



## **Municipios e competencia:**

### **“O impacto das actuacións públicas municipais sobre a competencia”**

#### **A prórroga das concesións dos servizos públicos**

A Comisión Nacional dos Mercados e da Competencia (CNMC) en colaboración coas Autoridades de Competencia Autonómicas desenvolven o proxecto “Municipios e competencia” baseado na confección de coleccións de “historias” que analizan as situacións de competencia xurdidas en diferentes sectores e ámbitos de actuación municipal.

A CNMC e as distintas autoridades autonómicas abordaron ou abordarán baixo este formato aspectos tan relevantes como as redes de telecomunicacións, mobilidade urbana, concesións administrativas, contratos menores ou servizos funerarios entre outros.

Desde a Comisión Galega da Competencia (CGC) participase no proxecto “Municipios e competencia. O impacto das actuacións públicas municipais sobre a competencia” analizando as distintas realidades que rodean as concesións dos servizos públicos e en concreto as prórrogas dos contratos das concesións de servizos públicos (Abastecemento/tratamentos de augas, residuos sólidos urbanos e transporte).

Este documento de traballo contén unha análise superficial das prácticas das sete cidades galegas, non analizando sectores ou institucións, senón dinámicas e prácticas reflexionando desde o punto de vista da competencia a relación desta coa intervención pública municipal, contendo e identificando recomendacións ou indicacións que poidan resultar de utilidade. Considérase documento “de traballo” porque non supón nin substitúe aos informes realizados pola autoridade no marco das súas funcións e non supoñerá toma de posición por parte do seu Pleno.

#### **1. MARCO REGULATORIO**

Os contratos réxense , en canto a os seus efectos, cumprimento e extinción, incluída a súa duración e réxime de prórrogas, polo establecido no propio contrato e no Prego de cláusulas administrativas particulares, así como pola lexislación vixente no momento en que foron celebrados (disposición transitoria primeira da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público (LCSP)

O réxime que nos ocupa réxese, principalmente, polas seguintes normas:

- Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público (LCSP).
- Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local (LBRL).
- Directiva 2014/23/UE do Parlamento Europeo e do Consello, do 26 de febreiro de 2014, relativa á adxudicación de contratos de concesión..
- Directiva 2014/24/UE do Parlamento Europeo e do Consello, do 26 de febreiro de 2014, sobre contratación pública e por a que se deroga a Directiva 2004/18/CE.

O escenario por analizar resulta da vixente normativa de contratación pública que prevé a posibilidade de prorrogar o contrato. Así, aínda a condiciona á concorrencia das seguintes circunstancias:

1. A non formalización en prazo do novo contrato deberá ser consecuencia de incidencias derivadas de acontecementos imprevisibles para o órgano de contratación, producidas ao longo do procedemento de adxudicación..
2. Que existan razóns de interese público para non interromper a prestación obxecto do contrato.
3. Que o anuncio de licitación do novo contrato fose publicado polo menos tres meses antes de a data de finalización do contrato orixinal.

De concorrer estes requisitos, permítese ampliar o contrato en vigor condicionando ao cumprimento dos seguintes requisitos:

- O contrato orixinal pódese ampliar ata que comece a execución do novo contrato e, en todo caso, durante un período máximo de nove meses.
- Non deberán modificarse as restantes condicións do contrato.

En orixe, a cuestión suscitada devén da necesidade de garantir a continuidade na prestación dun servizo público, neste caso de prestación obrigatoria por parte das entidades locais, e, ante a inminencia da finalización do prazo contractual sen formalizarse o novo contrato, faise necesario adoptar unha medida que garanta a continuidade na prestación do servizo.

En calquera caso, si é preciso destacar que haberá que ter en conta, unha vez determinado o obxecto do contrato e a súa natureza xurídica, que como contrato de xestión de servizos públicos, é importante determinar a normativa aplicable por razón da data da súa adxudicación, razón non banal nos expedientes e contratos obxecto de informe, tendo en conta que as concesións dos servizos públicos de transporte, xestión de residuos ou abastecemento/xestión da auga, adoitan concederse por períodos longos e anteriores á entrada en vigor de a lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público (LCSP).

Iso é así porque en principio, a duración máxima da concesión non poderá ir máis aló do tempo que “se calcule razoable para que o concesionario recupere os investimentos realizados para a explotación das obras ou servizos, xunto cun rendemento sobre o capital investido, tendo en conta os investimentos necesarios para alcanzar os obxectivos contractuais específicos” (art. 18 Directiva 2014/23 e 29 LCSP).

Esta declaración debería entenderse como a prohibición de prazos concesionarios excesivamente amplos na medida que implican un peche de mercado e unha restrición da competencia.

Tamén é posible, segundo aclara a Directiva, adxudicar concesións fixando para iso mesmo un prazo menor (ao necesario para recuperar investimentos e un rendemento do capital investido) a condición de que a compensación que no seu caso se acorde non elimine o risco operacional.

Así, emerxen nestes temática conceptos como risco operacional vinculado estreitamente a que o prazo concesionario non é un elemento que se poida fixar de forma independente dentro

do clausulado do contrato, senón que debe ser coherente con a configuración do risco operacional.

Isto é, debe configurarse en atención ao volume de investimento, custos de explotación, beneficio do concesionario e prolongarse de forma que a obra ou o servizo préstese cos niveis de calidade e prezo adecuado para os usuarios.

Ademais, establécese un especial deber de xustificación da duración da concesión o que implica que non basta con sinalar un determinado prazo (esixencia soamente formal) senón que debe acreditarse mediante elementos de xuízo suficientes (volume de investimento, taxa interna de retorno, etc.) o cálculo que se efectuou para a súa fixación.

