



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 66_xuño-decembro 2023 | pp. 87-121
Santiago de Compostela, 2023
<https://doi.org/10.36402/regap.v2i66.5131>
© Silvia Díez Sastre
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 06/11/2023 | Aceptado: 19/12/2023
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

E se licitar non sempre fose a forma máis eficiente para proveerse de bens e servizos?

¿Y si licitar no siempre fuera la forma más eficiente para proveerse de bienes y servicios?

66 Regap

What if tendering was not always the most efficient way to procure goods and services?

Regap



ESTUDIOS

SILVIA DÍEZ SASTRE

Profesora titular de Dereito Administrativo (acr. catedrática de Universidade)

Instituto de Dereito Local

Universidade Autónoma de Madrid

<https://orcid.org/0000-0002-3101-0469>

silvia.diez@uam.es

Resumo: O Dereito da contratación pública constrúese arredor da licitación como a mellor fórmula para adquirir bens e servizos no mercado. Non obstante, os presupostos necesarios para que unha licitación sexa eficiente non sempre concorren na realidade: é o caso da existencia dunha pluralidade de licitadores ou da capacidade do ente adxudicador para planificar e deseñar adecuadamente a súa contratación. Neste contexto, este traballo cuestiona a premisa arraigada no ordenamento xurídico vixente en España de que a licitación é a opción máis eficiente, que non require xustificación, e expón a utilidade de fórmulas alternativas de colaboración público-pública e público-privada á marxe da licitación, que non deberían considerarse necesariamente como técnicas excepcionais.

¹ Este traballo enmárcase no desenvolvemento do Proxecto I+D+i de Retos da Sociedade da convocatoria de 2020: "O sector público ao servizo da responsabilidade estratéxica do Estado" (referencia: PID 2020-115834RB-C31). Constitúe unha versión actualizada do traballo presentado no I Congreso Internacional de Contratación do Estado, Universidad Externado de Colombia, 15, 16 e 17 de marzo de 2023, de próxima publicación nas actas do dito congreso.

Palabras clave: Licitación, sector público, eficiencia, cooperación público-pública, terceiro sector, contratos *open-house*.

Resumen: El derecho de la contratación pública se construye en torno a la licitación como la mejor fórmula para adquirir bienes y servicios en el mercado. Sin embargo, los presupuestos necesarios para que una licitación sea eficiente no siempre concurren en la realidad: es el caso de la existencia de una pluralidad de licitadores o de la capacidad del ente adjudicador para planificar y diseñar adecuadamente su contratación. En este contexto, el presente trabajo cuestiona la premisa arraigada en el ordenamiento jurídico vigente en España de que la licitación es la opción más eficiente, que no requiere justificación, y expone la utilidad de fórmulas alternativas de colaboración público-pública y público-privada al margen de la licitación, que no deberían considerarse necesariamente como técnicas excepcionales.

Palabras clave: Licitación, sector público, eficiencia, cooperación público-pública, tercer sector, contratos *open-house*.

Abstract: Public procurement law revolves around bidding as the best formula for acquiring goods and services in the market. However, the necessary assumptions for an efficient bidding process do not always concur in reality: this is the case of the existence of a plurality of bidders or the capacity of the contracting entity to adequately plan and design its contracts. In this context, this paper questions the premise rooted in the current Spanish legal system that competitive bidding is the most efficient option, which does not require justification, and it exposes the usefulness of alternative formulas for public-public and public-private partnerships outside competitive bidding, which should not necessarily be considered as exceptional techniques.

Key words: Bidding, public sector, efficiency, public-public cooperation, third sector, open-house contracts.

SUMARIO: 1 Introducción. 2 Europeización do concepto de contrato público. 2.1 Funcionalización do concepto de contrato público. 2.2 Liberdade dos Estados membros para contratar. 3 E se licitar non sempre fose a fórmula máis eficiente? 3.1 Custos e beneficios de licitar. 3.2 Condicións que aseguran a eficiencia dos procedementos de licitación. 3.2.1 Planificación e bo deseño do contrato. 3.2.2 Pluralidade de licitadores. 3.2.3 Selectividade. 4 Alternativas á licitación. 4.1 Colaboración público-pública. 4.1.1 Vertical. 4.1.2 Horizontal. 4.2 Colaboración co terceiro sector. 4.3 Máis alá do contrato: fórmulas non contractuais. 4.3.1 Transferencia de competencias. 4.3.2 Contratos *open-house*. 5 Reflexións finais.

1 Introducción

A contratación pública é un dos sectores de referencia do Dereito administrativo contemporáneo². Esta afirmación, que describe a realidade do Dereito continental europeo dos últimos vinte anos, probablemente sexa extrapolable cos matices oportunos ao contexto internacional. A corrente de privatizacións no tramo final do século XX³, enmarcada nas teorías do *New Public Management*, conduciu á mutación cara a un Estado regulador e garante⁴. No seu novo rol, o sector público apoíouse de forma máis intensa no mercado para adquirir bens e servizos ligados ao exercicio das súas

² Tómase o concepto de "sector de referencia" (*Referenzbereich*) connotado metodoloxicamente na obra de SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003; SCHMIDT-ASSMANN, E., *La dogmática del Derecho administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2021, pp. 32 e ss.

³ CLIFTON, J., WARNER, M.E., GRADUS, R. e BEL, G., "Re-municipalization of public services: trend or hype?", *Journal of Economic Policy Reform*, n. 24(3), 2021, pp. 293-304, p. 293.

⁴ Por todos, ESTEVE PARDO, J., *Estado Garante. Idea y Realidad*, INAP, Madrid, 2015.

competencias⁵. Unha parte importante do gasto público pasou a executarse a través de contratos públicos. Así, é habitual que se fagan afirmacións arredor do volume do produto interior bruto (PIB) que se destina ás compras públicas⁶. Os recortes derivados da crise económica de 2008 reforzaron parcialmente esta tendencia a promover a contratación pública⁷. Tempo despois, durante a pandemia, os contratos públicos ocuparon un papel protagonista para facer fronte, fundamentalmente, á provisión de produtos no ámbito farmacéutico e sanitario⁸. Na actualidade, nun contexto de recuperación no que se están a realizar investimentos públicos extraordinarios, a contratación pública erixiuse como un instrumento estratéxico dos Estados⁹.

No contexto descrito, e en coherencia co novo protagonismo do mercado, produciuse un desenvolvemento exponencial do Dereito da competencia que non tardou en proxectarse sobre a actividade pública. O mercado consolidouse xuridicamente como un suxeito que debe protexerse do Estado e polo Estado. A contratación pública foi un dos sectores onde se produciu unha intensa penetración de regras de competencia na actividade administrativa. Os cambios promovidos nesta liña impactaron de cheo nos ordenamentos xurídicos nacionais, moi especialmente naqueles imbuídos da tradición francesa do contrato administrativo. Esta categoría, que actuou como peza clave na creación do Dereito administrativo separándose dos conceptos propios do Dereito civil¹⁰, experimentou unha profunda transformación. Se o contrato administrativo se caracterizaba, fundamentalmente, polo réxime de prerrogativas que se activaba na fase de execución co fin de garantir o interese xeral¹¹, o contrato público contemporáneo defínese, fundamentalmente, a partir das regras que disciplinan a súa adxudicación¹². Hai que evitar que o Estado prexudique o bo funcionamento do mercado cando elixe os seus contratistas, porque os suxeitos públicos non se conducen necesariamente por regras de racionalidade económica. Poden contratar con operadores económicos nacionais para protexer a súa economía, distorcendo a competencia; ou poden deixarse guiar pola inercia e contratar sempre cos mesmos suxeitos; sen esquecer os supostos de corrupción nos que a contratación é unha vía para desviar fondos públicos de xeito ilícito.

⁵ QIAN, J., LU, J. e ZHAO, J., "A replication of exploring an explaining contracting out: Patterns among the American states", *Public Administration*, n. 100(4), 2022, pp. 1161-1182, p. 1162.

⁶ En 2020, os países da OCDE-UE destinaron de media un 14,9% do seu PIB á contratación pública. MEDINA ARNÁIZ, T., "Publicación del estudio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) Government at a Glance 2021", *blog del www.obcp.es*, 13 de xullo de 2021.

⁷ BRAZIEL, T.L., "Contracting out contracting", *Public Contract Law Journal*, n. 38, 2009, pp. 857-893, p. 868, p. 886.

⁸ MEGGIT, B., "Partnering with Agents: How the Covid-19 Pandemic changed Relations between the UK Government and Public Service Contractors", *The Political Quarterly*, n. 93(2), 2022, pp. 244-252.

⁹ DIRECTORATE-GENERAL FOR INTERNAL MARKET, INDUSTRY, ENTREPRENEURSHIP AND SMEs (European Commission), *Study on the measurement of cross-border penetration in the EU public procurement market, Final Report*, marzo 2021, p. 16.

¹⁰ Díez Sastre, S., *La formación de conceptos en el Derecho público. Un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 87 e ss.

¹¹ Por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E., "La figura del contrato administrativo", *Revista de Administración Pública*, n. 41, 1963, pp. 99-130.

¹² De forma temperá, sobre esta cuestión, no contexto europeo, ARIÑO ORTIZ, G., "El concepto de contrato público en la CEE", *Noticias de la Unión Europea*, n. 21, 1986, pp. 19-26.

O desenvolvemento recente do Dereito da contratación pública partiu dunha premisa indiscutida: o bo funcionamento das regras do mercado conduce a unha mellor utilización dos fondos públicos. Nesta liña, a Organización de Cooperación e Desenvolvemento Económico (OCDE) incentiva activamente a utilización de procedementos competitivos para reducir os custos e mellorar a execución dos contratos públicos¹³. No ámbito da Unión Europea, a garantía de bo funcionamento do mercado interior reforzou especialmente este punto de partida a través das regras do Dereito primario e secundario. Enténdese que a mellora da contratación pública xera importantes beneficios macroeconómicos: optimiza o rendemento dos fondos públicos, axusta a estrutura empresarial e aumenta a produtividade como consecuencia da competencia entre os operadores. Adúcese, ademais, que os estudos empíricos realizados sobre o comportamento do mercado demostraron que os procedementos de licitación que promoven a transparencia e a competencia tenden a reducir o prezo das prestacións¹⁴.

Con apoio nestes postulados económicos ampliouse progresivamente o ámbito de aplicación das regras de contratación pública, tanto en sentido subxectivo como obxectivo. Esa expansión fíxose especialmente intensa no eido do Dereito europeo, grazas á funcionalización dos conceptos xurídicos da contratación pública auspiciada polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea (TXUE). Como resultado, o Dereito dos contratos públicos colonizou espazos previamente reservados a regras de Dereito da organización ou de xestión de servizos públicos. Non só se fomentou a licitación de contratos públicos nos casos en que o sector público acudía ao mercado, evitando prácticas proteccionistas, pouco transparentes ou mesmo corruptas. Asumiuse de forma practicamente indiscutida que é máis eficiente aplicar as regras de licitación de contratos públicos para satisfacer necesidades públicas que outro tipo de técnicas de colaboración público-privada ou público-pública empregadas con anterioridade. Pénsese, por exemplo, na celebración de encomendas de xestión ou de convenios, que permitían formalizar acordos entre suxeitos públicos; así como nas fórmulas de xestión de servizos públicos, especialmente os ligados ao Estado social (sanidade e educación) na forma de convenios e concertos, en moitas ocasións con entidades sen ánimo de lucro ou de voluntariado.

