

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	5
RESUMEN.....	6
INTRODUCCIÓN.....	7
1. JUSTIFICACIÓN.....	7
2. OBJETIVOS.....	7
3. METODOLOGÍA.....	8
4. ESTRUCTURA.....	9
5. PRINCIPALES CONCLUSIONES.....	9
CAPÍTULO 1. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA.....	11
1.1. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO. EVOLUCIÓN DOCTRINAL Y NORMATIVA DEL CONCEPTO.....	11
1.2. LA CONTRATACIÓN ESTRATÉGICA.....	19
1.3. LAS CIFRAS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA.....	21
1.3.1. Los Contratos Menores.....	25
1.4. POSICIÓN DE ESPAÑA EN EL CONTEXTO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	30
1.5. LAS CIFRAS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ANDALUCÍA.....	32
CAPÍTULO 2. LOS ENTES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	35
2.1. COMPETENCIA: CONCEPTO Y ENFOQUES ECONÓMICOS.....	35
2.2. POLÍTICAS DE COMPETENCIA EUROPEA, ESPAÑOLA Y ANDALUZA.....	38
2.2.1. Políticas de Competencia en la Unión Europea.....	38
2.2.2. Políticas de Competencia en España.....	43
2.2.3. Políticas de Competencia en Andalucía.....	45
2.3. EL PAPEL DE LAS ENTIDADES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	46
CAPÍTULO 3. LA AGENCIA DE LA COMPETENCIA Y DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA DE ANDALUCÍA. ACTUACIONES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	51
3.1. TRAYECTORIA Y FUNCIONES.....	52
3.2. DEFENSA DE LA COMPETENCIA.....	53
3.2.1. Conductas Colusorias.....	56
3.2.2. Abuso de posición dominante.....	60
3.2.3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales.....	64
3.3. PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA.....	65
3.3.1. Informes Sectoriales.....	68
3.3.2. Informes Consultivos.....	70
3.3.3. Informes de recomendaciones.....	71
3.4. LA MEJORA DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA Y UNIDAD DE MERCADO.....	73
3.4.1. Informes Normativos sobre Anteproyectos de Ley y Proyectos de Decretos.....	75
3.4.2. Informes Normativos sobre Órdenes de Consejerías.....	78
3.4.3. Plan para la Mejora de la Regulación Económica de Andalucía 2018-2024.....	79
3.4.4. Cómo medir la calidad de la regulación económica.....	80
CONCLUSIONES.....	83
RECOMENDACIONES.....	85
BIBLIOGRAFÍA.....	90

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla1.....	5
Tabla2.....	21
Tabla3.....	22
Tabla4.....	22
Tabla5.....	29
Tabla6.....	30
Tabla7.....	32
Tabla8.....	33
Tabla9.....	34
Tabla10.....	54
Tabla11.....	55
Tabla12.....	66

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1.....	23
Gráfico 2.....	23
Gráfico 3.....	65
Gráfico 4.....	75
Gráfico 5.....	80

ABREVIATURAS

ACCO	Autoritat Catalana de la Competència
ACREA	Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía
ADCA	Agencia de la Defensa de la Competencia de Andalucía
AAPP	Administraciones Públicas
CCA	Consejo de la Competencia de Andalucía
CCAA	Comunidades Autónomas
CNC	Comisión Nacional de la Competencia
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
COVID-19	Virus SARS-CoV-2
DI	Departamento de Investigación de la ACREA
CE	Constitución Española
EELL	Entidades Locales
ES	España
LCAP	Ley de Contratos de la Administraciones Públicas
LCD	Ley de Competencia Desleal
LCSP	Ley de Contratos del Sector Público
LDC	Ley de Defensa de la Competencia
LGUM	Ley de Garantía de la Unidad de Mercado
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
ONE	Oficina Nacional de Evaluación
OIRESCON	Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación
PIB	Producto Interior Bruto
PLACSP	Plataforma de Contratación del Sector Público
PYMES	Pequeñas y Medianas Empresas
RCSP	Registro de Contratos del Sector Público
TDC	Tribunal de la Defensa de la Competencia
TRLCAP	Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
UE	Unión Europea

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza la contratación pública desde la perspectiva de las políticas de promoción y defensa de la competencia y de la mejora de la regulación económica, evaluando los efectos que éstas generan sobre la misma.

Para ello, se define qué es la contratación pública y cuál es su regulación, se analiza la contratación pública en España y dónde se encuentra dentro del panorama europeo, se identifica el marco regulador de las políticas de defensa de la competencia, y se evalúan los efectos de las políticas de competencia, analizando el resultado de las actuaciones de la Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía, en materia de contratación pública.

INTRODUCCIÓN

1. JUSTIFICACIÓN

El impacto de la contratación pública en las economías de los países es indudable. Según estimaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), el volumen de contratación pública en sus países miembros representa en torno al 12,6 % del PIB, elevándose hasta un 14,9 % en los países de la UE y que en el caso de España lo sitúa en un 11,4 %¹. Otros organismos elevan el peso de la contratación pública en España hasta el 20% del PIB², siendo probablemente el sector más importante de la economía española.

Este elevado volumen de gasto, convierte a la contratación pública en un instrumento estratégico, que gestionado de forma eficiente, permite la puesta en práctica de un amplio catálogo de políticas socialmente responsables, orientadas hacia la consecución de objetivos tales como la protección medioambiental, el desarrollo sostenible, medidas de protección social, promoción y desarrollo de las pequeñas y medianas empresas, impulso de la innovación.

Ahora bien, la contratación pública ha de desarrollarse sobre la base de una gestión eficaz y eficiente de los fondos públicos, cimentada, entre otros, en el principio de concurrencia y en la salvaguarda de la libre competencia.

Este trabajo aborda la contratación pública desde la óptica de la política de defensa de la competencia entendida en un sentido amplio, donde también tendrían cabida la promoción de la competencia y la mejora de la regulación económica. Para ello, se analizará el papel asumido por las instituciones de defensa de la competencia y profundizará en el caso de la Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía.

2. OBJETIVOS

La propuesta que aquí se presenta, tiene como objetivo general el análisis de la contratación pública desde la perspectiva de la competencia efectiva y de la libre concurrencia, con especial atención a las actuaciones desarrolladas en este ámbito por las autoridades de competencia. Para el alcance de este propósito, se han fijado los siguientes objetivos específicos:

- Definir qué es la contratación pública y cuál es su regulación.
- Exponer las cifras de la contratación pública en España y Andalucía, y contextualizar la calidad de su gestión en el panorama europeo,
- Identificar el marco regulador de las políticas de defensa de la competencia en materia de contratación pública, y el papel desempeñado en este ámbito por las autoridades de competencia.
- Evaluar los efectos de las políticas de competencia en la contratación pública, mediante el análisis de las actuaciones de la Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía.

¹Estima la OCDE que el *gasto en contratación pública como porcentaje del PIB fue del 12,6 % del PIB en 2019. Entre los 22 países de la OCDE-UE para los que hay datos disponibles lo cifra en un 14,9 % del PIB en 2020. Para España ha estimado un 11,6 % del PIB en 2020 (OECD 2021, Government at a Glance 2021, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/1c258f55-en>).*

²El Observatorio de Contratación Pública lo establece alrededor de 20 % del PIB de España (<http://www.obcp.es/que-es-el-obcp>)

3. METODOLOGÍA

Para la consecución de los objetivos indicados, en el presente trabajo se utiliza una hibridación del método deductivo, con otras metodologías específicas muy comunes en las investigaciones de ciencias sociales, tales como: análisis observacional, investigación documental, análisis histórico, análisis estadístico, análisis económico del derecho y revisión de la literatura.

Así, sobre la base de una metodología deductiva, en este trabajo se traza una línea de análisis que va desde la observación de los aspectos generales de la contratación pública (Capítulo 1) y de las políticas de competencia (capítulo 2), en sus vertientes jurídicas y doctrinales, hasta el estudio de los casos particulares que han motivado la emisión de Resoluciones e Informes (Capítulo 3) por parte de la Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía (ACREA).

Así mismo, mediante el análisis observacional hemos podido conocer el comportamiento anticompetitivo de los agentes económicos que participan en los procedimientos de licitación celebrados en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Igualmente, gran parte del presente estudio se sustenta en la investigación documental de normativa, informes, resoluciones, instrucciones, recomendaciones, memorias y demás documentos, a los que se alude durante todo el texto. También se ha recurrido al análisis histórico, mediante la revisión cronológica de la normativa de contratación pública y de competencia, así como de las distintas etapas por la que ha transitado la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) o la propia ACREA. Además, se han incluido varios análisis estadístico sobre las cifras de contratación pública, y sobre el número y proporción de resoluciones e informes sobre contratación pública emitidos por la ACREA. Por otro lado, la naturaleza multidisciplinar de la materia objeto de estudio, en tanto que la política de competencia entrelaza elementos del Derecho y de la Economía, nos lleva a la implementación de técnicas propias del análisis económico del derecho.

En lo que se refiere a la revisión de la literatura sobre contratación pública, hemos de afirmar que aunque es bastante amplia, son escasos los trabajos de investigación sobre los efectos de las conductas anticompetitivas en este ámbito. No obstante, cabe destacar el ESTUDIO SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ANDALUZA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA COMPETENCIA (2010), realizado por la ACREA, en el que se detectan y analizan las prácticas de las administraciones que inciden de forma negativa en el desarrollo efectivo de una libre competencia, y que deriva en la publicación de las RECOMENDACIONES PARA FACILITAR EL ACCESO Y PROMOVER LA COMPETENCIA EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ANDALUZA (2010), elaborado por la ACREA en colaboración con la Comisión Consultiva de Contratación Pública, donde se desarrolla una batería de recomendaciones dirigidas a las administraciones públicas sobre los aspectos a considerar en el diseño de los procedimientos y en la elaboración de los pliegos³. Cabe mencionar también el artículo de PALMA MARTOS, L. y LÓPEZ-ESCOBAR ANGUIANO A. (2020) denominado, “*El nuevo rol de las autoridades de competencia en la ley 9/2017, de contratos del sector público*”, en el que se analiza la relación entre las legislaciones de competencia y contratación pública, y se aportan recomendaciones sobre aspectos a incorporar en el desarrollo reglamentario del procedimiento sumarisimo regulado en el Artículo 150.1 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP).

Por último, los datos sobre contratación pública han sido extraídos desde las páginas web de la Comisión Europea, el portal web de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación y desde el Registro de Contratos de la Junta de Andalucía. En relación con ello, hemos de decir, que a pesar de que el

³ Ambos documentos son anteriores a la actual Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público

número y calidad de las fuentes han mejorado en los últimos años, adolecen de una necesaria homogeneidad entre los datos ofrecidos por las distintas administraciones.

4. ESTRUCTURA

El trabajo se divide en tres capítulos, bien diferenciados.

El primer capítulo tiene como objetivo centrar la situación de partida, realizando para ello un análisis general de la evolución normativa y doctrinal de la contratación pública, con alusión especial a su condición de herramienta estratégica. Posteriormente se muestran las cifras generales de contratación pública en España, y su posición en el contexto de la Unión Europea, así como las cifras referidas a la contratación pública andaluza.

En el segundo capítulo, se aborda el concepto de competencia, con unas breves reseñas sobre los distintos enfoques o sistemas de políticas de competencia. Seguidamente se repasa la evolución de la normativa de competencia europea, nacional y autonómica, y se concluye con el análisis de los entes de defensa de competencia y su papel en la contratación pública.

En el tercer capítulo se describen las funciones de la Agencia de la Competencia y la Regulación Económica de Andalucía, y se analiza la actividad desarrollada por ésta en el ámbito de contratación pública. Este se divide en cuatro apartados. En el primero se hace un breve comentario sobre la trayectoria recorrida por la Agencia, identificando las distintas fases alcanzadas, surgidas a consecuencia de las diversas reformas, tanto en el aspecto institucional como en el ámbito competencial de actuación. El segundo apartado recoge las actuaciones emprendidas por la Agencia para corregir los efectos adversos, que las conductas contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia, generan en el Mercado, con especial atención a los expedientes y Resoluciones en materia de contratación pública. En el tercer apartado se muestra el conjunto de acciones acometidas por la Agencia en su labor de promoción de la competencia efectiva en los mercados, para prevenir la aparición de conductas anticompetitivas, en el ámbito de la contratación pública, enumerándose los Informes de Promoción de la Competencia relacionados con la contratación pública. Y para finalizar, el cuarto apartado se centra en la labor consultiva de la Agencia, como ente encargado de determinar la incidencia de un proyecto normativo en la competencia efectiva, unidad de mercado y actividades económicas.

Finalmente, se recopilan a modo de conclusiones las principales ideas extraídas de los capítulos anteriores, y se proponen sobre la base de las mismas, una serie de recomendaciones. El trabajo se cierra con la enumeración de las referencias bibliográficas.

5. PRINCIPALES CONCLUSIONES

La contratación pública tiene un gran peso en las economías nacionales. En los últimos años se han introducido importantes reformas normativas en la Unión Europea y por ende en los estados miembros, que han devenido en la concepción de la contratación pública como una herramienta estratégica al servicio de objetivos propios de otras políticas públicas como son los sociales y laborales, medioambientales, de apoyo a la PYMEs, la innovación y el desarrollo o la defensa de la competencia.

Resulta evidente que las prácticas anticompetitivas entre los licitadores provocan un incremento en el gasto público, lo que obliga a establecer medidas preventivas especiales en la normativa de contratación pública. Por ello, la Ley de Contratos del Sector Público de 2017 (LCSP) ha incluido una serie de novedades sobre las formas de interrelación entre las autoridades de competencia y los diferentes órganos administrativos que intervienen en las licitaciones. No obstante, sigue pendiente el desarrollo del procedimiento sumarísimo regulado en el artículo 150 de la LCSP, que resulta fundamental para dar seguridad jurídica a las actuaciones emprendidas en esta materia.

En cuanto a los comportamientos anticompetitivos de los licitadores, hemos podido comprobar mediante el análisis de las resoluciones emitidas por la ACREA, su tendencia a agruparse en cárteles y acordar el reparto del mercado. Para ello recurren, entre otras conductas, a la fijación directa o indirectamente del precio de adjudicación, la presentación de ofertas de cobertura, la presentación de ofertas agrupadas en UTE en el caso de licitaciones con gran número de lotes, o a la supresión o retirada de ofertas de forma que al final solo queda una licitadora.

Podemos concluir que se trata de sistemas de colusión complejos y sofisticados, difíciles de detectar, que exigen la necesidad de contar con herramientas más avanzadas, vinculadas al análisis de grandes cantidades de datos, además de fomentar la necesaria colaboración entre las Administraciones y las autoridades de competencia, y de ampliar los programas de formación al personal funcionario encargado de gestionar la compra pública.

Por último, resulta fundamental la actuación de la ACREA en cuanto a la promoción de la competencia en el ámbito de la contratación pública, dado que desde las propias Administraciones se incide de forma negativa en el desarrollo efectivo de una libre competencia. En este sentido cabe destacar la publicación de las RECOMENDACIONES PARA FACILITAR EL ACCESO Y PROMOVER LA COMPETENCIA EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ANDALUZA (2010), documento elaborado por la ACREA en colaboración con la Comisión Consultiva de Contratación Pública, donde se desarrolla una batería de recomendaciones dirigidas a las administraciones públicas sobre los aspectos a considerar en el diseño de los procedimientos y en la elaboración de los pliegos.

CAPÍTULO 1. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA.

En este capítulo, primero abordaremos la cuestión de la contratación pública desde un plano conceptual y jurídico, atendiendo a la evolución histórica de la figura del contrato administrativo y a las soluciones legislativas que se han ido adoptando en el devenir de esta figura. Una vez centrada la cuestión, entraremos en el análisis descriptivo de la contratación pública en España, mediante la observación cuantitativa de los datos de licitaciones, y trataremos de ubicar la posición de España en el contexto de la Unión Europea. Por último, se mostrará un breve resumen de las principales cifras de contratación pública de la Junta de Andalucía y sus entes instrumentales.

1.1. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO. EVOLUCIÓN DOCTRINAL Y NORMATIVA DEL CONCEPTO

El aprovisionamiento de bienes y servicios por parte del Estado, no siempre se ha realizado al amparo de una posición de superioridad frente al particular. La ausencia de recursos jurídicos específicos era cubierta por figuras propias del derecho civil, de esta forma, la actividad contractual del Estado ha ido transitando lentamente desde el contrato civil hasta la categoría propia y sustantiva del contrato administrativo.

El Estado, a la hora de acudir al mercado (sector privado) para la obtención de bienes y/o servicios, se encontraba desprovisto de herramientas jurídicas necesarias para la efectiva defensa de un bien superior como es el interés general, puesto que el derecho privado no ofrecía cobertura para la imposición de prerrogativas desequilibrantes en favor de éste.

Se precisaba por tanto, de un proceso de adaptación del derecho civil a las peculiares funciones y estructuras organizativas de la administración, mediante la introducción de deformaciones y modulaciones, hasta la creación de un derecho especializado, en el sentido indicado por MARTÍN RETORTILLO (1959)⁴.

Como dijera GARCÍA DE ENTERRÍA (1963)⁵ “*el concepto de contrato administrativo es aún un concepto polémico*”, en tanto en cuanto se retuerce la premisa central del contrato, la igualdad entre las partes. En sus inicios dicha controversia deriva según este autor, de la primera sistematización del derecho administrativo realizada en el siglo XIX, construida sobre la dualidad: *Actos de Autoridad/Actos de Gestión*.

⁴MARTÍN RETORTILLO, Sebastián (1959), “La institución contractual en el derecho administrativo: en torno al problema de la igualdad de las partes”, Revista de Administración Pública, número 29, pág. 83: “ En ese uso que la administración hace de las instituciones privadas para la satisfacción de sus fines hay un momento- valoración histórica concreta- en el que para determinadas materias- valoración sustantiva, también perfectamente determinable-, diríase que tal régimen, de derecho privado, no sirve. Es insuficiente fundamentalmente, por la necesidad de mantener en todas esas situaciones jurídicas la prerrogativa, la presencia constante y superior de la Administración pública: Hay que arbitrar para ello, refiriéndonos a nuestro caso, normas rigurosamente anti-contractuales en el sentido civil. Entonces, y en esos supuestos, es cuando las figuras contractuales de las que la Administración se sirve van especializándose de las civiles en cada situación concreta (...) Sólo cuando tal especialización adquiere, por una parte, relevancia y entidad suficiente, de modo que “juega orgánicamente y no por simple excepción casuística según una dialéctica propia”, y por otra, supera el particularismo de las situaciones particulares aisladas y puede ofrecer un sistema peculiar y armónico, es cuando ya, formulando una síntesis, puede hablarse como figura propia del contrato administrativo”.

⁵GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1963), “La figura del contrato administrativo”, Revista de Administración Pública, número 41, pág. 100: “*Esta sustancia polémica del contrato administrativo obedece, por de pronto, al hecho de que toda su intención institucional está montada sobre una aparente contradicción, la que resulta de pretender insertar en el Derecho público la figura por excellence del Derecho privado, el contrato, figura en la cual parece que habrían de desaparecer necesariamente las notas que tradicionalmente vienen marcando al Derecho público, la desigualdad de las partes, la autoridad de la Administración, esencialmente concebida como una potentior persona, el poder de mando, la prerrogativa*”.

En el primer tipo, la Administración actúa amparada en privilegios que le son reconocidos como titular de poder público, sometida en consecuencia a la jurisdicción contencioso-administrativa; en el segundo tipo, por el contrario, la Administración opera en posición de igualdad con los particulares, quedando sujeta al derecho y jurisdicción ordinaria.

El contrato es un ejemplo de acto de gestión, que se rige por el derecho civil, aunque con la promulgación de la Ley de 2 de abril de 1845 de organización y atribuciones de los Consejos Provinciales⁶, si atribuyó el conocimiento de los contratos de obras y de servicios públicos a la jurisdicción contencioso-administrativa, por cuestiones meramente prácticas (GARCÍA DE OLIVER, 1999)⁷, o simplemente por motivos de división del trabajo (ENTRENA CUESTA, 1957)⁸, aunque se seguiría rigiendo por el derecho civil. En esta aparente contradicción, se produce lo que la doctrina considera como la fase embrionaria del contrato administrativo en España.

Cabe señalar, que algunos autores, más allá de motivaciones puramente procesales, veían en el legislador una clara intención de *excluir a la Administración del Fuero común y librarla del yugo de los tribunales ordinarios*⁹, garantizando la defensa del interés general, mediante la especial protección de determinadas operaciones contractuales (estos eran básicamente tres tipos de contratos: la venta de bienes nacionales, los suministros al ejército y la construcción de obras públicas), en los que la Administración aparece revestida de autoridad.

Téngase en cuenta que en aquellos tiempos la jurisdicción contencioso-administrativa era sumamente imperfecta; con una forma de proceder basada en el denominado *sistema de la justicia retenida*, según el cual los tribunales de lo contencioso-administrativo no emitían resoluciones, simplemente las proponían, perteneciendo la competencia para resolver a los propios órganos de la *Administración activa*¹⁰, siendo los llamados órganos jurisdiccionales meros órganos consultivos, cuyas opiniones no eran vinculantes (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1963)¹¹.

Posteriormente, siguiendo el postulado de la escuela francesa, el derecho español hace propia la nueva doctrina del *servicio público*, como criterio fundamental del Derecho administrativo. Por primera vez, se trasciende el criterio de la subjetividad, hacia un principio de fondo: los contratos, en la medida en que están vinculados con el funcionamiento de los servicios públicos, no son verdaderos contratos de Derecho civil, sino figuras institucionales pertenecientes al Derecho administrativo (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1963). Pero

⁶Ley de 2 de abril de 1845 de organización y atribuciones de los Consejos Provinciales; Reglamento de 11 de octubre de 1845; Reglamento del Consejo Real de 30 de diciembre de 1846, artículo 1: “*Corresponde al Consejo Real conocer en primera y única instancia: lo de las demandas contenciosas sobre el cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los remates y contratos celebrados por el Gobierno o por las Direcciones Generales de los diferentes ramos de la Administración civil*”. Esta misma norma atribuía a los Consejos Provinciales, los contratos y remates “*para toda especie de servicios y obras públicas*”.

⁷BOQUERA OLIVER, José María (1999), Los contratos de la Administración desde 1950 a hoy, Revista de Administración Pública, número 150, pág. 14: dice aludiendo al motivo que justifica la atribución del conocimiento de estos contratos a la jurisdicción contencioso administrativa, por la Ley Santamaría Paredes de 1888, que debido a la composición que tienen los tribunales administrativos, la resolución será más favorable a la Administración, recuerda que estos tribunales estaban compuestos con una parte de jueces y otra de funcionarios.

⁸ENTRENA CUESTA, Rafael (1957), Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la administración, Revista de Administración Pública, Número 24, pág. 61,

⁹Comentario realizado por GIRALDES GUTIÉRREZ, L.S. (2014) en La evolución histórica del contrato administrativo. una reflexión sobre la situación actual de la figura y sus perspectivas de futuro desde sus bases institucionales. <https://laadministracional-dia.inap.es/noticia.asp?id=1503418> (acceso 28/09/22)

¹⁰Según la RAE: Conjunto de órganos con competencias de dirección o gestión de carácter resolutorio.

¹¹Este planteamiento ha permanecido en la legislación española, con variaciones de escasa relevancia, véase el Real Decreto de 27 de febrero de 1852 y Ley Jurisdiccional Santamaría Paredes de 1888, hasta la década de los 50 del pasado siglo XX (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1963).

este postulado será fuertemente cuestionado durante la segunda posguerra, ante la evidencia pragmática de la gestión privada de servicios públicos y viceversa.

Desechada la doctrina del servicio público, surge en Francia el criterio de la *cláusula exorbitante del derecho privado*. Podría definirse, como herramientas privilegiadas que otorgan poder a la Administración Pública para torcer el derecho civil, desde una posición de superioridad, al amparo de la defensa de un interés superior.

Algunos autores ven en el *Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953*, el comienzo de la sustantivación de la figura del contrato administrativo en el ordenamiento jurídico español, postura que puede compartirse por el exceso que respecto de los límites del Código civil, significan la consagración de prerrogativas o cláusulas exorbitantes (GIRALDES GUTIÉRREZ, 2014): se inicia cierta sistematización de determinadas potestades de la Administración Local en relación con el contrato que ha celebrado, incluida la de interpretar el contrato¹². Esto supone un viraje de la posición de equilibrio en favor de la Administración, con la consecuente ruptura del principio de igualdad entre las partes, amparado en la defensa de un interés superior, el interés general.

Una década después, con la Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratos del Estado, en una aparente toma de conciencia por parte de la Administración, de la capital importancia de la contratación pública como herramienta para la implantación y desarrollo de políticas públicas, el legislador plasma su visión de la misma en la exposición de motivos, indicando que *“La contratación del Estado es un instrumento decisivo para el desenvolvimiento de la acción social y para la verificación de los planes de fomento. Se trata del instrumento que coordina las posibilidades financieras públicas con las finalidades reales, y estas finalidades reales con el empresario que ha de llevarlas a cabo a través de la ejecución de las obras o servicio público. Porque de la excepción se ha pasado a la regla general a lo largo de estos cincuenta años: Del Estado inhibicionista o del puro Estado de derecho de primeros de siglo, al Estado social o promotor permanente de los intereses públicos que ahora integramos; de la simplicidad de las realizaciones a las grandes programaciones. Al situarse el contrato en este plano y transformarse en pieza maestra del nuevo estilo de operar administrativo, resulta notorio que los negocios de la Administración han de ser objeto de una disciplina acomodada, no sólo en el aspecto puramente jurídico, sino también en el orgánico (...)”*

(...) I. La sumisión preferente al Derecho administrativo es la característica normativa que otorga a los contratos del Estado regulados por la Ley su perfil institucional, y los configura como una categoría independiente con alejadas raíces en el Derecho privado de obligaciones que seguirá aportando, mañana como ayer, el valor secular de su esquema jurídico: contrato y Derecho administrativo se unen para dar vida a un ente original”

De su lectura, se aprecia la clara intención de crear un cuerpo normativo propio y diferenciado del derecho común.

Le sigue la promulgación del Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, vigente durante 30 años, hasta la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas, que lógicamente ha sufrido numerosas modificaciones, principalmente a partir de la promulgación de la Constitución Española y la incorporación de España a la, entonces denominada, “Comunidad Europea”.

¹² Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953: (...) Art. 99. *La Administración interpretará los contratos en que intervenga y resolverá las dudas que ofrezca su cumplimiento.*

Art. 100. Los acuerdos que las Corporaciones adopten sobre interpretación de los contratos serán inmediatamente ejecutivos sin perjuicio del derecho de los contratistas a obtener en vía jurisdiccional la declaración que proceda sobre la inteligencia de lo pactado, si no se conformaren con lo resuelto por la Corporación.

Del Decreto 923/1965, de 8 de abril, cabe destacar, la que podría considerarse como primera alusión expresa al concepto de contrato administrativo, recogida en su artículo 1, cuya dicción literal señala que “*Los contratos que tengan por objeto directo la ejecución de obras o la gestión de servicios del Estado o la prestación de suministros al mismo estarán sometidos al Derecho administrativo y se regirán peculiarmente por la presente Ley y sus disposiciones complementarias.*”

Sólo en defecto del ordenamiento jurídico - administrativo será de aplicación el derecho privado”. Además, una línea de separación entre derecho administrativo y derecho privado.

Sentadas ya las bases definitorias de los considerados como contratos típicos, referidos a los de obras, suministro y gestión de servicio público, se produce el nacimiento de los contratos administrativos por naturaleza, cuyo régimen de prerrogativas podrían ser aplicables a los contratos atípicos¹³.

Como se ha comentado anteriormente, hasta la entrada en vigor de la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas, se han aprobado multitud de textos normativos sobre contratación pública, en relación a los cuales, y lejos de pretender una profunda revisión de los mismos, puesto que escapa a los objetivos perseguidos en este trabajo, resulta interesante resaltar algunos aspectos:

- Hasta 1977, conviven dos conceptos distintos de contratación pública: Entes Locales y Estado. En palabras de GIRALDES GUTIÉRREZ (2014) “*La primera, la contenida en la legislación de régimen local (...) que resultaba de aplicación a la contratación de bienes, obras y servicios, (...) pero que no implicaba, al menos aparentemente, la creación de un sistema específico de contratación por considerarse una especificidad de la contratación civil. La segunda, la que regula la Ley de Contratos del Estado de 1965, que representa la aparición en nuestro ordenamiento jurídico de la figura del contrato administrativo con autonomía y sustantividad propias con respecto al derecho civil*”.
- Con el Real Decreto 3046/1977, de 5 de octubre, por el que se articula parcialmente la Ley 41/1977, de Bases del Estatuto de Régimen Local, se consideran los contratos celebrados por las Entidades Locales, como contratos administrativos.
- La Constitución española de 1978, en su artículo 149.1.18ª atribuye al Estado competencia exclusiva para promulgar la legislación básica sobre contratación administrativa, que se materializa en la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas.
- La entrada de España en la Unión Europea¹⁴, determina de forma absoluta, el marco sobre el que se ha de consolidar la regulación de la contratación pública¹⁵. La adaptación normativa se produjo rápidamente, con la publicación del Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo, por el que se

¹³Los contratos típicos, son aquellos que se corresponden con tipos expresamente previstos por la norma (por ejemplo: contrato de compraventa, arrendamiento, etc.). Por el contrario, los contratos atípicos son aquellos para los que el ordenamiento jurídico, de una forma absoluta o relativa, no ha predispuesto una particular disciplina jurídica (Sentencia de la AP de Baleares de 23 de septiembre de 2002).

¹⁴El tratado de adhesión fue firmado el 12 de junio de 1985 en el Palacio de Oriente de Madrid y entró en vigor el 1 de enero de 1986.

¹⁵ALONSO GARCÍA, R. (1989), Derecho Comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo, Civitas, pág. 279, dice: “*Se puede hablar de un Derecho Público europeo llamado a desempeñar funciones que se asemejan más a las que en su tiempo desempeñó el ius commune, en el sentido de que no se trata tanto de un cuerpo jurídico que venga a suplantar a los derechos nacionales, como un molde a que éstos se irían acomodando progresivamente, de manera que los derechos internos seguirían elaborando y aplicando su propio Derecho público pero no ya de una forma aislada o autónoma, sino a la luz de este Derecho comunitario.*”

modifica la Ley de Contratos del Estado, y el Real Decreto 2528/1986, de 28 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento General de Contratación del Estado. Además, en el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, se refleja dicha adaptación¹⁶.

Atendiendo a la llamada del artículo 149.1.18^a CE, y motivado por la necesidad de desenmarañar el conglomerado normativo surgido como respuesta a la obligada transposición de la normativa europea, se publica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP).

De la misma, habría que destacar: en primer lugar, su denominación “*Contratos de las Administraciones Públicas*”, derivada del carácter básico y transversal que le mandata el artículo 149.1.18.^a CE¹⁷, en segundo lugar, la agilización y simplificación de determinados procedimientos, en tercer lugar, la nueva forma de delimitación de los contratos administrativos típicos, y por último, la inclusión de nuevos tipos contractuales (Servicios, consultoría y asistencia) a los tradicionales (Contratos de obra pública, gestión de servicios públicos y suministros)¹⁸.

El siguiente texto legal a reseñar es el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP)¹⁹. No recoge cambios importantes, más allá de la simplificación de los tipos contractuales (en artículo 5.2.a. desaparece el contrato para servicios concretos no habituales), y en la introducción de los importes en euros, además de en pesetas.

