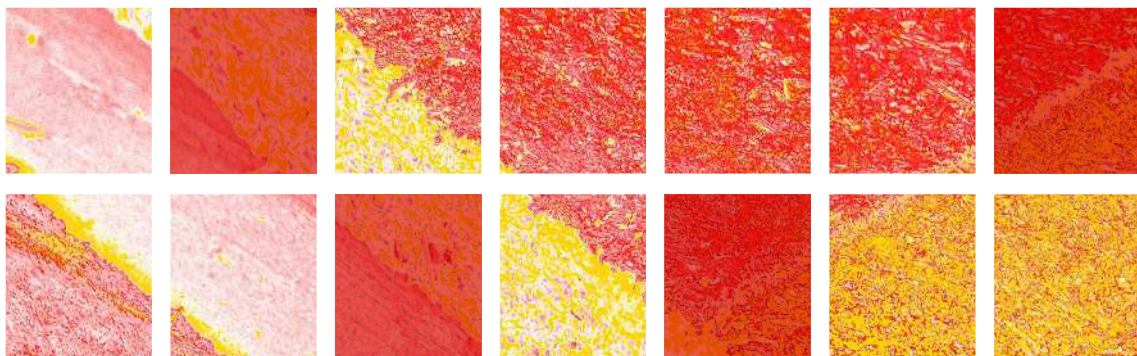


Derecho público de la competencia y contratación pública

Noemí Angulo Garzaro

■ BOSCH



Derecho público de la competencia y contratación pública

Noemí Angulo Garzaro

© Noemí Angulo Garzaro, 2022

© Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.

Wolters Kluwer Legal & Regulatory España

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 91 602 01 82

e-mail: clienteslaley@wolterskluwer.es

<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: diciembre 2022

Depósito Legal: M-29275-2022

ISBN versión impresa: 978-84-9090-663-7

ISBN versión electrónica: 978-84-9090-664-4

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.

Printed in Spain

© **Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

1. LA OPCIÓN COMPETITIVAMENTE MÁS ADECUADA A LA LUZ DE LAS CIRCUNSTANCIAS FÁCTICAS: CONTRATO VERSUS CONCESIÓN

La primera decisión que ha de tomar el poder adjudicador a la hora de redactar sus procedimientos de contratación pública es cuál es el objeto de su necesidad contractual. Así, la identificación ha de ser cuidadosa, ya que podrá condicionar la posibilidad de recurrir a mecanismos distintos de los contratos públicos puros. Los proyectos complejos, largos y de alto valor a menudo requieren una mayor flexibilidad en lugar de la aplicación estricta, propia de los contratos, de las normas de contratación pública. En dicho escenario, en el que el objeto de la necesidad de recurrir al mercado es acometer un proyecto caracterizado por su complejidad, su duración notable y/o su elevado valor, puede ser imprescindible captar inversión privada, que asumirá el riesgo operacional de la ejecución del proyecto y, a su vez, recibirá una rentabilidad proporcional a tal riesgo. Sin embargo, incluso en los casos en los que los poderes adjudicadores estén debidamente facultados para recurrir a contratos de concesión, se debe observar la máxima cautela al diseñar el proceso de contratación, a fin de evitar restricciones a la competencia ilícitas; en definitiva, las concesiones tienen el potencial de cerrar un mercado.

En el presente apartado analizaremos primero la naturaleza jurídica de las concesiones, tal y como han sido configuradas en el Derecho de la UE y, posteriormente, transpuestas al ordenamiento jurídico interno. Concluiremos que son un sub-tipo de contrato, en el que el elemento característico es la asunción del riesgo operacional por parte del concesionario. A continuación, unido a lo anterior, identificaremos las características que califican un contrato como concesión y convendremos que, para prevenir las posibles restricciones competitivas que puedan derivarse de su incorrecta calificación, en los casos en los que se arrojen dudas sobre la naturaleza del riesgo transferido, el poder adjudicador debería optar por calificarlo como contrato (puro) y, en consecuencia, aplicar las normas de contratación más estrictas. Finalmente, trataremos los aspectos de un procedimiento de concesión que, por haber sido deficientemente redactados, pueden dar lugar a restricciones injustificadas de la competencia o pueden facilitar conductas anticompetitivas.

