

---

# INTRODUCCIÓN

La cuestión de la contratación pública ha sido de un tiempo a esta parte objeto de modificación normativa y de atención por las autoridades de defensa de la competencia (ADC). El interés por su estudio -tanto desde una perspectiva jurídica como económica- se explica por su relevancia económica y por sus efectos sobre la eficiencia y el bienestar que conlleva el mayor o menor grado de competencia en el proceso de contratación pública. Sin olvidar el riesgo de corrupción. Estas cuestiones son particularmente relevantes si se toma en consideración que el contratante, responsable del proceso, dispone de un inequívoco poder de mercado al tratarse de un monopsonista que impone sus condiciones en el proceso de contratación con el riesgo, de acuerdo con la teoría económica, de tener un impacto negativo sobre el bienestar. Sorprendentemente, esta cuestión no ha merecido la atención que requiere su impacto sobre las condiciones de competencia en el mercado. Acaso, por la escasez de datos que ha condicionado la preferencia de los estudiosos por el análisis descriptivo sin el uso de los instrumentos de análisis característicos de la teoría económica.

En España, como consecuencia de las directrices comunitarias que persiguen que la contratación pública se apoye en procedimientos abiertos, transparentes y competitivos, la regulación de dicha contratación pública ha sido objeto de actualización. La referencia, ahora, es la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

El peso del sector público español en el PIB se acerca al 50 por ciento si se incluyen los intereses financieros. En este contexto no debe extrañar que la relevancia económica de la contratación pública sea innegable. De acuerdo con los datos recogidos por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) en su informe de 2019 titulado *Radiografía de los procedimientos de contratación pública en España*, de acuerdo con la OCDE, en el año 2015 representó el 10,5 por ciento del PIB y el 23,9 por ciento del gasto total de las Administraciones Públicas (AAPP) españolas. La propia CNMC en su *Documento de Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia* de 2015 elevaba esta cifra al 18,5 por ciento y el Observatorio de la Contratación Pública la estima en un 20 por ciento. Como cuestión relevante, la CNMC concluye que en casi un 34 por ciento de los contratos estatales solo se contabiliza un participante y en un 66 por ciento de los contratos el número de participantes es igual o inferior a tres. Asimismo, la CNMC subraya que cuando se utiliza un procedimiento abierto (frente a otros más restrictivos), la reducción del coste es del 9,9 por ciento. En este contexto debe destacarse que, con frecuencia, el número de participantes resulta determinado por las propias condiciones y exigencias del concurso que pueden añadir fuertes rigideces al procedimiento.

En este monográfico de **Economía Industrial** sobre contratación pública, coordinado por **Amadeo Petitbó Juan y Anna Merino Castelló**, se estructura en tres bloques que respectivamente tratan una visión general de la cuestión y su perspectiva desde los puntos de vista de la competencia y la eficiencia.

El primero de los bloques se abre con un trabajo de **Carmen García y Juan Luis Jiménez** que analiza la evolución de la contratación pública en el período 2009-2015, caracterizado por el impacto de la crisis económica y un cambio relevante en la regulación de la contratación pública, apoyándose para ello en la base de datos de la Fundación CIVO elaborada a partir de la información publicada en el Boletín Oficial del Estado. El análisis descriptivo centrado en la tendencia y concentración en el mercado, alcanza las siguientes conclusiones: en primer lugar, durante la crisis económica se redujeron el número y la magnitud de los contratos; en segundo lugar, los contratos de mayor importancia corresponden a la Administración

central, siendo los principales concursantes Uniones Temporales de Empresas (UTE's); y, en tercer lugar, durante los siete años considerados aumentó el grado de concentración en las empresas licitadoras, además que los grupos empresariales han ganado relevancia, particularmente en los contratos de mayor cuantía económica. Los autores concluyen a favor de recomendar una mayor competencia y transparencia en los procedimientos y acceso a los datos.

