



upcomillas *es*



upcomillas *es*

**2ª Conferencia Luso – Española
de Derecho de la Competencia**
**La contratación pública y el
derecho de la competencia**
Comentarios a la Guía de la CNC
Prof. Dr. Albert Sánchez Graells
30 de junio de 2011

Agenda



- Realizar una evaluación crítica de la *Guía sobre contratación pública y competencia* publicada por la CNC
 - Limitada a las recomendaciones sobre restricciones públicas a la competencia en mercados sobre contratación pública
 - Con el objetivo de indicar áreas que pueden merecer mayor atención por su trascendencia práctica (y qué recomendaciones pueden ser “exportables”)

Introducción



El 7/2/2011, la CNC publicó la *Guía sobre contratación pública y competencia*

- Objetivo: fomento y promoción de la **competencia efectiva en los procedimientos de contratación pública**, en beneficio de las AAPP contratantes y de los ciudadanos
- Instrumento: serie de recomendaciones prácticas, que se centran en restricciones a la competencia y que pretenden servir de guía para las administraciones públicas
 - Buena acogida por el **Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales**, que la aplica en varias de sus resoluciones recientes



Consideraciones generales



- La *Guía* debe ser bienvenida, por varias razones
 - Pone el foco en un sector de **gran relevancia económica**
 - Se **alinea con esfuerzos similares de otras autoridades** nacionales de competencia y, destacadamente de la OFT, y con esfuerzos parecidos de organizaciones como la OCDE
 - Está también en **sintonía con los esfuerzos de la Comisión Europea** en la actual revisión de las normas comunitarias de contratación pública—que prevé la **posible introducción mecanismos (opt-in) de promoción** de la competencia



Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy—Towards a more efficient European Procurement Market: Synthesis of replies, 24/6/2011, p. 14

Consideraciones generales



- Además, desde un punto de vista analítico, la *Guía diferencia adecuadamente entre restricciones de origen privado y de origen público* a la competencia en la contratación pública
 - **Restricciones de origen privado (*bid rigging*):**
 - La *Guía* es claramente deudora de las *Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement* de la OCDE (2009)
 - Hay que conjugarla con la *Guía para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública* de la ACCO (2010)
 - **Restricciones de origen público:** la CNC realiza recomendaciones novedosas que serán el objeto fundamental de este análisis crítico de la Guía

Consideraciones generales



- Sin perjuicio de lo anterior, la *Guía* debe ser criticada, también por varias razones
 - En particular, por la **poca relevancia dada al *acquis* de jurisprudencia comunitaria** en la materia (sólo se cita 1 de varias decenas de resoluciones relevantes) y la **completa omisión de la jurisprudencia nacional** del TS y la AN
 - Por la **omisión de cualquier consideración relativa al sistema de recursos** en materia de contratación pública
 - Por la tímida y potencialmente confusa orientación sobre el **ejercicio de las competencias de impugnación directa en vía contencioso-administrativa** (art. 12.3 LDC)

Consideraciones particulares



- Siguiendo la estructura de la *Guía*, conviene analizar con mayor detalle algunos **grupos de recomendaciones**, relativas a
 - Diseño de la licitación
 - Requisitos de participación
 - Valoración de ofertas y adjudicación de contratos
 - Cumplimiento, renegociación y eventual segunda licitación de los contratos
 - [Sistema de recursos]

Diseño de la licitación



- Con carácter previo al diseño de la licitación, la CNC realiza consideraciones acerca de una **eventual exigencia de recurso al mercado en todo caso**
 - Se critica el uso de convenios de colaboración inter-administrativa y el recurso a medios técnicos propios
 - Es necesario coherenciar esta aproximación con la jurisprudencia del TJUE en materia de convenios administrativos y de autoaprovisionamiento (*o in-house provision*)
 - Sería deseable una recomendación basada en **un análisis funcional del impacto del convenio o la encomienda en el mercado** y, en todo caso, fomentar un mayor conocimiento del mercado por la administración contratante

Diseño de la licitación



- Ya en relación con el diseño de la licitación, la CNC fundamentalmente se limita a reiterar el régimen legal, que **impone con carácter general el uso del procedimiento abierto o restringido** (art 122 LCSP)
- Adicionalmente, algunas de las recomendaciones habrían merecido un **análisis más detallado** o alguna propuesta de reforma legal
 - Por ejemplo, la recomendación de que en un procedimiento negociado (o restringido), en cualquier momento tras la elección de candidatos, se admita la participación de empresas que no hubieran manifestado interés (pág. 11)

