

Oportunidades de mejora en la contratación pública desde la perspectiva de la competencia

El Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en su reunión de 5 de febrero de 2015, ha aprobado un informe referente al análisis de la contratación pública en España denominado "oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia". En él se analizan los aspectos que restan aún por avanzar en materia de contratación pública en orden a garantizar un nivel de competencia efectiva que redunde positivamente en el mejor empleo de los recursos públicos y plantea posibles mejoras.

Grupo de Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados

La relevancia de la interconexión entre contratación pública y competencia es un hecho sobre el que la Comisión Nacional de la Competencia antes y la CNMC ahora, han puesto el acento en varias ocasiones¹ y ello porque la pervivencia de problemas estructurales en la contratación pública impiden garantizar el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados con sus inevitables consecuencias, que son:

- pérdida de eficiencia económica
- desaprovechamiento de recursos públicos.

La contratación pública es un mercado proclive a las prácticas irregulares desde el punto de vista de la competencia, y ello por

- las elevadas barreras de entrada (inversiones a realizar, costes económicos, informacionales y jurídicos para participar en las licitaciones),
- la multiplicidad de órganos de contratación con heterogeneidad de procedimientos y resoluciones.
- La ausencia de presión concurrencial, que puede originar desviaciones medias, al alza, del 25% del presupuesto de la contratación pública².

Empero la incidencia positiva del derecho europeo y la consolidación de ciertos principios jurídicos sólidos, la CNMC identifica varios problemas que aborda con la pretensión de promover que el aprovisionamiento público pueda transformarse en una función estratégica de las Administraciones públicas.

Entre los ámbitos o aspectos que dificultan una adecuada competencia efectiva en materia de contratación pública identifica 4:

¹ También el GCSP se ha centrado en el análisis de las repercusiones de la competencia en el mercado de la contratación pública entre otros en el número 43 sobre administración local y competencia, en el número 48 sobre los procesos de licitación para la provisión de la sanidad pública en España e incluso en el reciente número 61, en el que se abordó la posible configuración de una sanción firme por infracción de las normas nacionales de competencia como causa de exclusión de la licitación.

² Lo que en España, a nivel agregado, esto podría implicar hasta un 4,6% del PIB anual, aproximadamente 47.500 millones de euros/año.

I. Necesidad de mayor acceso, transparencia y publicidad.

Reconoce que los niveles de transparencia han mejorado si bien estima preciso avanzar al respecto porque ello implicaría mejorar el acceso a la información en términos de mayor disponibilidad de datos y de reducción de costes informacionales, en especial en cuanto a las características de los procedimientos, el propio pliego y contrato, las cláusulas generales y específicas y las peculiaridades contractuales³.

Propone incrementar la transparencia y la publicidad de todos los procedimientos desarrollados por la Administración, abiertos o planificados, lo que refuerza la seguridad comercial y jurídica, incentiva la participación nacional y extranjera, facilita el control interno y mejora los procedimientos por el efecto disciplinador de la publicidad y la posibilidad de comparar con las prácticas de otras administraciones análogas.

Reconoce los avances habidos en la materia así como la creación de la Plataforma de Contratación del Estado y el Registro de Contratos si bien considera necesario mejorar los sistemas de remisión de información y advierte de carencias como:

- el insuficiente valor desde el punto de vista del análisis económico de los datos disponibles en los expedientes de contratación incluidos en la Plataforma y el Registro así como en las Plataformas y Registros a nivel infra nacional.
- el sistema actual de e-contratación en España, que sigue estando limitado a plataformas para la publicación de información, siendo por ello conveniente incorporar innovaciones tecnológicas para facilitar que la e-contratación permita la comunicación bidireccional⁴.

