

ESTUDIO SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ANDALUZA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA COMPETENCIA

Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía
Consejería de Economía, Innovación y Ciencia
Octubre de 2010



ESTUDIO SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ANDALUZA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA COMPETENCIA

Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía

Consejería de Economía, Innovación y Ciencia

Octubre de 2010



ESTUDIO SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ANDALUZA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA COMPETENCIA

El impacto económico de la contratación pública en los países de la OCDE alcanza el 15% del PIB según el estudio realizado por el Comité de Competencia de la OCDE, "Directrices para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas", de 24 de febrero de 2009.

Por ello, se estima necesario garantizar la existencia de una competencia suficiente en el presente sector. En primer lugar, porque las Administraciones adjudicadoras que actúan en mercados competitivos y transparentes pueden adquirir bienes de mayor calidad a menores precios (gasto público eficiente). En segundo lugar, porque los procedimientos de contratación abiertos y transparentes contribuyen a mejorar la competitividad de las empresas que operan en dichos mercados.

La afectación de la libre competencia en el marco de la contratación pública puede tener una doble vertiente: Por un lado, los propios operadores económicos, mediante la realización de prácticas anticompetitivas como pueden ser la colusión entre oferentes frente a las licitaciones públicas contratados y menoscabando así los efectos de un mercado competitivo. Por otro lado, puede ser la propia Administración Pública la que introduzca barreras al acceso de las empresas a los mercados públicos, mediante el mantenimiento de trabas burocráticas o cualquier otro tipo de cargas.

Por estas razones, la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía ha considerado conveniente realizar este primer Estudio que se dedica exclusivamente a identificar aquellas prácticas contenidas en los pliegos de contratación que incidan en el mantenimiento de una competencia efectiva en este mercado público.

En el Estudio se recogen las principales barreras, obstáculos o cargas establecidas para el acceso de operadores económicos a los procedimientos de contratación pública. Las prácticas detectadas se estructuran por bloques temáticos, esto es, trámites administrativos, criterios de selección de los contratistas, criterios de valoración de ofertas para la adjudicación, accesibilidad a la información necesaria para preparar la mejor oferta, duración de los contratos, subcontratación y otras cuestiones detectadas en los pliegos de prescripciones técnicas, y son analizadas a la luz de los principios de necesidad y proporcionalidad, mínima distorsión de la competencia, eficacia, transparencia y predecibilidad que deben regir una regulación eficiente y favorecedora de la competencia.

Asimismo, también se valora positivamente las conductas identificadas en la muestra seleccionada que promueven una mayor competencia en el proceso de licitación pública.

El objetivo fundamental de este documento es orientar a los entes adjudicadores que conforman el sector público andaluz sobre las medidas que pueden adoptar en orden a mejorar el funcionamiento competitivo de los procedimientos de contratación pública en Andalucía.



STUDY ON COMPETITION AND PUBLIC PROCUREMENT IN ANDALUCIA

According to the OECD Competition Committee Report “Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement”, dated February 24, 2009, public procurement in OECD countries amounts to 15 per cent of the GDP.

The maintenance of effective competition in public markets is essential. On the one hand, competitive and transparent markets enable awarding authorities to purchase better quality goods and services at a lower price, thus obtaining the best value for money. On the other, open and transparent purchasing procedures clearly contribute to improve the competitiveness of the companies active in this sector.

A distortion of competition in public procurement markets can be explained by two different reasons. First, economic operators may enter into anticompetitive practices, such as collusion or bid rigging, during the tender procedure, thereby hindering the competitive outcome of the public purchasing process. Second, public purchasers may establish bureaucratic formalities and other administrative burdens that may create or reinforce existing barriers to entry to public procurement markets.

For those reasons, the Agency for the Defense of Competition in Andalucía has released the present Study, which focuses exclusively on identifying – from a selected sample of tender documents - certain practices which may have an influence on the existence of effective competition in public procurement markets.

The present Study identifies the main barriers, obstacles or burdens that can be found in Andalusian tender documents and which may affect the access of economic operators to public purchasing procedures in Andalucía. The Study classifies the practices identified into the following categories: Administrative formalities, selection criteria to participate in a tender, criteria for evaluating and awarding a tender, accessibility to the information to submit the best offer, duration of public contracts, subcontracting and other questions detected in the technical specification documents. The practices identified are analysed under the principles of good regulation, i.e. necessity and proportionality, minimal distortion, efficiency, transparency and predictability.

The Study also welcomes certain practices identified in the selected sample that promote more effective competition in public purchasing procedures.

To conclude, the present Study aims at providing guidance to awarding entities in Andalucía as to the measures that can be adopted in order to continuously improve the competitive process of public purchasing procedures in our Autonomous Community.

ÍNDICE

I.	PLANTEAMIENTO Y OBJETO	6
II.	ALCANCE Y METODOLOGÍA DEL ESTUDIO	9
II.1.	ALCANCE DEL ESTUDIO	9
II.2.	METODOLOGÍA Y MUESTRA	9
II.2.1.	Fuente de la muestra: La Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía	9
II.2.2.	Selección de la muestra	12
II.2.3.	Aspectos metodológicos	13
III.	RESULTADOS ALCANZADOS EN EL ANÁLISIS DE LOS PLIEGOS	14
III.1.	INTRODUCCIÓN	14
III.2.	RELACIÓN DE PRÁCTICAS NO FAVORECEDORAS DE LA COMPETENCIA	14
III.2.1.	Trámites administrativos exigidos para la licitación	14
III.2.2.	Los criterios de selección (solventía económica y técnica y/o clasificación)	15
III.2.3.	Criterios de valoración para la adjudicación	15
III.2.4.	Accesibilidad a la información necesaria para preparar la mejor oferta	16
III.2.5.	Duración de los contratos públicos	16
III.2.6.	Subcontratación	16
III.2.7.	Pliegos de Prescripciones Técnicas. Cuestiones formales	16
III.3.	EVALUACIÓN DE CARÁCTER GENERAL DEL CONTENIDO DE LAS PRÁCTICAS IDENTIFICADAS	17
III.4.	RESULTADOS AGREGADOS	18
III.4.1.	Prácticas no favorecedoras de la competencia	18
III.4.2.	Prácticas que promueven la competencia	21
III.4.3.	Propuestas para facilitar el acceso y promover la competencia	22
IV.	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	23



DOCUMENTO COMPLEMENTARIO 1: ANÁLISIS PORMENORIZADO DE LOS TIPOS DE PRÁCTICAS REGISTRADAS

I. TRÁMITES ADMINISTRATIVOS EXIGIDOS PARA LICITAR.....	26
• Se exige que la documentación necesaria para poder licitar sea presentada únicamente en el Registro de los órganos de contratación o por correo, no admitiéndose la presentación prevista en el art. 38.4 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (R.1.1).....	28
• Se exige que el certificado de incompatibilidad de no ostentar alto cargo deba ser firmado expresamente por el administrador único, administradores solidarios o mancomunados o el Consejo de Administración a través de su Secretario con el visto bueno del Presidente, no admitiéndose otra vía alternativa (R.1.2).....	30
• Se exige que los poderes estén bastanteados por los Letrados del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía o, en los contratos celebrados por el Servicio Andaluz de Salud por Letrados de Administración Sanitaria, no aceptándose el bastateo realizado por Letrados de otras Administraciones Públicas (R.1.3).....	31
• Se opta por requerir la aportación de documentación que obra en poder de la Administración (R.1.6).....	32
• Se opta por no incorporar de oficio al expediente de contratación el certificado de inscripción en el Registro de Licitadores (R.1.7).....	32
• Se opta por exigir garantía provisional y, en determinados casos, por el importe máximo previsto en la Ley (3%) (R.1.4).....	34
• Se exige garantía complementaria, sin estar suficientemente justificadas las circunstancias especiales que la motivan (R.1.5).....	34
• Se opta por no admitir la acreditación de la documentación previa a la adjudicación definitiva por medios electrónicos, informáticos o telemáticos (R.1.8).....	37
• Se opta por no admitir la acreditación de la constitución de la garantía provisional por medios electrónicos, informáticos o telemáticos (R.1.10).....	37
• Se decide por el órgano de contratación tramitar el expediente por vía de urgencia, sin que en la información disponible aparezca justificada la necesidad inaplazable o la aceleración de la adjudicación por motivos de interés público (R.1.9).....	38
II. LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN (SOLVENCIA ECONÓMICA Y TÉCNICA Y/O CLASIFICACIÓN).....	39
• Se establece una clasificación a las empresas superior a la exigida en la normativa, atendiendo a las características y al importe del contrato (R.2.1).....	39
• Para acreditar la solvencia técnica se establece un único criterio de selección excluyente, especialmente en relación con la experiencia previa de la empresa, en vez de optar por la inclusión de los varios criterios previstos en los artículos 65 a 68 LCSP (R.2.2).....	41



III. CRITERIOS DE VALORACIÓN PARA LA ADJUDICACIÓN.....	43
• Se incluye la experiencia previa del licitador como criterio de valoración de la oferta, no estando permitido salvo como medio acreditativo de solvencia (R.3.2).....	44
• Se fijan criterios de valoración técnicos para cuya cuantificación no se determina ponderación o forma de valoración objetiva (R.3.3).....	45
• Se contemplan métodos de valoración indeterminados o fórmulas complejas en relación con los criterios de adjudicación (R.3.4).....	45
• Se establece criterio de carácter territorial o de residencia de la empresa como elemento dirimente en la valoración de ofertas (R.3.5).....	47
• Se establece como criterio de valoración la circunstancia de que la empresa cuente con delegación física en la provincia donde se ejecute el contrato y/o en la Comunidad Autónoma de Andalucía (R.3.6).....	49
• Se exige como requisito de adjudicación que la empresa adjudicataria de obras tenga una oficina ubicada en la Comunidad Autónoma de Andalucía, en la que exista un representante legal de la empresa con poderes bastantes para el desarrollo y ejecución del contrato (R.4.5).....	49
IV. ACCESIBILIDAD A LA INFORMACIÓN NECESARIA PARA PREPARAR LA MEJOR OFERTA.....	51
• No se indica el importe máximo que deben abonar los adjudicatarios por la publicación de los anuncios(R.4.1).....	51
• En determinados anuncios de licitación publicados en la Plataforma de Contratación no se encuentran disponibles los Pliegos (R.4.4).....	51
V. LA DURACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS.....	53
• Se establece una duración del contrato, incluidas las prórrogas, por el límite máximo previsto en la LCSP, sin que parezca imprescindible de acuerdo con la información de la que se dispone (R.4.2).....	53
VI. SUBCONTRATACIÓN.....	54
• No se permite la posibilidad de subcontratar prevista en la Ley, sin que quede acreditada la necesidad de esta imposibilidad (R.4.8)	55
• Se establece la posibilidad de subcontratar, aunque por importe inferior al máximo permitido en la LCSP (60%), sin que se desprenda de la información disponible las especiales circunstancias que ello garantice (R.4.6).....	55
VII. PLIEGO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS. CUESTIONES FORMALES...	56
• Se incluye en el clausulado del PPT materias relativas al régimen jurídico del contrato que, en todo caso, deben figurar en el PCAP, lo que introduce un factor de falta de claridad, inseguridad jurídica y predecibilidad (R.5.1).....	56
• Se incluye en el clausulado del pliego de prescripciones técnicas exigencias de naturaleza cualitativa para la contratación de servicios profesionales no vinculadas con el objeto del contrato (R.5.2).....	58



DOCUMENTO COMPLEMENTARIO 2: MARCO REGULADORIO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

I. ÁMBITO NORMATIVO EUROPEO.....	59
I.1. RAZÓN DE SER O FUNDAMENTO DE LAS NORMAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ÁMBITO COMUNITARIO.....	59
I.2. LA POLÍTICA COMUNITARIA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN PERSPECTIVA HISTÓRICA	60
I.2.1 Previsiones en los Tratados constitutivos.....	60
I.2.2 El Libro Blanco de la Comisión sobre la realización del mercado interior y el Libro Verde sobre la Contratación Pública en la Unión Europea	61
I.3. LA NORMATIVA DE 2004 RELATIVA A LOS CONTRATOS PÚBLICOS... 63	
I.3.1 Las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE.....	63
I.3.2 La Directiva de Recursos en materia de contratos públicos	65
I.3.3 El Código Europeo de Buenas Prácticas para facilitar el acceso de las pymes a los contratos públicos	66
II. ÁMBITO NORMATIVO ESTATAL.....	67
II. 1. LEY 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. RAZÓN DE SER.....	67
II. 2. NOVEDADES DE LA NUEVA LCSP EN RELACIÓN CON LA COMPETENCIA EFECTIVA.....	68
II. 2.1 La salvaguarda de la competencia como finalidad explícita de la norma.....	68
II. 2.2 Un nuevo planteamiento sobre los procedimientos de contratación pública.....	69
II. 2.3 La ampliación expresa del elenco de entidades que quedan sujetas a las nuevas prescripciones de la LCSP	69
II. 2.4 La nueva categoría de contratos sujetos a regulación armonizada	69
II. 2.5 El criterio de la “oferta económicamente más ventajosa”.....	70
II. 2.6 El impulso a la tramitación electrónica de los procedimientos de contratación	70
II. 2.7 El nuevo recurso especial en materia de contratación de la LCSP.....	71
II.3 ESTADO DE LA TRANSPOSICIÓN DE LAS DIRECTIVAS Y DEMÁS DIRECTRICES EUROPEAS EN ESPAÑA.....	73
III. ÁMBITO NORMATIVO AUTONÓMICO	73
BIBLIOGRAFÍA.....	76



I. PLANTEAMIENTO Y OBJETO

Las Administraciones Públicas intervienen de forma destacada en los mercados de bienes y servicios a través de la contratación pública. El impacto económico de la contratación pública en los países de la OCDE alcanza el 15% del PIB según se desprende del estudio realizado por el Comité de Competencia de la OCDE denominado “Directrices para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas”, de 24 de febrero de 2009. Esta gran aportación incide en la creación de empleo y en la generación de riqueza en un país. Por ello, el buen funcionamiento de los mercados públicos, sus normas y procedimientos deben dirigirse al cumplimiento de los principios de eficacia, economía y eficiencia en la asignación del gasto público. En este sentido, en los mercados competitivos y transparentes se puede garantizar unas mejores condiciones de calidad y precio de los bienes y servicios, y por lo tanto una mejor aplicación de los recursos.

Las Directivas comunitarias sobre contratos públicos persiguen como objetivo básico garantizar que todos los operadores económicos europeos se encuentren en igualdad de oportunidades para alcanzar los contratos públicos. Asimismo, como gran novedad el ordenamiento jurídico español incorpora el principio de salvaguarda de la competencia como finalidad explícita de la norma. En efecto, en el artículo 1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (“LCSP”) se señala que la salvaguarda de la libre competencia es un objetivo que debe informar la aplicación de la Ley, junto con otros principios directamente relacionados con este último, como el de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los potenciales candidatos, etc. Por tanto, los órganos de contratación deben garantizar la existencia de una competencia efectiva en cada procedimiento de adjudicación de un contrato y en cada una de las fases del mismo.

El objeto de un estudio de competencia en materia de contratación pública parte de la necesidad de garantizar una competencia suficiente en este sector de la actividad económica y ello por dos motivos:

- ⇒ Una política de contratación pública competitiva constituye un requisito imprescindible para llevar a cabo un gasto público eficiente. Las Administraciones adjudicadoras que actúan en mercados competitivos y transparentes, pueden adquirir bienes de mayor calidad a menores precios.
- ⇒ Los procedimientos de contratación abiertos y transparentes contribuyen a mejorar la competitividad de las empresas que operan en dichos mercados. Nada mejor que un sistema de competencia efectiva para incitar a las empresas a mejorar sus procesos de producción, ajustar el precio de sus ofertas e innovar para competir de manera eficiente.

A este respecto, la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, considera la necesidad de garantizar la competencia en la contratación pública y supeditarla al acatamiento de los principios de libre



circulación de mercancías, la libertad de establecimiento, la libre prestación de servicios, no-discriminación, proporcionalidad y transparencia.

Por otra parte, en el ámbito de los mercados públicos y de la contratación pública, se pueden establecer con carácter general dos tipos de situaciones que pueden afectar a la competencia.

Por un lado, los propios operadores económicos, mediante la realización de prácticas anticompetitivas como pueden ser la colusión entre oferentes frente a las licitaciones públicas, pueden causar graves perjuicios al presupuesto público elevando precios o disminuyendo la calidad de los bienes y servicios contratados y menoscabando así los efectos de un mercado competitivo. En este sentido, la colusión es una práctica tipificada en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Asimismo, en la Disposición Adicional vigésimo séptima de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público se determina la obligación de los órganos de contratación de notificar a las autoridades de defensa de la competencia cualquier hecho que pueda constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia.

Por otro lado, puede ser la propia Administración Pública la que genere barreras al acceso de las empresas a los mercados públicos, mediante el mantenimiento de trabas burocráticas o cualquier otro tipo de cargas. Estas prácticas resultan muy perjudiciales, en la medida en que es un hecho constatado, que en los mercados en los que se aumenta el número de oferentes, se obtienen los bienes en mejores condiciones de precio y calidad. En consecuencia, la simplificación de procedimientos, la eliminación de cargas innecesarias en los procesos de selección y especialmente la implantación completa de la administración electrónica en la contratación pública, son en la actualidad compromisos ineludibles para impulsar una mayor competencia en este ámbito. Además de las expresadas barreras existen otras situaciones que no favorecen la competencia en la contratación pública. A título de ejemplo, cabe hacer mención a las modificaciones de los contratos durante su ejecución, que pueden alterar las características del contrato inicial y de esta forma anular en la práctica el procedimiento de concurrencia competitiva que se llevó a cabo para la adjudicación inicial del mismo.

En el marco de actuación establecido por la Ley 6/2007, de 26 de junio de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía, en aplicación del artículo 3. e), la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía (en adelante, ADCA) ha considerado la necesidad y oportunidad de realizar este primer Estudio sobre la contratación pública andaluza. Este Estudio ciñe su objeto, no a las posibles conductas de carácter colusorio de los operadores, sino exclusivamente al estudio de aquellas prácticas contenidas en los pliegos de contratación que pueden incidir en el mantenimiento de una competencia suficiente en este mercado público, con el objetivo de extraer conclusiones útiles en orden a mejorar el funcionamiento competitivo de los procedimientos de contratación pública en Andalucía.

A tal efecto, en el marco del presente Estudio, se entiende por **prácticas que promueven la competencia** aquellas medidas adoptadas en los procesos de licitación pública que tengan



por objeto favorecer el acceso de los operadores económicos al mercado de los contratos públicos.

A *sensu contrario*, se consideran **prácticas que no favorecen a la competencia** las contenidas en los pliegos de contratación que generan barreras, obstáculos o cargas al acceso de operadores económicos a los procedimientos de contratación pública. En este sentido, debe prestarse especial atención a aquellas cláusulas que supongan algún menoscabo de los principios de publicidad, concurrencia y transparencia que forman la base que asegura una competencia suficiente. Asimismo, teniendo en cuenta que los pliegos han de garantizar el adecuado cumplimiento del fin público perseguido por el contrato, la práctica identificada deberá ser analizada a la luz de los principios de necesidad y proporcionalidad, mínima distorsión de la competencia, eficacia, transparencia y predecibilidad.

El objeto del presente Estudio se centra, por tanto, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas (PCAP-PPT), en la medida en que constituyen unos de los documentos esenciales del expediente de contratación y representan el régimen jurídico que rige todo el procedimiento de licitación pública. Por ello, y en concreto, este Estudio pone especial énfasis en aquellas cláusulas que generan barreras, obstáculos o cargas innecesarias al acceso de operadores económicos a la licitación en el ámbito de la contratación pública.

El presente Estudio se estructura en cuatro apartados y en dos documentos de trabajo complementarios. En este primer apartado, se acota el objeto del Estudio. En el segundo apartado, se especifican los criterios tenidos en cuenta a la hora de emprender este trabajo, esto es; alcance del Estudio y metodología de análisis. Asimismo, se especifican los criterios de selección de la muestra de los PCAP-PPT de los contratos que son objeto de análisis, su codificación y los demás aspectos metodológicos.

Es en el tercer apartado del trabajo donde se describen las prácticas identificadas tras el análisis de los pliegos, cuya relación detallada se incluye en uno de los documentos de trabajo complementarios que acompañan a este Estudio. Los resultados obtenidos del trabajo se estructuran en función de las prácticas identificadas por bloques temáticos, esto es, trámites administrativos, criterios de selección de los contratistas, criterios de valoración de ofertas para la adjudicación, accesibilidad a la información necesaria para preparar la mejor oferta, duración de los contratos, subcontratación y otras cuestiones detectadas en los pliegos de prescripciones técnicas. Asimismo, se ofrecen un conjunto de cuadros que recogen los resultados más significativos.

En el último apartado, se sintetizan los resultados más destacados del Estudio, y se formulan una serie de recomendaciones al objeto de optimizar la labor de los órganos de contratación de la Junta de Andalucía y promover una mayor competencia efectiva en este ámbito.

Finalmente, el presente Estudio viene acompañado de dos documentos de trabajo complementarios. En el primero, se relacionan de forma detallada todas las prácticas identificadas en la contratación pública andaluza desde el punto de vista de la competencia.



En el segundo documento se hace una especial referencia al ámbito normativo europeo, estatal y autonómico andaluz en materia de contratación pública.

II. ALCANCE Y METODOLOGÍA DEL ESTUDIO

II.1. ALCANCE DEL ESTUDIO

El objeto principal del análisis, como se estableció en el apartado primero, se refiere a las actuaciones de los poderes adjudicadores a la hora de diseñar y elaborar los PCAP-PPT que rigen la contratación pública, con el propósito de identificar las prácticas que promueven la competencia y aquellas otras prácticas que no favorecen la libre competencia en el desarrollo de los procesos de licitación.

La finalidad del presente Estudio es la de detectar y reflexionar sobre las prácticas que no favorecen a la libre competencia recogidas en los pliegos de contratación y procurar una valoración sobre su necesidad y proporcionalidad, mejorando con ello la elaboración de los mismos, en aras de conseguir la simplificación de procedimientos y la eliminación de cargas innecesarias o barreras en los procesos de selección y acceso de las empresas a los mercados públicos.

También se presta especial atención a las cláusulas que supongan algún menoscabo de los principios de publicidad, concurrencia y transparencia que forman la base que garantiza una competencia suficiente. Por otra parte, teniendo en cuenta que los pliegos han de garantizar el adecuado cumplimiento del fin público perseguido por el contrato, la práctica ha de ser analizada a la luz de los principios de necesidad y proporcionalidad, mínima distorsión de la competencia, eficacia, transparencia y predecibilidad.

La base del análisis está constituida por la relación de contratos presentados en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, por lo que la parcela de contratación pública realizada a través de la figura de la contratación menor no se incluye en la muestra analizada con este trabajo, por lo que excede obviamente del ámbito del presente análisis.

Finalmente, las especificaciones técnicas de los pliegos de contratación al requerir de unos conocimientos técnicos especializados y específicos del concreto proyecto objeto de licitación pública, exceden también del objetivo de este trabajo. No obstante, se tratan algunas cuestiones que, incluidas en estos pliegos, pudieran afectar en cierta medida al régimen jurídico del contrato seleccionado.