Como consecuencia del debate suscitado por el Libro Verde²⁰, redactado por la Comisión Europea el 27 de Noviembre de 1996, se publica la Directiva comunitaria 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, que junto a la 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, se refunde la legislación comunitaria relativa a contratos públicos.

La obligada transposición de la mencionada Directiva comunitaria 2004/18/CE, se materializa en la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP). En este caso el legislador español, no se limita a la mera incorporación de la normativa comunitarias en el derecho nacional,

¹⁶El artículo 112.1.2º (derogado por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público), dice: “*En los términos de la presente Ley, los contratos de las Entidades locales se regirán por los principios comunes a la contratación del Estado y, en cualquier caso, por el Derecho de las Comunidades Europeas relativo a la contratación administrativa*”

¹⁷Ley 13/1995, Artículo 1. Ámbito de aplicación subjetiva. (...) 2. Se entiende por Administraciones Públicas a los efectos de esta Ley: a) La Administración General del Estado. b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas. c) Las entidades que integran la Administración Local.

¹⁸En palabras de ÁVILA ORIVE, J.L. (2015). «Principios Generales De Los Contratos Administrativos: La Ley 13/1995, De 18 De Mayo». Estudios De Deusto 43 (2), 53-69. [https://doi.org/10.18543/ed-43\(2\)-1995pp53-69](https://doi.org/10.18543/ed-43(2)-1995pp53-69).) “*para que exista un contrato administrativo, debe darse necesariamente la presencia de una Administración pública y que el objeto de dicho contrato recaiga sobre una determinada serie de materias que, o bien son algunas de las tipificadas expresamente, como son la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de consultoría y asistencia, de servicios y los de realización de trabajos específicos y concretos no habituales (art. 5.2.a), obteniendo un objeto distinto, poseen una naturaleza administrativa especial; especialidad que viene derivada de su vinculación al giro o tráfico administrativo, de la satisfacción de un fin público o porque así lo declare expresamente una Ley (art. 5.2.b). El resto de contratos celebrados por la Administración cuyo objeto se sitúe fuera de los señalados anteriormente, tendrán la consideración de contratos privados y en esa medida, se verán obligados por un ámbito de la LCAP más reducido, como es el conjunto de normas referidas a su preparación y adjudicación, sin perjuicio de las normas administrativas específicas que les sean aplicables*”

¹⁹Se promulga a partir de la Disposición Final Única de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, que modifica a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995, que autorizaba al gobierno, para que en el plazo de seis meses a partir de su publicación dictara un texto refundido.

²⁰Libro Verde. La contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro. Comunicación adoptada por la Comisión el 27 de Noviembre de 1996, a propuesta del Señor MONTI.

sino que como indica en la Exposición de motivos, “(...) *introduce modificaciones en diversos ámbitos de esta legislación, en respuesta a las peticiones formuladas desde múltiples instancias (administrativas, académicas, sociales y empresariales) de introducir diversas mejoras en la misma y dar solución a ciertos problemas que la experiencia aplicativa de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha ido poniendo de relieve.*”.

Como puede deducirse de su propio título (... del Sector Público), en esta Ley se ha superado la posición estática del elemento subjetivo de la relación contractual, asumiendo una visión más amplia de su ámbito de aplicación. En su exposición de motivos, se refleja la intención de “*desarrollar la Ley de contratos como una norma que, desde su planteamiento inicial, se diseñe teniendo en cuenta su aplicabilidad a todos los sujetos del sector público, permite dar una respuesta más adecuada a los problemas antes apuntados, aproximando su ámbito de aplicación al de las normas comunitarias de referencia, incrementando la seguridad jurídica al eliminar remisiones imprecisas y clarificar las normas de aplicación, aumentando la eficiencia de la legislación al tomar en cuenta la configuración jurídica peculiar de cada destinatario para modular adecuadamente las reglas que le son aplicables, y previendo un nicho normativo para que, en línea con las posiciones que postulan una mayor disciplina en la actuación del sector público en su conjunto, puedan incluirse reglas para sujetos que tradicionalmente se han situado extramuros de esta legislación*”

Son varias y notables las modificaciones introducidas por esta Ley, que según se dispone en el apartado IV de la exposición de motivos son: “*1) la delimitación de su ámbito de aplicación, 2) la singularización de las normas que derivan directamente del derecho comunitario, 3) la incorporación de las nuevas regulaciones sobre contratación que introduce la Directiva 2004/18/CE, 4) la simplificación y mejora de la gestión contractual, y 5) la tipificación legal de una nueva figura, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*”

En relación con el punto 2, dado que además de las modificaciones introducidas por imperativo comunitario, el legislador español ha incluido nuevas figuras contractuales, se ha acuñado un nuevo término “*contratos sujetos a regulación armonizada*” para distinguir qué normas provienen de la regulación tradicional interna del contrato celebrado por Administraciones Públicas y cuáles tienen su origen en el Derecho comunitario (MORENO MOLINA, 2008²¹).

La controvertida LCSP, suscita a partes iguales, admiración por el atrevimiento del legislador nacional para ir más allá de la simple incorporación del derecho comunitario, y duras críticas por las contradicciones, confusión de regímenes jurídicos, huida de la jurisdicción contencioso administrativa y problemas aplicativos y de manejo (MORENO MOLINA, 2008), por considerar que no se ha producido el replanteamiento que se indica en su preámbulo, por la profunda alteración en la sistemática ya que se considera que rompe con una tradición normativa de varias décadas (GIRALDES GUTIÉRREZ, 2014).

En palabras de GIRALDES GUTIÉRREZ (2014) “Con la LCSP se advierte un cambio de tendencia, al crear una categoría comprensiva de todas las formas de personificación que tutelan intereses públicos (contrato del Sector Público)”.

Aunque más adelante será objeto de análisis, es interesante destacar que la LCSP establece por primera vez una obligación para los órganos intervinientes en los procedimientos de contratación de notificar a la entonces Comisión Nacional de la Competencia cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el

²¹MORENO MOLINA, J. A. (2008). “La nueva ley de contratos del sector público: principales novedades y aspectos problemáticos”. <http://www.cositalfe.es/img/eventos/moreno1.pdf> (acceso 28/09/22)

ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia²² (PALMA MARTOS y LÓPEZ-ESCOBAR ANGUIANO, 2020)

Posteriormente, se aprueba el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. (TRLCSP). En este, se integra y ordena en una única disposición normativa el texto consolidado de la Ley de Contratos del Sector Público, las normas sobre la captación de financiación privada para la ejecución de contratos públicos, contenidas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y la Ley de Economía Sostenible.

En la parte introductoria del Real Decreto Legislativo, se justifica la necesaria aprobación del texto refundido, fundamentado en la *“integración, debidamente regularizados, aclarados y armonizados, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y las disposiciones en materia de contratación del sector público contenidas en normas con rango de ley, incluidas las relativas a la captación de financiación privada para la ejecución de contratos públicos. Dicha habilitación tiene su razón de ser en la seguridad jurídica, como puso de manifiesto el Consejo de Estado en su dictamen de 29 de abril de 2010, al recomendar la introducción, en el texto del anteproyecto de modificación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, (...). Efectivamente, la sucesión de leyes que han modificado por diversos motivos la Ley 30/2007 unido a la existencia de otras normas en materia de financiación privada para la ejecución de contratos públicos incluidas en otros textos legislativos, pero de indudable relación con los preceptos que regulan los contratos a los que se refieren, aconsejan la elaboración de un texto único en el que se incluyan debidamente aclaradas y armonizadas, todas las disposiciones aplicables a la contratación del sector público.”*

Cabe destacar de la misma, la incorporación del concepto *eficiencia* en el ámbito de la contratación pública, resaltado en el “Libro Verde” de la Comisión Europea (MORENO MOLINA, 2011). De esta forma, se añade en su artículo 22 un nuevo apartado 2 que dice *“2. Los entes, organismos y entidades del sector público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, favorecerán la agilización de trámites, valorarán la innovación y la incorporación de alta tecnología como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en la presente Ley”*.

Actualmente, la contratación pública está regulada por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

En la parte II de su preámbulo se señala que *“los objetivos que inspiran la regulación contenida en la presente Ley son, en primer lugar, lograr una mayor transparencia en la contratación pública, y en segundo lugar el de conseguir una mejor relación calidad-precio. Para lograr este último objetivo por primera vez se establece la obligación de los órganos de contratación de velar por que el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato”*

²²La LCSP establece en su Disposición adicional vigésimo séptima que *“Los órganos de contratación y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado notificarán a la Comisión Nacional de la Competencia cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación.”*

La sustitución del criterio del precio o “*la oferta económica más ventajosa*” por el concepto de “*mejor relación calidad-precio*”, ha significado un salto cualitativo en la adjudicación de los contratos. Dicho concepto, se ha materializado en el artículo 145 LCSP “*1. La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio.*

Previa justificación en el expediente, los contratos se podrán adjudicar con arreglo a criterios basados en un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 148.

2. La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos.”

De esta manera, el precio deja de ser el elemento fundamental, debiéndose usar una pluralidad de criterios (económicos y cualitativos: medioambientales, sociales e innovadores) para seleccionar la mejor oferta.

Lo más usual, es que se utilice una pluralidad de criterios de adjudicación, tal y como señala de manera expresa el ya citado artículo 145.1, pero si solo se utilizara uno, que nunca podrá ser en los casos enumerados en el artículo 145.3, este deberá estar relacionado con los costes, pudiendo ser el precio o un planteamiento basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida (VILLAREJO GALENDE y CALONGE VELÁZQUEZ, 2018)

Respecto de los aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores, la novedad introducida por la LCSP (segundo párrafo del artículo 202.1) en las condiciones especiales de ejecución, estriba en que en todo caso, será obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de, al menos, una de las condiciones especiales de ejecución (CANALES GIL y HUERTA BARAJAS, 2018) cuyo incumplimiento es susceptible de penalización (art. 202.3), y de posible causa de resolución de los contratos (art. 211.1.i y 212).

En la LCSP, según se pone de manifiesto en la parte II de su preámbulo, “*También se da satisfacción aquí a la necesidad de simplificación de los trámites y con ello, de imponer una menor burocracia para los licitadores y mejor acceso para las PYMES. El proceso de licitación debe resultar más simple, con la idea de reducir las cargas administrativas de todos los operadores económicos intervinientes en este ámbito, beneficiando así tanto a los licitadores, como a los órganos de contratación.”*

La simplificación de los trámites se ha materializado en la minoración de las cargas administrativas, agilización de los procedimientos de contratación, una menor burocracia para los licitadores (por ejemplo, las declaraciones responsables) y para los órganos de contratación, así como, en la reducción de los plazos de adjudicación y apostando por el empleo de los medios electrónicos (VILLAREJO GALENDE y CALONGE VELÁZQUEZ, 2018).

Respecto del apoyo a las PYMES, se ha conseguido por ejemplo, con la obligatoria división de los contratos en lotes, la relajación de las condiciones de solvencia (VILLAREJO GALENDE y CALONGE VELÁZQUEZ, 2018), y la obligación del órgano de contratación, de comprobar el estricto cumplimiento de los pagos que el contratista principal hace al subcontratista, que normalmente son PYMES (CANALES GIL y HUERTA BARAJAS, 2018).

Otro elemento a destacar, es la decidida apuesta que la LCSP hace por la contratación electrónica, llegando a establecerse como obligatoria en los términos señalados en la misma. Aunque bien es cierto, que más allá de una ambiciosa pretensión, no se ahonda sobre su desarrollo en su articulado, limitándose a la obligatoriedad de realizar por medios electrónicos las comunicaciones generadas en los procedimientos de contratación (artículo 55), y la esporádica alusión a elementos como la Plataforma de Contratación del Sector Público

(artículo 347), la subasta electrónica (artículo 143) y los sistemas dinámicos de adquisición (artículo 223 y ss.)(VILLAREJO GALENDE y CALONGE VELÁZQUEZ, 2018).

Así mismo, la LCSP incorpora determinadas medidas dirigidas a velar por la debida competencia en las licitaciones públicas. En este sentido, son varias las veces que la LCSP alude a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) o autoridades autonómicas equivalentes, poniendo de manifiesto su importancia en el ámbito de la contratación pública y cómo éstas se ven afectadas por su papel como órganos de control de la competencia, cuestión que analizaremos con mayor profundidad en capítulos posteriores.

Pero de todas las novedades recogidas en la LCSP, es la consideración de la contratación pública como una herramienta estratégica, la que ha supuesto una revolución en el núcleo conceptual de la misma. Este súbito cambio de visión merece mención aparte.

1.2. LA CONTRATACIÓN ESTRATÉGICA

La concepción clásica de la contratación pública como mero aprovisionamiento de bienes y servicios al menor precio posible, ha sido superada. Con el nuevo marco normativo europeo y español, esa visión ha evolucionado hacia un concepto transversal, estratégico e integral, bajo el paradigma de la contratación pública, como herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos, para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas (GIMENO FELIU, 2020)²³ tales como: la protección del medio ambiente, la eficiencia y ahorro energético, el fomento de las PYMES, la lucha contra el desempleo, la integración de personas con discapacidad, el comercio justo, la igualdad de género, la innovación, la competitividad o el desarrollo tecnológico (VILLAREJO GALENDE y CALONGE VELÁZQUEZ, 2018)²⁴.

Superar esa visión miope y hacendística de la contratación pública como un simple gasto, para elevarse a la categoría de inversión, ha sido un paso fundamental, que necesita ser complementado por la necesaria implementación de nuevas técnicas y procedimientos que rompan con la excesiva rigidez y burocratización del sistema público contractual.

A ello ha contribuido en buena medida, la LCSP, que ya en su preámbulo redefine el papel de la contratación pública, puesto que se *“configura como uno de los instrumentos basados en el mercado interior que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos”*.

En esta ley convergen, la vocación de una gestión eficaz y eficiente de los recursos públicos, junto con la búsqueda de una economía más innovadora, sostenible e inclusiva (VILLAREJO GALENDE y CALONGE VELÁZQUEZ, 2018). Eficacia, entendida como el cumplimiento del objeto del contrato, siempre dentro unos estándares de calidad que han de pivotar necesariamente sobre los objetivos sociales, medioambientales y de innovación. Eficiencia, en cuanto a la gestión del gasto, que tiene su derivada en la optimización del precio del contrato, no en su búsqueda de la proposición económica más baja, sino en la que mayor valor genera, dentro de los niveles de calidad marcados. Ambos elementos componen el binomio calidad-precio, sobre el que orbita el nuevo paradigma de la contratación pública.

²³GIMENO FELIU J.M. (2020) La visión estratégica en la contratación pública en la LCSP: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad. Ver <https://www.mincotur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/415/GIMENO%20FELIU.pdf> (acceso 28/09/22)

²⁴VILLAREJO GALENDE H. y CALONGE VELÁZQUEZ A. (2018, 54). Las principales novedades de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Para ello, el legislador ha introducido un arsenal de herramientas entre las que destacan: la introducción de al menos una cláusula social y/o medioambiental (art. 202), la división en lotes como regla general (art. 99.3), los criterios de adjudicación relación calidad-precio y coste del ciclo de vida de los productos (arts. 145-148), las obligaciones esenciales relativas a la calidad de las condiciones de empleo y retribución, el apoyo del acceso de las PYMES a los contratos públicos, los contratos reservados a Centros Especiales de Empleo y empresas de inserción (DA 4.^a) o la reserva de ciertos contratos de servicios sociales, culturales y de salud del Anexo IV a determinadas organizaciones (DA 48.^a) (VILLAREJO GALENDE y CALONGE VELÁZQUEZ, 2018).

Abundando en el concepto de calidad, sostiene GIMENO FELIU (2020), que la misma ha de ser considerada como un factor cualitativo de la prestación en las distintas fases del procedimiento de contratación. Así por ejemplo, en la tarea inicial de preparación del contrato resulta fundamental determinar de forma adecuada la necesidad a satisfacer; en la fase de selección se habría de exigir y valorar el cumplimiento de la legislación de medio ambiente y de política social, establecer umbrales a superar en los aspectos técnicos (proposición técnica)²⁵, determinar la cualificación y la experiencia mínima del personal encargado de ejecutar el contrato, considerar el ciclo de vida de los productos, cuantificándose en la medida de lo posible los costes ambientales externos, requerir etiquetas específicas que certifiquen determinadas características medioambientales, sociales o de otro tipo; en la fase ejecución mediante el establecimiento de condiciones especiales de ejecución, estudiar la conveniencia de nuevos sistemas de retribución de los contratistas, como incentivos a una mejor ejecución.

Resulta interesante reseñar, el artículo 332 de la LCSP, que mandata la novedosa creación, de la posteriormente denominada, Oficina de Regulación y Supervisión de la Contratación Pública (OIREscon)²⁶ *“como órgano colegiado de los previstos en el artículo 19 de Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, con la finalidad de velar por la correcta aplicación de la legislación y, en particular, promover la concurrencia y combatir las ilegalidades, en relación con la contratación pública. La Oficina actuará en el desarrollo de su actividad y el cumplimiento de sus fines con plena independencia orgánica y funcional.”*

Son por tanto funciones de la OIREscon, la supervisión del cumplimiento de la normativa en materia de contratación pública y como consecuencia de ello, el establecimiento de pautas o reglas que sirvan para poner orden ante la quiebra de los principios básicos que han de presidir el mercado de la contratación pública (SANTIAGO FERNÁNDEZ, 2019)²⁷.

Una de las principales críticas que se hace a la LCSP en la configuración de esta Oficina, es el que no se haya dotado a la misma de personalidad jurídica propia (SANTIAGO FERNÁNDEZ, 2019)

Por otro lado, el artículo 333 de la LCSP crea la Oficina Nacional de Evaluación (ONE) como órgano colegiado integrado en la OIREscon y presidido por la Presidencia de ésta (artículo 333.2 LCSP), que tiene como finalidad analizar la sostenibilidad financiera de determinados contratos de concesiones de obras y contratos de concesión de servicios.

²⁵El licitador, cuya puntuación obtenida en su propuesta técnica, no supere el umbral mínimo exigido por el órgano de contratación en los pliegos, quedaría excluido del procedimiento.

²⁶La creación de la Oficina Independiente de Regulación y Ordenación de la Contratación da respuesta a las exigencias de la Directiva 2014/24/UE de establecer un órgano de regulación y supervisión de la contratación, que garantice el funcionamiento del mercado de la contratación pública velando por la correcta aplicación de la legislación en esta materia y en particular de los principios de igualdad, libre concurrencia y transparencia.

²⁷ Entrevista publicada en la Revista de Estudios locales, número 225. Ver en: <https://www.letradosjuntadeandalucia.com/wp-content/uploads/2019/12/MJ-Santiago-Entrevista.pdf> (acceso 20/06/22)

La peculiaridad viene determinada no sólo por la creación de un órgano colegiado integrado dentro de otro órgano colegiado con funciones y competencias totalmente diferentes sino también porque una Oficina (OIReScon) supervisará la actuación de la otra (ONE), pese a constituir, de forma efectiva, dos oficinas distintas con cometidos y funciones diferentes.

Por último, artículo 334 regula “*La Estrategia Nacional de Contratación Pública a la que se refieren el artículo 332 apartado 7 en su letra a) y el artículo 333 apartado 3, es el instrumento jurídico vinculante, aprobado por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, que se basará en el análisis de actuaciones de contratación realizadas por todo el sector público incluyendo todos los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras comprendidas en el sector público estatal, autonómico o local, así como las de otros entes, organismos y entidades pertenecientes a los mismos que no tengan la naturaleza de poderes adjudicadores*”. En el párrafo tercero del apartado a) indica que “*La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá remitir a la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación sus propuestas en materia de contratación pública que afecten a la competencia, para su posible inclusión en la Estrategia Nacional de Contratación Pública*”

En definitiva, el escenario se ha transformado, evolucionando hacia la “*contratación pública estratégica*” como una nueva forma de llevar a cabo la compra pública, más allá de la función tradicional de la contratación de dar satisfacción a las necesidades de bienes y servicios del sector público, poniendo el poder de la compra pública al servicio de otras políticas consideradas estratégicas.

En este contexto, los órganos de contratación han de maximizar sus opciones de acceso a la proposición que mejor relación calidad-precio se ofrece en el mercado, configurando sus licitaciones hacia el fomento de la mayor concurrencia posible, atendiendo entre otros, a los principios de publicidad, transparencia y libre concurrencia.

1.3. LAS CIFRAS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA

Según datos de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon), en el año 2020²⁸, el nivel de gasto en contratación pública alcanzó el 11,40% del Producto Interior Bruto (PIB) y el 21,80% del total del gasto público. Durante 2020, en España se efectuaron 132.327 licitaciones (sin incluir contratos menores), por un importe total de 63.948,30 millones de euros (en PBL²⁹, sin incluir impuestos)³⁰. Obsérvese que en 2019 se efectuaron 129.594 licitaciones, por un importe total de 70.847,26 millones de euros, es decir, un 10,8% más que en 2020 (ver tabla 1).

Tabla 1: Volumen de Licitaciones (sin incluir menores), por número e importe.

EJERCICIOS	2019	2020
Nº Licitaciones	129.594	132.327
Importe licitaciones (millones €)	70.847,26	63.948,30

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la OIRESCON³¹.

²⁸ A fecha de cierre del presente trabajo, constaban datos sobre la contratación del año 2020.

²⁹ Suma del Presupuesto Base de Licitación de todos los contratos licitados. El PBL (art 100 LCSP) se obtiene sumando el Presupuesto de ejecución material + gastos generales (13%) + beneficio industrial (6%).

³⁰ La OIReScon, extrae las cifras de la contratación pública en España a partir de Portal de Contratación del Sector Público con la información de todos los perfiles del contratante que se integran en ella, y de las plataformas de contratación de ámbito autonómico que recogen los datos de los perfiles que no se encuentran integrados en la plataforma estatal.

³¹ Ver en: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informe-anual-supervision-2021/ias-2021.pdf> (pág. 537-540, Acceso 09/09/22)

En el año 2020, la contratación pública se vio fuertemente condicionada por la situación de emergencia sanitaria provocada por la pandemia del COVID-19, obligando a las Administraciones a recurrir a la contratación directa, mediante el procedimiento de emergencia, a fin de salvaguardar la salud de la población, y garantizar el funcionamiento de los servicios públicos.

Según se dispone en la LCSP, existen dos fuentes principales de información: el Registro de Contratos del Sector Público (RCSP) (art 346) y las Plataformas de Contratación Pública (art 347), incluyendo los datos disponibles, tanto en PLACSP³², como en el resto de Plataformas de Contratación autonómicas.

A partir de estas, la OIREscon conforme a lo establecido en el artículo 332 (apartados 8 y 9) de la LCSP, emite un informe anual de supervisión de la contratación pública de España, que, entre otros, tomaremos como referencia para la estimación cuantitativa de la contratación en España.

Para el año 2020, el total estimado de licitaciones y su importe, de todo el sector público español, según el tipo de administración, sería el que se recoge en la tabla 2.

Tabla 2: Volumen de licitaciones por tipo de AAPP (2020).

SECTOR PÚBLICO	Nº LICITACIONES	PESO	IMPORTE PBL (MILL €) (SIN IMPUESTOS)	PESO
ESTADO	27.531	20,81%	19.826,80	31,00%
CCAA	45.680	34,52%	24.037,85	37,59%
EELL	59.116	44,67%	20.083,65	31,41%
TOTAL	132.327	100%	63.948,30	100%

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la OIREscon³³.

En el año 2020, el 44,67% de las licitaciones de todo el Sector Público nacional fue materializado por las EELL, aunque en términos económicos es el sector público autonómico quien tiene el mayor peso porcentual (37,59%). El Sector Público Estatal fue el que menor peso tuvo, tanto en términos económicos (31,00%) como en número de licitaciones (20,81%).

Tabla 3: Evolución del importe de las licitaciones por tipo de AAPP. Años 2018-2020.

SECTOR PÚBLICO	2018		2019	
	IMPORTE LICITACIONES	PESO	IMPORTE LICITACIONES	PESO
ESTADO	16.853.082.735,61 €	29,19%	30.772.422.195,22 €	43,43%
CCAA	22.530.932.499,67 €	39,02%	22.795.927.632,93 €	32,18%
EELL	18.361.061.988,48 €	31,80%	17.278.911.173,52 €	24,39%
TOTAL	57.745.077.223,76 €	100,00%	70.847.261.001,67 €	100,00%

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la OIREscon³⁴.

En el trienio 2018-2020, se observa un incremento del 22,69% en el volumen económico de las licitaciones publicadas en España en el ejercicio 2019 respecto de 2018, y un posterior descenso del 9,74% en el ejercicio 2020 respecto del 2019 (ver tabla 3).

El Sector Público Autonómico con un porcentaje en torno al 40%, es el que mayor volumen económico representa, a excepción del año 2019 que bajó al 32%. El Sector Público Estatal, y el Sector Público Local representan aproximadamente un 30% cada uno. Destaca el fuerte incremento que en el ejercicio 2019 se

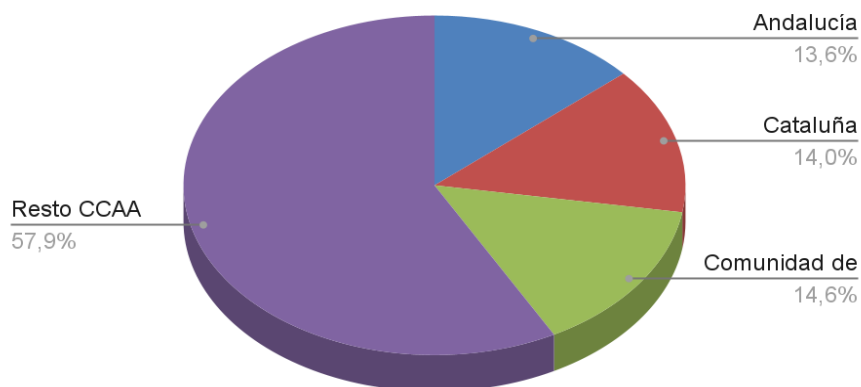
³²Plataforma de Contratación del Sector Público. Ver en: <https://contrataciondelestado.es/wps/portal/plataforma> (acceso 15/10/22)

³³Ver en: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIREscon/informe-anual-supervision-2021/ias-2021.pdf> (pág. 537-540)

³⁴Ver en: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIREscon/informe-anual-supervision-2021/ias-2021.pdf> (pág. 537-540)

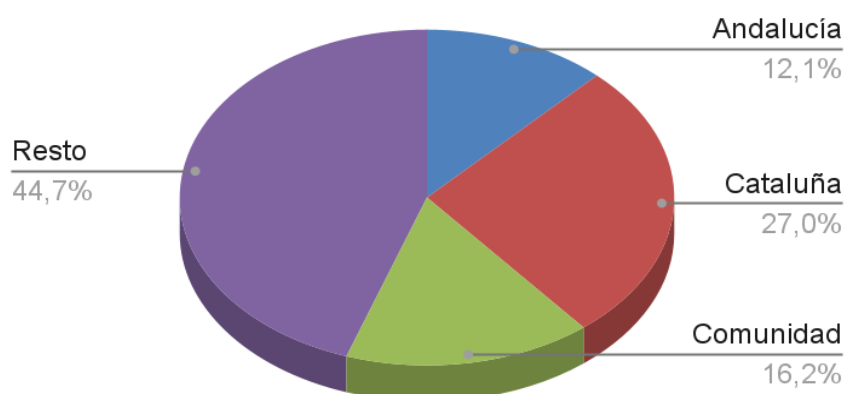
produjo en el Sector Público Estatal, llegando a representar más del 40% del total de licitaciones, pero que vuelve a reducirse al 31% en el 2020.

Gráfico 1: Porcentaje de participación de las CCAA en el gasto total del sector público autonómico. Año 2020



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la OIRESCON

Gráfico 2: Porcentaje de participación de las CCAA en el gasto total del sector público local. Año 2020



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la OIRESCON

Por Comunidades autónomas, según la importancia del gasto en contratación del Sector Público Autonómico, Andalucía, Cataluña y Comunidad de Madrid representan el 45% del total, con unos volúmenes similares, en torno al 14%. En este mismo indicador, a nivel del Sector Público Local, dichas comunidades suman el 55%, destacando Cataluña con un 27%, seguida a bastante distancia por la Comunidad de Madrid 16%, y Andalucía 12% (Ver Gráficos 1 y 2).

Por tipo de procedimiento

En relación al tipo de procedimiento, en el año 2020, según datos de la OIRESCON, en torno al 65% de la contratación del Sector Público (tanto importe económico como en número de licitaciones) se gestionó de acuerdo al procedimiento abierto o abierto simplificado. Es decir que 2 de cada 3 contratos y/o €, se licitaron mediante dos de los procedimientos en los que más se promueve la concurrencia³⁵. No obstante, hay que destacar el peso tan relevante que tuvo en 2020 la utilización del procedimiento negociado sin publicidad (20,17% en importe y 18,69% en número de expedientes), en gran medida por los efectos e incidencia de la pandemia del Covid-19³⁶, con cantidades especialmente importantes fundamentalmente para contratos de suministro de material sanitario, vacunas y otros.

El Sector Público Local es el que mayor volumen económico licitó mediante los procedimientos abiertos y abiertos simplificados con un 77,18%, seguido del Autonómico con un 64,1% y del Estatal con un 40,24%.

Por tipo de contrato

Atendiendo al tipo de contratos, en el año 2020, según datos de la OIRESCON, el 95% del volumen de licitaciones en España por importe económico y por número de contratos corresponden a contratos de servicios, suministros y obras.

Tanto por importe económico (39,95%) como por número de procedimientos (45,32%), los contratos de servicios tienen el mayor peso, seguido de los contratos de suministro (36,93% en importe económico y 34,42% en número de procedimientos) y muy de lejos por los contratos de obras que representan el 17,37% por importe económico y el 14,65% en cuanto a número de expedientes.

Por división en lotes

El artículo 99 de la LCSP establece, *siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, el deber de preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes*. Según datos de la OIRESCON, el 12,21% de los contratos adjudicados en 2020 se encontraban divididos en lotes, con una representación en términos económicos de casi la tercera parte (32,62%) del total de las adjudicaciones.

Las cifras expuestas no incluyen a los contratos menores, debidos a la falta de homogeneidad en los datos publicados en las plataformas de contratación, las cuales suelen dar un tratamiento diferenciado y en distinto formato del utilizado en el resto de los procedimientos de contratación. No obstante, se considera interesante hacer unas breves reseñas sobre dicha figura.

³⁵“En términos de concurrencia, en el procedimiento abierto la media de licitadores es de 4,83 (5,07 en su versión “simplificada”), siendo en el sector público autonómico donde se alcanza una mayor concurrencia de media en el procedimiento abierto (6,03 licitadores) y en el ámbito local en relación al abierto simplificado (5,53 licitadores). En el caso del procedimiento negociado con publicidad se reduce drásticamente la concurrencia (3,49 licitadores), siendo casi mínima en el negociado sin publicidad (1,36 licitadores). En el procedimiento de diálogo competitivo, la media de licitadores es de 3,33.” INFORME ESPECIAL DE SUPERVISIÓN DE LOS CONTRATOS TRAMITADOS POR VÍA DE EMERGENCIA”. OIRESCON. Marzo 2021

³⁶Ver “Informe especial de supervisión de los contratos tramitados por vía de emergencia”. OIRESCON. Marzo 2021

1.3.1. Los Contratos Menores

En el caso de obras, suministros y servicios de escasa cuantía, el legislador provee a la administración de un instrumento ágil, flexible y eficaz, para satisfacer con celeridad sus necesidades, mediante la adjudicación directa. En España, utilizando como aproximación los contratos sujetos a fiscalización previa, informados por las Intervenciones Generales de la Administración del Estado y de las CCAA, los contratos menores suponen en torno al 90% de las licitaciones en el ámbito estatal y autonómico, aunque en términos de PBL su peso se reduce al 5%³⁷.

