

Nº 22
Segundo trimestre 2020

Gabilex

REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

Número 22. Junio 2020

**Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo
Blanch**

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

DIRECCIÓN

D^a M^a Belén López Donaire

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Jaime Pintos Santiago

Doctor en Derecho y Abogado-Consultor especialista en contratación pública.

Funcionario del Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Director adjunto de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos.

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.



COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Álvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.

Secretaria de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Vigo.

D. Jordi Gimeno Bevia

Profesor Dr. Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director Académico de Internacionalización de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y Justicia. Gobierno de Cantabria.

Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción 11

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

CONTRIBUCIONES ESPECIALES Y ÁREAS
SEMICONOLIDADAS O DISEMINADAS.

D. Santiago González-Varas Ibáñez 15

LA NECESARIA Y DIFÍCIL LIMITACIÓN A LA POTESTAD
DE REVISIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

D^a Eva María Menéndez Sebastián 47

LA EJECUTIVIDAD DE LAS SANCIONES
ADMINISTRATIVAS.

D^a Carmen Martín Fernández 91

EL ACCESO DE LA PYME A LA COMPRA PÚBLICA DESDE
LA PERSPECTIVA DE LA GARANTÍA DEL PRINCIPIO DE
LIBRE COMPETENCIA.

D. Roberto Carrodegua Méndez 199

SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR JAIME PINTOS SANTIAGO



EL PRINCIPIO DE BALANCE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

D. César Augusto Romero Molica y

D. Luis Adrian Gómez Monterroza 265

A PROPÓSITO DEL COVID – 19: MEDIDAS ADOPTADAS POR EL GOBIERNO ARGENTINO EN MATERIA DE EMERGENCIA Y CONTRATACIÓN PÚBLICA.

D. Martín Galli Basualdo 307

BASES DE PUBLICACIÓN..... 323

EL ACCESO DE LA PYME A LA COMPRA PÚBLICA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA GARANTÍA DEL PRINCIPIO DE LIBRE COMPETENCIA

SME'S ACCESS TO PUBLIC PROCUREMENT FROM THE PERSPECTIVE OF THE GUARANTEE OF A PRINCIPLE OF FREE COMPETITION

Roberto Carrodegua Méndez

Funcionario con Habilitación de Carácter Nacional.
Máster en Contratación Pública Local

Resumen: En el marco de la Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada "Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador", la Directiva 2014/24/UE, de Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 consagra en su artículo 18 el principio de competencia. El reconocimiento de este principio se ve reforzado en el texto europeo mediante la introducción de un conjunto de medidas orientadas a fomentar una mayor participación de las pymes en la compra pública y evitar la colusión entre empresas, sentando las bases sólidas



de un nuevo modelo de contratación estratégica que encuentra su actual reflejo normativo, en nuestro ordenamiento jurídico interno, en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Este artículo pretende efectuar un breve estudio de las diferentes medidas diseñadas a nivel europeo y nacional con el propósito de impulsar el acceso de las pymes al mercado de aprovisionamiento del sector público; focalizando en el análisis de determinadas cuestiones de defensa de la competencia que afectan a poderes adjudicadores y operadores económicos y que persiguen, en último término, favorecer la concurrencia.

Palabras clave: Directivas; contratación pública; competencia; colusión; transparencia.

Abstract: In the framework of the Europe 2020 Strategy, established in the Commission Communication of 3 March 2010 entitled "Europe 2020, a strategy for smart, sustainable and inclusive growth", Directive 2014/24/EU, of the European Parliament and of the Council, of 26 February 2014 establishes in its article 18 the principle of competence. Recognition of this principle is reinforced in the European text by introducing a set of measures aimed at encouraging greater participation of smes in public purchasing and avoiding collusion between companies, laying the solid foundations for a new strategic procurement model that finds its current normative reflex, in our internal legal system, in Law 9/2017, November 8, Public Sector Contracts.

This article aims to carry out a brief study of the different measures designed at European and national level with the purpose of promoting the access of smes to the public sector supply market; focusing on the analysis of certain issues of defense of competition that affect

contracting authorities and economic operators and that ultimately seek to promote competition.

Key words: Directives; public procurement; competition; collusion; transparency.

Sumario:

I. CUESTIONES PREVIAS

II. COMPETENCIA-PYME: UN BINOMIO EN EL DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS

1. Antecedentes jurisprudenciales

2. De la Carta Europa de la Pequeña Empresa a la Directiva 2014/24/UE

III. LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. APROXIMACIÓN AL ESTUDIO DEL PRINCIPIO DE COMPETENCIA

1. Medidas para favorecer el acceso y promover la concurrencia de las pymes en el ámbito de la contratación pública

2. Medidas para fortalecer la persecución de prácticas restrictivas de la competencia en el ámbito de la contratación pública

3. Restricciones al principio de competencia en la contratación pública

IV. REFLEXIÓN CONCLUSIVA

V. BIBLIOGRAFÍA

I. CUESTIONES PREVIAS.

La política de competencia constituye para el Derecho de la Unión Europea uno de los principales cimientos del mercado interior, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estarán garantizados de acuerdo con las disposiciones de los Tratados. Su origen se remonta al Tratado de la CECA de 1951, que introduce determinados conceptos que



posteriormente serán desarrollados por el Tratado de Roma de 1957, cuyo art. 3g) la define como “un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior”.

En la actualidad, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), cuya entrada en vigor tuvo lugar el 1 de diciembre de 2009, dedica el Título VII, bajo la rúbrica “Normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones”, a regular esta política. Su importancia queda reflejada en el art. 101 TFUE al determinar que serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia. No en vano, uno de los principales objetivos de la política de la Unión Europea, desde su origen, ha sido alcanzar un mercado interior único sin fronteras en el que la libre competencia no resulte falseada. Objetivo este último que se mantiene en la Agenda Estratégica de la UE para 2019-2024, en la medida en que una base económica sólida resulta de vital trascendencia para la competitividad, la prosperidad y la creación de empleo, así como para que Europa pueda desempeñar un papel en la escena mundial.

En España, nuestro texto constitucional de 1978 contiene previsiones parecidas –mutatis mutandis cuando reconoce en el art. 38 la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y la garantía y protección de la misma por los poderes públicos, de acuerdo con las exigencias de la economía en general y, en su caso, de la planificación.

La existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes. Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad. En este contexto, existe un acuerdo generalizado con respecto a la creciente importancia de la defensa de la competencia, que se ha consolidado como uno de los elementos principales de la política económica en la actualidad¹⁶⁵.

Recientemente, en marzo de 2019, la Comisión Europea y la Alta Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad adoptaban una Comunicación Conjunta dirigida al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo titulada “UE-China: Una perspectiva estratégica” (Comunicación), en la que se enfatizaba la necesidad de la Unión Europea de acoger “un enfoque proactivo para reforzar su competitividad económica y garantizar unas condiciones de competencia equitativas”, destacando que “la creación de un mercado único de contratación pública es uno de los principales logros del mercado interior”.

Y es que, en efecto, la garantía de un mercado competitivo se encuentra estrechamente vinculada con el papel clave y esencial que sigue desempeñando la contratación pública en la economía comunitaria. Constituye una herramienta esencial para el crecimiento económico dado que la adquisición de obras, suministros

¹⁶⁵ Vid. Preámbulo de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (B.O.E. número 159, de 4 de julio de 2007).



y servicios por las autoridades nacionales representa aproximadamente una quinta parte del PIB de la Unión. A lo expuesto, se añade, según datos de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), que los Estados dedican más del 30% del presupuesto de gastos a la contratación pública, convirtiéndose en un pilar fundamental de la gobernanza estratégica que debe orientarse a alcanzar objetivos de política de protección ambiental, innovación, creación de empleo y de desarrollo de la pequeña y mediana empresa.

Con acierto, GIMENO FELIU ha puesto en valor el cambio de una visión burocrática de la compra pública, diseñada desde una perspectiva hacendística y con escasa prospectiva, evolucionando hacia la idea la contratación pública como “herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas”¹⁶⁶.

Por otro lado, observamos que, con carácter general, la eficiencia en la gestión del aprovisionamiento público está estrechamente vinculada a la competencia. Cabe afirmar con rotundidad que, sin el aumento de esta última, resulta difícil alcanzar las mejores condiciones en términos de precio y calidad para el bienestar de los ciudadanos. Debido a este motivo, las normas de contratación pública están diseñadas para beneficiar tanto a los operadores económicos como a los poderes adjudicadores. La estrategia pasa necesariamente por impulsar oportunidades de mercado para los primeros e

¹⁶⁶ Vid. GIMENO FELIU, J.M. “Compra pública estratégica”, en libro colectivo Contratación pública estratégica, coord. por PERNAS GARCÍA, J., Aranzadi, 2013, Cizur Menor, págs. 45-80.

incrementar simultáneamente la cartera de proveedores de los segundos.

Por esta razón, si los poderes adjudicadores diseñan herramientas que faciliten el acceso a la contratación pública de los potenciales licitadores, probablemente se generen un mayor número de ofertas que respondan a sus necesidades de contratación, redundando el incremento de la competencia en una mayor eficiencia. En otras palabras, se pretende “contratar mejor, gastar menos”¹⁶⁷.

Del examen anterior, se observa que la contratación pública debe estar abierta al mercado, evitando que la competencia resulte falseada. De ahí que resulte conveniente plantear una reflexión acerca de si el sistema de compra pública diseñado por el legislador responde a las necesidades derivadas de un contexto marcado por la globalización.

A decir verdad, hay que poner de relieve que Bruselas ha puesto bajo lupa la contratación pública española en reiteradas ocasiones. A título de ejemplo, en el Informe España 2017, elaborado por la Comisión, se advertía, entre otros extremos, que nuestro marco de contratación pública no fomentaba la eficiencia y la conformidad con la legislación vigente. El documento añadía que se habían tomado algunas medidas para mejorar las prácticas en materia de contratación pública, pero subsistían deficiencias, tales como el bajo nivel de coordinación entre los distintos niveles de las Administraciones Públicas, la insuficiencia de los mecanismos de control, la falta de transparencia y una

¹⁶⁷ Vid. MERINO ESTRADA, V. y RIVERO ORTEGA, R. “Gestionar mejor, gastar menos: una guía para la sostenibilidad municipal”, CEMCI, Granada, 2011.



utilización relativamente baja de las adquisiciones centralizadas¹⁶⁸. A su vez, en el estudio de la Comisión Europea sobre Contratación pública en Europa (EU Single Market Scoreboard on public procurement), realizado sobre datos de 2017 anteriores a la entrada en vigor de la nueva Ley de Contratos, España aparecía como el país con más indicadores negativos, destacando, de entre los doce indicadores que lo conformaban, la escasa concurrencia y las dificultades burocráticas. Además, el documento revelaba la escasa participación en las licitaciones públicas de las pequeñas y medianas empresas (pymes), demostrando la existencia de barreras y dificultades para acceder a este mercado.

Conviene destacar que existe un consenso generalizado acerca de que la competencia y concurrencia en el mercado benefician a todos. Aunque suponga anticipar conclusiones, podemos afirmar que cualquier iniciativa orientada a alcanzar la plenitud de estos principios no puede ser concebida sin el apoyo y participación activa de las pymes.