II.2. METODOLOGÍA Y MUESTRA

II.2.1. Fuente de la muestra: La Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

La Junta de Andalucía a través de su Plataforma de Contratación, pretende asegurar la transparencia y el libre acceso a la información relativa a la actividad contractual pública en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 42 LCSP. En esta dirección electrónica: <http://juntadeandalucia.es/contratación>, se proporcionan datos relativos a la contratación

pública en fase de licitación o adjudicación de los procedimientos celebrados por los órganos de contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entes instrumentales.

Esta Plataforma contiene información sobre la normativa contractual vigente, las actuaciones que integran los procesos de contratación, anuncios de licitaciones y de adjudicación provisional y definitiva, etc. En cumplimiento de sus objetivos está previsto que esta herramienta esté interconectada con la Plataforma de Contratación del Estado, así como, en su caso, con los servicios de información similares que articulen las Entidades locales de Andalucía, en la forma que se determine en los convenios que se concluyan al efecto.

Específicamente, la Plataforma aporta el conjunto de los datos básicos de cada expediente y presenta una alta fiabilidad. Se ha seleccionado como la herramienta adecuada para configurar la base documental del presente trabajo en la medida que permite, de forma ágil, acceder y consultar los pliegos objeto de estudio.

El número de expedientes en fase de adjudicación definitiva registrados en la mencionada Plataforma de Contratación desde el 30 de agosto de 2008 hasta el 22 de octubre del 2009 alcanza los 4.514. En las tablas 1 y 2 se expone la distribución de los mismos atendiendo a la tipología de entidades contratantes y al tipo de contrato adjudicado.

Tabla 1. Distribución del número de expedientes adjudicados por tipo de entidad a través de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía. Período agosto de 2008/octubre de 2009.

TIPOLOGÍA DE ENTIDADES	TIPOLOGÍA CONTRACTUAL				TOTAL	Porcentaje por tipo de entidad
	OBRAS	SUMINISTROS	SERVICIOS	OTROS		
SSCC ó DDPP	219	210	1014	257	1.700	37,7
Agencias Administrativas u Organismos Autónomos	52	252	247	23	574	12,7
Entidad de Derecho Público	426	252	578	15	1.271	28,2
Sociedad Mercantil Participación Mayoritaria	123	84	545	5	757	16,8
Agencia Pública Empresarial	3	8	17	0	28	0,6
Fundaciones	32	17	116	1	166	3,7
Consortios	1	3	14	0	18	0,4
TOTAL	856	826	2531	301	4.514	100,0
Porcentaje por tipo de contrato	19,0	18,3	56,1	6,7	100,0	

Fuente: Plataforma de Contratación a partir de la clasificación de entes ofrecida por la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía 2009.

En la Tabla 1 se observa que son los Servicios Centrales y Delegaciones Provinciales con un 37,7% y las Entidades de Derecho Público con un 28,2 %, los órganos de contratación que aglutinan los mayores porcentajes de la contratación mostrada en la Plataforma de Contratación.

A continuación, en la Tabla 2 se efectúa la distribución de expedientes por Consejerías, destacando que las Consejerías de Salud, Medio Ambiente, Educación y Agricultura aglutinan aproximadamente el 50% de la contratación de la Junta de Andalucía.

Si se considera el tipo de contrato realizado, es de destacar que la contratación de servicios supera el 56% del total de contratos adjudicados por la Junta de Andalucía presentados en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

Tabla 2. Distribución del número de expedientes adjudicados por Consejerías a través de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía. Período agosto de 2008/octubre de 2009.

TIPOLOGÍA DE ENTIDADES	TIPOLOGÍA CONTRACTUAL				TOTAL	Porcentaje por tipo de entidad
	OBRAS	SUMINISTROS	SERVICIOS	OTROS		
Presidencia	3	16	35	0	54	1,2
Gobernación	1	1	15	0	17	0,4
Economía y Hacienda	4	22	90	2	118	2,6
Educación	244	67	236	11	558	12,4
Justicia y Administración Pública	10	27	133	1	171	3,8
Innovación, Ciencia y Empresa	50	20	213	1	284	6,3
Obras Públicas y Transporte	197	16	151	0	364	8,1
Empleo	9	35	59	5	108	2,4
Salud	58	364	254	32	708	15,7
Agricultura y Pesca	36	108	258	3	405	9,0
Vivienda y Ordenación del Territorio	142	6	214	0	362	8,0
Turismo, Comercio y Deporte	44	1	74	0	119	2,6
Igualdad y Bienestar Social	9	31	136	147	323	7,2
Cultura	26	42	285	1	354	7,8
Medio Ambiente	23	70	378	98	569	12,6
Total	856	826	2.531	301	4.514	100,0
Porcentaje por tipo de contrato	19,0	18,3	56,1	6,7	100,0	

Fuente: Plataforma de Contratación a partir de la clasificación de entes ofrecida por la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía 2009.

II.2.2. Selección de la muestra

A partir de los datos de los expedientes recogidos en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía se ha seleccionado una muestra aleatoria de 109 expedientes de contratación en función de una serie de parámetros que se exponen a continuación:

- a) Se ha realizado un muestreo aleatorio simple sobre los expedientes de contratación estructurado en función de la categoría o forma jurídica de los entes o entidades que conforman la Junta de Andalucía y de otros entes instrumentales a la misma sometidos a la LCSP. En concreto, se tiene en cuenta la distribución entre el volumen de contratación gestionado por la Administración Pública (Consejerías y/o Agencias Administrativas), así como la realizada por las Empresas Públicas y otras entidades.
- b) Asimismo, el muestreo se distribuye guardando las proporciones observadas, en función de la modalidad o tipología contractual que recoge la LCSP en su artículo 5, esto es: los contratos de obras, suministros, servicios y gestión de servicios públicos.

Con esta muestra se alcanza un nivel de confianza de un 95%, con un margen de error del 10%.

A este respecto, es necesario señalar que la población estudiada presenta ciertos rasgos especiales. Como se ha señalado, el presente Estudio se centra en el análisis de los PCAP-PPT que rigen cada uno de los expedientes de contratación seleccionados. En este sentido, se ha observado que cada Organismo o Entidad, en función del tipo de contrato, utiliza modelos de pliegos muy similares, lo que haría innecesaria una muestra mayor, al confirmarse la reiteración del análisis en estos supuestos.

Por ello, el aspecto que se ha considerado más relevante en la muestra ha sido el de abarcar toda la variada casuística en la distribución por Organismos o Entidades y por tipología, según las proporciones observadas en la Plataforma de Contratación. De esta forma se garantiza una adecuada fiabilidad y coherencia en los resultados obtenidos.

En definitiva, con estos parámetros metodológicos, se considera que la muestra seleccionada puede aportar resultados coherentes y permite extrapolar determinadas conclusiones al total de la población de estudio.

En función de todo lo anterior, en la Tabla 3 se concreta la distribución de la muestra considerada en el Estudio en función de los aspectos anteriormente señalados, tipología de las entidades contratantes y modalidades contractuales.

Tabla 3. Distribución del número de expedientes seleccionados para el estudio.

TIPOLOGÍA DE ENTIDADES	TIPOLOGÍA CONTRACTUAL				TOTAL	Porcentaje por tipo de entidad
	OBRAS	SUMINISTROS	SERVICIOS	OTROS		
SSCC ó DDPP	7	9	21	8	45	41,3
Agencias Administrativas u Organismos Autónomos	1	5	4	0	10	9,2
Entidad de Derecho Público	8	3	13	2	26	23,9
Sociedad Mercantil Participación Mayoritaria	4	5	9	0	18	16,5
Agencia Pública Empresarial	0	3	2	0	5	4,6
Fundaciones	1	0	2	0	3	2,8
Conorcios	1	1	0	0	2	1,8
TOTAL	22	26	51	10	109	100,0
Porcentaje por tipo de contrato	20,2	23,9	46,8	9,2	100,0	

Fuente: Plataforma de Contratación a partir de la clasificación de entes ofrecida por la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía 2009.

II.2.3. Aspectos metodológicos

Una vez seleccionada la muestra, el trabajo se ha desarrollado con la siguiente metodología. Para cada expediente de contratación se ha confeccionado una ficha específica en la que se han incluido y codificado todas las prácticas que se han ido detectando en los pliegos de cláusulas, así como los datos básicos de referencia del expediente.

Las prácticas identificadas en el análisis de los pliegos se han clasificado por bloques homogéneos, para su mejor tratamiento, en función de que se trate de:

1. Trámites administrativos; documentación personal exigida a los licitadores, garantías, vía de urgencia y tramitación electrónica.
2. Criterios de selección (solvencia económica y técnica y/o clasificación).
3. Criterios de valoración para la adjudicación.
4. Accesibilidad a la información necesaria para preparar la mejor oferta.
5. Duración de los contratos públicos.
6. Subcontratación.
7. Pliegos de Prescripciones Técnicas. Cuestiones formales.



En el documento de trabajo complementario que acompaña a este Estudio se recoge un análisis de cada una de las prácticas identificadas, incluyéndose una justificación detallada de las razones por las que las mismas podrían incidir en el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de los contratos públicos.

Con esta codificación de las prácticas se ha elaborado una base de datos que ha permitido su explotación sistemática para alcanzar los resultados del presente Estudio.

III. RESULTADOS ALCANZADOS EN EL ANÁLISIS DE LOS PLIEGOS

III.1. INTRODUCCIÓN

Como se ha señalado, el trabajo ha consistido en identificar prácticas recogidas en los pliegos de contratación que pudieran tener una incidencia en materia de competencia. A este respecto, tal como se ha expuesto, se consideran prácticas no favorecedoras de la competencia aquellas cláusulas que generan barreras, obstáculos o cargas al acceso de operadores económicos en los mercados de la contratación pública.

En este epígrafe, en primer lugar se relacionan las prácticas identificadas, según los bloques anteriormente señalados. En segundo lugar, se evalúan con carácter general desde el punto de vista de la competencia estas prácticas para, a continuación, detallar mediante gráficos los resultados generales más relevantes alcanzados. Por último, se especifican las prácticas que promueven una mayor competencia identificadas, entendiendo como tales aquellas medidas que tengan por objeto favorecer el acceso de las empresas al mercado de los contratos públicos.

III.2. RELACIÓN DE PRÁCTICAS NO FAVORECEDORAS DE LA COMPETENCIA

III.2.1. Trámites administrativos exigidos para la licitación.

En este apartado, se incluye el análisis de la documentación personal exigida a los licitadores, la constitución de garantías, bien provisionales, definitivas o complementarias, la forma de tramitación del expediente de contratación (ordinaria o de urgencia), además del uso de medios electrónicos para la realización de determinados trámites administrativos.

– Documentación personal exigida a los licitadores:

R.1.1: Se exige que la documentación necesaria para poder licitar sea presentada únicamente en el Registro de los órganos de contratación o por correo, no admitiéndose la presentación prevista en el art. 38.4 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

R.1.2: Se exige que el certificado de incompatibilidad de no ostentar alto cargo deba ser firmado expresamente por el administrador único, administradores solidarios o mancomunados o el Consejo de Administración a través de su Secretario, con el visto bueno del Presidente, no admitiéndose otra vía alternativa.

R.1.3: Se exige que los poderes estén bastanteados por los Letrados del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía o, en los contratos celebrados por el Servicio Andaluz de Salud por Letrado de Administración Sanitaria, no aceptándose el bastateo realizado por Letrados de otras Administraciones Públicas.

R.1.6: Se opta por requerir la aportación de documentación que obra en poder de la Administración.

R.1.7: Se opta por no incorporar de oficio al expediente de contratación el certificado de inscripción en el Registro de Licitadores.

– Garantías:

R.1.4: Se opta por exigir garantía provisional y, en determinados casos, por el importe máximo previsto en la Ley (3%).

R.1.5: Se exige garantía complementaria, sin estar suficientemente justificadas las circunstancias especiales que la motivan.

– Urgencia:

R.1.9: Se decide por el órgano de contratación tramitar el expediente por vía de urgencia, sin que en la información disponible aparezca justificada la necesidad inaplazable o la aceleración de la adjudicación por motivos de interés público.

– Medios electrónicos:

R.1.8: Se opta por no admitir la acreditación de la documentación previa a la adjudicación definitiva por medios electrónicos, informáticos o telemáticos.

R.1.10: Se opta por no admitir la acreditación de la constitución de la garantía provisional por medios electrónicos, informáticos o telemáticos.

III.2.2. Los criterios de selección (solvencia económica y técnica y/o clasificación).

R.2.1: Se establece una clasificación a las empresas superior a la exigida en la normativa atendiendo a las características y al importe del contrato.

R.2.2: Para acreditar la solvencia técnica se establece un criterio de selección excluyente, especialmente en relación con la experiencia previa de la empresa, en vez de optar por la inclusión de los varios criterios previstos en los artículos 65 a 68 LCSP.

III.2.3. Criterios de valoración para la adjudicación.

R.3.2: Se incluye la experiencia previa del licitador como criterio de valoración de la oferta, no estando permitido salvo como medio acreditativo de solvencia.

R.3.3: Se fijan criterios de valoración técnicos para cuya cuantificación no se determina ponderación o forma de valoración objetiva.

R.3.4: Se contemplan métodos de valoración indeterminados o fórmulas complejas en relación con los criterios de adjudicación.

R.3.5: Se establece criterio de carácter territorial o de residencia de la empresa como elemento dirimente en la valoración de ofertas.

R.3.6: Se establece como criterio de valoración la circunstancia de que la empresa cuente con delegación física en la provincia donde se ejecute el contrato y/o en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

R.4.5: Se exige como requisito de adjudicación que la empresa adjudicataria de obras tenga una oficina ubicada en la Comunidad Autónoma de Andalucía, en la que exista un representante legal de la empresa con poderes bastantes para el desarrollo y ejecución del contrato.

III.2.4. Accesibilidad a la información necesaria para preparar la mejor oferta.

R.4.1: No se indica el importe máximo que deben abonar los adjudicatarios por la publicación de los anuncios.

R.4.4: En determinados anuncios de licitación publicados en la Plataforma de Contratación no se encuentran disponibles los Pliegos.

III.2.5. Duración de los contratos públicos.

R.4.2: Se establece una duración del contrato, incluidas las prórrogas, por el límite máximo previsto en la LCSP, sin que parezca imprescindible de acuerdo con la información de la que se dispone.

III.2.6. Subcontratación.

R.4.8: No se permite la posibilidad de subcontratar prevista en la Ley, sin que quede acreditada la necesidad de esta imposibilidad.

R.4.6: Se establece la posibilidad de subcontratar, aunque por importe inferior al máximo permitido en la LCSP (60%), sin que se desprenda de la información disponible las especiales circunstancias que ello garantice.

III.2.7. Pliegos de Prescripciones Técnicas. Cuestiones formales.

R.5.1: Se incluye en el clausulado del PPT materias relativas al régimen jurídico del contrato que, en todo caso, deben figurar en el PCAP, lo que introduce un factor de falta de claridad, inseguridad jurídica y predecibilidad.

R.5.2: Se incluye en el clausulado del pliego de prescripciones técnicas exigencias de naturaleza cualitativa para la contratación de servicios profesionales no vinculadas con el objeto del contrato.

III.3. EVALUACIÓN DE CARÁCTER GENERAL DEL CONTENIDO DE LAS PRÁCTICAS IDENTIFICADAS

Como se ha señalado anteriormente, en el documento de trabajo complementario que acompaña al presente Estudio se efectúa un juicio detallado, desde el punto de vista de la competencia, de cada una de las prácticas identificadas. No obstante, parece oportuno exponer de forma global en qué medida las prácticas relacionadas anteriormente suponen una alteración de las condiciones de la competencia efectiva en los mercados de las compras públicas.

A este respecto, cabe comenzar señalando que el establecimiento en los procedimientos de adjudicación de trámites administrativos innecesarios o injustificados relativos, por ejemplo, a la forma y lugar de presentación de la documentación necesaria para poder licitar, puede producir un efecto disuasorio para los operadores económicos a la hora de decidir su participación en la licitación, lo que puede impedir el objetivo perseguido por la normativa contractual actual que es lograr siempre la mejor oferta.

Asimismo, la exigencia de garantías financieras excesivas a las empresas que deseen acceder a un determinado proceso de selección de contratistas, puede suponer “barreras de entrada” al acceso de determinados contratistas u operadores económicos. En particular, la exigencia de garantía provisional o de garantía complementaria puede inhibir la participación de ciertas empresas que, reuniendo las condiciones de solvencia económica y técnica necesarias para ejecutar correctamente el contrato, no concurren al procedimiento de contratación por la carga financiera que tienen que soportar. Por ello, el órgano de contratación debe ponderar, en base al principio de proporcionalidad, estas circunstancias.

La determinación de unos requisitos de solvencia económica y técnica rigurosos, tales como la exigencia de determinada experiencia previa de las empresas como un criterio excluyente, o bien la exigencia de una clasificación a las empresas por encima de los umbrales mínimos previstos en la normativa atendiendo a las características y cuantía del contrato, suponen también barreras a la entrada de aquellos agentes económicos que, disponiendo de la capacidad necesaria para una correcta ejecución del contrato, tienen limitado el acceso al proceso de selección, suponiendo además, una merma de la existencia de una competencia efectiva entre las empresas competidoras.

Por otra parte, la actuación de los órganos adjudicadores a la hora de fijar y ponderar los criterios de valoración para adjudicar el contrato puede en ocasiones suponer un freno a la participación de licitadores por la inseguridad derivada de un potencial efecto discriminatorio, una falta de transparencia o predecibilidad.

Del mismo modo, el supuesto consistente en la limitación o reducción del porcentaje máximo establecido en la LCSP para la subcontratación (60%) puede implicar que se impida la participación en la ejecución de contratos públicos de las pymes que en procesos de contratación de gran envergadura no cuentan con la solvencia o clasificación requerida para su admisión.



Similar posición se puede mantener respecto de la duración de los contratos públicos en el supuesto en el que los órganos de contratación fijen el período máximo (incluidas las prórrogas) establecido o permitido en la LCSP sin quedar debidamente ponderado. En principio, la posibilidad de extender innecesariamente el tiempo en que un mismo operador económico ejecuta un contrato determinado, podría interpretarse como un elemento que altera las condiciones de libre competencia en el mercado de que se trate y con ello, la entrada de otros operadores que pueden aportar otras soluciones diferentes o más innovadoras. No obstante, también debe tenerse en cuenta que la propia LCSP, tratando de garantizar que se configure un procedimiento competitivo de licitación previo suficiente, establece la previsión de que en el cálculo del valor estimado del contrato deba incluirse la duración total del mismo, incluidas las prórrogas, lo que puede conducir a que el contrato en cuestión se vea sometido a una publicidad superior (DOUE) o/y que conlleve a la utilización de un procedimiento más competitivo.

Asimismo, los pliegos de prescripciones técnicas deben contener exclusivamente información sobre las especificaciones técnicas directamente vinculadas al contrato, que permita conocer a los licitadores con suficiente claridad y predecibilidad el trabajo demandado por el órgano de contratación.

Con carácter general, se señala la oportunidad de propiciar medidas que faciliten la tramitación de la documentación administrativa que se le solicita al licitador, evitando requerimientos innecesarios de documentos, así como incorporando mejoras en las herramientas ya existentes como puede ser el caso de la Plataforma de Contratación. De esta manera se puede conseguir eliminar trabas muy generalizadas que entorpecen el funcionamiento más ágil de la Administración Pública en estos procedimientos de contratación pública.

Por ello, para lograr una mayor agilización y eficacia en la tramitación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, debe considerarse la oportunidad y conveniencia de realizar las actuaciones necesarias para la implantación en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía de un sistema que permita relacionarse a los operadores económicos con los órganos de contratación durante todas las fases del procedimiento mediante la aplicación de medios electrónicos, telemáticos e informáticos.

III.4. RESULTADOS AGREGADOS

Los resultados del Estudio realizado sobre una muestra representativa de pliegos de contratación, permiten destacar los siguientes aspectos relevantes.

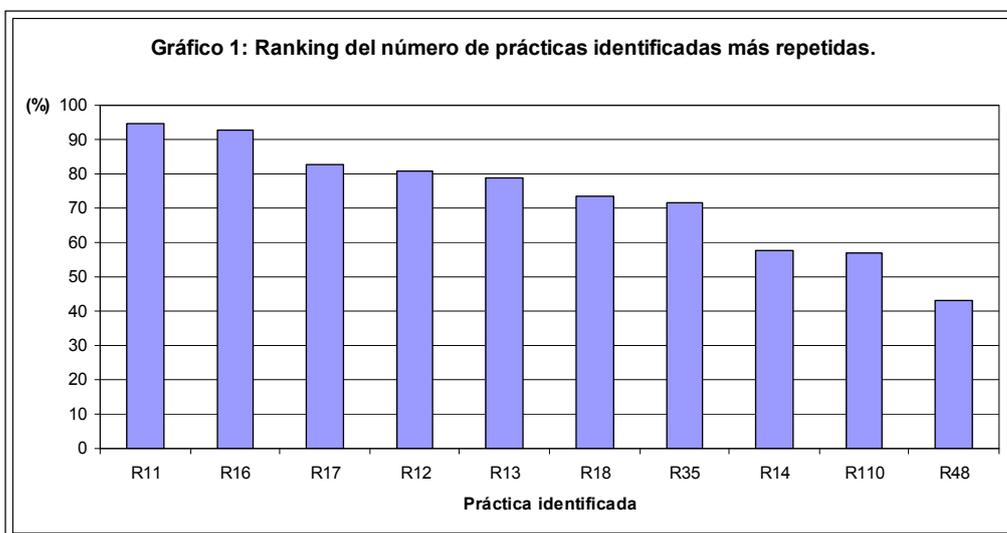
III.4.1. Prácticas no favorecedoras de la competencia.

1. Se han detectado un total de 25 tipos de prácticas que no favorecen a la libre competencia en los pliegos de contratación analizados. La distribución de tales prácticas abarca la casi totalidad de los bloques de cuestiones a efectos de promover la concurrencia, en concreto:

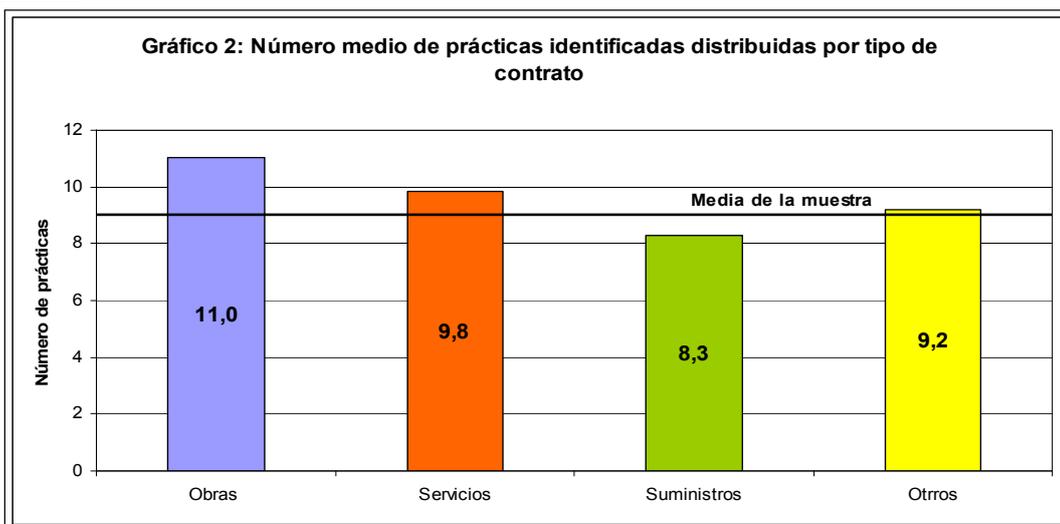
- ✓ Trámites administrativos, como es la documentación exigida a los licitadores,

garantías, urgencia y tramitación.

