectiva diseñada en la norma, optar a otros criterios de adjudicación y no sólo, los sometidos a un juicio de valoración, sino también al factor coste, que la Directiva permite que adopte la forma de un precio o coste fijo sobre la base del cual los operadores económicos compitan únicamente en función de criterios de calidad. Concluido que en mercados muy amplios van a ser las grandes compañías las que oferten los precios más bajos, la utilización de la técnica de la subasta electrónica en estos procedimientos de adjudicación, permitirá favorecer la competencia y fijar el menor precio, siempre que los valores de los elementos de la oferta sean cuantificables y susceptibles de ser expresados en cifras o porcentajes.

c) La importancia del criterio precio y las fórmulas para su evaluación contenidas en los pliegos en relación con la libre competencia

La fórmula matemática elegida por el órgano de contratación para la valoración del criterio precio puede distorsionar la ponderación atribuida a este criterio, introduciendo matizaciones que modifican el peso de este en la valoración glo-

bal. La doctrina manifiesta, como única fórmula posible para la aplicación del criterio precio, las fórmulas lineales y no el precio medio⁶, por cuanto este tiene como efecto penalizar, en igualdad de condiciones, las ofertas más bajas en relación a las que se acercan a la media calculada. La Sentencia del Tribunal General de 19 de septiembre de 2013, asunto T-402/06, Comisión contra España, señala la situación de competencia irracional en que se pueden encontrar los contratistas al valorar con mayor puntuación los precios medios frente a los más bajos⁷.

Por último, la solicitud de garantías excesivas, modificaciones de contrato, trabajos adicionales para cubrir necesidades imprevistas son circunstancias que distorsionan el mercado y atentan a la libre competencia por lo que su aplicación tiene que hacerse con la máxima diligencia y buena administración posible para no generar más restricciones. La preocupación por el respeto a la libre competencia en el mercado de la contratación pública también se detecta en algunas de las novedades introducidas en el TRLCSP, como es por ejemplo el caso del 226 TRLCSP, en el que se ha incluido un inciso relativo a garantizar la concurrencia en las cesiones de contratos.

2. LA POSICIÓN DEL PRINCIPIO DE LIBRE COMPETENCIA EN RELACIÓN A LOS RESTANTES PRINCIPIOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

La salvaguarda de la libre competencia en tanto manifestación del interés público y por ello, de necesaria observancia por los poderes adjudicadores, debe ponerse en relación con los restantes principios de la contratación pública y con la protección de otros intereses que los órganos de contratación justifiquen debidamente en el expediente. Nuestro texto, coloca en plano de igualdad la sal-

.....

6 Informe 3/2005, de 7 de julio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña informe 4/11 de 28 de octubre, de la JCCAE. Informe 955/2012 del Tribunal de Cuentas.

7 Ello no obstante, la realidad pone de manifiesto los efectos perniciosos del precio más bajo para dinamizar el mercado, hacerlo más competitivo y favorecer la participación de las pequeñas y medianas empresas. En este sentido, hay que mencionar el Informe 6/2014 de 3 de marzo, de la JCCAA, que aboga por la utilización de un sistema proporcional puro para la valoración del criterio precio, afirmando *que la oferta de precio más baja no siempre resulta la mejor ni, por ello, la más eficiente*, denostando la obtención de puntuación por ofertas que igualen el precio de licitación y defendiendo la posibilidad de que no se asigne la puntuación máxima a la oferta más baja por cuanto la eficiencia en la contratación pública, *debe realizarse no desde la óptica estricta del precio, sino de la relación calidad precio, sin que sea necesario agotar toda la puntuación posible en aquellos supuestos en que las bajas ofertadas sean inferiores al umbral previamente establecido en los pliegos, umbral por debajo del cual se entiende que las ofertas no suponen una mejora económica significativa*.

vaguada de la libre competencia, la selección de la oferta económicamente más ventajosa y los restantes principios de la contratación pública; de libertad de acceso, publicidad y transparencia de las licitaciones, y no discriminación e igualdad de trato de los licitadores, o la eficiente utilización de los fondos públicos.

La nueva Directiva de contratación apuesta por una contratación más pro-competitiva, si bien enfatiza que *el objetivo [...] es incrementar la eficiencia en el gasto público*, dando preferencia al principio de *best value for money* y a *generar la mayor competencia posible para la contratación pública dentro del mercado*. He aquí la tensión manifiesta entre competencia y eficiencia en la contratación. El principio *best value for money* deriva de los principios que rigen la contratación pública en el Reino Unido, cuya aplicación requiere el uso de las técnicas de *contracting out* y *market testing*. Ello no obstante, las diferencias son evidentes con el régimen continental, dado que el régimen privado de la contratación pública en el Reino Unido exige la personalización del éxito o el fracaso de los contratos públicos en el Gobierno y dentro de él, en la Oficina de Comercio del Gobierno (actualmente integrada en el Efficiency and Reform Group). El principio *best value for money* supone asegurar mejoras continuas, mediante la combinación de economía, eficacia y eficiencia, de forma que permita la utilización para la prestación de servicios o suministros de medios propios, externos o asociaciones públicas privadas. Este valor impone la promoción de la competencia con el fin de alcanzar unos determinados resultados y la evaluación de estos, debiendo preparar un programa *–best value performance plan–* para cada año presupuestario. Para conseguir estas mejoras continuas puede utilizarse la externalización de funciones tradicionalmente desarrolladas por las AAPP *–Contracting out–* si bien, existe una evaluación *–market testing–* de la economía, eficacia y eficiencia en la prestación de los servicios, que examina también la participación en condiciones de igualdad de las AAPP con los sujetos privados. El objetivo primero de la UE, hasta ahora, ha sido abrir la contratación nacional a la competencia entre nacionales de los EM, cuando en el Reino Unido la regulación en materia de contratos tiene por objetivo asegurar el principio de *value for money*. Habrá que esperar al desarrollo de los acontecimientos y a la aplicación e interpretación efectiva de la Directiva.

La segunda manifestación de tensión, en los principios de la contratación pública, la encontramos entre los principios de transparencia y de libre competencia, puesta de manifiesto por la OCDE en el documento «*Competition and Procurement: Key Findings*»: *las estrategias para abordar la colusión y la corrupción en la contratación pública se enfrentan a una tensión: mientras la transparencia en el procedimiento es considerada indispensable para evitar la corrupción, una innecesaria y excesiva transparencia facilita el éxito de las conductas colusorias en-*

tre licitadores. Efectivamente, la transparencia puede generar un escenario que favorezca las conductas colusivas. Sánchez Graells, sugiere que la transparencia sea minimizada cuando se diseñan los procedimientos públicos, poniendo en valor la competencia, circunstancia que debe ser especialmente tenida en cuenta cuando los proveedores son de gran tamaño; o cuando la situación que ocupa la AAPP es estratégica en el sector, pues la excesiva transparencia puede generar colusión. Otros autores –Estevan de Quesada, Carmen– hablan de la colusión tácita derivada de la uniformidad generada por los pliegos al establecer las mismas capacidades, experiencia, criterios de solvencia o de los anuncios de licitación y la publicidad de las adjudicaciones y documentos contractuales, que acaban creando simetría y reduciendo la complejidad del mercado, lo que genera conductas colusorias. Estos autores proponen que los poderes reguladores establezcan diferentes niveles de transparencia en función de las características de la competencia del mercado en el que esté actuando la contratación pública.

La tercera tensión está presente entre los principios de igualdad de trato y publicidad y la libre competencia. El art. 41 de la Directiva establece la obligación de los órganos contractuales de informar, a los licitadores no seleccionados, de las características y ventajas que el licitador seleccionado ha presentado, así como del nombre del licitador seleccionado. Esta obligación, tiene los límites correspondientes cuando se trata de información confidencial (art. 6 Directiva y 140 del TRLCSP). Pero, en el caso concreto de la obligación de facilitar información a los licitadores no adjudicatarios, tanto el art. 41 de la Directiva, como el art. 153 del TRLCSP, destacan la discrecionalidad del órgano de contratación para no divulgar determinados datos en aras a la competencia leal entre licitadores, justificando en el expediente esa limitación de información. La no divulgación de información, en aras a la protección de la competencia, ha sido examinada por el TJUE en su Caso C-629/11, *Europaki Dynamiki v/European Commission*, y limita la obligación de facilitar información a un extracto del informe, y no una copia del mismo, por lo que, es ajustado a derecho facilitar a los licitadores los puntos obtenidos por cada criterio, en comparación con el licitador ganador, así como el peso de los subcriterios. Resulta de interés como la Resolución del TCPCM de 22 de enero de 2014, exige fundamentar en la leal competencia entre empresas, o en el secreto profesional, la limitación de acceso a la información contenida en la oferta técnica a facilitar al resto de licitadores, limitación cuyo fundamento no puede ser genérico por vulnerar el principio de transparencia. También los procedimientos negociados y diálogo competitivo pueden generar distorsiones importantes en los mercados, por ello el art. 182 del TRLCSP obliga a reservar información que pueda dar ventajas a los licitadores o de guardar secreto sobre las soluciones propuestas por los participantes en el diálogo competitivo.