## 2. O ESCENARIO

Desde a Comisión Galega da Competencia (CGC) decidiuse analizar, desde un prisma básico, a situación nos sete principais concellos da rexión, establecendo o criterio de revisar, en cada un deles, o momento no que se atopan os contratos das concesións de servizos públicos de abastecemento/tratamentos de augas, residuos sólidos urbanos e transporte urbano de viaxeiros, resultando así a observación dos vinte e un (21) servizos resultantes coas seguintes aproximacións:

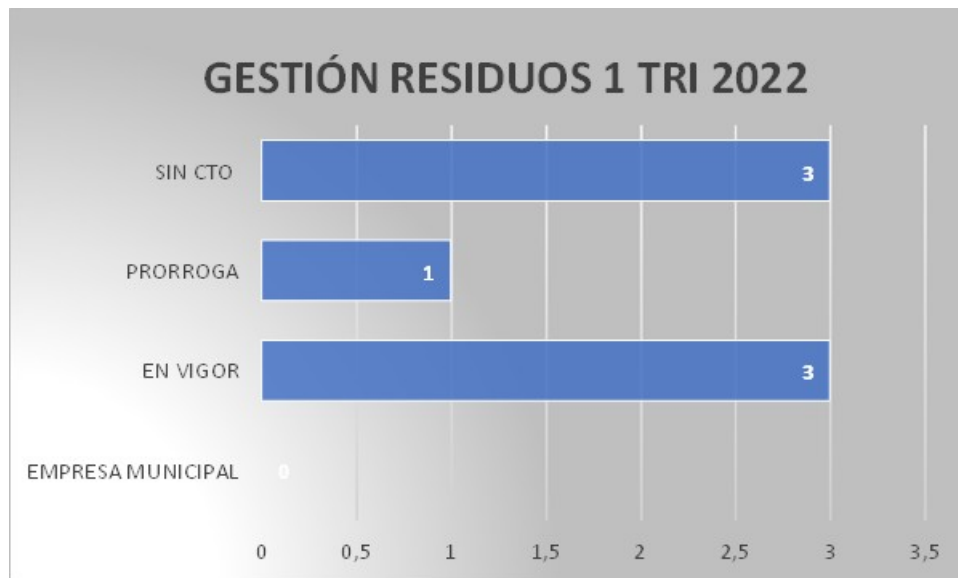


A continuación, desagregase por concesión os datos coñecidos; así, móstrase táboa en relación coa xestión do servizo do abastecemento da auga nos sete municipios, a de xestión de residuos sólidos urbanos e o transporte urbano de viaxeiros..

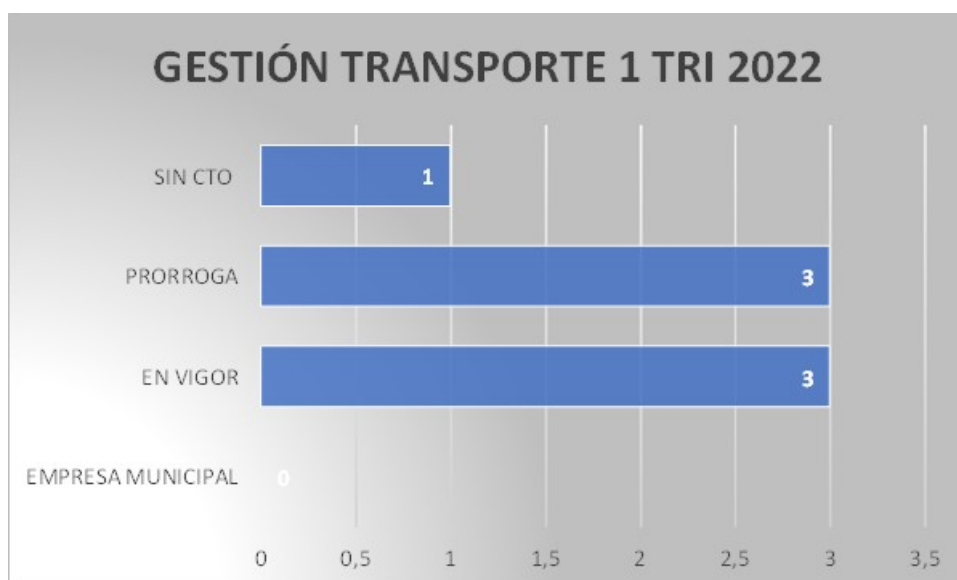
En todos eles, de maneira individual ou de forma conxunta obsérvase a preponderancia de situacións nas cales as concesións dos servizos públicos ou se atopan sen contrato en vigor, normalmente pola finalización dos contratos, ou en período de prórroga, e nos casos nos cales se atopan en vigor, as circunstancias adoitan coincidir coa recente adxudicación.



Detectouse no servizo de xestión e abastecemento da auga a elección da figura de empresa pública municipal en dous casos. A Empresa Municipal é unha sociedade anónima de propiedade municipal que xestiona de forma directa o ciclo integral da auga..



As situacións nas cales non existe contrato para a prestación do servizo público que se realiza de maneira indirecta e a través dunha anterior concesión, séguese prestando o servizo na maioría dos casos mediante “ordenes de continuidade”, situación irregular que se motivan por unha serie de factores que a continuación se detallan..



Da análise no seu conxunto, obsérvase certa disfuncionalidade en relación con distintos criterios e procesos de adxudicación, motivados, principalmente, polos seguintes factores:

1. Trátanse de licitacións de longa duración e de contías xeralmente elevadas.
2. A duración no tempo do contrato, máis que resultar unha vantaxe, convértese en moitos casos nun inconveniente provocado pola necesidade de actualizar técnicas e tecnoloxías, procesos e procedementos acordes ao mercado e a a prestación dun adecuado servizo.
3. Indirectamente, a cuestión anteriormente descrita implica a necesidade de prorrogar as concesións e traballar con ordes de continuidade ante a finalización do tempo prorrogado.
4. Normalmente trátanse de pregos moi complexos que requiren de un coñecemento especializado desde o primeiro momento de a súa elaboración.
5. Bótase en falta certa previsión e planificación de os servizos próximos a concluír..
6. Falta de planificación que adoita obviar a oportuna ou recomendable consulta a mercados..
7. Igualmente adoita adoeerse do informe á autoridade de competencia en expediente en trámite..
8. O estado da técnica, así como a actualización das tecnoloxías adoitan retardar os procesos de licitación, ao descoñecer os técnicos municipais o estado das mesmas, recorrendo a especialistas externos para a propia elaboración de pregos, resultando dita circunstancia unha “rede flag” ou vulnerabilidade do risco en relación con posibles colusións, informacións privilexiadas ou menoscabo da

competitividade motivada, entre outras, pola falta de transparencia e coñecemento dos tempos de xestión..