Así pues, hagamos hincapié en el papel protagonista de las microempresas y las pymes, ya que conforman la columna vertebral de la economía de los veintiocho países de la Unión, comportándose como fuente clave de puestos de trabajo y semillero de ideas empresariales. Se convierten, de esta manera, en uno de los principales motores en la creación de empleo, de innovación y crecimiento económico, debiendo los poderes públicos promover condiciones que faciliten el acceso a los

¹⁶⁸ Documento de trabajo de los servicios de la Comisión "Informe sobre España 2017, con un examen exhaustivo relativo a la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos" (SWD 2017, 74 final, 22 de febrero de 2017).

contratos públicos para liberar plenamente su potencial, generando competitividad.

Tradicionalmente, la significación de las pymes en el tejido productivo no ha guardado proporcionalidad con su intervención en el mercado de la compra pública. Consciente de esta problemática, la UE ha impulsado una política orientada hacia su mayor participación en la contratación sobre la convicción de que la misma generaría una competencia más intensa por la obtención de contratos públicos, lo que ofrecería a los poderes adjudicadores una mejor relación calidad-precio. Por otra parte, la mayor competitividad y transparencia de las prácticas de contratación pública permitiría a las pymes desarrollar su potencial de crecimiento e innovación, con el consiguiente efecto positivo sobre la economía europea.

Desde esta perspectiva, cualquier política orientada a la mejora de la gobernanza y posicionamiento de Europa en el entorno económico global deberá ser diseñada tomándolas en consideración de forma prioritaria, ya que suponen más del 99% de las empresas, representando poco más del 50% del Valor Añadido Bruto y el 67% del empleo empresarial total. Nueve de cada diez empresas son pymes, generando dos de cada tres puestos de trabajo. Sin embargo, a pesar de su importancia, las pymes logran solamente el 45% del valor de los contratos públicos por encima de los umbrales de la UE, claramente por debajo de su peso en la economía.

A tenor de lo anteriormente expuesto y con el ánimo de alcanzar algunas conclusiones que permitan valorar el papel protagonista que las pymes están llamadas a asumir en el marco de la contratación pública estratégica, socialmente responsable y competitiva,



abordamos en las próximas páginas, desde la perspectiva del derecho nacional y europeo, el estudio de diferentes medidas jurídicas de fomento orientadas a facilitar su participación en la compra pública; focalizando en determinadas cuestiones de defensa de la competencia que sirven para garantizar una contratación pública más justa y eficiente, tanto desde la perspectiva de los poderes adjudicadores como de los propios operadores económicos activos en el mercado.

II. COMPETENCIA-PYME: UN BINOMIO EN EL DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS.

1. Antecedentes jurisprudenciales.

Sabido es que el sector de la contratación pública en el ámbito comunitario reviste una importancia capital. A pesar de ello, el denominado derecho originario de la Unión Europea, conformado por los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y sus respectivas modificaciones, no contiene una referencia expresa a la contratación pública. No obstante, los Tratados originarios, que se sitúan a la cabeza del ordenamiento jurídico y sirven de parámetro de validez e interpretación del resto de las normas, recogen determinados principios y libertades que posteriormente se consagran como principios generales de la contratación pública. Estos principios se convierten en el fundamento del desarrollo del Derecho europeo de contratos y sirven para justificar los fines perseguidos por las Directivas en cada momento histórico.

Cabe recordar que el establecimiento y funcionamiento del mercado interior se convierte en el

título competencial habilitante para que las instituciones comunitarias puedan intervenir en este ámbito (art. 114 TFUE), justificando la adopción de medidas encaminadas a garantizar la competencia efectiva entre los distintos operadores económicos.

Precisamente por ello resulta imprescindible armonizar la legislación de contratos públicos de los diferentes Estados, impulsando desde la Unión Europea la aprobación de toda una serie de Directivas comunitarias que pretenden asegurar, en última instancia, el respeto en la contratación pública de los principios de objetividad, transparencia, publicidad y no discriminación, para garantizar el establecimiento del mercado interior y evitar que la competencia resulte falseada. De hecho, podemos afirmar que la legislación europea sobre contratación pública desempeña un destacado papel en el desarrollo del mercado único y en el uso eficiente y eficaz de los fondos públicos.

Paralelamente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha confeccionado una consolidada jurisprudencia orientada a garantizar el cumplimiento de estos principios generales con objetivo de alcanzar un mercado único de la contratación pública competitivo, que garantice la igualdad de condiciones de todos los operadores económicos que participan en él. En reiteradas ocasiones, el Alto Tribunal ha recogido en sus sentencias que el objetivo de las Directivas europeas sobre adjudicación de contratos públicos no es otro que fomentar la libre competencia, garantizando aquellos principios esenciales. Estos principios generales se caracterizan por su transversalidad, alcanzando a todas las fases del contrato e inciden directamente en el ámbito interno, en virtud de los principios de aplicabilidad y primacía del Derecho comunitario europeo.



En esta línea, conviene indicar que los principios generales obligan a cumplir fielmente las disposiciones de la normativa europea sobre contratación pública, preservando el efecto útil de las Directivas; no sólo mediante la interpretación conforme del Derecho nacional con el comunitario europeo, sino también a través de la técnica de la inaplicación del Derecho nacional contrario al Derecho comunitario¹⁶⁹, con independencia del rango de la norma nacional, permitiendo así un control desconcentrado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea¹⁷⁰.

A modo de resumen, el Tribunal de Estrasburgo ha reiterado en numerosas sentencias que el Derecho europeo sobre contratación pública no se agota en las Directivas, siendo aplicable a determinados contratos, que por su cuantía no están sujetos a las mismas, las normas fundamentales del Tratado (entre otras, Sentencia del TJCE de 7 de diciembre de 2000, asunto C-324/98, Teleaustria, Sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, Parking Brixen GmbH y Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-203/08, Sporting Exchange Ltd).

¹⁶⁹ Entre otras, Sentencia del TJCE de 9 de marzo de 1978, asunto 106/77, Simmenthal; Sentencia del TJUE de 22 de junio de 2010, asunto C-188/10 y C-189/10, Melki y Abdeli; Sentencia del TJUE de 5 de octubre de 2010, asunto C-173/09, Elchinov. Y Sentencia del TJCE de 27 de febrero de 2003, asunto C-327/00, Santex.

¹⁷⁰ Entre otras, Sentencia del TJCE de 17 de diciembre de 1970, asunto 11/70, Internationale Handelsgesellschaft y Sentencia del TJCE de 16 de diciembre de 2008, asunto C-213/07, Michaniki.

En efecto, el principio de igualdad, que constituye la base de las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, tiene el objetivo de favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación pública, exige que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en la formulación de los términos de sus ofertas e implica pues que éstas se sometan a las mismas condiciones para todos los competidores¹⁷¹.

Por su parte, como principio básico de la contratación pública orientado a generar competencia, el principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora¹⁷². Exige que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores respondan a los criterios aplicables al contrato de que se trate¹⁷³.

¹⁷¹ Vid. Sentencia del TJCE de 29 de abril de 2004, asunto C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, apartados 109 y 110.

¹⁷² Vid. Sentencia del TGUE de 31 de enero de 2013, asunto T-235/11, *España contra Comisión Europea*, apartado 48.

¹⁷³ Vid. Sentencia del TJCE de 29 de abril de 2004, asunto C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, apartado 111.



Sentada la necesidad de garantizar el principio de igualdad, y dada la importancia de los intereses empresariales que concurren en la compra pública, defendemos la necesidad de fijar unas reglas de juego con el fin de evitar comportamientos abusivos y prácticas comerciales opacas que puedan distorsionar la competencia en el mercado; superando, de esta manera, patologías asociadas a la contratación pública de nuestros días.

Se trata, en definitiva, de materializar el derecho y el deber una “buena administración”, al garantizar en este campo la ética, la integridad, la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción¹⁷⁴. No en vano, las prácticas anticompetitivas se traducen en pérdida de confianza de las instituciones, ineficiencia en la gestión del gasto público e innecesario desaprovechamiento de los recursos en la prestación de los servicios públicos¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Al respecto, resulta interesante la lectura del estudio divulgado el 19 de noviembre de 2016 por la revista británica *The Economist* («Procurement spending: Rigging the bids»), basado en el análisis de los contratos públicos europeos publicados en el *Tenders Electronic Daily* (TED) en el que se afirma que la contratación gubernamental se está volviendo menos competitiva y, a menudo, más corrupta. La competencia en contratos públicos es baja y está descendiendo en toda la Unión Europea.

¹⁷⁵ Al respecto, puede consultarse el Informe E/CNMC/004/18: Radiografía de los procedimientos de contratación pública en España. En este documento, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) concluye que los procedimientos abiertos y transparentes producen un ahorro de casi un 10% de media en los importes de adjudicación; la Administración utiliza de forma generalizada procedimientos

Al mismo tiempo, una menor tensión competitiva se traduce en un incremento potencial en el riesgo de colusión; es decir, las actuaciones de manipulación de ofertas o “big rigging” en el derecho anglosajón.

En cualquier caso, interesa dejar aquí apuntado que la jurisprudencia comunitaria ha destacado que las normas de publicidad previstas en la Directiva “tienen por objeto promover el desarrollo, en el ámbito comunitario, de una competencia efectiva en el sector de los contratos públicos”¹⁷⁶. Refiere de manera expresa al principio de “competencia” el Alto Tribunal en la Sentencia de 16 de septiembre de 1999, en el asunto C-27/98, Fracasso y Leitschutz, en el apartado 31 al indicar que “para cumplir el objetivo de lograr el desarrollo de una competencia efectiva en el ámbito de los contratos públicos...” y en la Sentencia de 27 de noviembre de 2001, en los asuntos acumulados C-285/99 y C-286/99, Lombardini y Mantovani, en el apartado 76 al prever “que todas las exigencias que impone el derecho comunitario deben aplicarse de manera que se garantice el cumplimiento de los principios de libre competencia e igualdad de trato entre los licitadores”.

poco competitivos en los contratos de menor cuantía; un tercio de los contratos analizados solo tienen un participante y en el 65% de los contratos hay 3 o menos participantes y que las Administraciones públicas se habrían ahorrado un mínimo de 1.700 millones entre 2012-2016 si hubieran utilizado procedimientos competitivos.

¹⁷⁶ Vid. Sentencia del TJCE de 26 de septiembre de 2000, asunto C-225/98, Comisión/Francia. apartado 34.



2. De la Carta Europea de la Pequeña Empresa a la Directiva 2014/24/UE.

En este escenario, como se ha anticipado, alentar la participación activa de las pymes en el aprovisionamiento del sector público se convierte en condición sine qua non para garantizar un mercado competitivo, apostando por objetivos sociales, medioambientales y de innovación que imponen un cambio de paradigma en la contratación pública al configurarla como herramienta efectiva de políticas públicas. Asimismo, la mayor competitividad y transparencia de las prácticas de contratación pública permitirá a las pymes desarrollar su potencial de crecimiento e innovación, con el consiguiente efecto positivo sobre la economía.

Tomando como referencia estos argumentos, a partir de los logros obtenidos con la aplicación de la Carta Europea de la Pequeña Empresa, también conocida como “Carta de Feira”¹⁷⁷, se pretendió dar un nuevo impulso a la política europea de apoyo a la pyme mediante la creación de un marco político que integrara los instrumentos estratégicos existentes en materia de política de empresa.