En la regulación tradicional de esta figura, el procedimiento se limitaba a la incorporación de la factura en el expediente y la aprobación del gasto. Para encontrar la primera alusión al contrato menor en la legislación española, hay que remontarse al Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, que regula el contrato de suministros (*suministros menores*)³⁸. Aunque la primera norma que desarrolla el contrato menor en términos similares a los actuales es la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas³⁹.

En la actualidad, el contrato menor se ha sometido a una mayor regulación, con la inclusión de nuevos elementos formales y sustanciales en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, quedando enmarcado principalmente en los siguientes artículos:

1. Definición:

Artículo 118.1: *Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal*⁴⁰.

³⁷La Oirescon, no incluye en los informes anuales de supervisión de la contratación pública de España, información correspondiente a los contratos menores, en la contabilización de la contratación total, pero sí dedica un apartado a los contratos sujetos a fiscalización previa, cuyos datos son facilitados por las Intervenciones Generales del Estado y las CCAA.

³⁸Artículo 86 "Cuando el contrato se refiera a suministros menores que hayan de verificarse directamente en establecimientos comerciales abiertos al público, podrá sustituirse el correspondiente pliego por una propuesta de adquisición razonada. Se considerarán suministros menores aquellos que se refieran a bienes consumibles o de fácil deterioro cuyo importe total no exceda de 25.090 pesetas". El importe se incrementó posteriormente por la Ley 5/1973, de 17 de marzo, sobre modificación parcial de la Ley de Contratos del Estado, que lo fija en 100.000 pesetas, y la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1986, en 500.000 pesetas.

³⁹Límites establecidos en 5.000.000 de pesetas para los contratos de obras (Art 121) y en 2.000.000 de pesetas para los contratos de suministros (Art 177) y contratos de consultoría (Art 202).

⁴⁰En la Disposición adicional quincuagésima cuarta LCSP, se eleva el límite del valor estimado hasta los 50.000 euros cuando se celebren por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, siempre que no vayan destinados a servicios generales y de infraestructura del órgano de contratación.

Establece el artículo 118.4. que "en el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando sea requerido por las disposiciones vigentes. Deberá igualmente solicitarse el informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 235 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra."

Así mismo, el artículo 118.5. indica que "lo dispuesto en el apartado 2.º de este artículo no será de aplicación en aquellos contratos cuyo pago se verifique a través del sistema de anticipos de caja fija u otro similar para realizar pagos menores, siempre y cuando el valor estimado del contrato no exceda de 5.000 euros."

1. Duración

Artículo 29.8: “Los contratos menores definidos en el apartado primero del artículo 118 no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga”

1. Adjudicación

Artículo 118.2: “En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá la emisión de un informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales descritos en el apartado anterior”⁴¹

Artículo 131.3: “los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 118.”⁴²

2. Publicidad

Artículo 63.4: “La publicación de la información relativa a los contratos menores deberá realizarse al menos trimestralmente. La información a publicar para este tipo de contratos será, al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario.

Quedan exceptuados de la publicación a la que se refiere el párrafo anterior, aquellos contratos cuyo valor estimado fuera inferior a cinco mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores.”

3. Formalización

Artículo 153.2: “En el caso de los contratos menores definidos en el artículo 118 se acreditará su existencia con los documentos a los que se refiere dicho artículo”

El contrato menor se ha visto inmerso en una constante polémica, fruto del uso abusivo e incorrecto del que ha sido objeto⁴³. Su atractivo estriba fundamentalmente en dos cuestiones; primero en la posibilidad de eludir el requisito de publicidad, y segundo en la oportunidad de la adjudicación directa del contrato, evitando de este modo la tramitación de un procedimiento de licitación.

⁴¹En Andalucía, los contratos menores, así como los asimilados a ellos en virtud de la normativa contractual están excluidos de fiscalización previa de la autorización y compromiso de gasto, de conformidad con lo establecido en el artículo 90.6.a) del Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de La Hacienda Pública de la Junta de Andalucía (TRLGHP). El alcance de la fiscalización se limita a la fase de reconocimiento de la obligación (fase de pago).

⁴²La instrucción 1/2019 de 28 de febrero de 2019, de la oficina independiente de regulación y supervisión de la contratación, obliga a solicitar tres presupuestos o, en caso contrario, la justificación de no haberlos solicitado. Debemos destacar, que se trata de la primera y única instrucción emitida por la OIRESCON en el ejercicio de sus competencias en materia de regulación de la contratación pública.

⁴³En el año 2020, según datos de la OIRESCON, obtenidos de las agencias y oficinas con competencia en Prevención y Lucha contra la Corrupción en España, de las 130 denuncias o comunicaciones realizadas por supuesta existencia de fraude o corrupción en materia de contratación, 28 (21,54%) se deben a supuestos de fraccionamiento en la contratación.

En este sentido la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (Informe 14/2020), advierte, que en el contrato menor *“se limita la aplicación del principio de concurrencia de los licitadores y de su derecho a participar en las licitaciones públicas. Por esta razón, la técnica del contrato menor no puede utilizarse mediante un abuso de los supuestos en que es factible o, dicho de otro modo, si existe la posibilidad de no dividir artificialmente la prestación para adaptarla sin necesidad a la técnica del contrato menor, sino que es factible aplicar un procedimiento más respetuoso con los principios básicos de la contratación pública, ésta debe ser la solución por la que se decida el órgano de contratación para evitar incurrir en un fraude de ley”*

Cuando en el mencionado artículo 118.2 LCSP se alude a la necesidad de justificar la no alteración del objeto del contrato, para evitar la aplicación de reglas contractuales, se remite a la obligación establecida con carácter general consistente en el no fraccionamiento del objeto del contrato.⁴⁴

Por ello, para considerar si se está ante una correcta aplicación del fraccionamiento del objeto del contrato, primero hay que entender el significado del concepto unidad funcional u operativa, referido a las diferentes prestaciones que componen el objeto de un contrato.

En este sentido, la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, señala en relación a la unidad funcional:

“(…) el criterio relativo a la «Unidad funcional» para distinguir si existe fraccionamiento en un contrato menor estriba en si se pueden separar las prestaciones que integran el citado contrato; y en el caso de que se separen, si las prestaciones cumplen una función económica o técnica por sí solas. Así, la justificación debe versar sobre la indispensable e intrínseca vinculación entre las prestaciones en cuestión para la consecución de un fin, esto es, la satisfacción de la necesidad que motiva la celebración del contrato.

A mayor abundamiento, el Informe 14/2020 de Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, señala que:

“La unidad funcional concurre cuando media la existencia de un vínculo operativo entre los objetos de los contratos sucesivos, de tal modo que resulten imprescindibles para el logro que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato. En el caso descrito en la consulta, en que los objetos son idénticos y lo único que existe es una división temporal del contrato, no puede haber duda de la existencia de unidad funcional.

Ha de ser el propio órgano de contratación el que verifique si entre los contratos menores sucesivos que haya de celebrar concurre el requisito de unidad funcional o vínculo operativo que exigen el tratamiento conjunto de las prestaciones propias de un contrato. Para ello habrá de tener en cuenta la propia obligación de programar la actividad de contratación pública.”

Así mismo, sobre el fraccionamiento del contrato, el Informe 14/2020 de Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, señala que:

En sentido contrario, las prestaciones que tienen una función técnica individualizada pero forman parte de un todo (Unidad operativa), estando gestionadas por una Unidad organizativa (Unidad gestora) no suponen fraccionamiento y podrán ser objeto de contratación menor si se cumplen el resto de requisitos para esta

⁴⁴El artículo 99 de la LCSP, prohíbe el fraccionamiento de un contrato con la *“finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan.”*

modalidad. Así, no existirá fraccionamiento en el caso de prestaciones contratadas separadamente que sirven un mismo objetivo o necesidad, pero que de manera individualizada no sufre menoscabo en su ejecución, conservando su sentido técnico o económico, pudiéndose ejecutar separadamente.”

En definitiva, el recurso a la figura del contrato menor, está sometido al cumplimiento de los siguientes extremos:

1. Justificación de su necesidad, y del carácter imprevisible de la prestación, no pudiendo ser objeto de un contrato menor prestaciones recurrentes, susceptibles de planificación y programación.
2. Valor estimado dentro los límites establecidos en el artículo 118.1 y disposición adicional quincuagésima cuarta LCSP.
3. Justificación de la no alteración del objeto del contrato, en sentido de no fraccionamiento engañoso del objeto del contrato.
4. Solicitar, por lo menos tres presupuestos, y en caso de no ser posible, justificación motivada de tal extremo⁴⁵.
5. La limitación temporal, se ha de referir al ejercicio presupuestario.
6. Publicación, al menos trimestral, de los contratos menores adjudicados en ese período⁴⁶.
7. Aprobación del gasto e incorporación de la factura.
8. Para el caso de contratos de obras, se habrá de añadir al expediente:
 - Presupuesto de obras
 - Proyecto en su caso.
 - Informe de las oficinas o unidades de supervisión (Art. 235 LCSP) cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad, o estanqueidad de la obra.

Para terminar este apartado resulta interesante hacer una breve alusión a los modelos de contratación menor existentes en la Unión Europea y en algunos países miembros.

Así por ejemplo, el Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018⁴⁷, permite a las instituciones, organismos y agencias de la Unión Europea, adjudicar contratos de muy escasa cuantía (1.000€ - 15.000€), que sería el equivalente a los contratos menores en España, mediante un procedimiento negociado sin publicidad. En el caso del Banco Central Europeo, con normativa propia, el umbral de los contratos de adjudicación directa, se establece en 20.000 euros⁴⁸.

Respecto de los países miembros, los límites de aplicación y las maneras en las que se ha regulado no son homogéneas y presentan una casuística muy variada. MENDOZA JIMENEZ (2021), realiza un análisis

⁴⁵Sobre esto se pronunció la OIRESCON en Nota Aclaratoria en la que expone que:

“siempre es posible justificar motivadamente la no procedencia de tal petición de ofertas cuando dicho trámite no contribuya al fomento del principio de competencia, o bien, dificulte, impida o suponga un obstáculo para cubrir de forma inmediata las necesidades que en cada caso motiven el contrato menor” y que, en todo caso, *“la solicitud de tres ofertas se entenderá cumplida con la publicidad de la licitación, si así lo decide el Órgano de Contratación, pues, en tales supuestos, ya quedaría garantizada la competencia”*

⁴⁶En Andalucía, el artículo 15 de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía, obliga a dar publicidad también a los contratos inferiores a los 5.000 euros y abonados por el sistema de anticipo de caja fija u otro sistema similar para hacer pagos inferiores.

⁴⁷Establece las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión, y modifica los Reglamentos (UE) n° 1296/2013, (UE) n° 1301/2013, (UE) n° 1303/2013, (UE) n° 1304/2013, (UE) n° 1309/2013, (UE) n° 1316/2013, (UE) n° 223/2014 y (UE) n° 283/2014 y la Decisión n° 541/2014/UE y por el que se deroga el Reglamento (UE, Euratom) n° 966/2012. Establece los umbrales en el punto 14 del Anexo I.

⁴⁸Artículo 37 del Reglamento de Adquisiciones del Banco Central Europeo, aprobado por Decisión 2016/245 del BCE de 9 de febrero de 2016). *El BCE podrá adjudicar un contrato sobre la base de una única oferta cuando el valor estimado del contrato sin IVA sea inferior a 20 000 EUR.*

comparativo basado en la diferenciación del límite por objeto contractual y en la existencia de una regulación específica en la ley correspondiente⁴⁹, que arroja el siguiente resultado:

	Diferencia por objeto (umbrales)	
	nº países	%
SI	15	55,56
NO	12	44,44

Se aprecia como la mayoría (55,56%) establece, al igual que España, diferentes umbrales para suministros, obras o servicios. Resulta llamativo, que algo más de la mitad (51,85 %) no haya desarrollado una regulación específica para los contratos menores, dando libertad para contratar en los supuestos de no superación de los respectivos umbrales, eso sí, con pleno sometimiento a los principios generales de la contratación pública.

Así mismo, MENDOZA JIMENEZ (2021) aprecia en su estudio, que existe una alta concentración de países en torno al valor medio europeo – que alcanza los 31.219,21 € para servicios y suministros y 44.484,85 € para obras.

Por último destaca, que salvo España, Malta y Eslovaquia, ningún país establece el límite temporal de un año, y que la exigencia de informes del órgano de contratación es propia de la legislación española.

⁴⁹El estudio incorpora una tercera variable (la consideración de los servicios del Anexo XIV de la directiva como objeto diferenciado) que se ha omitido por considerarse innecesaria para el objeto de este trabajo. Ver principales conclusiones en: <https://www.jai-mepintos.com/la-contratacion-menor-en-la-union-europea-donde-estamos-con-respecto-a-nuestros-vecinos/> (acceso 22/06/22)

1.4. POSICIÓN DE ESPAÑA EN EL CONTEXTO DE LA UNIÓN EUROPEA.

Para evaluar la calidad de la contratación pública efectuada por los países miembros y conocer su peso relativo en el contexto del mercado único de la Unión Europea, la Comisión Europea publica una serie de parámetros. Se denominan *indicadores de desempeño*⁵⁰ (Ver Tabla 4).

Tabla 4: Indicadores de desempeño

INDICADORES	VARIABLES DE MEDICIÓN	UMBRALES	
[1] Postor único	proporción de contratos adjudicados cuando hubo un solo licitador	≤ 10%	> 20%
[2] Sin convocatoria de licitación	proporción de procedimientos de contratación que se negociaron con una empresa sin convocatoria de licitación.	≤ 5%	≥ 10%
[3] Tasa de publicación	valor de las adquisiciones anunciadas en TED como proporción del producto interno bruto (PIB) nacional.	> 5%	<2,5%
[4] Contratación cooperativa	proporción de procedimientos de contratación con más de un comprador público	≥ 10%	<10%
[5] Criterios de adjudicación	proporción de procedimientos adjudicados mediante el criterio único del precio.	≤ 80%	> 80%
[6] Velocidad de decisión	tiempo que transcurre entre la fecha límite de recepción de ofertas y la fecha de adjudicación del contrato	≤ 120 días	> 120 días
[7] PYME contratistas	proporción de contratistas PYME	> 60%	<45%
[8] Licitaciones pymes	proporción de licitadores PYME	> 80%	<60%
[9] Contratos divididos en lotes	proporción de contratos que se han dividido en lotes	> 40%	<25%
[10] Llamadas a licitación pendientes	proporción de contratos adjudicados tras una licitación cuyo criterio de selección y condiciones no estaban claros.	≤ 3%	> 3%
[11] Números de registro de vendedor faltantes	proporción de trámites que no incluyeron el número de registro de un vendedor	≤ 3%	> 3%
[12] Números de registro de comprador faltantes	proporción de trámites que no incluyeron el número de registro del comprador.	≤ 3%	> 3%

Fuente: Comisión Europea⁵¹

⁵⁰Ver: https://single-market-scoreboard.ec.europa.eu/policy_areas/public-procurement_en

⁵¹Ver en: https://single-market-scoreboard.ec.europa.eu/policy_areas/public-procurement_en (Acceso 10/10/22)

Tabla 5: Valor de los indicadores obtenidos por los países analizados

Perf. Ind.	AT	BE	BG	CY	CZ	DE	DK	EE	EL	ES	FI	FR	HR	HU	IE	IS	IT	LI	LT	LU	LV	MT	NL	NO	PL	PT	RO	SE	SI	SK
indicator 1	22	21	26	25	43	19	15	27	42	28	14	18	25	39	14	2	31	9	28	28	25	16	13	12	51	24	41	9	47	26
indicator 2	13	2	29	28	9	6	6	11	1	15	3	3	7	6	2	4	7	4	18	8	8	1	9	8	6	7	22	8	26	5
indicator 3	3	2.4	6.1	1.8	6.5	1.7	5.9	5.9	2.5	2.7	5.2	5.5	8	7.4	2.2	-	3.3	-	6.8	2	8.8	4	2.5	-	8.4	1.2	5	6	3.4	5.6
indicator 4	6	13	2	5	5	14	19	14	4	1	19	6	3	18	18	2	12	25	4	1	15	8	4	18	2	5	1	2	6	7
indicator 5	32	36	83	91	88	68	51	81	91	26	55	8	1	49	24	92	42	75	94	68	78	86	28	22	58	65	93	82	62	94
indicator 6	84	103	132	138	186	54	98	58	233	168	89	99	188	134	119	54	217	68	79	81	76	144	82	55	62	113	89	49	166	282
indicator 7	54	38	69	81	68	57	59	82	41	43	62	42	51	78	73	94	42	95	89	67	92	91	67	44	59	42	n/a	66	78	75
indicator 8	74	54	69	84	96	71	54	85	86	53	58	78	41	77	77	86	62	92	94	85	92	88	74	47	64	44	n/a	47	74	76
indicator 9	12	33	38	18	28	18	24	35	39	32	28	43	38	38	16	6	28	29	42	9	48	23	16	18	46	36	52	6	42	33
indicator 10	4	9	8	1	5	1	3	1	1	4	1	3	8	8	1	8	4	5	1	1	8	9	2	1	1	4	1	8	8	1
indicator 11	51	88	1	99	9	97	58	3	89	38	1	83	1	11	28	13	81	98	1	92	1	2	58	48	78	61	8	7	1	3
indicator 12	52	14	8	99	4	95	13	8	86	15	8	57	8	8	73	11	89	89	8	97	8	38	9	1	69	27	1	2	1	8

Fuente: Comisión Europea⁵²

Según los datos mostrados en la tabla 5, el rendimiento general de España (ES) es insatisfactorio, puesto que presenta valores fuera de los umbrales considerados como aceptables en 9 indicadores (color rojo). Sólo el *indicador 5 (proporción de procedimientos adjudicados mediante el criterio único del precio)* muestra un resultado satisfactorio (color verde), dado que sólo en el 26% de las licitaciones se ha tomado el precio como criterio único de adjudicación, estando muy por debajo del 80% establecido como umbral máximo aceptable. En caso de que los indicadores presenten valores entre los umbrales aceptables y no aceptables, se le asigna el color amarillo, como es el caso de los indicadores 3 y 9 en España, que obtiene 2,7% en el indicador 3, por lo que se encuentra dentro del rango 2,5% - 5%, y 32% en el indicador 9, que también se encuentra dentro del rango establecido para este de 25%-40%.

⁵²Ver en: https://single-market-scoreboard.ec.europa.eu/policy_areas/public-procurement_en (Acceso 10/10/22)

1.5. LAS CIFRAS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ANDALUCÍA.

Para concluir con la exposición de cifras, haremos un breve repaso por los principales indicadores cuantitativos de la contratación realizada por la Junta de Andalucía. En este caso se refiere a contratos formalizados (incluido menores) por la Administración de la Junta de Andalucía, sus entidades instrumentales y otras adheridas al Sector Público Andaluz en el ejercicio 2021, publicados en el Registro de Contratos de la Junta de Andalucía⁵³.

Tabla 6: Volumen de contratos formalizados por la Administración de la Junta de Andalucía y las entidades que conforman el Sector Público Andaluz durante el año 2021.

CONSEJERÍAS Y ORGANISMOS	TOTAL
	Nº
ADMINISTRACIÓN JUNTA DE ANDALUCÍA	8.148
%	9,18 %
ENTIDADES INSTRUMENTALES PÚBLICAS DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA	70.334
%	79,21 %
AGENCIAS ADMINISTRATIVAS	57.429
AGENCIAS DE RÉGIMEN ESPECIAL	815
AGENCIAS PÚBLICAS EMPRESARIALES	12.090
ENTIDADES INSTRUMENTALES PRIVADAS DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA	10.087
%	11,36 %
SOCIEDADES MERCANTILES DE PARTICIPACIÓN MAYORITARIA DIRECTA	1.539
SOCIEDADES MERCANTILES DE PARTICIPACIÓN MAYORITARIA INDIRECTA	1.693
FUNDACIONES PÚBLICAS	6855
CONSORCIOS	223
%	0,25 %
TOTAL ADMINISTRACIÓN JUNTA DE ANDALUCÍA, ENTIDADES INSTRUMENTALES Y CONSORCIOS	88.792
%	100,00 %

Fuente: Registro de Contratos de la Junta de Andalucía⁵⁴

El número de contratos formalizados por la Administración de la Junta de Andalucía y las entidades que conforman el Sector Público Andaluz durante el año 2021 e inscritos en el Registro de Contratos fue de 88.792, con un importe de adjudicación, IVA incluido, de 4.811.910.989,88 euros (ver tabla 6).

⁵³Ver: <https://www.juntadeandalucia.es/temas/contratacion-publica/gestion/registro-contratos.html> (Acceso 10/10/22)

⁵⁴Ver en: <https://www.juntadeandalucia.es/temas/contratacion-publica/gestion/registro-contratos/paginas/memorias-anuales.html> (acceso 10/10/22)

Tabla 7: Peso de la contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entes instrumentales, respecto del presupuesto anual de gasto.

Anualidad	Presupuesto Junta de Andalucía (€)	Contratos Formalizados € (IVA incluido)	Peso de la Contratación
2015	29.625.164.968,00	2.511.571.682,00	8,48 %
2016	31.285.389.177,00	2.789.218.889,03	8,92%
2017	33.239.509.031,00	2.750.188.268,18	8,27 %
2018	34.759.523.350,00	2.507.890.751,00	7,21 %
2019	36.495.501.682,00	3.162.570.142,00	8,67 %
2020	38.539.893.370,00	4.931.897.825,06	12,80 %
2021	40.188.042.635,00	4.811.910.989,88	11,97 %

Fuente: Registro de Contratos de la Junta de Andalucía⁵⁵

El peso de la contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entes instrumentales, respecto del presupuesto anual de gasto, se ha mantenido constante en torno al 8% desde el año 2015 hasta el 2019, produciéndose un incremento de 4 puntos porcentuales hasta llegar el 12% a partir del 2020, que se explica en gran medida por los efectos e incidencia de la pandemia del Covid-19 en la contratación pública (ver tabla 7).

Por tipo de procedimiento

El 68% del volumen de contratación formalizada en el ejercicio 2021 se ha realizado utilizando los procedimientos en los que más se promueve la concurrencia, como son el procedimiento abierto, el abierto simplificado, el abierto simplificado abreviado, la licitación con negociación y los contratos basados en acuerdo marco. En concreto, el uso de los procedimientos abierto y basado en acuerdo marco, cuya suma asciende a 3.170.644,09€ de inversión, ha supuesto el 65,89% de toda la contratación.

Por tipo de contrato

El número de contratos de obras formalizados en el año 2021 fue de 3.226, que representa el 3,63% del número total de contratos formalizados, materializándose en una inversión de 845.583.254,01 euros, que supone el 17,57% de la inversión total en contratos por parte de todas las entidades que conforman el Sector Público de la Junta de Andalucía.

⁵⁵Ver en: <https://www.juntadeandalucia.es/temas/contratacion-publica/gestion/registro-contratos/paginas/memorias-anuales.html> (acceso 10/10/22)

Por su parte, el número de contratos de suministros formalizados fue de 63.474, que representa el 71,49% del número total de contratos formalizados, materializándose en una inversión de 1.973.131.732,48 euros, que supone el 41,01% de la inversión total en contratos por parte de todas las entidades que conforman el Sector Público de la Junta de Andalucía.

En lo que se refiere a los contratos de servicios, el número de contratos formalizados fue de 20.410, que representa el 22,99% del número total de contratos formalizados, materializándose en una inversión de 1.700.671.033,83 euros, que supone el 35,34% de la inversión total en contratos por parte de todas las entidades que conforman el Sector Público de la Junta de Andalucía.

Por división en lotes

Tabla 8: Volumen de contratos lotificados. Año 2021

<i>LOTES</i>	<i>N.º Contratos</i>	<i>%</i>	<i>Importe Adjudicado (IVA incluido)</i>	<i>%</i>
<i>NO</i>	84.946	95,67 %	3.579.699.006,03	74,39 %
<i>SI</i>	3.846	4,33 %	1.232.211.983,85	25,61 %
<i>Total Resultado</i>	88.792	100,00 %	4.811.910.989,88	100,00 %

Fuente: Registro de Contratos de la Junta de Andalucía⁵⁶

⁵⁶ Ver en: <https://www.juntadeandalucia.es/temas/contratacion-publica/gestion/registro-contratos/paginas/memorias-anuales.html> (acceso 10/10/22)

CAPÍTULO 2. LOS ENTES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

La promoción y defensa de la competencia por parte de las administraciones públicas han tomado un papel fundamental en las economías. Es mayoritario el convencimiento de los beneficios que reporta al bienestar social la existencia de una competencia efectiva. Así se recoge, por ejemplo, en el preámbulo de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia:

“(...) La existencia de una competencia efectiva (...) se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad.”

Bajo esta concepción, multitud de países han desarrollado una legislación de competencia y creado organismos encargados de su preservación y control.

En este capítulo definiremos, en primer lugar, el concepto de competencia, y daremos unas breves reseñas sobre los distintos enfoques o sistemas de políticas de competencia. Seguidamente expondremos la evolución de la normativa de competencia en la Unión Europea, así como en España y Andalucía, y concluimos el capítulo con el análisis de los entes de defensa de competencia y su papel en la contratación pública.

2.1. COMPETENCIA: CONCEPTO Y ENFOQUES ECONÓMICOS

La economía de mercado adolece de ciertas imperfecciones, denominadas por Stiglitz como fallos de mercado⁵⁷, que limitan su correcto funcionamiento y justifican la intervención del Estado a fin de corregir sus efectos. Para ello, se despliegan un conjunto políticas públicas denominadas políticas de competencia, que podrían definirse como, *“conjunto de normas y medidas de política económica, que tienen como objetivo velar por la competencia efectiva en los mercados, necesaria para el correcto funcionamiento de una economía de mercado y el bienestar de los consumidores”*⁵⁸.

⁵⁷Joseph Stiglitz identifica 6 casos que se consideran fallos del mercado (Citado por De la Torres Vargas (2014, p.50.):

Fallos de Competencia: Cuando la oferta se concentra en un reducido número de agentes económicos con poder para influir en los precios y/o limitar la cantidad suministrada. Son ejemplos el monopolio, el oligopolio y la competencia monopolística.

Bienes públicos: Bienes o servicios básicos para la sociedad, cuya baja rentabilidad desincentiva su producción por el sector privado. El Estado ha de proveerlos directa o indirectamente (concesión de obras o servicios). Son de consumo irrenunciable, generalizado y no excluyente. Sirva de ejemplo el alumbrado público o la defensa nacional.

Externalidades: Acciones de terceros que condicionan el comportamiento del/os actor/es principal/es. Estas pueden generar efectos positivos (externalidad positiva: P.e.: construcción de una boca de metro cercana), o efectos negativos (externalidad negativa: P.e.: la contaminación). Provocan una asignación ineficiente de los recursos, por exceso en las negativas, y por defecto en las positivas.

Mercados incompletos: Cuando la oferta de productos o servicios, no básicos en principio, salvo que así los declare la Administración Pública, es muy inferior a su demanda, aún cuando el comprador está dispuesto a pagar un precio muy superior a los costes de producción.

Fallos de información: Situación de información asimétrica o desequilibrada en favor de una de las partes, es decir, cuando los intervinientes en la transacción no disponen de la misma información sobre el producto o servicio objeto de la transacción.

⁵⁸ACREA (2018), Análisis de seguimientos de las recomendaciones del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía en los informes normativos, p.4.

La competencia se muestra como un elemento coordinador de la economía a través del cual se alcanza una asignación eficiente de los recursos. En los mercados competitivos la economía disfruta de mayores niveles de eficiencia en sus procesos y los consumidores acceden a los productos al precio más bajo que la tecnología permite, al tiempo que los productores menos hábiles van siendo expulsados a causa precisamente de su escasa capacidad de competir (García Hidalgo, 2013). De este modo, la protección y el estímulo de la competencia se constituye como un objetivo intermedio, una herramienta clave que nos acercará al objetivo final, que no es otro que el interés colectivo y el bienestar de la sociedad en su conjunto (Palma, 2006).

Ello puede mostrarse con un análisis económico simple basado en la comparación de dos escenarios antagónicos: una situación de competencia perfecta y una situación de monopolio. Así, en una situación de monopolio la cantidad intercambiada en el mercado es inferior a la que se realizaría en competencia perfecta, y además a un precio mayor. Por esta razón, el excedente de los consumidores se ve reducido. Esta disminución puede explicarse por dos hechos con implicaciones diferentes: una transferencia de riqueza desde todos los consumidores hacia el monopolista y una pérdida social. Por otro lado, existe una pérdida social del excedente del productor por los beneficios que deja de obtener, al vender menos unidades de producto con respecto a la situación de competencia perfecta, del que nadie saca provecho y por el que competirían las empresas en ausencia de monopolio. (Ordóñez de Haro, 2009, p. 130).

Además se han identificados otros efectos negativos en ausencia de competencia⁵⁹: el llamado *relajo gerencial*, cuando el empresario monopolista puede obtener cuantiosos beneficios sin preocuparse de la eficiencia con la que funciona la empresa debido a que la ausencia de competencia le permite trasladar sus costes, por altos que sean, a los precios, provocando con ello una pérdida de eficiencia productiva (Muñoz de Bustillo, 2002: 288). Y la denominada por Palma (2006) como *pérdida de eficiencia dinámica*, referida a la posibilidad que tienen las empresas con poder de mercado para alterar su estructura de costes⁶⁰.

En definitiva, la competencia incentiva a las empresas en la búsqueda de ventajas competitivas mediante la innovación, la eficiencia de costes y/o la superioridad técnica. Con ello se obtiene: un incremento de la eficiencia en la producción, una mejora de la calidad del producto, una disminución de los precios y un aumento del bienestar social. Y paradójicamente, para la consecución de una competencia efectiva en un sistema de libre mercado, se requiere de la intervención del poder público.

Desde la teoría económica se ha influido de manera notable en la política de competencia, aunque con propuestas muy distintas. La doctrina ha identificado tres corrientes de pensamiento económico: la Escuela de Harvard y el paradigma estructura-conducta-resultados; la Escuela de Chicago y el concepto de eficiencia como base para el funcionamiento de los mercados; y, finalmente, la denominada Nueva Economía Industrial, fruto de los avances en la teoría de juegos como herramienta de análisis y del uso, en los estudios empíricos, de técnicas econométricas más sofisticadas (Ordóñez de Haro, 2009, p. 24):

- *Escuela de Harvard* (Edward S. Mason, Universidad de Harvard, 1939): Su idea central se basa en el paradigma Estructura-Conducta-Resultados (E-C-R), según el cual debe partirse del estudio de las variables que conforman la estructura del mercado: número de compradores y vendedores, grado de

⁵⁹Citados por GARCÍA HIDALGO J.L. (2013) en su Tesis Doctoral: La contribución de la Unión Europea a la configuración de un marco global para la política de competencia. (pág 113).