El hecho de que la contratación pública haya sido considerada una fuente de ineficiencias, por los costes de implementación y administración, ha impuesto medidas desarrolladas para ganar eficiencia y reducir los costes administrativos que pueden distorsionar la competencia; pero, resulta complicado imaginar un sistema de contratación pública, en el que no se generen fricciones con la dinámica competitiva del mercado. Parece que la tendencia es que frente a una contratación pública ineficaz sea preferible cierto grado de tolerancia con unas leves restricciones a la competencia, si además, se consigue favorecer el bienestar social. La Directiva apuesta por la eficiencia y la libre competencia, principios cuya posición en el procedimiento debe ser simétrica, para conseguir una contratación pública más dinámica, más eficiente pero, también un instrumento de política macroeconómica que genere bienestar social y reequilibre la distribución de la riqueza del país.

II. ESTÁNDAR EXIGIDO POR LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS PARA LA SATISFACCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL

Las normas que regulan el ejercicio de potestades por la Administración someten a esta a una serie de reglas y principios. En lo que se refiere a la actividad contractual estas normas se concretan en las procedimentales, y en los principios de programación final de la actividad administrativa, libre competencia y sus manifestaciones, eficiencia y eficacia en la utilización de recursos públicos y restantes principios de interés público y políticas públicas. Estas reglas y principios deben ser satisfechos atendiendo a la ponderación de las circunstancias aplicables al caso, y a la promoción de los intereses públicos fijados en ese momento, así como las políticas secundarias cuyo ejercicio permita la contratación pública (defensa de las PYME, innovación, protección social...). Los parámetros, que los órganos de contratación observan en su actividad contractual, para la salvaguarda de la libre competencia van a ser los utilizados por el órgano judicial en su función de control. El eterno debate entre los conceptos de discrecionalidad administrativa y su control judicial.

De ahí que la fiscalización por los tribunales administrativos de la actividad contractual se limite a examinar si se ha seguido:

- el procedimiento establecido.
- si se han constatado con todo rigor los datos fácticos.
- se han incluido en la ponderación todos los intereses relevantes
- si se han adoptado decisiones razonadas y razonables o no.

En aquellas partes de la decisión administrativa, a las que el control judicial no alcanza, se ha atribuido a la Administración la competencia para decir la última palabra. El Acuerdo 04/2014, de 22 de enero de 2014, del TACPA, nos recuerda que no puede el Tribunal sustituir la propuesta de adjudicación *en tanto se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y la misma resulte racional y razonable*. Este epígrafe expone las conclusiones derivadas del estudio de aquellas resoluciones de los tribunales administrativos que examinan la adecuación o no de la actuación de los órganos de contratación a los parámetros exigibles para la salvaguarda de la libre competencia en el procedimiento de contratación, y cómo conjugan el cumplimiento de la libre competencia con los restantes principios de la contratación pública, principalmente el de eficiencia y control del gasto público, así como el grado de motivación, razonabilidad y racionalidad que se exige contengan las decisiones de los órganos de contratación, en el desarrollo de los principios de contratación y en la prevalencia de unos u otros.

1. CRITERIOS SENTADOS POR LOS ÓRGANOS DE CONTROL ADMINISTRATIVOS EN EL EXAMEN DEL PROCEDIMIENTO CONTRACTUAL

La máxima de la contratación pública, se sienta por el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 19 de septiembre de 2000, cuando exige a los órganos de contratación garantizar el acceso a la contratación pública a todos los contratistas que, siendo capaces y no estando incursos en prohibiciones de contratación, aspiren a serlo. Esta es la idea que debe guiar la actividad contractual de los órganos de contratación: la libre competencia, como núcleo y principio inspirador de los principios de la contratación contenidos en el art. 1 del TRLCSP, sin perjuicio de garantizar la eficiencia en la contratación, el control del gasto público y la estabilidad presupuestaria.

Va a ser el órgano de contratación el que valore y motive si la imposición de barreras de entrada en el contrato es necesaria para la correcta ejecución del contrato o si, por el contrario, constituye una barrera de entrada *per se*. Si no existe una motivación razonada y razonable, los Tribunales administrativos podrán anular la decisión en aras a la defensa de la libre competencia. Para la adecuada adopción de esta decisión, los órganos de contratación deben tomar en consideración los criterios sentados por los tribunales administrativos, con relación a las decisiones adoptadas por el órgano de contratación en las distintas fases del procedimiento –especificaciones técnicas, peculiaridades adoptadas con relación al objeto del contrato y su ejecución, criterios de selección cualitativa, criterios de adjudicación, condiciones especiales de ejecución y técnicas para la contratación agregada–.

A. Las especificaciones técnicas

Tanto el art. 42 de la nueva Directiva como el art. 117 de nuestro TRLCSP, exigen que las prescripciones técnicas no creen obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia. Con carácter general, al igual que veremos con los criterios de selección cualitativa de los licitadores, la exigencia de unas características técnicas mínimas, para poder acceder a la contratación, puede constituir una barrera de entrada a la contratación, por lo que resulta deseable, que el procedimiento de contratación contenga esas especificaciones, necesarias para la correcta ejecución del contrato, como criterios de adjudicación o como condición especial de ejecución, pero no que estén condicionando la admisión de la oferta.

a) El Acuerdo 6/2011 de 23 de mayo de 2011, del TACPA, resuelve estimando el recurso interpuesto contra *determinadas características técnicas impuestas* en los pliegos que *crean obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia* por limitar el mercado a dos suministradores –los que cumplen esas características– y por ser características excluyentes, que si bien pueden ser objeto de valoración, no pueden insertarse como motivo de exclusión de licitadores.

La Resolución 80/2012, del TCPCM, de 25 de julio de 2012, por el contrario, resuelve la adecuación a la libre competencia de especificaciones técnicas que limitan la concurrencia a una sola empresa, si bien, el Tribunal admite que la motivación objetiva y razonable del órgano de contratación de su necesidad, y la falta de prueba de favoritismo, justifica esa limitación a la libre competencia.

b) Diversas Resoluciones del TACRC –entre otras la 220/2012, 143/2012, 227/2012, 295/2012, 247/2012 y 210/2012– han examinado recursos contra los pliegos, por establecer requisitos que van más allá de los previstos en la norma, enfrentando la protección de otros motivos de interés público a los de la contratación pública; en concreto, la exclusividad que los pliegos otorgaban a la sociedad estatal Correos, para realizar las notificaciones administrativas, en contra de la ley sectorial que permitía que fueran realizadas por otros operadores postales. Estas resoluciones nos recuerdan que, *la regulación de los contratos públicos ha dejado de poner el acento en la satisfacción del interés público para pasar a ponerlo en el cumplimiento de los principios de la contratación pública*. Esta cuestión, se acaba resolviendo, de forma definitiva, en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de julio de 2014 que estima el recurso interpuesto por UNIPOST S.A. contra la Resolución del TACRC en el procedimiento de adjudicación del contrato de servicios para la prestación de servicios postales del Ministerio de Hacienda

que excluyó a la recurrente, citando expresamente el Acuerdo 29/2011 del TACPA que resuelve la ilegalidad de la cláusula del pliego que otorga la exclusividad a Correos, a través del instituto de la subcontratación, para realizar las notificaciones administrativas por crear obstáculos injustificados a la apertura del contrato público a la competencia.

c) La exigencia del cumplimiento de una característica técnica mínima –antigüedad máxima en las aeronaves– no exigible conforme a la normativa, se articula como *un plus en la exigencia de seguridad prevista en el pliego* señala la Resolución 57/2012 del TCPCM, de 13 de junio de 2012. En el mismo sentido, la dictada por el TARCJA en fecha 11 de enero de 2013, cuando resuelve que no produce una restricción de la competencia, al no exigirse la titularidad de ese tipo de aeronaves sino que pueden ofertarlas a través de su subcontratación, si bien la Resolución del TACRC 22/2012, ante la falta de motivación del órgano de contratación del plus de exigencia, dispone la nulidad de esa misma cláusula.

d) La exigencia en los pliegos de una experiencia mínima en un ámbito territorial determinado o de una titulación superior a la exigida en la norma es *admisibile* –si se exige– *a parte de los trabajadores y está motivada en circunstancias excepcionales* señala la Resolución 57/2012, TCPCM. No obstante, *si además de exigir una experiencia mínima se añade la exigencia de que la misma se haya prestado en un ámbito territorial determinado*, esta especificación técnica acaba constituyendo una barrera de entrada a la contratación⁸.

e) Resulta contraria a la libre competencia la exigencia de que la autorización para dar cursos quede limitada a un centro concreto –Resolución 94/2012 del TACRC– así como que la experiencia, en el manejo de un programa, se limite a aquel que se usa en un sector de la administración pública, según la Resolución 249/2012 del TACRC.