9. Os requisitos asociados ao estado da tecnoloxía adoitan requirir e obrigar aos licitadores que compiten, a constituírse en UTE's para facer fronte a requisitos e condicións dos pregos.

## 2.1. Consideracións xerais

É de interese destacar que as cuestións que aquí se poidan expor, relacionadas coa duración, prórroga e modificación do contrato, deben analizarse primeiramente á luz do Prego de Condicións Xurídicas, Económicas e Administrativas que regula a adxudicación directa de concesión de explotación do servizo municipal<sup>1</sup>.

Este documento é o que rexe o contrato e define o seu obxecto, por remisión ao artigo 114 do Regulamento de Servizos das Corporacións Locais, aprobado por Decreto do 17 de xuño de 1955, a cuxo tenor “Os servizos de competencia das Entidades locais poderán prestarse mediante concesión administrativa (...)”

Os artigos 29.4 e 288.a) da Lei 9/2017, de Contratos do Sector Público, pretenden dar solución á continuación da prestación dos contratos de servizos de xestión pública retomando a figura da obsoleta prórroga «tácita»<sup>2</sup>, é dicir, a continuación da prestación polo contratista do servizo ata que se formalice o novo contrato e comece a execución, en todo caso por un período máximo de nove meses.

Desde o punto de vista da competencia, aspecto que posteriormente se analizará, para a prestación do servizo cando finalice a actual concesión, é recomendable, ademais de expor unha licitación competitiva ao obxecto de adxudicar o servizo a un só operador, analizar

---

<sup>1</sup> Pode suscitar algún problema os contratos celebrados con anterioridade á entrada en vigor da actual lei de contratos, cuestión resolta en virtude do disposto na Disp. Trans. 1ª da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de Contratos do Sector Público, por a que se traspoñen ao ordenamento xurídico español as Directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE e 2014/24/UE, do 26 de febreiro de 2014 -LCSP 2017-, que establece que:

*“Os contratos administrativos adxudicados con anterioridade á entrada en vigor da presente Lei rexeranse, en canto aos seus efectos, cumprimento e extinción, incluída a súa modificación, duración e réxime de prórrogas, pola normativa anterior.”*

<sup>2</sup> Informe nº 58/04, de data do 12 de novembro de 2004 de a Xunta Consultiva de Contratación administrativa:

*«É certo que a cláusula 32 do prego establece un sistema de prórrogas tácitas por períodos de cinco anos, ata un máximo de cincuenta anos, pero neste punto procede remitirse a a doutrina desta Xunta reflectida nos informes do 7 de xuño e 9 de xullo de 2004 (expedientes 24/04 e 35/04) e en tres desta mesma data (expedientes 47/04, 50/04 e 55/04) exposta no sentido de que a partir da entrada en vigor da Lei 53/1999, do 28 de decembro, que dá nova redacción ao artigo 67.1 da lei 13/1995, do 18 de maio, as prórrogas tácitas, admisibles conforme á lexislación anterior, deben ser rexeitadas, unha vez entrada en vigor a nova redacción do citado artigo 67.1, ao resultar un contrasenso —afirmase no informe do 8 de xullo de 2004— que un contrato celebrado con anterioridade á súa entrada en vigor puidese continuar producindo os seus efectos indefinidamente en virtude de prórrogas tácitas. Ademais, a prórroga do contrato é unha renovación do mesmo por un novo período, polo que debe considerarse novo contrato, o que impón que, ao producirse durante a vixencia do actual artigo 67.1 da Lei de Contratos das Administracións Públicas, o consentimento contractual que a prórroga implica haxa de ser necesariamente expreso».*

se hai alternativas máis eficientes que aseguren a calidade do servizo, como, por exemplo, que poidan operar varias empresas.<sup>3</sup>

Antes da entrada en vigor da LCSP a fundamentación desta continuidade proviña no ámbito local, do artigo 128.1. 1º do Decreto do 17 de xuño de 1955, polo que se aproba o Regulamento de Servizos das Corporacións Locais, que impón ao concesionario a obrigaón de prestar o servizo do modo disposto na concesión ou ordenado posteriormente pola Corporación concedente. Trátase dunha regra fundada na necesidade de manter, en todo caso, a continuidade do servizo, á que, tamén, obedecían os artigos 246 b) e 280 a) do TRLCSP con Sentenzas do Tribunal Supremo de data 01/12/1998 e do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia de data 31/10/2003 ou da Audiencia Nacional de data 21/05/2002, onde admitían a continuidade do servizo con a empresa que o viña prestando ata a convocatoria dunha nova licitación, dado que «...o interese público da continuidade do servizo prevalece sobre a doutrina clásica da inalterabilidade do contrato».

Con todo, a regulación actual que figura nos artigos 29.4 e 288.a) da Lei 9/2017 do 8 de novembro, de Contratos do Sector Público, pola que se traspoñen ao ordenamento xurídico español as Directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE e 2014/24/UE, do 26 de febreiro de 2014 reza que:

**«(...)Non obstante o establecido nos apartados anteriores, cando ao vencemento dun contrato non se formalizou o novo contrato que garanta a continuidade da prestación para realizar polo contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecementos imprevisibles para o órgano de contratación producidas no procedemento de adxudicación e existan razóns de interese público para non interromper a prestación, poderase prorrogar o contrato orixinario ata que comece a execución do novo contrato e en todo caso por un período máximo de nove meses, sen modificar as restantes condicións do contrato, sempre que o anuncio de licitación do novo contrato publicouse cunha antelación mínima de tres meses respecto de a data de finalización do contrato orixinario».**

Respecto á cuestión do prazo dos contratos, debe poñerse de relevo que un dos principios da lei de contratos, é o da concorrencia e que a prestación de os contratos non se realice indefinidamente por unha mesma empresa, art. 29 de a LCSP:

1. *A duración dos contratos do sector público deberá establecerse tendo en conta a natureza das prestacións, as características do seu financiamento e a necesidade de someter periodicamente a concorrencia a realización das mesmas, sen prexuízo das normas especiais aplicables a determinados contratos.*

Iso implica a obrigaón por parte de os órganos de contratación de planificar as contratacións co fin de garantir que os servizos aos cidadáns estean cubertos por contratos que se axusten a a normativa de contratación, art. 28.4 LCSP, “As Entidades do sector público programarán a actividade de contratación pública”.