⁶⁰La *pérdida de eficiencia dinámica* “puede producirse por dos razones: en primer lugar, la empresa en cuestión podría dedicar recursos a mantener un determinado status o situación de privilegio, levantando o fortaleciendo barreras de entrada; en segundo lugar, el poder de mercado permite a quien lo ejerce alejarse del objetivo último en condiciones competitivas, que no puede ser otro que la maximización de beneficios. De este modo, la maximización de la función de utilidad del agente puede propiciar un nivel de gasto superior al que se derivaría del criterio de minimización de costes”.

diferenciación de los productos, barreras a la entrada, tecnología empleada y grado de integración vertical. Estas características estructurales obligan a las empresas presentes en un sector particular a manifestar un comportamiento competitivo concreto que repercute, en última instancia, en sus resultados y tasa de beneficio. “En los Estados Unidos, el análisis de la escuela de Harvard llegó a ser la base de la política de la competencia en los años sesenta y permaneció así hasta que, a mediados de los años setenta, los enfoques neoclásicos y neo institucionales comenzaron a imponerse” (Ordóñez de Haro, 2009, p. 29)

- *Escuela de Chicago* (Aaron Director y George J. Stigler, Universidad de Chicago, años 50): Analiza la política de la competencia desde la perspectiva de la teoría de los precios, partiendo del supuesto básico de la racionalidad de los agentes en su comportamiento maximizador de los beneficios, la utilidad y el bienestar. Defiende la prohibición de las fusiones que impliquen altos grados de concentración y los acuerdos en precios y producción entre competidores, que no tengan una justificación clara de eficiencia. Y justifica la intervención de las autoridades si se tratara de mercados donde, por alguna razón, no operen libremente las fuerzas de la competencia (Ordóñez de Haro, 2009, p. 30).
- *Nueva Economía u Organización Industrial* (Schmalensee, 1982): Se trata principalmente de una evolución metodológica, mediante la confluencia de la teoría de juegos aplicada al estudio de la competencia entre empresas, y de técnicas econométricas empleadas en el estudio de la competencia en los mercados individuales. Esto permite la simulación de los efectos de las fusiones y la detección de comportamientos colusorios sobre los mercados.

Estudios más recientes han encontrado evidencia empírica sobre los efectos de las políticas de competencia en el ámbito macroeconómico⁶¹. En este sentido, Symeonidis (Reino Unido, 2008) en su estudio de los efectos de la legislación antitrust de 1956, observó en un periodo de ocho años, que el crecimiento de la productividad del trabajo fue entre un 20% y un 30% menor por la existencia de colusión. Por su parte, Clougherty (USA, 2010) afirma que un aumento de los fondos de la política de competencia, de alrededor de 60 millones de dólares, supondría un aumento del crecimiento económico de alrededor de 0,84%. Por otro lado, Buccirosi et al. (Reino Unido, 2013) demuestran que la competencia afecta positivamente al crecimiento de la productividad total de una economía y sugieren complementar estas políticas con otras dirigidas a asegurar la eficiencia de las instituciones a la hora de aplicar las leyes. Concretamente, las mejoras en política de competencia pueden explicar en torno a una quinta parte de los aumentos de productividad. También, Gutmann y Voigt (2014) encuentran evidencias de que las leyes de competencia favorecen el crecimiento económico, impulsando la tasa de crecimiento del PIB entre un 2-3%. Finalmente, Besley, Fontana y Limodio⁶² (2020; 79) muestran que –con datos de 10 millones de empresas de 90 países que cubren 20 sectores durante 10 años– los márgenes de beneficios de las empresas que operan en sectores no comercializables son significativamente menores en países con políticas de competencia potentes.

Una vez visto el concepto de competencia en su acepción económica, entendido la importancia de su promoción y defensa, y reseñados los distintos enfoques económicos que han influido en los argumentos aplicados por la política de la competencia, dedicaremos el apartado siguiente a repasar escuetamente las políticas de competencia aplicadas en la Unión Europea, España y Andalucía.

⁶¹Ver en <https://www.cnmc.es/file/169141/download> (acceso 15/10/22)

⁶²Ver en https://www.funcas.es/wp-content/uploads/2021/05/PEE-168_6.pdf (acceso 15/10/22)

2.2. POLÍTICAS DE COMPETENCIA EUROPEA, ESPAÑOLA Y ANDALUZA.

Jacquemin (1991), distingue tres objetivos principales en la política de competencia: la difusión del poder económico privado, la libertad económica de los competidores y el bienestar del consumidor⁶³, cuya aplicación se materializa, según se determina en la propia LDC, a través de tres tipos de instrumentos principales: régimen aplicable a las conductas restrictivas de la competencia, principios del control de concentraciones y sistema de seguimiento y propuesta en materia de ayudas públicas. Los dos primeros están enfocados al comportamiento de las empresas privadas, y el último se refiere, obviamente, a la distorsión de la competencia que desde el sector público se pudiese generar (GARCÍA HIDALGO J.L. 2013: p 166).

El derecho de la competencia, tal como lo conocemos hoy día tiene su origen en Estados Unidos. El surgimiento de una nueva estructura empresarial conocida como *el trust*⁶⁴, primero en el sector petrolífero, de la mano de John D. Rockefeller y su compañía Standard Oil, y luego extendida por todo el país, permitía a los empresarios alcanzar acuerdos para fijar artificialmente los precios y repartirse los mercados. Ante esta situación el Congreso de los Estados Unidos promulgó en 1890 la ley contra los monopolios, popularmente conocida como Ley Sherman (Sherman Act) puesto que fue presentada en 1888 por el senador de Ohio John Sherman, que se encargará de prohibir cualquier forma de monopolización o restricción del comercio.

Posteriormente aparecen otros textos legales, tales como el “*Federal Trade Commission Act*”⁶⁵ (1914), el “*Clayton Act*”⁶⁶ (1914) y el “*Celler-Antimerger Act*” de 1950. Poco a poco se fue ampliando la lista de países que comenzaron a aplicar políticas de competencia, como es el caso de Gran Bretaña con la «Restrictive Trade Practices Act» de 1956, y Alemania con la «Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen», de 1957⁶⁷.

Respecto a la implementación de políticas de competencia en la Unión Europea, así como en España y particularmente en Andalucía, su evolución ha sido la siguiente.

2.2.1. Políticas de Competencia en la Unión Europea.

El derecho de competencia de la Unión Europea tiene su germen en el tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea del Carbón y del Acero (C.E.C.A.) firmado en París el 18 de abril de 1951. Este creaba un mercado común del carbón y el acero para Bélgica, la República Federal de Alemania, Francia, Italia y Holanda. En su articulado se recogen prohibiciones explícitas de las barreras al comercio y a determinadas prácticas restrictivas de la competencia⁶⁸, aunque no resultó muy efectivo en la lucha contra los cárteles. Este último hecho provocó que algunos países aprobaran sus propias leyes para regular los cárteles (Ordóñez de Haro, 2009, p. 58).

⁶³GARCÍA HIDALGO J.L. (2013: p 133) define los tres objetivos.

⁶⁴BERNARDOS SEN E. (2019): Un Trust consistía en el control de varias empresas independientes, sin necesidad de que se produjera la fusión de las mismas, por parte de una suerte de consejo de administración que custodiaba un porcentaje mayoritario de las acciones de cada una de las empresas de una forma similar a un fideicomiso. Los accionistas conservarían los derechos de carácter patrimonial derivados de los títulos (dividendos), pero los derechos políticos (el voto) serían ejercitados por parte del consejo. Como cabe imaginar, el fin de estas concentraciones de empresas se identificaría con restringir o eliminar la competencia.

⁶⁵Se crea la Comisión Federal de Comercio para evitar que “*personas, partnerships o corporaciones emplean métodos desleales de competencia y actos o prácticas desleales o engañosas que afecten al comercio.*”

⁶⁶Se amplían los supuestos de prácticas prohibidas en la norma Sherman.

⁶⁷Según se refiere en el preámbulo de la ya derogada Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia.

Los miembros de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero alcanzaron un nuevo acuerdo para crear la Comunidad Económica Europea, que se materializó en el denominado como Tratado de Roma, firmado el 25 de marzo de 1957, en cuyos artículos 85 y 86 se contienen una prohibición general de conductas anticompetitivas y un catálogo de prácticas y acuerdos prohibidos.

Las normas de competencia de ambos tratados son prácticamente similares. La diferencia más significativa se encuentra en que mientras en la CECA la Alta Autoridad ostentaba la competencia exclusiva sobre las cuestiones de competencia, en el Tratado de Roma se contenían provisiones para compartir la jurisdicción con la legislación equivalente de los Estados miembros (GARCÍA HIDALGO J.L. 2013: p 194).

Posteriormente, se modificó la implementación de los artículos 85 y 86, con la reforma de Regulación 7/1962. Supuso dos grandes cambios:

1. Dichos artículos pasan formar parte de la ley de cada Estado Miembro y se pueden hacer cumplir directamente por las Cortes correspondientes a cada Estado.
2. La Comisión Europea asume un importante papel, quedando facultada para adoptar decisiones al infringirse los artículos 85 u 86 del Tratado CEE, conceder exenciones en la aplicación del artículo 85.1 cuando las condiciones establecidas en el artículo 85.3 sean satisfechas, y declarar inaplicables las normas de competencia a determinados acuerdos.

Estas políticas de competencia se han ido potenciando hasta el punto de ser una de las políticas más activas e importantes de la Unión Europea. En la actualidad, lo fundamental del derecho comunitario sobre la libre competencia se regula desde el 1 de diciembre de 2009 en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), Título VII, denominado “Normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones”, capítulo I, titulado “Normas sobre competencia”, que abarca desde el artículo 101 al 109. En el siguiente nivel se encuentran las Directivas y Reglamentos que regulan aspectos concretos, entre los que destacan el Reglamento comunitario de concentraciones (Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo) y sus normas de desarrollo (Reglamento (CE) nº 802/2004 de la Comisión)⁶⁹.

La Dirección General de Competencia de la Comisión Europea es el órgano encargado de velar por el cumplimiento de las normas de competencia, en cooperación con las autoridades nacionales de competencia (ANC)⁷⁰. En este sentido el Reglamento nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, establece en su artículo 11 la obligatoria colaboración entre las ANC y la Comisión, quienes efectuarán sus comunicaciones a través de la Red Europea de Competencia (REC)⁷¹

Las políticas de competencia de la Unión Europea, giran en torno a cinco ejes:

⁶⁸El artículo 4 contiene una lista abierta en la que se enumeran las prácticas comerciales incompatibles con el nuevo mercado y, por tanto, destinadas a ser suprimidas y prohibidas. El artículo 5 mantiene la referencia a la protección de la competencia contenida en el artículo 4(d). El artículo 65 incluye provisiones orientadas a preservar una estructura competitiva dentro de la Comunidad. El artículo 66 aborda las concentraciones económicas en los sectores del carbón y del acero.

⁶⁹Según se indica en la página web del Parlamento Europeo: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/82/la-politica-de-competencia> (acceso 26/10/22)

⁷⁰Ver en: https://ec.europa.eu/info/departments/competition_es (acceso 26/10/22)

⁷¹Ver en: <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/european-competition-network-ecn.html> (acceso 26/10/22)

1. Prohibición total de los acuerdos contrarios a la competencia.

En el artículo 101 del TFUE se delimitan los comportamientos anticompetitivos que son tipificados como conductas colusorias. De esta forma quedan prohibidos y declarados nulos de pleno derecho todos los acuerdos entre empresas que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia. En concreto se refiere a los siguientes:

- a. Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;*
- b. limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;*
- c. repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;*
- d. aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;*
- e. subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.*

Ahora bien, en su apartado 3 declarada inaplicable la prohibición de acuerdos, decisiones o prácticas que “contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

- a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;*
- b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.”*

La aplicación de este artículo se regula en el mencionando Reglamento nº 1/2003

2. Prohibición del abuso de posición dominante.

Por su parte el artículo 102 del TFUE, determina que “será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo”. En el mismo se señalan algunos ejemplos de prácticas abusivas.

El Tribunal General de la Unión Europea⁷² considera, como pone de manifiesto en la sentencia que ha respaldado parte de la sanción impuesta por la Comisión Europea a Google por abuso de posición dominante con Android, “que la mera posición dominante de una empresa, aunque sea tan amplia como la de Google, no implica ningún reproche respecto de la empresa en cuestión, aunque esta tenga intención de expandirse a un mercado vecino. No obstante, el Tribunal General estima que, al favorecer su propio comparador de productos en sus páginas de resultados generales mediante una presentación y un posicionamiento privilegiados, relegando, en esas páginas, los resultados de los comparadores de la competencia mediante algoritmos de clasificación, Google se ha desviado de la competencia a través de los méritos (...)”⁷³

⁷²Sentencia del Tribunal General (Sala Novena ampliada) de 10 de noviembre de 2021. Google LLC, anteriormente Google Inc. y Alphabet, Inc. contra Comisión Europea. Asunto T-612/17. Ver en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:62017TJ0612> (acceso 27/10/22)

⁷³Ver nota de prensa de Tribunal de la UE: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2021-12/cp210197es.pdf> (acceso 27/10/22)

Por lo tanto, detentar una posición de dominio no es incompatible con el mercado interior, salvo que se utilice de forma abusiva.

3. Procedimiento de control de concentraciones.

El Reglamento (CE) nº 139/2004, del Consejo de 20 de enero de 2004, establece en el apartado 3 del artículo 2 que “*las concentraciones que sean proclives a obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante, se declararán incompatibles con el mercado común*”

Ahora bien, como se indica en la página web del Parlamento Europeo⁷⁴, las concentraciones o adquisiciones pueden resultar beneficiosas para el conjunto de la economía en tanto que pueden dar lugar a una mayor eficiencia, sinergias y economías de escala; no obstante, cuando redundan en un aumento del poder o concentración de mercado, pueden, asimismo, ir en menoscabo de la competencia. Es por ello que se hace necesario determinar su compatibilidad con el mercado interior, mediante un proceso de evaluación realizado por la Comisión Europea, quedando suspendida su ejecución hasta tanto no se haya obtenido la correspondiente autorización.

4. Prohibición de las ayudas de Estado

El artículo 107 del TFUE establece la prohibición general de ayudas directas concedidas por los Estados miembros, a determinadas empresas o sectores que falseen o amenacen falsear la competencia y afecten al comercio entre Estados miembros.

No obstante, en sus puntos 2 y 3 enumera aquellas ayudas que si reúnen las condiciones de compatibilidad con el mercado interior. En concreto el punto 2, determina que son compatibles las ayudas de carácter social, para reparación de los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional, y las destinadas a determinadas regiones de la República Federal de Alemania. Por su parte, el punto 3 establece que podrán considerarse compatible las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo de regiones deprimidas o con altos niveles de desempleo; las destinadas a la realización de proyectos de interés común europeo o las destinadas a remediar una grave perturbación en la economía de un Estado miembro; las destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o regiones; las ayudas dirigidas a promover la cultura y la conservación del patrimonio; y aquéllas que así considere el Consejo, a propuesta de la Comisión, con mayoría cualificada.

Así mismo, existe un régimen de compatibilidad por razón de la cuantía denominado “*de minimis*”⁷⁵. Se refiere a ayudas estatales (destinadas a PYMES, Investigación y Desarrollo o protección del Medioambiente) que no se tienen que notificar a la Comisión Europea. El importe máximo es de doscientos mil euros por empresa a lo largo de un período de 3 años.

⁷⁴Ver en: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/82/la-politica-de-competencia> (acceso 26/10/22)

⁷⁵En 2006, la Comisión aprobó un reglamento de minimis [Reglamento (CE) nº 1998/2006] válido entre 2007 y 2013. Dobló el límite máximo de las ayudas exentas, que pasó de 100. 000 euros a 200. 000 euros por empresa y período de 3 años. Este incremento tenía en cuenta la evolución de la inflación y del producto interior bruto de la UE hasta 2006, así como la posible evolución de estos factores durante el período 2007-2013. Debido a la crisis financiera, la inflación real fue considerablemente inferior a lo previsto en 2006. Por tanto, no estaba justificado ningún otro aumento del límite máximo.

En el Reglamento (UE) nº 1407/2013, que revisa y sustituye al Reglamento (CE) nº 1998/2006, se simplifica todavía más la tramitación de las medidas de ayudas estatales de pequeña cuantía. En particular, las empresas con problemas financieros ya no quedan excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento y, por tanto, se les permite recibir ayudas de minimis. Ver en: http://publication-s.europa.eu/resource/cellar/a2e7ab07-0fab-44af-bee5-ec94f3637ab0.0007.03/DOC_3#:~:text=Las%20ayudas%20de%20minimis%20se,un%20per%C3%ADodo%20de%203%20a%C3%B1os. (acceso 26/10/22)

5. Servicios de interés económico general (SIEG) de carácter público

Determinados sectores o servicios fundamentales, que tradicionalmente han sido prestados de forma directa por los propios Estados, como la generación y distribución de electricidad, el servicio de correos, el servicio de telefonía fija o el transporte ferroviario, siguen siendo ofrecidos por empresas públicas, o controladas por las autoridades públicas. En este sentido, el artículo 106 del TFUE establece que:

“1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas de los Tratados, especialmente las previstas en los artículos 18 y 101 a 109, ambos inclusive.

2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión.

3. La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas.”

En lo que se refiere a las políticas de competencia en materia de contratación pública, desde la Unión Europea se han regulado aspectos muy genéricos. Ejemplo de ello son las *Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE y 93/38/CEE* sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, suministro, obras y en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, respectivamente, en las que se hace alusiones del tipo *“Cuando los concursos reúnan a un número limitado de participantes, las entidades adjudicadoras establecerán criterios de selección claros y no discriminatorios. En todos los casos, al fijar el número de los candidatos invitados a participar en los concursos de proyectos se deberá tener en cuenta la necesidad de garantizar una verdadera competencia”*⁷⁶ o *“En cualquier caso, el número de candidatos invitados a presentar ofertas habrá de ser el suficiente para asegurar una verdadera competencia”*⁷⁷.

Posteriormente, en aras de la simplificación y la clarificación, se fusionaron tres de ellas en la *Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios*. En esta se establece por primera vez, la necesidad de remover los obstáculos a la libre circulación de servicios y mercancías existente en un sector económicamente tan importante como el de los contratos públicos. Se trataba de hacer realidad la competencia empresarial en el mercado único dentro del concreto ámbito de estos contratos, de forma que las empresas de los diferentes Estados miembros puedan competir en condiciones de igualdad de oportunidades. Se crea por tanto la figura de los Contratos Sujetos a Regulación Armonizada (SARA)⁷⁸.

⁷⁶Artículo 13.5 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios

⁷⁷Artículo 27.2 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios

⁷⁸Los contratos sujetos a regulación armonizada son aquellos que, por alcanzar un determinado umbral en su valor estimado, se sujetan a unas reglas especiales en cuanto a publicidad y elección del procedimiento. Son contratos de relevancia comunitaria y que, por tanto, deben tener una publicidad cualificada a nivel de toda la Unión Europea.

Con carácter general son los contratos de obras, de concesión de obras y de concesión de servicios de valor estimado igual o superior a 5.382.000 euros, y los contratos de suministro o de servicios de valor estimado igual o superior a 140.000 euros.

En 2014, el Parlamento y el Consejo adoptaron un nuevo paquete sobre contratación pública en el que se incluyen la *Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública* (por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE) y la *Directiva 2014/25/UE relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales* (por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE). Así en el artículo 26.4.b) de la *Directiva 2014/24/UE* se establece que “(...) se considerarán irregulares, en particular, las ofertas que no correspondan a los pliegos de la contratación, que se hayan recibido fuera de plazo, que muestren indicios de colusión o corrupción o que hayan sido consideradas anormalmente bajas por el poder adjudicador. (...)”. De esta manera se introduce por primera vez alusiones a conductas anticompetitivas en legislación contractual.

2.2.2. Políticas de Competencia en España.

En España, la primera ley de defensa de la competencia data de 1963, Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia (Ley 110/1963), en un contexto de profundos cambios económicos y una progresiva apertura al exterior de la economía española. Tras los primeros pasos en el desarrollo de una política de la competencia, que no tuvo una repercusión excesiva en la economía española al verse limitada por la realidad existente en ese momento, no es hasta 1989 cuando se aprueba un sistema que sigue las líneas maestras establecidas en el Tratado de Roma con la Ley 16/1989 de 17 de julio de defensa de la competencia (Ordóñez de Haro, 2009, p. 35). En su preámbulo se refleja la nueva concepción de la competencia, que se erige como “*principio rector de toda economía de mercado, representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra Sociedad y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa. La defensa de la competencia, por tanto, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación, ha de concebirse como un mandato a los poderes públicos que entroncan directamente con el artículo 38 de la Constitución.*” El objetivo específico de la misma era “*garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público*”

La arquitectura institucional de las leyes de 1963 y de 1989 se asentó en el principio organizativo de separar la aplicación de la política de competencia en dos organismos: uno de instrucción de los expedientes sancionadores dependiente del Ministerio de Economía (el Servicio de Defensa de la Competencia), y otro de resolución independiente de los órganos políticos del Gobierno (el Tribunal de Defensa de la Competencia) (BORREL J.R, GARCÍA C. y JIMÉNEZ J.L., 2021).

Las sucesivas reformas introducidas en esta ley han desarrollado y consolidado la política de defensa de la competencia en España, adecuándose a la nueva realidad económica española y a la necesidad de ir incorporando los distintos avances y enfoques aplicados por la Comunidad Europea en este campo. Cabe destacar el Plan de Liberalización y Reforma Estructurales de 1997⁷⁹, que da lugar a un proceso de reforma de las leyes de competencia y de liberalización de los mercados de bienes y servicios. En el mismo se refuerza el papel del Tribunal de Defensa de la Competencia que asume la fase de instrucción de expedientes (hasta ese momento correspondía al Servicio de Defensa de la Competencia de la Secretaría de Estado de Economía). Hay que señalar también, la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, promulgada a efectos de

Existe también un procedimiento administrativo, el abierto simplificado, que tiene un régimen jurídico específico. Uno de los requisitos para su aplicación es que se trate de contratos de obras de valor estimado igual o inferior a 2.000.000 de euros, o de contratos de suministro y de servicios, de valor estimado igual o inferior a 100.000 euros.

⁷⁹Ver en: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/paginas/1997/c2102970.aspx> (acceso 17/10/22)

la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999⁸⁰, que establece la necesidad de implantar, mediante Ley estatal, el marco para el desarrollo de las competencias ejecutivas del Estado y las Comunidades Autónomas previstas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y su desarrollo reglamentario.

En la actualidad, la política de competencia se regula en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), que deroga a la anterior norma de 1989. En su preámbulo señala que “(...) *una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes (...)*”, lo cual genera beneficios tanto en el consumidor “(...) *en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad*”, como en el conjunto de la sociedad. Además, reconoce que “*la defensa de la competencia (...) es un instrumento de primer orden para promover la productividad de los factores y la competitividad general de la economía*”. En este sentido, la LDC tiene por objeto “*la reforma del sistema español de defensa de la competencia para reforzar los mecanismos ya existentes y dotarlo de los instrumentos y la estructura institucional óptima para proteger la competencia efectiva en los mercados*”, y todo ello articulado en torno a cinco principios:

- 1) La garantía de la seguridad jurídica de los operadores económicos.
- 2) La independencia de la toma de decisiones
- 3) Transparencia y responsabilidad de los órganos administrativos encargados de la aplicación de esta Ley
- 4) Eficacia en la lucha contra las conductas restrictivas de la competencia.
- 5) Búsqueda de la coherencia de todo el sistema.

Por su relación directa con el objeto de este trabajo resultan de interés los preceptos recogidos en los artículos 1, 2 y 3, referidos a la prohibición de las conductas colusorias, los abusos de posición dominante y el falseamiento de la libre competencia por actos desleales, que abordaremos con mayor profundidad en el Capítulo 3.

Finalmente debemos mencionar, la creación en el ámbito estatal de una institución única e independiente del Gobierno, la Comisión Nacional de la Competencia, que asume las competencias del Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia, que desaparecen. Posteriormente, en el año 2013 se aprobó la unificación de los organismos reguladores y de la autoridad de competencia, dando origen a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). Todo ello será tratado en el apartado 3 de este capítulo.

2.2.3. Políticas de Competencia en Andalucía.

La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) prevé la creación de órganos competentes en las Comunidades Autónomas para aplicar, en su territorio y en los casos en los que no se afecte al conjunto nacional o al mercado supracomunitario, las competencias ejecutivas establecidas en la mencionada legislación. Su aplicación se materializa con la ya mencionada Ley 1/2002, de 21 de febrero de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.

⁸⁰Ver en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1999-23950> (acceso 17/10/22)

En el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía, esta tiene “*competencia exclusiva en materia de promoción de la competencia, conforme a lo establecido en el artículo 58.1.5º del Estatuto de Autonomía para Andalucía*”⁸¹, y *competencia ejecutiva en defensa de la competencia, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 4.5.º del citado artículo. A estos efectos el artículo 164 dispone la creación por ley de un órgano independiente de defensa de la competencia, y contempla que la Junta de Andalucía pueda instar a los organismos estatales de defensa de la competencia cuanto estime necesario para el interés general de Andalucía en esta materia*”⁸². En relación con ello, se aprueba la Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía, de la que nace la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía (ADCA). Posteriormente, se le atribuyen nuevas funciones y competencias, primero en el año 2014, mediante la Ley 3/2014, de 1 de octubre, de medidas normativas para reducir las trabas administrativas, donde se incluye la facultad de ser “*consultada, con carácter facultativo, en materia de promoción y defensa de la competencia, así como sobre la aplicación de los principios de una regulación eficiente y favorecedora de la competencia y de la unidad de mercado*”; además se le confiere la tarea de “*Informar los anteproyectos de ley y proyectos de reglamento de la Administración de la Junta de Andalucía que incidan en las actividades económicas, la competencia efectiva en los mercados o a la unidad de mercado*”. En una tercera fase, con el Decreto-ley 2/2020, de 9 de marzo, de mejora y simplificación de la regulación para el fomento de la actividad productiva de Andalucía, se modifica la denominación de la Agencia pasando a llamarse Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía (en adelante ACREA), y se le atribuyen nuevas funciones en materia de regulación económica, “*entre las que caben destacar las actuaciones para coordinar la planificación y la evaluación periódica de la regulación, (...) y, recomendar reformas dirigidas a una mayor competitividad de la economía andaluza; o las tareas de impulsar la regulación económica eficiente y la eliminación de trabas desproporcionadas a los operadores económicos*”⁸³.

En el capítulo 3 analizaremos a este organismo con mayor profundidad.

⁸¹Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

⁸²Ver preámbulo de la Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía.

⁸³Ver parte XII del preámbulo del Decreto-ley 2/2020, de 9 de marzo

2.3. EL PAPEL DE LAS ENTIDADES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Son numerosos los países que se han dotado de instituciones públicas encargadas de aplicar las políticas de competencia⁸⁴. En España, para encontrar los primeros organismos encargados de velar por la aplicación de las leyes de competencia, hemos de remontarnos a la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia. En la misma se crean tres órganos:

1. *Tribunal de Defensa de la Competencia*. (art. 7)
2. *Servicio de Defensa de la Competencia* (arts. 20, 22 y 23)
3. *Consejo de Defensa de la Competencia* (art. 24)

El *Servicio de Defensa de la Competencia* era un organismo puramente administrativo, con el carácter de Dirección General integrada en el Ministerio de Comercio, con funciones, principalmente, de tramitar los expedientes que haya de ser sometidos al Tribunal de Defensa de la Competencia y de vigilar el cumplimiento de sus resoluciones, aparte de llevar el Registro de prácticas restrictivas. Por su parte el *Consejo de Defensa de la Competencia es, predominantemente, órgano consultivo, presidido por el Director del Servicio, con función de informar preceptivamente sobre las disposiciones complementarias de la Ley y sobre las reglas sectoriales de competencia, y con facultades también procedimentales, puesto que puede proponer al Servicio la iniciación de los correspondientes expedientes. Por último el *Tribunal de Defensa de la Competencia*, es un organismo que “en parte es y no es Tribunal; que en parte ejerce y no ejerce jurisdicción; que tiene rasgos y atributos judiciales, pero que en el fondo es mero Tribunal administrativo; que tiene jurisdicción administrativa respecto de determinados aspectos, pero que carece de ella, o no lo es, para otros; cuya jurisdicción en parte es retenida y en parte delegada” (VILLAR Y ROMERO, 1965; 386)*

Posteriormente, la adhesión de España a las Comunidades Europeas en 1986, genera la necesidad de adecuar las normas y procedimientos de defensa de la competencia a los mandatos comunitarios. De esta manera, se promulga la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC). Su aplicación se entrega a órganos administrativos ya existentes, el Servicio de Defensa de la Competencia encargado de la instrucción y del Registro y el Tribunal de Defensa de la Competencia encargado de la resolución y, en el caso de las concentraciones, de la elevación de sus propuestas al Consejo de Ministros. Las decisiones que pongan fin al procedimiento o produzcan indefensión son susceptibles de revisión judicial.

Como hemos comentado en páginas anteriores, las leyes de 1963 y de 1989 se asientan en el principio organizativo de separar la instrucción de los expedientes sancionadores (Servicio de Defensa de la Competencia) de la resolución de los mismos (Tribunal de Defensa de la Competencia).

⁸⁴listado con las Autoridades de defensa de la Competencia de algunas de las primeras potencias mundiales (acceso 18/10/22):

- Alemania: [Bundeskartellamtes](#)
- Australia: [Competition and Consumer Commission](#)
- Canadá: [Competition Bureau](#)
- España: [Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia](#)
- Francia: [Conseil de la Concurrence](#)
- Italia: [Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato](#)
- Japón: [Fair Trade Commission](#)
- UE: [Comisión Europea – DG Competencia](#)
- UK: [Competition Commission & Office of Fair Trading](#)
- USA: [Department of Justice – Antitrust Division & Federal Trade Commission](#)

La obligada trasposición de los últimos reglamentos aprobados por la Unión Europea en materia de competencia, esto es, el Reglamento 1/2003⁸⁵ y el Reglamento 139/2004⁸⁶, devino en la promulgación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC). En la misma se establece la creación formal de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) como autoridad de competencia, que viene a sustituir a los antiguos Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia.

Ya en 2013, se produce la fusión de la CNC con un conjunto de organismos reguladores previamente existentes en España⁸⁷, en la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), que pasa a ser encargada no solo de la política de competencia, sino también de la regulación de los mercados de la energía, las telecomunicaciones y el sector audiovisual, los transportes y el sector postal.

Dicha fusión fue objeto de numerosas críticas desde ámbitos muy diversos, incluida la propia Comisión Europea, e incluso el Consejo de Estado, quien en el Dictamen 870/2012 aprobado el 13 de septiembre de 2012⁸⁸ señala que “*subsisten entre los sectores sometidos a supervisión —y cuya unificación se pretende— diferencias muy relevantes que bien podrían haber cristalizado en otro modelo diferente, de regulación más general en los aspectos relativos a la independencia y ciertas funciones, pero que mantuviera en cambio la existencia por separado de los reguladores en los diversos sectores (o, al menos, de los reguladores ex ante con separación del superior de la competencia)*”.

Las funciones atribuidas a la CNMC son⁸⁹:

1. Aplicación de la normativa de defensa de la competencia Española y de la UE (en relación a las prácticas ya comentadas con respecto a la Comisión Europea).
2. Promoción de la competencia (dentro de este ámbito destacan su función como órgano consultivo y los estudios, informes y demás trabajos de investigación orientados a la promoción de la competencia).
3. Velar por la unidad de mercado en el territorio nacional.
4. Resolución de conflictos entre operadores económicos.
5. Supervisión y control de todos los sectores económicos (Energía, Telecomunicaciones y Audiovisual, Transporte Ferroviario y Aeroportuario, y Mercado Postal) considerados estratégicos a estos efectos y que anteriormente contaban con un organismo regulador propio.