Diseño de la licitación



- Por otra parte, se echan de menos **recomendaciones orientadas a evitar situaciones comunes de elusión de procedimientos competitivos**, como
 - Recomendaciones orientadas a evitar el **fraccionamiento artificial del objeto del contrato**
 - Recomendaciones relativas al **diálogo competitivo**
 - Recomendaciones adicionales en relación con los **acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición**

Diseño de la licitación



- Por último, en relación con la **agregación de poder de compra**—especialmente a través de las centrales de compra o convenios interadministrativos—se echan de menos **recomendaciones orientadas a evitar el abuso del (cuasi)monopsonio** que se produce en algunos mercados
 - Particularmente, en materia de:
 - 1. extracción de condiciones excesivamente beneficiosas** análogas al abuso de la dependencia económica (*supplier squeezing*) tan perseguido en otros ámbitos, y
 - 2. adecuada protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial** de los proveedores públicos

Requisitos de participación



- La *Guía* de la CNC contiene recomendaciones orientadas a **favorecer al máximo la participación** (minimizando los requisitos de acceso a la licitación), **difiriendo el control efectivo de idoneidad a la evaluación de ofertas y adjudicación del contrato**
 - Esta aproximación debe compartirse, pero plantea algún problema en relación con la jurisprudencia del TJUE, que exige una separación absoluta de criterios de selección y adjudicación
 - No obstante, es un ámbito en el que el último *Libro verde de la Comisión* se detiene y que, probablemente, sea objeto de próxima reforma

Requisitos de participación



- Sin perjuicio de lo anterior, se echan de menos algunas **recomendaciones adicionales orientadas a facilitar el acceso a la licitación**, como
 - **Publicación on-line y gratuita de toda la documentación** reguladora del concurso, **sin cobro de tasas administrativas** de participación o documentación (más propias de concursos internacionales o especialmente complejos)
 - Reducción o supresión de las **garantías provisionales** (conforme al art 91 LCSP, que impone una aproximación restrictiva)

Requisitos de participación



- Por otra parte, hay **recomendaciones cuestionables**:
 - Uniformización de requisitos de acceso a la licitación (pág. 14), que puede limitar la “innovación administrativa”
 - Tratamiento de los requisitos técnicos y económicos (pág. 15-6) que podría orientarse en mayor medida a enfatizar las obligaciones de:
 - 1) **neutralidad técnica y tecnológica de los pliegos** (especialmente, el de prescripciones técnicas),
 - 2) la imposición de **requisitos excesivos** (*gold plating*), que no es sólo un problema de coste,
 - 3) la exigencia de **certificaciones de calidad**, o
 - 4) Neutralidad en la exigencia de **requisitos de experiencia previa** (o *past performance*)

Requisitos de participación



- Por último, **la Guía no tiene en cuenta cuestiones importantes** (o sólo las menciona tangencialmente):
 - Establecimiento de **registros de contratistas o de listas de contratistas** (especialmente en los sectores “excluidos”)
 - Regulación de la **participación conjunta o en consorcio** (más allá de la recomendación sobre UTEs de 2008)
 - Regulación de la **participación múltiple** de un mismo licitador o de varios licitadores vinculados entre sí
 - **División del objeto contractual** en lotes y posibilidades de licitación (parcial) por grupos de lotes, o de presentación de ofertas condicionadas en función de los lotes adjudicados
 - Imposición de **requisitos de subcontratación**

Valoración de ofertas y adjudicación de contratos



- Algunas de las recomendaciones de la *Guía* en materia de criterios de adjudicación están demasiado centradas en el precio o podrían resultar contrarias a la jurisprudencia comunitaria
 - **¿Obsesión por el precio?** La *Guía* no parece tener en cuenta suficientemente que el sistema de las Directivas comunitarias y la LCSP se basa en la elección de la *oferta económicamente más ventajosa* (MEAT) y que el criterio del precio más bajo es residual o supletorio (art 134.1 LCSP)
 - La **jurisprudencia comunitaria es claramente contraria a las recomendaciones de la *Guía*** sobre preferencia del criterio precio y sobre la ponderación primordial del precio cuando se tenga en cuenta junto con otros factores (pág. 18)