Cabe mencionar, que con carácter previo a la aprobación por el Parlamento Europeo del nuevo paquete de contratación pública el 15 de enero de 2014, la Comisión adoptó la Comunicación “Small Business Act”

¹⁷⁷ Consejo Europeo de Santa María da Feira, celebrado los días 19 y 20 de junio de 2000. Anexo III Carta Europea de la Pequeña Empresa.

(SBA)¹⁷⁸. Este documento se configuraba como un instrumento de naturaleza política, no jurídica, que proponía un marco integral de actuación para la Unión Europea y los Estados miembros en todas las políticas que afectaban a la actividad de las pymes a través de diez principios que guiaban la concepción y aplicación de dichas políticas a nivel europeo y nacional. Adicionalmente, y con la finalidad de permitir a los poderes adjudicadores de los Estados miembros aprovechar el potencial de las Directivas de contratación pública para facilitar la participación de los operadores económicos en las licitaciones públicas, la Comisión elaboró un documento de trabajo para facilitar el acceso a las pymes en la contratación pública¹⁷⁹.

Con posterioridad a la Comunicación SBA de 2008, el 23 de febrero de 2011, la Comisión presentó la revisión de la misma con el fin de contribuir a alcanzar los ambiciosos objetivos establecidos en la nueva agenda de reformas de la UE orientada por la “Estrategia Europa 2020”¹⁸⁰. De esta manera, se planteaba la necesidad de que los Estados miembros fijasen como objetivos nacionales la reducción de las cargas administrativas;

¹⁷⁸ Vid. Comunicación de 25 de junio de 2008 de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Pensar primero a pequeña escala. “Small Business Act” para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas” SEC (2008) 2102.

¹⁷⁹ Al respecto, puede consultarse el Código Europeo de Buenas Prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos. Documento SEC (2008) 2193. Bruselas, 25.06.2008.

¹⁸⁰ Vid. Comunicación de 23 de febrero de 2011 de la de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Revisión de la “Small Business Act” para Europa”.



tiempos y costes de creación de empresas; la mejora en el acceso a la financiación; la introducción de procedimientos de contratación innovadores y gobierno electrónico; y la facilitación en la participación de las pymes en la contratación pública.

Por otra parte, la contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020¹⁸¹, configurándose como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos y facilitando, en particular, la participación de la pyme en la contratación pública. Por esta razón, la apuesta por mejorar el acceso de las pymes a la contratación pública se vio reflejada en el Libro Verde sobre modernización de la contratación pública de la UE¹⁸², con el que se puso en marcha una amplia consulta pública sobre cambios legislativos que culminaría con la publicación en el DOUE de 28 de marzo de 2014 de las Directivas de contratos públicos de “cuarta generación”¹⁸³.

¹⁸¹ Al respecto, puede consultarse Comunicación de la Comisión Europea “EUROPA 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”, Bruselas, 03.03.2010. COM (2010) 2020.

¹⁸² Vid. Libro Verde sobre modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente. 27.01.2011. (COM [2011] 15 final).

¹⁸³ Son tres las nuevas Directivas: Directivas 2014/24/UE («Directiva Clásica»), 2014/23/UE («Directiva relativa a las concesiones») y 2014/25/UE («Directiva sobre servicios públicos») del Parlamento Europeo y del Consejo. Sobre el contenido de estas Directivas resulta preciso destacar:

Asimismo, resulta preciso indicar que el esfuerzo europeo para potenciar el papel de las pymes no se agota en las Directivas. A título de ejemplo, en el DOUE de 13 de enero de 2020 se publicaba la Resolución del Parlamento Europeo de 4 de octubre de 2018, sobre el paquete de medidas de estrategia de contratación pública, en la que se recoge una serie de consideraciones sobre la contratación estratégica y coordinada. Dentro de estas consideraciones, en lo que aquí interesa, destacamos que se insta a los Estados miembros a que utilicen la contratación pública de manera estratégica con el fin de promover un crecimiento inteligente, sostenible e integrador en el que estén incluidas las pymes. Al mismo tiempo, se señala la importancia de que las condiciones de licitación no supongan una carga excesiva, de tal forma que los contratos públicos sigan resultando accesibles para todas las empresas, incluidas las pymes. Por otra parte, la Comisión también ha iniciado acciones específicas para facilitar el acceso de las pymes a la contratación financiado proyectos con cargo al programa COSME. O, por citar un último ejemplo, el Plan de Acción Europeo de la Defensa ha puesto en marcha acciones para facilitar el acceso de las pymes a los mercados transfronterizos.

Volviendo a las Directivas de 2014, hay que tener en cuenta que se decantan, dado el potencial que tienen las

GIMENO FELIÚ, J. M. El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos), Aranzadi, Cizur Menor, 2014; MORENO MOLINA, J. A. “La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos Públicos”, en libro colectivo Observatorio de los Contratos Públicos 2012, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 115 a 163.



pymes de cara a la creación de empleo, el crecimiento y la innovación, por facilitar y reforzar su participación en la contratación pública; todo ello, mediante la introducción de un conjunto de disposiciones destinadas a alcanzar mejores resultados¹⁸⁴.

Además, hay que poner de relieve que la nueva Directiva de contratación pública alienta a los poderes adjudicadores a que apliquen el Código Europeo de Buenas Prácticas y adapten sus procedimientos de contratación a las necesidades de las pymes.

En todo caso, recordemos que la Directiva 2014/24/UE tiene por finalidad, como se desprende de su considerando 1, asegurar que en la adjudicación de contratos públicos se respeten, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estas, en concreto, la igualdad de trato, no discriminación, proporcionalidad y transparencia, y garantizar que la contratación pública se abra a la competencia.

Por su parte, el art. 18 de la precitada norma garantiza el principio de competencia al determinar que

¹⁸⁴ Sobre la cuestión de las pymes y la contratación pública puede consultarse: GIMENO FELIU, J.M. "La necesidad de un código de contratos públicos en España. La contratación Pública y las Pymes como estrategia de reactivación económica", en libro colectivo Observatorio de los Contratos Públicos 2011, Civitas, Cizur Menor, 2012, págs. 59 a 84, y el estudio de G. BARRIO GARCIA, "Contratación pública y PYMES. Un comentario a la luz de la propuesta de Directiva en materia de contratación Pública", en libro colectivo Contratación Pública Estratégica, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 133-160.

“los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada. La contratación no será concebida con la intención de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia. Se considera que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos”.

Redunda en interés de la Unión que, en materia de contratos públicos, se refuerce la apertura del procedimiento de licitación a la competencia. Conforme a ello, las nuevas Directivas tienen como objetivo incrementar la eficiencia del gasto público, generando, en particular, una mayor competencia mediante la implementación de condiciones que facilitan la participación de las pymes en la contratación pública; permitiendo que las entidades contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes.

Sostenemos que, para cubrir estas necesidades, resulta de vital importancia gozar de una base normativa que permita incentivar la intervención de las pymes en el mercado de la contratación pública. En este sentido, como acertadamente apunta MARTINEZ FERNANDEZ, las tres nuevas Directivas sobre contratación destacan como uno de los objetivos esenciales de la nueva regulación facilitar el acceso de las pymes a los contratos públicos, introduciendo flexibilidad en los procedimientos, reduciendo la carga administrativa en los negocios, y



evitando requisitos desproporcionados en cuanto a la posición financiera de los candidatos¹⁸⁵.

Ciertamente, la dinamización de la competencia se encuentra estrechamente vinculada al acceso de las pymes al mercado, convirtiéndose en eje prioritario de la regulación normativa. De ahí, que la nueva Directiva clásica de contratación pública proyecte sobre su texto un conjunto de medidas destinadas a fomentar la competencia mediante una mayor participación de las pymes. A continuación, analizaremos una serie de medidas incorporadas por la Directiva clásica que afectan directamente a su actividad.

La primera consideración que debemos efectuar es que la norma europea apuesta de manera decidida por una contratación pública electrónica (e-procurement) que beneficia directamente a las pymes que operan en el mercado de la compra pública, al generar ahorro de tiempo y mayor transparencia. Objetivo prioritario que queda reflejado en el art. 90 de la Directiva 2014/24/UE al prever la utilización de medios de información y comunicación electrónicos, y en particular, la puesta a disposición de los operadores económicos, licitadores y candidatos por medios totalmente electrónicos de los pliegos de la contratación y la transmisión electrónica de las comunicaciones. Y que se complementa con la Directiva 2014/55/UE, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública.

¹⁸⁵ Observatorio de contratación pública. 05/05/2014. MARTINEZ FERNÁNDEZ, J.M. Medidas de fomento del acceso a PYMES a la Contratación Pública. <http://obcp.es/opiniones/medidas-de-fomento-del-acceso-pymes-la-contratacion-publica>

Al mismo tiempo, la Directiva de contratación prevé que los poderes adjudicadores deberán tener en cuenta, para fijar los plazos de recepción de ofertas y solicitudes de participación, la complejidad del contrato y el tiempo necesario para preparar las ofertas, aun cuando ello implique fijar plazos más largos que los plazos mínimos previstos en la norma. No se trata de una cuestión baladí, ya que el establecimiento de plazos que no resultan adecuados sirve para favorecer al incumbente y a las grandes empresas. La configuración de plazos resulta esencial para evitar promover desde el sector público un mercado monopolista u oligopolista, ya que en multitud de ocasiones las empresas de mayor tamaño cuentan con más medios y experiencia en las licitaciones públicas, desanimando la participación de las pymes.

De igual modo, la subcontratación, que puede favorecer el acceso de las pequeñas y medianas empresas a la contratación pública, contribuye a lograr el objetivo de reforzar la apertura del procedimiento de licitación a la competencia (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de abril de 2017, Borta, C-298/15, apartado 48 y jurisprudencia citada)¹⁸⁶. Si bien, debemos advertir sobre la necesidad de articular mecanismos orientados a evitar distorsiones de la competencia del mercado, minimizando el riesgo de

¹⁸⁶ En este sentido, resulta de interés la lectura de la Sentencia del TJUE de 26 de septiembre de 2019, en el asunto C-63/18, Vitali SpA y Autostrade per l'Italia SpA. El Tribunal señala que, en materia de contratos públicos, es objetivo de la Directiva 2014/24 la apertura del procedimiento de licitación a la competencia. De este modo, considera que la subcontratación es una figura que puede favorecer el acceso de las pequeñas y medianas empresas a la contratación pública. Por tanto, contribuye a la consecución del objetivo establecido en la normativa europea.



incrementar el número de licitadores que prefieran subcontratar en lugar de acudir a la oferta pública.

En ningún caso, la limitación de la subcontratación podrá suponer que se produzca una restricción efectiva de la competencia. De igual modo, la Directiva de contratación recoge la posibilidad del pago directo a subcontratistas. Se trata de una medida con evidente repercusión en las pymes, ya que participan en un alto porcentaje de contratos públicos a través de esta figura. A esta finalidad responde el art. 71.3 de la Directiva 2014/24/UE al establecer una previsión potestativa para que aquellos Estados miembros que así lo entiendan oportuno puedan disponer que, a petición del subcontratista y cuando la naturaleza del contrato lo permita, el poder adjudicador transfiera directamente al subcontratista las cantidades que se le adeuden por los servicios prestados, los suministros entregados o las obras realizadas para el operador económico al que se haya adjudicado el contrato público.