II. Necesidad de evaluación de la eficiencia económica y de la competencia efectiva.

Estima la CNMV que la competencia constituye para las Administraciones públicas un interés público objeto de protección, un **medio fundamental** para alcanzar sus fines y un instrumento al servicio de la **eficiente utilización de los fondos públicos**, si bien los órganos de contratación no evalúan sus decisiones en términos de eficiencia económica:

- no se valoran las ineficiencias que pudieran derivarse del uso de encomiendas o convenios en lugar de acudir a procesos de licitación concurrencial, o
- no se estiman los costes **incluidos en los presupuestos de licitación** de los expedientes de contratación⁵

Pone de relieve la utilidad de las auditorias de costes y la importancia de establecer controles tanto carácter preventivo, previo a la formalización del contrato, como *ex post*⁶.

³ Para lograr este mayor y mejor acceso a la información sería precisa una mayor motivación del procedimiento elegido, la erradicación de criterios de selección ambiguos o excesivamente discrecionales, la eliminación de los procedimientos que no reúnan suficientes garantías de publicidad, supresión de sistemas de valoración insuficientemente claros o excesivamente subjetivos, el fomento del alcance de la información al máximo número de operadores económicos y la disponibilidad de toda la información del procedimiento de forma simétrica, en tiempo y forma, para todos los operadores potencialmente interesados, entre otras cuestiones.

⁴ Pone además de relieve la pluralidad, heterogeneidad y falta de interoperabilidad de estas plataformas, lo que impide agregar datos y/o de hacer búsquedas generales de procedimientos a las empresas, los centros de investigación o los órganos supervisores.

⁵ Señala la CNMC que la elaboración de esos presupuestos normalmente sigue procesos con deficiente transparencia y escasa relación con los precios efectivos de mercado y afirma haber detectado a menudo que una baja significativa por parte de un operador respecto al presupuesto estimado de licitación no refleja necesariamente una ganancia de eficiencia respecto a los precios de mercado, y mucho menos una "baja temeraria", sino una inadecuada aproximación por el órgano de contratación a los costes que ha estimado.

⁶ Reconoce que la regulación en materia de contratación pública contempla controles internos y externos, si bien entiende que la mayoría adolecen de una excesiva focalización en un análisis de la legalidad (dejando de lado el cumplimiento de otros aspectos como la eficiencia y competencia) e incurrir en un retraso en la realización de dichos controles, lo que los dota de poca utilidad.

III. Necesidad de un mayor aprovechamiento de las nuevas tecnologías de la información:

El uso de los procedimientos electrónicos en la contratación pública y **el desarrollo y aprovechamiento** de las nuevas tecnologías se configura como una **importante oportunidad** para la **mejora** en la obtención de **información** microeconómica en términos de contratación pública, por lo que propone potenciar una **utilización sistemática, exhaustiva y obligatoria de las nuevas tecnologías de la información** a estos efectos⁷.

Además añade que la construcción y mantenimiento de bases de datos globales, interoperables y específicamente diseñados, al nivel más desagregado posible, podrían permitir la supervisión de la eficiencia económica por organismos especializados, lo que **permitiría que, con acceso a bases de datos masivas y correctamente diseñadas para esta función, se pudieran diagnosticar posibilidades de mejora económica en el aprovisionamiento, así como en la supervisión y detección de irregularidades e ineficiencias**, asegurando la racionalidad económica de la contratación pública y la promoción y defensa de la competencia.

IV. Necesidad de una mayor de cooperación administrativa.

Pone de relieve la existencia de categorías de contratos de bienes y servicios comunes a varios poderes adjudicadores y estima que **una mayor cooperación inter e intra administrativa y una mayor cooperación vertical y horizontal reduciría las asimetrías de información** en los contratos públicos y permitiría pudiendo compartir información o experiencias a efectos de plantear el valor estimado de licitación de dichos contratos.

Lamenta que algunos mecanismos de colaboración, como la previsión de que los órganos de contratación notifiquen a la CNMC hechos que pudieran constituir infracción de la legislación de defensa de la competencia, son susceptibles de un mejor uso y estima por ello que es preciso reforzar **tanto de los mecanismos de cooperación** ya existentes, como promover una mayor actuación de oficio de la CNMC en relación con tales temas, cuestiones que a su juicio permitirían **reducir los posibles casos de colusión** y con ello la ineficiencia.