A. La naturaleza jurídica de las concesiones: el concepto autónomo de «contrato de concesión»

La Directiva 2014/23 —denominada «Directiva de concesiones»— define las concesiones como «contratos a título oneroso mediante los cuales uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras o la prestación y gestión de servicios a uno o más operadores económicos»⁶¹⁴. Y, continúa: «El objeto de dichos contratos es la contratación de obras o servicios mediante una concesión cuya contrapartida consiste en el derecho a explotar las obras o servicios, o este mismo derecho en con-

614. Directiva 2014/23, considerando 11.

junción con un pago»⁶¹⁵. Así, la LCSP, trasponiendo lo previsto con relación a la concesión de obras en el artículo 5.1 a) de la Directiva 2014/23, ha recogido en su artículo 14.1 lo siguiente:

La concesión de obras es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de [(a) la ejecución de una obra, aislada o conjuntamente con la redacción del proyecto, o la realización de alguno de los trabajos del Anexo I LCSP; (b) la realización de una obra], incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquel consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra en el sentido [de transferir al concesionario el riesgo operacional en la explotación de dichas obras, abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos], o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

Y, en el artículo 15.1 LCSP, con relación a la concesión de servicios prevista en el artículo 5.1 b) de la Directiva 2014/23, ha recogido lo siguiente:

El contrato de concesión de servicios es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

Ninguna duda cabe, pues, de que, ya desde la normativa comunitaria, el Legislador ha configurado las concesiones como acuerdos de naturaleza contractual, donde el énfasis está puesto en la concurrencia de voluntades: la del poder adjudicador, por un lado; y la del concesionario, por otro. Ya en el año 2000, la Comisión Europea, en su Comunicación Interpretativa, señaló que las concesiones son «aquellos actos imputables al Estado por los que una autoridad pública confía a un tercero —ya sea mediante un acto contractual o mediante un acto unilateral con el consentimiento del tercero— la gestión total o parcial de servicios que normalmente son de su competencia y para los que dicho tercero asume el riesgo de explotación»⁶¹⁶. Así, la propia Comisión Europea reconoció la existencia de actos tanto contractuales como unilaterales y, si bien estos últimos, por su unilateralidad, no tienen, en principio, carácter contractual, en la medida en que son actos jurídicos que requieren ser consentidos por el potencial concesionario, sí entran en el concepto comunitario de «contrato de concesión»⁶¹⁷.

Hasta la Directiva 2014/23, las concesiones de servicios públicos estaban excluidas del ámbito de aplicación de las directivas comunitarias de contratación pública (incluso de forma expresa, como en el caso de la Directiva 2004/18, en virtud del artículo 17), mientras que sí se incluía un Título —el III— sobre las concesiones de obras públicas. Dicha exclusión encontraba su base en, de un lado, el diferente tratamiento de las con-

615. *Supra*.

616. Comunicación Interpretativa 2000/C 121/02, de la Comisión Europea, sobre las concesiones en el Derecho Comunitario, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C 121/2, de 29 de abril de 2000, ap. 2.4.

617. Van Garsse, S. (2016), pág. 604.

cesiones de servicios por parte de los ordenamientos jurídicos nacionales, y, de otro lado, la necesidad de flexibilidad por parte de los poderes adjudicadores a la hora de celebrar los contratos de concesión⁶¹⁸. No obstante, independientemente de encontrarse excluidas, siempre que pudieran tener un interés transfronterizo, dichas concesiones estaban sujetas a los principios generales del Tratado: igualdad de trato, no discriminación, transparencia, reconocimiento mutuo y proporcionalidad⁶¹⁹. Se interpretó que la sumisión a los principios del Tratado implicaba ciertas obligaciones de procedimiento, es decir, garantizar, en beneficio de los potenciales licitadores, la imparcialidad de los procedimientos de contratación y un grado de publicidad suficiente para permitir la apertura del mercado de servicios a la competencia⁶²⁰. No obstante, en la práctica, los poderes adjudicadores se veían obligados a hacer frente a un importante nivel de incertidumbre sobre la adecuación al ordenamiento comunitario de sus procedimientos para seleccionar al prestador del servicio⁶²¹.