A su vez, se constata en el articulado de la Directiva de contratación una progresiva reducción de cargas administrativas, aspecto positivo para el mundo empresarial en general, y en particular para las pymes, ya que en multitud de ocasiones se autoexcluyen de la contratación pública por considerarla excesivamente compleja. Con el fin de aportar una simplificación considerable que beneficiase tanto a los poderes adjudicadores como a los operadores económicos, la Directiva ofrece la posibilidad de limitar los requisitos de participación. Así, por ejemplo, se facilita el uso de un documento europeo único de contratación consistente en una declaración actualizada del propio interesado (considerando 84), añadiendo la previsión de un formulario normalizado para las declaraciones del interesado, lo que reduciría los problemas relacionados

con la precisión de la redacción de las declaraciones formales y declaraciones de consentimiento, así como con las cuestiones lingüísticas (considerando 86).

Por otra parte, dado que la exigencia de requisitos de solvencia demasiado elevados constituye también uno de los motivos que pueden dificultar la participación de las pymes en los procedimientos de contratación pública, la Directiva 2014/24/UE, al regular los criterios de selección, introduce un matiz en el art. 58 para garantizar la proporcionalidad en la exigencia de solvencia, al prever que el volumen de negocios mínimo anual exigido a los operadores económicos no excederá del doble del valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados como los relacionados con los riesgos especiales vinculados a la naturaleza de las obras, los servicios o los suministros.

Aunque no sea una opción muy utilizada por las pymes, el art. 63 de la Directiva 2014/24/UE recoge la posibilidad de integrar la solvencia con medios externos –recurso a las capacidades de otras entidades-. Esta opción tiene su origen en la jurisprudencia del TJUE (entre otras, Sentencia del TJCE de 18 de diciembre de 1997, asunto C-5/97, Ballast Nedam Groep II y Sentencia del TJCE de 18 de marzo de 2004, asunto C-314/01, Siemens y ARGE Telecom). De esta manera, se reconoce a los operadores económicos el derecho, para un contrato determinado, a basarse en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza de los vínculos que tengan con ellas, siempre que demuestren ante la entidad adjudicadora que el candidato o el licitador dispondrá efectivamente de los medios de esas entidades necesarios para ejecutar dicho contrato. Este recurso puede facilitar el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los contratos, sin que



esta fórmula conduzca necesariamente a la subcontratación.

Añade otra novedad el art. 40 de la Directiva 2014/24/UE al regular, en la fase de preparación del contrato, las consultas preliminares del mercado. Los poderes adjudicadores pueden solicitar o aceptar el asesoramiento de expertos o autoridades independientes o de participantes en el mercado para utilizarlo en la planificación y ejecución del procedimiento de contratación, siempre que dicho asesoramiento no distorsione la competencia y no dé lugar a una vulneración de los principios de no discriminación y transparencia. La Directiva de contratación establece que dichas consultas de mercado se realizan no solo con el objetivo de preparar la contratación, sino también de informar a los operadores económicos de los planes y requisitos de contratación de los poderes adjudicadores.

También destaca la regulación de los sistemas dinámicos de adquisición para compras corrientes y repetitivas con el uso exclusivo de medios electrónicos en el que podrán participar un gran número de pymes, vinculados al posible uso de los catálogos electrónicos (arts. 34 y 36 Directiva 2014/24/UE).

Por último, no podemos concluir este punto sin antes analizar la medida más importante regulada en la Directiva para facilitar el acceso a las pymes a la contratación pública, que no es otra que la regulación de la división de los contratos en lotes (considerando 78 y art. 46 Directiva 2014/24/UE). Esta división podrá realizarse de manera cuantitativa, haciendo que la magnitud de cada contrato corresponda mejor a la capacidad de las pymes, o de manera cualitativa, de acuerdo con los diferentes gremios y especializaciones

implicados, para adaptar mejor el contenido de cada contrato a los sectores especializados de las pymes o de acuerdo con las diferentes fases posteriores de los proyectos.

Efectivamente, la utilización de lotes en los contratos se ha convertido en una de las herramientas de los poderes adjudicadores para hacer más factible y posible la participación de las pymes en las licitaciones públicas. Su importancia y uso “estratégico” en la consecución de este objetivo hace que la figura del lote se convierta en clave desde el punto de vista del seguimiento de su uso, control y supervisión¹⁸⁷.

Podemos observar que la Directiva de contratación incentiva a los poderes adjudicadores a dividir sus contratos en lotes, si bien la división en lotes no debe confundirse con el fraccionamiento ilícito del objeto del contrato. Por ello, advertirnos que la propia Directiva de contratación introduce una previsión novedosa al determinar que obligará a los órganos de contratación a calcular el valor estimado de un contrato tomando el valor total estimado para todas las unidades funcionales individuales que se integren en un mismo poder adjudicador, aclarando el concepto de “unidad funcional individual” el considerando 20 de la citada norma¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Así se recoge en el Informe anual de supervisión de la contratación pública en España elaborado por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon), ejercicio 2019.

¹⁸⁸ Vid. Informe 12/15, de 6 de abril de 2016, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. “Tres cuestiones en relación con fraccionamiento del objeto del contrato y división en lotes en contratos de servicios y suministro y una cuestión relacionada con las modificaciones contractuales. (Intervención General de la Seguridad Social).”



Por su parte, todas estas medidas y alguna más han sido incorporadas a nuestro derecho interno a través 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 (en adelante, LCSP)¹⁸⁹.

¹⁸⁹ Las novedades que se pueden destacar para favorecer el acceso de la pyme a la contratación pública son, entre otras, la nueva regulación de la división en lotes de los contratos, debiendo justificarse ahora en el expediente la no división del contrato en lotes (art. 99.3 LCSP); en materia de solvencia del empresario, los requisitos que se exijan han de estar vinculados al objeto del contrato y han de ser proporcionales al mismo (art. 74.2 LCSP), indicando que el volumen de negocios mínimo anual exigido no excederá de una vez y media del valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados como los relacionados con los riesgos especiales vinculados a la naturaleza de las obras, los servicios o los suministros y en los procedimientos no SARA, consistente en la posibilidad de que las empresas de nueva creación, tanto en los contratos de obras, servicios y suministros puedan aportar cualesquiera de los medios de solvencia técnica que establece la normativa para cada tipo de contrato, a excepción del referido a trabajos previos realizados; desaparece el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, medida de fomento de la transparencia en los contratos que favorece a las pymes, en la medida en que antes tenían más complicado acceder a este tipo de contratos; se procede a la reducción de las cargas administrativas y el uso obligatorio de medios electrónicos, aspectos altamente positivos para las empresas en general y para las pymes en particular; se simplifican trámites, creando un nuevo procedimiento abierto simplificado con una modalidad abreviada para los contratos de menor cuantía; y finalmente, se impulsa el papel de perfil de contratante y de la Plataforma de Contratos del Sector Público, apostando por la publicidad y transparencia.

La LCSP, en la línea mencionada, recoge en el Preámbulo, como objetivo explícito “conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las pymes, y de defensa de la competencia. Todas estas cuestiones se constituyen como verdaderos objetivos de la Ley, persiguiéndose en todo momento la eficiencia en el gasto público y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad”.

Cabe destacar que el nuevo texto legal introduce importantes novedades en beneficio de las pymes, manteniendo y mejorando, en algún caso, las medidas que ya recogía la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización¹⁹⁰. En esta línea, el art. 1.3 de la LCSP, cabecera de la norma, establece la necesidad de facilitar el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como las empresas de economía social, reforzando esta premisa el art. 28.2 de la LCSP al determinar que las entidades del sector público promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información.

Como se ha analizado, la jurisprudencia europea y las nuevas Directivas de contratación del año 2014 inciden directamente en el papel protagonista que deben asumir las pymes en la contratación pública, debiendo adoptar los poderes adjudicadores un comportamiento

¹⁹⁰ Al respecto, puede consultarse la Guía práctica de la contratación pública para las PYME editada por el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. Edición diciembre de 2019.



proactivo en aras a garantizar su participación mediante la promoción de competencia en el mercado.

A lo indicado, resta añadir que, en nuestro país, tanto el Tribunal Supremo como el Constitucional han recordado que garantizar la máxima concurrencia constituye una obligación en la contratación pública (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2004 que cita la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/93, de 22 de abril). Por otra parte, destacamos el gran énfasis puesto por la LCSP en garantizar la libre concurrencia y la lucha contra las prácticas colusorias. De ahí que se derive una fuerte interacción entre las normas de la contratación y defensa de la competencia, con incidencia directa en las pymes que operan en el mercado. Cuestión esta última que se abordará a continuación, centrándonos en el análisis de determinados aspectos prácticos que deben tener presentes los órganos de contratación cuando acudan al mercado para dar respuesta a sus necesidades de compra.

III. LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. APROXIMACIÓN AL ESTUDIO DEL PRINCIPIO DE COMPETENCIA.

1. Medidas para favorecer el acceso y promover la concurrencia de las pymes en el ámbito de la contratación pública.

El acceso a la contratación pública en condiciones de igualdad ha sido una preocupación constante en la regulación de los contratos celebrados por el sector público. La LCSP, del mismo modo que lo hacía su

predecesora, recoge, entre los principios reflejados en el art. 1, “la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”, y los vincula, en conexión con “el objetivo de estabilidad presupuestaria y control de gasto” a la eficiente utilización de los fondos públicos.

Comencemos por indicar que el art. 132 de la LCSP recalca que la contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios; insistiendo en que los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia. Además, el precepto confirma en su apartado primero la estrecha vinculación entre el principio de competencia y libre concurrencia y los principios de igualdad de trato y no discriminación, publicidad y transparencia.

Ni que decir tiene que cuando los poderes adjudicadores, en el marco de los fines que tienen encomendados, organizan y configuran sus procedimientos de adjudicación y selección de contratistas, inciden directamente en la oferta y en la propia estructura de los mercados. Por esto motivo, el diseño del aprovisionamiento público no es una decisión neutral en términos de eficiencia y competencia; todo ello, en la medida en que los procedimientos que maximicen el número de ofertas conllevarán productos y servicios de más calidad, mejorando notablemente los precios. En este sentido, resulta ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2000 al afirmar que “el procedimiento de selección de contratista ha de estar orientado en la legislación para garantizar un



trato igual a todos los que siendo capaces y no estando incurso en causas de prohibición, aspiren a ser contratistas, puesto que los principios y procedimientos de contratación han de suscitar la libre concurrencia, basada en el supuesto de publicidad, lo que constituye la máxima garantía para los intereses públicos”.

Desde esta perspectiva, y como punto de partida, cobra especial relevancia que el órgano de contratación conozca, previamente a la licitación, las condiciones del mercado, destacando, en este sentido, la nueva regulación contenida en el art. 115 de la LCSP dedicada a las consultas preliminares. Las consultas preliminares del mercado pueden definirse como “el conjunto de las políticas y procedimientos que se prescriben para la realización de estudios y evaluaciones del mercado con la finalidad de llegar a la solución más adecuada para adquirir obras, bienes y servicios, principalmente en entornos en los que las prestaciones contratadas son particularmente complejas”. El ejemplo de esta planificación mediante las consultas preliminares del mercado se halla en el art. 2.302 del Proyecto de Código Contractual Privado Europeo, en el Plan de acción sobre un Derecho Europeo de los contratos más coherente hecho por la Comisión Europea en enero de 2003, y en el Draft Common of Reference de 2008.

