

Municipios y competencia:

“El impacto de las actuaciones públicas municipales sobre la competencia”

La prórroga de las concesiones de los servicios públicos

La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) en colaboración con las Autoridades de Competencia Autonómicas desarrollan el proyecto “Municipios y competencia” basado en la confección de colecciones de “historias” que analizan las situaciones de competencia surgidas en diferentes sectores y ámbitos de actuación municipal.

La CNMC y las distintas autoridades autonómicas han abordado o abordarán bajo este formato aspectos tan relevantes como las redes de telecomunicaciones, movilidad urbana, concesiones administrativas, contratos menores o servicios funerarios entre otros.

Desde la Comisión Gallega de la Competencia (CGC) se participa en el proyecto “Municipios y competencia”. El impacto de las actuaciones públicas municipales sobre la competencia” analizando las distintas realidades que rodean las concesiones de los servicios públicos y en concreto las prórrogas de los contratos de las concesiones de servicios públicos (Abastecimiento/tratamientos de aguas, Residuos sólidos urbanos y transporte).

Este documento de trabajo contiene un análisis somero de las prácticas de las siete ciudades gallegas, no analizando sectores o instituciones, sino dinámicas y prácticas reflexionando desde el punto de vista de la competencia la relación de esta con la intervención pública municipal, conteniendo e identificando recomendaciones o indicaciones que puedan resultar de utilidad. Se considera documento “de trabajo” porque no supone ni sustituye a los informes realizados por la autoridad en el marco de sus funciones y no supondrá toma de posición por parte de su Pleno.

1. MARCO REGULATORIO

Los contratos se rigen, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por el establecido en el propio contrato y en el Pliego de cláusulas administrativas particulares, así como por la legislación vigente en el momento en que fueron celebrados (disposición transitoria primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos do sector público (LCSP)

El régimen que nos ocupa se rige, principalmente, por las siguientes normas:

- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos do sector público (LCSP).
- Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL).
- Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.
- Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

El escenario por analizar resulta de la vigente normativa de contratación pública que prevé la posibilidad de prorrogar el contrato. Así, si bien la condiciona a la concurrencia de las siguientes circunstancias:

1. La no formalización en plazo del nuevo contrato deberá ser consecuencia de incidencias derivadas de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación, producidas a lo largo del procedimiento de adjudicación.
2. Que existan razones de interés público para no interrumpir la prestación objeto del contrato.
3. Que el anuncio de licitación del nuevo contrato fuera publicado por lo menos tres meses antes de la fecha de finalización del contrato original.

De concurrir estos requisitos, se permite ampliar el contrato en vigor condicionando al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- El contrato original se puede ampliar hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y, en todo caso, durante un período máximo de nueve meses.
- No deberán modificarse las restantes condiciones del contrato.

En origen, la cuestión suscitada deviene de la necesidad de garantizar la continuidad en la prestación de un servicio público, en este caso de prestación obligatoria por parte de las entidades locales, y, ante la inminencia de la finalización del plazo contractual sin haberse formalizado el nuevo contrato, se hace necesario adoptar una medida que garantice la continuidad en la prestación del servicio.

En cualquier caso, sí es preciso destacar que habrá que tener en cuenta, una vez determinado el objeto del contrato y su naturaleza jurídica, que como contrato de gestión de servicios públicos, es importante determinar la normativa aplicable por razón de la fecha de su adjudicación, razón no baladí en los expedientes y contratos objeto de informe, toda vez que las concesiones de los servicios públicos de transporte, gestión de residuos o abastecimiento/gestión del agua, suelen concederse por períodos largos y anteriores a la entrada en vigor de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos do sector público (LCSP).

Ello es así porque en principio, la duración máxima de la concesión no podrá ir más allá del tiempo que “se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos” (art. 18 Directiva 2014/23 y 29 LCSP).

Esta declaración debería entenderse como la prohibición de plazos concesionales excesivamente amplios en la medida que implican un cierre de mercado y una restricción de la competencia.

También es posible, según aclara la Directiva, adjudicar concesiones fijando para ello incluso un plazo menor (al necesario para recuperar inversiones y un rendimiento del capital invertido) a condición de que la compensación que en su caso se acuerde no elimine el riesgo operacional.

Así, emergen en esta temática conceptos como riesgo operacional vinculado estrechamente a que el plazo concesional no es un elemento que se pueda fijar de forma independiente dentro

del clausulado del contrato, sino que debe ser coherente con la configuración del riesgo operacional.

Esto es, debe configurarse en atención al volumen de inversión, costes de explotación, beneficio del concesionario y prolongarse de forma que la obra o el servicio se preste con los niveles de calidad y precio adecuado para los usuarios.

Además, se establece un especial deber de justificación de la duración de la concesión lo que implica que no basta con señalar un determinado plazo (exigencia meramente formal) sino que debe acreditarse mediante elementos de juicio suficientes (volumen de inversión, tasa interna de retorno, etc.) el cálculo que se haya efectuado para su fijación.