B. Criterios de selección cualitativa

Al redactar el pliego, el órgano de contratación deberá poner especial cuidado en la determinación de los medios de solvencia y remitirse exclusivamente a los

.....

8 En este sentido las Sentencias del TJUE de 6 de noviembre de 2003 y la de 27 de octubre de 2005: «[...] las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben reunir cuatro requisitos para atenerse a los arts. 43 CE y 49 CE: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo».

mecanismos de acreditación contenidos en los arts. 74 a 80 TRLCSP y al sentido que de los mismos se infiere, o en su defecto, a la clasificación del contratista; pero no añadiendo requisitos o condiciones a estos medios, o a la clasificación, que podrían ser interpretados como barreras de entrada a la contratación pública.

a) La exigencia de autorización administrativa, como medio de solvencia técnica de los previstos en el apartado c) del art. 78 TRLCSP, ha sido anulada por el Acuerdo 52/2013 del TACPA, que declara el carácter tasado de los medios para la acreditación de la solvencia que deben *tener relación directa con el objeto del contrato, ser proporcionales al mismo y no discriminatorios*. La autorización administrativa podrá exigirse como habilitación profesional pero no como criterio de selección cualitativa.

b) La exigencia de arraigo territorial, como criterio de solvencia, no puede constituirse como requisito de aptitud para contratar según informe de la JCCA E 9/2009. Puede plantearse como un compromiso de adscripción de medios –art. 64.2 TRLCSP, resolución 101/2013 TACRC– o como una condición especial de ejecución, siempre que esté vinculada al objeto del contrato, y que el órgano de contratación motive, de forma razonable y razonada, esa exigencia en la mejor ejecución del contrato⁹.

c) La Resolución 182/2014 del TACRC anula la solvencia impuesta en el pliego de referir los suministros a los realizados en los últimos 2 años, cuando el TR permite la referencia a los 3 últimos años, argumentando que la normativa no permite el uso de medios diferentes a los enumerados en cada precepto regulador de la solvencia técnica por lo que tampoco debe permitir al órgano de contratación modular el medio.

C. Condiciones generales de ejecución del contrato

a) Una condición general de ejecución de un contrato cuyo objeto consiste en la custodia de documentación que exige que el inmueble se sitúe a una distancia determinada debe responder a un interés general objetivo que jus-

.....

9 La vulneración del principio de libre competencia por la exigencia de algún tipo de arraigo territorial hay que interpretarla conforme a los criterios sentados por la jurisprudencia europea. El TJUE, en la Sentencia de 27 de octubre de 2005 (asunto C-234/03), señaló que si bien la exigencia de tener abierta una oficina en el momento de presentación de las ofertas no vulneraba el principio de libertad de establecimiento, la obligación de disponer de ella ya en el momento de presentación de la oferta era manifiestamente desproporcionada y, en cambio, no existía ningún obstáculo para establecerla como una condición que se debe cumplir durante la ejecución del contrato, siendo suficiente en fase de adjudicación el compromiso firme de tenerla.

tifique su imposición y estar objetivamente relacionada con la satisfacción de las necesidades que subyacen en la contratación, pero si no cumple este objetivo y no se motiva por el órgano de contratación resulta arbitraria, y establece un criterio de arraigo territorial que restringe injustificadamente la concurrencia –Resolución 125/2014, 29/2011, de 9 de febrero, 138/2011 y 139/2011, ambas de 11 de mayo y 187/2013, de 23 de mayo del TACRC.

b) La condición general de ejecución impuesta en un contrato de suministro a través de una marca blanca cuando el producto ya existe en el mercado, falsea la competencia por cuanto la Administración no puede autocalificarse como operador empresarial– Acuerdo 38/2012 TACPA.

D. Criterios de adjudicación del contrato

a) Lo que excluye el art. 150 TRLCSP, es el exceso de discrecionalidad del órgano de contratación. Por ello, los criterios de adjudicación que no admiten modulación, como el que otorga cero puntos si no lo posees, o puntuación máxima si lo posees, es adecuado al principio de libre competencia –Resolución 139/2014, TACRC–.

b) La Resolución 220/2012 TACRC, de 3 de octubre de 2012, examina la adecuación a la libre competencia de los criterios de adjudicación a la luz de los requisitos establecidos en la jurisprudencia del TJUE¹⁰, disponiendo que la exigencia de requisitos que sólo pueden ser cumplidos por determinados licitadores, y que pueden suponer barreras de entrada a la libre competencia, debe ser examinada en atención a los beneficios que añade a la oferta para que alcance la condición de oferta más ventajosa. Si el órgano de contratación no motiva de una forma razonable y razonada, la relación de esa necesidad con el cumplimiento del contrato y con la obtención de la oferta económicamente más ventajosa, dicha exigencia es contraria a Derecho, por imponer barreras de entrada al acceso a la contratación pública.

10 Sentencia del TJUE de 17 de septiembre de 2002 (Concordia Bus Finland) 52: «La Comisión considera que los criterios de adjudicación de contratos públicos que pueden tenerse en cuenta para apreciar la oferta económicamente más ventajosa deben cumplir cuatro requisitos. A su juicio, dichos criterios deben ser objetivos, aplicables a todas las ofertas, estrictamente relacionados con el objeto del contrato de que se trate y suponer una ventaja económica que redunde en beneficio directo de la entidad adjudicadora. [...] *el principio de igualdad de trato responde a la esencia misma de las directivas en materia de contratos públicos, que tienen por objeto, en particular, favorecer el desarrollo de una competencia efectiva en los sectores que están comprendidos en los ámbitos de aplicación respectivos y que enuncian los criterios de adjudicación del contrato tendentes a garantizar dicha competencia [...]*».

E. Precio del contrato

La Resolución 182/2014 del TACRC de 28 de febrero de 2014, en un AM de suministros, examina si los precios unitarios fijados en un contrato vulneran la libre competencia por haberse determinado por debajo del valor de mercado. El Tribunal vuelve a poner de manifiesto la tensión existente entre los principios de eficiencia y la libre competencia. En este caso, considera que los precios pese a ser más bajos que contratos licitados en períodos anteriores pueden considerarse de mercado por cuanto el ámbito del contrato es muy amplio y la utilización del AM tiene como objeto la homogeneización del mercado y conseguir economías de escala que favorecen la obtención de precios más bajos –también resolución 148/2012–.

2. CRITERIOS SENTADOS POR LOS ÓRGANOS DE CONTROL ADMINISTRATIVOS EN LA RELACIÓN ENTRE EL PRINCIPIO DE EFICIENCIA Y LA LIBRE COMPETENCIA: LA DIVISIÓN EN LOTES DEL OBJETO DEL CONTRATO Y EL USO DEL ACUERDO MARCO

El estudio realizado de las resoluciones de los tribunales administrativos de contratos, muestra una aparente incompatibilidad entre la libre competencia y la eficiencia en la contratación, sin embargo *la existencia de una competencia efectiva constituye un requisito indispensable para llevar a cabo un gasto público eficiente*, como indica el TACPA en su Acuerdo de 29/2011 de 15 de diciembre de 2011. Mas no parece, a la vista de las resoluciones de los tribunales administrativos y de la actuación de los órganos de contratación, que la defensa de la libre competencia sea una premisa para la realización de un gasto público eficiente. Este antagonismo entre libre competencia y eficiencia se viene poniendo de manifiesto en las resoluciones de los tribunales contractuales dictadas en relación al uso de técnicas para las compras agregadas (centralización y AM), resoluciones que, hasta el momento, van en la línea de favorecer la racionalización de la contratación y gasto público y no de dinamizar el mercado público. Por ejemplo, mediante la participación de PYME en la contratación pública, relegando su papel en la contratación pública al de meras subcontratistas o a su posibilidad de asociación¹¹.

.....

11 En este sentido, la resolución 101/2013 del TACRC, afirma que *el principio de eficiencia se plasma en objetivos de racionalización de la contratación y de reducción del gasto no compatibles con una dispersión de la contratación. Tal dispersión podría propiciar el acceso a las licitaciones de las pequeñas y medianas empresas del sector, pero sería contraria a los objetivos indicados y podría ser menos respetuosa con principios como los de publicidad y transparencia en los procedimientos que son también salvaguarda de la libre competencia.*

Entrando ya en el examen de los instrumentos de contratación agregada, y centrándonos en la utilización del AM como técnica de racionalización de la contratación que se fundamenta en la *simplificación de los procedimientos administrativos y la reducción de gasto* y en la *eficiencia de la actividad contractual*, resulta necesario examinar cómo se resuelve su relación con el principio de libre competencia. Cómo los tribunales se pronuncian, ante la amplitud del ámbito territorial o subjetivo que puede implicar la utilización del AM, la división del objeto del contrato en lotes y el ejercicio de políticas secundarias a través de la contratación.

A. Decisión discrecional de no dividir el objeto del contrato en lotes

La Resolución 149/2012, de 16 de julio, del TACRC, resuelve a favor del principio de eficiencia la licitación de un suministro en un solo lote, ante la razonada y razonable motivación de la discrecionalidad del órgano de contratación en el mayor control, seguimiento y coordinación del procedimiento que, la utilización de un solo lote le supone, así como en la interrelación entre los artículos objeto del contrato de suministro. Ello no obstante, su Resolución 220/2012 anula un contrato que se extiende a un ámbito territorial excesivo, y no contempla su división en lotes.