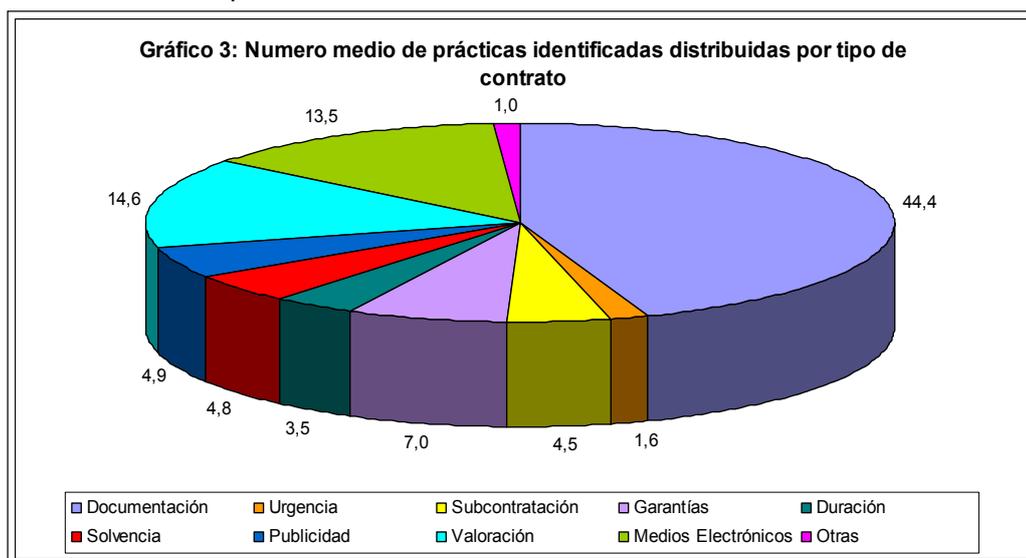
- ✓ Criterios de solvencia económica y técnica y/o, en su defecto, clasificación empresarial.
 - ✓ Criterios de valoración de las ofertas.
 - ✓ Accesibilidad a la información necesaria para preparar la mejor oferta.
 - ✓ Duración de los contratos públicos.
 - ✓ Subcontratación.
 - ✓ Pliegos de Prescripciones Técnicas. Cuestiones formales.
2. Gran parte de estas prácticas están presentes con relativa frecuencia en los pliegos. En función de la reiteración de dichas prácticas y del nivel de confianza estadístico de los datos se puede extrapolar que en cada pliego existe una media de aproximadamente nueve prácticas que podrían entorpecer la existencia de una competencia suficiente (en concreto 9,4).
 3. Destaca un grupo de prácticas que se repite con mayor frecuencia. En este sentido, el 75% del total de posibles irregularidades detectadas en el conjunto de los pliegos, se concentra en diez prácticas más relevantes que se corresponden con las señaladas en el Gráfico 1.



4. Atendiendo al tipo de contrato, se observa que el contrato de obras presenta un mayor número de prácticas que no favorecen a la competencia. A este respecto, el número medio de estas prácticas en dicha modalidad contractual alcanza un promedio de once, cuando la media de la muestra se sitúa en nueve tal y como se refleja en el gráfico 2.



5. En el gráfico 3, se puede observar cómo el 44% de las prácticas que no favorecen a una mayor competencia en el marco de los contratos públicos están directamente relacionadas con el bloque temático clasificado como documentación exigida a los licitadores dentro del apartado señalado como trámites administrativos.



Es dentro de este grupo donde se han identificado cinco de las diez prácticas más repetidas en los PCAP-PPT de la muestra seleccionada y que son:

R.1.1: Se exige que la documentación necesaria para poder licitar sea presentada únicamente en el Registro de los órganos de contratación o por correo, no admitiéndose la presentación prevista en el art. 38.4 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

R.1.2: Se exige que el certificado de incompatibilidad de no ostentar alto cargo deba ser firmado expresamente por el administrador único, administradores solidarios o mancomunados o el Consejo de Administración a través de su Secretario, con el visto bueno del Presidente, no admitiéndose otra vía alternativa.

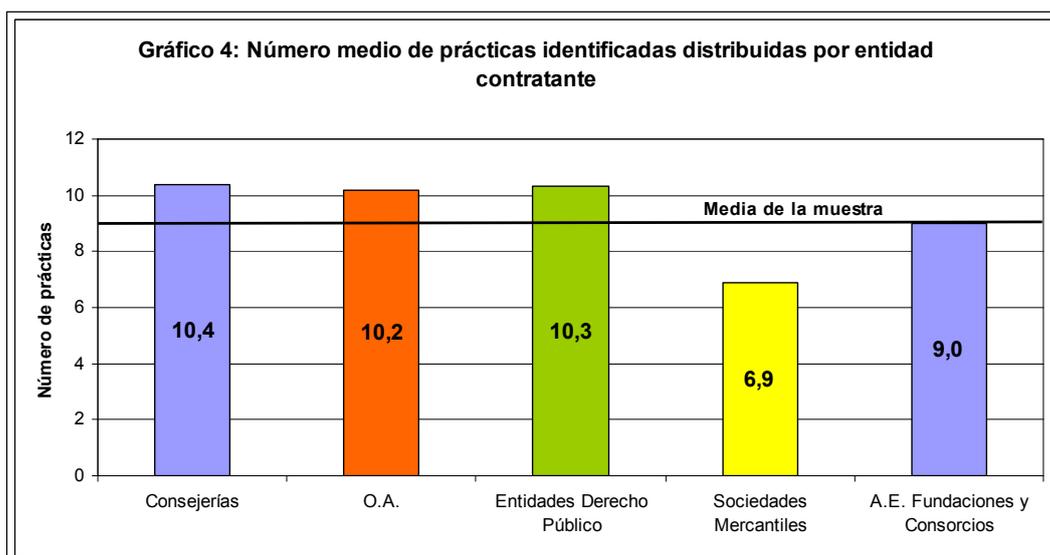
R.1.3: Se exige que los poderes estén bastanteados por los Letrados del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía o, en los contratos celebrados por el Servicio Andaluz de Salud por

Letrado de Administración Sanitaria, no aceptándose el bastanteo realizado por Letrados de otras Administraciones Públicas.

R.1.6: Se opta por requerir la aportación de documentación que obra en poder de la Administración.

R.1.7: Se opta por no incorporar de oficio al expediente de contratación el certificado de inscripción en el Registro de Licitadores.

6. En función de la entidad contratante, como se puede contemplar en el gráfico 4, las Consejerías, los Organismos Autónomos (OO.AA) y las Entidades de Derecho Público son las instituciones en las que relativamente los pliegos contienen un mayor número de cláusulas que pudieran tener un carácter menos propicio para lograr una mayor competencia en este sector, mientras que son las sociedades mercantiles, en consonancia con su formulación jurídica, en las que en promedio el número de prácticas que no impulsan la libre competencia es menor.



Estos resultados plantean la necesidad de revisar en profundidad los contenidos actuales de los PCAP y de conseguir una mejor adaptación al objetivo de la LCSP de garantizar la libre competencia en la contratación pública.

III.4.2. Prácticas que promueven la competencia.

En este apartado se relacionan, con un código identificativo, aquellas conductas identificadas en la muestra seleccionada que se han considerado como prácticas que contribuyen a la existencia de unos procedimientos de contratación más competitivos, en la medida en que favorecen el acceso de los operadores a los mercados de los contratos públicos.

B.1.1. Se prevé la incorporación de oficio al expediente de contratación del certificado de inscripción en el Registro de Licitadores.

B.1.2. Se opta por no exigir garantías provisionales a los licitadores.

B.1.3: Se publica un anuncio previo en el Diario Oficial de la Unión Europea, que permite conocer con antelación a las empresas las necesidades contractuales que va a tener la Administración a lo largo del año.

B.1.4: Se prevén anticipos a cuenta por operaciones preparatorias, en aquellos casos en los que existan tales operaciones para la ejecución del contrato.

Como observación de carácter general cabe destacar su reducido número y limitada incidencia. No obstante, debe tenerse en cuenta que la actividad en relación con estas prácticas que promueven una mayor competencia no termina con la relación anteriormente citada, sino que podrían inferirse en base a dos aspectos:

- ⇒ *A sensu contrario* de las prácticas que no favorecen la competencia detectadas, o
- ⇒ De las prácticas o actuaciones, en principio “inocuas”, que con determinados matices podrían transformarse en favorecedoras de una mayor competencia.

III. 4.3. Propuestas para facilitar el acceso y promover la competencia.

Al respecto, debe indicarse que sería relevante, como paso posterior a la emisión del presente Estudio, la elaboración, por parte de esta ADCA en coordinación con el organismo consultivo en materia de contratación pública de Andalucía, de un documento que contenga una serie de propuestas para facilitar el acceso y promover la competencia en el ámbito de la contratación pública andaluza. El objeto de este futuro trabajo tendría un alcance superior al del presente Estudio, ya que no se limitaría a ofrecer soluciones a las prácticas identificadas en los pliegos, sino indicar pautas de actuación generales a tener en cuenta en todo el ámbito de planificación, desarrollo y ejecución de la contratación pública en Andalucía.

Este documento podría contener los criterios básicos fundamentales a tener en cuenta por los órganos de contratación, no solamente a la hora de diseñar los pliegos, sino en su actividad de gestión de los mercados públicos en general, de tal forma que ello sirva para configurar procedimientos globalmente más competitivos y, a su vez, prevenir o evitar la aparición de conductas anticompetitivas por parte de los operadores económicos.

Asimismo, entre las cuestiones que tendrían cabida se podrían incluir un conjunto de indicaciones prácticas a tener en consideración por los órganos de contratación, identificando también riesgos potenciales o situaciones a evitar a lo largo de todas las fases relevantes del procedimiento de contratación y ejecución del mismo. Además, el documento tendría un contenido eminentemente práctico, pudiendo considerarse la posibilidad de ilustrar las indicaciones, en la medida de lo posible, con ejemplos concretos procedentes de otras autoridades de contratación, tanto de España como de otros Estados miembros de la UE.

En definitiva, el objetivo de estas propuestas sería fomentar la participación del máximo número de candidatos interesados en los mismos, logrando así una mejora de la competencia efectiva en estos mercados públicos que, como resultado, permita a la Administración obtener los bienes y servicios públicos en mejores condiciones de precio y calidad.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1.- La inversión pública constituye un elemento destacado en una economía social de mercado. El impacto económico de la contratación pública en los países de la OCDE alcanza una cifra en torno al 15% del PIB. Esta cifra da una idea de la importancia de que los procedimientos de contratación pública y el gasto público asociado se gestionen con criterios de economía y eficiencia, máxime en una situación de ajuste del gasto público.

2.- A este respecto, una contratación pública competitiva constituye un requisito imprescindible para llevar a cabo un gasto público eficiente. Las Administraciones adjudicadoras que promueven y actúan en mercados públicos competitivos y transparentes, pueden adquirir bienes de mayor calidad y a menores precios.

3.- La Unión Europea viene reforzando la normativa relativa a los contratos públicos en el sentido de garantizar los principios de competencia efectiva, transparencia e igualdad de trato, así como para desarrollar un entorno favorable para las empresas en materia de contratación pública, en particular para las pymes, mediante la adopción de medios de contratación electrónicos que permitan una tramitación de los procedimientos más ágil y eficaz. Asimismo, ha reforzado las garantías en los procedimientos de recursos de los licitadores.

4.- En este sentido, la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, considera la necesidad de garantizar la competencia en el ámbito de la contratación pública. Asimismo la Directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007 refuerza la eficacia de los procedimientos de recurso en relación con las adjudicaciones que vulneran los principios protegidos por la citada Directiva 2004/18/CE.

5. La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público establece que la salvaguarda de la libre competencia es un objetivo que debe informar la aplicación de la Ley, junto con otros principios directamente relacionados con este último, como el de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los potenciales candidatos.

6.- Esto significa que los órganos de contratación deben garantizar que el procedimiento de adjudicación establece las condiciones necesarias para que exista una competencia suficiente. Ello implica una gran responsabilidad para los gestores de la contratación pública, que va más allá de una labor de mera vigilancia, requiriéndose el desempeño por parte de éstos de un papel activo en el diseño de los pliegos, en la determinación del número de candidatos en un procedimiento o en la tramitación de los procedimientos.

7.- La ADCA ha considerado la necesidad y oportunidad de realizar este Estudio sobre la contratación pública andaluza. Este Estudio se ha centrado en examinar las prácticas que no favorecen a la libre competencia contenidas en los pliegos de contratación, con el objetivo de

tratar que disminuyan, para fomentar el acceso a los contratos públicos del mayor número de operadores.

8. Los resultados del presente Estudio, que se ha realizado sobre una muestra representativa de los pliegos de contratación, permiten destacar los siguientes aspectos relevantes:

- ⇒ Se han detectado un total de 25 tipos de prácticas que no favorecen a la competencia en los pliegos de contratación analizados, que convendría disminuir. Gran parte de dichas prácticas están presentes con relativa frecuencia en los pliegos. En función de la reiteración de las mismas y del nivel de confianza estadístico de los datos se puede extrapolar que en cada pliego existen en promedio 9,4 prácticas que pudieran afectar a la existencia de una competencia suficiente.
- ⇒ Dichas prácticas, en general, se refieren al establecimiento de cargas burocráticas innecesarias en los procesos de selección, de excesivos trámites administrativos injustificados y sobre otras condiciones o barreras que puedan desalentar la participación de empresas en los procesos de licitación, o dificultar que los empresarios más cualificados puedan resultar adjudicatarios.
- ⇒ De la clasificación efectuada sobre la calificación de prácticas que no favorecen a la competencia, el grupo más numeroso se refiere a la tramitación de la documentación exigida a los licitadores en los pliegos. Así pues, la implantación de la contratación electrónica permitiría evitar gran parte de estas trabas.

9.- El Estudio realizado termina con la identificación y en su caso, recomendación para la adopción de medidas conducentes a conseguir unos procedimientos más competitivos. También ha permitido reconocer prácticas de los órganos de contratación que promueven una mayor competencia en los contratos públicos, entendiendo por tales aquéllas que favorecen el acceso de los operadores mediante actuaciones de oficio, publicidad y menos cargas burocráticas.

10.- Asimismo, dada la importancia de la aplicación de los medios electrónicos, telemáticos e informáticos para un acceso más efectivo a la contratación pública, debe considerarse la oportunidad de realizar las actuaciones necesarias para la completa implantación en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía de un sistema que permita una mayor agilización y eficacia en la tramitación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. Este sistema debería permitir a los órganos de contratación y a los operadores económicos comunicarse en todas las fases del procedimiento de contratación.

11.- Por todo ello, se considera conveniente proporcionar criterios en torno a determinadas actuaciones de los órganos adjudicadores con el fin de mejorar la concurrencia y competencia efectiva en la provisión de los bienes y servicios públicos. Criterios en suma, para ampliar y diversificar el número de licitadores y para minimizar los riesgos de limitar la competencia que, en ocasiones, se producen por el simple proceder de la Administración sin tener en cuenta o sin ponderar suficientemente, junto con los otros fines públicos a los que sirve la contratación pública, la importancia y relevancia de este objetivo.



12.- Estos criterios pueden ofrecerse mediante la elaboración de un documento que contenga una serie de propuestas para facilitar el acceso y promover la competencia en el ámbito de la contratación pública andaluza, por parte de esta ADCA en coordinación con el órgano consultivo andaluz en materia de contratación. Dicho documento tendría por objeto ofrecer una orientación a los órganos adjudicadores y gestores en general que conforman el sector público de Andalucía, para maximizar la participación potencial de licitadores. Debería abordar también otros aspectos complementarios firmemente establecidos por las actuaciones de otras autoridades como la Comisión Europea o la OFT (*“Office of Fair Trading”*) en el Reino Unido, u otras organizaciones internacionales con competencias en la materia, como la OCDE, de control de la colusión que permitan perfeccionar los procedimientos de licitaciones públicas desde el punto de vista de la competencia.



DOCUMENTO COMPLEMENTARIO 1: ANÁLISIS PORMENORIZADO DE LOS TIPOS DE PRÁCTICAS REGISTRADAS

Tanto la normativa europea de contratos públicos como la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público tratan de garantizar los principios de competencia efectiva, transparencia e igualdad de trato, así como desarrollar un entorno favorable para las empresas en materia de contratación pública mediante la adopción de medios de contratación electrónicos que permitan una tramitación de los procedimientos más ágil y eficaz.

Ello plantea que los órganos de contratación deben asegurar que el procedimiento de adjudicación establezca todas las condiciones necesarias para que exista una competencia no falseada. Un aspecto importante, en este sentido, es el hecho de que en el quehacer administrativo persisten determinadas prácticas que podrían trasladar cargas o trabas innecesarias a los licitadores y restringir la competencia efectiva.

Así se desprende del estudio y análisis de los PCAP y PTT incluidos en la muestra seleccionada en el que se han identificado una serie de prácticas que pueden tener incidencia sobre el mantenimiento de una competencia suficiente en el mercado de los contratos públicos. Tales prácticas se han clasificado en función de un conjunto de características comunes, ya establecidas en el cuerpo del Estudio. Las distintas prácticas se acompañan de un breve análisis en relación con la importancia que tienen desde el punto de vista de la promoción de la libre competencia.

En este sentido, cabe considerar prácticas que no favorecen la competencia aquellas cláusulas contenidas en los pliegos de contratación que generan barreras, obstáculos o cargas innecesarias al acceso de operadores económicos a la licitación o a la adjudicación en los mercados de la contratación pública. Particularmente, se ha prestado especial atención a las cláusulas que puedan suponer algún menoscabo de los principios de publicidad, concurrencia y transparencia que forman la base que garantiza una competencia suficiente.

En dicho análisis no se pone en duda que exista una habilitación legal para realizar o sustentar estas prácticas, simplemente se analiza su mejor aplicación para evitar una carga excesiva a los operadores económicos, en definitiva, si existe una alternativa menos gravosa.

En consecuencia, teniendo en cuenta que los pliegos han de garantizar el adecuado cumplimiento del fin público perseguido por el contrato, estas prácticas deben ser ponderadas a la luz de los principios de necesidad y proporcionalidad, mínima distorsión de la competencia, eficacia, transparencia y predecibilidad.

I. TRÁMITES ADMINISTRATIVOS EXIGIDOS PARA LICITAR

Cabe comenzar señalando que el establecimiento en los procedimientos de adjudicación de trámites administrativos innecesarios e injustificados relativos, por ejemplo, a la forma y lugar de presentación de la documentación necesaria para poder licitar, puede producir un efecto disuasorio para los operadores económicos a la hora de decidir su participación en una



licitación, lo que diluye el objetivo perseguido por la normativa contractual vigente de lograr siempre la mejor oferta.

A este respecto, debe estimarse positivamente el objetivo marcado por la nueva LCSP de reducir, en la misma línea que prevé la Directiva comunitaria en la materia, los costes y cargas administrativas innecesarias a los licitadores. Con ello, se conseguirá un incremento del número de empresas dispuestas a participar en los procedimientos de contratación, al contar con unos mayores incentivos para competir por el contrato y, por ende, contribuirá en una mejora de las condiciones de competencia efectiva en el mercado de los contratos públicos.

De esta forma, en el marco de la contratación pública andaluza debe considerarse, tal como recomienda el Comité de Competencia de la OCDE en su Informe "*Directrices para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas*" (*Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement*), de 24 de febrero de 2009, la adopción de cuantas medidas sean oportunas para reducir aquellos trámites administrativos que sean innecesarios, así como la eliminación de cuantos requisitos puedan suponer un obstáculo a la participación de los operadores económicos, entre otras:

- Evitar el establecimiento de trámites burocráticos innecesarios e injustificados relativos a la forma y lugar de presentación de la documentación acreditativa de la personalidad y de obrar por los licitadores.
- Ponderar la necesidad de la exigencia de garantías financieras a los licitadores como condición para acceder a los procesos de contratación.
- Fomentar el uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la gestión contractual, en cualesquiera de las fases que atraviesa el procedimiento de contratación pública.

Asimismo, la adopción de tales medidas se enmarca en el compromiso del Gobierno de la Nación y de las Comunidades Autónomas de reducir las cargas administrativas para las empresas en un 30 % en el horizonte del año 2012, con el fin de eliminar o simplificar aquellos trámites administrativos que generan costes inútiles y que constituyen un lastre para empresarios y emprendedores.

Derivado de este compromiso, el Ministerio de la Presidencia y las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME suscribieron un convenio de colaboración cuyo primer resultado ha sido un documento denominado "Análisis de las cargas administrativas soportadas por las PYMES españolas", en el que se presentan 125 propuestas de simplificación de trámites burocráticos que reducirían los costes administrativos innecesarios en más de 3.000 millones de Euros al año, es decir un 0,3 % del PIB. En dicho documento se identifican numerosas trabas relacionadas con el área de contratación pública, así como en relación con aspectos generales, y también en áreas como las estadísticas, impuestos, contabilidad, entre otras. Estas trabas coinciden en gran medida con algunas de las prácticas detectadas por esta Agencia, tales como la petición reiterada de documentación ya en poder

de la Administración Pública, o por ejemplo la obligación sistemática de aportar la fotocopia del DNI, la falta de utilización plena de medios electrónicos. Asimismo, el documento plantea utilizar la declaración responsable en las fases preliminares.

En el ámbito autonómico andaluz, se ha impulsado la aprobación de una norma reglamentaria que desarrolla parcialmente la LCSP, el futuro Decreto por el que se establece la organización administrativa para la gestión de contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales y se regula el régimen de bienes y servicio homologados. El citado Decreto, aún en fase de tramitación, contiene una serie de medidas que lograrán reducir o, en su caso, eliminar algunas de las trabas identificadas en el presente Estudio, como por ejemplo la de solicitar documentación a los potenciales licitadores que ya obra en poder de la Administración, concretamente en el Registro de Licitadores de la Junta de Andalucía.

A continuación, se aborda el análisis de aquellas prácticas detectadas en los pliegos que pudieran tener incidencia sobre el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de los contratos públicos.