2. EL ESCENARIO

Desde la Comisión Gallega de la Competencia (CGC) se decidió analizar, desde un prisma básico, la situación en los siete principales ayuntamientos de la región, estableciendo el criterio de revisar, en cada uno de ellos, el momento en el que se encuentran los contratos de las concesiones de servicios públicos de abastecimiento/tratamientos de aguas, residuos sólidos urbanos y transporte urbano de viajeros, resultando así la observación de los veintiún (21) servicios resultantes con las siguientes aproximaciones:

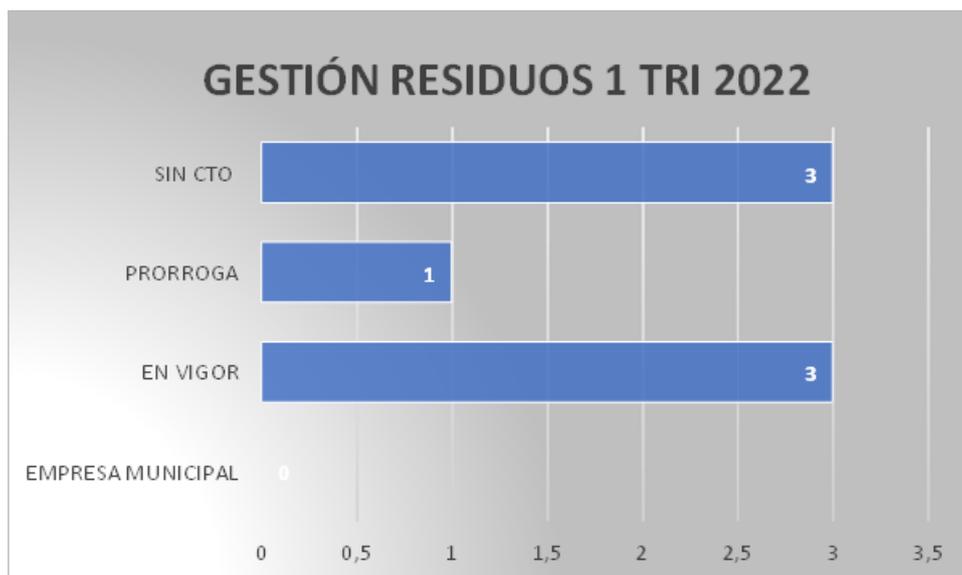


A continuación, se desglosa por concesión los datos conocidos; así, se muestra tabla en relación con la gestión del servicio del abastecimiento del agua en los siete municipios, la de gestión de residuos sólidos urbanos y el transporte urbano de viajeros.

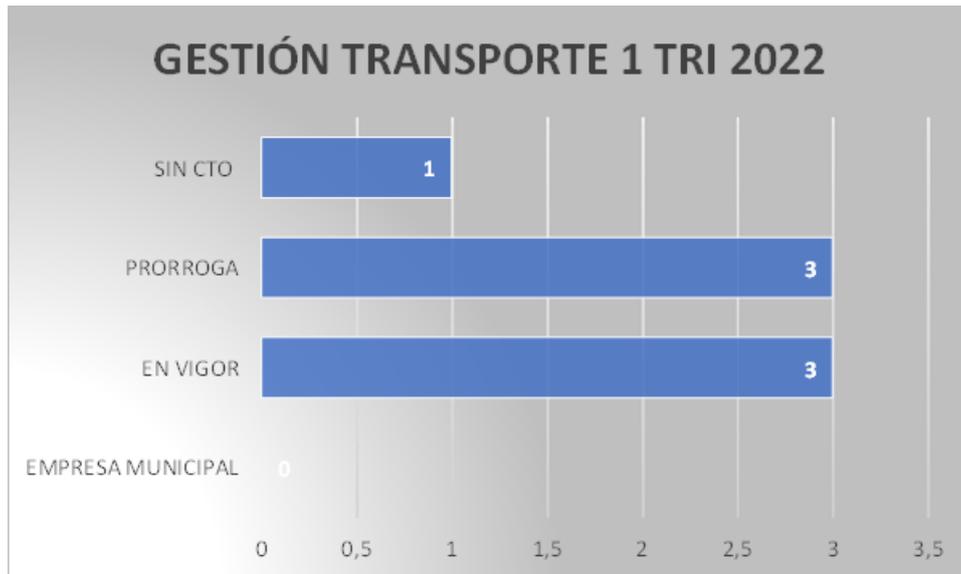
En todo ellos, de manera individual o de forma conjunta se observa la preponderancia de situaciones en las cuales las concesiones de los servicios públicos o se encuentran sin contrato en vigor, normalmente por la finalización de los contratos, o en período de prórroga, y en los casos en los cuales se encuentran en vigor, las circunstancias suelen coincidir con la reciente adjudicación.



Se ha detectado en el servicio de gestión y abastecimiento del agua la elección de la figura de empresa pública municipal en dos casos. La Empresa Municipal es una sociedad anónima de propiedad municipal que gestiona de forma directa el ciclo integral del agua.



Las situaciones en las cuales no existe contrato para la prestación del servicio público que se realiza de manera indirecta y a través de una anterior concesión, se sigue prestando el servicio en la mayoría de los casos mediante “ordenes de continuidad”, situación irregular que se motivan por una serie de factores que a continuación se detallan.