B. Decisión de dividir el objeto del contrato en dos lotes

La Resolución 214/2013 del TACRC de 12 de junio de 2013, analiza si el fraccionamiento en lotes, acordado por el órgano de contratación, se adecua o no a la unidad funcional de lotes exigida por el art. 86 del TRLCSP, así como si facilita o no el cumplimiento de la finalidad que persigue el contrato. En su razonamiento, obvia si la división en lotes resulta congruente y armónica con la clasificación dispuesta en la normativa existente, para poner toda la atención en la discrecionalidad del órgano de contratación, a la hora de dividir o no el objeto del contrato en lotes, decisión discrecional que deberá motivarse y ponderar el principio de eficiencia administrativa con el respeto a la libre competencia y los principios que inspira. Esta resolución trae a colación otras tantas del mismo tribunal –138/2012, 143/2012, 227/2012– que configuran el fraccionamiento del contrato mediante su división en lotes como *un derecho potestativo que asiste al órgano de contratación*, si bien no exento de la exigencia de la debida justificación racional para los lotes escogidos.

C. Utilización abusiva del AM por establecer lotes por importes demasiado elevados y zonas geográficas demasiado extensas

La Resolución 148/2012, de 12 de julio y la 256/2012 de 14 de noviembre, del TACRC, examinan la división en lotes establecida en un AM para la contratación de los servicios de limpieza en todo el territorio nacional. Justifica el uso del AM

en los objetivos de homogeneizar y simplificar la contratación, y, *basado el uso de los Acuerdos Marco en los objetivos de racionalización de la contratación y reducción del gasto, estos no resultan compatibles con una dispersión de la contratación que, si bien podría favorecer el acceso de las PYME sería contraria a los objetivos indicados.* Ello no obstante, en el supuesto sujeto a examen del tribunal, el órgano de contratación había utilizado la subasta electrónica, apoyada en mejoras sobre el precio total ofertado y la virtualidad del sistema había quedado demostrada a través de una prueba piloto realizada, por lo que queda suficientemente motivada la decisión del órgano de contratación, *que utilizó todos los recursos a su alcance para garantizar la libre competencia y los principios inspirados en ella.*

D. Licitación de un AM de ámbito estatal de suministro de medicamentos por lotes, cuando uno de ellos tiene principios activos protegidos por patentes y sólo existe un único medicamento comercializado

En este caso, el TACRC en su Resolución 124/2013, acaba resolviendo la prevalencia de la libre competencia –presente en los restantes principios de la contratación pública – sobre el principio de eficiencia que se desprende de los *sustanciosos descuentos sobre el precio regulado.* El motivo esgrimido por el Tribunal es que la licitación se realiza por el período máximo establecido en el AM, y se aplica a todo el territorio nacional, incluso para el lote que comprende el medicamento protegido por patentes, sin que incluya la cláusula de apertura a la libre concurrencia en el momento en que el medicamento deje de estar protegido, por lo que dicha licitación, es restrictiva de la libre competencia máxime el ámbito territorial del contrato.

En esta resolución, se examina detalladamente la adecuación o no a la libre competencia de la división del contrato en lotes. Así se argumenta que el hecho de incluir este medicamento protegido por patentes en un lote independiente, salvaguarda la libre competencia, circunstancia que no concurriría si este medicamento se incluyese junto a otro no protegido en un lote. También considera más adecuado a la defensa de libre competencia el uso del procedimiento abierto frente al procedimiento negociado, ante la alegación de que la utilización de un procedimiento abierto para licitar un AM fraccionado en diversos lotes, uno de los cuales incluye un medicamento protegido por patente, resulta contrario a la libre competencia, ante la posibilidad de haber excluido ese medicamento del objeto del contrato y licitarlo a través del procedimiento negociado.

E. Examen de la figura del AM para las compras centralizadas

El Acuerdo 29/2011, de 15 de diciembre de 2011 del TACPA, examina si un AM con ausencia de lotes, limitado a un solo licitador y con un ámbito de actuación

muy amplio supone una limitación o no a la competencia, argumentando que un ámbito subjetivo de actuación tan amplio unido al excesivo plazo de duración de 4 años, implica el cierre del mercado por ese período y una vulneración efectiva de la libre competencia.

III. LAS CONDUCTAS COLUSORIAS DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS EN LOS MERCADOS PÚBLICOS

Tradicionalmente las actuaciones de las AAPP no se han visto sujetas a la supervisión de las autoridades de competencia, al no tener consideración de operadores económicos. En la actualidad, es patente el interés de las instituciones públicas, a nivel nacional e internacional, por la actuación de las AAPP como operadores económicos competidores en el mercado, y posible fuente de prácticas colusorias. Iniciativas como las Directrices de interpretación del Art. 101 del TFUE y el Libro Verde sobre Contratación Pública, en la OCDE y en la Unión Europea o, las Guías de Contratación de las Autoridades de Competencia, en España, dictados para identificar, reducir y evitar las conductas anti-competitivas en el marco de los procedimientos públicos de contratación dan cuenta de ello.

Sentado como objetivo de la contratación pública la utilización eficiente de los recursos públicos, para obtener los bienes y servicios de la forma más ventajosa posible, la confluencia de intereses entre el Derecho de la contratación pública y el Derecho de la competencia es manifiesta; en tanto el objeto de este último es la defensa de una competencia efectiva entre empresas, que se traslade al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad que incremente el bienestar del conjunto de la sociedad. Y, si bien el Derecho de la competencia tiene carácter transversal y especial que alcanza a las compras públicas, la contratación pública por su carácter más general y también transversal extiende su influencia a fines distintos, como es el ejercicio de políticas secundarias. Tal es la interdependencia entre estas dos ramas del Derecho, que las bases para la adjudicación de los contratos públicos del Derecho alemán se encuentran en la LDC, y la especialidad del Consejo de Defensa de la Competencia francés son los ilícitos de la competencia producidos en el sector de la contratación pública.

En España, ha sido la CNMC el organismo que ha iniciado la puesta en valor de la libre competencia en los mercados públicos, y que ha denunciado como los pactos colusorios afectan, no sólo a la competencia sino también a la gestión que las Administraciones realizan de los servicios públicos, perjudicando

directamente a la economía y a los ciudadanos, como consumidores, en cuanto se reduce la competencia en el mercado, y como contribuyentes, en cuanto el precio de los bienes y servicios contratados en las licitaciones donde ha existido colusión pueden incrementarse hasta en un 20%.

La normativa de contratación pública, incorpora una serie de mecanismos en aras a garantizar la libre competencia –especificaciones técnicas, criterios de selección cualitativa, criterios de adjudicación, mesas de contratación, comité de expertos, tribunales–, sin embargo, aquellas conductas que tienen lugar durante el procedimiento de contratación, pero fuera de él, no pueden ser objeto de actuación directa por los órganos de contratación –aunque la nueva Directiva ha cambiado esta previsión en el sentido que después veremos–. El TRLCSP se ha limitado, en su DA 23^a, a exigir a los distintos sujetos intervinientes en el procedimiento de contratación, desde los órganos de contratación hasta los tribunales, la comunicación a los órganos competentes de la competencia de los hechos conocidos en el ejercicio de sus funciones que puedan vulnerar su defensa. Es decir, a una mera actividad de denuncia, sin dotar a los órganos que participan en el proceso de esa potestad de corrección y persecución de las actividades ilícitas de la competencia, ni a los órganos de contratación, ni a los consultivos ni a los tribunales. Es decir, los Tribunales podrán anular un procedimiento de contratación, si las especificaciones acordadas por el órgano de contratación contenidas en el procedimiento vulneran la competencia, pero no si los licitadores incurren en conductas colusorias. La potestad de detección y persecución de ilícitos de la competencia por los licitadores en el ámbito de la contratación pública corresponde a la CNMC, potestad que se ejerce una vez finalizado el procedimiento de contratación y adjudicado el contrato, que no coadyuva a que esta sea más eficiente y a que el contrato se adjudique a la oferta más ventajosa¹². Esta ineficacia de las actuaciones a posteriori una vez adjudicado el contrato, fue el punto de inflexión en la configuración del recurso especial en materia de contratación, sentando la regla general de la suspensión automática de la adjudicación del contrato, cuando sea este el acto que se recurre y estableciendo como objeto de recurso los actos que se dictan en el procedimiento de contratación –pliegos, anuncio de licitación, actos de trámite...–.

.....

12 El Acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, de 8 de noviembre de 2012, sanciona la existencia de un acuerdo de concertación de precios entre las 3 empresas concurrentes a una licitación del año 2010, que obliga a que el órgano de contratación declare desierta la licitación, vuelva a convocar otra y presente una denuncia a la Defensa de la Competencia, con el consiguiente incremento del gasto público.