Agora ben, nos últimos anos, distintos factores reverteron a tendencia progresiva a concentrar na licitación de contratos toda a actividade pública vinculada á adquisición de bens e servizos. No ámbito da Unión Europea, hai que destacar a resistencia de certos Estados membros a renunciar a outras formas de proveerse de servizos no mercado mediante técnicas autoorganizativas ou de colaboración, tanto entre suxeitos públicos como con determinados suxeitos privados –especialmente do terceiro sector–. Esa resistencia conduciu ao recoñecemento progresivo de vías alternativas á licitación de contratos públicos. Noutra orde de ideas, a crise económica de 2008 supuxo unha perda de fe no bo funcionamento do mercado que se

¹³ OECD, *Recommendation of the Council on Public Procurement*, OECD/LEGAL/0411, 2022.

¹⁴ Ao respecto, o influente texto de VOGEL, L., “Macroeconomic effects of cost savings in public procurement”, *Economic Papers*, n. 289, 2009, pp. 1-13, p. 1.

reflectiu no intento de recobrar a xestión pública directa de determinados servizos, especialmente a nivel local –é o proceso das chamadas remunicipalizacións que se expandiu con carácter internacional–¹⁵. Este factor contribuíu a reivindicar o papel do sector público instrumental na xestión de servizos públicos. Nesta mesma liña, a pandemia puxo de manifesto os límites do Dereito dos contratos públicos. A ruptura do mercado a nivel mundial fixo inútiles as regras de contratación pública, deseñadas para operar e garantir, asemade, o funcionamento ordinario do mercado¹⁶. A nivel interno, en países como España, a pandemia destapou carencias fundamentais do sistema como a falta de planificación, priorización e especialización nas compras públicas e as excesivas cargas burocráticas¹⁷.

Os factores sinalados van da man de certo “retorno ao Estado”, que supón cuestionar a premisa de maior eficiencia do mercado na provisión de bens e servizos e, moi especialmente, de servizos públicos. Na literatura recente atópase unha toma de conciencia da necesidade de dotar o Estado da capacidade e dos medios necesarios para adoptar unha posición estratéxica fronte a retos de carácter global desde unha perspectiva que supere o puramente económico para incluír o interese xeral¹⁸. Isto non supón renegar das fórmulas de colaboración público-privada que se canalizan a través da contratación pública, pero si obriga a cuestionar a suposta maior eficiencia do mercado en todo tempo e lugar. Cómpre identificar, así, fórmulas alternativas á contratación pública que poidan achegar valor desde puntos de vista que non son só estritamente económicos e que permitan a liberdade de elección de gobernos lexitimados democraticamente.

Os Estados contemporáneos están sometidos a intensas exixencias do Estado de Dereito. Teñen estruturas diversas de distribución de poder. Deben facer fronte a importantes demandas derivadas do Estado social nun contexto de retos globais. Parece razoable entender que, nese contexto, non existe unha única fórmula mellor en todo caso, a contratación pública. Os Estados deben contar cun catálogo diverso de fórmulas que lles permitan proverse dos bens e servizos que requiren. Por suposto, a contratación pública será unha ferramenta fundamental, que debe afinarse para responder ás necesidades contemporáneas¹⁹; pero haberá determinados contextos

¹⁵ Entre outros moitos, CLIFTON, J., WARNER, M.E., GRADUS, R. e BEL, G., “Re-municipalization of public services: trend or hype?”, cit.; TORNOS MAS, J., “La llamada remunicipalización de servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, *Cuadernos de Derecho Local*, n. 43, 2017, pp. 12-30.

¹⁶ MAGRI, M., “Il “collasso” del sistema degli appalti nella prima fase dell’emergenza sanitaria”, *Istituzioni del Federalismo*, n. especial, 2020, pp. 77-88, p. 77.

¹⁷ DÍEZ SASTRE, S., “¿Cambiará la pandemia el Derecho de la contratación pública?”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2021, pp. 257-272, p. 262..

¹⁸ Esta idea aparece de forma repetida na literatura recente a nivel internacional; sirvan de mostra os seguintes exemplos: GARRARD, G., *The Return of the State. And Why it is Essential for our Health, Wealth and Happiness*, Yale University Press, Cornwall, 2022; MINERVINI, V., “Il ritorno dell’ Stato salvatore. Nuovi paradigmi (post Covid) nel rapporto fra Stato e mercato?”, *Mercato concorrenza regole*, n. 3, 2022, pp. 471-506; WAN-JU HUNG, J.L., “What brings the state back in? An examination of contracting reversal”, *International Journal of Public Sector Management*, n. 35(4), 2022; JHA, H., “Interrogating the resurgence of administrative state: ideas and state capacity”, *International Journal of Public Sector Management*, n. 35(4), 2022; ALLEN, P., KONZELMANN, S.J. e TOPOROWSKI, J., *The Return of the State. Restructuring Britain for the Common Good*, Agenda Publishing, Croydon, 2021.

¹⁹ Ao respecto, as propostas de GIMENO FELIÚ, J.M.^a, “El necesario *big bang* en la contratación pública: hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad”, *Revista General de Derecho Administrativo*,

nos que se poida considerar axeitado empregar técnicas alternativas á contratación pública. Non cabe falar aquí dunha “fuxida da contratación pública”²⁰, na medida en que estas técnicas alternativas non serven para evadir a aplicación do Dereito administrativo. Só podería considerarse fuxida se se entendese que a contratación pública é sempre o mellor xeito de proveerse de bens e servizos no mercado, cuestión que se expón nesta investigación.

No contexto descrito, o traballo que segue a continuación toma como punto de referencia o Dereito da contratación pública que a Unión Europea ditou para os Estados membros, así como o Dereito español na materia. Dáse conta, en primeiro lugar, da europeización e expansión da contratación pública (2), a través da funcionalización dos conceptos empregados nas normas europeas e interpretados polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea (TXUE) e da progresiva limitación da liberdade dos Estados membros para decidir licitar ou non. Seguidamente analízase a pregunta que dá título a esta investigación: e se licitar non sempre fose a fórmula máis eficiente? (3). Para respondela, expónse o xogo de compensación de custos e beneficios que se produce na licitación e dáse conta dos presupostos económicos fundamentais sobre os que se apoia a eficiencia dos procedementos de adxudicación de contratos públicos. Neste punto alúdese a documentos e doutrina internacional, máis alá do contexto europeo e español. Tras a xustificación da existencia de escenarios e situacións nas que a licitación non sempre é necesariamente a mellor opción, analízanse as fórmulas alternativas á contratación pública (4). Neste punto vólvese especialmente á referencia do Dereito da Unión Europea para expor as excepcións á licitación que se recoñeceron progresivamente na xurisprudencia do TXUE e nas directivas, así como ás fórmulas non contractuais. O traballo péchase cunhas breves conclusións (5).

2 Europeización do concepto de contrato público

O Dereito de contratación pública consagrado nas directivas e a xurisprudencia europeas configurouse a partir dos postulados económicos que se expuxeron na proposta. A partir das Directivas de 2004 (Directivas 2004/17/CE e 2004/18/CE), tivo lugar un proceso de progresiva expansión das regras de contratación pública que, en gran medida, se realizou grazas á interpretación do concepto de contrato público polo TXUE. As regras de adxudicación de contratos públicos, que permitían seleccionar a mellor oferta dispoñible no mercado, asegurando igualdade, concorrència e transparencia, debían estenderse a todos os supostos de adquisición de prestacións. O concepto de contrato público despozábase, así, de elementos esenciais nas tradicións xurídicas nacionais, como pode ser a existencia de acordo de vontades entre dúas partes autónomas. Operábase, deste modo, unha funcionalización do concepto de contrato. Este proceso pode explicarse, en parte, pola limitada competencia da Unión Europea neste ámbito, que se liga fundamentalmente á realización do mercado interior (art.

n. 59, 2022.

²⁰ Aparece a expresión de forma temperán en GIMENO FELIÚ, J.M.ª, “La necesaria interpretación subjetivo-funcional del concepto de poder adjudicador en la contratación pública”, *Revista de Administración Pública*, n. 151, 2000, pp. 425-439, p. 425.

114 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea), e que lle impide, en principio, inmiscirse no ámbito de organización interna dos Estados membros. O resultado é unha perda de espazo por parte dos Estados membros para definir fórmulas alternativas á contratación pública e de limitación indirecta da súa liberdade para decidir acudir ou non ao mercado.

2.1 Funcionalización do concepto de contrato público

O TXUE afirmou en distintas ocasións o deber de interpretar en clave funcional os conceptos empregados nas regras europeas de contratación pública²¹. Deste modo, concentra o poder para determinar o alcance do Dereito europeo e asegura o seu efecto útil. O concepto de contrato público desenvolveuse nos últimos anos arredor de catro notas esenciais, que están ligadas ás partes do contrato (ámbito subxectivo), o obxecto do contrato (ámbito obxectivo), a existencia de onerosidade e de selectividade. A última destas notas identificouse nunha xurisprudencia moi recente, así que pode considerarse que aínda está nunha fase de configuración, especialmente nos ordenamentos xurídicos dos Estados membros. A continuación, expóñense de forma breve estes elementos que conforman os contratos públicos no Dereito europeo e que se apoian na definición contida nas directivas²².

En primeiro lugar, a configuración do ámbito subxectivo de aplicación das normas sobre contratación pública apóiase nunha definición funcional do concepto de entidade adxudicadora. Se convimos en que a Administración dos Estados membros é a destinataria do Dereito europeo dos contratos públicos, trátase dunha Administración con distintas formas de personificación (públicas ou privadas) que non se define en clave orgánica senón funcional: non importa a súa integración subxectiva na Administración, entendida en sentido estrito, nin tampouco a realización de funcións tipicamente administrativas. O relevante é que se poida considerar un poder adxudicador de carácter público que intervéñ no mercado e que, dada a súa condición, pode ocasionar potenciais distorsións da competencia entre os operadores económicos. Todas as administracións territoriais e os organismos de Dereito público serán, así, poderes adxudicadores.

O concepto tradicional de Administración queda desbordado, na medida en que tamén os organismos de Dereito público –definidos polas propias normas europeas– son poderes adxudicadores. Con independencia da forma xurídica de personificación, na medida en que unha entidade se crea especificamente para satisfacer necesidades de interese xeral que non teñan carácter mercantil ou industrial e que está estreitamente vinculada a outros poderes adxudicadores a través do financiamento ou da composición dos órganos de supervisión, vixilancia ou control, será un suxeito

²¹ Entre outras: STXUE do 20 de setembro de 1988, C-31/87, *Beentjes/Estado neerlandés*; STXUE do 10 de novembro de 1998, C-360/96, *Gemeente Arnhem e Gemeente Rheden/BFI Holding*; STXUE do 17 de decembro de 1998, C-353/96, *Comisión/Irlanda*; e STXUE do 13 de decembro de 2007, C-337/06, *Bayerischer Rundfunk e outros*

²² Sirva de referencia a definición do artigo 2.1 (5) Directiva 2014/24/UE: "Contratos públicos": os contratos onerosos formalizados por escrito entre un ou varios operadores económicos e un ou varios poderes adxudicadores, cuxo obxecto sexa a execución de obras, a subministración de produtos ou a prestación de servizos".

sometido á aplicación das normas “públicas” de contratación²³. O Dereito europeo de contratación supera, así, a distinción tradicional entre público e privado propia dos dereitos nacionais dos Estados membros. Deste xeito, desincentiva a fuxida a formas de organización de Dereito privado, posto que o grao de sometemento ás normas de contratación é igual para todos os entes que posúen a condición de poder adxudicador²⁴.