Sin embargo, la CNMC no goza de plena competencia para conocer de todos los procedimientos en la materia, en tanto que algunas Comunidades Autónomas han previsto en sus respectivos Estatutos de Autonomía la asunción de competencias ejecutivas en defensa de la competencia, creando sus propias autoridades y/o consejos de competencia.

⁸⁵Véase: <https://www.boe.es/doue/2003/001/L00001-00025.pdf> (acceso 19/10/22).

⁸⁶Véase: <https://www.boe.es/doue/2004/024/L00001-00022.pdf> (acceso 19/10/22)

⁸⁷Citado en la web de CNMC: “*En 1995 se creó la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional (predecesora de la Comisión Nacional de Energía, o CNE) y en 1996 la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT). En 2003 se creó el Comité de Regulación Ferroviaria (CRF). En 2010 tuvo lugar la creación del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA) y la entrada en funcionamiento de la Comisión Nacional del Sector Postal (CNSP). En 2011 se creó la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria (CREA)*”.

⁸⁸Véase en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2012-870> (acceso 19/10/22)

⁸⁹Ver en: <https://www.cnmc.es/sobre-la-cnmc/que-es-la-cnmc#funciones> (acceso 26/10/22)

En este sentido la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, señala en su preámbulo que:

“Los fundamentos jurídicos en los que el Alto Tribunal basa el fallo parten del reconocimiento de que la materia denominada "defensa de la competencia", como tal, no se halla atribuida expresamente al Estado por la Constitución. Por consiguiente, en la medida en que el conjunto de competencias atribuidas al Estado por la Constitución no lo impidan, podrá corresponder a las Comunidades Autónomas en virtud de sus propios Estatutos.

Analizando los Estatutos de Autonomía, existen referencias más o menos generalizadas de atribución competencial a las Comunidades Autónomas en materia de "comercio interior", lo cual, conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la sentencia antes citada, abarca la competencia relacionada con la "defensa de la competencia", si bien se restringe al ámbito ejecutivo siendo en todo caso del Estado la competencia legislativa.

La conclusión que de ello se desprende es que las Comunidades Autónomas que así lo han previsto en sus Estatutos tienen competencias ejecutivas en relación con el "comercio interior" y, por ende, con la "defensa de la competencia".”

Ello propicia la aparición de autoridades de competencia en varias Comunidades Autónomas, que en función de sus características se pueden agrupar en dos tipos:⁹⁰

- Autoridad de Competencia con facultades de instrucción y resolución: Andalucía, Aragón, Cataluña, Castilla y León, Extremadura, Galicia, País Vasco y Comunidad Valenciana.
- Sólo Órganos de Instrucción (Resuelve la CNMC): Canarias, Madrid, Murcia y Navarra.

Asturias, Baleares, Cantabria, Castilla-La Mancha y La Rioja no disponen de autoridad de competencia. En consecuencia, la CNMC sólo detenta competencia en aquellas Comunidades Autónomas que no disponen de Autoridad o sólo cuentan con órganos de instrucción, además de atender conductas que puedan atentar contra la unidad de mercado nacional o contra determinados principios reconocidos en la Constitución, así como aquellos casos en los se altere o pueda alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico.

Así mismo, la Ley 1/2002 confiere a la CNMC una función de coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas para promover la aplicación uniforme de la legislación de competencia, y atribuye a La Junta Consultiva en materia de conflictos, en su condición de órgano consultivo especializado en el asesoramiento mediante dictamen no vinculante, la potestad para la resolución de los conflictos de atribución de competencias que se susciten entre la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas o entre éstas entre sí con ocasión de la aplicación de la legislación de defensa de la competencia (art 3).

En Andalucía, al amparo del artículo 164.1 de su Estatuto de Autonomía para Andalucía de 2007⁹¹, se crea la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía (ADCA), mediante la Ley 6/2007, de 26 de junio, de

⁹⁰Ver en: <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/competencia/coordinacion-con-ccaa> (Acceso 10/10/22)

⁹¹Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. Artículo 164.1: “La Junta de Andalucía establecerá por ley un órgano independiente de defensa de la competencia en relación con las actividades económicas que se desarrollen principalmente en Andalucía, en los términos del artículo 58.2”

Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía, cuyo Título I regula la creación y el funcionamiento de este organismo. En la actualidad, la autoridad de competencia andaluza se denomina Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía (ACREA), que abordaremos con mayor profundidad en el capítulo 3.

En lo que se refiere a la contratación pública, la relación entre los órganos de contratación y las autoridades de competencia, como indican PALMA MARTOS y LÓPEZ-ESCOBAR ANGUIANO (2020), no siempre ha sido estrecha, ostentando los primero un papel de mero denunciante ante las segundas, que en contadas ocasiones ha ejercido, entre otras razones, por la inexistencia de este imperativo en las normas vigentes.

No es hasta la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cuando se incluye, aunque fuera de su articulado (Disposición adicional vigésimo séptima), la obligación a los Órganos de Contratación de notificar a la Comisión Nacional de la Competencia, cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia.

Posteriormente, la Ley 30/2007 se integra con otras disposiciones en materia de contratación del sector público, contenidas en normas con rango de ley, mediante el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en el que nada nuevo se añade sobre la relación con las autoridades de defensa de la competencia, limitándose a incluir en su Disposición adicional vigésima tercera el mismo texto, más el añadido en relación a los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 40.

Ya en la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), se pone el acento en garantizar la libre concurrencia y en la lucha contra las prácticas colusorias, a través de los artículos de nuevo cuño 69.2 y 150.1.

El artículo 69.2 de la LCSP, establece en referencia a la Uniones Temporales de Empresa que: *“(...) Cuando la mesa o el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por las empresas, estimase que existen indicios fundados de colusión entre ellas, los trasladará a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que, previa sustanciación del procedimiento sumarísimo a que se refiere el artículo 150.1, tercer párrafo, se pronuncie sobre aquellos.”*

Y el artículo 150.1, dispone que: *“(...) Si en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación, tuviera indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, los trasladará con carácter previo a la adjudicación del contrato a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que a través de un procedimiento sumarísimo se pronuncie sobre aquellos (...).”*

Además, el artículo 132.3 señala que: *“Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia. Así, tanto ellos como la Junta Consultiva de*

Contratación Pública del Estado o, en su caso, los órganos consultivos o equivalentes en materia de contratación pública de las Comunidades Autónomas, y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 44 de esta Ley, notificarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia, cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación.”

La LCSP obliga por primera vez, que los órganos de contratación notifiquen a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, la existencia de indicios fundados de prácticas presuntamente colusorias que lesionen la libre competencia. En este sentido, LCSP emplaza a los órganos de contratación a tomar una posición proactiva en la detección, persecución y, en su caso, sanción de las conductas colusorias en contratación pública.

El éxito de la detección y expulsión de las empresas infractoras, dependerá en gran medida de la agilidad del procedimiento. En este sentido, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) recomienda que el desarrollo reglamentario del procedimiento sumarisimo recogido en el artículo 150.1 de la LCSP, establezca plazos breves de tramitación del mismo y de interlocución entre las distintas administraciones. Además, advierte que, “esta participación de las autoridades de competencia se limita a confirmar la existencia de indicios fundados de conductas colusorias (art. 150 LCSP) para que el órgano de contratación adopte las decisiones que correspondan en el marco de sus competencias. En ningún caso, esta actuación prejuzgará una futura decisión de las autoridades de competencia en el marco del correspondiente procedimiento sancionador”⁹².

⁹²Véase: https://www.cnmc.es/sites/default/files/2216888_1.pdf (acceso 20/10/22)

CAPÍTULO 3. LA AGENCIA DE LA COMPETENCIA Y DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA DE ANDALUCÍA. ACTUACIONES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

En este capítulo, se analizan las funciones desempeñadas por la Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía (ACREA), en el ámbito de la contratación del sector público andaluz.

Este se divide en cuatro apartados. En el primero se hace breve comentario sobre la trayectoria recorrida por la Agencia, identificando las distintas fases alcanzadas, surgidas a consecuencia de las diversas reformas, tanto en el aspecto institucional como en el ámbito competencial de actuación. El segundo apartado recoge las actuaciones emprendidas por la Agencia para corregir los efectos adversos, que las conductas contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia, generan en el Mercado, con especial atención a los expedientes y Resoluciones en materia de contratación pública. En el tercer apartado se muestra el conjunto de acciones acometidas por la Agencia en su labor de promoción de la competencia efectiva en los mercados, para prevenir la aparición de conductas anticompetitivas, en el ámbito de la contratación pública. Se enumeran los Informes de Promoción de la Competencia relacionados con la contratación pública. Para finalizar, el cuarto apartado se centra en la labor consultiva de la Agencia, como ente encargado de determinar la incidencia de un proyecto normativo en la competencia efectiva, unidad de mercado y actividades económicas.

3.1. TRAYECTORIA Y FUNCIONES

La Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía (ADCA) se crea mediante la Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía (en adelante LPDCA) como organismo autónomo de carácter administrativo con personalidad jurídica propia, adscrito a la Consejería competente en materia de economía, que dispone de plena independencia funcional y especial régimen de autonomía respecto de la Administración de la Junta de Andalucía. El artículo 2 de la LPDCA le confiere “*como fin general promover y preservar el funcionamiento competitivo de los mercados, garantizando la existencia de una competencia efectiva en los mismos y protegiendo los intereses generales, especialmente de las personas consumidoras y usuarias*”.

Posteriormente, se le atribuyen nuevas funciones y competencias, que se materializan en dos momentos concretos:

El primero en el año 2014, mediante la Ley 3/2014, de 1 de octubre, de medidas normativas para reducir las trabas administrativas, donde se incluye la facultad de ser “*consultada, con carácter facultativo, en materia de promoción y defensa de la competencia, así como sobre la aplicación de los principios de una regulación eficiente y favorecedora de la competencia y de la unidad de mercado*”; además se le confiere la tarea de “*Informar los anteproyectos de ley y proyectos de reglamento de la Administración de la Junta de Andalucía que incidan en las actividades económicas, la competencia efectiva en los mercados o a la unidad de mercado*”.

El segundo en el año 2020, con el Decreto-ley 2/2020, de 9 de marzo, de mejora y simplificación de la regulación para el fomento de la actividad productiva de Andalucía, que modifica la denominación de la Agencia pasando a llamarse Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía (en adelante ACREA), y le atribuye nuevas funciones en materia de la regulación económica, “*entre las que caben destacar las actuaciones para coordinar la planificación y la evaluación periódica de la regulación, (...) y, recomendar reformas dirigidas a una mayor competitividad de la economía andaluza; o las tareas de impulsar la regulación económica eficiente y la eliminación de trabas desproporcionadas a los operadores económicos*”

Las reformas mencionadas han devenido en la atribución de las siguientes funciones y competencias:

1. Defensa de la competencia
2. Promoción de la competencia
3. Mejora de la regulación económica y Unidad de Mercado⁹³

⁹³Respecto de la Unidad de Mercado: La ACREA ha sido designada como Punto Único de Contacto (PUC) de Andalucía para la interlocución con la Secretaría del Consejo de Unidad de Mercado en todas las cuestiones relacionadas con la aplicación de la Ley 20/2013, la cual, tiene por objeto establecer las disposiciones necesarias para hacer efectivo el principio de unidad de mercado en todo el territorio nacional.

3.2. DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En el ejercicio de esta función, la Agencia asume el rol de policía para garantizar el cumplimiento de la normativa en materia de defensa de la competencia. De esta manera, se utiliza la figura del expediente sancionador como elemento para *disuadir a los operadores económicos de la realización de las conductas prohibidas en la legislación de defensa de la competencia que pudieran obstaculizar el funcionamiento competitivo de los mercados*⁹⁴.

La defensa de la competencia, persigue por tanto, el funcionamiento eficiente de los mercados, garantizando una competencia efectiva que maximice los beneficios de los agentes económicos; de esta manera, los consumidores obtienen una reducción de los precios o un aumento de la variedad y calidad de los productos ofertados, y del otro lado, las empresas disponen de un marco idóneo para el estímulo de la capacidad emprendedora y el incentivo necesario para que innoven, mejoren su organización o sus estructuras de costes y aumenten su productividad.

Esas conductas anticompetitivas, tipificadas como prohibidas por la normativa de defensa de la competencia, se han agrupado en tres tipos, que se corresponden con los tres primeros artículos de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC):

1. *Conductas Colusorias*

“acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional”

2. *Abuso de posición dominante*

“explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional”

3. *Falseamiento de la libre competencia por actos desleales.*

“Actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público”.

Es por ello, que en el ejercicio de las funciones específicas de defensa de la competencia, la Agencia deberá actuar ante la noticia de existencia de conductas anticompetitivas. Y así, una vez determinada con carácter preliminar la existencia de indicios razonables que justifiquen la incoación del expediente sancionador, el Departamento de Investigación de Defensa de la Competencia de Andalucía (DIDCA) acordará, siempre de oficio, el inicio del expediente, quién una vez practicada la oportuna instrucción elevará propuesta de resolución al Consejo de la Competencia de Andalucía (CCA). Posteriormente, el CCA sobre la base de la investigación efectuada por el DIDCA, dictará resolución, en alguno de los siguientes sentidos:

-*Archivo de las actuaciones*: No resulta acreditada la existencia de infracción.

-*Imposición de sanción*: Resulta acreditada la existencia de una conducta anticompetitiva

-*Terminación convencional*: Resulta acreditada la existencia de una conducta anticompetitiva, pero se sustituye la multa, por la asunción de determinados compromisos por parte del infractor, al considerarse más adecuado para paliar los efectos adversos ocasionados derivados de las conductas objeto del expediente.

⁹⁴Ver: <https://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/defensa-de-la-competencia/que-es-defensa-de-la-competencia>

En lo que se refiere al objeto de este estudio, de las 144 Resoluciones emitidas por Agencia desde el año 2008, un total de 18 han estado relacionadas con la contratación pública, lo que supone un 12,50%, según se refleja en la tabla 9.

Tabla 9: Número de Resoluciones de expedientes de la ACREA. 2008-2022.

Año	Resoluciones Totales				Resoluciones Contratación Pública		
	Total	Archivo	Sanción	Terminación Convencional	Total	Archivo	Sanción
2008	2	2	0	0	0	0	0
2009	2	2	0	0	0	0	0
2010	11	4	5	2	0	0	0
2011	11	7	2	2	2	2	0
2012	12	3	4	5	0	0	0
2013	5	2	3	0	0	0	0
2014	16	9	6	1	0	0	0
2015	14	7	5	2	2	2	0
2016	16	5	9	2	3	1	2
2017	12	4	6	2	2	1	1
2018	11	4	5	2	2	1	1
2019	11	6	4	1	3	2	1
2020	5	3	2	0	1	1	0
2021	10	4	6	0	2	0	2
2022	6	4	2	0	1	0	1
Total	144	66	59	19	18	10	8

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la ACREA⁹⁵.

Abundando sobre los datos reflejados en la tabla 9, se observa como la actividad de la Agencia en relación con la contratación pública ha sido prácticamente nula hasta el año 2014 inclusive, a excepción del 2011 en el que se tramitaron 2 expedientes. No es hasta el año 2015, cuando se incrementan las resoluciones de forma paulatina, hasta llegar a su máximo (27,27%) en el año 2019, para a continuación volver a descender hasta el 16,67% en octubre de 2022.

Si nos fijamos en el sentido de las resoluciones, en torno al 45% (65 de 144) han declarado el archivo de las actuaciones, frente al 13% (19 de 144) de terminación convencional y el 41% (59 de 144) con imposición de sanciones. En lo que respecta a las Resoluciones objeto de este estudio, el 55% han sido archivadas, dictándose sanción en el 45% restante. Llama la atención la inexistencia de terminaciones convencionales.

Llegados a este punto, resulta interesante profundizar en el tipo de sanción impuesta a los operadores económicos relacionados con la contratación pública. En la tabla 10 se señalan los datos más relevantes de los expedientes tramitados por la Agencia, con indicación de los artículos que se han infringido.

⁹⁵ Ver en: <https://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/defensa-de-la-competencia/expedientes-y-resoluciones> (acceso 03/09/22)

Tabla 10: Resoluciones de expedientes de la ACREA relacionados con la contratación pública. 2008-2022.

Nº EXPEDIENTE	DENOMINACIÓN	DICTAMEN	TIPO DE ADMÓN PÚBLICA	TIPO CONTRATO	PROCEDIMIENTO ADJUDICACIÓN	ARTÍCULO 1.1					ARTÍCULO 2.2							
						a	b	c	d	e	a	b	c	d	e			
S_02/2022⁹⁶	CORALSUR MANTENIMIENTO, S.L	SANCIÓN	AUTONÓMICA	SERVICIO	SIN ESPECIFICAR													
S_07/2021	TRANSPORTE ESCOLAR ALMERÍA	SANCIÓN	AUTONÓMICA	SERVICIO	MENOR			1										
S_02/2021	TRANSPORTE ESCOLAR HUELVA	SANCIÓN	AUTONÓMICA	SERVICIO	ABIERTO			1										
S_01/2020	CONTRATO PERITACIÓN JUDICIAL HUELVA	ARCHIVO	AUTONÓMICA	SERVICIO	ABIERTO													
S_11/2019	CONTRATACIÓN PÚBLICA VIVIENDA	SANCIÓN	AUTONÓMICA	OBRA	ABIERTO	1		1										
S_03/2019	CEMENTERIO PARQUE ANDÚJAR 2	ARCHIVO	LOCAL	GESTIÓN SERVICIO PÚBLICO	SIN ESPECIFICAR													
S_01/2019	TANATORIO CARBONERAS	ARCHIVO	LOCAL	GESTIÓN SERVICIO PÚBLICO	SIN ESPECIFICAR													
S_11/2018	AYTO. ALMERÍA	ARCHIVO	LOCAL	SUMINISTRO	MENOR													
S_01/2018	JOSÉ MANUEL PASCUAL	SANCIÓN	AUTONÓMICA	GESTIÓN SERVICIO PÚBLICO	NEGOCIADO SIN PUBLICIDAD						1							1
S_11/2017	UNIDADES MÓVILES	SANCIÓN	AUTONÓMICA	SERVICIO	ABIERTO	1		1										
S_04/2017	AYTO. MÁLAGA	ARCHIVO	LOCAL	SERVICIO	ABIERTO													
S_10/2016	AYTO. CÓRDOBA	ARCHIVO	LOCAL	PRIVADO	ABIERTO													
S_06/2016	ALTA PARTNERS CAPITAL SGEGR Y ALBIA CAPITAL RIESGO SGCE	SANCIÓN	AUTONÓMICA	SERVICIO	ABIERTO	1												
S_02/2016	CONTRATACIÓN PLANTA ENFRIADORA EGPASA	SANCIÓN	AUTONÓMICA	OBRA	NEGOCIADO SIN PUBLICIDAD	1		1										
S_13/2015	LIPASAM	ARCHIVO	LOCAL	SERVICIO	SIN ESPECIFICAR													
S_11/2015	CEMENTERIO PARQUE ANDÚJAR	ARCHIVO	LOCAL	CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA	SIN ESPECIFICAR													
S_05/2011	UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE ANDALUCÍA	ARCHIVO	AUTONÓMICA	GESTIÓN SERVICIO PÚBLICO	SIN ESPECIFICAR													
S_04/2011	AYTO. ALMERÍA	ARCHIVO	LOCAL	SERVICIO	ABIERTO													

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la ACREA⁹⁷.

A la vista de la tabla 10 se puede destacar lo siguiente:

- De las ocho resoluciones sancionadoras, en seis (75%) se ha acreditado la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1.1. (Conductas colusorias) de la LDC, frente a una única resolución en la que se acredita la existencia de una conducta prohibida por el artículo 2.2.a (La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos) de la LDC.
- De entre las seis conductas contrarias al artículo 1.1, se considera probado: La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio (letra a), y/o el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento (letra c).

⁹⁶ Se le impuso sanción por obstrucción a la función inspectora de la ACREA (Art. 62.3.c) LDC

⁹⁷ Ver en: <https://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/defensa-de-la-competencia/expedientes-y-resoluciones> (acceso 03/09/22)

- Cabe reseñar la sanción impuesta por obstrucción a la función inspectora de la ACREA, prevista en el artículo 62.3.c) de la LDC.
- Se han interpuesto diez recursos contenciosos-administrativos, de los que seis han sido desestimados, frente a tres que sí fueron estimados en su totalidad y uno solo parcialmente.
- Del total de expedientes tramitados, diez (55%) han estado relacionados con la administración autonómica y ocho (45%) con la local, que si se mide en función del sentido de las Resoluciones, la totalidad de las sanciones han recaído en expedientes relacionados con la administración autonómica, mientras que todos los relativos a administraciones locales han sido archivados.
- En cuanto a tipo de contrato, seis (75%) son contratos de servicios o gestión de servicio público, y dos (25%) de obra.
- Por último, en lo relativo al procedimiento de adjudicación, cuatro (50%) fueron por procedimiento abierto, dos (25%) negociado sin publicidad, uno (12,5%) menor y otro sin especificar.

Obtenida una visión general de las características más relevantes de los expedientes tramitados por la Agencia, procede el análisis detallado de las infracciones detectadas en cada uno de ellos.

3.2.1. Conductas Colusorias

Según la definición de la propia ACREA⁹⁸, “*se entiende por conductas colusorias cualquier forma de concertación o acuerdo de voluntades de dos o más operadores económicos, independientes entre sí, que tenga por objeto impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado, y ello con independencia de que surta efectos.*”

Como indica la CNMC⁹⁹, “*un ejemplo de este tipo de acuerdos prohibidos lo encontraríamos en el caso de los cárteles. Varias empresas de un mismo sector acuerdan de manera secreta, subir los precios de sus productos conjuntamente y en medida similar, perjudicando así al mercado y los consumidores.*”

Estas prácticas colusorias se encuentran tipificadas en el artículo 1 de la LDC, con el siguiente literal:

“1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.*
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.*
- c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.*

⁹⁸Ver en: <https://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/defensa-de-la-competencia/conductas-prohibidas> (acceso 03/09/22)

⁹⁹<https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/competencia/conductas-anticompetitivas> (Acceso 03/09/22)

- d) *La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*
- e) *La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.*

2. Son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley.

3. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:

- a) *Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.*
- b) *No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y*
- c) *No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.*

4. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que cumplan las disposiciones establecidas en los Reglamentos Comunitarios relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresa y prácticas concertadas, incluso cuando las correspondientes conductas no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE.

5. Asimismo, el Gobierno podrá declarar mediante Real Decreto la aplicación del apartado 3 del presente artículo a determinadas categorías de conductas, previo informe del Consejo de Defensa de la Competencia y de la Comisión Nacional de la Competencia.”

Como se advierte en las diversas Resoluciones emitidas por el CCA, el artículo 1 de la LDC prohíbe toda conducta que “*produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia*”, toda vez que, no exige que se produzca efectivamente la restricción de la competencia, sino que basta con que la conducta sea susceptible de producir la restricción.

En lo que respecta a la manipulación de licitaciones (o la colusión entre oferentes en licitaciones) esta se presenta cuando las empresas, que se esperaría que compitieran entre sí, conspiran secretamente para aumentar los precios o reducir la calidad de los bienes o servicios que ofrecen a los compradores, provocando un grave perjuicio en los recursos públicos.

La OCDE¹⁰⁰ ha identificado y definido varios sistemas o esquemas de manipulación de las licitaciones, que con gran frecuencia son utilizados de manera combinada por las empresas que presentan sus proposiciones. Estos fueron recogidos por la ACREA en un documento elaborado en el año 2010 denominado

¹⁰⁰Véase pág. 2 del informe (2009) publicado en: <https://www.oecd.org/competition/cartels/42761715.pdf> (acceso 15/97/22)

“Recomendaciones para facilitar el acceso y promover la competencia de la contratación pública andaluza”¹⁰¹. Son los siguientes:

- *Ofertas simbólicas, de cortesía, cobertura o de resguardo.* Bajo una aparente competencia efectiva, se presentan varias proposiciones previamente convenidas por las empresas licitadoras, pero en unos términos inaceptables para el comprador. Es la conducta anticompetitiva más frecuente en las licitaciones públicas.
- *Supresión de ofertas.* Todos los licitadores, excepto el adjudicatario pactado, aceptan abstenerse de presentar oferta, o la presentan para su posterior retirada, a fin de que sólo quede una única oferta. O incluso presentan una oferta conjunta cuando la podrían haber formulado por separado.
- *Rotación de ofertas.* Las empresas que concurren a las licitaciones, establecen un sistema de turnos de ofertas ganadoras, determinando en cada licitación aquella que debe presentar la oferta más económica. Suele combinarse con las ofertas de cobertura. La forma como se implementa esta estrategia puede variar ya que existen distintos tipos de rotaciones:
 - *Rotación simple:* cada una de las empresas gana el mismo número de contratos.
 - *Rotación según la igualdad de ingresos:* cada una de las empresas obtiene los mismos ingresos a largo plazo.
 - *Rotación según dimensión:* cada una de las empresas obtiene un volumen de ingresos proporcional a su dimensión.
- *Asignación o reparto de mercado.* Determinados licitadores, siguiendo el esquema de supresión de oferta u oferta de resguardo, renuncian a competir en licitaciones de ciertos compradores y/o área geográfica, a cambio de resultar adjudicataria de contratos licitados por otros compradores o en otros territorios.

Como ya se comentó en párrafos anteriores, las conductas colusorias se muestran como los comportamientos anticompetitivos más habituales en las licitaciones públicas. Prueba de ello, es la elevada proporción (75%) de este tipo de infracción, detectadas y acreditadas en los expedientes relativos a la contratación pública tramitados por la ACREA.

En concreto, como también se indicó anteriormente, los tipos de conductas colusorias más frecuentes se corresponden con las recogidas en los artículos 1.a) y 1c), las cuales pasamos a analizar:

1.a) fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.

Es la forma más simple y frecuente de manipulación de las licitaciones públicas, así por ejemplo, en el caso investigado por la ACREA en la RESOLUCIÓN S/06/2016, ALTA PARTNERS CAPITAL SGEGR Y ALBIA CAPITAL RIESGO SGEGR, el CDC considera acreditado que ha existido “una concertación previa de los licitadores, (...) con la presentación de una oferta técnica cuasi idéntica”. Afirma el CDC, que “la elaboración de dicha oferta es determinante para la ejecución del servicio y elemento diferenciador básico entre los competidores, ya que es en las propuestas de estrategia de inversión donde se plasman las ventajas

¹⁰¹Informe íntegro: <https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/2020-11/Recomendaciones%20Contratacion%20Publica.-pdf> (acceso 15/09/22)

económicas para la administración pública de un licitador respecto a otro. Es donde los licitadores realmente han de competir, ofrecer distintas alternativas y diferenciarse. Desde el momento en el que se presenta la misma oferta se quiebra el fin esencial de la licitación cuál es el de seleccionar la mejor oferta, y, por tanto, se resiente el interés público al no haber contado con propuestas competitivas entre sí, que ofrezcan planteamientos y soluciones propias.”

Las dos empresas implicadas interpusieron sendos recursos contenciosos-administrativos ante el TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, que fueron estimados declarando la anulación de la Resolución por haber caducado el procedimiento.

1.c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.

No es más que el clásico reparto del mercado aplicado al ámbito de la contratación pública, como se aprecia en la RESOLUCIÓN S/02/2021, TRANSPORTE ESCOLAR HUELVA. El CCA consideró acreditada la conducta colusoria que vendría determinada por el *“acuerdo de diversos operadores en la provincia de Huelva, que se habrían coordinado entre sí a través de su participación en una UTE para no concurrir de manera independiente y competir entre ellos en las licitaciones públicas promovidas por la APAE¹⁰² para la prestación de los servicios de transporte escolar en los centros públicos de la provincia de Huelva.”*

Al tratarse de contratos con un gran número de lotes (42 y 70), diversas empresas presentaban sus ofertas agrupadas en UTE, a fin de garantizarse una mayor probabilidad de resultar adjudicataria, y una vez firmaban los contratos, se repartían los lotes en función de las rutas escolares asignadas en el pacto.

Un sistema de reparto de mercado más evolucionado y complejo, es el cártel. El apartado 2 de la Disposición Adicional cuarta de la LDC, define cártel como *“todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones”*

Este comportamiento se pone de manifiesto en la RESOLUCIÓN S/07/2021, TRANSPORTE ESCOLAR ALMERÍA. En esta quedó probada la combinación de varios esquemas de manipulación. Así por ejemplo, en el 94,2% de los lotes adjudicados solo acudió un licitador, utilizando para ello el sistema de supresión de ofertas. Además, se constató la existencia de acuerdos para presentar proposiciones económicas con bajas exiguas, en comparación con las bajas consideradas normales a la vista de las bajas medias obtenidas en licitaciones similares, o de las presentadas por el resto de licitadores no implicados en el cártel.

Pero lo cierto es que en la realidad las conductas colusorias se entrelazan y confluyen en la violación conjunta de las figuras tipificadas en las letras a) y c) del artículo 1 de la LDC. En un mismo procedimiento de licitación, como es el caso investigado por la ACREA en la RESOLUCIÓN S/02/2016, CONTRATACIÓN PLANTA ENFRIADORA-RECUPERADORA DE CLIMATIZACIÓN, el CCA considera acreditado el *“acuerdo destinado a repartirse el mercado entre las empresas y fijar directa o indirectamente el precio que resultaría en el procedimiento de licitación, (...) presentando ofertas de cobertura para que resultara adjudicataria del contrato aquella que previamente habían pactado.”*. En este caso, no llegó a materializarse el fin último del acuerdo ilícito, dado que el procedimiento de licitación quedó suspendido al detectarse comportamientos irregulares, lo cual no la exime de ser considerada conducta prohibida por el artículo 1 de la LDC, al ser susceptible de producir la restricción.

¹⁰² Agencia Pública Andaluza de Educación, (APAE) de la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional de la Junta de Andalucía.

Otro ejemplo de conductas colusorias, se desprende de la RESOLUCIÓN S/11/2019, CONTRATACIÓN PÚBLICA VIVIENDA. En esta el CCA considera probada la existencia de dos cárteles. En cada uno de ellos se asignó la tarea de presentar ofertas de cobertura (con bajas muy elevadas) a unas empresas determinadas y de ofertas ganadoras (con precios más elevados) a otras, en una suerte de sistema rotatorio, con el objetivo de influir en la fijación de los precios y de repartir el mercado.

Cuatro de las empresas implicadas interpusieron recursos contenciosos-administrativos ante el TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, y todos fueron desestimados.

El último supuesto en que se detectan conductas recogidas en las letras a) y c) del artículo 1 de la LDC, lo podemos encontrar en la RESOLUCIÓN S/11/2017, UNIDADES MÓVILES. De los hechos acreditados se deduce una práctica concertada de fijación de precios y de reparto del mercado, aunque bajo un patrón más sofisticado. Las empresas implicadas acudían, en una aparente competencia genuina, a las licitaciones convocadas por Canal Sur, presentando ofertas de cobertura o de resguardo a precios máximos, y ofertas ganadoras con bajas simbólicas, en el marco de un sistema de rotación de oferta. Así mismo, una de las licitadoras (2 empresas) utilizaba la figura de la UTE de forma injustificada. Pero lo más llamativo es el reparto del servicio entre los distintos licitadores a través de las subcontrataciones cruzadas, de forma que todas las entidades que han participado en la licitación, incluidas las integrantes de la UTE a título individual, habrían realizado servicios objeto de la licitación a las otras entidades, de manera cruzada y recurrente. Este sistema se mantuvo durante varios años en diversas licitaciones.