Determina el Preámbulo de la LCSP que, dentro de la parte correspondiente a la preparación, se incorpora la regulación de estas consultas, con la finalidad de preparar correctamente la licitación e informar a los operadores económicos acerca de los planes de contratación del órgano correspondiente y de los requisitos que exigirá para concurrir al procedimiento. El art. 115 de la LCSP, más restrictivo que su homólogo de

la Directiva 2014/24/UE¹⁹¹, prevé una serie de cautelas orientadas a que no se falsee la competencia y se vulneren los principios de igualdad, no discriminación y transparencia.

A nuestro juicio, no ha sido necesario esperar a que la nueva Directiva de contratación y la LCSP diesen respaldo normativo a este tipo de consultas para que las mismas ya pudieran ser realizadas, siempre y cuando se guardase respecto a los principios enunciados anteriormente. En apoyo de este argumento, podemos citar, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2004, que afirma que “no basta con participar en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato, para quedar excluido de la licitación, es necesario que esa participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado”.

El resultado de las consultas previas se ha de documentar por el órgano de contratación mediante la emisión de un informe en el que se relacionarán los estudios realizados y sus autores, las entidades consultadas, las cuestiones formuladas y las respuestas dadas. Este informe ha de formar parte del expediente de contratación, publicándose, en todo caso, en el perfil de contratante del órgano de contratación.

A su vez, desde el enfoque de la perspectiva de la competencia, resulta acertada la garantía prevista en el apartado 3º del artículo precitado, que recoge la tesis defendida en el Dictamen del Consejo de Estado de 10

¹⁹¹ Al respecto, el art. 115 de la LCSP prevé con carácter excepcional que se consulte con operadores económicos activos en el mercado, a diferencia del art. 40 de la Directiva 2014/24/UE que no contiene esta limitación.



de marzo de 2016 emitido con ocasión de la consulta sobre el anteproyecto de la LCSP, al exigir que la Administración no pueda relevar a los participantes en el proceso las soluciones propuestas por los otros intervinientes, de tal suerte que las soluciones aportadas solo puedan ser conocidas íntegramente por aquélla que las pondera y las incorporará, en su caso, a la hora de definir el objeto del contrato.

Si bien la norma indica expresamente que la participación en la consulta no impide la posterior intervención en el procedimiento de contratación, que en su caso se tramite, debemos tener presente que el órgano de contratación tomará las medidas adecuadas para garantizar que la participación en la licitación de empresas que hubieran intervenido en la preparación del contrato no falsee la competencia, pudiendo llegar a excluirlas de la licitación ex art. 70 de la LCSP cuando no haya otro medido de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato.

Conocidas las condiciones de mercado con el fin de plantear la estrategia de contratación más adecuada, el órgano de contratación deberá justificar adecuadamente en el expediente, entre otros extremos, la elección del procedimiento (arts. 28.1 y 116.4 a) LCSP), siendo ésta una de las cuestiones de mayor importancia para promover la concurrencia entre las pymes. Como resulta obvio, el procedimiento más respetuoso con el principio de concurrencia es el abierto, en que el todo empresario interesado podrá presentar una proposición. Por el contrario, los contratos menores, que podrán adjudicarse a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo las normas establecidas en el art. 118 de la LCSP, conllevarán un mayor número de barreras; si bien, en

este último caso, también resultará aconsejable e incluso obligatorio promover la concurrencia mediante la solicitud de diferentes ofertas¹⁹². Cuando el procedimiento de selección sea distinto del abierto o del restringido, deberá justificarse que concurren los supuestos de hecho que habilitan la utilización de los mismos, sopesándose su impacto sobre la competencia.

Otro aspecto a considerar será la configuración de la duración del contrato y de ejecución de la prestación. Para su fijación, el art. 29 de la LCSP atiende a la naturaleza de las prestaciones, a las características de su financiación y, por último, a la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas. El órgano de contratación deberá procurar el equilibrio, ya que un plazo corto podrá desincentivar la participación, si bien uno largo impedirá una nueva licitación. Por último, indicar que el contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de estas, práctica a todas luces contraria a la competencia. La prórroga se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario, sin que quepa la prórroga tácita.

Del mismo modo, la delimitación del objeto contractual por el órgano de contratación resulta

¹⁹² Vid. Resolución de 6 de marzo de 2019, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, por la que se publica la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, sobre contratos menores, regulados en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre (B.O.E. núm. 57, 7 de marzo de 2019). La Instrucción indica que “de acuerdo con el principio de competencia, y como medida anti fraude y de lucha contra la corrupción, el órgano de contratación solicitará, al menos, tres presupuestos, debiendo quedar ello suficientemente acreditado en el expediente...”.



esencial, prohibiendo el art. 99.2 de la LCSP su fraccionamiento irregular. Como manifiesta el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), a la luz de la jurisprudencia comunitaria –entre otras, la Sentencia del TJCE de 5 de octubre de 2000, asunto C-16/1998-, “si el objeto del contrato es único y se divide en diversos expedientes habrá fraccionamiento indebido, no existiendo el mismo cuando el objeto de lo contratado por separado tenga una unidad funcional técnica y económica”¹⁹³.

Sin duda alguna, la contratación por lotes se convierte en la medida estrella incorporada por la LCSP para promover la concurrencia, participación y competencia entre las pymes. De este modo, siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes. En todo caso, el órgano de contratación debe ser libre de decidir, de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, la magnitud de cada expediente y de cada lote.

La gran diferencia con la anterior normativa radica en el hecho de que cuando se decida no dividir en lotes, debe indicarse en el expediente las principales razones que expliquen la elección; debiendo tener presente que los motivos recogidos en el art. 99.3 de la LCSP, coincidentes con los del considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE, tienen carácter meramente enunciativo, pudiendo existir otros. En el abanico de motivos que justifican la indivisión del objeto contractual, encontramos, en lo que aquí interesa, el riesgo de que los lotes puedan restringir injustificadamente la

¹⁹³ Al respecto, Resolución dictada por el TACRC 571/2016, de 15 de julio.

competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia. Entendemos, que en tanto no se evacue el preceptivo informe, no se podrá continuar con la tramitación del expediente.

Dentro de los términos del precepto, conviene destacar que el órgano de contratación goza de un amplio margen de discrecionalidad para determinar el objeto del contrato y su división o no en lotes. Margen que está sujeto a la doctrina de la discrecionalidad técnica, debiendo, eso sí, explicar las razones principales por las cuales decide que no procede dicha división; razones que han de atender a un motivo válido, es decir, que no resulte arbitrario ni contrario a la finalidad última del precepto, esto es, la concurrencia de las pymes¹⁹⁴. La división en lotes se configura como la regla general y la no división la excepción, si bien ello debe verse siempre en relación con la naturaleza y objeto del contrato. Sintetizando, la nueva LCSP no impide que la Administración configure el objeto del contrato atendiendo a lo que sea más conveniente para las necesidades públicas que debe satisfacer¹⁹⁵.

Por otra parte, en la regulación legal de los lotes, despierta interés, en la medida que supone una excepción legal al principio general de competencia, la

¹⁹⁴ Al respecto, Resolución dictada por el TACRC nº 408/2017, de 5 de mayo –citada posteriormente en la nº 600/2017, de 30 de junio-.

¹⁹⁵ Al respecto, Resolución dictada por el TACRC nº 646/2019, de 13 de junio.



reserva de lotes por razones de política social, prevista expresamente en el referido art. 99.3, todo ello, de conformidad con la D.A.4ª de la LCSP. Esta última disposición determina la obligación de las entidades que conforman el sector público de fijar un porcentaje mínimo de sus contratos públicos que deberán calificar como reservados para ser adjudicados a Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción. La norma, además de fijar un porcentaje mínimo de reserva del 7%, que se incrementará hasta el 10% a los cuatro años de entrada en vigor de la Ley, señala la obligación de fijar las condiciones mínimas para garantizar su cumplimiento. El anuncio de licitación recogerá esta condición de participación y hará referencia a la disposición habilitante.

Se trata de una discriminación positiva que encuentra su justificación en la necesidad de facilitar el acceso al mercado de la compra pública a operadores que cumplen una importante función de integración social pero que, en condiciones normales de competencia, pueden tener dificultades para obtener contratos (considerando 36 Directiva 2014/24/UE). Esta excepción no es absoluta, pues permite una licitación de acceso limitado a cierto tipo de empresas que compiten por el contrato, pero no la adjudicación directa a una de ellas elegida sin concurrencia ni publicidad previa. Además, las condiciones de solvencia técnica y económica, y el resto que se establezcan en los pliegos, deben seguir cumpliéndose como en cualquier otro procedimiento, debiendo procurarse, por todo ello, la salvaguarda de la libre competencia¹⁹⁶.

¹⁹⁶ Al respecto, Resolución dictada por el TACRC nº 914/2018, de 11 de octubre.

Además, la D.F.14^a de la LCSP precisa el concepto y los requisitos de los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social. Por último, indicar que se ha planteado la duda acerca de la correcta transposición del art. 20 de la Directiva 2014/24/UE, en la medida en que restringe la reserva a los Centros Especiales de Empleo de "iniciativa social", excluyendo así, del ámbito de la misma, los Centros Especiales de empleo de iniciativa empresarial. No obstante, cabe destacar que la doctrina legal ha avalado la transposición efectuada por el legislador¹⁹⁷, si bien resulta preciso indicar que sobre este tema ha sido planteada una cuestión prejudicial por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que a fecha actual, se encuentra pendiente de decisión por el TJUE (Asunto C-598/19. Conacee).

Al mismo tiempo, la D.A.48^a de la LCSP prevé la reserva de ciertos contratos de servicios sociales, culturales y salud que enumera en el Anexo IV a favor de determinadas organizaciones que cumplen una serie de requisitos que especifica la propia disposición. Esta previsión es fruto de la Sentencia del TJUE de 28 de enero de 2016 "Casta y otros", Asunto C50/14, que abre nuevas perspectivas a la colaboración de entidades sin ánimo de lucro en el ámbito de prestaciones a personas

¹⁹⁷ En este sentido, las Resoluciones del TACRC nº 860/2018, de 1 de octubre y nº 914/2018, de 11 de octubre, avalan la opción elegida por el Legislador nacional de reputar como beneficiarios de los contratos reservados a los CEE de iniciativa social, al indicar que "no entra en colisión directa con la normativa comunitaria y desde luego, su interpretación laxa acoge el espíritu del artículo 20 de la Directiva y así se ha llevado a la Disposición Adicional Cuarta, en el sentido de redundar en beneficio de la integración y del derecho al trabajo de las personas con discapacidad".



en los sectores sanitarios y sociales, admitiendo dicha posibilidad el art. 77 de la Directiva 2014/24/UE.

Asimismo, constituye otra novedad importante de la LCSP, la posibilidad ofrecida al órgano de contratación de limitar el número de lotes que puede adjudicar a cada licitador, justificándolo debidamente en el expediente e indicándolo expresamente en el anuncio de licitación y en el pliego de cláusulas administrativas particulares. La posibilidad de esta limitación encuentra su origen normativo en el considerando 79 y art. 46 de la Directiva 2014/24/UE. A nuestro entender, cobra especial importancia la justificación que efectuó el órgano de contratación en el expediente, en la medida en que esta limitación afecta al principio de competencia, y además puede generar riesgo de colusión y reparto de mercado¹⁹⁸.