Del análisis en su conjunto, se observa cierta disfuncionalidad en relación con distintos criterios y procesos de adjudicación, motivados, principalmente, por los siguientes factores:

1. Se tratan de licitaciones de larga duración y de cuantías generalmente elevadas.
2. La duración en el tiempo del contrato, más que resultar una ventaja, se convierte en muchos casos en un inconveniente provocado por la necesidad de actualizar técnicas y tecnologías, procesos y procedimientos acordes al mercado y a la prestación de un adecuado servicio.
3. Indirectamente, la cuestión anteriormente descrita conlleva la necesidad de prorrogar las concesiones y trabajar con órdenes de continuidad ante la finalización del tiempo prorrogado.
4. Normalmente se tratan de pliegos muy complejos que requieren de un conocimiento especializado desde el primer momento de su elaboración.
5. Se echa en falta cierta previsión y planificación de los servicios próximos a concluir.
6. Falta de planificación que suele obviar la oportuna o recomendable consulta a mercados.
7. Igualmente suele adolecerse del informe a la autoridad de competencia en expediente en trámite.
8. El estado de la técnica, así como la actualización de las tecnologías suelen retardar los procesos de licitación, al desconocer los técnicos municipales el estado de las mismas, recurriendo a especialistas externos para la propia elaboración de pliegos, resultando dicha circunstancia una “red flag” o vulnerabilidad del riesgo en relación con posibles colusiones, informaciones privilegiadas o menoscabo de la

competitividad motivada, entre otras, por la falta de transparencia y conocimiento de los tiempos de gestión.

9. Los requisitos asociados al estado de la tecnología suelen requerir y obligar a los licitadores que compiten, a constituirse en UTE's para hacer frente a requisitos y condiciones de los pliegos.

2.1. Consideraciones generales

Es de interés destacar que las cuestiones que aquí se puedan plantear, relacionadas con la duración, prórroga y modificación del contrato, deben analizarse primeramente a la luz del Pliego de Condiciones Jurídicas, Económicas y Administrativas que regula la adjudicación directa de concesión de explotación del servicio municipal¹.

Este documento es el que rige el contrato y define su objeto, por remisión al artículo 114 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, a cuyo tenor “Los servicios de competencia de las Entidades locales podrán prestarse mediante concesión administrativa (...)

Los artículos 29.4 y 288.a) de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, pretenden dar solución a la continuación de la prestación de los contratos de servicios de gestión pública retomando la figura de la obsoleta prórroga «tácita»², es decir, la continuación de la prestación por el contratista del servicio hasta que se formalice el nuevo contrato y comience la ejecución, en todo caso por un período máximo de nueve meses.

Desde el punto de vista de la competencia, aspecto que posteriormente se analizará, de cara a la prestación del servicio cuando finalice la actual concesión, es recomendable, además de plantear una licitación competitiva al objeto de adjudicar el servicio a un solo operador, analizar

¹ Puede suscitar algún problema los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la actual ley de contratos, cuestión resuelta en virtud de lo dispuesto en la Disp. Trans. 1ª de la 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 -LCSP 2017-, que establece que:

“Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.”

² Informe nº 58/04, de fecha de 12 de noviembre de 2004 de la Junta Consultiva de Contratación administrativa:

«Es cierto que la cláusula 32 del pliego establece un sistema de prórrogas tácitas por períodos de cinco años, hasta un máximo de cincuenta años, pero en este punto procede remitirse a la doctrina de esta Junta reflejada en los informes de 7 de junio y 9 de julio de 2004 (expedientes 24/04 y 35/04) y en tres de esta misma fecha (expedientes 47/04, 50/04 y 55/04) expuesta en el sentido de que a partir de la entrada en vigor de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, que da nueva redacción al artículo 67.1 de la ley 13/1995, de 18 de mayo, las prórrogas tácitas, admisibles conforme a la legislación anterior, deben ser rechazadas, una vez entrada en vigor la nueva redacción del citado artículo 67.1, al resultar un contrasentido —se afirma en el informe de 8 de julio de 2004— que un contrato celebrado con anterioridad a su entrada en vigor pudiese continuar produciendo sus efectos indefinidamente en virtud de prórrogas tácitas. Además, la prórroga del contrato es una renovación del mismo por un nuevo período, por lo que debe considerarse nuevo contrato, lo que impone que, al producirse durante la vigencia del actual artículo 67.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el consentimiento contractual que la prórroga implica haya de ser necesariamente expreso».

si hay alternativas más eficientes que aseguren la calidad del servicio, como, por ejemplo, que puedan operar varias empresas.³

Antes de la entrada en vigor de la LCSP la fundamentación de esta continuidad provenía en el ámbito local, del artículo 128.1. 1º del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, que impone al concesionario la obligación de prestar el servicio del modo dispuesto en la concesión u ordenado posteriormente por la Corporación concedente. Se trata de una regla fundada en la necesidad de mantener, en todo caso, la continuidad del servicio, a la que, también, obedecían los artículos 246 b) y 280 a) del TRLCSP con Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 01/12/1998 y del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 31/10/2003 o de la Audiencia Nacional de fecha 21/05/2002, donde admitían la continuidad del servicio con la empresa que lo venía prestando hasta la convocatoria de una nueva licitación, dado que «...el interés público de la continuidad del servicio prevalece sobre la doctrina clásica de la inalterabilidad del contrato».

Con todo, la regulación actual que figura en los artículos 29.4 y 288.a) de la 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 reza que:

«(...)No obstante lo establecido en los apartados anteriores, cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un período máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario».