Dos de las empresas implicadas interpusieron sendos recursos contenciosos-administrativos ante el TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, de los que uno fue desestimado, y el otro estimado parcialmente, anulando la imposición de multa.

Todo ello pone de manifiesto la capacidad de las empresas para manipular las licitaciones públicas, utilizando para ello esquemas de colusión tan complejos y sofisticados, que resultan casi imperceptibles y de difícil rastreo, de ahí la necesidad de contar con herramientas más sofisticadas, vinculadas al análisis de grandes cantidades de datos.

3.2.2. Abuso de posición dominante

Otra forma de comportamiento anticompetitivo es el abuso de la posición dominante. Resulta muy curioso que el término posición de dominio no se encuentre definido en ningún texto legislativo español ni comunitario. Es por ello que para interpretar este concepto hemos de recurrir a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, quién en la sentencia del año 1978 sobre el asunto *United Brands v Commission*¹⁰³ definió la posición de dominio, como la *“posición de fortaleza económica que disfruta un operador y que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante al proporcionarle el poder de comportarse con suficiente independencia de sus competidores, clientes y, en última instancia, de los consumidores”*.

La condición fundamental de independencia respecto de los competidores, proveedores y consumidores, es recogida por el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia español¹⁰⁴, en su interpretación sobre la posición de dominio: *“Así, se diría que una empresa disfruta de posición de dominio en un mercado cuando tuviera en éste poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para poder actuar sin*

¹⁰³Véase Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61976CJ0027> (acceso 15/09/22)

¹⁰⁴Véase RESOLUCIÓN (Expte. R 362/99, Bacardi): <https://www.cnmc.es/sites/default/files/74773.pdf> (acceso 15/09/22)

tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores o los consumidores y, de esta manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio u otra característica del producto”

Para la ACREA¹⁰⁵, la posición de dominio supone que una empresa goza de poder e independencia económica suficientes, como para actuar en el mercado al margen de las posibles reacciones de competidores, clientes y consumidores.

El Abuso de posición dominante, se tipifica en el Artículo 2 de la LDC, con el siguiente literal:

1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

2. El abuso podrá consistir, en particular, en:

a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.

b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.

c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.

d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos.

3. La prohibición prevista en el presente artículo se aplicará en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal.

Adviértase, que la Ley no prohíbe la existencia de una posición dominante en el mercado, sino la explotación abusiva de la misma.

La doctrina utiliza de forma mayoritaria, una clasificación basada en el destinatario de los efectos provocados por la conducta, para categorizar las distintas formas que pueden tomar los abusos, en dos grandes grupos¹⁰⁶: (i) *Abusos explotativos*, aquellos en los que no existe un daño a competidores sino que la empresa saca provecho directo de su posición, por ejemplo con la imposición de precios más altos que los competitivos dada una posición dominante desde la oferta, o con el pago de precios inferiores a los de una situación competitiva dada una posición dominante en la demanda; y (ii) *abusos exclusorios*, que son aquellos en los que la empresa en posición dominante interfiere con el proceso competitivo, tratando de acrecentar o proteger su posición a través de la eliminación de rivales actuales o de la disuasión a la entrada de rivales potenciales.

Ahora bien, el problema surge a la hora de poder determinar si una empresa está abusando de una posición de dominio. Para lo cual resulta fundamental delimitar el Mercado Relevante, evaluar si la empresa ostenta una Posición Dominante y acreditar la existencia de prácticas abusivas.

Un ejemplo de ello lo podemos encontrar en la RESOLUCIÓN S/01/2018, JOSÉ MANUEL PASCUAL PASCUAL de la ACREA. En esta, el CDC considera acreditada la existencia de infracción de las letras a) y e) del artículo 2 de la LDC.

¹⁰⁵Véase en: <https://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/defensa-de-la-competencia/conductas-prohibidas> (acceso 15/09/22)

¹⁰⁶Véase p.e. OECD. 1999. A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy. Paris.

En primer lugar, se delimita como mercado relevante, la prestación de servicios sanitarios por operadores privados a pacientes públicos, o lo que es lo mismo, asistencia sanitaria concertada con la Sanidad Pública, en el segmento de la colaboración eventual. Concretamente la empresa investigada presta los siguientes servicios:

- Mercado de prestación sanitaria especializada complementaria en la provincia de Huelva.
- Mercado de prestación sanitaria especializada complementaria en la provincia de Málaga.
- Mercado de prestación sanitaria especializada complementaria en la provincia de Cádiz.
- Mercado de prestación sanitaria especializada, con puerta de urgencias, en la zona denominada Bahía de Cádiz-La Janda y Jerez-Costa Noroeste, de la provincia de Cádiz.
- Mercado de prestación sanitaria especializada, con puerta de urgencias, en la zona de la Sierra de Cádiz, de la provincia de Cádiz.

A continuación se demuestra la posición de dominio con base en una serie de factores cuya interacción garantiza a la empresa una predominancia indiscutible sobre todos sus competidores: (i) por su cuota de mercado, (ii) por la especial naturaleza de la prestación de sus servicios, (iii) por ser la única empresa que dispone de hospitales autorizados y homologados, (iv) por ser la única empresa que tiene la disponibilidad de las infraestructuras, instalaciones y el equipamiento sanitario necesario para poder prestar dicha atención sanitaria especializada, (v) el poder de negociación con la Administración sanitaria pública, como contratante de tales servicios.

Según se indica en la Resolución, la empresa posee una cuota del 100% en el mercado geográfico de la prestación de asistencia sanitaria especializada urgente en la zona de la Sierra de Cádiz, del 78% en el Mercado de prestación sanitaria especializada complementaria en la provincia de Huelva y del 60% en el mercado de prestación sanitaria especializada complementaria en la provincia de Cádiz.

Por último, en cuanto a las conductas abusivas, resulta acreditada según el CDC la exigencia a la administración contratante de aceptar prestaciones suplementarias que no guardan relación con los conciertos, así como la imposición de precios abusivos por los servicios facturados.

La empresa en cuestión interpuso recurso contencioso-administrativo ante el TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, con resultado estimatorio, y la consiguiente anulación de la Resolución. El Tribunal considera que *“la recurrente no ostenta una posición de dominio en el mercado”*. (...) *en dicho mercado el único demandante es la Administración Pública, que tiene plena hegemonía y capacidad en la planificación y gestión del servicio, y la que determina las condiciones económicas y técnicas de los conciertos, dependiendo en gran parte los ingresos de la recurrente de las decisiones de la Administración sanitaria. (...) si bien en la negociación de un nuevo concierto se efectuaron diversas propuestas y alternativas que podrían considerarse como suplementarias que excedían de las prestaciones objeto del concierto, dichas propuestas fueron rechazadas por el SAS; habiéndose logrado un acuerdo y firmado un nuevo contrato de servicio de disponibilidad asistencial. (...) respecto de la imposición de precios abusivos, debe tenerse en cuenta, que como hemos señalado en el fundamento jurídico tercero, desde el 31 de enero de 2014, en que finalizó el anterior concierto, no existía relación contractual alguna entre el SAS y la actora, por lo que no era posible imponer los precios del concierto que no se encontraba vigente, hecho este que no es tenido en cuenta en la resolución impugnada”*.

Siguiendo a De Toro Sánchez (2020; 72-76), los argumentos esgrimidos por el TSJA en este asunto resultan discutibles:

En relación a la cuota de mercado, considera esta autora que al menos en el caso de la zona de la Sierra de Cádiz, es lo *“suficientemente importante como para plantearse la posible posición de dominio de la misma, pues como se reitera tanto en la resolución como en la sentencia, es el único hospital con puerta de*

urgencias, público o privado de la zona. Es más, pese a que la sentencia en su SEXTO Fundamento Jurídico acoge el criterio de la isócrona de treinta minutos, reconoce que la recurrente tiene una cuota de mercado del 100% en la Sierra de Cádiz”.

Sobre las barreras de entrada al mercado, *“el Tribunal considera que las posibles barreras existentes se darían a corto plazo, no a largo plazo que es la situación que considera al haber comenzado el concierto en 1999. Alega que no existen barreras normativas, pues no hay límite para la construcción de hospitales, los requisitos de homologación son para la protección del paciente sin que impliquen un obstáculo, y tampoco existen barreras económicas, pues existen en Andalucía operadores sanitarios lo suficientemente potentes como para poder proceder a un cometido así”.* Para De Toro Sánchez (2020; 73) *“el juicio que se realiza sobre si en Andalucía existen operadores con el suficiente poder económico como para acometer la inversión es tal vez algo infundado o basado en meras suposiciones, pues una empresa no solo busca poder materialmente llevar a cabo una inversión, sino que esta sea rentable, y en atención al convenio que existía entre la empresa recurrente y el SAS desde hace catorce años y el poco crecimiento demográfico de la zona, podríamos suponer que un operador sanitario no viera suficientemente clara la posibilidad de recuperar la inversión que supone construir un hospital allí”.* Además, el recurrente alega que el SAS es el único demandante, pues los ciudadanos solo pueden ser considerados usuarios del servicio, mientras que el único cliente efectivo es la Administración, lo cual no es del todo correcto, en tanto que también operan en el mercado compañías aseguradoras privadas y, añade De Toro Sánchez (2020; 75), que *“con respecto al caso de licitación concreto, no se puede afirmar que el SAS como único contratante público imponga libremente las condiciones de los pliegos, pues habiendo solo un oferente, está obligado a negociar con el mismo para conseguir la prestación del servicio, ya que no puede contemplar el escenario en el que esa zona se quede sin estas necesidades cubiertas”.*

Por último, respecto a la sanción del CCA por imposición de precios excesivamente elevados tras la finalización del consorcio, el tribunal estima el recurso basándose en sentencias judiciales recaídas contra el SAS con anterioridad por enriquecimiento indebido. Al respecto añade De Toro Sánchez (2020; 76), *“que no se está valorando en la resolución que los precios establecidos una vez finalizado el concierto debieran ser iguales a los que venían siendo establecidos con anterioridad, sino la excesividad o no de los actuales, y de la calificación de esa práctica como enmarcable o no dentro del artículo 2 de la LDC. En cuanto a las sentencias recaídas sobre las partes con anterioridad, hemos de decir que no versaban sobre el mismo objeto, luego el fallo de las mismas no debería de prejuzgar la sentencia analizada (...); no aclara el Tribunal si por tanto, en dichos procedimientos judiciales se estudió el posible carácter abusivo de los precios, o si simplemente fue reconocido el carácter de debido por la Administración de las mismas, no entrando en dicho detalle que quizás no fuera relevante para resolver el objeto de las sentencias citadas, pero sí lo es a efectos de este caso.”*

Se puede concluir, que tanto la determinación de posición de dominio por parte de una empresa, como la acreditación de conductas abusivas, se convierten en tareas de muy difícil desempeño. En primer lugar, por la propia determinación de los criterios empleados para calificar cuándo la independencia en el comportamiento —o el poder de mercado— constituye una posición de dominio suficiente para obstaculizar la competencia efectiva. Aunque autores como GUTIÉRREZ I. y PADILLA J. (2006)¹⁰⁷ consideran que *“la capacidad de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva puede no ser la referencia más oportuna, pues plantea problemas con aquellas situaciones donde el grado de concentración en el mercado es grande o se incrementa, pero pese a ello el resultado es eficiente y/o un mayor número de competidores*

¹⁰⁷GUTIÉRREZ I. y PADILLA J. (2006) Una racionalización económica del concepto de posición de dominio. Ver en: <https://www.marcialpons.es/media/pdf/100772141.pdf> (acceso 19/09/22)

no aseguraría más ventajas para los consumidores. Sería más lógico establecer que la independencia de comportamiento sea suficiente por estar en condiciones de reducir el bienestar de los consumidores”. En segundo lugar, “la prohibición de abuso de posición de dominio puede tener efectos ambiguos sobre el bienestar, por lo que decidir si una empresa dominante está compitiendo agresivamente o está abusando de la posición alcanzada en el mercado es una cuestión especialmente difícil”¹⁰⁸.

3.2.3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

Aunque a la ACREA no ha llegado ningún caso relacionado con la contratación pública en el que se desarrollen este tipo de actos, se considera oportuno incluir unas breves anotaciones sobre esta figura.

Para analizar este supuesto, se ha de discernir en primer término qué entendemos por acto desleal. La Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal (LCD) en su artículo 4, reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, tales como: actos de confusión, actos de engaño, omisiones engañosas, acoso, coacción, incluido el uso de la fuerza, o influencia indebida, actos de denigración, actos de comparación, actos de imitación, aprovechamiento de la reputación ajena, violación de secretos, actos de inducción a infringir los deberes contractuales básicos, actos de violación de normas, actos de discriminación, o actos de ventas a pérdida.

Si nos centramos en los actos desleales con efectos en la libre competencia, estos se encuentran regulados en el artículo 3 de la LDC, con el siguiente literal: *“La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.”*

Este artículo delimita el ámbito de actuación de las autoridades de competencia, sobre aquellos actos de competencia desleal, con afección al interés público, correspondiendo a los tribunales ordinarios el enjuiciamiento del resto de conductas recogidas en la LCD.

Afección al interés público, en el sentido marcado por el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia y el Consejo de la CNC¹⁰⁹, quienes entienden que un acto desleal afecta al interés público, si tiene capacidad *para restringir la competencia efectiva en el mercado.*

Así lo dispone también el Tribunal Supremo en su Sentencia, de 20 de junio de 2006, en el recurso nº 9174/2003, quien afirma que *“la eventual actuación de los organismos administrativos encargados de preservar la libre competencia sólo resultará pertinente si las conductas desleales de los empresarios, además de serlo (...) distorsionan gravemente las condiciones de competencia en el mercado con perjuicio para el interés público.”*

Es por tanto necesaria la convergencia de tres elementos:

- Que se trate de un acto desleal tipificado en la LCD
- Que tenga efectos sobre la libre competencia
- Que afecte al interés público, por su capacidad de restringir la competencia efectiva

¹⁰⁸ ALFARO ÁGUILA-REAL J. (2006). Delimitación de la noción de abuso de una posición de dominio. Ver en: https://frdel-pino.es/investigacion/wp-content/uploads/2015/09/DE006-07_Delimitacion_nocion_abuso_posicion_dominio-Alfaro.pdf (acceso 15/09/22)

¹⁰⁹ Resolución de 26 de junio de 2013, Expediente S/0350/11 Asistencia en Carretera

En este sentido, la CNMC¹¹⁰ dispone que “para poder determinar si existe un falseamiento grave de la competencia y una afectación del interés público, es preciso acreditar la existencia de un perjuicio que esté limitando las condiciones de competencia en el mercado, explicando en qué consiste dicho daño, sobre quién recae, y el nexo directo entre éste y la conducta denunciada”.

3.3. PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA

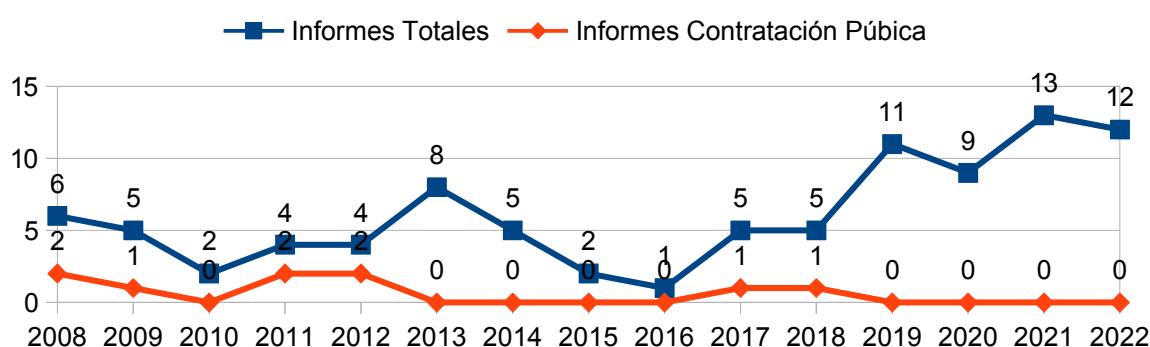
Si en el epígrafe anterior se mostraba la actividad coercitiva y disuasoria de la ACREA, como garante del cumplimiento de la normativa de defensa de la competencia, en este apartado nos centraremos en las actuaciones emprendidas por la Agencia en su labor de promoción de la competencia. Esta consiste básicamente en fomentar la creación de un ecosistema favorable al desarrollo de una competencia efectiva, y en promulgar las bondades del funcionamiento competitivo de los mercados y los efectos positivos generados por el mismo, en favor de la sociedad en su conjunto.

La ACREA define la promoción de la competencia como “labor que consiste en fomentar el funcionamiento competitivo de los mercados mediante diversas actuaciones dirigidas bien a los actores presentes en el mismo, bien a la propia Administración¹¹¹”

Pues bien, de entre esa diversidad de actuaciones acometidas por la ACREA, centraremos nuestro análisis en la que podríamos considerar como la actividad más importante dentro de la función de promoción de la competencia, esto es, la emisión de informes tanto de carácter preceptivo como facultativo, en los que formula recomendaciones a los diferentes agentes económicos, para promover o preservar la competencia. Dentro de la misma pondremos el foco en los informes relacionados con la contratación pública.

En términos relativos el número de informes relacionados con la contratación pública (9) apenas supone el 10% del total de informes emitidos por la ACREA (92) desde su nacimiento en 2008. En el gráfico 3 se puede apreciar la evolución.

Gráfico 3: Evolución del número de informes de promoción de la competencia totales, y relacionados con la contratación pública. Años 2008-2022.



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la ACREA¹¹².

¹¹⁰Resolución, de 10 de abril de 2014, en el Expediente S/DC/0508/14 DIA, S.A.

https://www.cnmc.es/sites/default/files/437809_7.pdf (acceso 15/09/22)

¹¹¹Ver en: <https://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/promocion-de-la-competencia/que-es-la-promocion-de-la-competencia> (acceso 15/09/22)

¹¹²<https://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/promocion-de-la-competencia/estudios-informes-y-recomendaciones> (acceso 15/09/22)

En concreto los informes relacionados con la contratación pública, como se muestra en la tabla 11, se puede clasificar en tres tipos:

- *Informes sectoriales.* Pueden formularse de oficio o a instancia de parte
- *Informes consultivos.* A petición de la Administración o de otro agente económico
- *Informes de recomendaciones.* A iniciativa de la propia ACREA

Dentro de su modesta posición global, los informes consultivos (4) son los más frecuentes, seguidos por los informes sectoriales, y en última posición los informes de recomendaciones.

Tabla 11: Informes de la ACREA relacionados con la contratación pública. 2008-2022.

Nº INFORME	FECHA	TÍTULO	TIPO DE INFORME	ÓRGANO/DEPARTAMENTO
C28-2018	NOV 2018	INFORME EN RELACIÓN CON LA SUPUESTA CREACIÓN DE UNA COMISIÓN ENTRE FEDINTRÁ Y LA AGENCIA PÚBLICA ANDALUZA DE EDUCACIÓN PARA LA CONFECCIÓN DE LOS FUTUROS CONCURSOS PÚBLICOS DE RUTAS ESCOLARES DE TRANSPORTE	INFORME SECTORIAL (DE OFICIO)	ESTUDIOS, ANÁLISIS DE MERCADOS Y PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA
C30-2017	DIC 2017	CONSULTA PLANTEADA POR AMJA EN RELACIÓN CON LAS LICITACIONES PÚBLICAS	INFORME CONSULTIVO (A INSTANCIA DE PARTE)	ESTUDIOS, ANÁLISIS DE MERCADOS Y PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA
I 03/12	DIC 2012	INFORME PARA PROMOVER LA COMPETENCIA EN EL SECTOR DEL TRANSPORTE PÚBLICO INTERURBANO REGULAR PERMANENTE DE VIAJEROS DE USO GENERAL POR CARRETERA EN ANDALUCÍA EN ANDALUCÍA	INFORME SECTORIAL (DE OFICIO)	CONSEJO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ANDALUCÍA
I 02/12	SEP 2012	INFORME SOBRE EL PAPEL DE LA AGENCIA PÚBLICA DE PUERTOS DE ANDALUCÍA EN EL MERCADO DE LOS PUERTOS DEPORTIVOS DE COMPETENCIA AUTONÓMICA	INFORME SECTORIAL (A INSTANCIA DE PARTE)	CONSEJO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ANDALUCÍA
-	NOV 2011	INFORME RELATIVO AL ESCRITO DE LA ASOCIACIÓN ANDALUZA DE EMPRESAS ORGANIZADORAS PROFESIONALES DE CONGRESOS	INFORME DE RECOMENDACIONES (DE OFICIO)	-
-	JUL 2011	INFORME DEL PLIEGO DE CONDICIONES CONCESIÓN TRANSPORTE	INFORME CONSULTIVO (A INSTANCIA DE PARTE)	-
I 03/09	ENE 2009	INFORME DE RECOMENDACIONES SOBRE LA MUNICIPALIZACIÓN DEL SERVICIO DE GESTIÓN INTEGRAL DEL CICLO DEL AGUA EN EL MUNICIPIO DE NERJA (MÁLAGA)	INFORME DE RECOMENDACIONES (DE OFICIO)	CONSEJO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ANDALUCÍA
I 07/08	DIC 2008	INFORME SOBRE LA MUNICIPALIZACIÓN DEL SERVICIO DE GESTIÓN INTEGRAL DEL CICLO DEL AGUA EN EL MUNICIPIO DE NERJA (MÁLAGA), EN RÉGIMEN DE MONOPOLIO Y MEDIANTE GESTIÓN INDIRECTA A TRAVÉS DE LA CREACIÓN DE UNA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA	INFORME CONSULTIVO (A INSTANCIA DE PARTE)	CONSEJO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ANDALUCÍA
I 04/08	NOV 2008	INFORME SOBRE LA CREACIÓN POR EL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE BAEZA DEL SERVICIO DE TRANSPORTE COLECTIVO DE VIAJEROS, EN RÉGIMEN DE MONOPOLIO	INFORME CONSULTIVO (A INSTANCIA DE PARTE)	CONSEJO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ANDALUCÍA

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la ACREA¹¹³.

No obstante, antes de adentrarnos en el análisis de los mismos, hemos de hacer mención a dos documentos fundamentales sobre la promoción de la competencia en el ámbito de la contratación pública.

¹¹³Ver en: <https://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/promocion-de-la-competencia/estudios-informes-y-recomendaciones> (acceso 15/09/22)

El primero es el ESTUDIO SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ANDALUZA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA COMPETENCIA¹¹⁴, elaborado por la ACREA y publicado en octubre de 2010. En este, se analizan las prácticas de las administraciones que inciden de forma negativa en el desarrollo efectivo de una libre competencia, centrandose su estudio en la identificación de las cláusulas contenidas en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y Pliegos de Prescripciones Técnicas (PPT) que generan barreras, obstáculos o cargas al acceso de las empresas a las licitaciones públicas.

Se detectaron un total de 25 tipos de prácticas que no favorecen a la libre competencia en los pliegos de contratación analizados, los cuales se podrían agrupar en los siguientes bloques:

- Trámites administrativos, como es la documentación exigida a los licitadores, garantías, urgencia y tramitación
- Criterios de solvencia económica y técnica y/o en su defecto, clasificación empresarial
- Criterios de valoración de las ofertas
- Accesibilidad a la información necesaria para preparar la mejor oferta
- Duración de los contratos públicos
- Subcontratación
- Pliegos de Prescripciones Técnicas y cuestiones formales.

Fruto del estudio anterior, se publica dos meses más tarde el segundo documento, denominado RECOMENDACIONES PARA FACILITAR EL ACCESO Y PROMOVER LA COMPETENCIA EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ANDALUZA¹¹⁵, elaborado por la ACREA en colaboración con la Comisión Consultiva de Contratación Pública. En este se desarrolla una batería de recomendaciones dirigidas a las administraciones públicas sobre los aspectos a considerar en el diseño de los procedimientos y en la elaboración de los pliegos, a fin de favorecer el acceso de las empresas a las licitaciones, además de ofrecer una guía para detectar posibles comportamientos anticompetitivos.

En concreto se recogen las siguientes recomendaciones:

- Llevar a cabo una adecuada planificación previa
- Adoptar el modelo de contratación más competitivo
- Subdividir los contratos cuando sea posible en lotes
- Ponderar la participación conjunta en los procedimientos de contratación
- Simplificar los trámites administrativos y aliviar de cargas burocráticas a los operadores económicos
- Elegir unos criterios de selección de contratistas que favorezcan la participación del mayor número posible de licitadores
- Describir los criterios de valoración de las ofertas con carácter objetivo y ponderarlos adecuadamente
- Garantizar la disponibilidad de los pliegos y de la documentación complementaria.
- Evitar la prolongación de los contratos mediante prórrogas aplicadas de forma automática y generalizada
- Incluir en los contratos la posibilidad de subcontratar para facilitar la participación de las empresas, especialmente de las PYMEs
- Definir las especificaciones técnicas de los contratos de forma clara, comprensible y predecible

¹¹⁴<https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/Estudio-contratacion-publica-final.pdf> (acceso 15/09/22)

¹¹⁵<https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/Recomendaciones%20Contratacion%20Publica.pdf>

- Facilitar el acceso de los licitadores a la información y a la tramitación electrónica
- Fomentar una cultura de competencia en las personas encargadas de los contratos públicos

Así mismo, para garantizar procedimientos de contratación libres de comportamientos colusorios, se establecen las pautas:

- Identificación previa de las características estructurales de los mercados que pueden facilitar la colusión
- Diseñar un procedimiento de licitación que reduzca los riesgos de colusión
- Contar con órganos de contratación suficientemente informados de cómo atajar los daños derivados de los comportamientos colusorios
- Una supervisión permanente de los mercados de contratación pública
- El recurso a los programas de clemencia en el marco de los procedimientos de licitación pública
- Las señales de alerta de la posible existencia de una colusión

Además se ofrece una herramienta en forma de test¹¹⁶ con los elementos que los órganos de contratación deben analizar para detectar la posible existencia de comportamientos colusorios.

Atendiendo al impacto potencial de cada tipo de informe, comenzaremos el análisis con los informes sectoriales, toda vez que proyectan un enfoque más generalizado, para bajar a lo concreto a través de los informes consultivos y de recomendaciones.

3.3.1. Informes Sectoriales

Como se aprecia en la tabla 11, el primer informe sectorial de promoción de la competencia en el que se hace mención a la contratación pública es el I 02/12. INFORME SOBRE EL PAPEL DE LA AGENCIA PÚBLICA DE PUERTOS DE ANDALUCÍA EN EL MERCADO DE LOS PUERTOS DEPORTIVOS DE COMPETENCIA AUTONÓMICA, emitido por el Consejo de Defensa de la Competencia en el año 2012. El mismo tiene como antecedente la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, dictada con fecha 13 de marzo de 2008 (R 718/07 Puertos de Andalucía), que instaba a la ADCA a la revisión del potencial riesgo de alteración de las condiciones de la competencia. Dicho informe *“tiene como objeto principal identificar los riesgos para la competencia que pueden derivarse de algunos aspectos de la regulación del sistema de puertos de competencia andaluza, y más específicamente, del papel que desempeña la Agencia Pública de Puertos de Andalucía dentro de dicho sistema, en particular, en lo que se refiere a su actuación en materia de puertos deportivos e instalaciones náutico-deportivas, planteando las recomendaciones que se estiman necesarias para promover la competencia en el citado ámbito”*

De entre las diez recomendaciones realizadas, hemos de destacar por su relación con el fondo del presente estudio, lo indicado en la sexta recomendación, donde se invita al ente público a tomar como referencia las indicaciones ofrecidas por las autoridades de competencia en cuanto al diseño de los procedimientos de contratación. En dicho punto se dice : *“(…) debería potenciarse la competencia efectiva en la fase de licitación para la obtención de concesiones administrativas de construcción y/o explotación de instalaciones portuarias deportivas, así como para acceder al mercado de prestación de servicios portuarios a gestionar por particulares, teniendo en cuenta las indicaciones propuestas por la ADCA en las “Recomendaciones para facilitar el acceso y promover la competencia en el ámbito de la contratación pública andaluza” y por la CNC en su “Guía sobre Contratación Pública y Competencia”. A tal fin resulta conveniente la utilización*

¹¹⁶Test disponible en : <https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/Recomendaciones%20Contratacion%20Publica.pdf> (pág. 69 y ss., Acceso 12/10/22)

prudente y excepcional de la prórroga; el establecimiento de plazos concesionales que no sean excesivamente dilatados en el tiempo; la necesaria ponderación en la inclusión de cualquier tipo de trato preferente hacia anteriores concesionarios; o la eliminación de restricciones de acceso por los nuevos operadores, así como la reducción de trabas administrativas innecesarias.”

El siguiente por orden cronológico, es el I 03/12. INFORME PARA PROMOVER LA COMPETENCIA EN EL SECTOR DEL TRANSPORTE PÚBLICO INTERURBANO REGULAR PERMANENTE DE VIAJEROS DE USO GENERAL POR CARRETERA EN ANDALUCÍA, redactado en 2012 por el Consejo de Defensa de la Competencia a iniciativa propia.

En este informe se pretende *“examinar principalmente las condiciones de acceso al mercado en la licitación pública de las concesiones administrativas para la prestación de los servicios públicos de transporte de pasajeros de uso general. No obstante, también se analizan desde la óptica de competencia determinados procedimientos que afectan al mercado como son las modificaciones y unificaciones de concesiones, así como las autorizaciones de servicios coordinados”*. En el mismo se despliega una batería de recomendaciones, algunas muy específicas y otras un tanto genéricas, en cuanto a los elementos que a juicio del CDC, deben regir los procedimientos de licitación de transporte público interurbano regular por carretera. Dada su elevada extensión nos remitimos al literal de la propia resolución¹¹⁷.

No obstante, consideramos interesante aludir a una de las conclusiones expuestas en el Informe. *“(…). La competencia en este sector está condicionada por un régimen concesional en el que el oferente del servicio es único y el precio del mismo viene condicionado por las tarifas establecidas en la propia concesión administrativa que supone adquirir el derecho de explotación, en exclusiva, de la línea o las líneas concedidas, ya que mientras estén vigentes, no pueden establecerse otras concesiones que cubran servicios de transporte coincidentes. En definitiva, la competencia se plantea en la celebración de los concursos públicos para la adjudicación de las concesiones, lo que se denomina “competencia por el mercado”*.

Por último, el informe sectorial más reciente es el C28-2018. INFORME EN RELACIÓN CON LA SUPUESTA CREACIÓN DE UNA COMISIÓN ENTRE FEDINTRA Y LA AGENCIA PÚBLICA ANDALUZA DE EDUCACIÓN PARA LA CONFECCIÓN DE LOS FUTUROS CONCURSOS PÚBLICOS DE RUTAS ESCOLARES DE TRANSPORTE, elaborado por el Departamento de Estudios, Análisis de Mercados y Promoción de la Competencia de la ACREA, tras haber tenido conocimiento de un supuesto acuerdo para crear una comisión entre la Federación Independiente de Transportistas de Andalucía (FEDINTRA) y la Consejería de Educación a través de la Dirección General de la Agencia Pública Andaluza de Educación. En el mismo se insta de manera tajante a la AGENCIA PÚBLICA ANDALUZA DE EDUCACIÓN a que se *“abstenga (...) de la creación de una comisión para la confección de los futuros concursos públicos de rutas escolares de transporte o, incluso, de dirigir consultas a ninguno de los operadores económicos presentes y, menos aún a las federaciones o asociaciones empresariales activas en dicho mercado, so pena de incurrir una vulneración de los principios de igualdad de acceso a las licitaciones, no discriminación y de no falseamiento de la competencia”*¹¹⁸

¹¹⁷https://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/pdfs/I_03-12.pdf

¹¹⁸En este se hace referencia al Informe de la CNMC IPN/CNMC/010/15 INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, de 16 de julio de 2015, el cual pone de manifiesto que las consultas realizadas a operadores económicos presentes en el mercado pueden presentar problemas bajo la óptica de competencia. Concretamente, se pone un especial énfasis en los importantes riesgos que para la competencia presentaría la consulta a asociaciones y organizaciones empresariales, citándose expresamente los siguientes: (i) captura del órgano contratante de modo que la licitación diseñada se acomode a una información del mercado sesgada en beneficio de los operadores (por ejemplo, a través de estimaciones sobrevaloradas de los costes de provisión que determinarían el presupuesto base de licitación); y (ii) aumenta las posibilidades de coordinación y colusión entre operadores al ponerles en contacto y centralizar su interlocución en una organización representativa.