De igual modo, la LCSP obliga al órgano de contratación, cuando define las prescripciones técnicas, a tener presente que las mismas proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al

¹⁹⁸ La CNMC, en el documento INF/DP/0014/14, Informe sobre el contrato de centralización servicios de limpieza, de 10 de julio de 2014, se muestra muy crítica con esta posibilidad, indicando que “debería replantearse esta limitación pues aunque lo que se pretende es sortear el acaparamiento por una o varias entidades del conjunto de lotes ofertados, con esta medida igualmente se evita que la empresa que pudiera presentar la oferta económicamente más ventajosa en cada uno de los lotes se encuentre impedida para resultar adjudicataria, afectando a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, de salvaguarda de la libre competencia y de selección de la oferta económicamente más ventajosa (principios recogidos en el art. 1 del TRLCSP e informadores de toda la contratación pública), aspectos estos que llevan a recomendar su replanteamiento...”.

procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia. De esta manera, el art. 126 de la LCSP, inspirado en el art. 42 de la Directiva 2014/23/UE, contiene una serie de limitaciones cuya pretensión última, como pone de relieve la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2005, es "garantizar la apertura de la contratación mediante la libre competencia que afianza el principio de igualdad de oportunidades".

Por otra parte, cuando el órgano de contratación diseñe el procedimiento, contará con libertad para fijar de manera justificada las condiciones mínimas de capacidad y solvencia que deberán reunir los licitadores, sin que la discrecionalidad técnica derive en arbitrariedad. En todo caso, los requisitos de solvencia estarán vinculados al objeto del contrato y serán proporcionales al mismo, no pudiendo suponer un obstáculo para la participación de las pymes. Como cuestión a destacar en la nueva regulación, se facilita a las pymes y empresas de nueva creación el acceso a las licitaciones permitiendo la acreditación de la solvencia por recursos y no por experiencia (arts. 88.2, 89.1 h) y 90.4 LCSP). Y también, precisar que se incluye, de forma novedosa, como criterio de solvencia que tendrá que justificar el adjudicatario del contrato, el cumplir con los plazos establecidos por la normativa vigente sobre pago a proveedores (art. 87.1 c) LCSP); medida que pretende contribuir a que las pymes con las que subcontrate el adjudicatario cobren sus servicios en plazo. Por último, recordar que sirve de ayuda a las pymes para competir la previsión del art. 11.5 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2001 al determinar que, salvo que en los pliegos del contrato se establezca de modo expreso su exigencia, los licitadores o candidatos estarán exentos de los requisitos



de acreditación de la solvencia para los contratos de obras cuyo valor estimado no exceda de 80.000 euros y para los contratos de los demás tipos cuyo valor estimado no exceda de 35.000 euros; exención de la acreditación de solvencia que se extiende ahora en la LCSP a los contratos adjudicados por procedimiento abierto simplificado abreviado (art. 159.6 b) LCSP).

También, con la finalidad de favorecer la competencia y evitar “localismos” en los procesos de compra pública, se encuentra vetada cualquier discriminación que pudiera derivarse por razón de nacionalidad, lengua, domicilio o territorio del adjudicatario. Sobre este extremo, es necesario subrayar que son discriminatorias las condiciones de arraigo territorial cuando se configuren como requisitos de solvencia o criterios de adjudicación; admitiéndose, por el contrario, cuando se exijan como compromiso de adscripción de medios del adjudicatario o como condiciones de ejecución, siempre que, en este supuesto, respeten el principio de proporcionalidad y guarden relación con el objeto del contrato¹⁹⁹.

A su vez, cabe destacar que la LCSP apuesta por reforzar los principios de competencia y libre concurrencia mediante un nuevo régimen de publicidad y transparencia que amplía el ámbito de los potenciales licitadores al garantizar la igualdad de acceso y no discriminación. De entre las nuevas medidas

¹⁹⁹ Son numerosas las resoluciones de los órganos de recursos contractuales que contienen pronunciamientos sobre las denominadas cláusulas de arraigo territorial. Entre otras, podemos citar, a título de ejemplo, las Resoluciones dictadas por el TACRC nº 644/2015, de 10 de julio; nº 328/2018, de 6 de abril; nº 621/2018, de 29 de junio; nº 228/2019, de 8 de marzo; nº 427/2019 y nº 453/2019, de 25 de abril.

incorporadas, merece especial atención la nueva regulación del perfil de contratante, que se configura como un instrumento que permite el acceso a los pliegos y demás documentación complementaria por medios electrónicos. Acceso que será libre, directo, completo y gratuito, y que deberá poder efectuarse desde la fecha de la publicación del anuncio de licitación o, en su caso, del envío de la invitación a los candidatos seleccionados. Recordemos, en este sentido, que desde la entrada en vigor de la D.A.3ª de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de Unidad de Mercado, el perfil de contratante debe alojarse en la Plataforma de Contratación del Sector Público, constituyendo la gran novedad del texto legal de 2017 incluir, entre las causas de nulidad de pleno derecho del contrato, la falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante alojado en la Plataforma o servicio de información similar de la Comunidad Autónoma (art. 39.2 c) LCSP). Expresamente, se dispone en el apartado 3º del art. 63 de la LCSP el contenido mínimo de la información a publicar. Resulta, a nuestro entender, especialmente importante por su incidencia en el principio de competencia, el anuncio de los modificados, con independencia de su importe; pudiendo ser objeto de recurso especial cuando no concurren los requisitos de los arts. 204 y 205 de la LCSP.

De igual manera, destaca la nueva regulación de la subcontratación prevista en los arts. 215 a 217 de la LCSP, al introducir un conjunto de medidas de apoyo a las pymes que sirven para fomentar la competitividad. Así, la LCSP elimina el límite porcentual de las subcontrataciones y prevé un control más estricto de las mismas, y en particular, de los pagos al subcontratista. También regula un régimen más rigorista respecto de los plazos de pago que debe cumplir tanto la Administración como el contratista principal, con el fin de evitar la lacra



de la morosidad que pesa sobre las Administraciones Públicas; cumpliendo así lo dispuesto dentro de la Directiva 2011/7/UE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Además, la D.A. 51ª de la LCSP, que trae causa en el art. 71.3 de la Directiva 2014/24/UE, abre la posibilidad vía pliego de realizar pagos directos a subcontratistas; posibilidad esta última, que como reconocía la Exposición de Motivos de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, había generado dudas en etapas anteriores, encargándose esta norma de excluir expresamente la acción directa del subcontratista frente al órgano de contratación.

Además, con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia, garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato de todos los candidatos y licitadores, los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación, definiendo el art. 64 de la LCSP el concepto de "conflicto de intereses". Puntualizar, por lo demás, que el TJUE ha declarado que el poder adjudicador está obligado, en cualquier caso, a comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses en un experto del poder adjudicador y a adoptar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio a esos conflictos (Sentencia del TJCE de 12 de marzo de 2015, en el asunto C-538/13, eVigilo, apartado 43).

Por último, añadir que el régimen expuesto será de aplicación no sólo a las Administraciones Públicas sino

también a los poderes adjudicadores no Administración Pública –PANAPS-. Hay que recordar que una de las principales novedades de la LCSP ha sido la supresión de las instrucciones internas de contratación, utilizadas en una etapa anterior para la adjudicación de los contratos no sujetos a regulación armonizada de este tipo de entidades. Con la nueva regulación, se unifica el régimen jurídico de la contratación pública y se facilita el acceso general a las licitaciones, superando las limitaciones que operaban bajo la vigencia de instrucciones internas, caracterizadas por una severa limitación de los principios de igualdad de trato, transparencia y libre concurrencia.

2. Medidas para fortalecer la persecución de prácticas restrictivas de la competencia en el ámbito de la contratación pública.

En multitud de ocasiones la distorsión de la competencia proviene de los propios operadores económicos que operan en el mercado. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha considerado la colusión entre los licitadores públicos como una de las principales preocupaciones en relación con la contratación pública por parte de las autoridades de competencia²⁰⁰. A su vez, la OCDE ha destacado que la manipulación de licitaciones (o la colusión entre oferentes en licitaciones) se presenta cuando las compañías, que se esperaría que compitieran entre sí, conspiran secretamente para aumentar los precios o reducir la calidad de los bienes o servicios que ofrecen a

²⁰⁰ INF/CNMC/085/2018 sobre el artículo 150 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por lo que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE.



los compradores que buscan adquirir bienes o servicios por medio de un proceso de licitación, siendo especialmente dañina si afecta a las adquisiciones públicas²⁰¹.

A nivel nacional, el Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, modifica diversos apartados de la D.A.4ª de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), incorporando al Derecho español un nuevo concepto de cártel: "Todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual e industrial; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia".

La experiencia demuestra, que en no pocas ocasiones, las empresas licitadoras acuerdan pactar precios o repartirse los mercados, pretendiendo protegerse frente a la presión competitiva que les obligaría a crear nuevos productos, mejorar la calidad y mantener precios más bajos. Estas prácticas, que desarrollan tanto grandes empresas como pymes, no sólo causan un perjuicio para el funcionamiento del

²⁰¹ OCDE. Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas. Febrero 2009.

sector público en cuanto gestor del interés general sino también a los ciudadanos que terminan soportando el sobrecoste y déficit de calidad. A lo indicado, resta añadir que, según distintas estimaciones, los precios de los bienes y servicios contratados en las licitaciones donde ha existido colusión pueden incrementarse en más de un 20%.

Con la finalidad de dar una respuesta contundente a estas prácticas anticompetitivas, en los últimos años la CNMC ha abierto numerosos expedientes sancionadores que afectan a cárteles que operan en las licitaciones del sector Público²⁰², resultando llamativo el importe de las

²⁰² A título de ejemplo, podemos citar la Resolución de la CNMC de 9 de marzo de 2017, expte. S/DC/0512/14, en el que se sancionó como infracción única y continuada constitutiva el cártel del transporte escolar en las Islas Baleares, desde octubre de 2004 hasta el curso escolar 2016/2017, por el que 36 empresas, con el conocimiento y participación de la FEBT, acordaron la fijación de precios mínimos en traslados de escolares y se repartieron las rutas escolares de las licitaciones públicas convocadas en 2005 y 2013 por el Gobierno Balear, presentando, en la mayoría de los casos, ofertas únicas al precio máximo de licitación en los lotes ofertados por la Consejería de Educación Balear para la prestación de servicios de transporte escolar a centros públicos. Recientemente, cabe destacar la Resolución de la CNMC de 14 de marzo de 2016, expte. S/DC/0598/2016, en el que se sancionó a 15 empresas y 14 directivos por repartirse de manera ilícita los concursos públicos convocados por ADIF relacionados con infraestructuras ferroviarias (sistemas de electrificación y electromecánica) para las líneas de tren convencional y alta velocidad. Durante catorce años estas empresas crearon varios cárteles en las licitaciones del AVE y del tren convencional. Por esta razón, se les impuso en su conjunto una sanción de 118 millones de euros y a los directivos responsables de tales conductas una sanción en conjunto de 666.000 euros. Además, por primera vez, la CNMC activó el



multas previsto en la LDC para determinadas infracciones -multas de hasta el 10% de la cifra total de negocios de la empresa o de hasta 10 millones de euros-.