R.1.1: Se exige que la documentación necesaria para poder licitar sea presentada únicamente en el Registro de los órganos de contratación o por correo, no admitiéndose la presentación prevista en el art. 38.4 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La accesibilidad de las empresas a los órganos de contratación a la hora de presentar sus ofertas supone un elemento esencial para favorecer el número de participantes en el procedimiento de contratación, lo que a su vez garantiza mayores posibilidades de elección de la oferta económicamente más ventajosa.

Debe señalarse, en este caso, que la accesibilidad es especialmente importante para aquellas empresas que, pudiendo presentar una buena oferta, se encuentran físicamente alejadas de la sede del órgano de contratación.

A este respecto, cabe mencionar la siguiente práctica identificada repetidamente en los PCAP examinados:

Cláusula 9.1 PCAP. Lugar y plazo de presentación de proposiciones.

“Las proposiciones, junto con la documentación preceptiva, se presentarán, dentro del plazo señalado en el anuncio, en el Registro General del órgano de contratación indicado en el mismo.

Cuando las proposiciones se envíen por correo, el empresario deberá justificar la fecha de imposición del envío en las Oficinas de Correos y anunciará la remisión de su oferta al órgano de contratación, en el mismo día, mediante télex, fax o telegrama remitido al número del Registro General que se indique en el anuncio de licitación. En caso de que así se indique en el anuncio de licitación, podrá enviarse por correo electrónico a la dirección señalada. Sin la concurrencia de ambos requisitos no será admitida la proposición si es recibida por el órgano de contratación con posterioridad a la fecha y hora de la terminación del plazo señalado en el anuncio.

Transcurridos, no obstante, diez días naturales siguientes a la indicada fecha sin haberse recibido la proposición, ésta en ningún caso será admitida”.



El artículo 80.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) dispone que *“Los sobres (...) habrán de ser entregados en las dependencias u oficinas expresadas en el anuncio o enviados por correo dentro del plazo de admisión señalado en aquél, salvo que el pliego autorice otro procedimiento, respetándose siempre el secreto de la oferta”*.

Por otra parte, el principio general recogido en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ofrece la posibilidad a los ciudadanos de presentar las solicitudes, escritos y comunicaciones dirigidos a los órganos de las Administraciones Públicas en los siguientes lugares:

- a) En los registros de los órganos administrativos a que se dirijan.
- b) En los registros de cualquier órgano administrativo, que pertenezca a la Administración General del Estado, a la de cualquier Administración de las Comunidades Autónomas, o a la de alguna de las entidades que integran la Administración Local si, en este último caso, se hubiese suscrito el oportuno convenio.
- c) En las oficinas de Correos, en la forma que reglamentariamente se establezca.
- d) En las representaciones diplomáticas u oficinas consulares de España en el extranjero.
- e) En cualquier otro que establezcan las disposiciones vigentes.

En este sentido, el hecho de que en los pliegos de contratación se establezca como único lugar de presentación de las ofertas el Registro general del correspondiente órgano de contratación supone una interpretación restrictiva del mencionado artículo 80.2 del Reglamento, en la medida en que dicho precepto confiere a los órganos de contratación un amplio margen de decisión (dependencias u oficinas expresadas en el anuncio) a la hora de determinar el lugar de presentación de las proposiciones. Así pues, la norma reglamentaria, en ningún caso, limita el número de dependencias u oficinas en los que se deben presentar las ofertas, ni tampoco identifica la sede física del órgano de contratación como único lugar de presentación de las mismas.

En consecuencia, la elección por parte del ente contratante de un único registro físico supone una traba para los potenciales licitadores, que podría tener como efecto una disminución en el número de operadores económicos dispuestos a participar en las licitaciones públicas, lo que conllevaría para la Administración, a su vez, una pérdida en las posibilidades de obtener la oferta económicamente más ventajosa.

Además, la posibilidad de presentar la proposición por correo ordinario no supone una garantía total para estas empresas que incurren en el riesgo de poder ver su oferta rechazada por el transcurso del plazo de 10 días por causas ajenas a su voluntad.

Por ello, aunque pueda ponderarse la mayor comodidad e inmediatez en el conocimiento de las ofertas presentadas, sería conveniente ampliar el número de registros físicos donde

puedan presentar sus proposiciones los licitadores. Todo ello, sin perjuicio de potenciar la puesta en funcionamiento de una herramienta que permita la comunicación a través de medios electrónicos, informáticos y telemáticos.

R.1.2: Se exige que el certificado de incompatibilidad de no ostentar alto cargo deba ser firmado expresamente por el administrador único, administradores solidarios o mancomunados o el Consejo de Administración a través de su Secretario con el visto bueno del Presidente, no admitiéndose otra vía alternativa.

A este respecto, cabe mencionar la siguiente práctica detectada de forma reiterada en los PCAP objeto de análisis:

Cláusula 9.2.1.1.f) PCAP. Documentación general. Declaraciones responsables y cesión de información tributaria.

“Los licitadores deberán presentar los siguientes documentos:

(...)4. Las personas físicas, mediante declaración responsable, o los administradores de las personas jurídicas, mediante la oportuna certificación expedida por su órgano de dirección o representación competente, deberán especificar en la citada declaración o certificación, de no formar parte de los órganos de gobierno o administración de la empresa personal alguna a la que se refiere la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de Declaración de Actividades, Bienes e Intereses de Altos Cargos y otros Cargos Públicos, y Decreto 176/2005, de 26 de julio, de desarrollo de la citada Ley, así como que no ostenta participación superior al 10% computada en la forma en que se recoge en el artículo 5 de la citada Ley.

La formulación de esta declaración responsable o certificación se acreditará conforme al modelo establecido en el anexo III-D y en el supuesto de personas jurídicas deberá ser firmada, en todo caso, por el órgano de dirección o representación competente de la empresa, administrador/a único/a, administradores solidarios, administradores mancomunados, o firma del Secretario/a con el visto bueno del Presidente/a, en el caso de Consejo de Administración”.

La incorporación de dicha exigencia en los pliegos de contratación viene a dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de Declaración de Actividades, Bienes e Intereses de Altos Cargos y otros Cargos Públicos. De acuerdo con este precepto, los órganos de contratación deberán comprobar la acreditación de las empresas de no encontrarse incurso en situación de incompatibilidad por ostentar alto cargo, rechazándose aquellas proposiciones que no vayan acompañadas de dicha acreditación.

Al respecto, la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía (“CCCA”) en su *Informe 12/2007, de 24 de septiembre*, haciéndose eco del criterio adoptado por la Asesoría Jurídica de la Junta de Andalucía, pone de manifiesto que *“los apoderados no estarían legitimados para expedir la certificación a la que se refiere la Ley 3/2005, de 8 de abril, al no tener la consideración legal de órgano de representación competente para ello”.*

Como consecuencia de ello, los empresarios con forma societaria cuando pretendan participar en una licitación deberán presentar esta certificación firmada por los administradores de la sociedad o mediante firma del Secretario/a con el visto bueno del Presidente/a, en el caso de Consejo de Administración.

En este supuesto, ante la traba que puede suponer para las entidades mercantiles el cumplimiento de este requisito formal, se propone a los órganos competentes la posibilidad de encontrar otras fórmulas jurídicamente aceptables que faciliten el cumplimiento de dicho requisito a las empresas, con la salvaguarda del objetivo perseguido en la normativa de incompatibilidades.

R.1.3: Se exige que los poderes estén bastanteados por los Letrados del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía o, en los contratos celebrados por el Servicio Andaluz de Salud por Letrados de Administración Sanitaria, no aceptándose el bastateo realizado por Letrados de otras Administraciones Públicas.

Se expone, a continuación, la transcripción literal de determinadas cláusulas recogidas en los pliegos sobre este particular:

PCAP que rige la contratación de bienes y servicios por órganos de la Administración de la Junta de Andalucía.

Cláusula 9.2.1.1 PCAP. Documentos acreditativos de la representación.

“ (...) c) Los que comparezcan o firmen proposiciones en nombre de otro presentarán poder de representación, bastateado por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía”.

PCAP que rige la contratación de un suministro en el ámbito sanitario.

Cláusula 6.2.4.2. Documentación acreditativa de la personalidad y capacidad para contratar:

“(…)b) Poder suficiente para representar a la persona o entidad en cuyo nombre concurra el firmante de la proposición, debidamente inscrito en el Registro Mercantil, o su caso en el correspondiente Registro oficial. En todo caso, los poderes deberán estar bastateados por un Letrado de Administración Sanitaria”.

El RGLCAP, en su artículo 21, establece que *“Los empresarios individuales deberán presentar el documento nacional de identidad o, en su caso, el documento que haga sus veces y los que comparezcan o firmen proposiciones en nombre de otro acompañarán también poder bastante al efecto”.*

Adicionalmente, se exige en los pliegos que los poderes de representación deberán estar bastateados por los Letrados del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía o por los Letrados de Administración Sanitaria. Si bien estos Cuerpos de Letrados de la Administración andaluza tienen reglamentariamente¹ atribuida la facultad para bastatear los referidos poderes, debe tenerse en cuenta que el artículo 21 del RGLCAP no determina que deban ser únicamente estos Letrados los encargados de bastatear estos documentos acreditativos de la representación.

Por tanto, la exigencia de obtener el bastateo de los poderes exclusivamente por los Letrados del Gabinete de la Junta de Andalucía o por los Letrados de Administración Sanitaria (SAS) para los contratos celebrados por la Administración de la Junta de Andalucía

¹ Según lo dispuesto en el artículo 73 del Decreto 450/2000, de 26 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía y del Cuerpo de Letrados de la Junta de Andalucía y en el artículo 13.4 del Decreto 257/2005, de 29 de noviembre, por el que se regula la Asistencia Jurídica del Servicio Andaluz de Salud.



o por el SAS, respectivamente, podría ocasionar un tratamiento diferenciado para aquellos operadores económicos que se encuentren instalados en otras Comunidades Autónomas o en diferentes países que, por razones geográficas o de cercanía, se vean obligados a recurrir exclusivamente a los mencionados Letrados cuando deseen tomar parte de una licitación pública andaluza.

En consecuencia, y partiendo de la base de que es necesario lograr una debida acreditación jurídica de ciertos documentos por parte de la Administración, podría ser oportuno considerar la forma en que pueda admitirse la referida acreditación cuando la misma haya sido expedida por otros organismos equivalentes (por ejemplo, Oficinas Consulares, Letrados de otras Comunidades Autónomas, o equivalencias de visados de los Letrados de la Junta de Andalucía y del SAS sin carácter excluyente al pertenecer ambos organismos a la misma Administración). Todo ello se podría alcanzar mediante la formalización de Convenios de reciprocidad entre las distintas Administraciones Públicas.

R.1.6: Se opta por requerir la aportación de documentación que obra en poder de la Administración.

R.1.7: Se opta por no incorporar de oficio al expediente de contratación el certificado de inscripción en el Registro de Licitadores.

La reiterada exigencia de documentación o certificación acreditativa de la capacidad personal de las empresas como condición para poder acceder a los procesos públicos de licitación puede suponer una carga evitable cuando estos documentos obran en poder de la Administración. En particular, en aquellos supuestos en que tales documentos hayan sido presentados con antelación para participar en un anterior procedimiento con el mismo ente o en aquellos casos en que se pueda consultar por la Administración en el Registro Público de Licitadores.

A este respecto, cabe señalar la siguiente cláusula recogida en numerosos PCAP analizados:

Anexo I Cuadro Resumen PCAP que rige la contratación de servicios

“Aportación de DNI u otro documento identificativo oficial: S/N: Sí”

En este caso, aunque la comprobación de la identidad de los licitadores es un aspecto de especial importancia en el marco del procedimiento de contratación, la exigencia de aportación de fotocopia de DNI u otros documentos identificativos oficiales podría suponer una formalidad no plenamente justificada, sobre todo, teniendo en cuenta la finalidad perseguida por el Decreto 68/2008, de 26 de febrero, de suprimir la aportación de la fotocopia de los documentos identificativos oficiales y del certificado de empadronamiento en los procedimientos administrativos de la Administración de la Junta de Andalucía.

Debe precisarse que en el citado Decreto se prevé expresamente para los procedimientos administrativos en materia de contratación pública que, dadas sus especificidades, cuando se aporten fotocopias de los documentos identificativos oficiales en sobres cerrados para que deban ser comprobados o cotejados en actos formales o públicos de apertura de dichos



sobres, se requerirá la aportación de las fotocopias hasta que se habiliten los medios que permitan su comprobación o verificación en el desarrollo de tales actos.

No obstante, y habida cuenta de que los propios modelos de pliegos recomendados por la CCCA reconocen la posibilidad a los órganos de contratación para que opten por no solicitar la aportación del DNI, el hecho de que se exija la aportación de dicho documento en los procedimientos de contratación de forma generalizada o no suficientemente motivada supone una traba que recae sobre los licitadores.

Para ello, sería recomendable la dotación a los órganos de contratación de los recursos o medios suficientes, por otra parte elementales, para poder comprobar o verificar la identidad de los licitadores y con ello evitar la necesidad de exigir fotocopias de tales documentos, dando así efectivo cumplimiento a los objetivos del repetido Decreto.

Se expone, a continuación, otro ejemplo de la aplicación de esta práctica en los PCAP objeto de estudio:

Anexo I. Cuadro Resumen PCAP que rige la contratación de suministros

*“Incorporación de oficio del Certificado del Registro de Licitadores al procedimiento: S/N: **No**”*

En este punto, conviene partir de la premisa de que la exigencia a las empresas de presentar una certificación de estar inscrito en el Registro de Licitadores supondría además una excepción al principio general previsto en el artículo 35.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que establece el derecho de los ciudadanos a no aportar aquella documentación que obre en poder de la Administración.

En este sentido, y dado que el órgano de contratación tiene la posibilidad de comprobar de oficio que los licitadores se encuentran debidamente inscritos en este Registro, esta práctica podría constituir una traba administrativa injustificada e innecesaria.

Finalmente, conviene llamar la atención sobre el hecho de que esta práctica podrá verse suprimida mediante la aprobación del Decreto por el que se establece la organización administrativa para la gestión de contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales y se regula el régimen de bienes y servicio homologados. El citado texto prevé que los órganos de contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales que tengan acceso al Registro de Licitadores, en todo caso, y el resto de órganos de contratación mencionados en el artículo 12.1, cuando los pliegos o el anuncio del contrato lo prevean, incorporarán de oficio la certificación del Registro de Licitadores al procedimiento de contratación; sin perjuicio de que las empresas licitadoras deban presentar, en todo caso, la declaración responsable en la que manifieste que las circunstancias reflejadas en el mismo no han experimentado variación.

R.1.4: Se opta por exigir garantía provisional y, en determinados casos, por el importe máximo previsto en la Ley (3%).

R.1.5: Se exige garantía complementaria, sin estar suficientemente justificadas las circunstancias especiales que la motivan.

Dado que estas dos últimas prácticas están relacionadas por razón de la materia, serán analizadas de forma conjunta.

La exigencia de garantías excesivas supone una “barrera a la entrada” a los licitadores que, reuniendo las condiciones de solvencia económica y técnica suficientes, no concurren al procedimiento de contratación por los costes que ello conlleva. Especialmente, este requerimiento representa un obstáculo para la participación de las PYME en la contratación pública.

Como ejemplo de ello, a continuación se reproduce extracto de una cláusula contenida en los PCAP analizados.

<p>Anexo I PCAP que rige la contratación de un suministro e instalación de equipamiento y mobiliario de oficina para sede administrativa.</p> <p><i>Presupuesto base de licitación: 362.293,20 €</i></p> <p>Garantías:</p> <p><i>“Acreditación por medios electrónicos, informáticos o telemáticos: S/N: NO</i></p> <p>Provisional: SÍ 3% del presupuesto base de licitación. En cifras 10.868,79 €.</p> <p><i>Definitiva : 5 % del importe de adjudicación provisional.</i></p> <p>Complementaria: Sólo aplicable a los licitadores que presenten ofertas anormales o desproporcionadas, de acuerdo con lo previsto en el ANEXO VII-B. 5% del importe de adjudicación provisional.</p> <p><i>Garantía mediante retención en el precio: S/N: NO</i></p>

En principio, por lo que se refiere al régimen de garantía provisional, el artículo 91.1 de la LCSP, en su redacción dada por la reciente Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales para su adaptación a la normativa comunitaria, establece que:

“En atención a las circunstancias concurrentes en cada contrato, los órganos de contratación podrán exigir a los licitadores la constitución de una garantía que responda del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación del mismo (...).”

La finalidad de la exigencia de esta garantía no es otra que la de tratar de “garantizar el mantenimiento o seriedad de las ofertas” presentadas por los licitadores hasta el momento de la adjudicación del contrato en cuestión.



A este respecto, debe tenerse en cuenta que con la nueva LCSP este objetivo puede también quedar garantizado a través del artículo 49.2 en la letra d) de la LCSP, donde se determina como una de las circunstancias que impedirán a los empresarios contratar con las Administraciones Públicas el “haber retirado indebidamente su proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación”. Sin duda, con ello trata de reforzar la seriedad de las ofertas presentadas.

En efecto, mediante el sistema de garantías provisionales se confiere al órgano de contratación de un margen de decisión para valorar la oportunidad o conveniencia de exigir las mismas, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el contrato. De tal modo que el órgano de contratación tendrá la posibilidad expresamente prevista por la Ley de reducir las cargas financieras a los licitadores o candidatos, en la medida en que no estime necesaria la constitución de la garantía o, en los casos en que se considere necesaria y justificada, se determine por una cuantía distinta a la máxima prevista por la Ley (3%).

Ante la constatación de la exigencia de garantía provisional por la cuantía máxima legalmente establecida (3%) para poder concurrir a un contrato de suministro de mobiliario como el del ejemplo, se considera que debe evitarse el automatismo en la exigencia de garantías provisionales y valorar la necesidad, caso por caso, de la pertinencia de exigir a los licitadores las mismas, en la medida en que tal exigencia puede suponer una “barrera a la entrada” para los licitadores que, reuniendo las condiciones de solvencia económica y técnica suficientes, no concurren al procedimiento de contratación por los costes que la garantía conlleva. En este análisis de proporcionalidad, debe tomarse en consideración por los órganos de contratación el objetivo de fomentar la concurrencia del mayor número de operadores económicos dispuestos a competir por el contrato minorando los costes que producen la presentación de las ofertas.

Sobre esta cuestión, debe indicarse que el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía ha acordado en su sesión celebrada el pasado 8 de junio de 2010 suprimir, con carácter general, el requisito de garantía provisional que se exige a las empresas para concurrir a la adjudicación de contratos de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entes instrumentales. La medida, que se aplicará durante los años 2010 y 2011 ante las dificultades financieras derivadas de la actual coyuntura económica, tiene como objetivo facilitar la participación privada en los proyectos del sector público autonómico. Su implantación liberará a los licitadores de aportar una cantidad anual de alrededor de 60 millones de euros.

El depósito de la garantía provisional, que puede alcanzar hasta el 3% del presupuesto de licitación, es una de las condiciones que fija la Ley de Contratos del Sector Público para que las empresas puedan presentar sus ofertas. No obstante, el acuerdo del Consejo de Gobierno se adopta conforme a lo previsto en el artículo 91 de esta misma norma, que otorga a los órganos de contratación la facultad de decidir en función de las circunstancias de cada contrato. Siguiendo el mismo criterio de discrecionalidad, los órganos de contratación podrán ahora exigir la garantía provisional pero sólo con carácter excepcional y siempre que quede suficientemente justificada su necesidad. La cuantía se devolverá de forma inmediata a los licitadores después de la adjudicación.



En esta misma línea, debe resaltarse como uno de los aspectos más importantes la reciente modificación realizada sobre el régimen jurídico de las garantías provisionales mediante la promulgación de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, por la que se modifica la LCSP, entre otras normas. Con la nueva regulación cuando el órgano de contratación decida exigir una garantía provisional deberá justificar suficientemente en el expediente las razones por las que se estima procedente su exigencia para ese contrato en concreto.

En cuanto a la **garantía definitiva**, conforme al artículo 83.1 de la LCSP, deberá exigirse a los adjudicatarios provisionales de los contratos celebrados por la Administración Pública en un porcentaje del 5% sobre el importe de adjudicación, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido.

En este caso, a diferencia de lo señalado para la garantía provisional, la Ley determina con carácter general como condición necesaria para la formalización del contrato la obligación de los adjudicatarios provisionales del contrato de acreditar la constitución de una garantía definitiva y en una cuantía fija del 5% sobre el importe de adjudicación. Únicamente se podrá eximir de la constitución de dicha garantía, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el concreto contrato, y siempre que quede *adecuadamente* justificada en el PCAP que rija la determinada contratación, y siempre que no se trate de un contrato de obras o de concesión de obras públicas, en los que, con independencia de las circunstancias concurrentes en los mismos, deberá ser requerida esta garantía siempre.

En este último supuesto, dado que con la exigencia de esta garantía se pretende salvaguardar los intereses públicos, podría entenderse justificada su naturaleza obligatoria y su aplicación generalizada, estableciéndose como excepcionales los supuestos en los que los órganos de contratación puedan eximir su constitución.

En este mismo sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su *Informe 56/96, de 18 de octubre de 1996*, ya determinó que *“Desde el punto de vista del interés público que la contratación pública representa resulta muy distinto el significado de las garantías provisionales y de las garantías definitivas, puesto que las primeras responden a la finalidad de garantizar la seriedad de las ofertas, evitando que su retirada injustificada impida la adjudicación del contrato o determine la adjudicación a ofertas menos ventajosas a las retiradas, mientras que las garantías definitivas aseguran la correcta ejecución del contrato ya adjudicado, por lo que la importancia de éstas últimas significa un tratamiento más riguroso en la exigencia de la constitución de la garantía definitiva en la normativa contractual y jurisprudencial (...)”*.

No obstante, sin perjuicio de que la garantía definitiva pudiera entenderse justificada en base a lo dispuesto en la LCSP y en su finalidad de salvaguardar el interés público, debe también señalarse que podría resultar de interés facilitar su cumplimiento a través de medios menos restrictivos para los contratistas como podría ser, por ejemplo, el recurso de forma más frecuente en aquellas modalidades contractuales en los que la Ley lo permite al mecanismo de “retención en el precio” previsto en el artículo 84.2. de la LCSP, que evita que el contratista tenga que soportar una carga financiera con antelación a la ejecución del contrato.

Finalmente, debe indicarse que en el caso de la **garantía complementaria**, de acuerdo con el artículo 83.2 de la LCSP sólo se podrá establecer en casos especiales. A estos efectos, el artículo 59 del RGLCAP considera casos especiales aquellos contratos en los que dado el riesgo que asume el órgano de contratación por su especial naturaleza, régimen de pagos o condiciones del cumplimiento del contrato, puede incrementar el porcentaje de la garantía hasta un 5% del importe de adjudicación, pudiendo alcanzar en este caso la garantía total un porcentaje del 10%. Debe entenderse que la exigencia de la garantía complementaria prevista en el ejemplo podría suponer una carga significativa financiera para los licitadores que tendría difícil justificación atendiendo a las características del contrato. En cualquier caso, el órgano de contratación debería también valorar en este supuesto la utilización de otras alternativas para conseguir los mismos objetivos, como por ejemplo, a través de la exigencia a los adjudicatarios de un contrato de seguro.