El segundo de los trabajos de este primer bloque es el de **Manuel Varela Rey y Diego Moñux Chércoles** referido a la compra pública de innovación (CPI) en España, una práctica que arranca en nuestro país con los trabajos seminales de la Fundación COTEC de finales de los años 90's y que se ha institucionalizado en la última década. Siguiendo a Edquist y Hommen los autores entienden la CPI como un instrumento de política pública mediante el cual las AAPP adquieren bienes y servicios no disponibles en el mercado susceptibles de ser desarrollados en un tiempo razonable. Es, pues, una suerte de contratación estratégica con la innovación como referencia con el debido acompañamiento de la regulación y de los oportunos incentivos con la I+D+i en el horizonte. Con este marco de referencia, los autores ofrecen una perspectiva práctica al diseño de proyectos de CPI y a su gestión. Tras analizar los distintos tipos de CPI, sobre la base de su experiencia en el campo de la consultoría desarrollan un modelo que incluye seis fases (una más cinco) cuyo objetivo es ayudar a los agentes involucrados en el ciclo de la CPI: diseño de la política, desarrollo de las tareas preparatorias, consultas preliminares al mercado, financiación, elaboración del pliego, así como su evaluación y adjudicación y, por último, ejecución e impacto. Se trata de una tarea compleja pero necesaria. Las XXV lecciones aprendidas por los autores, reflejadas en su trabajo, constituyen una guía para la acción.

**E**l segundo de los bloques de este monográfico incluye cuatro trabajos sobre contratación pública y competencia. En un primer trabajo, **Luis Palma Martos y Alfonso López-Escobar Anguiano** parten del hecho de que la legislación española concede nuevas competencias a las ADC autonómicas en el campo de la contratación pública con el objetivo de eliminar las habituales distorsiones a la competencia en el desarrollo de los concursos. El asunto tiene una especial relevancia si se toma en consideración que, en el ejercicio 2017, en el Registro de contratos de la Comunidad Autónoma de Andalucía se formalizaron e inscribieron nada menos que 86.715 contratos. El objetivo del artículo es triple: en primer lugar, analizar las relaciones entre las legislaciones de contratación pública y defensa de la competencia y la necesaria notificación por parte de los adjudicatarios de la presencia de "indicios fundados" de colusión; en segundo lugar, señalar las diversas alternativas para la aplicación del procedimiento "sumarísimo" previsto pero todavía no vigente; y, en tercer lugar, poner de manifiesto los perfiles difusos entre las normativas de contratación y de defensa de la competencia. Particularmente relevante es la referencia a la posible justificación del número reducido de empresas licitadoras en determinados concursos dadas las exigencias de los pliegos de condiciones de estos. Tras analizar las Resoluciones dictadas por el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía (CDCA), la evidencia suministrada pone de relieve que el número de asuntos recibidos por la ADC andaluza durante el primer año de vigencia de la LCSP ha registrado una mayor atención debido, sobre todo, a las exigencias contempladas en la normativa en relación con las cuestiones susceptibles de afectar negativamente a la competencia en los procesos de contratación.

Por su parte, **Marc Realp i Campalans** inicia su trabajo sosteniendo que, sobre la base de distintos estudios, la colusión en la contratación pública podría conllevar un incremento del precio de entre el 15 y el 20 por ciento, cuestión que puede interpretarse como una crítica a los órganos de contratación responsables de la eficiencia en el proceso y que justifica la intervención de las ADC. De hecho, el 30 por ciento de los expedientes tramitados por la Autoritat Catalana de la Competència (ACCO) durante el año 2018 tenían por objeto el análisis de presuntos casos de colusión en la contratación pública, de acuerdo con su Memoria de Actividad. Según el autor, tras sostener que el diseño de la contratación no siempre es competitivo menciona cuatro criterios determinantes que, en el caso de diseñarse erróneamente pueden favorecer la colusión y, en consecuencia, tener efectos negativos sobre la competencia. Estos criterios son: en primer lugar, los referidos a la solvencia técnica y económica; en segundo lugar, al fraccionamiento de los contratos en lotes; en tercer lugar, a la valoración del precio; y, por último, a la duración del contrato. Estas cuestiones son analizadas con detalle como pórtico a la consideración de la legitimación activa de las ADC para proceder a la impugnación de aquellos actos administrativos con rango inferior a ley que sean considerados contrarios a la competencia. A continuación, el trabajo hace referencia a las conductas más habituales (ofertas de cobertura, supresión de ofertas, rotación de ofertas y reparto de mercados), a los elementos o indicios que permiten detectar las conductas contrarias a la competencia en la fase de presentación de ofertas y a los procedimientos de corrección (sanciones, prohibición de contratar, revisión de oficio del contrato y reclamación de daños). Como conclusión se sugiere la necesidad de una coordinación adecuada entre los órganos de contratación y las ADC.