A fin de detectar mejor la existencia de los cárteles y poder dismantelarlos, los arts. 65 y 66 de la LDC, desarrollados en los arts. 46 a 53 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, permiten a la CNMC proceder a la exención del pago de la multa o a la reducción de su importe a aquella empresa o persona física que ponga en su conocimiento la existencia de un cártel y su participación o responsabilidad en éste, aportando las pruebas sustantivas que tenga a su disposición o que pueda recabar a través de una investigación interna, siempre y cuando cumpla los requisitos y condiciones establecidos en la Ley y en su normativa de desarrollo. El programa de clemencia se inspira en el modelo comunitario contenido en la Comunicación de la Comisión Europea relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (Comunicación de Clemencia de la Comisión Europea), así como en el Modelo de Programa de Clemencia de la Red de Autoridades de Competencia.

A la luz de lo anterior y con el propósito de salvaguardar la libre competencia y garantizar la lucha contra el big rigging, la LCSP incorpora en su articulado una serie de medidas que fortalecen la persecución de prácticas anticompetitivas en la contratación pública.

procedimiento para la prohibición de contratar con la Administración por lo que remitió la resolución a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Así, la LCSP establece varios supuestos de prohibición de contratar vinculados a la colusión en ofertas, destacando como medida disuasoria prevista en el art. 71.1 b) de la LCSP la prohibición de contratar con el sector público como consecuencia de haber sido sancionado con carácter firme por infracción grave en “falseamiento de la competencia”²⁰³.

En primer lugar, debemos matizar, que a diferencia del art. 57.4 d) de la Directiva 2014/UE/2014 que limita la exclusión de un operador económico de un procedimiento de adjudicación a los supuestos de colusión horizontal, la prohibición de contratar prevista en la LCSP podría ser aplicada, en principio, a las conductas colusorias, al abuso de posición dominante y al falseamiento de la libre competencia por actos desleales. Consideramos que esta prohibición de contratar puede derivar no sólo de la resolución del órgano de defensa de la competencia nacional u autonómico, sino también de la sanción que en materia de falseamiento de la competencia se pueda imponer por la autoridad de otro Estado miembro, por la Comisión Europea o por un tercer Estado ajeno a la Unión.

Sorprende asimismo que el precepto omita la referencia a las infracciones muy graves, si bien la doctrina mayoritaria apunta a que parece razonable considerar que la apreciación de la prohibición de contratar cuando se imponga una infracción muy grave no supone una interpretación extensiva de una norma

²⁰³ La mencionada prohibición fue introducida en el ordenamiento jurídico, con el texto hoy vigente, por medio de la D.A.9ª de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, que modificó los arts. 60 y 61 del entonces vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público –TRL CSP-.



restrictiva de derechos, como lo son las prohibiciones para contratar. Las infracciones muy graves tienen un desvalor superior al de las graves, y no parece conciliar con la finalidad de la norma el hecho de que entidades sancionadas por supuestos más graves sí puedan contratar con el sector público, frente a entidades sancionadas por infracciones menos graves²⁰⁴.

El precepto exige la firmeza de la resolución. Firmeza administrativa, no jurisdiccional, habiéndose producido, en este sentido, un cambio de posicionamiento doctrinal de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en el Expediente 15/18, de 10 de octubre de 2018. Todo ello, con fundamento en el contenido de la Sentencia de Casación del Tribunal Supremo 8644/2006, de 13 de diciembre de 2006 y el principio de ejecutividad de los actos administrativos recogido en el art. 38 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que de por sí ya señala la eficacia plena de los actos administrativos desde el momento en que se dictan. Por otra parte, de conformidad con el art. 73.3 de la LCSP, la prohibición de contratar surte efectos desde su inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, sin perjuicio de las medidas provisionales que pudieran adoptarse en el propio procedimiento para declarar la prohibición.

Por lo demás, apuntar que defendemos que no concurre una vulneración del principio non bis in ídem, al establecerse una duplicidad de sanciones por unos mismos hechos en la LDC y la LCSP, en la medida que

²⁰⁴ LAPRESTA BIENZ, R. y SABIOTE ORTIZ, A.M., "La nueva regulación de la prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia", Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 43, 2016.

este tipo de prohibiciones de contratar constituyen actos limitativos de derechos que no tienen naturaleza sancionadora (Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2007). En esta misma línea, consideramos viable desde el punto de vista jurídico, aplicar retroactivamente la media a infracciones graves sancionadas por la autoridad de la competencia con anterioridad a la entrada en vigor de la prohibición de contratar.

Al mismo tiempo, de conformidad con el art. 72.2 de la LCSP la prohibición de contratar deberá ser declarada directamente por los órganos de contratación en base a la resolución administrativa sancionadora de la autoridad de la competencia correspondiente, en la que se detalle el alcance y duración de la medida. En caso de que no se pronuncie la autoridad de la competencia correspondiente, podrá hacerlo el Ministro de Hacienda y Función Pública a propuesta de la Junta consultiva de contratación, produciendo los mismos efectos.

No obstante, a pesar de lo expuesto, no ha sido ésta la interpretación compartida por la CNMC. De esta manera, en la resolución del expediente número S/DC/0598/2016, tras determinar que cabía identificar un automatismo en la prohibición de contratar derivada de infracciones en materia de falseamiento de la competencia, que derivaba ope legis o como mero reflejo del dictado de una resolución que declare dicha infracción por así disponerlo el mencionado art. 71.1.b) de la LCSP, concluye que debe ser la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado la responsable de tramitar el expediente para determinar la duración y alcance de la misma. Como puede observarse, la CNMC opta, aunque la normativa vigente no lo prohíba expresamente, por una posición de prudencia y deriva al Ministerio la fijación del alcance y duración de la medida;



reclamando, en este sentido, la modificación del art. 53 de la LDC para incluir esta facultad en el contenido de sus resoluciones.

Por otra parte, conviene destacar que el art. 72.5 de la LCSP incorpora medidas de autocorrección o self-cleaning dirigidas evitar la comisión de futuras infracciones; medidas que entendemos deberán ser presentadas ante la CNMC como órgano competente para imponer la prohibición. En efecto, el precepto hace referencia a que no procederá la declaración de la prohibición de contratar cuando, en sede del trámite de audiencia del procedimiento correspondiente, la persona incurso en la causa de prohibición acredite el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa y se comprometa a la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas; entre las que se menciona expresamente, como novedad, el acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia.

La prohibición de contratar podrá ser revisada en cualquier momento de su vigencia, cuando la persona que haya sido declarada en situación de prohibición de contratar acredite el cumplimiento de los extremos anteriormente referidos, siendo el órgano competente para conocer de la citada revisión el mismo que dictó la resolución de declaración de prohibición de contratar.

Igualmente, y desde otro punto de vista, la participación de UTEs puede tener efectos positivos en las licitaciones públicas en la medida que su constitución sirve para facilitar el acceso a la financiación y permite la participación de las pymes mediante la asociación de sus recursos. No obstante, estas agrupaciones de

empresas también pueden facilitar las prácticas anticompetitivas, y por ello la LCSP les presta una especial atención.

Con el objetivo de comunicar posibles indicios fundados de eventuales conductas restrictivas, en el marco de la obligación impuesta por el art. 132 de la LCSP y partiendo de la premisa de que no se permite la exclusión automática del licitador, se pone en marcha en el art. 69.2 de la LCSP -uniones de empresarios- un procedimiento sumarísimo con intervención de la CNMC y respectivas autoridades de defensa de la competencia autonómicas. Procedimiento, que refiere también el art. 150.1 de la LCSP, en el momento de la clasificación de las ofertas por la mesa de contratación, o en su defecto, por el órgano de contratación, encontrándose, a fecha actual, pendiente de desarrollo reglamentario.

El origen normativo de esta previsión se encuentra en el art. 57.4 d) de la Directiva 2014/24/UE, al prever que los poderes adjudicadores pueden excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación cuando “tenga indicios bastante plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia”. La participación de las autoridades de competencia se limita a confirmar la existencia de indicios fundados de conductas colusorias para que el órgano de contratación adopte las decisiones que correspondan en el marco de sus competencias. Sin que por tanto se trate, en ningún caso, de un procedimiento que prejuzgue una futura decisión de las autoridades de competencia en el marco del correspondiente procedimiento sancionador. Siendo éste un procedimiento sumarísimo, de lege ferenda, los plazos de tramitación del mismo y de interlocución entre las distintas administraciones habrán de ser breves,



dada la incidencia que la suspensión puede tener en el propio procedimiento de contratación, pero posibilitando al mismo tiempo la realización de las actuaciones que deban llevar a cabo las autoridades de competencia.

Dada la especial trascendencia que puede tener el resultado de este procedimiento sumarisimo, la CNMC ha destacado que es necesario extender el deber de reserva o secreto a los miembros de la mesa de contratación y a los órganos de contratación, sin que los licitadores, incluidas las empresas afectadas por los indicios detectados, puedan tener conocimiento del procedimiento de traslado de los indicios fundados a las autoridades de defensa de la competencia, ni de su eventual contenido; minimizando así el riesgo de destrucción de pruebas por parte de los licitadores afectados²⁰⁵.

Del mismo modo, al igual que sucede con la UTEs, no existe obstáculo legal alguno en que las empresas que formen parte de un mismo grupo empresarial puedan presentarse a una misma licitación, puesto que se trata de entidades con personalidades jurídicas distintas, lo que hace que se consideren empresas diferentes a estos efectos. Pero cuestión distinta es que varias empresas, independientemente de que se trate de un grupo, se hayan concertado previamente para influir en el resultado de esa licitación, efecto que es contrario al principio de libre competencia.

²⁰⁵ INF/CNMC/085/2018 sobre el artículo 150 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por lo que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE.

Con el fin de facilitar la tarea, la CNMC ha recogido en diferentes documentos una serie de “indicadores” de este tipo de prácticas, si bien como ha destacado el TACRC “sobre lo que puede considerarse tales indicios de esas prácticas colusorias, no existe ninguna enumeración legal concreta al respecto, siendo una cuestión que deberá resolverse caso por caso, analizando los aspectos y comportamientos de cada una de esas empresas y procediendo de acuerdo con la doctrina del levantamiento del velo, la cual, de acuerdo con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, “(...) exige la existencia de un patrimonio único y global, creación de empresas aparentes sin actividad en la búsqueda conjunta de dispersión y elusión de responsabilidades, con el único fin de defraudar en beneficio de unos intereses conjuntos. Además, a esta figura debe de acompañar la excepcionalidad y aplicación restrictiva lo que, fuera de un contexto de interpretación estricta o literal de las mismas refieren, más bien, la necesaria aplicación prudente y moderada que debe acompañar a esta figura (...)”, llegando el Alto Tribunal a la conclusión de que: “El hecho de compartir mismo objeto social, socios y mismo domicilio no es motivo suficiente para aplicar la teoría del levantamiento del velo, al considerar el TS también necesario el probar la confusión de patrimonios o el carácter instrumental de las empresas filiales a fin de acreditar el abuso de la personalidad de la sociedad”, (STS, Sala 1ª, de 29 septiembre 2016)”²⁰⁶.