R.1.8: Se opta por no admitir la acreditación de la documentación previa a la adjudicación definitiva por medios electrónicos, informáticos o telemáticos.

R.1.10: Se opta por no admitir la acreditación de la constitución de la garantía provisional por medios electrónicos, informáticos o telemáticos.

En este caso por su relación se procede a realizar un análisis conjunto de ambas prácticas.

El fomento del uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la gestión contractual, en cualesquiera de las fases que atraviesa el procedimiento de contratación pública, puede incrementar sustancialmente las posibilidades de las empresas a participar en procedimientos de licitación, con independencia de su ubicación geográfica, a la vez de permitir que los procedimientos se desarrollen de una forma más ágil, rápida y eficiente. En este sentido, el fomento del uso de las tecnologías de la información es uno de los principales objetivos de las Directivas comunitarias así como de la propia LCSP y de otras normas que rigen el acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, parcialmente desarrollada mediante Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre).

Al analizar la aplicación de los medios electrónicos, telemáticos e informáticos en el marco de la contratación pública andaluza se han observado en determinados pliegos las siguientes cláusulas:

Cláusula 9.2.1.1.PCAP. Documentación general

a) Documento justificativo, en su caso, de haber constituido la garantía provisional a favor del órgano de contratación (...).

4. (...)La acreditación de la constitución de la garantía podrá hacerse mediante medios electrónicos, informáticos y telemáticos en el caso en que así se prevea en el citado anexo.

ANEXO I CUADRO RESUMEN DE LAS CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO.

Garantías: Acreditación por medios electrónicos, informáticos o telemáticos (S/N): NO

Cláusula 10.6. Documentación previa a la adjudicación definitiva.

“Antes de la adjudicación definitiva, en el plazo máximo de quince días hábiles desde el siguiente a la publicación en el perfil de contratante de la adjudicación provisional, el adjudicatario deberá presentar la documentación justificativa de las siguientes circunstancias, que podrán ser expedidas, si así se indica en el anexo I, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos”

OBJETO Y CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO. ANEXO I.

*“Acreditación de la documentación previa a la adjudicación definitiva mediante medios electrónicos, informáticos o telemáticos (S/N): **NO***

Cabe partir de que tanto en el Derecho comunitario como en nuestra legislación nacional se consagra el derecho de los ciudadanos a comunicarse con las Administraciones por medios electrónicos, transformando la mera posibilidad a disposición de las Administraciones en un verdadero deber por parte de las mismas a facilitar la tramitación de procedimientos por medios electrónicos. La norma estatal establece que los derechos previstos en la misma pueden ejercerse en el ámbito de las Comunidades Autónomas en relación con la totalidad de los procedimientos y actuaciones de su competencia a partir del 31 de diciembre de 2009, siempre que lo permitan sus disponibilidades presupuestarias. Para una Administración que maneja un alto volumen de recursos presupuestarios, esta prescripción supone una alta exigencia para su implementación.

Por ello, resulta necesario la puesta en funcionamiento de una herramienta que permita la comunicación mediante medios electrónicos, informáticos y telemáticos en todas las fases del procedimiento de contratación entre los órganos de contratación y los licitadores u operadores económicos interesados en los contratos públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

R.1.9: Se decide por el órgano de contratación tramitar el expediente por vía de urgencia, sin que en la información disponible aparezca justificada la necesidad inaplazable o la aceleración de la adjudicación por motivos de interés público.

La tramitación por el procedimiento de urgencia se caracteriza por reducir los plazos a la mitad, con excepciones, lo que a su vez puede tener como efecto potencial la reducción del número de empresas que puedan participar y cumplir los requisitos exigidos en cada fase.

El artículo 96 de la LCSP reserva esta forma de tramitar a los expedientes *“cuya necesidad sea inaplazable o cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público”*.

Al analizar el uso de la vía de urgencia en la contratación andaluza se ha identificado el siguiente pliego correspondiente a un contrato de servicio de mantenimiento que, atendiendo al objeto y características del mismo y, según la información a la que se ha podido tener acceso, no quedaría en principio manifiestamente justificadas las circunstancias que motivan la tramitación de urgencia.

PCAP que rige la contratación para el mantenimiento integral de un edificio administrativo.

Anexo I. Cuadro Resumen de las Características del Contrato.

“Objeto del contrato: MANTENIMIENTO INTEGRAL DEL EDIFICIO SEDE ADMINISTRATIVA

*Tramitación del expediente: ___ ordinaria **_X_ urgente**”*

En este sentido, debe tenerse en cuenta la importancia de llevar a cabo una correcta planificación de las necesidades a cubrir en cada ejercicio para poder tramitar el máximo número posible de expedientes por el cauce ordinario, en la medida en que:

- Por un lado, permite a los operadores económicos conocer con la suficiente antelación los trabajos demandados por la Administración y con ello, disponer de un mayor tiempo para la presentación de sus ofertas.
- Y, por otro lado, reporta beneficios a los órganos de contratación, dado que al disponer de un mayor número de ofertas tienen un margen más amplio de capacidad de elección en mejores condiciones de calidad y precios más bajos y con ello obtener la oferta económicamente más ventajosa.

II. LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN (SOLVENCIA ECONÓMICA Y TÉCNICA Y/O CLASIFICACIÓN).

La determinación de unos requisitos de solvencia económica y técnica rigurosos, tales como la exigencia de una solvencia técnica basada en la experiencia previa de la empresa como un único criterio de selección, o bien la exigencia de una clasificación a las empresas por encima de los umbrales previstos en la normativa, suponen barreras a la entrada para aquellos agentes económicos que, disponiendo de la capacidad necesaria para una correcta ejecución del contrato, tienen limitado el acceso al proceso de selección, suponiendo por ello, una merma de la existencia de una competencia efectiva entre las empresas competidoras.

Sobre este particular, se han identificado las siguientes prácticas:

R.2.1: Se establece una clasificación a las empresas superior a la exigida en la normativa, atendiendo a las características y al importe del contrato.

El sistema de clasificación tiene la virtud de reducir de cargas administrativas a los licitadores que deseen acceder a los procesos de selección de los contratos, puesto que quedarían eximidos de presentar la documentación acreditativa de disponer de la solvencia oportuna en cada uno de los contratos en los que participe. Además, por otro lado, la clasificación también implica beneficios para la Administración, dado que le libera de verificar para cada uno de los procesos de contratación que celebre la solvencia específica de los empresarios.

Sin embargo, en ocasiones se solicita una clasificación a los licitadores por encima de los umbrales reglamentariamente establecidos para acceder a determinados contratos de obras y servicios, que supone una barrera significativa o una exclusión de aquellos operadores

económicos que disponen de la clasificación requerida por la normativa aplicable para participar en los mismos. En este caso, el órgano de contratación debería especificar de manera clara cuáles serían las circunstancias especiales que han determinado la necesidad de imponer al contratista esa clasificación determinada.

En este contexto, del análisis de los PCAP se ha identificado la siguiente práctica:

Anexo I. PCAP que rige la contratación de obras de construcción de pista deportiva

Presupuesto de licitación (sin IVA): 234.924,16 €

Clasificación del Contratista:

Grupo C, Subgrupo COMPLETO, Categoría e

La actual LCSP establece en su artículo 54.1 que para contratar con la Administración la ejecución de contratos de obras y servicios que superen determinada cuantía, será requisito indispensable que el empresario se encuentre debidamente clasificado. Así pues, será obligatoria la clasificación de los contratistas de obras y servicios una vez los contratos superen los 350.000 euros o 120.000 euros, respectivamente.

La clasificación de las empresas se hará en función de su solvencia, valorada conforme a los medios de acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica y profesional recogidos en los artículos 64, 65 y 67 de la LCSP, y determinará los contratos a cuya licitación pública podrán acceder u optar por razón de su objeto y de su cuantía. A tales efectos, los contratos se dividirán en grupos generales y subgrupos por su peculiar naturaleza, y dentro de éstos por categorías, en función de su cuantía. La definición de los grupos, subgrupos y categorías en los que se clasificarán esos contratos, según lo previsto en la Disposición transitoria quinta de la LCSP, continuarán rigiéndose por el párrafo primero del apartado 1 del artículo 25 TRLCAP y por las disposiciones del RGLCAP, en tanto no se produzca el desarrollo reglamentario de la LCSP.

La determinación del número de subgrupos exigibles en los contratos de obras no podrá ser superior a cuatro, salvo casos excepcionales, en virtud del artículo 36.2 del RGLCAP.

Teniendo en cuenta lo anterior, el hecho de que en el ejemplo mencionado se requiera a los empresarios estar clasificados cuando en función de la cuantía del contrato no resulta legalmente exigible, puede suponer una limitación del número de agentes económicos que podrían haber participado en la licitación. En este sentido, debe precisarse que para este contrato en cuestión el órgano de contratación podría haber hecho uso de los medios de acreditación de solvencia establecidos en los artículos 64, 65 y 67 de la LCSP, de tal forma que favoreciera así una mayor concurrencia.

Por otra parte, en cuanto a la clasificación establecida en el pliego, debe resaltarse que la determinación de que las empresas deban estar clasificadas en todos los subgrupos (9) del grupo C, supone una barrera a la entrada adicional para aquellos operadores económicos que, aún disponiendo de la solvencia técnica suficiente para una correcta ejecución del contrato, se ven excluidos de esta licitación pública.

Por tanto, debe concluirse que dicha práctica podría encontrar difícil justificación en función de la naturaleza y características del presente contrato.

R.2.2: Para acreditar la solvencia técnica se establece un único criterio de selección excluyente, especialmente en relación con la experiencia previa de la empresa, en vez de optar por la inclusión de los varios criterios previstos en los artículos 65 a 68 LCSP.

Los órganos de contratación deben delimitar objetivamente los requisitos de solvencia exigidos para participar en un procedimiento de contratación con el fin de garantizar que todas las empresas que disponen de las condiciones necesarias puedan tener la oportunidad de presentar una oferta.

A tal efecto, existe todo un conjunto de medios de acreditación de solvencia económica y técnica de las empresas dispuesto en la normativa de contratación. Si bien la elección de estos medios de acreditación o criterios debe formularse con el rigor adecuado de manera que se evite una limitación injustificada del número de competidores. Así, por ejemplo, una condición conforme a la cual sólo se tomará en consideración y además con carácter excluyente, la experiencia de la empresa adquirida en relación con un contrato similar, no se encuentra siempre suficientemente justificada y supone una limitación de la competencia.

En este contexto, del análisis de los PCAP se ha identificado la siguiente práctica:

PCAP que rige la contratación de suministro de bienes específicos
Anexo II. Medios de justificación de la Solvencia Económica y Financiera y Técnica y Criterios de Selección.
(...)
2. SOLVENCIA TÉCNICA. Art. 66 LCSP
“Medios:
Certificados de buena ejecución de los principales suministros efectuados durante los tres últimos años, a contar desde la fecha de publicación de la presente convocatoria de licitación, indicándose su objeto, importe y fechas de ejecución y si se han realizado de conformidad.
Criterios de selección:
Será necesario acreditar la realización de, al menos 2 suministros de parecida índole ejecutados de conformidad, cada uno por importe superior al 20 por 100 del presupuesto de licitación del presente contrato”.

La determinación de un requisito de solvencia técnica como el del señalado pliego, en el que se prevé exclusivamente la necesidad de “acreditar la conformidad en la realización de suministros de índole similar como un criterio de solvencia”, supone una barrera a la entrada para aquellos operadores económicos que, disponiendo de la capacidad necesaria para una correcta ejecución del contrato, tienen limitado el acceso al proceso de selección.

En este sentido, es oportuno hacer referencia a la *Recomendación 5/2001, de 9 de noviembre, sobre la justificación de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional* emitida por la CCCA, en la que se determina que los medios utilizables para comprobar la aptitud de las empresas son los expresamente contenidos en los artículos 16 a 19 del



TRLCAP (artículos 65 al 68 de la actual LCSP), que son transcripción casi literal de los contenidos en las respectivas Directivas y que consisten, dependiendo del tipo de contrato, en:

- Experiencia previa del empresario.
- Declaración indicando los técnicos o unidades técnicas de los que se disponga para la ejecución del contrato.
- Títulos académicos y profesionales.
- Indicación de las medidas de gestión medioambiental.
- Declaración sobre la plantilla media anual y la importancia de su personal directivo.
- Declaración indicando la maquinaria, material y equipo técnico del que se dispondrá para la ejecución del contrato.
- Declaración de instalaciones técnicas y medidas para garantizar la calidad.
- Control efectuado por entidad del sector público contratante o en su nombre por un organismo oficial competente del Estado.
- Muestras, descripciones y fotografías de los productos a suministrar.
- Certificados expedidos por los institutos o servicios oficiales encargados del control de calidad.
- Indicación de la parte del contrato que el empresario tiene el propósito de subcontratar.

Por ello, debe concluirse que, en el caso que nos ocupa, la elección del criterio de acreditar la conformidad en la realización de suministros de índole similar, como un único medio de acreditación de la solvencia técnica puede impedir la participación de empresas que podrían tener la capacidad suficiente de ejecutar el contrato en cuestión. Asimismo, bajo este tipo de requisito los competidores potenciales nunca podrían superar a las empresas que ya han realizado con anterioridad la prestación encontrándose, en consecuencia, en una clara situación de desventaja competitiva. Además, aplicar este tipo de criterio, sin ofrecer opciones alternativas, implica para los potenciales nuevos entrantes, la entrada en un círculo vicioso.

De esta manera, se debería, en función del objeto del contrato, ponderar la posibilidad de establecer de forma concurrente, el mayor número de medios o criterios de acreditación de la solvencia técnica igualmente idóneos y previstos expresamente en la Ley.

III. CRITERIOS DE VALORACIÓN PARA LA ADJUDICACIÓN.

La actuación de los entes adjudicadores a la hora de fijar y ponderar los criterios de valoración puede en ocasiones suponer un freno a la participación de licitadores por la inseguridad derivada de un potencial efecto discriminatorio, falta de transparencia o falta de predecibilidad.

La LCSP, en su artículo 134.1, establece que la valoración de las proposiciones y determinación de la oferta económicamente más ventajosa se realizará por el órgano de contratación (Administración Pública), que podrá realizarse en función de:

- Un único criterio de adjudicación, en cuyo caso, necesariamente deberá ser el del precio más bajo.
- O bien, a través de la determinación de varios criterios de adjudicación.

En este último caso, el órgano de contratación deberá atender a criterios que estén directamente vinculados con el objeto del contrato. A título orientativo, el legislador proporciona una lista de criterios de adjudicación, tales como la calidad, el precio, la fórmula para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o de la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades definidas en las especificaciones del contrato, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y el coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes.

De igual modo, la Directiva 2004/18/CE en su considerando 46 establece que:

“La adjudicación del contrato debe efectuarse basándose en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, así como la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva. Por consiguiente, conviene admitir únicamente la aplicación de dos criterios de adjudicación, a saber, el del precio más bajo y el de la oferta económicamente más ventajosa”.

No obstante, en ocasiones los pliegos de contratación incluyen como criterios de valoración, parámetros tales como la experiencia previa en trabajos parecidos al del objeto del contrato que, según la normativa contractual y reiterada jurisprudencia al respecto, únicamente puede constituir un medio de acreditar la solvencia técnica de la empresa. En otras ocasiones, los órganos de contratación introducen criterios de adjudicación de manera imprecisa o cuestiones indeterminadas que generan incertidumbre e inseguridad para los potenciales candidatos. Finalmente, en determinados supuestos se establecen criterios de territorialidad para la valoración de las ofertas que puede otorgar un trato discriminatorio o no igualitario a los licitadores en función de su radicación geográfica.

A continuación, se ponen de relieve determinadas prácticas relativas a los criterios de adjudicación incluidas en los PCAP objeto del presente estudio:

R.3.2: Se incluye la experiencia previa del licitador como criterio de valoración de la oferta, no estando permitido salvo como medio acreditativo de solvencia.

Esta práctica se ha detectado en los PCAP analizados con la redacción de la siguiente cláusula:

PCAP que rige contratación de un servicio para el diseño de recomendaciones...

Anexo III. Criterios objetivos de adjudicación y baremo de valoración.

“La siguiente tabla muestra los criterios que se seguirán para la valoración de las ofertas de los licitadores

Criterios

4. Experiencia probada en proyectos de consultoría similares al propuesto en el pliego (10%)”

A este respecto, conviene partir de la premisa de que es la propia LCSP la que, siguiendo fielmente las directrices de la Directiva comunitaria en la materia, distingue entre los criterios de solvencia que han de reunir los empresarios para concurrir a los contratos incoados por los poderes adjudicadores y los criterios de adjudicación que han de utilizar los órganos de contratación, bien el precio más bajo o bien el de la oferta más ventajosa económicamente, tal como se ha visto anteriormente.

La experiencia es considerada tanto en la Directiva 2004/18/CE como en la LCSP como un medio de acreditación de la solvencia técnica, que sirve para justificar la aptitud del licitador para desarrollar correctamente la ejecución del contrato, y, por tanto, no puede determinarse por los órganos de contratación como un criterio para valorar la adjudicación del mismo.

Dicha consideración ha sido también puesta de manifiesto en numerosos informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, tanto del Estado como de las correspondientes Comunidades Autónomas. Por ejemplo, en el *Informe 53/97, de 2 de marzo de 1998*, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ha considerado en su apartado 2 que:

“Esta diferenciación entre los requisitos de solvencia que han de reunir los empresarios para concurrir a los contratos instruidos por las Administraciones Públicas y los criterios que para la adjudicación de los contratos han de utilizar los órganos de contratación ha servido de base a la Comisión Europea para poner de relieve en determinados expedientes de infracción instruidos a órganos de contratación españoles que los requisitos establecidos en las Directivas y, por tanto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas - actual Ley de Contratos del Sector Público -, como criterios de admisión de licitadores no pueden ser utilizados como criterios para determinar la adjudicación a la proposición más ventajosa en el caso del concurso, refiriéndose expresamente a la experiencia que figurando como requisito de solvencia en los artículos 17, apartados a) y b), 18 a) y 19 b), no puede utilizarse como uno de los criterios de adjudicación del concurso”.

En consecuencia, la experiencia en ningún caso puede establecerse como un criterio a valorar para la adjudicación del contrato, según la normativa aplicable. Asimismo, desde el punto de vista de la política de competencia, su inclusión como criterio de adjudicación supone una ventaja para aquellas empresas que han sido adjudicatarias de contratos públicos anteriormente. Además, podría suponer un obstáculo a la entrada de nuevos operadores económicos que, a su vez, entrarían en un círculo vicioso del que no podrían liberarse las empresas al no poder alcanzar dicha experiencia previa.

R.3.3: Se fijan criterios de valoración técnicos para cuya cuantificación no se determina ponderación o forma de valoración objetiva.

R.3.4: Se contemplan métodos de valoración indeterminados o fórmulas complejas en relación con los criterios de adjudicación.

En este caso se analizan de forma conjunta estas dos prácticas detectadas en el estudio de los pliegos.

Al respecto, cabe señalar la siguiente cláusula contenida en PCAP objeto de estudio:

PCAP que rige la contratación de obras de infraestructuras
Anejo nº 6. Criterios objetivos para la valoración de ofertas
(...)
1.3. Evaluación global de ofertas
(...)
“El método a seguir para determinar la oferta más ventajosa será el siguiente:
a) La Mesa de Contratación fijará un valor, V1, de puntuación técnica, mediante acuerdo en tal sentido adoptado con anterioridad a la apertura de proposiciones económicas. Dicho valor, que será siempre múltiplo de 5, irá comprendido entre 70 y 85 puntos, ambos inclusive.
Para fijar el citado valor, entre los cuatro posibles (70, 75, 80 y 85), la Mesa de Contratación procederá como sigue:
El Comité Técnico, encargado del estudio de las Propuestas de las proposiciones, podrá aportar a la Mesa de Contratación una solicitud razonada sobre un valor mínimo a emplear, en razón de la especificidad técnica del expediente, distinto de 70. Este valor 70 se aplicará en defecto de propuesta razonada alternativa.
Si esta solicitud del Comité Técnico se produce y es aceptada por la Mesa de Contratación, ésta procederá a seleccionar el valor V1 como se explica en el párrafo siguiente a éste, pero restringido a los valores posibles superiores al mínimo (70).
La Mesa de Contratación, entre los valores posibles distintos de 70, elegirá el mayor valor que sitúe en este supuesto en el intervalo de calidad técnica elevada, tres ofertas, si ello fuera posible, o, en su defecto, el mayor número posible de ofertas, inferior a tres.
b) Una vez determinado el valor V1, las ofertas admitidas administrativa y técnicamente quedarán encuadradas en tres intervalos:
- Calidad técnica inaceptable: puntuación inferior a 60 puntos.
- Calidad técnica suficiente: puntuación comprendida entre 60 y V1, ambos inclusive.
- Calidad técnica elevada: puntuación técnica superior a V1.”

Respecto a la ponderación de los criterios de valoración, el artículo 134.4 de la LCSP dispone que deberá precisarse la ponderación relativa a cada uno de ellos, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada. En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuáles de ellas se irán aplicando los distintos criterios, así como el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar con el proceso selectivo. Cuando por razones justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, éstos se enumerarán por orden decreciente de importancia”.

Con ello, el legislador nacional contempla lo dispuesto en el considerando 46 de la norma comunitaria, donde se establece que: *“Cuando los poderes adjudicadores opten por adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa deben evaluar las ofertas con vistas a determinar cuál de ellas presenta la mejor relación calidad/precio. Para ello definirán criterios económicos y cualitativos que en su conjunto deben permitir determinar la oferta económicamente más ventajosa para el poder adjudicador. La determinación de esos criterios dependerá del objeto del contrato, de modo que los mismos permitan evaluar el nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas, así como evaluar la relación calidad/precio de cada oferta.”*

La norma concede, por tanto, a las entidades adjudicadoras la facultad para elegir los criterios de valoración de las ofertas que van a seguir en el proceso de adjudicación, siempre que los mismos se ajusten a las características del contrato y con la obligación de que dicha elección quede adecuadamente justificada en el correspondiente expediente (artículo 93.4 de la LCSP).

Ahora bien, tal como establece la Directiva comunitaria y la propia LCSP en su artículo 1, los entes adjudicadores deberán garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en la adjudicación de los contratos, de tal forma que los *criterios de valoración sean objetivos y permitan comparar las ofertas y evaluarlas de manera objetiva*. Además, los órganos de contratación deberán asegurar la transparencia necesaria para que cualquier licitador pueda informarse razonablemente de los criterios y modalidades que se aplicarán para determinar la oferta económicamente más ventajosa.

En este sentido, es oportuno hacer referencia a la jurisprudencia comunitaria dictada al respecto, en particular la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de septiembre de 1988 en el asunto Beentjes, así como en su Sentencia de 18 de octubre de 2001, en el asunto SIAC Construction Ltd contra County Council of the County of Mayo, donde se determina que *“(…) Resultaría incompatible con el principio de igualdad de trato de los operadores económicos, la determinación de un criterio de adjudicación en la medida en que implicase la atribución a la entidad adjudicadora de una libertad incondicional de elección para la adjudicación a un licitador del contrato de que se trate*”. Este principio de igualdad de trato comporta también la obligación de transparencia, tal como determinó este Tribunal en su sentencia de 18 de noviembre de 1999 en el asunto *Unitron Scandinavia*.