El trabajo de **Oriol Armengol i Gasull** se refiere a las UTEs desde la perspectiva del Derecho de la Competencia. Considera el autor que las UTEs pueden contribuir a aumentar el número de participantes en los concursos, pero que, en determinadas circunstancias, también pueden contribuir a reducirlo. Lógicamente,

la consideración de la eficiencia -cualitativa o cuantitativa- y su traslado a los consumidores o a las AAPP contratantes se convierte en una cuestión relevante. En todo caso se trata de un asunto que debe analizarse pormenorizadamente sin excluir los efectos de las UTEs sobre la eficiencia ni el papel monopsonista de las AAPP. En el artículo se subraya la relevancia de la obligación legal de las autoridades de evaluar si la cooperación empresarial es necesaria o indispensable y del correspondiente test legal de la "necesidad objetiva". Sorprendentemente, para eludir el fatal escrutinio de las ADC, corresponde a las empresas demostrar que no existe una alternativa a las UTEs para responder a las exigencias de los pliegos de condiciones. El análisis de la jurisprudencia se acompaña de una consideración acerca del tratamiento de las UTEs en la legislación sobre contratación pública. Concluye el autor que las UTEs no restringen la competencia per se y que, incluso, pueden ser beneficiosas para la misma, que el asunto debe ser objeto del correspondiente análisis jurídico y económico y, con evidente sentido común, menciona la necesidad de que la CNMC elabore unas directrices que contribuyan a reforzar la seguridad jurídica de los operadores económicos.

Cierra este segundo bloque **María Pilar Canedo Arrillaga**, ofreciendo un completo análisis de la figura de los medios propios y el posible impacto de su ejercicio sobre la competencia. El asunto analizado se refiere a los casos en que una determinada administración, sobre la base de su capacidad de autoorganización, responde a sus necesidades de bienes, servicios u obras mediante entidades instrumentales con las que establece una relación de dependencia. Las operaciones realizadas con entidades calificadas como medios propios quedan abrigadas de la aplicación de la LCSP; de ahí su relevancia desde la perspectiva de la defensa de la competencia y que deban tener un carácter excepcional. Con estas referencias, el artículo tiene como objetivo poner de manifiesto que el empleo inadecuado de la figura de los medios propios puede incluirse en el contexto de las actuaciones propias de las ADC en beneficio del interés general. El trabajo analiza la evolución de la jurisprudencia, las exigencias legales y las correspondientes reacciones de las ADC cuando se hace un uso indebido de los medios propios. Todo ello aderezado con análisis de casos específicos que ponen de relieve la relevancia de los asuntos. Las conclusiones son contundentes. Aceptando que las AAPP deben velar por la asignación eficiente de los recursos presupuestarios y que la competencia efectiva contribuye a dicho objetivo, la promoción y la defensa de la competencia se constituyen en dos instrumentos fundamentales. En este marco de responsabilidades, el uso de medios propios debe limitarse a aquellos casos que sean absolutamente indispensables con los principios de publicidad, transparencia, estabilidad presupuestaria, control del gasto y eficiencia en la utilización de los recursos como referencias. Este hecho permite concluir que reforzar la justificación y motivación de las encomiendas, orientarlas a costes, limitar la subcontratación y las encomiendas genéricas y la reducción de plazos y posibilidades de renovación contribuirían positivamente a fomentar la eficacia y proteger el interés general. Y, en todo caso, el incumplimiento de las exigencias legales abre la puerta a la intervención de las ADC, impugnando decisiones o abriendo expedientes sancionadores.