---

<sup>3</sup> Informe INF/CNMC/015/18 sobre as tarifas aplicables a os servizos de transporte urbano do concello da Coruña.



Aparecen pois, desde o punto de vista da concorrência e a competencia competitiva, distintos aspectos destacados e para ter en conta cando se abordan as licitacións das concesións de servizos públicos e a posibilidade da súa consecvente prórroga:

## **2.2. Aspectos destacados e para ter en conta cando se abordan as licitacións.**

### **1. A necesidade de establecer unha programación na contratación pública.**

O Informe 14/2020 da Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado (JCCPE), ao interpretar o artigo 28.4 de a LCSP 9/2017, destaca como establece a obrigatoria programación da actividade de contratación que se vaia a desenvolver por cada órgano de contratación..

A JCCPE acode ao citado precepto legal para motivar a súa contestación á cuestión que se lle expuxo por parte da Asociación de Empresas Xestoras dos Transportes Urbanos Colectivos relativa a se sería posible repetir en exercicios sucesivos prestacións idénticas mediante un contrato menor, tendo en conta as características dos contratos menores e a súa limitación temporal a un período máximo dun ano.

Pois ben, para a Xunta Consultiva tal programación esixe a análise dos contratos que se van a realizar en cada período de tempo, o que *“indubidablemente presupón o coñecemento de que o órgano de contratación vai ter unha necesidade mantida no tempo dunha determinada prestación por un período de tempo superior a un ano. Por tanto, se o órgano de contratación cumpre coa súa obrigaçión de planificar adecuadamente a súa actividade contractual, é patente que a realización de prestacións idénticas en exercicios sucesivos ha de ser coñecida con carácter previo, o que pode levar a concluír que neste caso non se está reaccionando ante necesidades sobrevindas, descoñecidas ou novas, senón que, pola contra, se estaría a expor a utilización do contrato menor en fraude de lei”*

### **2. A oportunidade de establecer consultas preliminares**

A planificación e programación na contratación pública, pode levar asimilada o exposto no artigo 115 de a Lei de Contratos do Sector Público.

As consultas preliminares no mercado teñen como obxectivo para o órgano de contratación, obter información para poder definir as prescricións técnicas dunha futura licitación, cando non se ten suficiente coñecemento do mercado no sector ou ámbito obxecto dun futuro contrato. Por tanto, previamente a iniciar unha licitación, o órgano de contratación pode consultar ao mercado, tanto para informar ós operadores económicos das súas intencións e requisitos como para realizar un estudo ou avaliación sobre que solución sería a máis adecuada para adquirir bens ou servizos ou realizar unha obra, e desta maneira preparar adecuadamente o procedemento de contratación..

Así o artigo 115 recolle as consultas preliminares do mercado e defíneas como unha ferramenta para preparar correctamente a licitación e informar os operadores económicos dos seus plans e de os requisitos que se esixirán para poder concorrer ao procedemento. Entre as medidas que debe adoptar o órgano de contratación en as consultas preliminares, necesariamente deben estar:

- A comunicación a todos os participantes na consulta e aos posibles licitadores do contrato da información que se intercambiou na preparación do contrato cos operadores económicos que participaron nas consultas preliminares, e
- Na fase de licitación do contrato, dar uns prazos adecuados que garantan que todos os licitadores interesados poidan preparar e presentar as súas ofertas, en igualdade de condicións..

***Por tanto, os únicos límites que marca a normativa cando se realiza unha consulta preliminar ao mercado son non restrinxir a concorrència, non falsear a competencia e non vulnerar os principios de non discriminación e transparencia<sup>4</sup>.***

### 3. Vencemento do prazo de duración de un contrato

Pode continuarse a prestación do servizo, ata 9 meses máis, a condición de que o anuncio de licitación do novo contrato se publicase cunha antelación mínima de tres meses. A prestación do servizo como consecuencia desta prórroga (o propio precepto sinala expresamente que este prazo configúrase como unha prórroga) efectuarase coas mesmas condicións que o contrato do que trae causa, por aplicación do punto 2 do art. 29 cando sinala que o contrato poderá prever unha ou varias prórrogas sempre que as súas características permanezan inalterables durante o período de duración destas..

Estarase ante unha prórroga excepcional e forzosa para o contratista, que, dándose os requisitos previstos, a prestación se realizaría nos mesmos termos, aplicando non só as mesmas penalidades senón todas as condicións do contrato<sup>5</sup>

### 4. As ordes de continuidade

Pero a casuística vai máis aló cando, ante a necesidade do Concello de realizar a prestación do servizo unha vez finalizado o prazo de duración do anterior, óptase por realizar a prestación do servizo sen contrato, é dicir, por unha mera vía de feito, unha presunta relación contractual entre o órgano de contratación e o prestador do servizo, carente da existencia de pregos e de toda documentación que rexa a mesma, polo que a cuestión centraríase no réxime de invalidez; así, debe cuestionarse a validez dese acto de continuidade do servizo, e en concreto, se se estaría no suposto do art. 47.1 e) da lei 39/2015, do 1 de outubro, do Procedemento Administrativo Común das Administracións Públicas, que recolle a nulidade de pleno dereito dos actos ditados prescindindo total e absolutamente do procedemento legalmente establecido.