Sin ánimo de resultar reiterativo, debe mencionarse también *la Sentencia del TJCE de 24 de enero de 2008, en el caso EMM.G. Lianakis AE y otros*, en cuyo apartado 36 literalmente consta:

“Según la jurisprudencia, esta última disposición interpretada a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos (...), y de la obligación de transparencia que se desprende de éste, exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos (...). En efecto, los licitadores potenciales deben poder conocer la existencia y alcance de dichos elementos en el momento de preparar sus ofertas.”

Por todas las consideraciones expuestas, debería tenderse a la inclusión de criterios de adjudicación en base a criterios lo más objetivos posibles, de aplicación predecible y que sean de fácil comprensión; para que todos los operadores participen en las mismas condiciones de oportunidad en el contrato y se promueva con ello el mayor número de participantes en el procedimiento.

R.3.5: Se establece criterio de carácter territorial o de residencia de la empresa como elemento dirimente en la valoración de ofertas.

De acuerdo con la normativa aplicable, en el supuesto de encontrar dos ofertas igualadas, puede atenderse a otros criterios que protegen bienes jurídicos de naturaleza diversa, entre otros, el fomento de la participación de las sociedades cooperativas en los procedimientos públicos de contratación.

La promoción de las sociedades cooperativas se reconoce como una tarea de interés público encomendada a los poderes públicos por el apartado segundo del artículo 129 de la Constitución Española. Así se reconoce igualmente en el artículo 172 del Estatuto de Autonomía para Andalucía aprobado mediante Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, que en su apartado segundo establece que las cooperativas y demás entidades de economía social serán objeto de atención preferente en las políticas públicas.

De acuerdo con los principios anteriormente expuestos, el artículo 162 de la Ley 2/1999, de 31 de marzo, de Sociedades Cooperativas Andaluzas contempla medidas especiales de promoción cooperativa. En este particular, el apartado segundo del artículo citado establece que las cooperativas de trabajo asociado y las de segundo o ulterior grado que las agrupen gozarán de prioridad en caso de empate en los concursos y subastas para la adjudicación de los contratos de la Administración de la Junta de Andalucía.

A este respecto, conviene precisar que las cláusulas que a continuación se exponen se encuentran recogidas en la mayoría de los pliegos de contratación examinados.

PCAP que rige la contratación de obras, servicios o suministros...

Cláusula 10.7. Adjudicación provisional.

“La Mesa de contratación, una vez valorados los criterios económicos de conformidad con el anexo IX, y visto, en su caso, el informe técnico, procederá a formular la correspondiente propuesta de adjudicación al órgano de contratación, que no crea derecho alguno a favor del licitador propuesto. El órgano de contratación, una vez clasificadas las proposiciones por orden decreciente atendiendo a los criterios de adjudicación, dictará resolución de adjudicación provisional del contrato a favor de la oferta económicamente más ventajosa teniendo en cuenta los criterios establecidos en este pliego o, en su caso, propuesta de declaración de licitación desierta.

En el caso de que dos o más proposiciones se encuentren igualadas, como las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirven de base para la adjudicación, tendrán preferencia de adjudicación, siempre que hayan presentado la documentación acreditativa, cualesquiera de las siguientes empresas:

- Sociedades Cooperativas Andaluzas de trabajo asociado y las de segundo o ulterior grado que las agrupen”.

Como puede comprobarse, los pliegos incluyen como beneficiarios de esta medida de fomento las sociedades cooperativas andaluzas. Sin embargo, la adición del requisito de que la cooperativa en cuestión sea andaluza tiene como efecto un tratamiento diferenciado para los agentes económicos en función de su radicación geográfica. En este sentido debe aclararse que el artículo 4 de la Ley de Sociedades Cooperativas Andaluzas establece que la cooperativa andaluza debe tener su domicilio dentro del territorio de Andalucía, en el municipio donde realice principalmente las actividades con sus socios o centralice la gestión administrativa.

Por tanto, en la práctica, estaría introduciéndose un tratamiento diferenciado para los agentes económicos en función de la radicación geográfica de la cooperativa en cuestión incurriéndose en una potencial vulneración del principio de no discriminación que se consagra tanto en la Directiva de contratos públicos como en la propia LCSP. Así, otras sociedades cooperativas no andaluzas que cumplieran los objetivos sociales perseguidos en la citada norma no podrían beneficiarse de una preferencia en caso de igualdad de ofertas.

Partiendo del hecho de que en la práctica es muy difícil que dos ofertas sean estrictamente iguales y, por tanto, que el criterio resulte de aplicación; su inclusión se entiende como un elemento que no favorecería la concurrencia en la medida en que tiene que ver con la objetividad y predecibilidad de los criterios de adjudicación.

Esta restricción injustificada debería por tanto eliminarse con el fin de salvaguardar el principio de igualdad, ampliándose el ámbito de protección del sujeto beneficiario de la medida especial de promoción en materia de contratación pública con independencia de su radicación geográfica.

R.3.6: Se establece como criterio de valoración la circunstancia de que la empresa cuente con delegación física en la provincia donde se ejecute el contrato y/o en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

R.4.5: Se exige como requisito de adjudicación que la empresa adjudicataria de obras tenga una oficina ubicada en la Comunidad Autónoma de Andalucía, en la que exista un representante legal de la empresa con poderes bastantes para el desarrollo y ejecución del contrato.

En este caso al igual que en otros anteriores en los que las prácticas están muy relacionadas se ha optado por realizar su análisis de competencia de forma conjunta.

A continuación, cabe poner como ejemplo de cada una de estas prácticas las siguientes cláusulas que se han observado en el análisis de los pliegos:

<p>PCAP que rige la contratación de un suministro de equipamiento de vestuario.</p> <p>Anexo VII-A</p> <p>10.5. Criterios objetivos de adjudicación, baremo de valoración y orden de preferencia en la adjudicación.</p> <p>Propuesta Técnica</p> <p>“Se le atribuirá el 50 % de la puntuación total, con un máximo de 50 puntos, valorándose del siguiente modo:</p> <p>(...)</p> <p>b) <u>Delegación u oficina abierta en la provincia en que se va a prestar el Servicio:</u> se asignarán 15 puntos por la existencia de una Delegación u oficina abierta en la provincia en que se va a prestar el servicio”.</p> <p>PCAP que rige la contratación de obras para la reforma de un edificio administrativo.</p> <p>Cláusula 16.4. Oficina de la empresa y de obras.</p> <p>“La empresa adjudicataria deberá tener una oficina ubicada en la Comunidad Autónoma de Andalucía, en la que exista un representante legal de la empresa con poderes bastantes para el pleno desarrollo y ejecución del contrato.</p> <p>Igualmente, dentro del perímetro de la obra, salvo autorización expresa de la Fundación en otro sentido, deberá ubicarse una Oficina para el Jefe de Obra, sus auxiliares y personal técnico, debiendo conservar en ella copia autorizada de los documentos contractuales del proyecto (...).”</p>

En este apartado, cabe comenzar con lo dispuesto sobre igualdad de trato en la propia LCSP, en su artículo 1 “La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos (...) y la salvaguarda de la libre competencia”.

En este sentido, en relación con una consulta planteada sobre si la implantación de las empresas en un territorio puede ser utilizada como criterio discriminatorio a la hora de valorar distintas ofertas, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en concreto en su Informe 9/09, de 31 de marzo de 2009 destacó la improcedencia de esta premisa. Al respecto, se considera oportuno reproducir la literalidad del mencionado Informe que en su considerando 3 dice:

“(…) En primer lugar, el principio no discriminatorio que la Directiva 2004/18/CE consagra y que nuestra Ley expresamente recoge en su artículo 1.

Este principio, además, y con aplicación directa ya a los procedimientos de adjudicación está expresamente recogido también en el artículo 123 de la misma Ley, de conformidad con el cual “Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia”. Esta sola declaración pone ya de manifiesto hasta qué punto no está permitido discriminar las ofertas por razón de las características que pueda tener cada una de las empresas licitadoras, en este caso su domicilio social o su especial arraigo en una determinada localidad o territorio.

Si esta circunstancia no fuera suficiente a la hora de dejar clara la improcedencia de utilizar criterios de adjudicación que supongan discriminación entre las empresas por razón del motivo mencionado, debe tenerse en cuenta además lo dispuesto en el apartado primero del artículo 134 de la Ley de acuerdo con el cual “para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato...”. Esta exigencia de la vinculación directa con el objeto del contrato, es decir la prestación, es decisiva a la hora de determinar qué criterios se pueden utilizar en la valoración de las ofertas (...).”

En efecto, la valoración de las ofertas en función de la implantación de las empresas en un determinado territorio puede otorgar un tratamiento no igualitario por razón de su ubicación geográfica y contravenir la normativa de contratación pública. En este sentido, como se ha señalado en el citado Informe, resulta improcedente valorar para la adjudicación de un contrato el hecho de que las empresas se encuentren situadas en un determinado territorio, fundamentalmente sobre la base de dos motivos:

- Por un lado, por contravenir los principios de no discriminación e igualdad de trato que consagran la Directiva 2004/18/CE y nuestra propia LCSP.
- Por otro lado, por cuanto en la normativa aplicable se exige una vinculación directa de los criterios de valoración con el objeto y la naturaleza del contrato, no está permitido discriminar las ofertas por razón de las características que pueda tener cada una de las empresas licitadoras, en este caso su domicilio social o su especial arraigo en una determinada localidad o territorio.

Por todo ello, se entiende necesario que, en caso de que los órganos de contratación establezcan condiciones especiales de servicio que pudieran requerir una cercanía de la empresa contratista, estas condiciones deberían estar suficientemente justificadas en el objeto del contrato. Asimismo, deberían tomar en consideración otros medios alternativos, válidos a estos efectos que eviten un tratamiento discriminatorio por razón de la ubicación de la empresa en cuestión y puedan suponer una minoración de la oferta. A este respecto, cabe señalar como ejemplos, la posibilidad de plantear controles de calidad en el suministro y en la prestación del servicio, frecuencia y rotación de la asistencia comercial y del servicio

postventa y otras fórmulas empleadas en el tráfico comercial, igualmente aptas para atender las exigencias del órgano de contratación.

IV. ACCESIBILIDAD A LA INFORMACIÓN NECESARIA PARA PREPARAR LA MEJOR OFERTA

Con el objetivo de garantizar el cumplimiento los principios fundamentales del Tratado de la Comunidad Europea, principio de igualdad de trato y no discriminación y de asegurar la transparencia en la contratación pública y con ello, el desarrollo de una competencia efectiva en el mercado de los contratos públicos será necesaria la utilización por los poderes adjudicadores de una oportuna publicidad y accesibilidad a la información necesaria para que los potenciales candidatos dispongan de todos los elementos para preparar su mejor oferta.

En este sentido, las prácticas detectadas que afectan directamente al cumplimiento de estos principios o su adecuado uso son las siguientes:

R.4.1: No se indica el importe máximo que deben abonar los adjudicatarios por la publicación de los anuncios.

R.4.4: En determinados anuncios de licitación publicados en la Plataforma de Contratación no se encuentran disponibles los Pliegos.

En cuanto al pago de los expresados anuncios de licitación y adjudicación en los Diarios oficiales, como en el resto de medios de publicidad que serán a cargo del adjudicatario; aun reconociendo su importancia relativa, debe precisarse que según lo previsto en el artículo 67.2 g) del RGLCAP deberá constar en el PCAP el importe máximo que deberán abonar los adjudicatarios. En efecto, la determinación en el anuncio de licitación o en los pliegos del importe máximo que se originará para los adjudicatarios por la publicidad del correspondiente contrato tiene como efecto asegurar que los potenciales adjudicatarios dispongan del mayor número de elementos para decidir su participación o no en el proceso de licitación y para preparar su mejor oferta.

A modo de ejemplo, cabe señalar una cláusula de un PCAP en el que no se indica el importe máximo de los gastos de licitación:

PCAP que rige la contratación de un servicio de limpieza

Anexo I. Cuadro Resumen de las Características del Contrato

"Importe máximo de los gastos de publicidad de licitación del contrato: 100% a cargo del adjudicatario o adjudicatarios, ajustándose proporcionalmente al importe de adjudicación que se obtenga."

Por otra parte, en relación con la disponibilidad de los Pliegos, el hecho de que se encuentren insertados en el anuncio de licitación publicado en la Plataforma de Contratación facilita la elaboración de las mejores ofertas por los licitadores potenciales al tener acceso de forma ágil, rápida e inmediata al contenido exacto de los requisitos solicitados por el órgano de contratación. Además, con ello se exime a los licitadores de tener que acudir presencialmente



a los lugares habilitados para la recepción de los mismos o a tener que solicitar de forma expresa su remisión al órgano de contratación.

Esta cuestión tiene especial incidencia sobre todo para aquellos agentes económicos que se encuentren situados en territorios distintos al de la sede del órgano de contratación. En este sentido, cabe mencionar la Sentencia del TJCE de 20 de septiembre de 1988, en el asunto 31/89, donde se pone de manifiesto que *“el desarrollo de una competencia efectiva en el ámbito de los contratos públicos necesita una publicidad comunitaria de los anuncios de licitación establecidos por los poderes adjudicadores de los Estados miembros. La información contenida en dichos anuncios debe permitir que los operadores económicos de la Comunidad evalúen si les interesan los contratos propuestos. A tal fin, conviene proporcionarles una información suficiente del objeto del contrato y las condiciones del mismo. Por consiguiente, es importante dar un mayor relieve a los anuncios publicados por medio de instrumentos adecuados como los formularios normalizados del anuncio de licitación u el Vocabulario Común de los Contratos Públicos (Common Procurement Vocabulary, CPV), contenido en el Reglamento (CE) nº 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo (...).*

Por tanto, en la medida en que está en funcionamiento la Plataforma de Contratación, ésta debe emplearse por todos los entes adjudicadores, y su falta de utilización podría entenderse como una traba innecesaria. Además, debe señalarse que con carácter generalizado la Plataforma proporciona en los anuncios de licitación una adecuada y suficiente información a los operadores económicos sobre las necesidades contractuales previstas y, además de forma ágil y rápida para que los mismos puedan decidir si les interesa o no participar en el procedimiento de contratación publicado. Sin embargo, se ha podido comprobar en supuestos aislados que el órgano de contratación no ha estimado conveniente proporcionar en el anuncio de licitación publicado en la Plataforma unos de los documentos más importantes de los procedimientos de contratación, como son los pliegos.

Así se desprende del siguiente anuncio de licitación publicado en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía:

J. Referencia en Diarios Oficiales

BOJA nº 125 del año 2009, página 54 (30/06/2009). Nº Referencia: PD. 1909/2009

K. Pliegos de condiciones y documentos complementarios

L. Criterios de adjudicación

Los establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares

Finalmente, es importante destacar como un aspecto positivo el hecho de que el ente adjudicador, publique a principios de año, un anuncio indicativo de los contratos que tiene

previsto celebrar a lo largo del mismo favorece la competencia, ya que permite a los potenciales licitadores conocer con la suficiente antelación las oportunidades empresariales que les pueden brindar las licitaciones públicas y, además, pueden preparar la presentación de las ofertas con mayor detenimiento y rigor. Asimismo, la publicación de este anuncio puede constituir un elemento para que las pymes dispongan de mayor tiempo para localizar posibles socios con los que presentar ofertas conjuntas en los contratos de gran envergadura.

V. LA DURACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

La LCSP establece normas específicas relativas a la duración de los contratos públicos, previendo igualmente la posibilidad de prórroga de los mismos bajo determinadas circunstancias.

La inclusión de prórrogas está especialmente justificada, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que el contrato lleva aparejada una inversión de tal envergadura que requiera de un mayor tiempo de prestación al previsto inicialmente para que el adjudicatario pueda recuperarla o bien en aquellos supuestos en los que legalmente se exija la aplicación de las prórrogas como, por ejemplo en el caso de restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato.

No obstante, la elección que el órgano de contratación realice sobre la duración del contrato y su posible extensión mediante la utilización del mecanismo de la prórroga, puede afectar a las condiciones de una competencia efectiva, especialmente en aquellos supuestos en que en las licitaciones públicas se “compite por el mercado” (caso por ejemplo del transporte público de viajeros), por lo que aquélla debe responder de forma proporcionada al cumplimiento del fin público que ha de cumplir el contrato.

R.4.2: Se establece una duración del contrato, incluidas las prórrogas, por el límite máximo previsto en la LCSP, sin que parezca imprescindible de acuerdo con la información de la que se dispone.

En este apartado, cabe señalar la siguiente cláusula:

PCAP que rige un contrato de gestión de servicio público

Anexo I Cuadro Resumen

8. PRÓRROGA: SI

“La vigencia del contrato podrá prorrogarse de forma expresa, en una o varias prórrogas, una vez satisfechos los requisitos establecidos en la legislación vigente, por periodos, no superiores al del contrato inicial, sin que en ningún caso el plazo total, incluido el periodo contractual inicial, pueda sobrepasar los diez años”.

Entre los factores a tener en cuenta para decidir la duración de un contrato de acuerdo con el artículo 23 LCSP se encuentra el de la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las prestaciones.

En este sentido, los órganos de contratación, cuando estiman el período de duración de un contrato por el límite máximo previsto en la LCSP, incluidas sus prórrogas, podrían estar introduciendo distorsiones a una competencia efectiva al extender en el tiempo la ejecución o prestación de un determinado servicio por parte de un mismo operador económico, impidiendo con ello la posible entrada de otras soluciones en mejores condiciones de calidad y precio lo que redundaría en una aplicación del gasto más eficiente. A modo de ejemplo, pueden señalarse determinadas figuras contractuales, tales como el contrato de gestión de servicios públicos cuya duración inicial según establece el artículo 254 LCSP puede alcanzar un período de hasta 50 años para alguna de sus modalidades o, como sucede en el contrato de concesión de obras públicas para el que se prevé una duración inicial de hasta 40 años que, siendo sometidos a las prórrogas previstas para los mismos, pueden conducir a un cierre del mercado por un período más largo del estrictamente necesario y, en consecuencia los beneficios de la presión competitiva pueden verse minorados.

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que la propia LCSP establece la previsión de que en el cálculo del valor estimado del contrato deba incluirse la duración total del mismo, incluidas las prórrogas. Con ello, la LCSP pretende garantizar que se configure un procedimiento competitivo de licitación previo suficiente, teniendo en cuenta las prórrogas a la hora de determinar las normas de publicidad aplicables o el procedimiento de licitación a llevar a cabo.

A pesar de esta previsión, el órgano de contratación no sólo debería tratar de abrir los procedimientos a un número de competidores suficientes, sino también, de fomentar en la medida de lo posible el principio igualmente establecido en la LCSP de “sometimiento periódico a concurrencia de la realización de las prestaciones”.

Por último, debe señalarse que el recurso sistemático por los órganos de contratación al mecanismo de las prórrogas de los contratos, puede privar a la Administración de los beneficios que la presión competitiva reporta, es decir la obtención de una oferta económicamente más ventajosa o la entrada de otras soluciones diferentes y más innovadoras que, a su vez, repercuten en la prestación del servicio en mejores condiciones de calidad y precio para los ciudadanos.

VI. SUBCONTRATACIÓN.

La limitación de la subcontratación o la reducción del porcentaje máximo establecido en la LCSP para la subcontratación (60%), puede implicar que se impida la participación en la ejecución de contratos públicos de determinados operadores económicos. Así pues, en contratos de cierta envergadura y complejidad, normalmente las PYME no están en condiciones de licitar por la adjudicación del contrato. Sin embargo, mediante la subcontratación, pueden tener una buena oportunidad para participar y pueden aportar un valor añadido mediante productos o servicios especializados o innovadores.

Por ello, es oportuno poner de relieve que, en términos de competencia, no permitir la subcontratación o incluso reducir el límite establecido por defecto en la LCSP en un 60 por ciento, puede suponer una “barrera a la entrada” a potenciales candidatos o licitadores que

no tienen la posibilidad de participación en la ejecución de contratos públicos de envergadura.

En consecuencia, a la hora de elaborar los pliegos se debe ponderar la posibilidad de subcontratar o ceder los contratos, salvo en aquellos casos en los que por la naturaleza y condiciones del mismo se deduzca que ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario.

Sobre esta cuestión, se han identificado las siguientes prácticas:

R.4.8.: No se permite la posibilidad de subcontratar prevista en la Ley, sin que quede acreditada la necesidad de esta imposibilidad.

R.4.6.: Se establece la posibilidad de subcontratar, aunque por importe inferior al máximo permitido en la LCSP (60%), sin que se desprenda de la información disponible las especiales circunstancias que ello garantice.

A continuación se transcribe un extracto de una cláusula de un PCAP en la que se constata dicha cuestión:

PCAP que rige la contratación de un servicio de mantenimiento de sistemas de información.

Anexo I. Cuadro Resumen de las características del contrato.

“Subcontratación obligatoria: NO CABE CESION NI SUBCONTRATACION

Indicar parte a subcontratar, importe y perfil empresarial.”

De acuerdo con lo previsto en el artículo 210.1. de la LCSP, el contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación, salvo que el contrato o los pliegos dispongan lo contrario o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que aquél ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario.

Concretándose en el apartado 2 letra e) del citado precepto que las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no podrán exceder del porcentaje que se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el supuesto de que no figure en el pliego un límite específico, el contratista podrá subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del 60 por ciento del importe de adjudicación.

En los contratos de envergadura, la subcontratación supone una buena oportunidad para participar y pueden aportar un valor añadido mediante productos o servicios especializados o innovadores. De tal forma que en la redacción de los pliegos deba ponderarse la posibilidad de subcontratar o ceder los contratos, salvo en aquellos casos en los que por la naturaleza y condiciones del mismo se deduzca que ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario.

Por ello, en aras de ampliar la concurrencia a los contratos del mayor número de operadores económicos, los pliegos de contratación deberán admitir un alto nivel de subcontratación que permita a aquellas empresas que no cuenten con la solvencia suficiente para poder presentar de forma individual una oferta que participe en la ejecución del contrato junto con el contratista principal.

VII. PLIEGO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS. CUESTIONES FORMALES.

Debe llamarse especial atención sobre el hecho de que las especificaciones técnicas incluidas en estos pliegos podrían incluir restricciones a la competencia en los procedimientos de contratación. A tal fin la LCSP en su artículo 101.2. establece que las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.

Sin embargo debe indicarse que el análisis de estos pliegos, al requerir de unos conocimientos técnicos altamente cualificados en función de la materia objeto de cada contrato, se ha basado en aquellas cuestiones formales que pudieran afectar al régimen jurídico de los contratos seleccionados y que pudieran suponer trabas innecesarias e inseguridad a los potenciales licitadores.

Los pliegos de prescripciones técnicas deben contener exclusivamente información sobre las especificaciones técnicas directamente vinculadas al contrato, que permita conocer a los licitadores con suficiente claridad el trabajo demandado por el órgano de contratación. Ello excluye, en todo caso, precisiones de otro tipo, tanto directas como indirectas.