No existe constancia de que dicha reunión se haya celebrado.

3.3.2. Informes Consultivos

Bajando a cuestiones más concretas, encontramos los informes consultivos, en los que la ACREA da recomendaciones sobre cuestiones específicas, que le plantean tanto entes públicos como privados. Este es el tipo de informe más frecuente en cuestiones relacionadas con la contratación pública.

El primero de ellos es el informe I 04/08 - INFORME SOBRE LA CREACIÓN POR EL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE BAEZA DEL SERVICIO DE TRANSPORTE COLECTIVO DE VIAJEROS, EN RÉGIMEN DE MONOPOLIO, emitido por el CDC en 2008, a petición de la Dirección General de Administración Local de la Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía. Ante la consulta sobre la posibilidad de creación por parte del Excmo. Ayuntamiento de Baeza del servicio de transporte colectivo de viajeros en el municipio, en régimen de monopolio, el CDC pone de manifiesto la reserva que le confiere la Ley de Bases de Régimen Local para prestar el servicio de transporte de viajeros en el régimen de explotación que estime más adecuado, sin que con ello se imponga restricciones a la competencia¹¹⁹, y mediante gestión directa si así lo considera. Se observa un comportamiento apropiado por parte de la Administración en cuanto a las recomendaciones de la ACREA, al elevar consulta sobre cuestiones de competencia en el proceso de planificación previa, a fin de adoptar el modelo de contratación más adecuado.

Otro ejemplo lo encontramos en el informe I 07/08- INFORME SOBRE LA MUNICIPALIZACIÓN DEL SERVICIO DE GESTIÓN INTEGRAL DEL CICLO DEL AGUA EN EL MUNICIPIO DE NERJA (MÁLAGA), EN RÉGIMEN DE MONOPOLIO Y MEDIANTE GESTIÓN INDIRECTA A TRAVÉS DE LA CREACIÓN DE UNA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA, emitido por el CDC en 2008, a instancias de la Dirección General de Administración Local de la Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía, ante la solicitud realizada por el Excmo. Ayuntamiento de Nerja (Málaga) de aprobación por parte del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la efectiva ejecución en dicho municipio del servicio de gestión integral del ciclo del agua en régimen de monopolio. En el mismo se concluye que la insuficiente justificación *“constituye una limitación definitiva del expediente administrativo que impiden a este Consejo pronunciarse sobre si se justifica con base en criterios de eficiencia la necesidad de explotar el servicio público del ciclo integral del agua en el municipio de Nerja en régimen de monopolio.”*

A pesar de ello, con fecha 7 de enero de 2009 el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, autoriza la creación de una sociedad mixta para la gestión del ciclo integral del agua en Nerja, ante lo cual, el CDC emite a iniciativa propia un segundo informe, 03/09 - INFORME SOBRE LA MUNICIPALIZACIÓN DEL SERVICIO DE GESTIÓN INTEGRAL DEL CICLO DEL AGUA EN EL MUNICIPIO DE NERJA (MÁLAGA), EN RÉGIMEN DE MONOPOLIO Y MEDIANTE GESTIÓN INDIRECTA A TRAVÉS DE LA CREACIÓN DE UNA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA. Éste al no partir de una petición de consulta solicitada por un tercero, lo hemos calificado como informe de recomendaciones. En el mismo se vierten dos recomendaciones: En la primera, con un tono crítico, se recuerda al Ayuntamiento que *“Hubiera sido deseable (...) un mayor grado de competencia en la prestación del servicio público del ciclo del agua, todo ello sin desmerecer el impulso que en este sentido se le ha querido dar mediante la creación de una sociedad mixta para su gestión”*. En la segunda, previa indicación de las ventajas que implica una mayor

¹¹⁹Se cumple el requisito formal del artículo 4.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en el que se establece que *“todas las restricciones a la competencia que no tengan amparo legal se consideran prohibidas”*

promoción de la competencia en el desarrollo de cualquier tipo de actividad económica, enumera una lista de elementos a considerar en la confección de los pliegos, con especial mención a los criterios de valoración de las ofertas.

Otro informe de tipo consultivo es el INFORME DEL BORRADOR DEL PLIEGO DE CONDICIONES PARA LA LICITACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN ADMINISTRATIVA PARA LA GESTIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE REGULAR Y PERMANENTE DE VIAJEROS POR CARRETERA, DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, emitido en julio de 2011, a petición de la Dirección General de Transportes de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Andalucía. Cabe destacar del mismo, como ya hicimos en el análisis del informe sectorial sobre el transporte público interurbano, el comentario general formulado *“el régimen concesional establecido para el desarrollo de la actividad del transporte público, regular y permanente de viajeros por carretera de uso general, determina que sólo pueda plantearse la competencia efectiva en la celebración de los concursos públicos para la adjudicación de las concesiones, lo que se denomina competencia por el mercado”*. En este caso también se observa un comportamiento apropiado por parte de la Administración en cuanto a las recomendaciones de la ACREA, al elevar consulta sobre cuestiones de competencia en el proceso de planificación previa, a fin de adoptar el modelo de contratación más adecuado.

El informe consultivo más reciente es el INFORME C30-2017. CONSULTA PLANTEADA POR AMJA EN RELACIÓN CON LAS LICITACIONES PÚBLICAS, elaborado en el año 2017. Este es un caso algo peculiar, dado que una entidad privada (Asociación Multisectorial de la Jardinería Andaluza (AMJA)), solicita informe o recomendación destinado a los organismos oficiales competentes en licitaciones públicas. La respuesta se estructura en dos bloques: En el primero se enumeran las diversas actuaciones realizadas por la ADCA al objeto de mejorar los procedimientos de licitaciones públicas desde el punto de vista de la competencia, con especial mención a los documentos que se han evocado en párrafos anteriores, y ya en el segundo bloque se contesta a las cuestiones concretas sobre la subdivisión de los contratos en lotes, la determinación de los precios de los contratos y la subcontratación.

3.3.3. Informes de recomendaciones.

Podrían encuadrarse en el tipo de informes consultivos, puesto que en los mismos se abordan cuestiones muy concretas, pero dado que no nacen de la respuesta dada a una petición o consulta realizada por un tercero, sino que los emite la ACREA a iniciativa propia, los hemos denominado como informes de recomendaciones. Una muestra de este tipo de informe la encontramos en el INFORME RELATIVO AL ESCRITO DE LA ASOCIACIÓN ANDALUZA DE EMPRESAS ORGANIZADORAS PROFESIONALES DE CONGRESOS, redactado por la ACREA en el año 2011. En este se analiza la idoneidad desde el punto de vista de la competencia de incluir en los pliegos el requisito de que las empresas licitadoras estén registradas como Empresas Organizadoras Profesionales de Congresos en el Registro de Empresas Turísticas de la Junta de Andalucía y que la asociación andaluza de OPC certifique su pertenencia a la misma. Sobre la primera cuestión se considera, que para el establecimiento de requisitos de solvencia para evitar que empresas no suficientemente cualificadas opten a concursos públicos, se han de considerar cláusulas que no restrinjan “de facto” el acceso y, por ello, la competencia en el proceso de licitación, debiéndose justificar debidamente la inclusión de estas barreras de entrada, máxime cuando el artículo 67 de LCSP, *“no incluye el requisito de la inscripción en un registro entre el elenco de medios que, de forma alternativa, pueden utilizarse a los efectos de la prueba de la solvencia técnica en los contratos de servicios.”* Y sobre el hecho

de que una asociación privada certifique su pertenencia a la misma, la ACREA considera que puede generar un problema de conflicto de intereses con las empresas solicitantes en función de si pertenece o no a esa asociación, además de existir un potencial riesgo de colusión, *“con la consiguiente pérdida de competencia en el proceso de licitación, al incrementarse los incentivos para intercambiar información o incluso homogeneizar las condiciones o coordinar las ofertas individuales de los miembros de la asociación; y muy especialmente en el supuesto de que este requisito se exigiera de forma excluyente.”*

El otro informe de recomendaciones es el 03/09 - INFORME SOBRE LA MUNICIPALIZACIÓN DEL SERVICIO DE GESTIÓN INTEGRAL DEL CICLO DEL AGUA EN EL MUNICIPIO DE NERJA (MÁLAGA), EN RÉGIMEN DE MONOPOLIO Y MEDIANTE GESTIÓN INDIRECTA A TRAVÉS DE LA CREACIÓN DE UNA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA, del cual hemos hablado en párrafos anteriores.

A tenor de lo expuesto, se puede concluir la importancia de la anticipación a los problemas de competencia efectiva en el mercado de la contratación pública, señalándose aquellos elementos que se han de considerar en el diseño y desarrollo de la actividad contractual de las administraciones públicas. En este sentido la ACREA ofrece un importante servicio de apoyo en la prevención de conductas colusorias y orienta a los órganos de contratación en la planificación, ejecución y control de sus procesos de contratación. Dicho esto, resulta llamativo el exiguo, diríase testimonial, número de peticiones de consulta a la ACREA por parte de los entes públicos, tratándose de una actividad con un extraordinario impacto económico, en la que una gestión eficiente de los recursos públicos obliga a la búsqueda de productos y servicios con la mayor relación calidad-precio.

3.4. LA MEJORA DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA Y UNIDAD DE MERCADO.

La regulación sólo debería utilizarse cuando fuera necesaria, y siempre de forma apropiada y proporcionada a su objetivo, puesto que una regulación ineficiente limita la competencia. Sobre esta premisa se asienta el desarrollo de las políticas de mejora de la regulación económica. Por lo tanto, si se considera adecuado actuar mediante regulación, se han de analizar todas las opciones para así implementar el sistema normativo de mayor calidad posible, que ofrezca los incentivos adecuados para dinamizar la actividad económica, simplifique procesos y minimice cargas administrativas.

El concepto de Mejora de la Regulación ha ido evolucionando hasta adquirir la condición de *política pública en sí misma, de corte transversal y de carácter indispensable, que debe funcionar como premisa de desarrollo de cualquier intervención pública para garantizar la consecución de sus principales objetivos al mínimo coste*¹²⁰.

En Andalucía la Ley 6/2007, de 26 de junio, de promoción y defensa de la competencia define la mejora de la regulación económica en su artículo 2.2. como “*el conjunto de actuaciones e instrumentos mediante los cuales los poderes públicos, al elaborar o aplicar las normas que inciden en las actividades económicas, aplican los principios de eficiencia, necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia para propiciar un marco normativo que contribuya a alcanzar un modelo productivo acorde con los principios y objetivos básicos previstos en el artículo 157 del Estatuto de Autonomía para Andalucía.*”

Esto se traduce en la eliminación de las barreras que restringen injustificadamente las actividades económicas e impiden o retrasan los nuevos proyectos emprendedores, su expansión y la creación de empleo, la simplificación de trámites administrativos, el Impulso de la cultura de la buena regulación en torno a una serie de principios básicos: justificación, proporcionalidad y no discriminación, y la mejora de la protección de los derechos de los consumidores y usuarios¹²¹.

Como se extrae de la lectura anterior, la regulación normativa se asienta en la aplicación de unos principios básicos¹²², cuya definición se recoge en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas:

- *“Principio de necesidad y eficacia: la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución.*
- *Principio de proporcionalidad: La iniciativa que se proponga deberá contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios.*
- *Principio de seguridad jurídica: La iniciativa normativa se ejercerá de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, para generar un marco normativo*

¹²⁰Veáse: https://portal.mineco.gob.es/es-es/economiayempresa/unidadmercado/mejoraregulacion/Paginas/01Que_es_y_para_que_sirve_la_Mejora_de_la_Regulacion.aspx (acceso 5/10/22)

¹²¹Veáse: <https://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/mejora-de-la-regulacion/la-mejora-de-la-regulacion> (5/10/22)

¹²²El Ministerio de Asuntos Económicos enumera algunos principios. Ver: <https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/economia/ficheros/AnexoPrincipios.pdf> (acceso 05/10/22)

estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas.

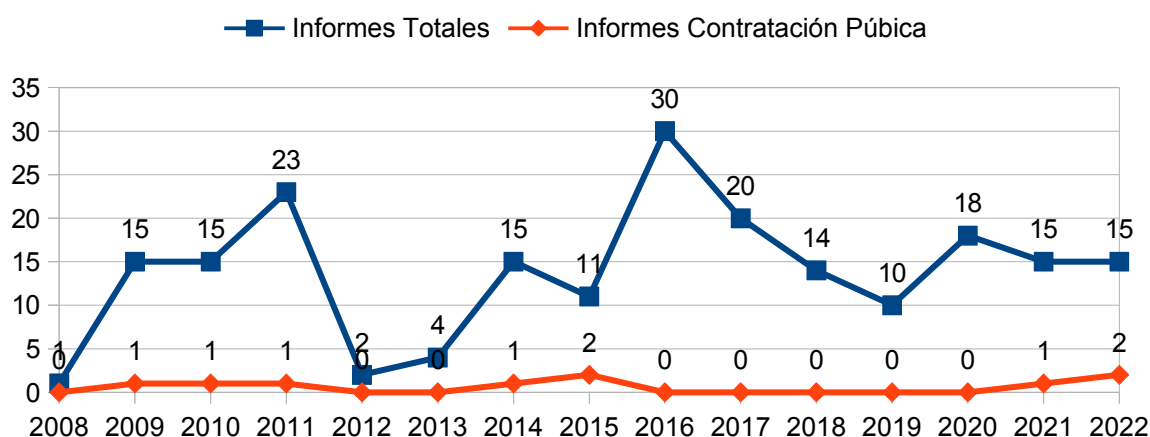
- *Principio de transparencia: Las Administraciones Públicas posibilitarán el acceso sencillo, universal y actualizado a la normativa en vigor y los documentos propios de su proceso de elaboración, (...), definirán claramente los objetivos de las iniciativas normativas y su justificación en el preámbulo o exposición de motivos; y posibilitarán que los potenciales destinatarios tengan una participación activa en la elaboración de las normas.*
- *Principio de eficiencia: La iniciativa normativa debe evitar cargas administrativas innecesarias o accesorias y racionalizar, en su aplicación, la gestión de los recursos públicos*
- *Principio de simplificación de cargas: La intervención de las distintas autoridades competentes garantizará que no genera un exceso de regulación o duplicidades y que la concurrencia de varias autoridades en un procedimiento no implica mayores cargas administrativas para el operador que las que se generarían con la intervención de una única autoridad.*
- *Principio de no discriminación: Todos los operadores económicos tendrán los mismos derechos en todo el territorio nacional y con respecto a todas las autoridades competentes, sin discriminación alguna por razón del lugar de residencia o establecimiento. Ninguna disposición de carácter general, actuación administrativa o norma de calidad que se refiera al acceso o al ejercicio de actividades económicas podrá contener condiciones ni requisitos que tengan como efecto directo o indirecto la discriminación por razón de establecimiento o residencia del operador económico”.*

En lo que respecta a la ACREA, se le ha conferido la tarea de “*informar los anteproyectos de ley y proyectos de reglamento de la Administración de la Junta de Andalucía que incidan sobre las actividades económicas, afecten a la competencia efectiva o la unidad de mercado, de forma que se garanticen los intereses generales sobre la base de la aplicación de los principios de necesidad, proporcionalidad, eficacia, eficiencia, transparencia, seguridad jurídica, simplicidad y accesibilidad.*”¹²³

Esta ha emitido hasta la fecha un total de 208 informes normativos, de los cuales 9, es decir algo más del 4%, están relacionados con la contratación pública. En el gráfico 4 se puede apreciar la evolución:

¹²³Ver: <https://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/mejora-de-la-regulacion/mecanismo-de-evaluacion-normativa> (acceso 15/09/22)

Gráfico 4: Evolución del número de informes normativos totales, y relacionados con la contratación pública. Años 2008-2022.



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la ACREA¹²⁴.

Estos Informes Normativos pueden ser clasificados en las siguientes categorías:

- Informes Normativos sobre Anteproyectos de Ley y Proyectos de Decretos
- Informes Normativos sobre Órdenes de Consejerías

3.4.1. Informes Normativos sobre Anteproyectos de Ley y Proyectos de Decretos

El artículo 3.i) de la Ley 6/2007, de 26 de Junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía, le confiere a la ACREA la función de “*Informar en el plazo de un mes los anteproyectos de ley y proyectos de reglamento de la Administración de la Junta de Andalucía que incidan en las actividades económicas, la competencia efectiva en los mercados o a la unidad de mercado, con el objetivo de proteger los intereses generales, especialmente de las personas consumidoras y usuarias y para favorecer el desarrollo socioeconómico de Andalucía. A tal efecto, el órgano de la Administración de la Junta de Andalucía encargado de la elaboración del proyecto normativo remitirá a la Agencia la información y documentación relativa a dichas cuestiones. Asimismo, las entidades locales podrán solicitar la emisión de este informe en relación con sus propuestas normativas*”.

Dicho de otro modo, la administración de la Junta de Andalucía habrá de interesar el parecer de la ACREA sobre la adecuación de sus textos legales a la normativa de competencia y a los principios de buena regulación.

Por orden de jerarquía normativa, comenzaremos analizando los dos informes sobre proyectos de ley y posteriormente los seis que versan sobre proyectos de decretos.

Aunque la norma se encuentra en tramitación parlamentaria, por la relevancia de la materia que en la misma se regula, comenzaremos con el informe N 4/2021. SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ECONOMÍA CIRCULAR DE ANDALUCÍA, emitido por el CDC el 25 de marzo de 2021. En este se valoran positivamente la inclusión de medidas que favorecen la transparencia de las características medioambientales de los distintos

¹²⁴Ver en: <https://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/mejora-de-la-regulacion/informes-normativos> (acceso 15/09/22)

productos y servicios, como son la consideración en el proceso de contratación pública sobre que los productos y servicios cuenten con la etiqueta ECOLABEL. No obstante, se advierte sobre el riesgo potencial de incluir requisitos medioambientales que pudieran ofrecer ventajas competitivas para determinados operadores.

Además se emplaza al órgano tramitador de la norma, a que revise el tenor del artículo 12.3.a), de manera que la referencia a que se *contemplará en los procesos de contratación pública, qué productos o servicios se encuentren inscritos en el Registro Público Andaluz de Análisis de Ciclo de Vida, se complete con la posibilidad de la inscripción en un registro con un ámbito territorial distinto al andaluz, que tenga la misma finalidad, o que demuestre la finalidad perseguida por este registro andaluz de otra manera.* En consecuencia, según se recoge en el proyecto de Ley publicado en la web del Parlamento de Andalucía¹²⁵, se ha incluido en el artículo 11.3.a)¹²⁶ lo siguiente: “*los productos o servicios a adquirir se encuentren inscritos en el Registro público andaluz de análisis de ciclo de vida regulado en el artículo 14, así como en cualquier otro registro con un ámbito territorial distinto, que tenga la misma finalidad, o que demuestre la disposición de la información relativa al análisis de ciclo de vida de los mismos*”

Por último se recomienda que se definan con claridad algunos términos como “producto clave” (artículo 13). La recomendación también ha sido aceptada, y se ha incluido una definición de “producto clave” en el artículo 3.

El otro es el INFORME N 09/2015. SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE LOS DERECHOS Y LA ATENCIÓN A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ANDALUCÍA emitido por el CDC el 23 de noviembre de 2015. Dicho proyecto devino en la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía.

En dicho informe se indica que aunque *la norma impone a la Administración andaluza y a sus entidades instrumentales la obligación de impulsar un régimen de contratación pública que incluya cláusulas sociales dirigidas al empleo de personas con discapacidad*, se ha prestar una atención especial a los principios de *necesidad, proporcionalidad y eficacia de tales objetivos sociales, para hacerlos compatibles con la salvaguarda de la libre competencia, la eficiente utilización de los fondos públicos y la selección de la oferta más ventajosa.*

Por otro lado se propone clarificar la redacción de la frase “adopción de las medidas alternativas correspondientes”. Lo cual no queda atendido en la norma definitiva (Ley 4/2017).

Así mismo, respecto de la obligación de *adjudicar el cinco por ciento de las contrataciones anuales a los centros especiales de empleo*, se recomienda a los órganos de contratación que se respeten los *principios de concurrencia, igualdad de trato y no discriminación al redactar las condiciones de esos contratos.* En definitiva, se advierte que el cumplimiento de determinados fines no justifica el empleo de cualquier medio, siendo por tanto de obligado cumplimiento los principios generales de la buena regulación.

En lo que se refiere a los proyectos de Decreto, si abordamos su estudio por orden de antigüedad, el primero de ellos sería el INFORME N 09/09. PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE REGULA LA PRESTACIÓN GRATUITA DEL SERVICIO COMPLEMENTARIO DE TRANSPORTE ESCOLAR PARA EL ALUMNADO DE LOS CENTROS DOCENTES SOSTENIDOS CON FONDOS PÚBLICOS, aprobado por el CDC el 7 de abril de 2009. En lo que respecta a la contratación pública, se incide en la

¹²⁵Véase: <https://www.parlamentodeandalucia.es/webdinamica/porta1-web-parlamento/pdf.do?tipodoc=bopa&id=161454> (acceso 17/09/22)

¹²⁶Modificado en tramitación parlamentaria. Antes Art 12.3.a)

importancia de un adecuado diseño de los pliegos derivados de la aplicación de esta norma, poniendo la ACREA sus servicios a disposición de los órganos de contratación para el análisis de los mismos¹²⁷.

El proyecto se concreta en la norma definitiva denominada DECRETO 287/2009, DE 30 DE JUNIO, POR EL QUE SE REGULA LA PRESTACIÓN GRATUITA DEL SERVICIO COMPLEMENTARIO DE TRANSPORTE ESCOLAR PARA EL ALUMNADO DE LOS CENTROS DOCENTES SOSTENIDOS CON FONDOS PÚBLICOS.

El siguiente es el INFORME N 02/10. PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE ESTABLECE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA PARA LA GESTIÓN DE LA CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA Y SUS ENTIDADES INSTRUMENTALES Y SE REGULA EL RÉGIMEN DE BIENES Y SERVICIOS HOMOLOGADOS, emitido por el CDC el 17 de marzo de 2010. En el mismo se concluye que las prescripciones que condicionan el acceso a la contratación pública están suficientemente justificadas, y se valoran de forma positiva los elementos reguladores desarrollados en el proyecto normativo, por su adecuación a los *principios de publicidad, concurrencia, libertad de acceso a las licitaciones y transparencia de los procedimientos de contratación administrativa que inspiran toda la normativa tanto estatal como comunitaria en materia de competencia*.

La norma definitiva es el DECRETO 39/2011, DE 22 DE FEBRERO, POR EL QUE SE ESTABLECE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA PARA LA GESTIÓN DE LA CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA Y SUS ENTIDADES INSTRUMENTALES Y SE REGULA EL RÉGIMEN DE BIENES Y SERVICIOS HOMOLOGADOS.

Otro ejemplo de informe normativo sobre un proyecto de decreto es el N 17/11. PROYECTO DE DECRETO DE MEDIDAS URGENTES SOBRE PRESTACIÓN FARMACÉUTICA DEL SISTEMA SANITARIO PÚBLICO DE ANDALUCÍA, aprobado por el CDC el 25 de octubre de 2011. En este caso también se extraen conclusiones positivas, dado que a juicio del CDC, *se ha realizado un diseño del procedimiento de selección favorecedor de la concurrencia competitiva entre las empresas oferentes, y las medidas contenidas en la norma proyectada se encuentran suficientemente justificadas en razones de interés general*.

Fruto del mencionado proyecto nace el DECRETO-LEY 3/2011, DE 13 DE DICIEMBRE, POR EL QUE SE APRUEBAN MEDIDAS URGENTES SOBRE PRESTACIÓN FARMACÉUTICA DEL SISTEMA SANITARIO PÚBLICO DE ANDALUCÍA.

Le sigue el INFORME N 08/14. PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE REGULA LA PRESTACIÓN FARMACÉUTICA EN LOS CENTROS RESIDENCIALES DE ANDALUCÍA, CON CAMAS EN RÉGIMEN DE ASISTIDOS, del 11 de septiembre de 2014. En este caso el CDC concluye que la limitación en la selección de la oficina de farmacia de entre las localizadas en la Unidad Territorial Farmacéutica, supone una fuerte restricción a la libre competencia, que únicamente podría estar justificada por la protección del interés general, y con plena sujeción a los criterios de necesidad y proporcionalidad. En la norma definitiva, DECRETO 512/2015, DE 29 DE DICIEMBRE, DE PRESTACIÓN FARMACÉUTICA EN LOS CENTROS SOCIOSANITARIOS RESIDENCIALES DE ANDALUCÍA, no se han tomado en consideración las propuestas de la ACREA.

Otra muestra sería el INFORME N 11/14. PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE REGULA EL PROCEDIMIENTO DE DESIGNACIÓN, PAGO Y REINTEGRO DE LOS GASTOS

¹²⁷En relación con este sector la ACREA emitió de oficio el INFORME 28-2018. EN RELACIÓN CON LA SUPUESTA CREACIÓN DE UNA COMISIÓN ENTRE FEDINTRA Y LA AGENCIA PÚBLICA ANDALUZA DE EDUCACIÓN PARA LA CONFECCIÓN DE LOS FUTUROS CONCURSOS PÚBLICOS DE RUTAS ESCOLARES DE TRANSPORTE.

CORRESPONDIENTES A PRUEBAS PERICIALES, TRADUCCIONES E INTERPRETACIONES EN PROCEDIMIENTOS JUDICIALES CON CARGO A LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA Y SE MODIFICA EL DECRETO 68/2008, DE 26 DE FEBRERO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA, del 11 de noviembre de 2014. Quizás se trate de la norma en la que el CDC haya plasmado con mayor énfasis su diagnóstico de obstrucción a la libre competencia, al considerar que *los mecanismos para la designación de peritos, intérpretes y traductores para la prestación de servicios a solicitud de los órganos judiciales, cuyo pago corresponde a la Administración de la Junta de Andalucía, conllevan una grave distorsión de la competencia. Por lo que estima conveniente alternativas reguladoras menos distorsionadoras.*

En la norma resultante, se desoye la recomendación del CDC, toda vez que se sigue considerando como excepcional la prestación de la asistencia de profesionales privados¹²⁸

Y el último informe normativo hasta la fecha sobre proyectos de decretos es el N 10/2022. SOBRE EL PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE LA LEY 7/2021, DE 1 DE DICIEMBRE, DE IMPULSO PARA LA SOSTENIBILIDAD DEL TERRITORIO DE ANDALUCÍA del CCA emitido el 31 de marzo de 2022. En este se advierte que *la celebración de convenios de colaboración entre la Administración y los Colegios profesionales puede incurrir en una grave restricción de la competencia, al entrañar una injustificada reserva de actividad a favor de los Colegios profesionales (...) Lo ideal sería -en beneficio de la libre competencia y de la unidad de mercado- que se contrataran dichos servicios profesionales, conforme a lo prescrito en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, de forma abierta y concurrencial para que todos los operadores económicos capacitados tuvieran la oportunidad de concurrir en igualdad de condiciones, por lo que su naturaleza y régimen jurídico se debería ajustar a lo previsto en dicha normativa pública que garantiza la libre competencia.*

Esta norma se encuentra en elaboración.

3.4.2. Informes Normativos sobre Órdenes de Consejerías.

Solo consta un informe normativo sobre una Orden de una Consejería, el N 12/2022. SOBRE EL PROYECTO DE ORDEN POR LA QUE SE MODIFICA LA ORDEN DE LA CONSEJERÍA DE HACIENDA, INDUSTRIA Y ENERGÍA, DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2019, POR LA QUE SE REGULAN LOS PROCEDIMIENTOS, LAS CONDICIONES DE CONCESIÓN Y OTROS ASPECTOS DE LA GESTIÓN DE LAS OPERACIONES FINANCIERAS DE ACTIVO Y DE LAS GARANTÍAS DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA Y DE LAS ENTIDADES VINCULADAS O DEPENDIENTES DE LA MISMA emitido por el CCA el 15 de junio de 2022. En el mismo se emplaza a la Consejería a incluir en su articulado mención expresa a los *principios de libre concurrencia, no discriminación e igualdad de trato entre las empresas seleccionables como sociedades gestoras de los fondos de capital riesgo, así como la toma en consideración las sugerencias que la ACREA efectuó en el documento “Recomendaciones para facilitar el acceso y promover la competencia en el ámbito de la contratación pública andaluza”.*

¹²⁸Léase artículo 9 del Decreto 4/2018, de 16 de enero, por el que se regula la puesta a disposición de los órganos judiciales y del Ministerio Fiscal de peritos, traductores e intérpretes para su intervención en los procedimientos judiciales con cargo a la administración de la Junta de Andalucía, y el procedimiento de pago y reintegro de los gastos correspondientes.

3.4.3. Plan para la Mejora de la Regulación Económica de Andalucía 2018-2024.

En relación con la mejora de la regulación económica, la ACREA ha participado en la elaboración del Plan para la Mejora de la Regulación Económica de Andalucía 2018-2024¹²⁹, asumiendo entre otras, la labor de seguimiento y evaluación del mismo.

Dicho Plan parte de la necesidad de orientar la intervención pública en la economía con un criterio de eficiencia, para lograr un crecimiento sostenible e inclusivo basado en la mejora de la productividad y la innovación tecnológica, poniendo como base de la intervención pública, la eficiencia y la racionalidad económica. De esta forma, un marco regulador eficiente es un factor central del buen funcionamiento de las actividades productivas, y se encuadra en alcanzar una mayor calidad institucional y ésta a su vez es un pilar básico del modelo de gobernanza en la administración.

Así, en el Plan para la Mejora de la Regulación Económica de Andalucía 2018-2024, se establecen los siguientes objetivos:

- 1º. Favorecer reformas estructurales que faciliten el acceso y ejercicio de una actividad productiva a personas emprendedoras y empresas.
- 2º. Impulsar un cambio en la cultura de la Administración que la haga más ágil, accesible y proactiva.
- 3º. Conseguir un marco jurídico simple, seguro y eficiente que posibilite la atracción de inversiones productivas sostenibles.

Para el logro de estos objetivos, en el Plan se fijan seis líneas de actuación:

- línea 1ª evaluación de procedimientos administrativos y actuaciones de simplificación y reducción de trabas administrativas.
- línea 2ª reducción de trabas administrativas al desarrollo de sectores económicos específicos
- línea 3ª facilitar el desarrollo de las actividades económicas en el medio rural
- línea 4ª mejora de la calidad regulatoria en el ámbito local
- línea 5ª reforzar y consolidar las políticas de competencia y mejora de la regulación
- línea 6ª medidas para promover y eliminar barreras o trabas administrativas a las inversiones productivas

El Plan ha motivado la promulgación de tres Decretos-leyes; en los que se han modificado más de 100 normas, con las que han eliminado o simplificado más de 400 trabas o procedimientos que afectan al inicio o ejercicio de las actividades de las empresas en Andalucía. En el Gráfico 5 se representa el esquema de la gobernanza (elaboración y aprobación) del Plan.