1. LA ACTUAL VÍA SANCIONADORA Y EL PAPEL PROMOTOR DE LA CNMC EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN

La LDC 15/2007, atribuye a la CNMC el papel sancionador y promotor de la libre competencia a través de trabajos de investigación y recomendaciones. Además, tiene el carácter de órgano consultivo con la función de garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos. A través de esta función consultiva, podrá informar pliegos y poner de manifiesto previsiones que puedan favorecer conductas colusorias entre operadores económicos y limitar las barreras a la libre competencia así como participar en el proceso de elaboración de normas que afecten a la competencia.

El falseamiento de la competencia por los licitadores, puede suponer una infracción administrativa tipificada en la LDC y atendida su gravedad, un ilícito penal, conforme al art. 262 del Código Penal que tipifica la alteración de los precios en concurso y subastas públicas, castigándola con penas de hasta 3 años de prisión e inhabilitación para contratar, pero no puede ser más que objeto de denuncia por los órganos de contratación (DA 23ª TR).

Los dos acuerdos colusorios más comunes son la fijación del precio y el reparto de mercado entre oferentes. Los medios elegidos para coludir son los acuerdos entre los operadores económicos acerca de quién va a ser el licitador, de forma que:

- El resto no presenta propuestas a la licitación.
- Presenta posturas encubiertas que no tienen ninguna posibilidad de salir vencedoras: precios excesivos, propuestas con errores...
- Se reparten el mercado de forma rotatoria, de forma que no existe la necesidad de presentar ofertas en el mercado que no te correspondan y si lo haces, son posturas encubiertas.

Los mecanismos de compensación utilizados para compensar a los licitadores no ganadores son:

- La emisión de facturas fraudulentas por trabajos inexistentes.
- La subcontratación por la empresa adjudicataria de trabajos a las empresas con las que se hubiera llegado al acuerdo.

Planteadas con carácter general las técnicas más habituales para la adopción de acuerdos colusorios, los indicios para apreciarlos a los que deben prestar atención los órganos de contratación pueden ser:

- a) Indicadores relativos a la presentación y adjudicación de ofertas.
 - Presentación de ofertas por un número muy reducido de empresas.

- Falta de concurrencia de empresas que, por su objeto social, deberían estar presentes.
 - Empresas que presentan siempre ofertas pero nunca resultan adjudicatarias, por cuanto podrían estar presentando posturas encubiertas.
 - Presentación de ofertas conjuntas cuando las empresas que las componen tienen capacidad y solvencia para concurrir individualmente.
 - Presentación de ofertas por empresas vinculadas al mismo grupo empresarial.
 - La subcontratación a los mismos operadores económicos por parte de la empresa adjudicataria en distintos contratos en que resulte adjudicataria.
- b) Indicadores relativos a los precios de las ofertas.
- Precios de las ofertas perdedoras muy superiores a los de la oferta ganadora.
 - Estimaciones de costes poco realistas realizados por el operador económico.
 - Presentación de precios diferentes en distintos procesos por el mismo operador económico.
 - Reducciones significativas de precios.
- c) Indicadores en la documentación y declaraciones de las empresas.
- Errores en la documentación evidentes: fallos de cálculo, borrones...
 - Envío de la documentación a través del mismo fax, correo etc...
 - Uso de terminología similar para explicar costes.
 - Solicitudes de información acerca de las consecuencias de la existencia de acuerdos colusorios.

2. LA POSIBILIDAD DE EXCLUIR A LOS LICITADORES DE LA PARTICIPACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN CUANDO EXISTAN INDICIOS DE QUE EL OPERADOR ECONÓMICO HA LLEGADO A ACUERDOS CON OTROS OPERADORES

La Directiva de contratación abre la posibilidad a los EM y a los poderes adjudicatarios, en su art. 57, de configurar, como causa de exclusión del procedimiento de adjudicación, la existencia de indicios plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores. Posibilidad que alcanza también a aquellas actuaciones colusorias, que hayan podido tener lugar antes del procedimiento de contratación, como dice el art. 57.5 de la Directiva *en vista de los actos cometidos u omitidos antes del procedimiento o durante el mismo*. Y, puede ejercerse en *cualquier momento del procedimiento*; es decir, puede articularse como prohibición para contratar, o como motivo de exclusión sobreveni-

da del licitador en un momento posterior en que se observe de forma indudable que existe una infracción de la normativa sobre competencia.

La configuración de las conductas colusorias como causa de exclusión sobrevinida o como prohibición para contratar realizada por la Directiva es la siguiente:

- a) La decisión de excluir de un procedimiento en curso y de no acceder al procedimiento, queda en manos del órgano de contratación (pliegos) o del Estado miembro (ley nacional) a diferencia de los supuestos clásicos de prohibición cuya observancia es obligatoria para las normas de desarrollo nacionales.
- b) El art. 57 habla de acuerdos como elemento objetivo de la causa de exclusión, pero deben entenderse incluidas otro tipo de conductas y prácticas (art. 101 TFUE).
- c) Cuando el órgano de contratación observe que la conducta del licitador es o ha sido ilícita o restrictiva de la competencia, cursará la correspondiente notificación al licitador que deberá aportar *pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación.*
- d) En cuanto a los medios de que dispone el licitador para probar su inocencia frente a la acusación del poder adjudicador, y a falta de ley o reglamento que desarrolle esta previsión, el art. 57 acepta que el licitador declare o pruebe que ha adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas, por lo que entendemos que el licitador siempre podrá acudir al mecanismo de clemencia, creado por la LDC para colaborar con las autoridades de la competencia.
- e) Se deja a criterio del poder adjudicador considerar que las pruebas aportadas por el licitador son suficientes para demostrar su inocencia.
- f) Si dichas pruebas no se consideran suficientes, se exigirá una resolución motivada adaptándose a las reglas del procedimiento sancionador de la Ley 30/92, resolución que dará paso, entendemos, a los correspondientes recursos en vía administrativa, en su caso, o en vía jurisdiccional
- g) Si existe sentencia condenatoria en ningún caso podrán acogerse a la posibilidad de presentar medios de prueba de su inocencia.
- h) La duración de la causa de exclusión no podrá exceder de 3 años desde que se produzca el hecho relevante, salvo sentencia firme que establezca un período mayor.

Serán las disposiciones legales y reglamentarias de desarrollo de la ley, las que recojan las condiciones de aplicación de estas cláusulas de exclusión y, especialmente, la duración de la misma. Tratándose de una materia que todavía no ha sido objeto de incorporación al Derecho español, el debate acerca de la configuración de las infracciones a la libre competencia, como causa de exclusión del procedimiento de contratación, queda a la espera de su definición por la normativa de transposición así como a la interpretación que el Gobierno español realice en la materia¹³. Sánchez Graells, señala la importancia de que esta previsión de la infracción a la libre competencia como causa de exclusión en la normativa europea se acerque a la regulación federal de los Estados Unidos que establece un claro régimen de suspensión para los competidores que infrinjan la normativa sobre competencia excepto para aquellos casos en que los mercados estén altamente concentrados en determinadas empresas. Sería conveniente, por tanto, establecer determinadas reglas para la exclusión: a) que la decisión de exclusión no fuera discrecional para las autoridades contractuales. b) la suspensión por un período de tiempo para aplicarla a todos los procedimientos de licitación durante ese período.

3. PROPUESTA PARA QUE LA SALVAGUARDA DE LA LIBRE COMPETENCIA TENGA LUGAR DENTRO DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN Y POR LOS ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN

La Guía de la CNMC de 2011, señala el papel crucial que el personal de los órganos contratantes tiene en la prevención y detección de acuerdos colusorios en los procesos de adjudicación de contratos públicos por cuanto, aun estableciendo el TRLCSP una serie de pautas de obligatoria observancia por el órgano de contratación en la redacción de los pliegos, la decisión del órgano de contratación es discrecional y atenderá a sus motivos, razonables y razonados, en cada caso. Por ello, la defensa de la libre competencia debe tener lugar en el propio proceso de contratación a través de los pliegos –la Ley 3/2013, de 4 de junio, de

13 Ello no obstante, la reciente Sentencia del TJUE, Sala Décima, de 18 diciembre 2014, C-470/2013, ya se ha pronunciado sobre esta causa de exclusión, sin que se haya producido la transposición de la Directiva. En esta Sentencia se plantea una cuestión prejudicial tras la exclusión de una empresa de un procedimiento de licitación por haber cometido previamente una infracción contra las normas nacionales sobre competencia, infracción condenada mediante sentencia firme. El órgano jurisdiccional remitente plantea si este motivo de exclusión queda comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva, para concluir que el TFUE no se opone a la aplicación de una normativa nacional que excluye de la participación en un procedimiento de licitación a un operador económico que ha cometido una infracción contra la normativa sobre competencia condenada mediante sentencia firme.

creación de la CNMC, en su art. 5, la legitima para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las AAPP sujetos al Derecho administrativo y las disposiciones de carácter inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados– y mediante la formación en materia de libre competencia a los gestores de contratación.