Xunto á definición da entidade contratante, hai que atender a contraparte, que participa nas licitacións e pode lograr a adxudicación do contrato. Para referirse a ela, emprégase o concepto de operador económico. A interpretación deste concepto é moi ampla co fin de garantir a participación de todos os posibles interesados nunha licitación²⁵. Non se quere perder a oportunidade de atopar a mellor oferta dispoñible no mercado simplemente por ter definido de forma estreita os contornos de quen pode ser ou non operador económico. Por esa razón, entende o TXUE que un operador económico non ten por que perseguir beneficio económico coa súa actividade ou ter como finalidade prioritaria a obtención de lucro²⁶. Tampouco ten que dispor de estrutura empresarial, nin debe ter unha presenza regular no mercado. Ademais, o operador económico non ten por que ser capaz de executar a prestación cos seus propios recursos, basta con que estea en condicións de realizala ofrecendo suficientes garantías para iso²⁷. E non importa que a entidade sexa pública ou privada e que estea financiada con fondos públicos. Isto último significa que a relación entre dúas entidades públicas non queda excluída do concepto de contrato público de forma automática²⁸; o que supón que as formas de colaboración interadministrativa poden considerarse contratos públicos. Así mesmo, pode haber contrato público entre unha entidade contratante e unha entidade sen ánimo de lucro²⁹. En todos estes casos, en principio, debería licitarse a adxudicación destes contratos.

O ámbito obxectivo dos contratos públicos defínese, tamén, de forma ampla: obras, servizos e subministracións. Ademais, a partir da Directiva 2014/23/UE inclúese unha regulación propia para as concesións de obras e de servizos. A amplitude do obxecto dos contratos e concesións modérase, non obstante, co recoñecemento

²³ Art. 2.1 apdos. 1-4 Directiva 2014/24/UE. Entre outras, STXUE do 15 de xaneiro de 1998, C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG e Strohal Rotationsdruck GesmbH*; STXUE do 10 de novembro de 1998, C- 360/96, *Gemeente Arnhem e Gemeente Rheden e BFI Holding BV*; STXUE do 12 de decembro de 2002, C-470/99, *Universale-Bau AG e outros e Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*; STXUE do 16 de outubro de 2003, C-283/00, *Comisión das Comunidades Europeas e Reino de España*; STXUE do 27 de febreiro de 2003, C-373/00, *Adolf Truley GmbH contra Bestattung Wien GmbH*; STXUE do 22 de maio de 2003, C-18/01, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen e outros e Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa e outros*. DíEZ SASTRE, S., “Formas y estructuras organizativas de la Administración de los contratos públicos en el mercado interior europeo”, Gimeno Feliú, J.M.³ (dir.), Bernal Blay, M.Á. (coord.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 55-82, p. 59.

²⁴ CHINCHILLA MARÍN, C., “El derecho de la Unión Europea como freno a la huida del derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n. 200, 2016, pp. 361-383; GARCÍA-ANDRADE, J., “¿Huida o expansión del derecho administrativo?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 209, 2020, pp. 139-170, p. 170.

²⁵ STXUE do 19 de maio de 2009, C-538/07, *Assitur*.

²⁶ STXUE do 23 de decembro de 2009, C-305/08, *CoNISMa*

²⁷ STXUE do 12 de xuño de 2001, C-399/98, *Ordine degli Architetti e outros*.

²⁸ Entre outras, STXUE do 18 de xaneiro de 2007, C-220/05, *Jean Aroux e outros*.

²⁹ STXUE do 29 de novembro de 2007, C-119/06, *Comisión c. Italia*; STXUE do 11 de decembro de 2014, C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 “Spezzino” e outros*.

de exclusións. Así sucede en atención a determinadas prestacións que presentan características que fan pouco idónea a licitación: péñese, por exemplo, en servizos de arbitraje ou conciliación ou no exercicio de funcións públicas. Tamén nesa liña se dá un tratamento especial, con regras flexibles de adxudicación, en determinados servizos que teñen un especial arraigamento nacional, como é o caso dos servizos sociais³⁰. Así mesmo, como exclusións á licitación, aparecen determinados contratos entre entidades do sector público, na medida en que se cumpran unha serie de condicións³¹ –sobre esta cuestión vólvese máis adiante ao falar das fórmulas alternativas á contratación–.

O seguinte elemento que debe concorrer para considerar que existe un contrato público é onerosidade. A xurisprudencia do TXUE reiterou que existe contrato público, aínda que a contraprestación consista unicamente no reembolso dos gastos en que se incorreu para realizar o obxecto do contrato³². O mesmo sucede co reembolso de custos, que tampouco impide entender que se estea ante un contrato público, mesmo cando os custos cobren unha parte dos custos xerais de funcionamento³³. Isto significa que a colaboración entre entidades públicas na que só se reembolsen os custos pode considerarse teoricamente como un contrato público. E o mesmo sucedería coa colaboración con entidades sen ánimo de lucro, por exemplo.

Por último, para que exista un contrato público en clave europea, debe existir selectividade. Isto significa que o poder adxudicador elixe un ou varios operadores económicos fronte a outros. O contrato beneficia unhas partes definidas claramente. Dito doutro xeito, o contratista ou os contratistas terán exclusividade con respecto a outros posibles operadores económicos que resultaron preteridos na licitación. Por esa razón, cando non se dá a nota definitoria da selectividade, non hai contrato público conforme o Dereito europeo e non é necesario aplicar as regras e principios que se consagran nas directivas de contratación pública. A elección dun adxudicatario considérase, deste xeito, un elemento intrinsecamente ligado ao concepto de contrato público³⁴. Máis adiante, en relación coas fórmulas alternativas á contratación, volve-rase sobre esta exigencia de selectividade. O relevante neste momento da exposición é constatar como a funcionalización do concepto de contrato público a través dos seus elementos estende a lóxica da licitación como regra xeral a ámbitos que previamente se explicaran noutras claves, como, por exemplo, a autoorganización e colaboración administrativa ou a colaboración co terceiro sector. Todo iso conduce a unha limitación da liberdade para decidir contratar ou non, como se analiza seguidamente.

³⁰ As exclusións recóllense nos arts. 7 e ss. Directiva 2014/24/UE.

³¹ Art. 12 Directiva 2014/24/UE.

³² STXUE do 28 de xaneiro de 2016, C-50/14, *CASTA and others*.

³³ STXUE do 19 de decembro de 2012, C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e outros*.

³⁴ STXUE do 2 de xuño de 2016, C-410/14, *Falk Pharma*; e STXUE do 1 de marzo de 2018, C-9/17, *Tirkkonen*. DÍEZ SASTRE, S., "La acción concertada como nueva forma de gestión de los servicios sanitarios", Agulló Agüero, A. (dir.), Marco Peñas, E. (coord.), *Financiación de la sanidad: tributación, gestión, control del gasto y reparto constitucional del poder financiero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 231-261, p. 26.

2.2 Liberdade dos Estados membros para contratar

A ampliación do concepto de contrato público leva consigo automaticamente unha extensión do deber de licitar, con independencia de que, nun momento posterior, se recoñezan excepcións a esa obriga. Isto significa que o Dereito europeo adopta unha posición de partida proclive á contratación pública. No contexto da Unión Europea enténdese que as regras de funcionamento do mercado aseguran un eficaz abastecemento de bens e servizos aos entes públicos. Trátase dun axioma económico que se plasma xuridicamente. Por esa razón, non hai que xustificar o emprego de procedementos de contratación pública, que se presumen sempre eficaces e axustados ás regras europeas. Cómpre motivar, iso si, a provisión de bens e servizos de forma alternativa á licitación. De ningún xeito se entende que poden existir fórmulas que, en casos concretos, poidan ser máis eficientes que abrir un procedemento de licitación apoiado na concorrència competitiva de varios operadores económicos. Esta consideración da licitación como regra xeral cuxas excepcións deben motivarse é compartida por outros ordenamentos xurídicos³⁵.

A lectura das directivas de contratación pública podería levar a unha conclusión distinta. Sempre afirman a liberdade dos Estados membros para elixir se unha necesidade se satisfai mediante o recurso ao mercado ou a través doutras fórmulas. Fálase, así, de liberdade de administración dos Estados membros. Por exemplo, a Directiva 2014/24/UE relativa aos contratos públicos afirma nos seus considerandos:

«(5) Debe recordarse que ningunha disposición desta directiva obriga os Estados membros a subcontratar ou a externalizar a prestación de servizos que desexen prestar eles mesmos ou a organizalos doutro xeito que non sexa mediante contratos públicos no sentido desta directiva (...)»³⁶.

A doutrina tamén entendeu tradicionalmente que os Estados membros gozaban desa liberdade³⁷. Non obstante, esa cautela explícase pola ausencia dun título competencial suficiente que puidese conducir á solución contraria. A Unión Europea non pode obrigar os Estados membros a contratar, pero a súa regulación da contratación pública xera claros incentivos para facelo. O feito de que o concepto de contrato se amplíe a actuacións tradicionalmente consideradas parte do Dereito de organización interna dos Estados membros é unha boa mostra diso. Cando un convenio de colaboración interadministrativa se considera un contrato público, a regra xeral será a licitación e deberán concorrer circunstancias específicas que xustifiquen a excepción ao procedemento competitivo para a súa adxudicación. Pode entenderse entón que

³⁵ No caso de Chile, VALDIVIA, J.M., *Manual de Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 302.

³⁶ Na mesma liña, o artigo 2.1 *in fine* Directiva 2014/23/UE e o Considerando 7 Directiva 2014/25/UE.

³⁷ Así, entre outros, WILLIAMS, R., "Modernising the EU Public Procurement regime. A summary of the key changes to the public sector", *Public Procurement Law Review*, n. 3, 2014, NA79-83, NA 3. En España, REBOLLO PUIG, M., "Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio", *Revista de Administración Pública*, n. 161, 2003, pp. 359-393, p. 379: "La Administración no está obligada a contratar nada que pueda hacer ella misma mediante sus propios medios materiales y personales y, naturalmente, tiene el derecho de proveerse de esos medios para hacer por sí misma lo que deba hacer"; GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., "Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación", *Revista de Administración Pública*, n. 173, 2007, pp. 217-237, p. 220.

o Dereito europeo empurra indirectamente ao mercado, na medida en que estende o concepto de contrato a fórmulas de organización interna da Administración e a todo tipo de colaboración público-privada para a realización de prestacións públicas –por exemplo, convenios con entidades sen ánimo de lucro do terceiro sector– e somete a todas elas a un severo test de compatibilidade co mercado interior³⁸.

No caso de España, esta situación acentúase na medida en que o lexislador manifestou a súa opción favorable á contratación pública fronte a outras alternativas. É o caso da utilización de entidades instrumentais que poidan satisfacer as súas necesidades de adquisición de bens ou servizos. Nese sentido, no ámbito da Administración xeral do Estado, afírmase que as entidades do sector público institucional –normalmente coa forma de sociedades mercantís públicas– poderán ser medio propio (entidade *in-house*) e recibir directamente encargos sen necesidade de licitar cando teñan medios suficientes e idóneos para realizar prestacións no seu sector de actividade e se dea unha de dúas circunstancias: “a) Sexa unha opción máis eficiente que a contratación pública e resulta sostible e eficaz, aplicando criterios de rendibilidade económica. b) Resulte necesario por razóns de seguridade pública ou de urxencia na necesidade de dispor dos bens ou servizos subministrados polo medio propio ou servizo técnico” (art. 86.2 Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, LRXSP)³⁹. Elixir non contratar e utilizar os propios medios debe xustificarse en termos de eficiencia, cousa que non se exige para adoptar a decisión oposta: acudir ao mercado. Esta situación abre a pregunta arredor da corrección da premisa na que se apoian estas normas: e se licitar non sempre fose a fórmula máis eficiente?