Partindo da nulidade do acto, a propia Lei de contratos sinala a posibilidade de continuar a prestación, aínda que co requisito de evitar que se produza un grave trastorno ao servizo público:

*Art. 42.3: “Se a declaración administrativa de nulidade dun contrato producise un grave trastorno ao servizo público, poderá dispoñerse en o mesmo acordo a continuación de os efectos*

---

<sup>4</sup> [https://contractacio.gencat.cat/web/.content/xestionar/regulacio-supervisio/dgcp\\_informes/consultas-preliminares-castelán.pdf](https://contractacio.gencat.cat/web/.content/xestionar/regulacio-supervisio/dgcp_informes/consultas-preliminares-castelán.pdf)

<sup>5</sup> Xuntas Consultivas de Contratación Administrativa, Informe, 14-12-2018

*daquel e baixo os seus mesmas cláusulas, ata que se adopten as medidas urxentes para evitar o prexuízo”*

### **2.3. A aplicación das normas sobre competencia a os servizos públicos locais.**

Os contratos de longa duración e as prórrogas das concesións supoñen unha severa restrición á competencia, en tanto que implican o peche absoluto do mercado durante todo o tempo en que se manteñen, sen permitir que se introduzan tensións competitivas no momento da licitación.<sup>6</sup>

Así, o sistema de concesión debe estar deseñado de maneira que no momento de competencia “polo mercado” pódase elixir á empresa capaz de ofrecer o servizo público nas mellores condicións de calidade e prezo<sup>7</sup>

A medida adoptada debe gardar relación cunha razón imperiosa de interese xeral. Ademais, a motivación ofrecida, que serve para realizar o control da actuación administrativa, debe poñer de manifesto que existe relación entre a medida adoptada (prórroga do contrato) e o obxectivo pretendido (non interrupción da execución) e que o mesmo podería alcanzarse por vías moito menos restritivas da competencia (principio de proporcionalidade)<sup>8</sup>

A xa citada Lei 9/2017, do 8 de novembro de Contratos do Sector Público é a norma de trasposición ao ordenamento xurídico español das Directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE e 2014/24/UE, do 26 de febreiro de 2014 que determina así mesmo no artigo 72 da referida directiva sobre "modificación dos contratos durante a súa vixencia", que as prórrogas de os prazos de execución de os contratos deben ser consideradas modificacións de contratos conforme a a definición que do concepto "modificación substancial" se realiza no referido artigo, en tanto que o é a modificación que amplíe o ámbito do contrato, como o é o prazo de execución do mesmo.

A concorrência permite trasladar á prestación do servizo público vantaxes tanto en relación coa súa eficiencia como cos seus custos. Así, débese velar porque a libre concorrência se respecte en todas as fases do procedemento de contratación pública (Requisitos de solvencia, criterios de adxudicación e condicións especiais de execución) para o que os pregos de

---

<sup>6</sup> VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. e ANEIROS PEREIRA, J., “Adecuación do sistema español de concesións para a prestación de servizos de transporte interurbano de viaxeiros por estrada ao dereito Comunitario. Estudo particular do réxime tributario do negocio concesionario”, en SANTAMARÍA PASTOR, J.A (Dir.) e CABALLERO SÁNCHEZ, R. (Coord.). As técnicas de regulación para a Competencia: unha visión horizontal dos sectores regulados, Ed. Lustel, Madrid, 2011, páxs. 217 a 252.

<sup>7</sup> Véxase por exemplo o xa moi interesante CNC, Informe sobre a competencia en o transporte interurbano de viaxeiros en autobús en España, 2009, en [https://www.cnmc.es/sites/default/files/1185856\\_7.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/1185856_7.pdf) ou o posteriores CONSELLO DE DEFENSA DA COMPETENCIA DE ANDALUCÍA, Informe para promover a competencia no sector do transporte público interurbano regular permanente de viaxeiros de uso xeral por estrada en Andalucía, decembro de 2012, en [http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/pdfs/l\\_0\\_3-12.pdf](http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/pdfs/l_0_3-12.pdf) o ACCO, Estudio sobre a competencia no transporte regular interurbano de viaxeiros por carreteira 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](http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/es_032010_concessions_transport_ca_st.pdf)

<sup>8</sup> Voto particular que formula a conselleira Pilar Canedo en EXPTE. A/04/2020 referente a a solicitude de impugnación do acordo do concello de Vigo de prórroga do servizo de transporte urbano colectivo de viaxeiros.

cláusulas administrativas e de prescricións técnicas resultan absolutamente determinantes (Ibáñez García, 2010: 2)

A Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia está lexitimada para recorrer aquelas actuacións administrativas que poidan supoñer unha restrición á libre competencia e así, de acordo con o que dispón o artigo 132.3 da LCSP, os órganos de contratación, a Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado ou os seus homólogos autonómicos e os órganos competentes para resolver o recurso especial en materia de contratación están obrigados a notificar á Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia ou ás autoridades autonómicas de competencia segundo os casos «*calquera feitos de os que teñan coñecemento no exercicio das súas funcións que poidan constituír infracción á lexislación de defensa da competencia*».<sup>9</sup>

*As restricións que se impoñan ás normas da competencia como consecuencia do establecemento dun servizo público deben estar xustificadas polas misións específicas ás que atende, ex artigo 106.2 do TFUE. Ademais, de acordo coa xurisprudencia ALTMARK, o ámbito máis ou menos restrinxido que poden ter os servizos públicos locais non é un obstáculo para que as restricións poidan ter incidencia a nivel de a Unión Europa.*

De interese resulta neste punto facer unha parada na Lei 27/2013, do 27 de decembro, de racionalización e sustentabilidade da Administración Local, a colación da súa Disposición Final primeira que modifica o Real Decreto Lexislativo 781/1986, do 18 de abril, polo que se aproba o texto refundido das disposicións legais vixentes en materia de Réxime Local, cando modifica o apartado segundo do artigo 97, quedando redactado en os seguintes termos:

*«2. Para a execución efectiva en réxime de monopolio das actividades reservadas de acordo con o disposto no artigo 86.2 da Lei 7/1985, do 2 de abril, Reguladora das Bases de Réxime Local <sup>10</sup>, requirirase o cumprimento dos trámites previstos no número anterior referidos á conveniencia do réxime de monopolio e solicitarase informe da autoridade de competencia correspondente aínda que o acordo a que se refire o seu apartado d) deberá ser optado por maioría absoluta do número legal de membros da Corporación.*

### **3. ORIENTACIÓNS PARA UNHA ADECUADA LICITACIÓN**

Como o propio Concello e as súas áreas, departamentos ou servizos seguro que coñece, deberá deseñarse un procedemento de licitación pública que permita a presentación de ofertas competitivas que aseguren o axuste das condicións ineficientes, de modo que o resultado da licitación permita explotar o servizo en mellores condicións para a colectividade, en favor tanto da eficiencia no gasto público como dos usuarios do servizo, tanto vía prezos como vía prestacións. Isto permitirá o axuste das condicións do servizo por parte do operador adjudicatario, de maneira que sexa o mercado o que permita impoñer condicións de tendencia á eficiencia.

---

<sup>9</sup> Galán Vioque, R. (2020). A progresiva apertura de os servizos públicos locais a a libre competencia. Revista De Estudos De A Administración Local E Autonómica, (14), 69–87. <https://doi.org/10.24965/reala.i14.10854>

<sup>10</sup> Abastecemento e depuración de augas; recollida, tratamento e aproveitamento de residuos; subministración de gas e calefacción; matadoiros, mercados e lonxas centrais; transporte público de viaxeiros; servizos mortuorios.

Antes de expor unha adxudicación de dereitos exclusivos, procedería, como xa se manifestou pola CNMC en diversos informes, avaliar a posibilidade de adoptar medidas de intervención pública menos intensas como, por exemplo, outorgar licenzas a diversos operadores que compitan no mercado ou, mesmo, a liberalización do servizo.

A este respecto, lémbrese que os Considerandos 726 e 827 do Regulamento 1370/2007 avogan por esta posibilidade. O obxectivo último de calquera orientación no ámbito da contratación é a de favorecer a competitividade nos procesos de contratación pública, e así, as presentes pretende ser un ferramenta básica e útil que contribúa a a difusión e observancia de os principios inspiradores da contratación.

Con todo, non se pretende realizar propostas relativas á modificación da normativa de contratación pública, nin sentar criterios interpretativos de carácter xurídico senón simplemente presentar recomendacións que favorezan e observen os principios da competencia; todo iso, sen vinculación nin prexuízo das valoracións futuras que resulten da actividade dos correspondentes órganos de control tanto da contratación pública como da libre competencia.

Segundo se explica nos distintos documentos e guías elaboradas sobre contratación pública e competencia, existen dous parámetros nos cales o sector público convértese en elemento crucial á hora de preservar a libre competencia:

- A. Desenvolvendo procedementos de contratación que nin no seu deseño, nin no seu desenvolvemento, nin posteriormente na execución do contrato introduzan restricións inxustificadas á competencia.
- B. Axudando a previr e combater potenciais actuacións ilícitas de colusión das empresas oferentes no proceso de contratación, isto é, as actuacións de manipulación fraudulenta de ofertas (coñecido internacionalmente como *bid rigging*).

Unha competencia adecuada entre licitadores comporta uns resultados máis favorables en termos de menor prezo e maior calidade para o órgano adxudicador, e por tanto para o interese xeral.

A Lei 9/2017, do 8 de novembro, de Contratos do Sector Público (LCSP) incorporou distintas medidas orientadas a diminuír a probabilidade de aparición de condutas anticompetitivas en a contratación pública.

A inclusión na LCSP de medidas concretas destinadas a lograr avances efectivos en materia de defensa de a competencia resulta adecuado, a xuízo de a Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia (CNMC), na medida en que en «*a contratación pública conflúen circunstancias que a converten, inherentemente, nunha área relativamente máis proclive á existencia de prácticas irregulares desde o punto de vista da competencia que prexudican, se non se corrixen, a a Administración Pública, aos potenciais competidores e, en último termo, ós cidadáns e contribuíntes*»

Así, os artigos 1 e 132 da LCSP establecen a eficiente utilización dos fondos públicos a través da salvagarda da libre competencia como un dos principios informadores da Lei, ao que debe suxeitarse imperativamente a contratación pública.

Ademais, na LCSP outórgaselle nas licitacións públicas ás Autoridades de Defensa da Competencia un novo rol:

*1ª.- Ao establecer que se no exercicio das súas funcións a mesa de contratación ou, na súa falta, o órgano de contratación tivese indicios fundados de condutas colusorias no procedemento de contratación, no sentido definido no artigo 1 da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de Defensa da Competencia (LDC), trasladaraos con carácter previo á adxudicación do contrato á CNMC ou, no seu caso, á autoridade de competencia autonómica correspondente, a efectos de que, a través de un procedemento sumarísimo, que se regulará regulamentariamente, se salvagarde a libre competencia.*

Deste xeito, a LCSP considerou adecuado introducir un mandato xeral aos órganos de contratación, os órganos consultivos e os órganos competentes para resolver o recurso especial, de velar en todo o procedemento de adxudicación pola salvagarda da libre competencia; con todo, ese procedemento está pendente de desenvolvemento regulamentario (artigo 150.1 da LCSP).

Doutra banda, a LCSP para facilitar o acceso á contratación pública a un maior número de empresas, investiu a regra da división en lotes dos contratos que se aplicaba ata o momento. Desta forma, salvo no contrato de concesión de obra, o órgano de contratación deberá explicar no expediente os motivos que xustifican a non división do contrato en lotes. A LCSP entende que está xustificada a non división en lotes do obxecto do contrato cando a división implique o risco de restrinxir inxustificadamente a competencia. Para os efectos de aplicar este criterio, o órgano de contratación debe solicitar informe previo á CNMC (ou autoridade de competencia autonómica) para que se pronuncie sobre a concorrencia desta circunstancia.