La Guía propone una serie de medidas para restringir o eliminar las conductas colusorias por los órganos de contratación en el proceso de contratación, que enumeramos a continuación:

- a) La inclusión en el expediente de una relación de las reglas de defensa de la competencia y de las prácticas anticompetitivas más comunes o, al menos, remisión a los documentos que las contengan.
- b) Establecimiento de medidas encaminadas a facilitar el acceso de los gestores a la información sobre mercados, productos y proveedores relacionados con el objeto de los contratos públicos de su competencia, así como la determinación de directrices de actuación, especialmente en el caso de las agrupaciones de empresas, o en los casos en que existan indicios o sospechas fundadas de existencia de acuerdo colusorio.
- c) Mantenimiento de una base de datos con las ofertas ganadoras, el precio u otras condiciones de adjudicación, oferentes que han participado en diferentes licitaciones y características de esas licitaciones, etc., para que se pueda consultar sobre sus posiciones en otras licitaciones, resultados...
- d) La introducción de cláusulas anticolusorias en los pliegos que pueden figurar como requisitos (art. 221.c) del RD 817/2009), como obligaciones contractuales esenciales o como causas de resolución previstas (art. 223 TRLCSP).
- e) La exigencia en los pliegos de compromisos o declaraciones juradas de los licitadores de no incurrir en prácticas colusorias.
- f) La participación de expertos en competencia que examinen los pliegos desde el punto de vista de la competencia y que puedan participar en las Mesas a los efectos de observar conductas anticompetitivas que infrinjan los pliegos y estos hayan previsto como requisito del contrato. (art. 21 del RD 817/2009).

La introducción de estas medidas conseguiría una normativa de contratación verdaderamente autónoma. Las graves consecuencias que las prácticas colusorias tienen en los procesos de contratación, y la necesidad de introducir previsiones en los pliegos que las limiten, se están poniendo de manifiesto en las resoluciones dictadas por la CNMC. Sin embargo, las sanciones impuestas a las

empresas no solucionan el problema de colusión que tiene origen en el proceso de licitación, ni las importantes distorsiones que se están produciendo en el mercado, ni los graves perjuicios causados al erario público.

La Resolución de 8 de enero de 2015 de la CNMC sanciona a 43 empresas de ámbito nacional, por repartirse uno de los mercados más importantes a nivel local: el saneamiento urbano –incluye gestión de residuos sólidos urbanos, limpieza viaria y aguas– y la recuperación de papel y cartón. Esta Resolución resulta muy ilustrativa de los ejemplos de prácticas colusorias en un proceso de contratación, si bien, los remedios a estas prácticas, no pueden limitarse al campo sancionador, obligatoriamente los órganos de contratación, deben asumir un papel activo en la redacción de los pliegos para limitar estas prácticas. La Resolución, en los hechos acreditados y las conductas investigadas¹⁴, va exponiendo las distintas figuras utilizadas para la colusión. Todas las conductas investigadas se han formalizado a través de acuerdos entre las distintas empresas que prestan ese tipo de servicios. Además de que las empresas habían acordado los adjudicatarios previamente, en uno de los contratos las empresas se constituyen en UTE, para ofertar conjunta y solidariamente, y además, pactan, para el supuesto de que resulten adjudicatarias, subcontratar con una tercera uno de los lotes del contrato. En este supuesto, encontramos las dos formas jurídicas más utilizadas para repartirse el mercado: las UTE y la subcontratación. La constitución de una UTE, si bien está amparada por el derecho constitucional de libertad de empresa, debe ser objeto de cautela por los poderes adjudicadores, puesto que, si bien, no se puede impedir su constitución para participar en los procesos de licitación, resulta dudoso y sospechoso que dos empresas que por clasificación y objeto social puedan concurrir de forma individual a un proceso de licitación, lo hagan en UTE.

En otro de los acuerdos, las empresas determinan *no acudir a la licitación para la contratación de servicios [...] habida cuenta de que las condiciones contenidas en el pliego la hacen inviable*, considerando como factores negativos contenidos en el pliego: la rebaja del canon en un 25%, la asunción del personal de la contrata actual, la ausencia de revisión del contrato y la normativa que ha de cumplir la maquinaria. Otro de los acuerdos suscritos por las empresas para participar en el *pastel* de los contratos públicos, vuelve a poner de manifiesto el peligro de las UTE y la subcontratación para la libre competencia: un denominado *acuerdo de participación conjunta* en el que una de las empresas se

.....

14 http://www.cnmc.es/Portals/0/Notas%20de%20prensa/Resolucion_S_429_12_RESIDUOS.pdf. Vid. pp. 39-47.

compromete, en el supuesto de resultar adjudicataria, a conceder y otorgar a las restantes firmantes del acuerdo un porcentaje de participación que, incluso, se puede incrementar si alguna de ellas decidiera no participar. También firmaron un *acuerdo de licitación conjunta* para concurrir en UTE. Otra de las fórmulas para coludir, puestas de manifiesto por esta resolución, es la constitución de una cuenta de participación para cada una de las empresas de un 50% en la que se establecieran sus derechos y obligaciones. Incluso el acuerdo incluía el derecho a solicitar al Ayuntamiento, autorización para ceder contratos una vez adjudicados a una UTE.

IV. CONCLUSIONES: LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO POLÍTICA PÚBLICA

1. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO POLÍTICA PÚBLICA

Contrariamente a lo que marca la ley de competencia desleal y de defensa de la competencia, la contratación pública ha sido creada también para conseguir políticas secundarias, sin que ello constituya un obstáculo para respetar los retos de la libre economía: competencia, integridad y transparencia, y sus funciones básicas: conseguir las mejores condiciones: precio, calidad, tiempo de suministro, etc. Los órganos de contratación, al definir su actividad contractual, atenderán no sólo a consideraciones mercantiles como los sujetos privados, sino también a consideraciones de interés general definidas por cada Estado. Las compras públicas pueden ser un importante instrumento de política macroeconómica con el que el Gobierno influya en los sectores económicos y en la sociedad. La contratación pública no debe ser un fin en sí misma, sino un instrumento al servicio del interés general, de especial incidencia en las políticas económicas y sociales. Hay que poner en valor, por tanto, la perspectiva instrumental de la contratación pública¹⁵.

15 El uso de la contratación pública para promover políticas públicas, se ha construido a través de la jurisprudencia del TJUE –Asunto Grebieders Beetjes BV STCE de 20 de septiembre de 1998, Asunto Concordia Bus, STCE 17 de septiembre de 2002, Asunto Nord-Pas-de-Calais, STCE de 26 de diciembre de 2000– y a través del *soft law* –la Comunicación Interpretativa de la Comisión de 15 de octubre de 2001–. El Asunto Concordia Bus, examina la inclusión como criterio de adjudicación de criterios medioambientales, en concreto, puntos adicionales por unos vehículos cuyas emisiones de óxidos de nitrógeno y ruido debían ser inferiores a determinados límites y que sólo podían ser prestados por un determinado licitador, motivo por el que, Concordia Bus, planteó una vulneración de la libre competencia, para acabar señalando el TJCE que *no cabe excluir que factores que no son puramente económicos puedan*

El Reino Unido, en el que los contratos celebrados por las AAPP están sometidos al régimen privado (*the rule of law*), es el país europeo donde más se ha experimentado en los contratos públicos como medio para alcanzar los objetivos políticos, ante las dificultades de introducirlos a través de medidas legislativas. En el momento actual del gobierno de Cameron, la actividad pública de contratación para la consecución de objetivos políticos tiene el nombre de *contractual revolution*.

También en Alemania, la Ley de Defensa de la Competencia integra, en uno de sus capítulos, la ley de adquisiciones públicas, que mantiene una directriz política clara: la protección de las PYME y el deseo de no relegarlas a meras subcontratistas, adoptando diferentes medidas que se consideran prioritarias en la configuración del procedimiento de contratación a los efectos de la protección de las PYME.

En España, en tanto no se modifique el TRLCSP, debe ser la normativa sectorial la que establezca previsiones para la consecución de los objetivos políticos que el gobierno se proponga. Será el órgano de contratación el que introduzca estas previsiones, como condición especial de ejecución del contrato, o condiciones de selección cualitativa del empresario, o como preferencia en la adjudicación; e incluso como criterios de adjudicación, previsiones que deben ser justificadas y proporcionales al objeto social o de interés público perseguido, en el caso de que introduzcan limitaciones a las libertades comunitarias. La obligación de aportar, como documentación administrativa, la relativa al cumplimiento de la obligación de contar con un 2% de trabajadores con discapacidad, introducida por la Ley 13/82, de integración social de minusválidos, es un ejemplo. El uso de esta cláusula en los PCAP, como criterio de selección cualitativa de los empresarios, se está generalizando y, la Resolución 7/2013, del TCPCM, avala la decisión del órgano de contratación de excluir a un licitador por incumplimiento de las condiciones establecidas en el Pliego, al no haber aportado documentación que acreditase el cumplimiento de dicha condición antes de la fecha de finalización de la presentación de ofertas. Otro ejemplo, lo encontramos en la Ley Orgánica

.....

afectar al valor de una oferta para dicha entidad adjudicadora si bien deben estar directamente relacionados con el objeto del contrato, no deben atribuir una libertad incondicional de elección, deben mencionarse en el pliego y respetar los principios del derecho comunitario. Esta relación con el objeto del contrato se plantea en el Asunto Wienstrom, STCE de 4 de diciembre de 2003, al incluir como criterio de adjudicación la utilización de un determinado porcentaje de energías renovables en la producción de electricidad para la adjudicación de un contrato de suministro de electricidad. La inclusión de criterios medioambientales o relacionados con el coste del ciclo de vida como criterios de adjudicación ha tenido su reflejo en los arts. 67 y 68 de la Directiva.