La búsqueda de seguridad jurídica con relación a los estándares mínimos que deben respetar las concesiones condujo a su inclusión en corpus normativo comunitario; en concreto, se materializó en la Directiva 2014/23. De hecho, eran recurrentes las dificultades para medir de forma precisa la importancia económica y social de las concesiones, ya que, dependiendo del Estado miembro, eran denominadas de una forma u otra, y, además, se caracterizaban por la falta de transparencia en su adjudicación⁶²². Precisamente, al respecto, la Directiva 2014/23 indica lo siguiente⁶²³:

Existe un riesgo de inseguridad jurídica relacionado con las divergentes interpretaciones de los principios del Tratado por los legisladores nacionales y de grandes disparidades entre las legislaciones de los diferentes Estados miembros. Dicho riesgo ha sido confirmado por una amplia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que sin embargo aborda solo en parte determinados aspectos de la adjudicación de contratos de concesión.

En general, la exclusividad inherente y las características cuasi-monopolísticas de las concesiones —que suelen ser contratos de gran valor, complejidad y plazo de ejecución— pueden obstaculizar la competencia en el mercado único, lo que repercute negativamente en la capacidad de los potenciales licitadores para, durante la vigencia del contrato de concesión, competir con el concesionario en la misma zona geográfica en condiciones sustancialmente equivalentes⁶²⁴. Es innegable que, en un contexto en el que se busca conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, fomentando, al

618. STJUE de 7 de diciembre de 2000, asunto C-324/98, párrs. 48 a 50; Hernández González, F.L. (2015), pág. 171.

619. STJUE de 21 de julio de 2005, asunto C-231/03, párr. 19 a 21; STJUE de 13 de octubre 2005, asunto C-458/03, párrs. 46 a 50; STJUE de 13 de noviembre de 2008, asunto C-324/07, párrs. 25 y 26; STJUE de 13 de abril de 2010, asunto C-91/08, párrs. 33 a 36; STJUE de 10 de marzo de 2011, asunto C-274/09, párr. 49.

620. STJUE de 7 de diciembre de 2000, asunto C-324/98, párr. 62.

621. Farley, M. y Pourbaix, N. (2014), pág. 3.

622. Comisión Europea, SEC(2011) 1588 final, pág. 16; Farley, M. y Pourbaix, N. (2014), pág. 3.

623. Directiva 2014/23, considerando 4.

624. Sánchez Graells, A. (2015), pág. 128.

mismo tiempo, la utilización eficiente de los fondos públicos, los contratos de concesión representan instrumentos importantes para el desarrollo estructural a largo plazo de la infraestructura y los servicios estratégicos, y, al mismo tiempo, correctamente empleados, contribuyen al desarrollo de la competencia en el mercado único porque, en primer lugar, permiten que se aprovechen las sinergias con el sector privado y, en segundo lugar, contribuyen a lograr eficiencia y aportar innovación⁶²⁵.

En el ordenamiento jurídico nacional, la transposición de la Directiva 2014/23 supuso la supresión del contrato de colaboración público-privada y de la figura del contrato de gestión del servicio público. Si bien los contratos de concesión eran una «institución de larga tradición jurídica en el derecho español», el contrato de concesión de servicios es una figura que se introdujo con la entrada en vigor de la LCSP y se añadió dentro de la categoría de las concesiones a la figura ya existente de la concesión de obras⁶²⁶.