¹²⁹ Aprobado por el Consejo de Gobierno en su reunión del día 30 de Noviembre de 2021. Ver en: <https://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/plan-mejora-regulacion> (acceso 24/10/22)

Gráfico 5. Esquema de la gobernanza del PMREA-H-2024



Fuente: Plan para la Mejora de la Regulación Económica en Andalucía, página 13

En materia de contratación pública, se han reforzado las funciones de la ACREA en relación con las conductas colusorias detectadas en los procedimientos de contratación del sector público. En concreto se proponen las siguientes medidas¹³⁰:

- MEDIDA 6.5.3.1. Reforzar las funciones del Consejo de la Competencia de Andalucía en relación con las conductas colusorias realizadas en los procedimientos de contratación del sector público.

ACTUACIÓN 6.5.3.1.1. Regular la facultad de imponer la prohibición de contratar en el sector público.

- MEDIDA 6.5.3.2. Atribuir nuevas funciones al Departamento de Investigación de Defensa de la Competencia de Andalucía en la detección de prácticas anticompetitivas en la contratación del sector público andaluz.

ACTUACIÓN 6.5.3.2.1. Regular la capacidad de requerimiento a los poderes adjudicadores para que faciliten la información y la documentación necesaria.

3.4.4. Cómo medir la calidad de la regulación económica.

Para poderse determinar si la regulación económica es o no de calidad, se hace necesario construir indicadores que permitan cuantificar los efectos que estas producen en la economía. Así, podemos destacar los siguientes indicadores:

¹³⁰Ver en página 120 del documento disponible en el siguiente enlace: <https://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/pdfs/Plan%20Mejora%20Regulaci%C3%B3n%20Econ%C3%ADa%20en%20Andaluc%C3%ADa%20Horizonte-2024.pdf> (acceso 24/10/22)

- *Indicadores de Confianza Empresarial (ICE)*.

El Instituto Nacional de Estadística (INE), elabora con carácter trimestral desde 2012 con el objetivo de conocer, en un momento determinado, la visión que tienen los responsables de los establecimientos sobre la situación y expectativas de su negocio. La encuesta recoge las opiniones de los gestores de los establecimientos respecto a la marcha de su negocio para el trimestre pasado y sobre sus expectativas para el trimestre entrante¹³¹.

Además de este indicador trimestral, el INE elabora el Módulo sobre entorno empresarial y buena regulación¹³², en el cual se refleja la percepción sobre:

- La evolución de los recursos dedicados a la resolución de trámites con las administraciones.
- La evolución de los trámites añadidos que deben cursarse para operar.
- De beneficio debido a sustitución de autorizaciones previas por declaraciones responsables.

- *European Quality of Government Index (EQI)*¹³³.

Promovido por la Comisión Europea, captura a través de encuestas, las percepciones y experiencias de los ciudadanos con la corrupción, la calidad y la imparcialidad de tres servicios públicos esenciales (salud, educación y policía) en su región de residencia. La edición de 2021 arroja luz sobre los principales patrones y tendencias de la última década y añade un análisis cualitativo en profundidad sobre la situación de cuatro regiones: el País Vasco y Cataluña en España y Lubelskie y Opolskie en Polonia.

- *Product Market Regulation*¹³⁴

Son indicadores elaborados por la OCDE para medir el grado en que las políticas promueven o inhiben la competencia en áreas del mercado de productos donde la competencia es viable. Las principales fuentes de información utilizadas para construir los indicadores relacionados con la regulación del mercado de productos son las respuestas de los gobiernos nacionales a los cuestionarios de indicadores sobre regulación de la OCDE. El cuestionario se encuentra orientado por los “Siete principios para la gobernanza de los reguladores” (Égert y Wanner, 2016)¹³⁵:

- Claridad de la función.
- Prevenir la influencia indebida y mantener la confianza.
- La toma de decisiones y la estructura del órgano rector para los reguladores independientes.
- Rendición de cuentas y transparencia.
- Compromiso.
- Financiación.
- Evaluación del desempeño.

¹³¹

Ver

en : https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736163552&menu=ultiDatos&idp=1254735576550#:~:text=El%20%C3%8Dndice%20de%20Confianza%20Empresarial,la%20marcha%20de%20su%20negocio.

(acceso 29/10/22)

¹³² Ver en: <https://www.ine.es/dynt3/inebase/index.htm?type=pcaxis&path=/t37/p199/p01/serie/&file=pcaxis> (acceso 29/10/22)

¹³³ Ver en: https://ec.europa.eu/regional_policy/en/information/maps/quality_of_governance/#:~:text=The%20European%20Quality%20of%20Government,in%20their%20region%20of%20residence (acceso 29/10/22)

¹³⁴ Ver en: <https://www.oecd.org/economy/reform/indicators-of-product-market-regulation/> (acceso 29/10/22)

¹³⁵ Ver en: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/5jlwz7kz39q8-en.pdf?expires=1667044408&id=id&accname=guest&checksum=89FB9782ED7C03379632DA54677926F6> (acceso 29/10/22)

Como puede apreciarse, varios de los indicadores mencionados se basan en el elemento subjetivo de la encuesta. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, RISCOS GÓMEZ y PALMA MARTOS (2020)¹³⁶, con una propuesta metodológica más depurada, elaboran un índice en el que se combinan elementos objetivos y subjetivos. Los componentes objetivos están conformados por 11 variables, que provienen de indicadores utilizados en la metodología de medición de competitividad *Doing Business*¹³⁷, elaborados por el Banco Mundial y la *Contabilidad Nacional de España* (INE).¹³⁸ La parte subjetiva, que cuenta con otros 6 componentes, se basa en los resultados del *Indicador de Confianza Empresarial* elaborado por el INE y el Instituto de Estadística y Cartografía de Andalucía¹³⁹. Para combinar ambas partes se ha optado por ponderar los resultados, una vez normalizados, de forma equilibrada tanto dentro de los componentes como entre los componentes. El índice toma valores ente -1 (máxima restricción) y 1 (mínima restricción).

“Como resultado a destacar, el estudio concluye que el marco regulador en Andalucía, en el periodo objeto de estudio, ha evolucionado hacia un menor grado de restricción, alcanzando en 2016 un valor de -0.1339, frente a -0.1470 en 2013. Asimismo, se observa un proceso de convergencia con relación al índice nacional.”

¹³⁶ Ver en: <https://ojs.ual.es/ojs/index.php/eea/article/view/3003> (acceso 29/10/22)

¹³⁷ El informe DOING BUSINESS proporciona una medición objetiva de las regulaciones para hacer negocios y su aplicación en 190 economías. Ver en: <https://archive.doingbusiness.org/es/doingbusiness> (acceso 29/10/22)

¹³⁸ Ver en: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736164439&menu=ultiDatos&idp=1254735576581 (acceso 29/10/22)

¹³⁹ Ver en: <https://www.juntadeandalucia.es/institutodeestadisticaycartografia/iconficia/index.htm> (acceso 29/10/22)

CONCLUSIONES

Como hemos visto, la contratación pública ha tomado una gran importancia en las economías nacionales. En España, la contratación pública representa alrededor de 20 % del PIB. Pero no solo es destacable su impacto desde un punto de vista económico, también es relevante su incidencia en las diversas áreas en la que se desarrolla el servicio público. En los últimos años se ha señalado su importancia como pieza clave y estratégica en el desarrollo sostenible y el crecimiento económico, bajo el prisma de la protección del medioambiente, los derechos sociales y las políticas de empleo.

En este sentido, la LCSP concibe la contratación pública como un instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia. Por ello, es de suma importancia que el marco normativo y decisorio de la contratación pública favorezca la competencia efectiva entre los operadores, a fin de contribuir a la consecución de los objetivos estratégicos, sin renunciar a una gestión eficiente de los recursos públicos.

Así mismo, la LCSP obliga a estrechar relaciones entre las autoridades de defensa de la competencia y los órganos de contratación, y emplaza a éstos, a notificar a la autoridad de competencia correspondiente, la existencia de indicios fundados de prácticas presuntamente colusorias que lesionen la libre competencia. En un estudio reciente de la OIRESCON (2022)¹⁴⁰ se ha detectado un incremento del número de comunicaciones o denuncias de prácticas colusorias en materia de contratación, cursadas desde los órganos de contratación hacia las autoridades de competencia.

En lo que respecta a la actividad desarrollada por la ACREA en asuntos relacionados con la contratación pública, hemos observado que las conductas colusorias, tipificadas en el artículo 1 de la LDC, son los principales comportamientos anticompetitivos (6 de 8; 75%) detectados frente a una única resolución en la que se acredita la existencia de abuso de posición dominante. Del total de expedientes tramitados, diez (55%) han estado relacionados con la administración autonómica y ocho (45%) con la local. En cuanto al tipo de contrato, seis (75%) son contratos de servicios o gestión de servicio público, y dos (25%) de obra, y en lo relativo al procedimiento de adjudicación, cuatro (50%) fueron por procedimiento abierto, dos (25%) negociado sin publicidad, uno (12,5%) menor y otro sin especificar.

Se ha demostrado, que al amparo de los cárteles, los licitadores acuerdan el reparto del mercado y despliegan todo un catálogo de prácticas anticompetitivas, como la fijación directa o indirectamente del precio de adjudicación, la presentación de ofertas de cobertura para que resultara adjudicataria del contrato aquella que previamente habían pactado, la presentación de oferta agrupadas en UTE en el caso de licitaciones con gran número de lotes a fin de garantizarse una mayor probabilidad de resultar adjudicataria, y una vez firman los contratos repartirse los lotes según lo pactado, o la supresión o retirada de ofertas de forma que al final solo queda una licitadora.

Se ha puesto de manifiesto la capacidad de las empresas para manipular las licitaciones públicas, utilizando para ello esquemas de colusión tan complejos y sofisticados, que resultan casi imperceptibles y de difícil rastreo, de ahí la necesidad de contar con herramientas más sofisticadas, vinculadas al análisis de grandes cantidades de datos, además de fomentar la necesaria colaboración entre las Administraciones y las autoridades de competencia, y de ampliar los programas de formación al personal funcionario encargado de gestionar la compra pública.

¹⁴⁰ Ver página 29 en: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informe-anual-supervision-2022/ias2022-modulo3.pdf> (acceso 29/10/22)

Igualmente, de las actuaciones acometidas por la ACREA (denominada en aquel momento como Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía) en su labor de promoción de la competencia en el ámbito de la contratación pública, hay que destacar el ESTUDIO SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ANDALUZA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA COMPETENCIA (2010), en el que se detectan y analizan las prácticas de las administraciones que inciden de forma negativa en el desarrollo efectivo de una libre competencia, y que deriva en la publicación de las RECOMENDACIONES PARA FACILITAR EL ACCESO Y PROMOVER LA COMPETENCIA EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ANDALUZA (2010), elaborado en colaboración con la Comisión Consultiva de Contratación Pública, donde se desarrolla una batería de recomendaciones dirigidas a las administraciones públicas sobre los aspectos a considerar en el diseño de los procedimientos y en la elaboración de los pliegos. Ambos documentos sirven de guía a las Administraciones Públicas en la configuración de los pliegos y los procedimientos de contratación, lo que obliga a su constante revisión y adaptación a los nuevos escenarios.

Asimismo, hemos podido comprobar el importante papel que desempeña la ACREA en la mejora de la regulación económica, con una prolífica emisión de informes normativos, aunque sólo el 4% versan sobre normas relacionadas con la contratación pública. Es de destacar su participación en la elaboración del Plan para la Mejora de la Regulación Económica de Andalucía 2018-2024, y la asunción de las tareas de seguimiento y evaluación del mismo. En dicho Plan se propone reforzar las funciones del Consejo de la Competencia de Andalucía en relación con las conductas colusorias realizadas en los procedimientos de contratación del sector público (regular la facultad de imponer la prohibición de contratar en el sector público) y atribuir nuevas funciones al Departamento de Investigación de Defensa de la Competencia de Andalucía en la detección de prácticas anticompetitivas en la contratación del sector público andaluz (regular la capacidad de requerimiento a los poderes adjudicadores para que faciliten la información y la documentación necesaria)

Por último, se han expuesto los distintos indicadores utilizados para medir la calidad de la regulación económica, y la necesaria evolución de los mismos hacia la construcción de índices mejor ajustados, en los que se incorporen variables objetivas, como es el caso del índice propuesto por MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, RISCOS GÓMEZ y PALMA MARTOS (2020).

RECOMENDACIONES

Como se ha podido comprobar, son numerosas las dificultades a las que se enfrentan tanto las autoridades de competencia, como las propias administraciones contratantes, para detectar, perseguir y, en su caso, sancionar las conductas anticompetitivas practicadas por los operadores económicos en los procedimientos de licitación. Además, desde las propias Administraciones se provocan fuertes restricciones a la competencia, como consecuencia de una inadecuada configuración de los pliegos que han de regir las condiciones de acceso, y del propio procedimiento de licitación. Por ello, consideramos que para mejorar la detección de prácticas anticompetitivas, y fomentar la concurrencia en las licitaciones públicas, se pueden emprender las siguientes acciones:

1. Profesionalización del personal funcionario con destino en los departamentos de contratación, y en las entidades de defensa de la competencia.

Desde la Unión Europea se emitió una recomendación en 2017¹⁴¹, en la que se instaba al desarrollo y aplicación de políticas de profesionalización en los Estados miembros, a fin de aumentar el perfil, influencia, impacto y reputación de la contratación pública en la consecución de objetivos públicos. Ello implica, que el personal de la Administración encargado de la contratación de bienes, servicios y obras, así como los servicios de asesoría jurídica y los órganos de control interno del gasto relacionados con la contratación pública, deben disponer de las cualificaciones, formación y capacidades adecuadas para el desarrollo de dicha actividad, con especial atención a las necesidades formativas en materia de defensa de la competencia. Esta propuesta es perfectamente aplicable al personal de las autoridades de defensa de la competencia. En definitiva, se trata de crear cuerpos¹⁴² específicos para el desempeño de actividades contractuales y de defensa y promoción de la competencia, y desarrollar una estructura de la carrera profesional e incentivos que hagan atractiva la función de la contratación pública y de la defensa de la competencia.

2. Colaboración y coordinación entre instituciones

Establecer programas de trabajos conjuntos entre los organismos encargados de promover y defender la competencia y los que tienen encomendada la regulación y supervisión de la contratación pública, además de con aquellos órganos directivos a los que les corresponden las competencias que atribuye la normativa en materia de políticas estratégicas de contratación pública.

Sería también recomendable, establecer programas de colaboración con la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción¹⁴³, basados en un compromiso de intercambio de información entre ambos entes. En este sentido, cuando la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción considere que se encuentra ante hechos que tengan relación con el ámbito competencial de la ACREA, será necesario que lo notifique, sobre todo cuando perciba comportamientos ilícitos en materia de competencia por parte de operadores del mercado, actuaciones de las administraciones públicas andaluzas que presenten la virtualidad de alterar injustificadamente las condiciones de competencia en el mercado o

¹⁴¹ RECOMENDACIÓN (UE) 2017/1805 DE LA COMISIÓN de 3 de octubre de 2017 sobre la profesionalización de la contratación pública. Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública. Ver en: <https://www.boe.es/doue/2017/259/L00028-00031.pdf> (acceso 30/10/22)

¹⁴² La definición de cuerpo se establece en el artículo 75 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

¹⁴³ Creada por la Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante. Ver en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-11380 (acceso 01/11/22)

bien cuando detecte mercados o sectores de actividad en relación con los que existan elementos indiciarios que no funcionen de forma suficientemente procompetitiva¹⁴⁴.

3. Desarrollo reglamentario del procedimiento regulado en el tercer párrafo, apartado 1 del artículo 150 de la LCSP.

La Disposición final decimosexta de la LCSP establece que “*el tercer párrafo del apartado 1 del artículo 150 entrará en vigor en el momento en que lo haga la disposición reglamentaria a la que se refiere el mismo*”. De esta manera, una de las grandes novedades introducidas en la nueva LCSP, sigue paralizada 4 años después de su entrada en vigor. Por ello, para poder desplegar en plenitud los cambios introducidos en la nueva LCSP que refuerzan el papel de las autoridades de competencia y la implicación de los órganos de contratación a la hora de detectar, perseguir y, en su caso, sancionar las conductas colusorias en contratación pública, se precisa de una regulación del procedimiento sumarísimo. Así, a las recomendaciones realizadas por la CNMC¹⁴⁵ (2018) sobre aspectos a considerar en la futura norma, y a las propuestas realizadas por PALMA MARTOS y LÓPEZ-ESCOBAR ANGUIANO (2020)¹⁴⁶, podemos sugerir la incorporación de los siguientes elementos:

- La posibilidad de crear Comités Técnicos, compuestos por personal de las autoridades de competencia, de organismos de regulación y supervisión de la contratación pública, y de órganos directivos encargados de coordinar la contratación. Estos podrían acometer tareas como: realización de estudios, informes y análisis, aprobación de orientaciones en la elaboración de modelos de pliegos de licitación y de manuales de procedimiento, aprobación de recomendaciones u orientaciones sobre la adopción de herramientas informáticas o digitales, seguimiento del cumplimiento de las propuestas, criterios o recomendaciones elaboradas por el mismo, entre otras.
- Establecer el despacho prioritario de los expedientes de contratación comunicados a las autoridades de competencia ante la existencia de indicios fundados de conductas colusorias en un procedimiento de contratación.
- Facultar a la persona titular del órgano competente en materia de personal de las autoridades de competencia, para adoptar las acciones necesarias para la reorganización, nombramiento y contratación de personal, en orden a poder agilizar la gestión de los expedientes relacionados con la contratación pública.

4. Acceso a herramientas de BIG DATA. Aplicación de Inteligencia Artificial.

La economía del dato¹⁴⁷ y la transformación digital están introduciendo cambios sustanciales en el funcionamiento de los mercados, fundamentalmente por la irrupción de la Inteligencia Artificial. Así, por ejemplo, la fijación dinámica del precio de los vuelos, de la tarifa del servicio de alquiler de

¹⁴⁴ Sirva de referencia el protocolo de colaboración entre la L’Autoritat Catalana de la Competència (ACCO) i l’Oficina Antifrau de Catalunya (OAC), firmado en agosto de 2022. Ver en: http://acco.gencat.cat/ca/detall/noticia/20220907_protocol_colaboracio_oac_accu_not (acceso 01/11/22)

¹⁴⁵ Ver en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/2216888_1.pdf (acceso 31/10/22)

¹⁴⁶ Ver páginas 45 y 46 en: <https://www.mincotur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/415/PALMA%20MARTOS%20Y%20LO%CC%81PEZ-ESCOBAR.pdf> (acceso 31/10/22).

¹⁴⁷ Ver definición de Economía del Dato propuesta por: PÉREZ-GONZÁLEZ D., SOLANA-GONZÁLEZ P. y TRIGUEROS-PRECIADO S. (2018) Economía del dato y transformación digital en pymes industriales: retos y oportunidades. Ver en: <https://www.mincotur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/409/P%CC%89-REZ.%20SOLANA%20Y%20TRIGUEROS.pdf> (acceso 11/10/22)

coche con conductor, o la personalización de la publicidad en nuestros dispositivos, se realizan con inteligencia artificial. Estos cambios generan nuevos retos para la defensa de la competencia, y obliga a los Organismos encargados de velar por la misma, a establecer mecanismos de adaptación. Entendemos que podría ayudar a mejorar el desempeño de las funciones desarrolladas por los entes de defensa de la competencia en lo relativo a la contratación pública la introducción de los siguientes aspectos:

- *Incorporación de Inteligencia Artificial (IA)*¹⁴⁸: Siguiendo las propuestas realizadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y la Autoritat Catalana de la Competència¹⁴⁹ (“CNMC” y “ACCO”, respectivamente) en una aportación conjunta, sería conveniente:
- La adaptación de la normativa de forma que las autoridades de competencia puedan hacer uso de la IA, a fin de tener acceso a la información necesaria para controlar el comportamiento de las empresas de manera efectiva y detectar comportamientos anticompetitivos de oficio. Según el informe, entre esta información se encontraría *“aquella que poseen las AAPP, como puede ser la relativa a contratación pública, ámbito especialmente afectado por conductas colusorias, pero también información relativa a las empresas, que permita monitorizar su comportamiento, en particular en términos de precios, (como por ejemplo los datos recabados a través de las cookies) e incluso información acerca de los usuarios (con el fin de poder determinar por ejemplo si son objeto de discriminaciones)”*
- *“Poder supervisar el código del algoritmo empleado y acceder a la información disponible en soporte informático o electrónico, a las bases de datos, aplicaciones, servicios informáticos, plataformas digitales e interfaces de programación de aplicaciones en el marco de una investigación”*.
- Adaptación de las herramientas disponibles por las autoridades para controlar el uso de la IA e identificar prácticas anticompetitivas como la colusión a través de algoritmos.
- Mayor permeabilidad de las autoridades de competencia para adquirir conocimientos sobre el funcionamiento de los sistemas de IA con (i) otros organismos o administraciones públicas que estén haciendo uso de estas herramientas, (ii) centros de investigación y universidades, y (iii) autoridades de protección de datos para poder obtener conocimiento externo sobre el uso de IA. En este sentido, proponen la cooperación con estos organismos para crear sinergias y que surjan nuevas ideas y aplicaciones para las técnicas de IA.

5. Imposición de la prohibición de contratar conforme a los artículos 71 y 72 de la LCSP.

Establece el artículo 71.1.b) de la LCSP que no podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3, quienes hayan *“sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia profesional que ponga en entredicho su integridad, de disciplina de mercado, de falseamiento de la competencia, (...)”*. Por su parte, el primer párrafo del artículo 72.5 de la LCSP señala que, en los casos como el de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia, en los que sea necesaria una declaración previa sobre la concurrencia de la prohibición, el alcance y duración de esta se determinarán *“siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se*

¹⁴⁸ El 19 de febrero de 2020, la Comisión Europea publicó el Libro blanco sobre la IA. Ver en: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf (acceso 11/10/22)

¹⁴⁹ Ver en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Notas%20de%20prensa/2020/CONTRIBUCI%C3%93N%20IA%20Y%20COMPETENCIA%20CNMC%20ACCO.pdf (acceso 11/10/22)

establezca”. Lo cual conduce al vigente Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, Reglamento de Contratos Públicos), que en su artículo 19.1 establece el procedimiento para la declaración de la prohibición de contratar, señalando que “*corresponde a los órganos de contratación la iniciación del procedimiento para la declaración de la prohibición de contratar en los supuestos en que los hechos que la motivan se pongan de manifiesto con ocasión de la tramitación de un expediente de contratación. En los restantes supuestos corresponde la iniciación a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa o a los órganos que correspondan de las Comunidades Autónomas*”. Es decir, que la autoridad de competencia ha de poner a disposición de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa o de los órganos que correspondan de las Comunidades Autónomas, los medios para realizar una primera aplicación del principio de proporcionalidad en relación con el elemento de culpabilidad en la conducta y con la entidad del daño causado a los intereses públicos. Esta primera aplicación del principio de proporcionalidad se manifestaría a través de la duración y alcance. Este procedimiento podría no ser el más adecuado, toda vez que siendo la competencia en los mercados el interés público dañado, la proporcionalidad sería mejor valorada por la autoridad de competencia (CARRILLO PARRA, 2019; 311)¹⁵⁰.

En este sentido se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC) en relación a la prohibición de contratar que L’Autoritat Catalana de la Competència impuso a las empresas Adasa Sistemas, SAU y MCV, S.A. Las recientes sentencias del TSJC ratifican, no solo la ilegalidad de la conducta, sino también que la ACCO tiene plena competencia tanto para imponer la prohibición de contratar con las administraciones públicas como para determinar su alcance y duración. De hecho, el TSJC establece que la ACCO “*es la mejor situada para valorar de manera conjunta la globalidad de las medidas de gravamen y sanción que pueden adoptarse ante los hechos acreditados y la que está en mejor posición para ponderar las consecuencias jurídicas en el mercado de las conductas sancionadas*”¹⁵¹

6. Publicidad Institucional y difusión en las redes sociales.

Recomendable sería también el lanzamiento de campañas publicitarias en las que se dieran a conocer al público general las funciones de promoción y defensa de la competencia que desarrolla la ACREA, y los canales de comunicación disponibles para denunciar la existencia de comportamientos ilícitos en materia de competencia. En relación con dichos canales de comunicación, y más concretamente con el “*buzón de denuncias*” de la ACREA, entendemos que se incentivaría las comunicaciones y denuncias ciudadanas, si tuviera el carácter anónimo, como es caso del la CNMC y ACCO.

Asimismo, sería sugestivo dinamizar la presencia a la ACREA en las redes sociales de mayor seguimiento, dado que por ejemplo en Twitter cuenta con 729 seguidores y la última noticia publicada es de junio de 2019, y en Facebook sólo cuenta con 261 seguidores y la última noticia publicada también es de junio de 2019¹⁵².

¹⁵⁰ Ver en: <https://anuariocompetencia.fundacionico.es/files/original/97174f79b29d1fa06544afb1312878406007144c.pdf> (acceso 01/11/22)

¹⁵¹ Noticia publicada en la web de L’Autoritat Catalana de la Competència. Ver en: http://acco.gencat.cat/ca/detall/article/20221017_ndp-definitiva-prohibicio-contractar-00001 (acceso 01/11/22). A fecha de cierre del presente trabajo, sigue sin darse publicidad de la mencionada sentencia en la web del Consejo General del Poder Judicial, por lo que no hemos podido acceder a su contenido.

¹⁵² Datos disponibles a fecha del 01/11/22.

A la vista de todo lo anterior, resulta evidente el gran avance de las políticas de competencia, y el incremento de las relaciones entre las autoridades de competencia y los órganos de contratación. No obstante, creemos que es necesario avanzar hacia una estructura administrativa que permita agilizar dichas relaciones y reglamentar los procedimientos y protocolos de actuación. Así mismo, resulta imprescindible dotar de mayores recursos a las autoridades de competencia y darles acceso a las nuevas herramientas de procesamiento de grandes datos.

BIBLIOGRAFÍA¹⁵³

ÁVILA ORIVE, J.L. (2015). “Principios Generales De Los Contratos Administrativos: La Ley 13/1995, De 18 De Mayo”. *Estudios De Deusto* 43 (2), 53-69

BERNARDOS SEN E. (2019). Trabajo Fin de Grado: “El abuso de posición de dominio en el Derecho comunitario: caso Google”. Repositorio de la Universidad de Valladolid.

BOQUERA OLIVER, J. M. (1999), “Los contratos de la Administración desde 1950 a hoy”, *Revista de Administración Pública*, número 150, pág. 13-32

BUCCIROSSI, P., CIARI, L., DUSO, T., SPAGNOLO, G., & VITALE, C. (2013). “Competition policy and productivity growth: An empirical assessment”. *Review of Economics and Statistics* 95 (4), 1324-1336.

CANALES GIL A. y HUERTA BARAJAS J.A. (2018). “Comentarios a la Ley 9/2017 de contratos del sector público”. *Comentarios a la Ley 9/2017, de contratos del sector público*. Biblioteca Jurídica Digital. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. ISBN 978-84-340-2484-7.

CARRILLO PARRA A. (2019). “El papel de la CNMC en la prohibición de contratar por falseamiento de competencia”. *Fundación ICO. Anuario de Competencia año 2019*, pág 299-316.

DE TORO SÁNCHEZ C. (2022). Trabajo Fin de Grado: “Revisión judicial de las resoluciones en materia de defensa de la competencia del consejo de la competencia de Andalucía (2008 - 2022)”.

ENTRENA CUESTA, Rafael (1957), “Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la administración”, *Revista de Administración Pública*, Número 24, pág. 39-74.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1963), “La figura del contrato administrativo”, *Revista de Administración Pública*, número 41, pág. 99-128

GARCÍA HIDALGO J.L. (2013) Tesis Doctoral: “La contribución de la Unión Europea a la configuración de un marco global para la política de competencia”. Cátedra de Política de Competencia y Mejora de la Regulación de la Universidad de Sevilla.

GIMENO FELIU J.M. (2020) “La visión estratégica en la contratación pública en la lcspp: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad”. *Revista de Economía Industrial*. Número 415. Pág. 90-97.

GIRALDES GUTIÉRREZ, L. S., (2014) “La evolución histórica del contrato administrativo. Una reflexión sobre la situación actual de la figura y sus perspectivas de futuro desde sus bases institucionales”, *Revista General de Derecho Administrativo*, Número 36.

GUTIÉRREZ I. y PADILLA J. (2006). “Una racionalización económica del concepto de posición de dominio”. *Fundación Rafael del Pino Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S. A.* ISBN: 9788497683203. pág 15-19

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ I., RISCOS GÓMEZ J.F. y PALMA MARTOS L. (2020). “Evaluación de la regulación en Andalucía a través del índice de calidad de la regulación (icr)”. *Estudios de economía aplicada*, ISSN 1133-3197, ISSN-e 1697-5731, Vol. 38, N° 1, 2020

MARTÍN RETORTILLO, S. (1959), “La institución contractual en el derecho administrativo: en torno al problema de la igualdad de las partes”, *Revista de Administración Pública*, número 29, pág. 59-102

¹⁵³ Las Fuentes documentales no se recogen en una sección aparte, dado que las citas y enlaces a las mismas se han incorporado a lo largo de todo el trabajo.

- MENDOZA JIMENEZ J. (2021). Tesis Doctoral “La contratación pública responsable: una propuesta para su implementación. Universidad de la Laguna. ProQuest Dissertations Publishing. 28945802.
- MORENO MOLINA, J. A. (2008). “La nueva ley de contratos del sector público: principales novedades y aspectos problemáticos”. Revista jurídica de Castilla - La Mancha, ISSN 0213-9995, ISSN 0213-9995, N° 44, págs. 147-174
- ORDÓÑEZ DE HARO, J. M. (2009). “Aspectos económicos del funcionamiento competitivo de los mercados. Vol I”. Sevilla: ACREA.
- PALMA MARTOS, L. y LÓPEZ-ESCOBAR ANGUIANO A. (2020) “El nuevo rol de las autoridades de competencia en la ley 9/2017, de contratos del sector público”. Economía industrial, ISSN 0422-2784, N° 415, 2020, págs. 37-48
- PÉREZ-GONZÁLEZ D., SOLANA-GONZÁLEZ P. y TRIGUEROS-PRECIADO S. (2018) “Economía del dato y transformación digital en pymes industriales: retos y oportunidades”. Revista de Economía Industrial, n° 409. pp 37-45
- SANTIAGO FERNÁNDEZ M.J. (2019). Entrevista publicada en la Revista de Estudios locales, número 225.
- STIGLITZ, J. E. (2000). “La economía del sector público”, 3ª Edición. Antoni Bosch editor.
- VILLAREJO GALENDE H. y CALONGE VELÁZQUEZ A, (2018). “Las principales novedades de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”. Revista jurídica de Castilla y León, ISSN 1696-6759, N°. 46, págs. 7-64
- VILLAR Y ROMERO, J.M. (1965). “El Tribunal de Defensa de la Competencia: Jurisdicción y Procedimiento”. Revista de Administración Pública, n° 47, pp. 375-396.