3/2007 para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, que establece, en su art. 34, el deber de incluir como condición especial de ejecución del contrato la promoción de la igualdad entre el hombre y la mujer en el mercado de trabajo; y más allá, su párrafo segundo, posibilita que los órganos de contratación establezcan en los pliegos la preferencia, en la adjudicación de los contratos, de las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, cumplan con esas directrices, siempre que estas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudicación.

2. LA NECESARIA INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Actualmente resulta indudable la incidencia directa de la contratación pública en los resultados macroeconómicos de los EM y en las formas de distribución de la riqueza, de ahí que la utilización de la contratación para la consecución de objetivos sociales haya sido uno de los motivos de la reforma de la Directiva en materia de contratación. La nueva Directiva 24/2014/UE, en su Exposición de Motivos, sitúa los pilares básicos sobre los que se van a articular las disposiciones fundamentales en materia de contratación, en la lucha contra conductas deshonestas y el favoritismo y apunta al falseamiento de la competencia como uno de los motivos que da lugar a los conflictos de interés en la contratación, origen, a su vez, del favoritismo y las conductas deshonestas. El conflicto de interés se define por la Directiva como aquella situación en que los participantes en el desarrollo del procedimiento de contratación, tengan un empeño que pueda comprometer la imparcialidad e independencia del proceso. En este sentido pide a los EM que vigilen a los poderes adjudicadores para que adopten *las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratación a fin de evitar cualquier falseamiento de la competencia y garantizar la igualdad de trato de todos los operadores económicos* –art. 24 de la Directiva–. De esta forma, la Directiva corona a la defensa de la competencia y la igualdad de trato como pilares de la objetividad y la integridad en la contratación pública.

En España, la necesidad de dotar de integridad a la actuación pública, está en el fundamento de la aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Cuando en su elaboración, se solicitó informe a la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia, para introducir en su redacción medidas que redundaran en un mejor funcionamiento competitivo de los mercados, esta propuso la necesidad de que la información contractual a facilitar por los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley, fuera más extensa e incluyera información relativa,

agregada y concisa sobre los licitadores, adjudicatarios, precios de adjudicación, valoración final de las distintas ofertas, modificaciones, subcontratistas, importe de la subcontratación, tanto en los contratos como en las encomiendas de gestión. Y ello porque, aunque el art. 8 de la misma exija publicar datos sobre la adjudicación, para una adecuada defensa de la competencia e igualdad de trato es necesario conocer los pormenores de todo el proceso siempre que no afecten al principio de confidencialidad. Las sugerencias realizadas por la CNMC incluían información sobre la identidad de los licitadores, ofertas económicas de todos ellos, puntuaciones finales obtenidas por todos ellos, identidad de los subcontratistas, importe y porcentaje en volumen del contrato subcontratado, no han sido recogidas en su redacción final.

La CNMC está especialmente preocupada por el instituto de la subcontratación como origen de actuaciones colusorias. En este sentido exige transparencia en las encomiendas de gestión, dada la existencia de trabajos subcontratados por el medio propio con terceras empresas ajenas al sector público, así como por la sospecha de que el precio que se paga por dichas encomiendas no siempre corresponde al de mercado, de ahí la necesidad de incluir tanto las subcontratas con terceros, como el precio de las encomiendas. En la redacción final se ha incluido la obligación expresa de publicar las encomiendas de gestión, su objeto, presupuesto, duración, obligaciones económicas, subcontrataciones, adjudicatarios, procedimiento seguido e importes.

3. LA PUESTA EN VALOR DE LA COMPETENCIA COMO REQUISITO PARA EL FOMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS A TRAVÉS DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL: LA PARTICIPACIÓN DE LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Una adecuada definición y defensa de la competencia en los pliegos coadyuva a conseguir un mercado más efectivo e igualitario; loable objetivo político a alcanzar con la contratación pública, objetivo que ya se infiere en las nuevas Directivas que *pretenden un escenario de contratación pública más competitivo ligado a concretas políticas pública*. El Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE, marca el hito para la reforma de las Directivas de contratación. La Comisión advierte de los riesgos que supone la adopción de decisiones de contratación por los compradores públicos en mercados de estructura anticompetitiva, insistiendo en que, aun siendo las decisiones de los órganos de contratación conformes a las directivas, aquellas no tienen en cuenta las estructuras del mercado, lo que puede consolidar o incluso agravar estructuras contrarias a la competencia. Así ocurre en los contratos de alto valor en los sectores en los que las autoridades públicas son los principales clientes o en los que la

demanda privada no es suficiente para compensar la repercusión de las compras de las autoridades públicas en el mercado. Por ese motivo, el Libro Verde anima a los poderes adjudicadores al estudio de la estructura de los mercados para adaptar los contratos al mismo, reduciendo el volumen o la duración de los contratos, o dividiendo los contratos en lotes, con objeto de maximizar la competencia a través de la participación de las PYME que acaban eliminando las distorsiones en la competencia y disminuyendo el precio de los productos, con la consecuente mayor eficiencia del gasto público y la optimización de las inversiones.

Las PYME representan más del 50% de la estructura laboral económica de Europa, si bien, sólo acceden a una tercera parte de la contratación pública. En Cataluña, el Acuerdo del Gobierno Catalán de 16 de abril de 2013, señala que las PYME representan el 99% de las empresas existentes, emplean al 70% de las personas ocupadas y generan el 60% del Producto Interior Bruto catalán. El citado Acuerdo propone una serie de medidas que deben ser trasladadas a la normativa de contratación para facilitar el acceso a la contratación pública de las PYME y fomentar su participación efectiva en la contratación pública, así como medidas a adoptar durante la ejecución del contrato¹⁶.

El informe de la Comisión Europea sobre el papel de las PYME en el mercado laboral, publicado en enero de 2012, concluye que las PYME crearon el 85% de los empleos netos en la Unión Europea entre 2002 y 2010, por lo que los Estados deben tomar conciencia y fomentar la presencia de las PYME y tras-

.....

- 16 Además de las medidas clásicas de la utilización de la subcontratación y agrupaciones empresariales entre pequeñas y medianas empresas, división del objeto del contrato en lotes, el Acuerdo menciona medidas novedosas y necesarias, entre otras: Formación, comunicación y representación de las pequeñas y medianas empresas en los procesos de contratación pública; plataforma de contratación única; duración máxima de los AM por 2 años; evitar la licitación de varios objetos contractuales en un único procedimiento; excluir las subastas electrónicas en aquellos procedimientos en que el gasto en mano de obra sea el mayor concepto; inadmisión en los pliegos de las bolsas de contratación por horas sin coste para los licitadores y limitar la introducción de mejoras; velar para que la adjudicación del contrato no esté exclusivamente determinada por el criterio precio; impulsar la inclusión entre los criterios de adjudicación de los cumplimientos o incumplimientos de contratos anteriores; incluir criterios de adjudicación relacionados con el ciclo de vida y con el medio ambiente; valorar la incorporación en la plantilla de un porcentaje de trabajadores con minusvalía superior al determinado por ley; incorporar la valoración de la proximidad de los centros de trabajo si con ello se mejora la eficiencia en el desarrollo del objeto del contrato; hacer partícipes a las PYME de las adjudicaciones de contratos menores y negociados; designar responsables del contrato; rigor en las descripciones del personal a subrogar; imponer medidas para agilizar los cobros por los subcontratistas; velar por el cumplimiento de las medidas y cláusulas contractuales; e impulsar la utilización del arbitraje para la resolución de conflictos.

ladar ese papel activo que tienen en la economía también a la contratación pública. Propone para ello, levantar las barreras derivadas de la dificultad de obtener información, de la escasez de tiempo para preparar las proposiciones, evitar excesivos trámites administrativos, limitar las garantías exigidas o favorecer la coparticipación en la licitación, las excesivas exigencias establecidas en el ámbito de la capacidad/solvencia que se exige para concurrir a las licitaciones, entre otras muchas. Y todo ello porque la adopción de estos mecanismos incentiva la competencia, lo que a su vez supone mayor eficiencia del gasto público y la optimización de las inversiones públicas¹⁷.