En los contratos de concesión, la mayor complejidad técnica, el mayor coste y la mayor duración implica un mayor nivel de incertidumbre⁶²⁷. Estas circunstancias justifican una mayor flexibilidad por parte del poder adjudicador a la hora de celebrar los contratos de concesión, tanto en relación con el proceso de adjudicación como en sus modalidades de ejecución. Es por ello que la Directiva 2014/23 se limitó a acometer la referida coordinación mínima de los procedimientos nacionales, permitiendo a los Estados miembros completar y desarrollar sus disposiciones, si lo consideran oportuno, y, en particular, si desean reforzar la observancia de la apertura de las concesiones a la competencia y una seguridad jurídica adecuada⁶²⁸.

En consecuencia, la Directiva 2014/23 no prescribe ningún procedimiento formal de adjudicación específico; siempre que se respeten plenamente los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, el poder adjudicador tiene flexibilidad para diseñar el procedimiento que estime más conveniente para adjudicar el contrato⁶²⁹. En esa misma línea, el artículo 41 de la Directiva 2014/23, sobre los criterios de adjudicación, no preceptúa un procedimiento específico que deban seguir los poderes adjudicadores para seleccionar a la adjudicataria, pero sí perfila ciertos límites que han de observarse para la adjudicación del contrato de concesión:

La adjudicación de las concesiones deberá efectuarse basándose en criterios objetivos que cumplan los principios establecidos en el artículo 3 y que garanticen la evaluación de las ofertas en unas condiciones de competencia efectiva tales que se pueda determinar la ventaja económica global para el poder adjudicador o la entidad adjudicadora.

625. Directiva 2014/23, considerando 3.

626. LCSP, exposición de motivos, ap. II y IV.

627. Por ello, precisamente, el Comité del Mercado Interior y Protección del Consumidor del Parlamento Europeo se refirió a las concesiones como «contratos incompletos», en Comité del Mercado Interior y Protección del Consumidor, 2011/0437(COD), págs. 186 y 187.

628. Directiva 2014/23, considerando 8.

629. Directiva 2014/23, artículo 3.

Por referencias, el artículo 3 de la Directiva 2014/23, relativo a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia, dispone lo siguiente:

1. Los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras darán a los operadores económicos un trato igualitario y no discriminatorio y actuarán de forma transparente y proporcionada.
El procedimiento de adjudicación de la concesión, incluida la estimación del valor, no será concebido con la intención de excluirlo del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos o determinadas obras, suministros o servicios.
2. Los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras tendrán como objetivo garantizar la transparencia del procedimiento de adjudicación y de la ejecución del contrato, respetando al mismo tiempo el artículo 28 [relativo a la confidencialidad].

Ha de subrayarse la ausencia de toda referencia al principio de competencia. En las disposiciones equivalentes de las Directivas 2014/24 y 2014/25 —artículos 18.1 y 36.1, respectivamente— sí se incluye el principio de competencia, en los siguientes términos:

Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada.

La contratación no será concebida con la intención de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia. Se considerará que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos.

Aunque se ha evitado incluir expresamente el término «competencia», el recurso en el artículo 3 de la Directiva 2014/23 a la expresión «favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos o determinadas obras, suministros o servicios» ha de entenderse como una clara referencia a la limitación artificial de la competencia; precisamente, en los términos de las Directivas 2014/24 y 2014/25, la competencia se considerará que está artificialmente restringida cuando la contratación se conciba con la intención de «favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos». Por lo tanto, sostenemos que, aunque indirectamente, la necesidad de respetar el *principio de competencia* puede deducirse del propio tenor de la Directiva 2014/23. Además, el artículo 35 de la Directiva 2014/23, relativo a la lucha contra la corrupción y la prevención de los conflictos de interés, sí hace referencia expresa a la competencia, situándola en un plano de igualdad junto a la transparencia y la igualdad de trato (resaltado propio):

Los Estados miembros exigirán a los poderes adjudicadores y a las entidades adjudicadoras que tomen las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de adjudicación de concesiones *a fin de evitar cualquier distorsión de la competencia* y garantizar la transparencia del procedimiento de adjudicación y la igualdad de trato de todos los candidatos y licitadores.