3 E se licitar non sempre fose a fórmula máis eficiente?

3.1 Custos e beneficios de licitar

Os procedementos de licitación implican elevados custos de transacción para as organizacións públicas en termos de tempo e de recursos persoais e materiais⁴⁰. Tamén lles imponen cargas aos operadores económicos participantes, que deben asumir os custos de preparación e participación nos procedementos, de modo que a eficacia da licitación está ligada á obtención de beneficios na adquisición de bens e servizos que compensen eses custos⁴¹. Esas vantaxes poden ter carácter exclusivamente económico –obtense unha prestación de maior calidade a mellor prezo– ou estar ligadas a unha

³⁸ DÍEZ SASTRE, S., “Formas y estructuras organizativas de la Administración de los contratos públicos en el mercado interior europeo”, cit., p. 63.

³⁹ DÍEZ SASTRE, S., “¿Se debe aplicar el artículo 86 LRJSP a los medios propios locales?”, *Blog de idluam.org*, 9 de enero de 2019; TEJEDOR BIELSA, J., “De medios propios, encargos y mayor eficiencia de la contratación pública”, *Blog de espublico.es*, 29 de agosto de 2022.

⁴⁰ Ao respecto, sobre as colaboracións público-privadas, en detalle, GAGO DE SANTOS, P., *Colaboraciones público-privadas: procedimientos para minimizar sus costes de transacción*, Tese de doutoramento, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2014, p. 198.

⁴¹ SAFAR DÍAZ, M.S., *Análisis económico de los procedimientos de selección de contratistas del Estado en el Derecho colombiano. Hacia un mecanismo eficiente y transparente*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

mellor satisfacción do interese xeral vinculado ao contrato –por exemplo, obtense un servizo ou prestación innovadores que non estaban previamente dispoñibles no mercado–. En calquera caso, é relevante que o procedemento de licitación produza beneficios para as entidades contratantes do sector público e, en última instancia, para os cidadáns. Para iso, a licitación debe configurarse baseándose en criterios que permitan, en primeiro lugar, seleccionar licitadores con solvencia económica e técnica idónea para executar o contrato, e, en segundo lugar, comparar as ofertas presentadas en atención a criterios ligados ao obxecto do contrato que non se apoién unicamente no prezo e atendan a diversos criterios relacionados co obxecto do contrato. Só dese modo se conseguirá asinar un “bo contrato”⁴², no sentido de que exprese o acordo das partes, prevexa as posibles eventualidades que xurdan na execución e estableza as condicións para resolvelas, logrando, ademais, un *good value for money*⁴³.

En España, algúns dos datos ofrecidos pola Oficina Independente de Regulación e Supervisión da Contratación Pública (OIReScon) son de grande utilidade para analizar o impacto económico das licitacións. É o caso da estatística relativa á redución obtida no prezo de adxudicación respecto ao orzamento base de licitación na actividade contractual de 2022⁴⁴. No conxunto de todos os tipos de procedementos de adxudicación contidos no ordenamento xurídico obtense unha baixada media do prezo de adxudicación do 11,01 % con respecto ao orzamento base de licitación fixado polo ente contratante ao abrir o procedemento (1,2 puntos porcentuais menos que no ano anterior). A maior vantaxe económica conséguese nos procedementos restrinxidos tramitados no nivel das comunidades autónomas (17,64 %) –nos que se invita a participar un número limitado de operadores económicos (arts. 160–165 LCSP)–, así como nos procedementos abertos simplificados en todos os niveis territoriais (13,99 %) –procedementos aos que pode concorrer calquera empresario que se tramitan de forma especialmente áxil (art. 159 LCSP)–⁴⁵. Curiosamente, nos procedementos negociados non se conseguen baixas relevantes, a pesar de que, en teoría, a negociación debería favorecer precisamente a obtención dunhas mellores condicións para a entidade contratante, en particular en contratos complexos⁴⁶. Se as cifras se analizan desde o punto de vista do obxecto do contrato, as maiores vantaxes económicas lógranse nos contratos de concesión de obras (12,48 %), seguidas das concesións de servizos (13,68 %), os contratos de servizos (12,73 %) e os contratos de obras (10,32 %).

⁴² SEMPLE, A., *A Practical Guide to Public Procurement*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 120 e ss.

⁴³ DIRECTORATE-GENERAL FOR INTERNAL MARKET, INDUSTRY, ENTREPRENEURSHIP AND SMEs, European Commission, *Study on the measurement of cross-border penetration in the EU public procurement market, Final Report*, cit., p. 16.

⁴⁴ OFICINA INDEPENDENTE DE REGULACIÓN E SUPERVISIÓN DA CONTRATACIÓN, *Informe Anual de Supervisión 2023. Módulo I. Las cifras de la contratación pública en 2022*, pp. 114 e ss. Acceso web: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informe-anual-supervision-2023/ias2023-modulo1.pdf>.

⁴⁵ Non se teñen en conta as baixadas logradas nos contratos específicos asinados no marco de Sistemas Dinámicos de Adquisición, que teñen unha media do 32 %, polas especiais características desta forma de racionalización da contratación e pola limitación do tipo de prestacións que se poden adquirir por esta vía.

⁴⁶ SAFAR DÍAZ, M.S., *Análisis económico de los procedimientos de selección de contratistas del Estado en el Derecho colombiano. Hacia un mecanismo eficiente y transparente*, cit.

Dos datos dispoñibles pode deducirse que nos contratos de prestacións complexas ou en contratos cun importe elevado é máis doado constatar os beneficios dos procedementos de licitación. Non obstante, esas vantaxes son difíciles de cuantificar e certificar cando se trata de procedementos de licitación de contratos de menor contía e ligados a bens e servizos habituais no mercado. As cargas burocráticas poden ser nestes casos excesivas para os beneficios que se poden obter nestes procedementos, o que pode conducir á súa inaplicación en determinados supostos⁴⁷. En España, o lexislador é consciente desta situación e, por esa razón, existen limiares *de minimis* que permiten a adxudicación directa –os denominados «contratos menores» (art. 118 Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público)–. Nesa mesma liña, en 2017 introducíronse fórmulas simplificadas para determinados contratos caracterizados polo seu valor estimado e os criterios de adxudicación empregados, co fin de axilizar a contratación (art. 159 LCSP). Malia iso, é certo que un importante volume de irregularidades e problemas na contratación se sitúan nos contratos de contía media e baixa, máis que nos contratos máis complexos e de maior contía. E as maiores vantaxes económicas e a existencia de competencia real –participación de máis dun licitador– prodúcense nos contratos máis importantes.

Esta información é fundamental para que os entes do sector público tomen conciencia de que procedementos son menos competitivos. Dese xeito, poden elixir os procedementos máis axeitados ás circunstancias dos contratos que deben licitar⁴⁸. Agora ben, estes datos tamén poñen sobre a pista de que, quizais, a contratación pública non é sempre necesariamente a vía máis eficiente para proverse de bens e servizos necesarios para exercer as competencias e funcións públicas. De feito, non parece existir evidencia clara nos estudos empíricos da súa eficiencia⁴⁹. Do mesmo modo que non todos os procedementos de licitación de contratos públicos se adaptan de igual forma a todos os contratos, é posible que os procedementos de licitación de contratos públicos non sempre sexan a ferramenta idónea para proverse de todo tipo de bens e servizos ou para lograr a consecución dos fins públicos.

Así se puxo de manifesto por parte da doutrina ao analizar as distintas formas de xestión, directa e indirecta (mediante contratos públicos), dos servizos públicos tanto no contexto europeo como no norteamericano. A natureza da prestación, a estrutura do mercado, o tipo de suxeito co que se quere contratar (ente público, entidade privada, con ou sen ánimo de lucro) ou a capacidade técnica da Administración implicada son factores que poden afectar á toma desta decisión, que está guiada por factores conxunturais máis que ideolóxicos ou políticos⁵⁰. En efecto, outra parte da

⁴⁷ PINHEIRO MARTINS, F. e ROMANO MORILAS, L., "Unsuccessful public procurement: why so many electronic bidding does fail?", *Conference paper*, 13-14 setembro 2017, Curitiba, Brasil. Acceso web: www.researchgate.net, p. 3.

⁴⁸ Nese sentido, a COMISIÓN NACIONAL DOS MERCADOS E DA COMPETENCIA (España), *E/CNMC/004/18 Radiografía de los procedimientos de contratación pública en España*, 7 de febreiro de 2019, p. 5.

⁴⁹ QIAN, J., LU, J. e ZHAO, J., "A replication of exploring an explaining contracting out: Patterns among the American states", cit., p. 14.

⁵⁰ Así, entre outros: FERRIS, J. e GRADDY, E., "Contracting out: For What? With Whom?", *Public Administration Review*, n. 46, 1986, pp. 332-344; BEL I QUERALT, G. e ESTRUCH MANJÓN, A., "La gestión de los servicios públicos locales: ¿por qué se privatizan los servicios públicos locales y qué efectos tiene la privatización?" *Anuario de Derecho Municipal*, n. 5, 2012, pp. 193-205; SAVVIDES, D.S., "Public vs Private Waste Management: Is It a Matter of Privatisation or Effective Public Manage-

doutrina sostén que a optimización da competencia é o mellor xeito de conseguir unha adquisición de bens e servizos eficiente, que pode, mesmo, por si mesma promover fins estratéxicos como a innovación ou a sostibilidade⁵¹. Pero a eficiencia da licitación de contratos públicos apóiase nunha serie de presupostos económicos que non sempre concorren na realidade, ben porque o mercado non sempre funciona de forma óptima, ben porque existen outros valores e fins vinculados ao interese xeral que se satisfán mellor con outras técnicas xurídicas. Ademais, as vantaxes da contratación parecen tender a reducirse co tempo, unha vez que se obteñen os beneficios derivados de externalizar a produción da prestación requirida⁵².

3.2 Condicións que aseguran a eficiencia dos procedementos de licitación

O Dereito da contratación pública –en particular, o Dereito europeo– deu forma xuridicamente a unha serie de principios de carácter económico co fin de asegurar que os Estados non distorcen o bo funcionamento do mercado ao demandar bens e servizos no mercado. A contratación pública configúrase, deste xeito, como un sector regulado de forma estrita polo Dereito⁵³ que pivota arredor do paradigma da competencia no mercado. Enténdese que, se mellora a competencia, mellorará tamén a eficiencia⁵⁴. En España, a Comisión Nacional dos Mercados e da Competencia expresa esta premisa de forma moi clara⁵⁵:

«A competencia entre os licitadores incentívaos a axustar o prezo das súas ofertas, a aumentar a calidade ofrecida de bens e servizos e a presentar maior variedade de ofertas. Optimiza o uso dos fondos públicos e beneficia tanto a Administración contratante como os cidadáns. Por outra banda, unhas condicións de competencia deficientes poden derivar nun innecesario desaproveitamento de recursos públicos, sempre escasos e custosos, nun incremento do risco de colusión entre empresas e mesmo, nos casos máis extremos, en problemas de corrupción».

ment?», *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, n. 2, 2018, pp. 156-168; recentemente, en España, REYNAERS, A.-M., NAVARRO, C., GONZÁLEZ MEDINA, M. e RAMA, J., *La externalización de servicios públicos a nivel local. Experiencias, competencias y desafíos de la gestión de los contratos*, INAP, Madrid, 2021, pp. 42, pp. 147 e ss.; en relación con Estados Unidos, QIAN, J., LU, J. e ZHAO, J., "A replication of exploring an explaining contracting out: Patterns among the American states", cit., pp. 1-22.

⁵¹ Nesta liña, por todos, SÁNCHEZ GRAELLS, A., "Truly Competitive Public Procurement as a "Europe 2020" Lever: What Role for the Principle of Competition in Moderating Horizontal Policies?"; *European Public Law*, n. 2, 2016, pp. 377-394. En relación con esta proposta teórica, en Colombia, BARRETO, S., "Repensar el derecho de la contratación estatal desde la competencia", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 15, 2016, pp. 297-304.

⁵² QIAN, J., LU, J. e ZHAO, J., "A replication of exploring an explaining contracting out: Patterns among the American states", cit., p. 10.