Uno de los motivos para la revisión de las Directivas, referidos en la Exposición de Motivos de la Directiva 2014/24/UE, ha sido el incremento de la eficiencia en el gasto público y así permitir que los compradores utilicen mejor la contratación en apoyo de objetivos sociales comunes. La Directiva pretende una mayor concurrencia de licitadores y, desde el punto de vista estratégico o instrumental de la contratación, se marca como objetivo la mejora del acceso al mercado para las PYME, propósito que generará un mercado público más competitivo y beneficiará a los contribuyentes. Y la libre competencia, no puede defenderse sólo desde el punto de vista de la oferta más ventajosa, desde el punto de vista económico, sino que en un país desarrollado, debe defenderse una aplicación de los principios de contratación pública para la consecución de un tejido empresarial más diversificado¹⁸, que determinará una competencia más

.....

17 Múltiples han sido las iniciativas adoptadas en el seno de la UE en este sentido –la Small Business Act for Europe (SBA), el «Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos»–. En lo que se refiere a la situación en España, el informe *Opening public procurement to SMEs (small and médium-sized enterprises)* elaborado en septiembre de 2010, en el que se evalúa el acceso de las PYMES a los mercados públicos en la Unión Europea revela la situación desventajosa en que se encuentran las PYMES de la República Checa, Chipre, España y Portugal frente a sus homólogas de Luxemburgo, Eslovaquia, Alemania e Irlanda, donde se asegura un acceso a los mercados públicos muy satisfactorio. Como van poniendo de manifiesto distintos estudios, el desempleo no crea sino mayores desigualdades, por lo que, de alguna manera, un Gobierno preocupado por el bienestar de sus ciudadanos deberá velar para que sus políticas de contratación se dirijan a crear empleo. La OCDE ha puesto de manifiesto en un informe del pasado mes de junio de 2014, como las desigualdades económicas son la principal causa de desigualdades sociales y de la falta de integración juvenil, por lo que sólo con políticas adecuadas de empleo podrá conseguirse mayor integración social y menores problemas globales.

18 Según datos del INE, en España existen 3.146.500 empresas constituidas. Sin embargo, la mayor parte del importe que las Administraciones gastan en contratos se adjudica a unas pocas. <http://www.madrid.es/UnidadesDescentralizadas/PerfilContratante/Contenidos/Fase1/Promocionales/Transparencia/ADJUDICATARIOS%202013%20RESTO%20CONTRATOS%20POR%20IMPORTE.pdf>

eficaz y un gasto público más eficiente, en palabras de Gimeno Feliu: *en modo alguno, puede justificarse que la propia recesión económica, en una aplicación absoluta del principio del valor económico de la oferta como elemento de decisión en la compra pública, se traduzca en un proceso de destrucción del tejido productivo empresarial español y europeo, en tanto con tal opción se incrementarán los efectos de la crisis creando una fractura social de difícil recomposición*¹⁹.

La defensa de la competencia debe ser capaz de generar efectos positivos que compensen los costes del sistema. Una vez que el mercado interior ha madurado, las metas del mercado interior deben ser sustituidas por las políticas secundarias como ya se vislumbra en la Directiva 24/2014/UE. La política de la competencia en el mercado ha optado progresivamente por dar más importancia a la eficacia económica y abandonar la integración total del mercado. También la política de la contratación pública debe abandonar la integración total del mercado para incrementar la competencia y la eficiencia a los efectos de ahorrar costes en la contratación, poder introducir políticas secundarias y dotar de integridad a la contratación pública. El beneficio en costes que posibilita la competencia en los mercados debe permitir que la contratación pública se dirija a otros objetivos, entre ellos, la participación de las PYME en la contratación para contribuir al bienestar social y a mercados más competitivos y abiertos. Esta exigencia requiere rediseñar la norma española.

V. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTOS ON LINE

1. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, R.: «El Soft Law comunitario». *Revista de Administración Pública*, 154 (enero-abril de 2001).
- BERASATEGUI, J.: «Comentarios al Proyecto de Ley de Contratos Públicos», *La Ley*, 6654 (lunes, 19-2-2007).

.....

19 En el ámbito nacional, también los órganos consultivos están intentando que la contratación pública se haga eco de las necesidades de las PYME. El Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda, a la Guía sobre contratación pública y competencia de la CNC, señala que *un enfoque que no tome en consideración objetivos distintos al de obtención de un máximo de concurrencia, no siempre resulta adecuado en el ámbito de la contratación pública. La contratación pública viene siendo a nivel comunitario y nacional un instrumento para colaborar con otras políticas, tales como la medioambiental, la social, de innovación o de protección de las PYME. Este enfoque puede y debe hacerse compatible con el respeto a la libre concurrencia.*

- ESTEVEAN DE QUESADA, C.: «Competition and transparency in public procurement markets», *Public Procurement Law Review* (2014).
- GIMENO FELIÚ, J.M.: «Las nuevas Directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 159/2013, Civitas, Pamplona (2013).
- MARÍN ALBARRÁN, E.: «Parámetros de control de la adjudicación de Contratos públicos en los nuevos órganos de Recursos contractuales», *Revista de Estudios Locales CUNAL*, 161 (agosto de 2013).
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M^a: «El art. 24.1 de la CE como ‘norma de conducta’ para jueces y tribunales y como ‘norma de control’ para el Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 74 (mayo-agosto de 2005).
- SÁNCHEZ MORÓN, M. / DEL OLMO ALONSO, J.: *El Derecho de los Contratos Públicos en la Unión Europea y sus Estados Miembros*, Lex Nova, Madrid, 2011.
- SÁNCHEZ GRAELLS, A.: *Public Procurement and the competition rules*, Hart Publishing-Oxford and Portland, Oregon, 2011.

2. DOCUMENTACIÓN ON LINE

- AUTORIDAD CATALANA DE COMPETENCIA: Acuerdos Marco en el ámbito de la contratación pública: Guía para un uso pro-competitivo, mayo de 2013:
<http://acco.gencat.cat/ca/detall/article/Acords-marc-en-lambit-de-la-contractacio-publica-guia-per-a-un-us-procompetitiu>
- Guía para la detección y prevención de la colusión en la contratación pública, junio de 2010:
<http://acco.gencat.cat/ca/detall/article/Guia-per-a-la-prevencio-i-detecio-de-la-collusio-en-la-contractacio-publica-00001>
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las pyme a los contratos públicos. Bruselas:
http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/sme_code_of_best_practices_es.pdf.
- COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA: Guía sobre contratación pública y competencia, 2011:
<http://www.cncompetencia.es/Inicio/Promocion/GuiaparaAAPP/tabid/177/Default.asp>
- Informes sobre pliegos:
<http://www.cncompetencia.es/Inicio/Informes/Informessobrenormativa/tabid/166>
- GIMENO FELIU, J.M.: La importancia de la valoración del criterio precio desde la óptica de la proporcionalidad lineal. –El principio de transparencia e igualdad de trato como parámetro–. Observatorio de la Contratación pública, 2014:
<http://www.obcp.es/.../chk.7d7a55a5c7eece783d435aaebc8292cd>
- GOBIERNO DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA: Acuerdo de medidas del Gobierno para facilitar el acceso a la pequeñas y medianas empresas, de 16 de abril de 2013:
http://www10.gencat.cat/ecofin_jcca/ni/docs/AG-PIMES.pdf.

- KARJALAINEN, K.: Challenges of Purchasing Centralization. Empirical Evidence from Public Procurement. Helsinki School of Economics, 2009:
<http://epub.lib.aalto.fi/pdf/diss/a344.pdf>
- LÓPEZ MIÑO, A. / VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: «Insuficiencia del derecho español para impedir y corregir la colusión en la contratación pública», 2012:
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2191797
- MARTÍNEZ FONS, D.: Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública. Documento de trabajo. 153/2009:
<http://www.falternativas.org/laboratory/documentos/documentos-de-trabajo/clausulas-sociales-libre-competencia-y-contratacion-publica>
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS: La influencia de los ingresos en las desigualdades:
<http://www.oecd.org/els/soc/OECD2014-Income-Inequality-Update.pdf>
- SÁNCHEZ GRAELLS, A.: Public Procurement and Competition: Some Challenges from Recent Developments in EU Public Procurement. 2013. Contribution to Bovis, C. (ed) Research Handbook on European Public Procurement:
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2206502
- Distortions of Competition Generated by the Public (Power) Buyer: A Perceived Gap in EC Competition Law and Proposals to Bridge It. Oxford, agosto de 2009:
<http://intranet.law.ox.ac.uk/ckfinder/userfiles/files/CCLP%20L.%202009.pdf>
 - Competition and the public buyer. Towards a more competition-oriented procurement—The principle of competition embedded in EC public procurement directives, 2009:
<http://ssrn.com/abstract=1928724>
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: Derecho de la Contratación pública y Derecho Antitrust. Acuerdos colusorios entre licitadores: diagnóstico y remedios en el procedimiento de adjudicación. Universidad de Castilla-La Mancha Cuenca, febrero de 2013:
<http://www.obcp.es/...colusorias.../chk.850216387b2467e7a8420f996f544c95>