Esta medida facilita o acceso ao mercado de empresas que, de licitarse o proxecto nun único contrato, non dispoñerían da capacidade produtiva para acometelo de maneira individual e que, por tanto, non poderían presentarse ao concurso. Ante esta situación, ditas empresas poderían establecer contactos para negociar unha posible concorrencia ao concurso en UTE con outras empresas que dispuxesen de os recursos de os que as primeiras carecesen.

É destacable que, coa non observancia das previsións legais en materia de competencia, introduciuse a posibilidade de sancionar en materia de falseamento da competencia; é unha medida relacionada coa prevención de prácticas anticompetitivas e referida concretamente á prohibición de contratar co sector público por ser sancionado con carácter firme por unha infracción grave.

### **3.1. O procedemento de contratación pública. O caso concreto do deseño dos pregos.**

A Lei 9/2017, do 8 de novembro, de Contratos do Sector Público (LCSP) describe e detalla o procedemento de contratación pública dividíndoo en 5 fases:

Fase I: Decisión.

Fase II: Selección do procedemento.

Fase III: Deseño dos pregos.

Fase IV: Desenvolvemento do procedemento de licitación

pública. Fase V: Execución do contrato público.

Neste documento imos centrarnos na fase III, o deseño dos pregos de contratación xa que os pregos de condicións dos contratos son os documentos que determinan o acceso á concorrência por parte dos potenciais licitadores, así como as principais variables do contrato.

Por iso, os entes públicos responsables da súa elaboración deben tratar de deseñar uns pregos exhaustivos e detallados, que garantan a non discriminación e a libre concorrência.

As persoas naturais ou xurídicas que queiran contratar co sector público teñen que acreditar que teñen plena capacidade de obrar, que non están incursas nalgunha prohibición de contratar, e que teñen a solvencia económica e financeira, e técnica ou profesional requirida ou, en os casos que así o esixe a LCSP, que se atopan debidamente clasificadas (Art. 74 LCSP).

En relación co deseño de pregos han de terse en conta os seguintes aspectos, que se desenvolven a continuación:

**A. O acceso á licitación virá determinado por:**

- a) Prohibicións de contratar
- b) Esixencia de solvencia e clasificación dos licitadores
- c) Esixencia dunha determinada forma xurídica
- d) Discriminación por razóns de territorio.
- e) Requisitos técnicos e económicos innecesarios ou excesivos
- f) Esixencia de certificacións, habilitacións, colexiacións

Sería recomendable que os órganos de contratación opten por unha pluralidade de criterios de solvencia alternativos en lugar de por un único criterio excluínte, posibilidade que ofrece a normativa de contratación.

Os criterios de solvencia esixidos polo órgano de contratación deberán ser xustificados, razoables, non discriminatorios e proporcionais á dimensión e obxecto do contrato.

En calquera caso, á hora de determinar a solvencia débese ter presente que non debe supoñer un obstáculo para a participación das pequenas e medianas empresas.

Está prohibida toda referencia a cláusulas das que puidesen derivarse diferenzas de trato en función da nacionalidade, lingua, domicilio ou territorio do adxudicatario.

**B. Criterios de adxudicación.**

A mellor relación calidade-prezo debe realizarse conforme criterios económicos e tamén cualitativos. Os órganos de contratación deben asegurarse de que os criterios de adxudicación permitan obter prestacións de gran calidade mediante a inclusión de os criterios cualitativos.

**C. Duración dos contratos.**

Establecer prazos demasiado longos dificultará a entrada para novos operadores durante a vixencia do contrato, aínda que, o establecemento de prazos demasiado curtos pode dificultar a entrada de novos operadores que necesiten facer investimentos que non poidan ser amortizadas no prazo de execución..

- As prórrogas han de contemplarse nos pregos correspondentes.

En termos xerais:

- Os contratos deben someterse a concorrència periodicamente.
- Non deben darse prórrogas sobrevindas ou en casos de acontecementos imprevisibles, salvo excepcións.
- Só debe recorrerse á prórroga de maneira excepcional.
- Os prazos contractuais han de estar directamente relacionados co período de amortización dos investimentos necesarios para a execución contractual.
- O prazo máximo contractual non debe ser esgotado necesariamente.

Para máis detalle recoméndase ver a Guía sobre Contratación Pública e competencia elaborado pola Autoridade Vasca da competencia.

Existen certos elementos normativos que se consideran que poden ter un impacto significativo na competencia, e así, seguindo a “guía para a prevención e detección da colusión na contratación pública” da Autoridade catalá da competencia, ofrécense unhas pautas coa intención de que os órganos de contratación poidan minimizar o risco de colusión no procedemento de adxudicación..

Estes elementos normativos atópanse ordenados de conformidade coa orde cronolóxica que habitualmente se segue nun procedemento de licitación estándar.

### **3.2. Sistemas de racionalización técnica da contratación.**

#### 1. Procedemento de adxudicación.

Existen procedementos (o negociado, o dialogo competitivo e o restrinxido) que poden facilitar repartición de mercado ou rotación de ofertas entre empresas solicitadas. Unha vez identificados os invitados para licitar, a competencia producirase unicamente entre eles, de maneira que podería ser máis fácil coludir. Acordos marco ou sistemas dinámicos de contratación poden facilitar a colusión en prezos entre elas na contratación derivada.

#### 2. Fraccionamento en lotes.

O fraccionamento en lotes podería facilitar a repartición entre as potenciais empresas licitadoras facendo máis propicio un acordo colusorio.

#### 3. Criterios de valoración das ofertas

A utilización de criterios de valoración subxectivos ou discrecionais non pode facilitar actuacións administrativas restritivas da competencia sen xustificación.

#### 4. Duración dos contratos

Unha curta duración do contrato podería facilitar a implantación dun acordo colusorio en a modalidade de rotación de ofertas..

#### 5. Requisitos de solvencia

As esixencias en materia de solvencia -independentemente da súa forma de acreditación- constitúen obstáculos para o acceso a unha licitación cando non son necesarios ou



proporcionais ao obxecto do contrato, de maneira que reducen a competencia que pode ter lugar nestes procedementos e incrementan o risco de colusión.