Del mismo modo, el artículo 41.1 de la Directiva 2014/23, referido a los criterios de adjudicación, consolida la obligatoriedad de garantizar la observancia de las constricciones competitivas (resaltado propio):

La adjudicación de las concesiones deberá efectuarse basándose en criterios objetivos que cumplan los principios establecidos en el artículo 3 y que *garanticen la evaluación de las ofertas en unas condiciones de competencia efectiva* tales que se pueda determinar la ventaja económica global para el poder adjudicador o la entidad adjudicadora.

En el caso del ordenamiento jurídico español, dado que tanto los contratos de concesión como los que tienen por objeto obras, bienes y servicios están incluidos en un texto normativo único, el reconocimiento, ya desde el mismo artículo 1 LCSP, del principio de competencia como inspirador de la normativa de contratación pública impregna tanto los unos —concesión— como los otros —obras, bienes y servicios— (resaltado propio):

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 licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, *la salvaguarda de la libre competencia* y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Ningún obstáculo supone, por tanto, que el Derecho de la UE haya obviado toda referencia expresa al *principio de competencia* en la disposición relativa a los principios que han de inspirar los procedimientos contractuales de concesión (artículo 3 de la Directiva 2014/23).

Finalmente, la calificación del contrato debe hacerse exclusivamente a la luz del Derecho de la UE. Dado que las definiciones proporcionadas por la Directiva son autónomas, es decir, no reenvían al derecho de los Estados miembros a los efectos de determinar su significado y alcance, la calificación jurídica de los contratos en los ordenamientos internos es irrelevante a los efectos de clasificar el contrato⁶³⁰. Si un órgano de contratación clasifica erróneamente como concesión un contrato que debería estar sujeto al régimen normativo completo de las Directivas de contratación pública —esto es, que debería estar sujeto a los requerimientos estrictos propios de los procedimientos de contratación puros—, se expondría a impugnaciones por parte de los licitadores no adjudicatarios y/o los competidores del licitador adjudicatario, así como a los costes de tener que volver a ejecutar el procedimiento con-

630. STJUE de 20 de octubre de 2005, asunto C-264/03, párr. 36; STJUE de 18 de enero de 2007, asunto C-220/05, párr. 40; STJUE de 18 de julio de 2007, asunto C-382/05, párr. 30; STJUE de 18 de diciembre de 2007, asunto C-220/06, párr. 50; STJUE de 29 de octubre de 2009, asunto C-536/07, párr. 54.



La presente obra tiene por objeto analizar la aplicación práctica del Derecho público de la competencia; en concreto, se centra en la competencia en el ámbito de la contratación pública.

Considerando indiscutible que las prácticas llevadas a cabo por los poderes públicos deben cumplir con los dictados del Derecho de la competencia, a lo largo de la presente obra se exploran las diferentes decisiones que puede adoptar un poder adjudicador cuando pretende adquirir un bien, obra o servicio. Mientras que, en teoría, en las diferentes etapas del proceso de contratación pública la autoridad contratante tiene a su disposición diferentes opciones, todas ellas igualmente válidas, en la práctica, las constricciones competitivas han de llevarle hacia una única opción: aquélla que le garantice la elección de la oferta económicamente más ventajosa, en términos de relación calidad-precio.

Pretendemos, en definitiva, proporcionar a las autoridades contratantes las herramientas necesarias para identificar adecuadamente esa única opción competitivamente deseable. No basta con limitarse al diseño de normas y prácticas de contratación pública inspiradas en criterios competitivos, sino que la competencia debe promoverse activamente para garantizar que la opción seleccionada por poder adjudicador en el curso de su proceso de contratación es, desde una perspectiva de eficiencia económica, la que mejor satisface el interés público.

ISBN: 978-84-9090-863-7