⁵³ BALÁZS RIGÓ, C. e KUGLER, T., "Single Bidder Procurement", *European Procurement & Private Partnership Law Review*, n. 2, 2021, pp. 99-109, p. 100.

⁵⁴ En España, COMISIÓN NACIONAL DOS MERCADOS E DA COMPETENCIA (España), *G-2019-02 Guía sobre contratación pública y competencia. Fase 1: La planificación de la contratación pública*, 16 de decembro de 2020, p. 4. Para Colombia, SAFAR DÍAZ, M.S., *Análisis económico de los procedimientos de selección de contratistas del Estado en el Derecho colombiano. Hacia un mecanismo eficiente y transparente*, cit.

⁵⁵ COMISIÓN NACIONAL DOS MERCADOS E DA COMPETENCIA (España), *E/CNMC/004/18 Radiografía de los procedimientos de contratación pública en España*, 7 de febreiro de 2019, p. 6.

Esta xuridificación da contratación pública conduciu a unha maior formalización e, polo tanto, a un mellor control desta parte da actividade pública. Non obstante, ten como presuposto a concorrencia de múltiples factores que condicionan o bo funcionamento dos procedementos de adxudicación⁵⁶. Trátase de condicións vinculadas tanto á competencia existente no mercado como á capacidade da entidade contratante de planificar, deseñar e tramitar axeitadamente a licitación. Na medida en que eses requirimentos non concorran, é posible que a contratación pública non sexa sempre a mellor opción. De feito, neste ámbito de actividade pública prodúcese un elevado volume de incumprimentos de determinadas normas que, sen conducir á invalidez das actuacións públicas, pon de manifesto o desaxuste entre a realidade e o Dereito⁵⁷. É posible que nalgúns casos sexa necesario mellorar esas circunstancias para potenciar a eficiencia da contratación pública. Pero haberá outros supostos nos que, quizais, non sexa posible ou desexable alterar esas circunstancias e onde outras fórmulas alternativas á contratación pública poidan ser máis eficientes.

Nesta liña, axiña se analizan algúns dos presupostos sobre os que se apoia o Dereito da contratación pública para asegurar unha compra eficiente. Para iso, tomáronse como referencia algúns dos parámetros que aparecen no “cadro de indicadores do mercado único” (*Single Market Scoreboard*) que anualmente publica a Comisión Europea para medir o bo funcionamento do mercado interior en relación cos contratos sometidos ao Dereito europeo⁵⁸. No ámbito da contratación pública, a Comisión proxecta 12 indicadores sobre os Estados membros: (1) licitador único (en procedementos abertos á competencia); (2) adxudicación directa; (3) publicación de contratos a nivel europeo en atención ao PIB; (4) compra conxunta; (5) adxudicación por prezo; (6) axilidade na adxudicación; (7) adxudicación a pemes; (8) presentación de ofertas por pemes; (9) división en lotes; (10) licitacións con condicións descoñecidas; (11) número de rexistro do contratista descoñecido; (12) número de rexistro do ente contratante descoñecido. Algúns destes criterios relaciónanse directamente co bo funcionamento do mercado interior, de acordo cos obxectivos das normas europeas, e non necesariamente coa eficiencia das compras públicas –é o caso dos indicadores (3), (4), (5), (7), (8), (9)–. Non obstante, outros encaixan perfectamente cos presupostos económicos da eficiencia dos contratos públicos. É o caso dos indicadores relativos ao licitador único, a adxudicación directa, a axilidade na adxudicación, así como as licitacións con condicións descoñecidas ou a ausencia de datos de rexistro do comprador ou do contratista. A continuación, incorpóranse na análise dos seguintes presupostos dos procedementos de adxudicación de contratos públicos: planificación e bo deseño do contrato, existencia de oferta plural e selectividade.

⁵⁶ BALÁZS RIGÓ, C. e KUGLER, T., “Single Bidder Procurement”, cit., p. 100.

⁵⁷ DÍEZ SASTRE, S., “¿Cambiará la pandemia el Derecho de la contratación pública?”, cit., p. 260.

⁵⁸ O cadro está accesible na web: https://single-market-scoreboard.ec.europa.eu/_en (última consulta: 6 de novembro de 2023). Críticos co carácter parcial dos datos e a estatística analizada pola Comisión Europea: BALÁZS RIGÓ, C. e KUGLER, T., “Single Bidder Procurement”, cit., pp. 99 e ss.

3.2.1 Planificación e bo deseño do contrato

O bo funcionamento dos procedementos de licitación de contratos públicos está especialmente vinculado á súa planificación. En España, a lexislación vixente prevé a elaboración dun plan de contratación polas entidades do sector público que deben publicar anual ou plurianualmente (art. 28.4 LCSP). Non obstante, esta previsión non é moi eficaz na práctica pola súa vaguidade na descrición do deber de planificación e o seu carácter parcial con respecto ao conxunto da contratación dos entes públicos. Na práctica, é habitual que as entidades públicas non reflexionasen sobre cales son as necesidades estruturais que queren cubrir mediante contratos públicos, co fin de programar un calendario que lles permita preparar e licitar os contratos de forma óptima. A ausencia de previsión conduce en ocasións á extinción de contratos sen que se licitase o novo contrato, o que pode derivar na denominada “contratación irregular”: o contratista anterior continúa prestando os seus servizos sen un título xurídico que o ampare, cos problemas que iso presenta desde o punto de vista orzamentario e administrativo. Na mesma liña, hai que ter en conta que os órganos de contratación non só deben renovar os contratos xa asinados cando se extinguen, senón que tamén deben identificar novas necesidades⁵⁹. Sen unha adecuada planificación, non sempre contan con capacidade para atendela, destinando un tempo suficiente para confeccionar axeitadamente os documentos contractuais. Non se logra, así, unha adecuada priorización da estratexia de contratación do ente público que permita destinar de forma eficiente os recursos persoais e materiais dos que se dispón para facer fronte aos procedementos de licitación⁶⁰.

A planificación da contratación está directamente vinculada co bo deseño da documentación contractual. Os pregos contractuais son a peza clave para garantir unha axeitada selección do contratista e unha execución posterior do contrato libre de dificultades técnicas e xurídicas. Hai contratos que quedan desertos porque a entidade contratante non é quen de definir o contrato de forma atractiva para os operadores económicos que poderían executalo. Ten dificultades para coñecer as solucións que ofrece o mercado, así como para establecer o orzamento base de licitación atendendo aos custos reais nos que deberá incorrer o contratista, que, en ocasións, son moi cambiantes⁶¹ –así, por exemplo, na actualidade española eses cambios producíronse como consecuencia das modificacións no salario mínimo interprofesional ou da subida do prezo das materias primas e da enerxía–. Nese sentido, a pandemia puxo de manifesto as carencias de habilidades comerciais no sector público, o seu deficiente coñecemento do mercado e das cadeas de distribución⁶². Noutros casos, é posible que o contrato conteña previsións incompletas ou que non logre trasladar axeitadamente ao contratista cales son as necesidades que debe satisfacer a entidade

⁵⁹ SEMPLE, A., *A Practical Guide to Public Procurement*, cit., p. 146.

⁶⁰ COMISIÓN NACIONAL DOS MERCADOS E DA COMPETENCIA (España), *G-2019-02 Guía sobre contratación pública y competencia. Fase 1: La planificación de la contratación pública*, cit., p. 21.

⁶¹ SEMPLE, A., *A Practical Guide to Public Procurement*, cit., p. 122.

⁶² BLEETMAN, R. e METCALFE, A., *New Models of Public Procurement: a Tool for Sustainable Recovery*, Association of Chartered Certified Accountants (ACCA), Londres, novembro 2021; SEMPLE, A., *A Practical Guide to Public Procurement*, cit., p. 147.

pública contratante⁶³. Tamén poden establecerse niveis de solvencia desproporcionados que deixen fóra posibles operadores económicos interesados. Todo iso pode afectar á atracción de licitadores interesados ou á articulación de criterios idóneos para comparar as distintas ofertas.

Para solucionar estes problemas, prevíronse ferramentas como as consultas preliminares de mercado (art. 115 LCSP)⁶⁴ e outras técnicas similares que permiten coñecer mellor o mercado antes de formalizar os procedementos de adxudicación⁶⁵. Agora ben, o perfil do persoal encargado de confeccionar a documentación contractual e a súa capacitación parece estar no núcleo do problema. Nalgúns países acúsase a falta de coñecementos xurídicos do persoal encargado das compras públicas ou o seu escaso grao de especialización⁶⁶. En España é habitual que o deseño da documentación contractual estea en mans de persoal con formación xurídica –en concreto, os denominados pregos de condicións administrativas particulares–, así como de persoal técnico –os chamados pregos de prescricións técnicas–. A tramitación do procedemento corresponde a xuristas, fundamentalmente. Esta circunstancia pode considerarse unha vantaxe fronte a outros sistemas nos que non están garantidos os coñecementos xurídicos das persoas encargadas da licitación⁶⁷. Porén, en ocasións, isto pode conducir a unha falta de coñecemento do mercado, que dificulte coñecer a oferta dispoñible no mercado e, en especial, os prezos aos que se realizan determinadas prestacións⁶⁸. Ademais, unha visión excesivamente xurídica do procedemento tamén pode desembocar nunha menor axilidade na súa tramitación. A iso hai que sumar as diferenzas que existen entre os distintos niveis territoriais. Mentres que a nivel estatal e rexional resulta máis doado contar con persoal especializado, no nivel local atópanse dificultades neste sentido⁶⁹. Non obstante, a complexidade dos procedementos é a mesma en todos os niveis territoriais.

Nesta situación, hai que ter en conta que o xiro estratéxico da contratación pública complica o deseño do contrato, xa que obriga a introducir criterios sociais, ambientais ou laborais. Na práctica, os órganos de contratación teñen dificultades para cumprir con estas exixencias que se afastan dos presupostos económicos que

⁶³ SEMPLE, A., *A Practical Guide to Public Procurement*, cit., p. 120.

⁶⁴ Por todos: DE GUERRERO MANSO, C., “Las consultas preliminares del mercado, una herramienta para mejorar la eficiencia de la contratación pública”, Gimeno Feliú, J.M.ª (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 1047-1071

⁶⁵ Para o caso de Perú: OECD, *Public Procurement in Peru: Reinforcing Capacity and Co-ordination*, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing, París, 2017.

⁶⁶ En relación cos países do Caribe: SHILLINGFORD MCKLON, S.J.-A. e SINCLAIR, S.G., “Small market-big money. Amalgamating the procurement market to transform small size into an economic advantage”, Piga, G. e Tatrai, T. (eds.), *Law and Economics of Public Procurement Reforms*, Routledge, Cornwall, 2018, pp. 31-60, p. 43; En relación con Costa Rica, OECD, *Towards a new vision for Costa Rica's Public Procurement System: Assessment of key challenges for the establishment of an action plan*, OECD Publishing, París, 2020, p. 54.

⁶⁷ É o caso de Brasil, PINHEIRO MARTINS, F. e ROMANO MORILAS, L., “Unsuccessful public procurement: why so many electronic bidding does fail?”, *Conference paper: 4th RME Research Conference*, 13-14 setembro 2017, Curitiba, Brazil. Acceso web: www.researchgate.net, p. 7.

⁶⁸ PINHEIRO MARTINS, F. e ROMANO MORILAS, L., “Unsuccessful public procurement: why so many electronic bidding does fail?”, cit., p. 6.