Respecto a la cuestión del plazo de los contratos, debe ponerse de relieve que uno de los principios de la ley de contratos, es el de la concurrencia y que la prestación de los contratos no se realice indefinidamente por una misma empresa, art. 29 de la LCSP:

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

Ello implica la obligación por parte de los órganos de contratación de planificar las contrataciones con el fin de garantizar que los servicios a los ciudadanos estén cubiertos por contratos que se ajusten a la normativa de contratación, art. 28.4 LCSP, “Las Entidades del sector público programarán la actividad de contratación pública”.

³ Informe INF/CNMC/015/18 sobre las tarifas aplicables a los servicios de transporte urbano del ayuntamiento de A Coruña

Aparecen pues, desde el punto de vista de la concurrencia y la competencia competitiva, distintos aspectos destacados y para tener en cuenta cuando se abordan las licitaciones de las concesiones de servicios públicos y la posibilidad de su consiguiente prórroga:

2.2. Aspectos destacados y para tener en cuenta cuando se abordan las licitaciones.

1. La necesidad de establecer una programación en la contratación pública.

El Informe 14/2020 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE), al interpretar el artículo 28.4 de la LCSP 9/2017, destaca como establece la obligatoria programación de la actividad de contratación que se vaya a desarrollar por cada órgano de contratación.

La JCCPE acude al citado precepto legal para motivar su contestación a la cuestión que se le había planteado por parte de la Asociación de Empresas Gestoras de los Transportes Urbanos Colectivos relativa a si sería posible repetir en ejercicios sucesivos prestaciones idénticas mediante un contrato menor, teniendo en cuenta las características de los contratos menores y su limitación temporal a un periodo máximo de un año.

Pues bien, para la Junta Consultiva tal programación exige el análisis de los contratos que se van a realizar en cada periodo de tiempo, lo que *“indudablemente presupone el conocimiento de que el órgano de contratación va a tener una necesidad mantenida en el tiempo de una determinada prestación por un periodo de tiempo superior a un año. Por tanto, si el órgano de contratación cumple con su obligación de planificar adecuadamente su actividad contractual, es patente que la realización de prestaciones idénticas en ejercicios sucesivos ha de ser conocida con carácter previo, lo que puede llevar a concluir que en este caso no se está reaccionando ante necesidades sobrevenidas, desconocidas o novedosas, sino que, por el contrario, se estaría planteando la utilización del contrato menor en fraude de ley”*

2. La oportunidad de establecer consultas preliminares

La planificación y programación en la contratación pública, puede llevar asimilada lo expuesto en el artículo 115 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Las consultas preliminares en el mercado tienen como objetivo para el órgano de contratación, obtener información para poder definir las prescripciones técnicas de una futura licitación, cuando no se tiene suficiente conocimiento del mercado en el sector o ámbito objeto de un futuro contrato. Por lo tanto, previamente a iniciar una licitación, el órgano de contratación puede consultar al mercado, tanto para informar a los operadores económicos de sus intenciones y requisitos como para realizar un estudio o evaluación sobre qué solución sería la más adecuada para adquirir bienes o servicios o realizar una obra, y de esta manera preparar adecuadamente el procedimiento de contratación.

Así el artículo 115 recoge las consultas preliminares del mercado y las define como una herramienta para preparar correctamente la licitación e informar a los operadores económicos de sus planes y de los requisitos que se exigirán para poder concurrir al procedimiento. Entre las medidas que debe adoptar el órgano de contratación en las consultas preliminares, necesariamente deben estar:

- La comunicación a todos los participantes en la consulta y a los posibles licitadores del contrato de la información que se ha intercambiado en la preparación del contrato con los operadores económicos que han participado en las consultas preliminares, y
- En la fase de licitación del contrato, dar unos plazos adecuados que garanticen que todos los licitadores interesados puedan preparar y presentar sus ofertas, en igualdad de condiciones.

Por tanto, los únicos límites que marca la normativa cuando se realiza una consulta preliminar al mercado son no restringir la competencia, no falsear la competencia y no vulnerar los principios de no discriminación y transparencia⁴.

3. Vencimiento del plazo de duración de un contrato

Puede continuarse la prestación del servicio, hasta 9 meses más, siempre y cuando el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses. La prestación del servicio como consecuencia de esta prórroga (el propio precepto señala expresamente que este plazo se configura como una prórroga) se efectuará con las mismas condiciones que el contrato del que trae causa, por aplicación del punto 2 del art. 29 cuando señala que el contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de éstas.

Se estaría ante una prórroga excepcional y forzosa para el contratista, que, dándose los requisitos previstos, la prestación se realizaría en los mismos términos, aplicando no sólo las mismas penalidades sino todas las condiciones del contrato⁵

4. Las ordenes de continuidad

Pero la casuística va más allá cuando, ante la necesidad del Ayuntamiento de realizar la prestación del servicio una vez finalizado el plazo de duración del anterior, se opta por realizar la prestación del servicio sin contrato, es decir, por una mera vía de hecho, una presunta relación contractual entre el órgano de contratación y el prestador del servicio, carente de la existencia de pliegos y de toda documentación que rijan la misma, por lo que la cuestión se centraría en el régimen de invalidez; así, debe cuestionarse la validez de ese acto de continuidad del servicio, y en concreto, si se estaría en el supuesto del art. 47.1 e) de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que recoge la nulidad de pleno derecho de los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Partiendo de la nulidad del acto, la propia Ley de contratos señala la posibilidad de continuar la prestación, si bien con el requisito de evitar que se produzca un grave trastorno al servicio público:

Art. 42.3: "Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos

⁴ https://contractacio.gencat.cat/web/.content/gestionar/regulacio-supervisio/dgcp_informes/consultas-preliminares- castellano.pdf

⁵ Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, Informe, 14-12-2018

de aquel y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio”

2.3. La aplicación de las normas sobre competencia a los servicios públicos locales.

Los contratos de larga duración y las prórrogas de las concesiones suponen una severa restricción a la competencia, en tanto que implican el cierre absoluto del mercado durante todo el tiempo en que se mantienen, sin permitir que se introduzcan tensiones competitivas en el momento de la licitación.⁶

Así, el sistema de concesión debe estar diseñado de manera que en el momento de competencia “por el mercado” se pueda elegir a la empresa capaz de ofrecer el servicio público en las mejores condiciones de calidad y precio⁷

La medida adoptada debe guarda relación con una razón imperiosa de interés general. Además, la motivación ofrecida, que sirve para realizar el control de la actuación administrativa, debe poner de manifiesto que existe relación entre la medida adoptada (prórroga del contrato) y el objetivo pretendido (no interrupción de la ejecución) y que el mismo podría alcanzarse por vías mucho menos restrictivas de la competencia (principio de proporcionalidad)⁸

La ya citada Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público es la norma de trasposición 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 que determina asimismo en el artículo 72 de la referida directiva sobre "modificación de los contratos durante su vigencia", que las prórrogas de los plazos de ejecución de los contratos deben ser consideradas modificaciones de contratos conforme a la definición que del concepto "modificación sustancial" se realiza en el referido artículo, en tanto que lo es la modificación que amplíe el ámbito del contrato, como lo es el plazo de ejecución del mismo.

La concurrencia permite trasladar a la prestación del servicio público ventajas tanto en relación con su eficiencia como con sus costes. Así, se debe velar porque la libre concurrencia se respete en todas las fases del procedimiento de contratación pública (Requisitos de solvencia, criterios de adjudicación y condiciones especiales de ejecución) para lo que los pliegos de cláusulas

⁶ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. y ANEIROS PEREIRA, J., “Adecuación del sistema español de concesiones para la prestación de servicios de transporte interurbano de viajeros por carretera al Derecho Comunitario. Estudio particular del régimen tributario del negocio concesional”, en SANTAMARÍA PASTOR, J.A (Dir.) y CABALLERO SÁNCHEZ, R. (Coord.). Las técnicas de regulación para la Competencia: una visión horizontal de los sectores regulados, Ed. Iustel, Madrid, 2011, págs. 217 a 252.

⁷ Véase por ejemplo el ya muy interesante CNC, Informe sobre la competencia en el transporte interurbano de viajeros en autobús en España, 2009, en https://www.cnmc.es/sites/default/files/1185856_7.pdf o los posteriores CONSEJO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ANDALUCÍA, Informe para promover la competencia en el sector del transporte público interurbano regular permanente de viajeros de uso general por carretera en Andalucía, diciembre de 2012, en http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/pdfs/I_0_3-12.pdf o ACCO, Estudio sobre la competencia en el transporte regular interurbano de viajeros por carretera en Catalunya, REF. ES 03/2010 marzo de 2011, en http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/es_032010_concessions_transport_ca_st.pdf

⁸ Voto particular que formula la consejera Pilar Canedo en EXPTE. LA/04/2020 referente a la solicitud de impugnación del acuerdo del ayuntamiento de Vigo de prórroga del servicio de transporte urbano colectivo de viajeros

administrativas y de prescripciones técnicas resultan absolutamente determinantes (Ibáñez García, 2010: 2)

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está legitimada para recurrir aquellas actuaciones administrativas que puedan suponer una restricción a la libre competencia y así, de acuerdo con lo que dispone el artículo 132.3 de la LCSP, los órganos de contratación, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o sus homólogos autonómicos y los órganos competentes para resolver el recurso especial en materia de contratación están obligados a notificar a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o a las autoridades autonómicas de competencia según los casos *«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»*.⁹

Las restricciones que se impongan a las normas de la competencia como consecuencia del establecimiento de un servicio público deben estar justificadas por las misiones específicas a las que atiende, ex artículo 106.2 del TFUE. Además, de acuerdo con la jurisprudencia ALTMARK, el ámbito más o menos restringido que pueden tener los servicios públicos locales no es un obstáculo para que las restricciones puedan tener incidencia a nivel de la Unión Europea.

De interés resulta en este punto hacer una parada en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, a colación de su Disposición Final primera que modifica 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, cuando modifica el apartado segundo del artículo 97, quedando redactado en los siguientes términos:

«2. Para la ejecución efectiva en régimen de monopolio de las actividades reservadas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local¹⁰, se requerirá el cumplimiento de los trámites previstos en el número anterior referidos a la conveniencia del régimen de monopolio y se recabará informe de la autoridad de competencia correspondiente si bien el acuerdo a que se refiere su apartado d) deberá ser optado por mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación.

3. ORIENTACIONES PARA UNA ADECUADA LICITACIÓN

Como el propio Ayuntamiento y sus áreas, departamentos o servicios seguro que conoce, deberá diseñarse un procedimiento de licitación pública que permita la presentación de ofertas competitivas que aseguren el ajuste de las condiciones ineficientes, de modo que el resultado de la licitación permita explotar el servicio en mejores condiciones para la colectividad, en favor tanto de la eficiencia en el gasto público como de los usuarios del servicio, tanto vía precios como vía prestaciones. Esto permitirá el ajuste de las condiciones del servicio por parte del operador adjudicatario, de manera que sea el mercado el que permita imponer condiciones de tendencia a la eficiencia.