**E**l tercer y último de los bloques de este monográfico incluye tres trabajos sobre contratación pública y eficiencia en la asignación de recursos. Un primer artículo de **José María Gimeno Feliú** trata de una nueva visión estratégica de la contratación pública -un nuevo paradigma de la calidad, en palabras del autor- que desea ir más allá de la gestión meramente burocrática o basada en la mera eficiencia. Para ello, pone el acento en la sostenibilidad social y ambiental. En otras palabras, se pretende que la contratación pública considere más relevante el valor que el precio. Para el autor, los nuevos criterios del crecimiento sostenible deben integrar lo social, lo medioambiental y la equidad como prerequisites que, a su juicio, permiten avanzar hacia una sociedad más inclusiva. Todo ello exige encontrar el adecuado equilibrio entre lo público y lo privado y defender los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima en los proyectos de larga duración. En este contexto, la gestión pública responsable exige una organización administrativa más eficaz y una mejor profesionalización de los gestores de los contratos públicos cuya primera misión es redactar adecuadamente los pliegos de condiciones de dichos contratos.

El segundo trabajo, de **Jan Sarsanedas Coll**, centra su atención en el funcionamiento del recurso especial en materia de contratos del sector público. Se trata de un instrumento cuyo origen reside en las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE con los objetivos de asegurar la eficiencia en la contratación pública. Mejorar sus resultados y reducir la corrupción. La justificación del recurso es robusta: la necesidad de disponer de un mecanismo eficaz, de rápida ejecución y gratuito que contribuya a eliminar el proteccionismo y garantizar que la contratación pública se abra a la competencia entre los operadores económicos de todos los Estados miembros. Ahora el recurso mantiene su carácter potestativo (el recurrente puede elegir entre el recurso especial o la jurisdicción contencioso-administrativa) y exclusivo (no caben ambos recursos en un mismo caso). Cabe destacar que la LCSP ha ampliado el campo de actuación del recurso especial y facilita su interposición. El artículo se refiere pormenorizadamente al funcionamiento del recurso y, como corolario, incluye algunas reflexiones sobre su futuro (ampliar su objeto y extenderlo a otros ámbitos). Concluye el trabajo señalando que el balance del recurso ha sido positivo: gratuidad, rapidez (40 días naturales de media) y resoluciones de calidad. Tales virtudes aconsejarían ampliar su implantación a otros contextos (el tributario, por ejemplo).

En el previamente citado informe de la CNMC de 2019 se lleva a cabo un análisis econométrico que pone de relieve el poder explicativo de la econometría y las limitaciones explicables por la ausencia o la insuficiente calidad de los datos disponibles. Estas cuestiones deberían ser tomadas en consideración en los análisis econométricos presentados ante la propia CNMC. Por la escasa utilización de estas herramientas -en particular- y la teoría económica -en general- en el análisis de la contratación pública se ha considerado oportuno cerrar el monográfico reproduciendo el excelente artículo de **Stéphane Saussier** y **Jean Tirole** publicado en 2015 como nota número 22 del Consejo de Análisis Económico Francés-CAE (*Saussier, S., Tirole, J. (2015): "Strengthening the Efficiency of Public Procurement", Conseil d'Analyse Économique (CAE), n. 22, abril*) pues, a nuestro juicio, es un brillante resumen de las cuestiones fundamentales relacionadas con la eficiencia de la contratación pública en términos de coste y servicio, complementadas con las oportunas sugerencias para mejorar el proceso de contratación en el contexto del marco regulatorio. Una magnífica referencia para el análisis económico de la contratación pública. A juicio de los autores, las líneas de mejora discurren por la senda de incrementar la transparencia, la competencia y el conocimiento por parte del órgano contratante, apoyados en el trabajo profesional de expertos debidamente cualificados. Lógicamente, el análisis ex post es absolutamente necesario. El trabajo incluye 10 recomendaciones que pueden ser interpretadas como una guía para los responsables públicos encargados de organizar y evaluar los procesos de contratación.

**F**inalmente, la habitual sección de Otros Temas de este ejemplar incluye un artículo de **Carlos Turmo** que, complementando a otro publicado anteriormente en **Economía Industrial**, muestra más resultados del análisis empírico realizado por el autor relacionando la actividad económica con el uso de marcas, tanto en productos como en servicios en este caso.

**ECONOMÍA INDUSTRIAL** no se solidariza necesariamente con las opiniones expuestas en los artículos que publica, cuya responsabilidad corresponde exclusivamente a sus autores.