⁶⁹ Para México, OECD, *Contratación Pública en el Estado de México: Mejorando la Eficiencia y la Competencia*, Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública, OECD Publishing, París, 2021.

serviron de base para deseñar os procedementos de licitación. É difícil pór cifras a esta situación. En España, a OIREscon analizou unha mostra limitada de contratos (1.878) co fin de determinar como se articulan os criterios estratéxicos⁷⁰. Nas condicións de admisión apenas se introducen criterios estratéxicos –un 90,36 % dos casos analizados non introduce ningún–; nos criterios de adxudicación, a tendencia é similar –nun 82,43 % dos contratos non se incorpora ningún–. Algo distinto sucede nas condicións especiais de execución, xa que a lei exige a introdución de criterios estratéxicos (art. 202 LCSP), de maneira que si se incorporan no 86,21 % dos supostos analizados. Estes datos mostran que as condicións estratéxicas non se están a incorporar, en xeral, como un criterio que afecte á selección do contratista. A súa eficacia é relativa. Introdúcense como elementos para ter en conta na execución e, en moitas ocasións, refírense a mandatos que xa están impostos polo ordenamento xurídico⁷¹. Unha das razóns que poden explicar estas dificultades é a capacitación do persoal ao servizo das administracións públicas encargado de deseñar os documentos contractuais. Unha vez máis, neste ámbito as administracións estatais e rexionais tenden a ter máis facilidade neste aspecto que as administracións locais⁷². Ademais, en todos os casos, xorde o problema da medición do seu grao de cumprimento e do impacto que teñen, efectivamente, nos ámbitos nos que se proxectan. Non está claro que sexan medidas verdadeiramente eficaces e introducen certo trastorno nuns procedementos que estaban orientados a lograr sacar o maior rendemento ao gasto público (*value for money*).

3.2.2 Pluralidade de licitadores

O seguinte presuposto de eficiencia das licitacións públicas é a existencia de oferta plural. Sinalouse anteriormente que as regras de contratación pública lle impoñen aos participantes –tanto entidades contratantes como operadores económicos– os custos derivados da licitación pública, presupondo que dese xeito se alcanza un beneficio compensatorio ao identificar a mellor oferta dispoñible no mercado. Enténdese que a competencia axuda á mellor consecución do interese xeral, ao mesmo tempo que fomenta o bo funcionamento do mercado. Para funcionar, o sistema parece necesitar entón certo grao mínimo de competencia. Isto implica que exista unha oferta plural, isto é, que haxa suficiente número de operadores económicos no mercado que estean interesados en competir nas licitacións públicas.

De forma coherente con esta premisa, no contexto da Unión Europea, a Comisión considera no seu “Cadro de indicadores do mercado único” que a existencia dun único

⁷⁰ OFICINA INDEPENDIENTE DE REGULACIÓN E SUPERVISIÓN DA CONTRATACIÓN, *Informe especial de supervisión relativo a la contratación estratégica 2020. Contratos reservados y criterios medioambientales, sociales y de innovación*, marzo de 2022, pp. 51 e ss. Acceso web: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIREscon/informes-especiales-supervision/ies-contratacion-estrategica.pdf>.

⁷¹ *Ibidem*, p. 72.

⁷² FUENTES-BARGUES, J.L., BASTANTE-CECA, M.J., FERRER-GISBERT, P.D. e GONZÁLEZ-CRUZ, M.C., “Analysis of the Situation of Social Public Procurement of Works at the Valencian Region (Spain)”, *Sustainability*, n. 13, 2021, pp. 1-23, p. 19.

licitador pode ser un indicio de corrupción, sen atender a outro tipo de criterios⁷³. A ausencia de suficiente presión competitiva limita directamente a eficiencia da contratación pública. Este mesmo parámetro emprégase a nivel internacional. No caso de México, a OCDE apunta á pequena base de provedores como unha deficiencia do sistema. A media de ofertas recibidas en 2018 nunha mostra das licitacións tramitadas por COMPRAMEX foi de 2,4 en compra de bens, e de 1,7 en adquisición de servizos. Esta situación relaciónase, no caso do país norteamericano, coas barreiras que establece a lexislación interna para a participación de empresas estranxeiras⁷⁴. Tamén nos países do Caribe se detectou o mesmo tipo de disfunción no mercado das compras públicas⁷⁵. E en Colombia rexístrase unha alta porcentaxe de adxudicacións directas e procedementos cun escaso número de participantes⁷⁶.

En España, a información estatística que elabora a OIREscon pon de manifesto unha clara correlación entre o número de licitadores que concorreron aos procedementos de licitación e a existencia dunha redución económica no prezo de adxudicación con respecto ao orzamento base de licitación⁷⁷. En 2022 obtivéronse mellores prezos nos procedementos nos que se presentou un maior número de ofertas. Sendo isto así, chama a atención o elevado volume de contratos nos que unicamente correu un licitador –unha vez excluídos os procedementos negociados sen publicidade (art. 168 LCSP)–. En preto da metade das licitacións realizadas presentouse un único licitador. Ademais, desde 2019 existe unha tendencia á baixa na participación de licitadores nos procedementos de adxudicación⁷⁸. A Oficina achega, ademais, un dato fundamental no seu informe de 2022: “hai unha maior existencia dun único licitador en contratos de menor importe de adxudicación”⁷⁹.

Os datos expostos non poden facer esquecer que a participación dos operadores económicos nos procedementos de adxudicación se incrementa coa súa maior publicidade, transparencia e garantía da igualdade e concorrència⁸⁰, de maneira que é posible que a oferta diminúa nos casos en que os operadores económicos consideran que teñen menos posibilidade de competir en condicións de igualdade e transparencia. Agora ben, en determinados ámbitos xeográficos apenas hai oferta ou, polo menos, non hai unha oferta plural. Isto é o que sucede, por exemplo, en ámbitos rurais,

⁷³ De forma crítica ao respecto, BALÁZS RIGÓ, C. e KUGLER, T., “Single Bidder Procurement”, cit., p. 100.

⁷⁴ En referencia ao caso de México, OECD, *Contratación Pública en el Estado de México: Mejorando la Eficiencia y la Competencia*, cit.

⁷⁵ Para a zona do Caribe, SHILLINGFORD MCKLON, S.J.-A. e SINCLAIR, S.G., “Small market-big money. Amalgamating the procurement market to transform small size into an economic advantage”, cit., p. 44.

⁷⁶ OECD, *Towards Efficient Public Procurement in Colombia: Making the Difference*, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing, París, 2016, pp. 71 e ss

⁷⁷ OFICINA INDEPENDENTE DE REGULACIÓN E SUPERVISIÓN DA CONTRATACIÓN, *Informe Anual de Supervisión 2023. Módulo I. Las cifras de la contratación pública en 2022*, cit., pp. 100 e ss. Acceso web: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIREscon/informe-anual-supervision-2023/ias2023-modulo1.pdf>.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 105.

⁷⁹ OFICINA INDEPENDENTE DE REGULACIÓN E SUPERVISIÓN DA CONTRATACIÓN, *Informe Anual de Supervisión 2022. Módulo I. Las cifras de la contratación pública en 2021*, p. 103. Acceso web: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIREscon/informe-anual-supervision-2022/ias2022-modulo1.pdf>.

⁸⁰ OECD, *Enhancing the Use of Competitive Tendering in Costa Rica's Public Procurement System: Streamlining the Exceptions and Redesigning the Threshold System*, OECD Publishing, París, 2019.

onde actúan administracións de pequeno tamaño, ou en ámbitos especialmente deprimidos⁸¹. Nestes casos, a entidade contratante está abocada a contratar co único operador económico que existe ou que está disposto a executar a prestación. Nestas circunstancias os entes públicos teñen moitas dificultades para optimizar o gasto público⁸². O mesmo ocorre con algunhas prestacións que só poden ser executadas por un número moi limitado de operadores ou mesmo por un só deles –é o caso, por exemplo, da existencia de patentes–. Tamén hai supostos nos que a prestación ten escasa entidade e os operadores económicos que puidesen estar interesados –normalmente pemes– teñen dificultades para participar nos procedementos de contratación pública. Así mesmo, cabe pensar en prestacións habituais no mercado que son ofertadas de forma homoxénea por múltiples operadores económicos, tanto en prezo como en condicións, nas que hai pouca marxe para obter os beneficios derivados dunha licitación.

Destas circunstancias, expostas sen ánimo de exhaustividade, cabe deducir que non en todos os casos a inexistencia dunha pluralidade de operadores económicos interesados ten que ver coa necesidade de optimizar o procedemento de licitación. Pode haber situacións en que as circunstancias conducen á inexistencia de oferta plural no mercado ou dunha competencia eficaz. En consecuencia, pode afirmarse que os procedementos de licitación non sempre son eficientes e que é posible pensar en fórmulas alternativas á contratación pública.

Nesta orde de ideas, non se poden perder de vista os efectos adversos que poden producir os procedementos de licitación na estrutura do mercado e no comportamento dos operadores económicos. As licitacións apóianse na inexistencia de prácticas anticompetitivas, como poden ser as prácticas colusorias. Malia isto, é posible atopar estudos na doutrina que demostran como as exixencias de transparencia das normas de contratación pública poden favorecer precisamente as prácticas colusorias tácitas entre os operadores económicos⁸³. Nesta mesma liña, o auxe da contratación pública ligado á mellora do denominado *value for money* –vinculado á suposta maior eficiencia do sector privado– pode ter outras contrapartidas negativas. Na literatura alértase da creación de operadores económicos dominantes, polo seu carácter estratéxico en determinados sectores, así como da aparición de entidades *too-big-to-fail*; e das dificultades para xestionar o mercado dos servizos públicos. Así mesmo, identifícouse o xurdimento de actores privados que pasan a ser algo máis que provedores do sector público, no sentido de que teñen unha ampla marxe de autonomía na xestión do público⁸⁴ –péñese, especialmente, no ámbito dos servizos dixitais–. Así pois, é importante analizar os procedementos de licitación e os seus efectos económicos para o sector público e o mercado desde todos os puntos de vista.

⁸¹ FERRIS, J. e GRADDY, E., "Contracting out: For What? With Whom?", cit., p. 337.

⁸² SHILLINGFORD MCKLON, S.J.-A. e SINCLAIR, S.G., "Small market-big money. Amalgamating the procurement market to transform small size into an economic advantage", cit., p. 44.

⁸³ ESTEVAN DE QUESADA, C., "Competition and Transparency in Public Procurement Markets", *Public Procurement Law Review*, n. 5, 2014, pp. 229-244, p. 230.

⁸⁴ Ao respecto, en relación co Reino Unido, en detalle, MEGGIT, B., "Partnering with Agents: How the Covid-19 Pandemic changed Relations between the UK Government and Public Service Contractors", cit., p. 245.

3.2.3 Selectividade

A competencia na que se apoian as regras de contratación pública está necesariamente ligada á existencia de selectividade ou exclusividade. Non en van, como se viu anteriormente, esta característica é unha das notas definitorias dos contratos públicos conforme a xurisprudencia do TXUE. Nas licitacións búscase a concorrencia de varios operadores económicos interesados co fin de elixir un deles –ou varios deles, no caso da división do contrato en lotes–. O resultado conduce á selección dun operador económico, que executará o contrato, fronte aos demais que quedarán excluídos do mercado ata que se abra de novo a posibilidade de competir cunha nova licitación. Precisamente a expulsión (temporal) do mercado dos competidores é un dos incentivos que produce a licitación e que parece estar na base da eficiencia das licitacións. Os operadores económicos tratarán de presentar a mellor oferta, apoiándose nos criterios de adxudicación, co fin de obter o contrato e mellorar a súa posición en relación cos seus competidores no mercado.