⁹ Galán Vioque, R. (2020). La progresiva apertura de los servicios públicos locales a la libre competencia. Revista De Estudios De La Administración Local Y Autonómica, (14), 69–87. <https://doi.org/10.24965/reala.i14.10854>

¹⁰ Abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; suministro de gas y calefacción; mataderos, mercados y lonjas centrales; transporte público de viajeros; servicios mortuorios.

Antes de plantear una adjudicación de derechos exclusivos, procedería, como ya se ha manifestado por la CNMC en diversos informes, evaluar la posibilidad de adoptar medidas de intervención pública menos intensas como, por ejemplo, otorgar licencias a diversos operadores que compitan en el mercado o, incluso, la liberalización del servicio.

A este respecto, se recuerda que los Considerandos 726 y 827 del Reglamento 1370/2007 abogan por esta posibilidad. El objetivo último de cualquier orientación en el ámbito de la contratación es la de favorecer la competitividad en los procesos de contratación pública, y así, las presentes pretende ser un herramienta básica y útil que contribuya a la difusión y observancia de los principios inspiradores de la contratación.

Con todo, no se pretende realizar propuestas relativas a la modificación de la normativa de contratación pública, ni sentar criterios interpretativos de carácter jurídico sino simplemente presentar recomendaciones que favorezcan y observen los principios de la competencia; todo ello, sin vinculación ni perjuicio de las valoraciones futuras que resulten de la actividad de los correspondientes órganos de control tanto de la contratación pública como de la libre competencia.

Según se explica en los distintos documentos y guías elaboradas sobre contratación pública y competencia, existen dos parámetros en los cuales el sector público se convierte en elemento crucial a la hora de preservar la libre competencia,

- A. Desarrollando procedimientos de contratación que ni en su diseño, ni en su desarrollo, ni posteriormente en la ejecución del contrato introduzcan restricciones injustificadas a la competencia.
- B. Ayudando a prevenir y combatir potenciales actuaciones ilícitas de colusión de las empresas oferentes en el proceso de contratación, esto es, las actuaciones de manipulación fraudulenta de ofertas (conocido internacionalmente como *bid rigging*).

Una competencia adecuada entre licitadores comporta unos resultados más favorables en términos de menor precio y mayor calidad para el órgano adjudicador, y por tanto para el interés general.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) ha incorporado distintas medidas orientadas a disminuir la probabilidad de aparición de conductas anticompetitivas en la contratación pública.

La inclusión en la LCSP de medidas concretas destinadas a lograr avances efectivos en materia de defensa de la competencia resulta adecuado, a juicio de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en la medida en que en *«la contratación pública confluyen circunstancias que la convierten, inherentemente, en un área relativamente más proclive a la existencia de prácticas irregulares desde el punto de vista de la competencia que perjudican, si no se corrigen, a la Administración Pública, a los potenciales competidores y, en último término, a los ciudadanos y contribuyentes»*

Así, los artículos 1 y 132 de la LCSP establecen la eficiente utilización de los fondos públicos a través de la salvaguarda de la libre competencia como uno de los principios informadores de la Ley, al que debe sujetarse imperativamente la contratación pública.

Además, en la LCSP se le otorga en las licitaciones públicas a las Autoridades de Defensa de la Competencia un nuevo rol:

1ª.- Al establecer 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 (LDC), los trasladará con carácter previo a la adjudicación del contrato a la CNMC o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que, a través de un procedimiento sumarísimo, que se regulará reglamentariamente, se salvaguarde la libre competencia.

De este modo, la LCSP ha considerado adecuado introducir un mandato general a los órganos de contratación, los órganos consultivos y los órganos competentes para resolver el recurso especial, de velar en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia; no obstante, ese procedimiento está pendiente de desarrollo reglamentario (artículo 150.1 de la LCSP).

Por otro lado, la LCSP para facilitar el acceso a la contratación pública a un mayor número de empresas, ha invertido la regla de la división en lotes de los contratos que se aplicaba hasta el momento. De esta forma, salvo en el contrato de concesión de obra, el órgano de contratación deberá explicar en el expediente los motivos que justifican la no división del contrato en lotes. La LCSP entiende que está justificada la no división en lotes del objeto del contrato cuando la división conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación debe solicitar informe previo a la CNMC (o autoridad de competencia autonómica) para que se pronuncie sobre la concurrencia de esta circunstancia.

Esta medida facilita el acceso al mercado de empresas que, de licitarse el proyecto en un único contrato, no dispondrían de la capacidad productiva para acometerlo de manera individual y que, por tanto, no podrían presentarse al concurso. Ante esta situación, dichas empresas podrían entablar contactos para negociar una posible concurrencia al concurso en UTE con otras empresas que dispusieran de los recursos de los que las primeras careciesen.

Es destacable que, con la no observancia de las previsiones legales en materia de competencia, se ha introducido la posibilidad de sancionar en materia de falseamiento de la competencia; Es una medida relacionada con la prevención de prácticas anticompetitivas y referida concretamente a la prohibición de contratar con el sector público por haber sido sancionado con carácter firme por una infracción grave.