La redacción, por tanto, de estos términos técnicos reviste una especial importancia ya que afecta directamente al número y tipo de concurrentes a la licitación. Es evidente que cuanto más claros sean estos requisitos y más sencilla sea su comprensión, más confianza genera para los operadores económicos a la hora de preparar sus ofertas, lo que, por ende, supondrá un incentivo para competir por el contrato.

Sobre este particular, se han identificado las siguientes prácticas:

R.5.1: Se incluye en el clausulado del PPT materias relativas al régimen jurídico del contrato que, en todo caso, deben figurar en el PCAP, lo que introduce un factor de falta de claridad, inseguridad jurídica y predecibilidad.

A este respecto, se señala, a continuación, cláusula incluida en el PPT:

PPT que rige contratación de servicios profesionales para la explotación de sistemas informáticos.

2.5.3. Forma de resolver las discrepancias en la forma de prestar la asistencia técnica.

“En caso de existir disconformidades de (...) respecto a la forma y modo de resolución de los problemas e incidencias que surjan en la prestación de la asistencia técnica contratada por cualquiera de los técnicos empleados por la adjudicataria lo pondrá de manifiesto a ésta en la forma prevista en el PCJA. La persistencia de disconformidades, podrá considerarse incumplimiento grave y causa para la rescisión del contrato, sin perjuicio de la toma de otras medidas que se consideren oportunas y la solicitud de las penalizaciones pertinentes en base a lo indicado en el presente pliego”.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 100 de la LCSP, el órgano de contratación aprobará con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre

antes de la licitación del contrato, o de no existir ésta, antes de su adjudicación provisional, los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la LCSP.

En el artículo 101 de la LCSP se establecen las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas, atendiendo a criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, tal como son definidos estos términos en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, aplicando criterios de sostenibilidad y protección ambiental.

El apartado segundo del mencionado precepto dispone que *las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.*

Los pliegos de prescripciones técnicas contendrán como mínimo de acuerdo con el artículo 68.1 del Reglamento del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas:

- a) Las características técnicas que hayan de reunir los bienes o prestaciones del contrato.
- b) El precio de cada una de las unidades en que se descompone el presupuesto y número estimado de las unidades a suministrar
- c) En su caso, requisitos, modalidades y características técnicas de las variantes.

El citado precepto continúa en su apartado tercero estableciendo que *“en ningún caso contendrán los pliegos de prescripciones técnicas particulares declaraciones o cláusulas que deban figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares”.*

La inclusión de una prescripción como la señalada anteriormente en el ejemplo que contempla contenidos propios del régimen de extinción o rescisión del contrato que por otro lado no aparece en el PCAP podría ser calificada como una mala práctica contractual, en la medida en que se sitúan en el pliego de prescripciones técnicas cuestiones concernientes al régimen jurídico del contrato, que deben incluirse, en todo caso, en el pliego de cláusulas administrativas. Esta mala práctica contractual, que no cumple con la previsión legal señalada, introduce un factor de falta de claridad e incertidumbre, que podría suponer una traba para ciertos operadores que, contando con la solvencia técnica y económica exigida, podrían verse obligados a recurrir a un asesoramiento legal específico y adicional para poder licitar con todas las garantías y con plena seguridad jurídica.

R.5.2: Se incluye en el clausulado del pliego de prescripciones técnicas exigencias de naturaleza cualitativa para la contratación de servicios profesionales no vinculadas con el objeto del contrato.

Como ya se ha mencionado en el caso anterior, los pliegos de prescripciones técnicas deben incluir los contenidos detallados sobre las especificaciones técnicas que estén directamente vinculadas al objeto del contrato. Estas cuestiones deben permitir a los licitadores conocer con suficiente claridad el trabajo demandado por el órgano de contratación, por ello deben excluirse de su contenido precisiones de otro tipo, que puedan afectar tanto directa como indirectamente a las ofertas presentadas.

En este sentido, se señala, a continuación, esta cláusula incluida en el PPT, no vinculada con el objeto del contrato y no necesaria para identificar las prestaciones del mismo:

PPT que rige contratación de servicios profesionales para la explotación de sistemas informáticos.

Cláusula 2.4. Lugar y forma de prestación de la asistencia

“(…)Las personas que emplee la adjudicataria en la prestación del servicio deberán dispensar trato agradable con los usuarios.”

El apartado segundo del artículo 101 dispone que *las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.*

En definitiva, los PPT deben recoger aspectos eminentemente técnicos sobre las prestaciones que deba cumplir el contrato al que hacen referencia. Por tanto, cualquier especificación cualitativa que no pueda valorarse por medio de parámetros de carácter objetivo sobre el contenido de los trabajos que se someten a licitación, además de contravenir la normativa aplicable, genera una situación de incertidumbre injustificada para los operadores económicos.

DOCUMENTO COMPLEMENTARIO 2: MARCO REGULATORIO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

I. ÁMBITO NORMATIVO EUROPEO.

Existe un amplio número de normas que regulan el ámbito de la contratación pública en el ámbito europeo. Dichas normas, a su vez, han tenido una incidencia innegable en la normativa sobre contratación pública en nuestro país, ya que desde la adhesión a las Comunidades Europeas, la normativa comunitaria ha sido el referente obligado de la legislación de los contratos públicos en España.

Por ello, a continuación, se realiza un análisis sobre el fundamento o razón de ser de las normas de contratación pública en el ámbito comunitario, la evolución de la política comunitaria en la materia, para finalmente identificar las normas y demás comunicaciones existentes en la actualidad en este ámbito.

I.1. RAZÓN DE SER O FUNDAMENTO DE LAS NORMAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ÁMBITO COMUNITARIO.

Desde sus inicios, la normativa europea en materia de contratación pública persigue un objetivo fundamental: La consecución del mercado interior, entendido como un “espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicio y capitales esté garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados”.

En este contexto, la normativa europea en el ámbito de la contratación pública constituía un aspecto fundamental para la consecución de un verdadero mercado interior. En efecto, para realizar adecuadamente sus funciones, los poderes públicos de los Estados miembros adquieren constantemente bienes y reciben servicios de los operadores económicos. Pues bien, cuando adquieren bienes y servicios, los poderes públicos son actores muy importantes en el mercado, ya que sus operaciones constituyen una parte considerable del PIB, tanto a nivel comunitario como nacional.

Por esta razón, el ámbito de la contratación pública constituía un aspecto fundamental para la plena consecución del mercado interior. Mientras los poderes adjudicadores limitaran su ámbito de operaciones al propio territorio territorial era evidente que no sería posible hablar de un verdadero mercado interior.

Progresivamente, a la consecución del objetivo de la plena realización de un verdadero mercado interior en Europa se han sumado otros objetivos igualmente importantes y complementarios al anterior.

En este sentido, la forma y los principios bajo los que se lleve a cabo la contratación por parte de los poderes públicos puede contribuir significativamente al mantenimiento y el desarrollo del crecimiento económico en el ámbito de la Unión Europea:

- En primer lugar, una política de contratación pública competitiva garantiza que los recursos se asignan de la mejor manera posible, siendo los poderes adjudicadores los responsables de obtener el máximo rendimiento de las inversiones públicas en todas y cada una de las operaciones de contratación.
- A su vez, en los procedimientos de contratación pública, al igual que en cualquier otro procedimiento de contratación, debe encontrarse el correcto equilibrio entre la oferta y la demanda, y este es un aspecto fundamental que los poderes adjudicadores no deben olvidar y que se garantiza con un sistema de competencia efectiva.

I.2. LA POLÍTICA COMUNITARIA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN PERSPECTIVA HISTÓRICA

I.2.1 Previsiones en los Tratados constitutivos

El Tratado de la Comunidad Económica Europea, concluido en Roma el 25 de marzo de 1957, contempla una prohibición general de medidas discriminatorias por razón de la nacionalidad. Dicha prohibición general se concreta posteriormente en diversos ámbitos, como en el de la libre circulación de mercancías o el de la libre prestación de servicios.

En virtud de esta prohibición, los poderes públicos, en su política de adquisición de bienes y servicios, están obligados a no discriminar por razón de la nacionalidad, lo que implica que no pueden establecer diferencia alguna en función de la nacionalidad de la empresa candidata o licitadora. En virtud del principio de no discriminación, todas las empresas interesadas deberían tener las mismas oportunidades para competir por un contrato.

Poco después de finalizar el periodo transitorio, en los años setenta, se constató que estas prohibiciones no eran suficientes por sí mismas para lograr la apertura de la contratación pública más allá de las fronteras nacionales. Por ello, se consideró conveniente completar dichas disposiciones con Directivas que permitieran una aplicación más efectiva de las libertades previstas en los Tratados así como de los principios de no discriminación, la transparencia y el mantenimiento de una competencia efectiva.

Ya desde este momento resulta esencial poner de manifiesto que las Directivas en el ámbito de la contratación pública no definen cómo hay que comprar. Las Directivas tienen como objetivo coordinar las legislaciones nacionales de los Estados miembros, estableciendo aproximaciones y enfoques comunes sobre compras transparentes y no discriminatorias, incluyendo normas mínimas sobre procedimientos, especificaciones técnicas o publicación de actos de forma que las oportunidades de negocios puedan ser equivalentes para cualquier empresa de la Comunidad.

I.2.2 El Libro Blanco de la Comisión sobre la realización del mercado interior y el Libro Verde sobre la Contratación Pública en la Unión Europea.

La apuesta por fortalecer y potenciar la política europea en materia de contratación pública se redefine en el año 1985, en el marco del conocido Libro Blanco de la Comisión sobre el Mercado Interior.

El Libro Blanco, uno de los principales detonantes para la conclusión del Acta Única Europea en el año 1986, realiza una evaluación de los principales obstáculos existentes para alcanzar un verdadero mercado interior, identificando barreras de tres órdenes:

- Barreras físicas: Asociadas a inspecciones en las fronteras;
- Barreras técnicas: Obstáculos de tipo legal y/o regulatorio;
- Barreras fiscales: Causadas por diferencias en los impuestos indirectos.

El Libro Blanco plantea una serie de prioridades de actuación para la eliminación de los obstáculos citados con el fin de lograr la plena consecución del mercado interior.

Entre las barreras de orden técnico identificadas se encuentra la política de contratación pública. En el Libro Blanco se contenía un calendario y un plan de acción para llevar a cabo la apertura de los mercados, entre otros, en el ámbito de la contratación pública. Los objetivos consistían en aumentar la visibilidad de la actuación de la Comisión en este ámbito, incrementar los umbrales de contratos sometidos a la coordinación comunitaria y aumentar la transparencia en general de los procedimientos de adjudicación en el ámbito europeo.

En el año 1987 se publica el Informe Cecchini (*The "Cost of Non-Europe" in Public Sector Procurement*), en el que se realiza una investigación comprensiva del impacto económico derivado de la implantación del plan de actuación contemplado en el Libro Blanco de la Comisión para la contratación pública. Dicho Informe estimaba que el aumento de la transparencia y la apertura de la contratación pública en el ámbito europeo podía implicar un ahorro de unos 22.000 millones de ecus.

Como resultado inmediato de las conclusiones derivadas del Informe Cecchini, se procedió a una actualización de las Directivas de suministros y de obras. Las reformas se centraron en colmar ciertas lagunas que venían siendo utilizadas por los poderes adjudicadores para apartarse de los objetivos de las Directivas, reforzando así su eficacia práctica. Posteriormente, el ámbito de las Directivas fue ampliado para cubrir otros aspectos igualmente necesarios para su plena eficacia práctica. El marco jurídico comunitario aplicable a los contratos públicos se vio pues significativamente reforzado entre los años 1987 y 1993, en el marco del programa de realización del mercado interior de 1985.

En el año 1996, la Comisión Europea inició un proceso de revisión de los efectos y la eficacia de la nueva legislación en materia de mercado interior. Uno de los temas fundamentales en dicho proceso de revisión era la cuestión de la política europea de la contratación pública. En

este sentido, la Comisión elaboró el documento titulado “Libro Verde sobre la Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro”.

En este documento, la Comisión se percataba de que, a pesar de haberse acordado y establecido una nueva normativa comunitaria de base en materia de contratación pública, persistía un grave problema de incumplimiento de las normas por la falta de incorporación de las Directivas por parte de algunos Estados miembros. En efecto, en el año 1996, únicamente tres Estados miembros habían incorporado completamente los textos, y la Comisión había incoado 39 procedimientos de infracción contra los Estados miembros infractores.

El Libro Verde sobre la Contratación Pública en la Unión Europea plantea pues llevar a cabo un debate sobre la contratación pública en la Unión Europea con todos los actores implicados, tras el cual la Comisión elaboraría un programa de actuación, definiendo las medidas necesarias para aumentar la eficacia del marco normativo y así conseguir los objetivos en materia de contratación pública.

Del debate se suscitan varios puntos de reforma, sistematizados en la Comunicación de la Comisión titulada “La Contratación Pública en la Unión Europea”, del año 1998. Los principales puntos de actuación se integraban en cuatro ejes claves, que pueden resumirse de la siguiente manera:

- ⇒ Era necesario lograr una simplificación y una aclaración del marco legislativo aplicable. La Comisión debía instaurar procedimientos más flexibles, en particular para contratos que presentaban especial complejidad, y realizar una codificación de las Directivas Clásicas (relativas a obras, suministros y servicios) para armonizar y aclarar conceptos.
- ⇒ Además, la aplicación de la política relativa a los contratos públicos debía reforzarse. La Comisión constata que el control de la aplicación corresponde, de manera conjunta, a los Estados miembros, a la Comisión, y a los agentes económicos, y plantea la posibilidad de asignar los medios de control de las políticas nacionales de contratación a autoridades nacionales dotadas de imparcialidad e independencia para mejorar la efectividad en el control y garantizar al mismo tiempo el pleno respeto del principio de subsidiariedad.
- ⇒ Era preciso desarrollar un entorno favorable para las empresas en materia de contratación pública, en particular para las pequeñas y medianas empresas (pymes), dado su importante papel potencial en este ámbito, mediante el reforzamiento de las actuaciones de información, e incluso mediante la adopción de medios de contratación electrónicos que permitieran una tramitación de los procedimientos más ágil y eficaz.
- ⇒ Por último, la Comisión reconoce que debían alcanzarse sinergias con otras políticas comunitarias igualmente dignas de protección, como la protección del medioambiente, o la consideración de los aspectos sociales de los contratos.

I.3. LA NORMATIVA DE 2004 RELATIVA A LOS CONTRATOS PÚBLICOS

I.3.1 Las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE

En el año 2000, como consecuencia de la Revisión de 1996 y del plan de acción adoptado por la Comisión en su Comunicación de 1998 para dinamizar la política europea de contratos públicos, la Comisión Europea aprueba un nuevo paquete legislativo de propuesta de reforma.

La simplificación es un elemento esencial del paquete legislativo. Se pretende con ello que las Directivas sean más fáciles de comprender por todas las partes, compradores y proveedores y por ende, que sean más eficaces.

Las Directivas se aprueban finalmente por el Parlamento Europeo y el Consejo mediante el procedimiento de codecisión, tras alcanzarse un acuerdo en el marco del Comité de Conciliación convocado al efecto en enero y febrero de 2004.

Las Directivas actualmente aplicables en la materia son pues:

La Directiva 2004/17/CE, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales. En relación con estos sectores especiales, interesa destacar que se incluye dentro de su ámbito de aplicación el sector postal y, a su vez, se excluye el sector de las telecomunicaciones, ante la liberalización y la competencia efectiva registrada en el citado sector en los últimos años.

Además, y en previsión de una evolución similar en el resto de sectores especiales, se prevé un mecanismo que permita su exclusión cuando se den las condiciones de liberalización y de competencia efectiva en el mercado necesarias.

La Directiva 2004/18/CE

La mayor novedad de esta Directiva es la unificación sistemática. En este sentido, la Directiva 2004/18/CE codifica y refunde en un único texto coherente las tres Directivas clásicas (que cubren los suministros, servicios y obras) lo que, en la práctica, reduce significativamente el número de artículos y homogeneiza el tratamiento de la tramitación de los contratos sin establecer diferencias en función de una tipología concreta.

Esta Directiva realiza una importante actualización de las normas de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministro y servicios, basada en los principios fundamentales del mercado interior que consiste, esencialmente, en un esfuerzo de simplificación, armonización y modernización, tal y como habían solicitado de forma unánime los poderes adjudicadores y los operadores económicos.

La Directiva incorpora además importante jurisprudencia del TJCE en relación con los criterios de adjudicación, clarificando las posibilidades para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, incluyendo, bajo el respeto de ciertas condiciones criterios de orden medioambiental o social, teniendo en cuenta, por ejemplo, la importante STJCE recaída en el



asunto *Concordia-Bus Finland*, de 17 de septiembre de 2002, que confirma que cuando se cumplen determinadas condiciones los criterios medioambientales pueden tenerse en consideración como criterios de selección de la oferta económicamente más ventajosa.

La Directiva tiene como otra gran novedad la introducción de las nuevas tecnologías en el ámbito de la contratación pública. La publicación por medios electrónicos, la utilización de internet o la desmaterialización de procedimientos se incorporan como previsiones específicas que agilizarán los procedimientos y permitirán una mayor apertura de la contratación en el mercado único europeo gracias al extraordinario alcance de las nuevas tecnologías.

Como respuesta a los requerimientos de los operadores privados, la Directiva flexibiliza los procedimientos de adjudicación, introduciendo, por ejemplo, la posibilidad de llevar a cabo un diálogo entre el órgano de contratación y los distintos licitadores cuando los contratos se presten a una especial complejidad y cuando a pesar de conocer sus necesidades, los entes adjudicadores no se encuentran capacitados para definir las soluciones más idóneas para satisfacer las mismas.

La Directiva introduce un enfoque más flexible en la adjudicación de ciertos contratos gracias a las nuevas tecnologías de la comunicación, por ejemplo:

- ⇒ La posibilidad de conclusión de acuerdos marco, que pretenden facilitar que las Administraciones puedan aprovechar las economías de escala derivadas de una política de contratación a largo plazo
- ⇒ La introducción de técnicas de adquisición centralizada, mediante las cuales ciertos poderes adjudicadores pueden celebrar contratos públicos o concluir acuerdos marco por cuenta de otros poderes adjudicadores
- ⇒ La admisión de sistemas dinámicos de adquisición ejecutados de forma totalmente electrónica para ciertas operaciones corrientes, a los cuales cualquier licitador que cumpla las condiciones necesarias puede solicitar integrarse tras la presentación de la correspondiente oferta indicativa.
- ⇒ Se trata por último de la posibilidad de introducir el sistema de subasta electrónica, que permite que los licitadores introduzcan precios a la baja o que mejoren aspectos distintos del precio si el criterio de adjudicación consiste en la oferta económicamente más ventajosa.

En el mismo sentido, la Directiva potencia nuevas fórmulas de cooperación entre el sector público y el sector privado a las que los entes adjudicadores pueden acudir cuando requieren financiación privada o el conocimiento y experiencia de las empresas del sector privado para llevar a cabo sus cometidos de interés público.

Se refuerzan igualmente las disposiciones relativas a los criterios de selección y de adjudicación. Es preciso que los entes adjudicadores seleccionen criterios objetivos y no discriminatorios y que los anuncien con la suficiente antelación.



En el mismo sentido, la Directiva realiza una notable clarificación de las especificaciones técnicas que pueden solicitarse por parte de los poderes adjudicadores y que en todo caso deben permitir un acceso igual y no discriminatorio a todos los licitadores.

La Directiva 2004/18/CE debía ser incorporada al ordenamiento jurídico de los Estados miembros a más tardar el 31 de enero de 2006.

I.3.2 La Directiva de Recursos en materia de contratos públicos

Las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CE, que coordinan los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, han sido recientemente modificadas por la Directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007.

De las consultas a las partes interesadas durante la tramitación de las Directivas de 2004 y de la jurisprudencia del propio TJCE se pusieron de manifiesto una serie de puntos débiles en los mecanismos de recursos existentes en los Estados miembros. La nueva Directiva trata de mejorar la eficacia de los procedimientos de recurso en relación con la adjudicación de los contratos públicos, reforzando los procedimientos nacionales de recurso, sobre todo en materia de adjudicación directa ilegal por parte de los órganos de contratación.

La Directiva, que fue aprobada por el Consejo y el Parlamento Europeo mediante el procedimiento de codecisión en lectura única, debía ser incorporada al ordenamiento jurídico de los Estados miembros antes del 20 de diciembre de 2009.

La nueva Directiva establece las siguientes novedades:

- ⇒ Se introduce un periodo de espera durante el cual los entes adjudicadores no pueden formalizar el contrato. Dicho periodo de espera tiene por objetivo proporcionar tiempo suficiente a los licitadores excluidos para examinar la decisión adoptada y decidir si resulta apropiado interponer un recurso frente a la misma. La interposición de un recurso implica que un contrato no se puede adjudicar de forma definitiva hasta que el mismo se haya resuelto.
- ⇒ La Directiva de recursos no señala qué tipo de órgano debe ser el competente para resolver el recurso especial en materia de contratación, pero establece las siguientes previsiones que deben ser respetadas, como mínimo, en todo caso, que tienen que ver con esta cuestión:
 - La propia Directiva prevé la posibilidad de que los Estados miembros puedan exigir que la persona interesada interponga recurso en primer lugar ante el propio poder adjudicador, siempre que la interposición de dicho recurso conlleve la suspensión inmediata de la posibilidad de concluir el contrato y que, además, se respete un periodo mínimo de espera que permita a la persona interesada someter el asunto al órgano de recurso competente, en caso de que se desee impugnar la respuesta o la ausencia de respuesta por parte del poder adjudicador al citado recurso.

- La Directiva establece además que cuando los órganos responsables de los procedimientos de recurso no sean de carácter jurisdiccional, sus decisiones deberán ir siempre motivadas por escrito. Además, deberán adoptarse disposiciones que garanticen que cualquier medida presuntamente ilegal adoptada por el órgano de recurso pueda ser objeto de un recurso ante un órgano jurisdiccional que sea independiente en relación con el poder adjudicador y con el órgano de recurso.
 - Se fijan por lo demás plazos mínimos que deben ser respetados por los Estados miembros en caso de que decidan someter el recurso en materia de contratación a un plazo determinado.
- ⇒ Se introducen disposiciones específicamente dirigidas a combatir las llamadas adjudicaciones directas, que, según el TJCE, constituyen las infracciones más graves de la normativa europea sobre contratación pública. A tal efecto, la Directiva establece que los Estados miembros deben garantizar que un órgano de recurso independiente del poder adjudicador declare la ineficacia del contrato fundamentalmente en los siguientes supuestos:
- Si el poder adjudicador ha adjudicado un contrato sin publicar previamente un anuncio de licitación en el DOUE, siendo esta publicidad obligatoria de acuerdo con los dictados de la Directiva 2004/18/CE.
 - Si se ha formalizado un contrato vulnerando el periodo de espera introducido por la nueva Directiva de recursos.

Para los acuerdos marco y los sistemas dinámicos de adquisición, donde es necesario que concurren especiales circunstancias de rapidez y de eficiencia, la Directiva prevé un mecanismo de revisión específico. Para este tipo de contratos, los Estados miembros podrían decidir sustituir el periodo de espera por un procedimiento de recurso post contractual.