Agora ben, xunto aos beneficios desta selectividade para o bo funcionamento da contratación pública e do mercado, hai que ter en conta posibles efectos adversos. Nese sentido, destaca o custo de participación en procedementos de licitación cuxo resultado é incerto para os operadores económicos⁸⁵. Os operadores económicos interiorizan unha parte importante do custo de funcionamento do sistema de licitacións e só un ou algúns deles logran rendibilizalo. Tamén se pode pensar na expulsión do mercado dos licitadores preteridos durante o tempo de duración do contrato⁸⁶. Como se sinalou anteriormente, estes efectos poden conducir á concentración de empresas en determinados sectores nos que certos operadores económicos cheguen a ter carácter dominante. A desaparición da pluralidade de ofertas tería efectos perniciosos para a competencia. Así mesmo, habería que apuntar ao risco que asume a entidade pública contratante que pode sufrir os efectos de posibles incumprimentos do contratista seleccionado na execución do contrato, que repercuten de forma máis ou menos directa nos cidadáns, en atención ao tipo de prestación que era obxecto do contrato. A selectividade propia dos procedementos de licitación pública non sempre terá, polo tanto, efectos positivos para os operadores económicos e o ente contratante. Cabe pensar noutras fórmulas que poderían ser máis eficientes dependendo da estrutura do mercado e do tipo de prestacións requiridas polo sector público.

4 Alternativas á licitación

A exposición realizada nas páxinas anteriores cuestiona que sempre sexa mellor licitar fronte a outro tipo de técnicas xurídicas porque non parece que sempre resulte a fórmula máis eficiente desde un punto de vista económico. As circunstancias

⁸⁵ GABNER, M. e STRÖMER, J.M., "Mutiges Querdenken oder Abschied von der klassischen Subsumtion? — Der «Open-house» — Beschluss der OLG Düsseldorf vom 13. August 2014 – VII – Verg 13/14", *NZS*, n. 21, 2014, pp. 811-815, p. 811.

⁸⁶ BAUER, C., HUNOLD, M., HÜSCHEL RATH, K., JAHN, R., KOTSCHEDOFF, M., LAITENBERGER, U., LUX, G., MAY, U., WALENDZIK, A., WASEM, J. e WEEGEN, L., *Rabattvertragausschreibungen in der Generikaindustrie in Deutschland: Auswirkungen auf Marktstruktur, Anbietervielfalt und Wettbewerb*, Nomos, Baden-Baden, 2015, p. 208.

poden non ser idóneas para o bo funcionamento dos procedementos de licitación e non sempre se trata de aspectos que se poidan mellorar a través da regulación ou da actuación dos poderes públicos. Ademais, hai que ter en conta que, en sistemas democráticos, as entidades do sector público deberían contar con marxe para decidir cal é a mellor forma de proveerse de bens e servizos e de prestar os servizos públicos aos seus cidadáns. Os beneficios derivados das licitacións sitúanse nun plano fundamentalmente económico, pero existen outro tipo de vantaxes que poden ligarse ao interese xeral. A corrente da contratación estratéxica sitúase precisamente en liña coa consecución de obxectivos públicos en paralelo aos puramente económicos.

Durante un tempo, a contratación pública pareceu colonizar o Dereito da organización administrativa e todo tipo de fórmulas de colaboración público-privada centrada na adquisición de bens e servizos. Pero a exaltación dos contratos públicos como a mellor forma de proveerse de bens e servizos moderouse nos últimos anos. No Dereito europeo, tanto o TXUE como o lexislador recoñeceron progresivamente vías alternativas á contratación pública. Neste sentido, cabe adxudicar directamente determinados tipos de contratos de carácter público-público –encargos a medios propios (*in-house*) e convenios de colaboración– ou de carácter público-privado, cando a entidade coa que se contrata pertence ao terceiro sector e rexe a súa actividade polo principio de solidariedade. Nestes casos séguese considerando que existen contratos públicos, pero as súas características xustifican que non sexa necesario tramitar unha licitación para adxudicalos. Estas posibilidades acabaron consolidándose no Dereito positivo, tanto a nivel europeo como nacional. Por outro lado, o propio concepto de contrato público continuou perfilándose nun sentido restritivo, de maneira que se exclúen determinadas técnicas que se consideran non contractuais e, polo tanto, non exixen a aplicación das regras de licitación propias dos contratos públicos. A estes casos, súmanse exclusións e excepcións ás regras de contratación pública configuradas polo propio Dereito europeo atendendo á falta de idoneidade da contratación pública para proceder á adquisición de certos bens e servizos (é o caso de determinados servizos xurídicos ou da compra pública precomercial, por pór algúns exemplos⁸⁷).

A continuación, faise unha breve exposición dalgunhas destas técnicas que, xunto aos contratos públicos que deben licitarse, compoñen un catálogo máis amplo que pode adaptarse mellor ás distintas necesidades que deben satisfacer os entes do sector público. Quere demostrarse deste xeito que nestes casos non se trata de fuxir do Dereito administrativo, posto que estas técnicas seguen gobernadas en todo caso por regras especiais de funcionamento para as entidades do sector público, e que, segundo as circunstancias, poden ser técnicas axeitadas para que os poderes públicos se provean de bens e servizos no mercado. Agora ben, certamente, o sistema segue pivotando sobre a regra de licitación de contratos públicos: os supostos que se analizan seguidamente son, ou ben excepcións á regra de licitación por razóns

⁸⁷ Ao respecto, GIMENO FELIÚ, J.M.ª, "Las fronteras del contrato público: Depuración conceptual de los negocios jurídicos excluidos desde la perspectiva funcional del Derecho europeo", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 205, 2020, pp. 19-60.

xustificadas, ou ben casos nos que se considera que non hai contrato –aínda que podería habelo se se dan os elementos propios do contrato público–. Esta situación é consecuencia, fundamentalmente, da expansión do concepto de contrato público que realizou o TXUE.

4.1 Colaboración público-pública

O Dereito europeo abriu progresivamente a posibilidade de adjudicar de forma directa determinados contratos públicos nos que as dúas partes son entidades do sector público. Como se verá axiña, a razón de excluír as regras de licitación apóiase na relación existente entre as partes, así como na inexistencia dun impacto relevante da súa actividade no bo funcionamento do mercado. As condicións establecidas para tal efecto poden, iso si, ser restrinxidas polos Estados membros a nivel interno⁸⁸. É o caso de España, que contén unhas regras máis exixentes que as previstas a escala europea nalgúns aspectos (arts. 6, 32 e 33 LCSP e art. 86.2 LRXSP), ás que non é necesario facer referencia para os efectos deste traballo.

4.1.1 Vertical

En sentido estrito, unha operación interna ou contrato *in-house* é un procedemento no que unha entidade adjudicadora lle atribúe a un dos seus servizos sen personalidade xurídica propia a realización de determinadas prestacións. Esas operacións non teñen ningunha relevancia desde o punto de vista do Dereito da contratación pública, posto que se trata de “procedementos administrativos puramente internos”⁸⁹. Non obstante, en sentido amplo inclúen aqueles casos en que a entidade á que se lle encarga unha prestación ten personalidade xurídica diferenciada⁹⁰, como sucede no caso das sociedades mercantís públicas. A Comunicación “a contratación pública na Unión Europea” da Comisión Europea (COM (98) 143, do 11 de marzo), aludiu por primeira vez ao concepto de operación interna ou contratación *in-house*. Precisamente apuntaba á necesidade de aclarar este concepto, co fin de determinar se engloba os contratos que se adjudican dentro dunha Administración pública; por exemplo, entre unha Administración central e local ou entre unha Administración e unha sociedade que lle pertence integramente. En todos os países da OCDE existen previsións legais sobre a posibilidade de realizar contratos *in-house*. Os ordenamentos xurídicos evolucionaron para evitar que esta técnica se empregase como unha forma de evadir a aplicación das regras de contratación pública. Por esa razón, é

⁸⁸ Recentemente, a STXUE do 3 de outubro de 2019, C-285/18, *Irgita*, e o ATXUE do 6 de febreiro de 2020, C-89/19 a C-91/19, *Rieco*.

⁸⁹ Se a adjudicación se produce a un organismo que non ten personalidade xurídica propia, en ningún caso pode haber contrato, como sinalan as conclusións da avogada xeral Sra. Christine Stix-Hackl, presentadas o 23 de setembro de 2004, C-26/03 – Stadt Halle e RPL Lochau, apdo. 49

⁹⁰ Conclusións da avogada xeral Sra. Juliane Kokott, presentadas o 1 de marzo de 2005, C-458/03 – Parking Brixen, apdo. 2.

habitual que se estableza a obriga de que a entidade *in-house* execute directamente unha porcentaxe do encargo realizado⁹¹.

No Dereito europeo, o *leading case* neste ámbito foi a Sentenza Teckal do TXUE⁹². Este pronunciamento afirma de forma rotunda que “as únicas excepcións permitidas á aplicación da Directiva 93/36 son as mencionadas taxativa e expresamente nela”⁹³ e que o xuíz nacional debe verificar se concorren os requisitos propios dos contratos públicos. Así que a cuestión se centra en determinar os elementos propios dos contratos públicos ligados ao obxecto e os suxeitos. A xurisprudencia posterior afinou os criterios que permiten adxudicar directamente un contrato *in-house* ata que as Directivas de 2014 os positivizaron (art. 17 Directiva 2014/23/UE e art. 12 Directiva 2014/24/UE). Conforme o Dereito vixente, os requisitos céntranse fundamentalmente en dous aspectos: en primeiro lugar, a inexistencia de intereses privados na entidade *in-house*, o que se asegura coa titularidade pública do capital e coa existencia de control análogo por unha Administración –entendido como “unha influencia decisiva sobre obxectivos estratéxicos e decisións significativas da persoa xurídica controlada”–; en segundo lugar, coa limitación do impacto económico da actividade que poida realizar no mercado a entidade *in-house* –en ningún caso pode superar o 20 %–. Se se cumpren de forma acumulativa estas condicións, é posible adxudicar directamente un contrato público-público no marco do que se denomina “cooperación vertical”. Na práctica, xorden problemas de aplicación destas regras, especialmente cando a entidade instrumental está controlada por varias administracións públicas, algo habitual no ámbito local; pártese dunha interpretación estrita destas entidades na medida en que se tratan como unha excepción á licitación. Non obstante, a nivel europeo parece existir unha apertura progresiva dos criterios de control nestes supostos de entidades *in-house* conxuntas⁹⁴.

4.1.2 Horizontal

A Directiva 2014/24/UE (art. 12.4) positivizou por primeira vez a cooperación horizontal ou non institucionalizada. Esta fórmula fora recoñecida anos antes polo TXUE como unha extensión necesaria das técnicas de cooperación vertical que permitían certa marxe de autoorganización dos Estados membros⁹⁵. No proceso de codificación afináronse os criterios xurisprudenciais desenvolvidos previamente. Permítese a celebración de contratos público-públicos entre entidades do sector público que teñan a condición de poder adxudicador sempre que concorran unha serie de condicións que xustifican a exclusión da licitación. Eses requisitos son: a existencia dunha cooperación para garantir servizos públicos e lograr obxectivos comúns, que estea guiada

⁹¹ OECD, *Enhancing the Use of Competitive Tendering in Costa Rica's Public Procurement System: Streamlining the Exceptions and Redesigning the Threshold System*, cit.

⁹² STXUE do 18 de novembro de 1999, C-107/98, *Teckal*.

⁹³ *Ibidem*, apdo. 43.

⁹⁴ STXUE do 18 de xuño de 2020, C-328/19, *Porin Kaupunki*

⁹⁵ STXUE do 9 de xuño de 2009, C-480/06, *Comisión c. Alemaña*; e STXUE do 19 de decembro de 2012, C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*.

unicamente por consideracións de interese público; e o limitado impacto no mercado das actividades a realizar –os poderes adjudicadores participantes deben realizar no mercado aberto menos do 20 % das actividades obxecto da cooperación–. Nesta mesma liña, exclúese a posibilidade de que participen entidades con capital privado⁹⁶.