3.1. El procedimiento de contratación pública. El caso concreto del diseño de los pliegos.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) describe y detalla el procedimiento de contratación pública dividiéndolo en 5 fases:

Fase I: Decisión.

Fase II: Selección del procedimiento.

Fase III: Diseño de los pliegos.

Fase IV: Desarrollo del procedimiento de licitación pública.

Fase V: Ejecución del contrato público.

En este documento vamos a centrarnos en la fase III, el diseño de los pliegos de contratación ya que los pliegos de condiciones de los contratos son los documentos que determinan el acceso a la concurrencia por parte de los potenciales licitadores, así como las principales variables del contrato.

Por ello, los entes públicos responsables de su elaboración deben tratar de diseñar unos pliegos exhaustivos y detallados, que garanticen la no discriminación y la libre concurrencia.

Las personas naturales o jurídicas que quieran contratar con el sector público tienen que acreditar que tienen plena capacidad de obrar, que no están incurso en alguna prohibición de contratar, y que tienen la solvencia económica y financiera, y técnica o profesional requerida o, en los casos que así lo exige la LCSP, que se encuentran debidamente clasificadas (Art. 74 LCSP).

En relación con el diseño de pliegos han de tenerse en cuenta los siguientes aspectos, que se desarrollan a continuación:

A. El acceso a la licitación vendrá determinado por:

- a) Prohibiciones de contratar
- b) Exigencia de solvencia y clasificación de los licitadores
- c) Exigencia de una determinada forma jurídica
- d) Discriminación por razones de territorio
- e) Requisitos técnicos y económicos innecesarios o excesivos
- f) Exigencia de certificaciones, habilitaciones, colegiaciones.

Sería recomendable que los órganos de contratación opten por una pluralidad de criterios de solvencia alternativos en lugar de por un único criterio excluyente, posibilidad que ofrece la normativa de contratación.

Los criterios de solvencia exigidos por el órgano de contratación deberán ser justificados, razonables, no discriminatorios y proporcionales a la dimensión y objeto del contrato.

En cualquier caso, a la hora de determinar la solvencia se debe tener presente que no debe suponer un obstáculo para la participación de las pequeñas y medianas empresas.

Está prohibida toda referencia a cláusulas de las que pudieran derivarse diferencias de trato en función de la nacionalidad, lengua, domicilio o territorio del adjudicatario.

B. Criterios de adjudicación

La mejor relación calidad-precio debe realizarse con arreglo a criterios económicos y también cualitativos. Los órganos de contratación deben asegurarse de que los criterios de adjudicación permitan obtener prestaciones de gran calidad mediante la inclusión de los criterios cualitativos.

C. Duración de los contratos.

Establecer plazos demasiado largos dificultará la entrada para nuevos operadores durante la vigencia del contrato, si bien, el establecimiento de plazos demasiado cortos puede dificultar la entrada de nuevos operadores que necesiten hacer inversiones que no puedan ser amortizadas en el plazo de ejecución.

- Las prórrogas han de contemplarse en los pliegos correspondientes.

En términos generales:

- Los contratos deben someterse a concurrencia periódicamente.
- No deben darse prórrogas sobrevenidas o en casos de acontecimientos imprevisibles, salvo excepciones.
- Solo debe recurrirse a la prórroga de manera excepcional.
- Los plazos contractuales han de estar directamente relacionados con el periodo de amortización de las inversiones necesarias para la ejecución contractual.
- El plazo máximo contractual no debe ser agotado necesariamente.

Para más detalle se recomienda ver la Guía sobre Contratación Pública y competencia elaborado por la Autoridad Vasca de la competencia.

Existen ciertos elementos normativos que se consideran que pueden tener un impacto significativo en la competencia, y así, siguiendo la “guía para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública” de la Autoridad catalana de la competencia, se ofrecen unas pautas con la intención de que los órganos de contratación puedan minimizar el riesgo de colusión en el procedimiento de adjudicación.

Estos elementos normativos se encuentran ordenados de conformidad con el orden cronológico que habitualmente se sigue en un procedimiento de licitación estándar.

3.2. Sistemas de racionalización técnica de la contratación.

1. Procedimiento de adjudicación

Existen procedimientos (el negociado, el dialogo competitivo y el restringido) que puede facilitar reparto de mercado o rotación de ofertas entre empresas solicitadas. Una vez identificados los invitados a licitar, la competencia se producirá únicamente entre ellos, de manera que podría ser más fácil coludir. Acuerdos marco o sistemas dinámicos de contratación puede facilitar la colusión en precios entre ellas en la contratación derivada.

2. Fraccionamiento en lotes

El fraccionamiento en lotes podría facilitar el reparto entre las potenciales empresas licitadoras haciendo más propicio un acuerdo colusorio.

3. Criterios de valoración de las ofertas

La utilización de criterios de valoración subjetivos o discrecionales no puede facilitar actuaciones administrativas restrictivas de la competencia sin justificación.

4. Duración de los contratos

Una corta duración del contrato podría facilitar la implementación de un acuerdo colusorio en la modalidad de rotación de ofertas.

5. Requisitos de solvencia

Las exigencias en materia de solvencia -independientemente de su forma de acreditación- constituyen obstáculos para el acceso a una licitación cuando no son necesarios o

proporcionales al objeto del contrato, de manera que reducen la competencia que puede tener lugar en estos procedimientos e incrementan el riesgo de colusión.