Valoración de ofertas y adjudicación de contratos



- Adicionalmente, se deberían haber incluido **recomendaciones sobre otros aspectos fundamentales en la valoración de ofertas**, como:
 - **Tratamiento de ofertas que no cumplan la totalidad** de los requisitos contenidos en los pliegos
 - Criterios de evaluación de **ofertas variantes o de mejoras**
 - Eventual **imposición de restricciones o condiciones a la adjudicación** en función de criterios ajenos al procedimiento
 - Tratamiento de **ofertas poco precisas y su (re)negociación**
 - Tratamiento de los **costes de cambio** (*switching costs*), asimilables a los derechos de preferencia del incumbente
 - **Cancelación** de la licitación

Cumplimiento, renegociación y 2ª licitación de contratos



- La *Guía* realiza consideraciones generales sobre las medidas que deben adoptar las administraciones contratantes si realizan alguna **modificación durante la licitación** que deben compartirse...
- ... pero que podrían reconducirse fácilmente al ***principio de administración diligente reconocido en la jurisprudencia comunitaria***

Cumplimiento, renegociación y 2ª licitación de contratos



- Por otra parte, la *Guía* se preocupa de los **modificados como foco de distorsión competitiva** y anticipa la reforma de este régimen, posteriormente llevada a cabo por la Ley de Economía Sostenible
- También acierta la *Guía* al **recomendar el establecimiento de sistemas de evaluación / control plurianual** de la actuación de las administraciones contratantes y de los licitadores (págs. 26 y 27)
 - Que son deseables no sólo en esta materia, sino con carácter general, para comprobar el grado de cumplimiento de la normativa y el posible abuso de mecanismos excepcionales

Cumplimiento, renegociación y 2ª licitación de contratos



- Sin embargo, algunas de las recomendaciones específicas pueden resultar todavía **demasiado permisivas o, incluso, naïve**
 - “*en cada pliego, junto con las condiciones esenciales del contrato, figuren expresamente los elementos en los que se permitiría la modificación posterior del mismo en caso de sobrevenir circunstancias imprevisibles, con objeto de tasar las causas de modificación (sic) y, con ello, reducir el riesgo de modificaciones injustificadas*” (Guía, pág. 26, énfasis añadido)
 - Es dudoso que sea posible y, en definitiva, **promueve la inclusión de “cláusulas paraguas”** que soslayan el carácter restrictivo de la recomendación

Cumplimiento, renegociación y 2ª licitación de contratos



- Sin embargo, algunas de las recomendaciones específicas pueden resultar todavía **demasiado permisivas o, incluso, naïve**
 - “[d]ebe evitarse (sic) incluir en la modificación nuevas prestaciones que no son directamente imputables al surgimiento de la circunstancia imprevisible que la ha motivado” (pág. 26)
 - Esta recomendación resulta excesivamente laxa al dar apariencia de legitimidad a una práctica que, en sí misma, **supone una contravención manifiesta de la normativa** de contratación pública

Sistema de recursos



- Por último, como se ha anticipado, la *Guía* adolece de la clara insuficiencia derivada de la **omisión del sistema de recursos y de la política o criterios de actuación de la CNC** en este campo
 - Explorar las **vías por las que las autoridades de defensa de la competencia pueden adoptar un rol más (pro)activo** para coadyuvar a un control efectivo de las restricciones de origen público a la competencia en la licitación de contratos (viejo debate, ya recordado con ocasión de la reforma de la LDC1989, especialmente por Berasategi y, recientemente, por Díez Estella)
 - Desarrollo de una **política expresa de ejercicio o no de acciones de impugnación** del procedimiento de licitación o de la adjudicación en vía jurisdiccional (art 12.3 LDC)



Conclusiones



- La Guía publicada por la CNC, **pese a ser una interesante iniciativa de promoción** de la competencia en un área de actividad económica de gran relevancia, **desaprovecha (o aprovecha sólo limitada y parcialmente) la oportunidad de establecer un marco completo de recomendaciones (una verdadera *policy*) en la materia**
- Sería bueno que, sobre la base de este primer esfuerzo de promoción, la CNC siguiera trabajando en este área y elaborase una **segunda versión de la guía más completa, o una nueva guía**

Para más detalles



- asanchezgraells@der.upcomillas.es
- Sánchez Graells, A. (2011): “Una visión crítica de la Guía sobre contratación pública y competencia publicada por la CNC”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, Nº 2, 2011, pp. 25-31.
- Sánchez Graells, A. (2011): *Public Procurement and the EU Rules*, Oxford: Hart Publishing.