I.3.3 El Código Europeo de Buenas Prácticas para facilitar el acceso de las pymes a los contratos públicos

La política comunitaria para las pequeñas y medianas empresas busca ofrecer un marco más coherente, pragmático y horizontal en favor de este tipo de entidades, al objeto de liberar el gran potencial aún sin explorar de las pymes para generar crecimiento y empleo en la Unión Europea. El enfoque a adoptar consiste en la necesidad de integrar el principio “pensar primero a pequeña escala” en las políticas comunitarias, fomentando la colaboración entre los niveles europeo, nacional y regional al diseñar y ejecutar medidas en beneficio de las pequeñas y medianas empresas.



En el marco de dicha política comunitaria y como continuación a la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Implementación del programa comunitario de Lisboa, una política moderna de las pymes para el crecimiento y el empleo”, la Comisión Europea elaboró, en junio de 2008, un “Código Europeo de Buenas Prácticas para facilitar el acceso de las pymes a los contratos públicos”.

El objetivo del Código de Buenas prácticas es permitir a los Estados miembros y a sus entes adjudicadores aprovechar plenamente el potencial de las Directivas sobre contratación pública con el fin de garantizar condiciones equitativas para todos los operadores económicos que deseen participar en licitaciones públicas. Es importante señalar que el sistema actual no prevé medidas de discriminación positiva para las pymes. El objetivo perseguido no sería introducir modificaciones a las Directivas vigentes, sino más bien fomentar un cambio de mentalidad en los poderes adjudicadores y las propias pymes, para aprovechar plenamente las potencialidades disponibles bajo la normativa vigente bajo un régimen igualitario.

El Código de Buenas Prácticas identifica las principales dificultades experimentadas por las pymes para a continuación señalar posibles soluciones a dichas dificultades, identificando para ello buenas prácticas por parte de algunos Estados miembros.

El Código de Buenas Prácticas trata de ofrecer soluciones a los principales problemas identificados por las pymes, esto es:

- ⇒ Dar solución a las dificultades relacionadas con el tamaño de los contratos.
- ⇒ Garantizar el acceso a la información relevante.
- ⇒ Mejorar la calidad y la comprensibilidad de la información suministrada.
- ⇒ Establecer niveles de capacitación y requisitos financieros proporcionados.
- ⇒ Aliviar las cargas administrativas.
- ⇒ Poner énfasis en la relación calidad-precio y no meramente en el precio.
- ⇒ Dar tiempo suficiente para preparar las licitaciones.
- ⇒ Velar por que se respeten los plazos de pago.

II ÁMBITO NORMATIVO ESTATAL.

II. 1. LEY 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. RAZÓN DE SER:

El marco regulatorio en nuestro ordenamiento jurídico interno lo conforma la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP).



Esta norma, que entró en vigor el 1 de mayo de 2008, tiene como uno de sus objetivos principales llevar a cabo la transposición de la Directiva 2004/18/CE en el ordenamiento jurídico español. La transposición integral se lleva a cabo con cierto retraso ya que la fecha límite estaba fijada el 31 de enero de 2006. El retraso se debió a la complejidad de su incorporación al ordenamiento jurídico interno, a pesar de que encontramos artículos en la LCSP que constituyen una reproducción literal del texto original de la Directiva. El Anteproyecto de Ley fue aprobado por el Consejo de Ministros en diciembre de 2005 y la Ley fue finalmente aprobada en octubre de 2007. Debe indicarse, además, que la LCSP ha sido recientemente modificada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, con el fin de adaptar su contenido a la normativa europea.

La LCSP tiene un alcance mayor de la mera transposición de la normativa comunitaria. Esta norma regula detalladamente los contratos no sujetos estrictamente a la Directiva, por ejemplo, los contratos cuya cuantía es inferior a los umbrales comunitarios. Igualmente regula la figura contractual del contrato de gestión de servicios públicos que es una figura contractual propia del ordenamiento jurídico español.

II. 2. NOVEDADES DE LA NUEVA LCSP EN RELACIÓN CON LA COMPETENCIA EFECTIVA.

II. 2.1 La salvaguarda de la competencia como finalidad explícita de la norma.

Como gran novedad en el marco del ordenamiento jurídico español en materia de contratación pública debe indicarse que se incorpora el principio de salvaguarda de la competencia como finalidad explícita de la norma.

En efecto, ya en el artículo 1 de la LCSP, donde se regula la finalidad y los objetivos de la norma, se señala que la salvaguarda de la libre competencia es un objetivo que debe informar la aplicación de la Ley, junto con otros principios directamente relacionados con este último, como el de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los potenciales candidatos, etc.

Por tanto, los entes adjudicadores deben garantizar que se produce una competencia efectiva en cada procedimiento de adjudicación de un contrato y en cada una de las fases del mismo.

Ello implica, en primer lugar, una labor de vigilancia. En este contexto debe entenderse la Disposición Adicional Vigésimo Séptima de la LCSP, que establece la obligación de los órganos de contratación de notificar a la Comisión Nacional de la Competencia cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan ser constitutivos de una infracción a la normativa de defensa de la Competencia cometida por los operadores económicos.

Pero la labor y la responsabilidad de los órganos adjudicadores en relación con el objetivo de la competencia efectiva va mucho más allá. En este sentido, los órganos de contratación deben garantizar que el procedimiento de adjudicación establece todas las condiciones necesarias para que exista una competencia no falseada. Ello implica una gran



responsabilidad para los gestores de la contratación pública, que exige más que una labor de mera vigilancia, requiriéndose el desempeño por parte de estos de un papel activo en el diseño de los PCAP-PPT, en la determinación del número de candidatos en un procedimiento o en la tramitación de los nuevos procedimientos, que introducen notas de flexibilidad muy necesarias pero que, en ningún caso, pueden conllevar una amenaza a la competencia efectiva en el mercado.

Es pues necesario una toma de conciencia por parte de los órganos adjudicadores y gestores en general, en torno a la necesidad de la existencia de una competencia efectiva y a los riesgos que se producen, en ocasiones sin ser pretendido, por el simple actuar de la Administración en la consecución de sus fines de interés público, sin tener en cuenta o sin ponderar suficientemente los objetivos de la libre competencia que igualmente deben salvaguardar.

II. 2.2 Un nuevo planteamiento sobre los procedimientos de contratación pública

Nos encontramos ante una Ley de nueva planta en materia de contratos públicos en España, reguladora de los contratos públicos concluidos por las diferentes entidades pertenecientes al sector público, en sus distintas fases y en sus diferentes aspectos. En este sentido, la nueva LCSP abandona su tradicional estructura bipolar, dividida en torno a una parte general y otra especial, contemplando una nueva estructura más adaptada a la dinámica del propio contrato. Se trata así de un nuevo replanteamiento de fondo que trata de tener un impacto significativo en los procedimientos de contratación pública en España, al objeto de hacerlos más eficaces, accesibles y transparentes.

II. 2.3 La ampliación expresa del elenco de entidades que quedan sujetas a las nuevas prescripciones de la LCSP

Una de las mayores novedades de la LCSP es la ampliación sustancial de su ámbito de aplicación subjetivo. En efecto, la nueva LCSP se separa de su antecesora, que partía fundamentalmente de los contratos celebrados por las Administraciones Públicas, para regular los contratos concluidos por las entidades del sector público definidas en un sentido extraordinariamente amplio. Se trata así de dar cumplimiento a la normativa comunitaria vigente y a la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia en cuanto al ámbito subjetivo de aplicación de las normas sobre contratos públicos.

Por tanto, la LCSP se aplica no sólo las Administraciones Públicas, sino a cualquier entidad del sector público que cumpla los requisitos previstos en la norma, incluidas sus cláusulas de cierre, que tienen como objetivo evitar lagunas que puedan frustrar los objetivos perseguidos por la Directiva

Debe indicarse por último que existen distintos niveles de aplicación en función del tipo de entidad considerada, pero que, en todo caso, deben respetarse un número mínimo de



criterios, con el fin de garantizar un sistema de competencia no falseada, transparente y accesible para cualquier licitador potencial establecido en la Comunidad en relación con la actuación global del sector público.

II. 2.4 La nueva categoría de contratos sujetos a regulación armonizada

La nueva LCSP incluye la nueva categoría legal de “contratos sujetos a regulación armonizada” que define los acuerdos que en todo caso deben estar sometidos a la normativa comunitaria, en función del tipo de entidad contratante (debe ser un poder adjudicador), de la cuantía del contrato (debiéndose superar ciertos umbrales definidos en términos de volumen de ventas, del tipo de contrato y del ámbito de actuación de la entidad contratante) o, por último, según la tipología del contrato (por ejemplo, el contrato de colaboración entre sector público y sector privado estaría siempre sometido a regulación armonizada con independencia de su cuantía).

A sensu contrario, podría considerarse que, en principio, existiría plena libertad en relación con los contratos no sometidos a regulación armonizada. Así lo concluye la propia LCSP en su exposición de motivos. Sin embargo, no puede olvidarse al respecto la Comunicación de la Comisión sobre los contratos públicos a los que no se le aplican las Directivas comunitarias o sólo se le aplican en parte, que recuerda que a la hora de celebrar contratos excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública, las entidades adjudicadoras estarían de todas formas obligadas a respetar las normas fundamentales del Tratado sobre libertades fundamentales y los principios derivados de las mismas, en particular los principios de no discriminación, igualdad de trato, transparencia, proporcionalidad y reconocimiento mutuo.

II. 2.5 El criterio de la “oferta económicamente más ventajosa”

La nueva LCSP elimina la tradicional distinción existente en el ordenamiento jurídico español entre subasta y concurso, incluyéndose una nueva categoría calificada como “oferta económicamente más ventajosa”, que en definitiva remite a los criterios que el órgano de contratación ha de tener en cuenta para valorar las ofertas de los licitadores en los diferentes procedimientos, ya se utilice un único criterio, esto es, el precio (como en la antigua subasta) o bien se considere una multiplicidad de ellos (como en el antiguo concurso). La selección de la oferta económicamente más ventajosa debe recaer en todo caso en aquella empresa que presente la oferta más adecuada desde el punto de vista de la competencia.

II. 2.6 El impulso a la tramitación electrónica de los procedimientos de contratación

En la misma línea que la Directiva 2004/18/CE, la LCSP persigue lograr una mayor agilización y eficacia en la tramitación de los procedimientos de adjudicación de los contratos



públicos mediante la utilización de las nuevas tecnologías de la información. La LCSP establece en su Disposición Adicional Décimo Novena las normas relativas al empleo de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos de contratación. Se trata con ello de dar eficacia práctica en el ámbito de la contratación pública a las previsiones de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, parcialmente desarrollada mediante Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre. Estas normas consagran el derecho de los ciudadanos a comunicarse con las Administraciones por medios electrónicos, transformando la mera posibilidad a disposición de las Administraciones en un verdadero deber por parte de las mismas a facilitar la tramitación de procedimientos por medios electrónicos. La norma estatal establece que los derechos previstos en la misma pueden ejercerse en el ámbito de las Comunidades Autónomas en relación con la totalidad de los procedimientos y actuaciones de su competencia a partir del 31 de diciembre de 2009, siempre que lo permitan sus disponibilidades presupuestarias.

II. 2.7 El nuevo recurso especial en materia de contratación de la LCSP

La LCSP introducía disposiciones específicas relativas a un nuevo recurso especial en materia de contratación, incluyendo ciertas previsiones para facilitar la adopción de medidas cautelares durante el procedimiento de adjudicación, al objeto de trasponer la Directiva de recursos en materia de contratos públicos de 1989, entonces vigente.

Sin embargo, un mes antes de la entrada en vigor de la LCSP, el TJCE dictó sentencia en el asunto Comisión contra España (C-444/06), en la que se declara que el Estado español había incumplido la normativa comunitaria en materia de contratación pública.

A pesar de que la nueva LCSP estaba llamada a dar respuesta a los requisitos de la Directiva de recursos del año 1989 y a la referida sentencia del TJCE, el pasado 8 de octubre de 2009 la Comisión Europea instó al Estado español oficialmente a dar cumplimiento a la sentencia del TJCE. La Comisión estimaba que el nuevo sistema de recursos contemplado en la LCSP no garantizaba realmente la existencia de un plazo entre la adjudicación y la celebración del contrato que proporcionara a los licitadores no seleccionados los elementos necesarios para poder recurrir efectivamente la decisión de adjudicación ante un organismo independiente en una fase en la que todavía fuera posible interponer un recurso.

Por otro lado, debe indicarse que el emplazamiento realizado por la Comisión Europea se limitaba a la conformidad de la LCSP con la Directiva del año 1989, ya que el plazo de transposición de la nueva Directiva 2007/66 expiraba en una fecha posterior, en concreto, el 20 de diciembre de 2009.

Como consecuencia de esta situación, el pasado 5 de agosto de 2010 se adoptó la Ley 34/2010, que añade un nuevo Libro VI a la LCSP titulado “Régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos”, que modifica sustancialmente el régimen de recursos en este ámbito.

Tal y como se señala en la Exposición de Motivos de la Ley, la finalidad de la reforma no es otra que reforzar los efectos del recurso permitiendo que los candidatos y licitadores que intervengan en los procedimientos de adjudicación puedan interponer recurso contra las infracciones legales que se produzcan en la tramitación de los procedimientos de selección contando con la posibilidad razonable de conseguir una resolución eficaz.

El nuevo sistema introduce un procedimiento de recurso al que pueden acudir los licitadores excluidos de la tramitación de contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos de servicios de las categorías 17 a 27 (los llamados servicios no prioritarios), cuando superan una determinada cuantía, así como los contratos de gestión de servicios públicos, que por definición no constituyen contratos sujetos a una regulación armonizada, cuando su presupuesto de gastos de primer establecimiento supera los 500.000 euros y su plazo de duración es superior a los cinco años.

Este recurso debería constituir un remedio efectivo al que los licitadores excluidos u otras partes interesadas deberían poder recurrir frente a los anuncios de licitación, los pliegos y documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación, ciertos actos de trámite cualificados así como las decisiones de adjudicación adoptadas por los poderes adjudicadores.

El recurso debe anunciarse previamente mediante escrito presentado ante el órgano de contratación. El procedimiento de recurso se inicia mediante escrito que debe presentarse en el plazo de quince días hábiles contados, por regla general, a partir del siguiente a aquel en el que se remita la notificación del acto impugnado, si bien se prevén otras reglas de cómputo para supuestos especiales. La presentación del escrito de interposición debe hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso. Una vez interpuesto el recurso, si el acto recurrido es el de adjudicación, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación.

La LCSP establece que en el ámbito estatal el órgano competente para resolver el recurso será el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, un órgano especializado con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias. Dicho órgano estará adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda y compuesto por un Presidente y un mínimo de dos vocales. Tanto el Presidente como los vocales deben ser funcionarios de carrera de cuerpos y escalas a los que se acceda con título de licenciado o de grado y que hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años, preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación pública. A este respecto, se establece que en el ámbito de las Comunidades Autónomas, la competencia para resolver los recursos será establecida por sus normas respectivas, debiendo crear un órgano independiente cuyo titular, o en el caso de que fuera colegiado, al menos su Presidente, debe ostentar cualificaciones jurídicas y profesionales que garanticen un adecuado conocimiento de las materias que debe conocer. En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía debe indicarse que, en la actualidad, se está tramitando un Anteproyecto de Ley por el que se crea el Tribunal Administrativo de la Junta de Andalucía. Dicho Anteproyecto de Ley tiene por objeto la creación de un órgano específico de



conocimiento y resolución del recurso sustitutivo de los actuales de alzada y del potestativo de reposición contra los actos y resoluciones dictados por órganos de la Junta de Andalucía en las materias y cuantías que concretamente se especifican en el Anexo de la misma. En particular, se atribuye al Tribunal Administrativo de la Junta de Andalucía la competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación. De acuerdo con la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley, la naturaleza independiente y específica de este órgano lo hace idóneo para el cumplimiento de las exigencias de la normativa rectora en este ámbito material.

II.3 ESTADO DE LA TRANSPOSICIÓN DE LAS DIRECTIVAS Y DEMÁS DIRECTRICES EUROPEAS EN ESPAÑA.

Como se ha señalado, como consecuencia de la aprobación de la nueva normativa a nivel comunitario en materia de contratos, el Estado español aprobó la LCSP.

Debe indicarse que en la actualidad existen ciertas cuestiones abiertas en relación con la conformidad de la legislación española actual con la normativa comunitaria.

En efecto, el régimen de modificación de los contratos con posterioridad a su adjudicación y los supuestos en los que los órganos de contratación pueden recurrir al procedimiento negociado sin publicidad para la realización de obras, la prestación de servicios o la entrega de suministros adicionales, han sido puestos en cuestión por la Comisión Europea, que remitió un dictamen motivado al Reino de España en noviembre de 2008 y que ha decidido llevar el asunto ante el Tribunal de Justicia el pasado 20 de noviembre de 2009. Como consecuencia de lo anterior, el Proyecto de Ley de Economía Sostenible, que a fecha de redacción del presente Estudio se encuentra en tramitación en el Congreso de los Diputados, modifica por completo la normativa de los modificados de obras, de acuerdo con las prácticas recomendadas por la Unión Europea, y teniendo en cuenta, especialmente, la postura manifestada por la Comisión sobre modificaciones no previstas en los documentos de licitación y sobre el carácter de alteración sustancial de aquellas que excedan en más de un 10 por ciento el precio inicial del contrato.

III. ÁMBITO NORMATIVO AUTONÓMICO

En la Comunidad Autónoma de Andalucía, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47. 2. 3ª del Estatuto de Autonomía de Andalucía aprobado por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, las Administraciones Públicas andaluzas tienen competencias compartidas en materia de contratos y de concesiones.

La presente materia ha sido regulada por la Comunidad Autónoma de Andalucía fundamentalmente a través de la aprobación de un conjunto de normas de distinto rango y en la que se regulan determinados aspectos procedimentales y de organización administrativa, fundamentalmente las siguientes:



- Decreto 110/1992, de 16 de junio, por el que se regula el régimen de adquisición centralizada de determinados bienes en la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- Orden de 23 de enero de 1995, por la que se regula el Registro de Contratos.
- Decreto 189/1997, de 22 de julio, por el que se crea el Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de la Comisión Consultiva de Contratación Pública.
- Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de 26 de octubre de 2007, por la que se establece la gestión por medios electrónicos de los procedimientos relativos al Registro de la Comunidad Autónoma de Andalucía y se desarrollan determinados aspectos del Decreto 189/1997, de 22 de julio.
- Orden de 16 de junio de 2008, por la que se regula el perfil del contratante de los órganos de contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entes instrumentales.

Asimismo, debe tenerse en cuenta la existencia de la Plataforma de Contratación que atiende a aspectos de publicidad y de carácter informativo; así como otras normas autonómicas que regulan determinados aspectos o cuestiones sobre el ámbito de la contratación pública, entre las que cabe citar:

- Ley 1/1991, de 3 de julio, de Patrimonio Histórico de Andalucía, y su desarrollo reglamentario a través del Decreto 19/1995, de 7 de febrero.
- Decreto 104/1992, de 9 de junio, sobre coordinación de la elaboración y desarrollo de la Política informática de la Junta de Andalucía.
- Orden de 22 de febrero de 1993, por la que se regulan las funciones de intervención de la aplicación o empleo de las cantidades destinadas a obras, suministros, adquisiciones y servicios.
- Diversas Leyes por las que se aprueban Medidas Fiscales en materia de Hacienda Pública, Contratación Administrativa, Patrimonio, Función Pública y Asistencia Jurídica a Entidades de Derecho Público, entre otras Ley 9/1996, de 26 de diciembre de la Comunidad Autónoma de Andalucía; Ley 8/1997, de 23 de diciembre y la Ley 18/2003, de 29 de diciembre.
- Ley 3/2005, de 26 de julio, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de Declaración de Actividades, Bienes e Intereses de Altos Cargos, así como su desarrollo a través del Decreto 176/2005, de 26 de julio.
- Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía.
- Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de igualdad de género en Andalucía.



En cuanto al marco normativo autonómico vigente que ha sido señalado anteriormente, conviene precisar que con la entrada en vigor de diversas normas, tales como la Ley 11/2007, de 27 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, Directiva de Recursos, así como de la propia Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y su desarrollo parcial mediante Real Decreto 817/2009, de 87 de mayo, se observa la necesidad de actualizar en gran medida algunas de las normas anteriormente citadas.

A este respecto, es importante destacar que actualmente se está tramitando una norma reglamentaria que desarrolla parcialmente la LCSP en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el futuro Decreto por el que se establece la organización administrativa para la gestión de contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales y se regula el régimen de bienes y servicio homologados. Dicho proyecto normativo fue informado por el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía el pasado 17 de marzo de 2010 (Véase Informe N 2/10 que se encuentra disponible en la página Web de la ADCA)

Finalmente, es conveniente recordar que, en la elaboración, en su caso, de los correspondientes textos normativos resultará de aplicación el artículo 3 i) de la Ley de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía, en cuya virtud corresponde a esta Agencia la función de “informar los anteproyectos de ley y proyectos de reglamentos de la Junta de Andalucía que incidan en la libre competencia, con el objetivo de proteger los intereses generales, especialmente de las personas consumidoras y usuarias y para favorecer el desarrollo socioeconómico de Andalucía”.



BIBLIOGRAFÍA

- Comisión Europea (1985), “Libro Blanco de la Comisión sobre el Mercado Interior”.
- (1987) Informe Cecchini (The “Cost of Non-Europe” in Public Sector Procurement)
- Comisión Europea (1996), Libro Verde sobre la Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones para el Futuro”.
- Comisión Europea (1998), Comunicación sobre “la Contratación Pública en la Unión Europea”
- OCDE (2009), “Directrices para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas” (Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement”
- Comisión Europea (2008), “Código Europeo de Buenas Prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos”.
- Ministerio de Presidencia y organizaciones empresariales CEOE y CEPYME, “Análisis de las cargas administrativas soportadas por las PYMES españolas”.
- Cámara de Cuentas de Andalucía (Informes de Fiscalización de la Cuenta General de la Junta de Andalucía, Contratación Administrativa y Fondos de Compensación Interterritorial de los años 2007 y 2008)
- Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía (2007), Informe12/2007, de 24 de septiembre.
- Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (1996), Informe 56/96, de 18 de octubre de 1996.
- Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía (2001), Recomendación 5/2001, de 9 de noviembre, sobre la justificación de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional.
- Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (1997), Informe 53/97, de 2 de marzo de 1998.
- Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (2009), Informe 9/09, de 31 de marzo de 2009.
- STJCE, asunto Concordia- Bus Finland, de 17 de septiembre de 2002.
- STJCE, de 20 de septiembre de 1988 en el asunto Beentjes.
- STJCE, de 18 de octubre de 2001, en el asunto SIAC Construction Ltd contra County Council of the County of Mayo
- STJCE de 24 de enero de 2008, *en el caso EMM.G. Lianakis AE y otros*.
- STJCE de 20 de septiembre de 1988, en el asunto 31/89.