Para finalizar, indicar, que a fecha actual, no resulta aplicable la suspensión de la tramitación del procedimiento ante la existencia de indicios de conductas colusorias ex art. 150.1 de la LCSP; y ello toda vez que la D.F. 16ª de la LCSP establece que “el tercer párrafo del

²⁰⁶ Resolución dictada por el TACRC nº 466/2019, de 30 de abril.



apartado 1 del artículo 150 entrará en vigor en el momento en que lo haga la disposición reglamentaria a la que se refiere el mismo”, sin que a la fecha de redacción de este trabajo se haya producido el desarrollo reglamentario referido.

3. Restricciones al principio de competencia en la contratación pública.

Ya se ha hecho referencia en un momento anterior al régimen especial de reserva, que limita el principio de competencia, de ciertos contratos de servicios sociales, culturales y de salud previstos en la D.A.48ª de la LCSP. En efecto, la configuración de los servicios sociales en Europa, en cuanto presentan interés general, habilitan la flexibilización de las normas del mercado interior, ya que no se consideran actividades económicas, de acuerdo con lo previsto en el art. 106.2 del TFUE.

En esta línea, la Directiva de contratación pública no afecta a la libertad de los Estados para configurar la prestación de los servicios de su competencia de conformidad con el Derecho nacional y de la Unión Europea, libertad que queda expresamente reconocida por estas normas (art. 1.4 de la Directiva 2014/24/UE). Por esta razón, prevé un régimen especial de servicios dirigidos a la ciudadanía y permite un tratamiento diferenciado de estas actividades, alejado de una perspectiva económica o de mercado, ya que, por su propia naturaleza, tienen una dimensión transfronteriza limitada (Considerandos 6 y 114). Esta posibilidad encuentra amparo jurisprudencial en la Sentencia del TJUE de 17 de junio 1997, en el asunto C-70/95, sobre la base del principio de solidaridad, que admite excepciones al principio de libre competencia en el caso de contratos en el marco del sistema de la seguridad

social en favor de entidades sin ánimo de lucro (apartado 32).

Desde esta perspectiva, el Preámbulo de la LCSP permite que los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos determinadas categorías de servicios, en concreto, los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios, incluyendo los farmacéuticos, y educativos u organizar los mismos de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.

Igualmente, otra limitación del principio de competencia, se puede encontrar en los encargos de los poderes adjudicadores a medios propios. Tanto la CNMC, en el Informe de 19 de junio de 2013, en el que analizaba las implicaciones que para la competencia efectiva se derivan de la utilización por parte de las Administraciones Públicas de encomiendas de gestión a sus entidades instrumentales o medios propios, como el Tribunal de Cuentas, en el Informe número 1003 de 28 de noviembre de 2013, sobre encomiendas de gestión, advertían que en el encargo a entes instrumentales, al estar dotados de personalidad jurídica propia, la frontera con el contrato es más compleja que cuando los medios carecen de personalidad, y existe el riesgo de infringir las reglas de la competencia. Debe conjugarse de una parte la libre competencia y, de otra, la libertad organizativa de las Administraciones nacionales. A pesar de que las encomiendas son, en principio, relaciones



entre entidades públicas pertenecientes a una misma esfera administrativa, su utilización, en particular si es extensiva, puede generar serias implicaciones para la competencia efectiva en los mercados.

Al respecto, la Directiva 2014/24/UE, en relación a la técnica auto-organizativa de "in house providing" viene a positivizar la doctrina de la jurisprudencia europea, recogiendo en el apartado 1º del art. 12 (relaciones entre poderes públicos) los requisitos de la Sentencia del TJUE de 18 de noviembre de 1999, Teckal (en especial, los considerandos 5, 31 y 34 de la Directiva recuerdan el carácter excepcional de esta opción). Esta técnica auto-organizativa justifica la no aplicación de la normativa contractual al existir una relación jurídico-administrativa cuando concurren una serie de requisitos de interpretación estricta, correspondiendo la carga de la prueba a quien pretenda beneficiarse de ella, como se ha puesto de relieve en las Sentencias del TJCE de 11 de enero de 2005, en el asunto C-26/03, Stadt Halle, (apartado 46) y de 13 octubre de 2005, en el asunto C-485/03, Parking Brixen (apartados 63 y 65).

Desde esta perspectiva, la LCSP mantiene y desarrolla los requisitos que, con base en la jurisprudencia comunitaria ya recogía el art. 24.6 del derogado TRLCSP e incorpora una nueva regulación del llamado "medio propio" de la Administración, encomiendas de gestión o aplicación práctica de la técnica denominada "in house", que pasa ahora a llamarse "encargos a medios propios". Así, como pone de manifiesto el Preámbulo de la LCSP, nos encontramos los casos de encargos entre entidades del sector público, como supuestos de ejecución directa de prestaciones a través de medios propios personificados, distinguiéndose entre el encargo hecho por un poder adjudicador, de aquel que se hubiera realizado por otra entidad que no

tenga la consideración de poder adjudicador, manteniéndose los casos de la ejecución directa de prestaciones por la Administración Pública con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados. En la LCSP, siguiendo las directrices de la nueva Directiva de contratación, han aumentado las exigencias que deben cumplir estas entidades, con lo que se evitan adjudicaciones directas que pueden menoscabar el principio de libre competencia. Se encuentran aquí requisitos tales como que la entidad que tenga el carácter de "medio propio" disponga de medios personales y materiales adecuados para cumplir el encargo que se le haga, que haya recabado autorización del poder adjudicador del que dependa, que no tenga participación de una empresa privada y que no pueda realizar libremente en el mercado más de un 20 por ciento de su actividad.

Y en último lugar, como excepción al principio de competencia, debe hacerse una breve mención a la tramitación de emergencia. Establece, en este sentido, el art. 120 de la LCSP un régimen excepcional de contratación cuando concurren una serie de supuestos taxativamente previstos -acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional- que, en todo caso, deberán ser objeto de una interpretación restrictiva. La necesidad de actuar de manera inmediata permite prescindir de los trámites formales y ordinarios, habilitando la contratación verbal (art. 37 LCSP). Se trata, pues, de situaciones perfectamente identificables que justifican el quebrantamiento de los principios generales de la contratación pública enumerados en el art. 1 de la LCSP, entre otros, libertad de acceso a las



licitaciones o libre concurrencia, publicidad, transparencia y libre competencia²⁰⁷.

IV. REFLEXIÓN CONCLUSIVA.

A lo largo de este trabajo, se han intentado sistematizar diferentes cuestiones procedimentales dirigidas a mejorar la eficiencia en los procesos de contratación bajo la óptica de la normativa de competencia. Se ha partido de la premisa de que el reconocimiento del principio de libre competencia constituye para el TFUE uno de los pilares del mercado interior, junto con las cuatro libertades económicas. Si bien, como se ha puesto de manifiesto, no es un principio absoluto.

Al mismo tiempo, se ha pretendido reflejar el valor de la participación activa de las pymes en las licitaciones públicas con el fin de garantizar una competencia libre y efectiva en el mercado de la compra pública.

Nuestro propósito ha sido exponer el estado normativo actual, a nivel comunitario y nacional, y a partir de ahí, reflexionar sobre los problemas de afectación del principio de libre competencia.

El análisis efectuado se ha centrado, por un lado, en el comportamiento del sector público, que en ocasiones diseña su aprovisionamiento sin fomentar la apertura de

²⁰⁷ Vid. PINTOS SANTIAGO, J. y PÉREZ BRAVO, J., "Contratación Pública y Covid-19. Normativa completa y tramitación de emergencia ante la crisis sanitaria", GABILEX: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, nº extra. 21, 2020, págs.133-184.

la contratación al mercado, al establecer cargas, barreras y obstáculos que de manera injustificada limitan el acceso a las empresas. Y, por otro lado, se ha estudiado el conjunto de medidas incorporadas al ordenamiento jurídico que habilitan a los poderes adjudicadores a combatir las prácticas anticompetitivas de los propios operadores económicos oferentes que participan en un proceso de licitación.

Desde de las ideas expuestas, podemos confirmar que la nueva regulación conlleva, al igual que en otras tantas cuestiones, un notable avance en materia de competencia, al superar barreras de acceso a los contratos públicos que permiten mejorar de manera sustancial la eficiencia y calidad en las adjudicaciones.

Concluimos, a tenor de lo referido, que el conjunto de cambios normativos introducidos han conducido a reforzar el papel de las pymes en la contratación pública, y por ende, el principio de competencia se ha visto reforzado. Cualquier iniciativa orientada a alcanzar la plenitud de este principio no podrá ser concebida sin el apoyo y participación activa de las mismas. Ahora más que nunca, los retos de la contratación pública permanecerán en el contexto actual marcado por una crisis sanitaria global sin precedentes.

IV. BIBLIOGRAFÍA.

BARRIO GARCIA, G. (2013): "Contratación pública y PYMES. Un comentario a la luz de la propuesta de Directiva en materia de contratación Pública", en libro colectivo *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, págs. 133-160.



GUILLÉN CARAMÉS, J. (2017): “La compleja naturaleza jurídica de las prohibiciones de contratar por infracciones en materia de falseamiento de la competencia” en GUILLÉN CARAMÉS, J. y HERNANDO RYDINGS, M. (coord.), Contratación, competencia y sostenibilidad: últimas aportaciones desde el Derecho Administrativo, Aranzadi, Cizur Menor, págs. 127-151.

GIMENO FELIU, J.M. (2012): “La necesidad de un código de contratos públicos en España. La contratación Pública y las Pymes como estrategia de reactivación económica”, en libro colectivo Observatorio de los Contratos Públicos 2011, Civitas, Cizur Menor, págs. 59-84.

GIMENO FELIU, J.M. (2013): “Las nuevas Directivas – cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, en REDA, núm. 159, págs. 25-89.

GIMENO FELIU, J.M. (2013): “Compra pública estratégica”, en libro colectivo Contratación pública estratégica, coord. por PERNAS GARCÍA, J., Aranzadi, Cizur Menor, págs. 45-80

LAPRESTA BIENZ, R. y SABIOTE ORTIZ, A.M. (2016): “La nueva regulación de la prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, núm. 43.

MARTINEZ FERNANDEZ, J.M. (2018): “Medidas para facilitar a las PYMEs la participación en la contratación pública”, en Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas, núm. 153, págs. 94-103.

MERINO ESTRADA, V. y RIVERO ORTEGA, R. (2011): "Gestionar mejor, gastar menos: una guía para la sostenibilidad municipal", CEMCI, Granada.

MORENO MOLINA, J. A. (2012): "La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos Públicos", en libro colectivo Observatorio de los Contratos Públicos 2012, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 115-163.

PINTOS SANTIAGO, J. (2016): "El derecho de la Unión Europea como ordenamiento jurídico global administrativo y de la contratación pública", en Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas, núm. 144, págs. 94-103.

PINTOS SANTIAGO, J. y PÉREZ BRAVO, J., "Contratación Pública y Covid-19. Normativa completa y tramitación de emergencia ante la crisis sanitaria", GABILEX: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, nº extra. 21, 2020, págs. 133-184.

SAN JOSÉ, M.A. (2017): "Prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia", en GUILLÉN CARAMÉS, J. y HERNANDO RYDINGS, M. (coord.), Contratación, competencia y sostenibilidad: últimas aportaciones desde el Derecho Administrativo, Aranzadi, Cizur Menor, págs. 167-187.