6. Las prescripciones técnicas

Las prescripciones técnicas tienen que ser lo bastante flexibles como para permitir el acceso a un número importante de licitadores. De esta manera, se incrementa la competencia y se reduce el riesgo de colusión.

7. Garantía provisional

La exigencia de garantías provisionales a potenciales licitadores como condición para presentar ofertas dificulta la participación en el proceso de licitación y podría incrementar el riesgo de colusión.

8. Publicidad y transparencia

Cuanto mayor sea el grado de información del cual disponen los potenciales licitadores, mayor será el número de participantes efectivos en el proceso de licitación, hecho que disminuye, priori, el riesgo de colusión.

9. Comunicación entre oferentes

La comunicación entre empresas es esencial tanto para el establecimiento como para el sostenimiento de un acuerdo colusorio, de manera que es importante evitar, en la medida de lo posible, reunir proveedores potenciales mediante la organización de reuniones previas a la presentación de ofertas.

10. Uniones temporales de empresas

La constitución de una UTE por parte de empresas que pueden participar en una licitación autónomamente y que, por lo tanto, no necesitan este mecanismo para participar en la licitación pública puede ser contraria a la competencia.

11. Clasificación empresarial.

Una excesiva compartimentación de la oferta a través del sistema de clasificación restringe la competencia a cada uno de estos ámbitos generando barreras a la entrada innecesarias y aumentando el riesgo de colusión.

12. Subcontratación.

La subcontratación no tiene que servir como un mecanismo para encubrir un reparto de los beneficios contractuales.

4. CONCLUSIONES

Uno de los principales riesgos en el diseño de los pliegos resulta de no evitar prácticas anticompetitivas cuando:

- No se detectan los conflictos de interés de los servidores públicos que responden a las solicitudes de información o aclaraciones durante el plazo para la presentación de las

ofertas, que custodian las proposiciones recibidas o, en procedimientos con negociación, que conocen el contenido de las negociaciones con cada candidato o licitador.

- No detectar ofertas de sobornos, demandas de comisiones u otros beneficios ilegítimos a cambio de información privilegiada durante la fase de licitación.
- Crear déficits o asimetrías en la información facilitada a los operadores económicos.
- No detectar prácticas colusorias o no responder de forma adecuada.
- No se tiene la previsión de velar por la confidencialidad de las proposiciones hasta su apertura pública.
- Falsear la negociación en aquellos procedimientos que la contemplen antes de la presentación de las ofertas definitivas.

De esas prácticas en el diseño se derivan e identifican posteriores restricciones que afloran en el momento de prorrogar un contrato ya que pueden suponer restricciones a la entrada de nuevos competidores en el mercado potencial.

Igualmente se identifican vulneraciones de las previsiones iniciales de la licitación. (precios y duración)

De interés también resulta que se analicen los mecanismos de impugnación ante el acuerdo de prórroga forzosa por parte de los potenciales contratistas.

La duración en el tiempo del contrato, más que resultar una ventaja, se convierte en muchos casos en un inconveniente provocado por la necesidad de actualizar técnicas y tecnologías, procesos y procedimientos acordes al mercado y a la prestación de un adecuado servicio.

En definitiva, es muy relevante la elección o definir cuándo acudir a una licitación de una concesión de un servicio público concesión y cuándo a un contrato, así como una correcta determinación de la asunción riesgo: si lo asume el adjudicatario, la concesión, lo que también implica definir bien el riesgo operacional y circunstancia de la concesión (plazo amortización inversión, otras razones analizadas. Evitar: comodidad, se ha hecho así, lo permite la ley... que sea más eficiente.

Las prórrogas de las concesiones de los servicios públicos deberían transformarse en un instrumento más restrictivo. Solo en casos excepcionales y preferentemente con informe de la autoridad competencia correspondiente.

Para la elaboración se ha tenido en cuenta:

- COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. “Análisis de la Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia”. Febrero de 2015. <https://www.cnmc.es/2015-02-23-la-cnmc-publica-su-documento-de-analisis-de-la-contratacion-publica-en-espana-355374>
- AUTORITAT CATALANA DE LA COMPETENCIA. “Guía para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública”. Junio de 2010. http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/guia_prev_det_colusio_contractacio_publica_esp.pdf
- COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. “Guía sobre Contratación Pública y Competencia: planificación de la contratación” <https://www.cnmc.es/guia-contratacion-publica-competencia-planificacion>
- Oficina Antifrau de Catalunya. Identificació dels riscos en la fase de licitació. Documents de treball 3. 15 de maig de 2018. https://antifrau.cat/sites/default/files/Documents/Recursos/EG01_identificacio-riscos-fase-preparacio.pdf
- Guía sobre Contratación Pública y Competencia. Autoridad Vasca de la Competencia. https://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/guias_gidak/es_guias/adjuntos/GUIA_CONTRATACION_COMPETENCIA_es.pdf
- Iglesias Rey, Patricia; “La necesaria cooperación entre los Tribunales de Recursos contractuales y las Autoridades de Defensa de la Competencia ante prácticas anticompetitivas” en Observatorio de contratación pública, 2019
- Guía sobre Contratación Pública y Competencia de la CNMC en <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/competencia/normativa-y-guias>
- Recomendaciones de la CNMC a los poderes públicos para fomentar la competencia como motor de la recuperación económica. <https://www.cnmc.es/guia-recomendaciones-poderes-publicos>