V. Necesidad de simplificación de los procedimientos de contratación pública.

Señala el informe la necesidad de poner fin a la dispersión normativa y de simplificar los procedimientos, lo que no solo resulta del Derecho europeo (es uno de los objetivos de la Estrategia Europa 2020 y de las nuevas Directivas de contratación pública) sino del efecto disuasorio que la complejidad y el carácter técnico de ciertas normativas y procedimientos producen a los poderes adjudicadores, que acuden por ello a sistemas que le son más conocidos y fáciles.

Señala como elementos susceptibles de coadyuvar a la simplificación:

- el **uso más extensivo de los procedimientos electrónicos** en la contratación pública⁸ y el mejor acceso informático a los datos⁹.

⁷ Estima recomendable aprovechar al máximo las posibilidades que ofrecen actualmente los sistemas informáticos basados en open data y big data.

⁸ Tal y como recoge el Libro verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE (2011)58, facilitar el acceso a la información sobre posibles licitaciones conducirá a mayores niveles de eficacia y eficiencia en la gestión de la contratación, simplificando el acceso a la información a todos los potenciales licitadores en el ámbito europeo, fomentando la implementación del principio de igualdad y permitiendo por tanto una mayor participación de los mismos en los diferentes procesos.

⁹ Por ejemplo, a través de su digitalización en una base de datos única a nivel estatal para todas las Administraciones públicas y poderes adjudicadores, que recogiera tanto los procedimientos todavía abiertos como aquéllos ya finalizados, simplificando de esta manera el acceso a la información.

- la **mayor utilización**, en aquellos casos que sea posible y aconsejable, del **recurso a la contratación centralizada** de determinados bienes y servicios en la línea ya iniciada por la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación¹⁰.

Expuestas las deficiencias señaladas, la CNMC señala una serie de **acciones a desarrollar** en el marco de su **Plan de Actuación**¹¹ en materia de aprovisionamiento y contratación pública, como son:

1. Su participación en la trasposición de las nuevas Directivas de contratación y aprovechar la ocasión para introducir reformas pro competencia.
2. La coordinación entre la CNMC y los poderes adjudicadores para facilitar el intercambio de conocimiento y buenas prácticas en contratación pública.
3. La potenciación de las relaciones con la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, la Plataforma de Contratación del Estado y los gestores de la Plataforma de Contratación del Estado con el objeto de profundizar en el conocimiento y asesoramiento de las actuaciones desarrolladas por éstos¹² y de facilitar la emisión de informes para la promoción de la competencia¹³.
4. El desarrollo de labores de formación y el establecimiento de cauces de comunicación con la Intervención General de Administración del Estado (IGAE), Abogacía del Estado, o Tribunales Administrativos de Contratación pública, tanto central como autonómicos.
5. La revisión de la normativa sobre contratación pública y la actualización de la guía de contratación pública y competencia.

¹⁰ En esos casos, las ventajas vendrían de la mano de una mayor agilidad en estos procesos, un mayor ahorro de recursos tanto económicos como de personal a través del aprovechamiento de las economías de escala así como en términos generales, de una mayor transparencia.

¹¹ Plan de Actuación de la CNMC, aprobado el 17 de diciembre de 2014, detalla las líneas de actividad que la Autoridad de Competencia y Regulación se propone cumplir en 2015.

¹² También se propone implementar técnicas de *screening* para la detección y análisis de posibles irregularidades en la contratación pública desde el punto de vista de promoción de la competencia, fundamentalmente en aquellos contratos pendientes de adjudicación e incluso acceder a datos y al contenido de los pliegos.

¹³ Considera que esta función consultiva previa reducirá la posibilidad de que la CNMC se vea obligada a impugnar, en determinadas ocasiones, los pliegos vía artículo 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Ley 3/2013) o vía artículo 27 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S.L.P. está integrado por Juan Santamaría Pastor, Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández y Pilar Cuesta de Loño.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma jlpalma@gomezacebo-pombo.com o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P., Paseo de la Castellana 216, Madrid - 28046 (tel: 915 829 415)

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo abogados, S.L.P.