#### 6. As prescricións técnicas

As prescricións técnicas teñen que ser o bastante flexibles como para permitir o acceso a un número importante de licitadores. Desta maneira, increméntase a competencia e redúcese o risco de colusión..

#### 7. Garantía provisional

A esixencia de garantías provisionais a potenciais licitadores como condición para presentar ofertas dificulta a participación no proceso de licitación e podería incrementar o risco de colusión..

#### 8. Publicidade e transparencia

Canto maior sexa o grao de información do cal dispoñen os potenciais licitadores, maior será o número de participantes efectivos no proceso de licitación, feito que diminúe, a priori, o risco de colusión..

#### 9. Comunicación entre oferentes

A comunicación entre empresas é esencial tanto para o establecemento como para o sostemento de un acordo colusorio, de maneira que é importante evitar, na medida do posible, reunir provedores potenciais mediante a organización de reunións previas á presentación de ofertas..

#### 10. Unións temporais de empresas.

A constitución dunha UTE por parte de empresas que poden participar nunha licitación autonomamente e que, por tanto, non necesitan este mecanismo para participar na licitación pública pode ser contraria á competencia.

#### 11. Clasificación empresarial.

Unha excesiva compartimentación da oferta a través do sistema de clasificación restrinxe a competencia a cada un destes ámbitos xerando barreiras á entrada innecesarias e aumentando o risco de colusión..

#### 12. Subcontratación.

A subcontratación non ten que servir como un mecanismo para encubrir unha repartición dos beneficios contractuais.

## 4. CONCLUSIÓN

Un dos principais riscos no deseño dos pregos resulta de non evitar prácticas anticompetitivas cando:

- Non se detectan os conflitos de interese dos servidores públicos que responden ás solicitudes de información ou aclaracións durante o prazo para a presentación das

ofertas, que custodian as proposicións recibidas ou, en procedementos con negociación, que coñecen o contido das negociacións con cada candidato ou licitador.

- Non detectar ofertas de subornos, demandas de comisións ou outros beneficios ilexítimos a cambio de información privilexiada durante a fase de licitación..
- Crear déficits ou asimetrías na información facilitada ós operadores económicos.
- Non detectar prácticas colusorias ou non responder de forma adecuada.
- Non se ten a previsión de velar pola confidencialidade das proposicións ata a súa apertura pública.
- Falsear a negociación naqueles procedementos que a contemplan antes da presentación das ofertas definitivas.

Desas prácticas no deseño derívanse e identifican posteriores restricións que afloran no momento de prorrogar un contrato xa que poden supoñer restricións á entrada de novos competidores no mercado potencial.

Igualmente identifícanse vulneracións das previsións iniciais da licitación. (prezos e duración)

De interese tamén resulta que se analicen os mecanismos de impugnación ante o acordo de prórroga forzosa por parte de os potenciais contratistas.

A duración no tempo do contrato, máis que resultar unha vantaxe, convértese en moitos casos nun inconveniente provocado pola necesidade de actualizar técnicas e tecnoloxías, procesos e procedementos acordes ao mercado e á prestación dun adecuado servizo.

En definitiva, é moi relevante a elección ou definir cando acudir a unha licitación dunha concesión dun servizo público e cando a un contrato, así como unha correcta determinación da asunción risco: se o asume o adxudicatario, a concesión, o que tamén implica definir ben o risco operacional e circunstancia da concesión (prazo amortización investimento, outras razóns analizadas). Evitar: comodidade, fíxose así, permíteo a lei... que sexa máis eficiente.

As prórrogas das concesións de os servizos públicos deberían transformarse nun instrumento máis restritivo. Só en casos excepcionais e preferentemente con informe da autoridade competencia correspondente.

**Para a elaboración tívose en conta:**

- COMISIÓN NACIONAL DOS MERCADOS E A COMPETENCIA. “Análise da Contratación Pública en España: Oportunidades de mellora desde o punto de vista da competencia”. Febreiro de 2015. <https://www.cnmc.es/2015-02-23-a-cnmc-publica-o-seu-documento-de-analisis-de-a-contratacion-publica-en-espana-355374>
- AUTORITAT CATALÁ DA COMPETENCIA. “Guía para a prevención e detección da colusión na contratación pública”. Xuño de 2010.. [http://acco.gencat.cat/web/.content/80\\_acco/documents/arxiu/guia\\_prev\\_det\\_colusio\\_contractacio\\_publica\\_esp.pdf](http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/guia_prev_det_colusio_contractacio_publica_esp.pdf)
- COMISIÓN NACIONAL DA COMPETENCIA. “Guía sobre Contratación Pública e Competencia: planificación da contratación” <https://www.cnmc.es/guia-contratacion-publica-competencia-planificacion>
- Oficina Antifrau de Catalunya. Identificació dels rochas en a fase de licitació. Documents de treball 3. 15 de maig de 2018. [https://antifrau.cat/sites/default/files/Documents/Recursos/EG01\\_identificacio-rochas-fase-preparacio.pdf](https://antifrau.cat/sites/default/files/Documents/Recursos/EG01_identificacio-rochas-fase-preparacio.pdf)
- Guía sobre Contratación Pública e Competencia. Autoridade Vasca de a Competencia. [https://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/guias\\_gidak/é\\_guias/adjuntos/GUIA\\_CONTRATACION\\_COMPETENCIA\\_é.pdf](https://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/guias_gidak/é_guias/adjuntos/GUIA_CONTRATACION_COMPETENCIA_é.pdf)
- Iglesias Rey, Patricia; “A necesaria cooperación entre os Tribunais de Recursos contractuais e as Autoridades de Defensa de a Competencia ante prácticas anticompetitivas” en Observatorio de contratación pública, 2019
- Guía sobre Contratación Pública e Competencia da CNMC en <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/competencia/normativa-e-guias>.
- Recomendacións da CNMC aos poderes públicos para fomentar a competencia como motor da recuperación económica. <https://www.cnmc.es/guia-recomendacións-poderes-publicos>