Recentemente, o TXUE tivo a oportunidade de pronunciarse sobre o alcance da excepción consagrada nas directivas⁹⁷. Acláranse algúns aspectos, como o feito de que a colaboración pode referirse a tarefas complementarias para a prestación de servizos públicos e que non ten por que proxectarse directamente sobre servizos públicos⁹⁸. Non obstante, o TXUE segue sendo especialmente estrito coas achegas económicas por unha das partes. Considera que non cabe unha cooperación na que unha parte lle realiza a outra unha achega económica. Este límite xera importantes problemas na práctica. Ademais, criticouse na doutrina polas diferenzas que presenta con respecto á cooperación vertical, onde si se admite o reembolso dos gastos á entidade *in-house*. Á fin e ó cabo, nos dous casos, como se viu, limítase o impacto das actividades realizadas no mercado.

4.2 Colaboración co terceiro sector

O desenvolvemento do Estado social estivo vinculado en Europa á estreita colaboración do sector público con entidades do denominado terceiro sector para a prestación de servizos asistenciais, sociais e sanitarios⁹⁹. A relación das administracións públicas con este tipo de suxeitos privados rexeuse habitualmente por regras específicas, á marxe das normas de contratación pública. Non obstante, como se viu anteriormente, a definición de contrato público elaborada polo TXUE non exclúe esta condición polo feito de que a entidade licitadora ou adjudicataria non teña ánimo de lucro. De modo que foi necesaria unha evolución a partir da formulación de casos nos que os Estados membros demostraban un apoio esencial neste tipo de entidades para a prestación de servizos sociais. Grazas a iso, prevese a reserva de contratos directamente a estes suxeitos en determinadas circunstancias¹⁰⁰. Tamén se recoñeceu a flexibilización das normas de contratación pública e mesmo a adjudicación directa.

Nestes casos, o TXUE apoiouse no principio de solidariedade fronte ao funcionamento do mercado¹⁰¹. A solidariedade aparece de forma reiterada na xurisprudencia

⁹⁶ DE SOMER, S. e HOFSTRÖSSLER, L., "Who's Afraid to Cooperate?: CJEU Adopts Strict View of Non-Institutionalised Cooperation", *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, n. 3, 2020, pp. 242-251, p. 244.

⁹⁷ STXUE, do 28 de maio de 2020, C-796/18, *ISE-Colonia*, e a STXUE do 4 de xuño de 2020, C-429/19, *Remondis*.

⁹⁸ HUERGO LORA, A., "La cooperación horizontal mediante convenios después de las sentencias ISE y Remondis 2", *Observatorio de contratación pública*, 12 de xuño de 2020. Acceso web: www.obcp.es.

⁹⁹ Ao respecto, VAQUER CABALLERÍA, M., *La acción social (un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 68-69; PEMÁN GAVÍN, J.M.^a, "La Asistencia Social en España: delimitación conceptual y marco jurídico general", *Documentación Administrativa*, n. 271-272, 2005, pp. 39-79, p. 67; tamén, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.^a, *La administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 35.

¹⁰⁰ GARRIDO JUNCAL, A., "Las nuevas formas de gestión de los servicios sociales: elementos para un debate", *Revista Catalana de Dret Públic*, n. 55, 2017, pp. 84-100.

¹⁰¹ BERNAL BLAY, M.Á., "La contratación de los servicios a las personas", Gamero Casado, E. y Gallego Córcoles, M.^a (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público, Tomo III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 2841-2873, pp. 2864-2865.

cia europea como un factor de modulación e mesmo de anulación da competencia entre os posibles operadores económicos¹⁰². Agora ben, non parece tratarse dunha cláusula xeral que permita darlles prioridade de forma xeral a entes sen ánimo de lucro¹⁰³. A solidariedade debe estar arraigada na lóxica do sistema de prestación dos servizos. O Tribunal non aclara suficientemente ata que punto a solidariedade está vinculada, ademais, ao voluntariado, pero é un elemento que aparece nos casos en que se enfrontou a esta cuestión e que parece determinante na xustificación dunha alteración das regras propias do mercado¹⁰⁴. Non parece ser suficiente, polo tanto, con identificar esa solidariedade coa mera presenza de actores sen ánimo de lucro na prestación dos servizos. Tampouco se trata da solidariedade que está intrinsecamente asociada ao concepto de servizo público¹⁰⁵.

Esta situación fíxose aínda máis complicada coa recente sentenza ditada nun asunto relacionado coa lexislación autonómica española que prevé fórmulas *ad hoc* para a realización das denominadas “accións concertadas”, que se consideran á marxe da normativa europea de contratación pública. A participación reservada nalgúns casos a entidades sen ánimo de lucro parece ser aceptada polo TXUE sempre que se leve a cabo un procedemento competitivo¹⁰⁶. O elemento de solidariedade apoiado na participación de voluntarios semella diluírse neste caso, matizando a xurisprudencia anterior. A determinación do alcance desta exclusión das regras de contratación pública continúa, así, aberta. Pero deixa claro que, xunto ás regras de licitación de contratos públicos, deben coexistir outro tipo de fórmulas que lles permitan aos Estados colaborar con actores tan relevantes no Estado social como as entidades do terceiro sector.

¹⁰² STXUE do 17 de xuño de 1997, C-70/95, *Sodemare and Others v. Regione Lombardia*; STXUE do 11 de decembro de 2014, C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 “Spezzino” e outros*.

¹⁰³ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., “La adjudicación directa de contratos públicos a entidades sin ánimo de lucro”, Laguna de Paz, J.C., Sanz Rubiales, I., De los Mozos Touya, I. e Martínez López-Muñiz, J.L. (coords.), *Derecho administrativo e integración europea. Estudios en Homenaje al Prof. José Luis Martínez López-Muñiz*, Vol. 2 Tomo 2, Reus, Madrid, 2017, pp. 1035-1052, pp. 1047 e ss.

¹⁰⁴ Relaciona necesariamente solidariedade e voluntariado, VILLAR ROJAS, F.J., “Los modelos de gestión de los servicios sanitarios en España”, Agulló Agüero, A. (dir.), Marco Peñas, E. (coord.), *Financiación de la sanidad: tributación, gestión, control del gasto y reparto constitucional del poder financiero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020. Tamén nesta liña, GIMENO FELIÚ, J.M., “La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 52, 2018, pp. 12-65, pp. 33 e 41.

¹⁰⁵ Sobre esta cuestión, MALARET I GARCÍA, E., “Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformaciones del contexto”, *Revista de Administración Pública*, n. 145, 1998, pp. 49-87, p. 87.

¹⁰⁶ STXUE do 14 de xullo de 2022, C-436/20, *Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE)*.

4.3 Máis alá do contrato: fórmulas non contractuais

4.3.1 Transferencia de competencias

O artigo 1.6 da Directiva 2014/24/UE define unha fórmula non contractual, denominada transferencia competencial, que se sitúa no ámbito da organización interna dos Estados membros:

«Os acordos, as decisións e os demais instrumentos xurídicos mediante os cales se organiza a transferencia de competencias e responsabilidades para desempeñar funcións públicas entre poderes adjudicadores ou agrupacións destes e que non prevén que se dea unha retribución pola execución dun contrato, considéranse un asunto de organización interna do Estado membro de que se trate e, nese sentido, de ningún xeito se ven afectados por esta directiva».

O TXUE interpretou este precepto en dúas ocasións ata o momento¹⁰⁷. Con esta técnica trátase de englobar aqueles supostos nos que unha entidade matriz lle transfere unha competencia a unha entidade instrumental, outorgándolle suficiente autonomía na xestión, de modo que non se fala de medio propio ou de contrato *in-house*, senón dunha verdadeira inexistencia de contrato. A regulación prevista na directiva contén diversos elementos que permiten identificar os supostos de feito que entran no seu ámbito de aplicación.

En relación cos suxeitos participantes, sinala que debe producirse unha transferencia entre poderes adjudicadores ou agrupacións destes. Polo que respecta á forma de atribución das competencias ou responsabilidades, o lexislador europeo establece unha regulación aberta co fin de deixar marxe ás distintas formulacións nacionais: acordos, decisións e demais instrumentos xurídicos. O obxecto da transferencia son competencias e responsabilidades para desempeñar funcións públicas. En canto a este concepto de “funcións públicas”, debe interpretarse de forma ampla como servizos aos cidadáns ou servizos necesarios para o funcionamento da Administración. Por último, para que exista unha transferencia de competencias que se considere un asunto de organización interna do Estado, cómpre que non exista unha retribución pola execución dun contrato. Esta previsión é a máis ambigua das contidas no precepto estudado, na medida en que o concepto de contraprestación nun contrato público foi interpretado de forma moi ampla polo TXUE. Podería entenderse, seguindo o concepto de vendas no Sistema Europeo de Contas (SEC) para os efectos da clasificación de entes, que unha subvención á explotación ou produción dun ente, en xeral, non é unha contraprestación por un contrato público e tampouco é unha venda a prezos economicamente significativos. Pola contra, unha subvención ou un pagamento por un produto ou un servizo determinado e verdadeiramente prestado si é unha venda

¹⁰⁷ STXUE do 21 de decembro de 2016, C-51/15, *Remondis*, e STXUE do 18 de xuño de 2020, C-328/19, *Porin Kaupunki*.

para os efectos do SEC e tamén é unha contraprestación pola execución dun obxecto dun contrato público¹⁰⁸.

A nivel interno, a ausencia de transposición deste precepto ocasiona problemas de interpretación sistemática. En España, a articulación destas transferencias de competencias coa regulación da contratación *in-house* non está clara, especialmente a nivel local, onde o legislador diferencia entre a creación de entidades instrumentais para a xestión de servizos públicos, por un lado (art. 85 da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local, LBRL), e para exercer iniciativa económica no mercado (art. 86 LBRL). De maneira que o debate na doutrina segue aberto¹⁰⁹.

4.3.2 Contratos *open-house*

O recoñecemento do TXUE da necesaria existencia de selectividade para definir os contratos públicos conduciu á apertura dunha nova vía de adquisición de bens e servizos á marxe das regras europeas de adxudicación: os denominados contratos *open-house*¹¹⁰. Así sucedeu en dúas ocasións: a Sentenza do TXUE do 2 de xuño de 2016 ditada no asunto Falk Pharma (C-410/14), relativa ao sistema alemán de adquisición de medicamentos polas caixas do seguro de enfermidade; e o asunto Tirkonnen, resolto na Sentenza do 1 de marzo de 2018 (C-9/17), que se refire á creación dun panel de asesores para explotacións agrarias en Finlandia. Nestes supostos, o Tribunal recoñece que non se deben aplicar as regras europeas de licitación de contratos públicos porque o procedemento tramitado non conduce á adxudicación a un ou varios licitadores fronte a outros. Nos dous casos artículanse sistemas ou modelos nos que todos os licitadores que cumpren cunhas condicións de solvencia e aceptan as condicións impostas pola entidade contratante entran a formar parte dun *pool*, sen que a Administración elixa en ningún momento quen vai levar a cabo a prestación en atención á súa maior capacidade ou mellor desempeño. Son os usuarios ou sistemas baseados en criterios obxectivos (por exemplo, rotatorios) os que determinan quen leva a cabo a prestación nun momento dado. O alcance desta excepción á licitación aínda debe afinarse, pero abriu unha importante marxe de experimentación que xa se está a pór en práctica en ámbitos como os servizos sociais e sanitarios, a adquisición de medicamentos ou a asistencia a refuxiados. Haberá que esperar a analizar a súa evolución no futuro.

¹⁰⁸ DÍEZ SASTRE, S. e MARCO PEÑAS, E., "La convergencia de las reglas de contratación pública y disciplina presupuestaria en el sector público instrumental", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 205, 2020, pp. 99 e ss.

¹⁰⁹ VILLAR ROJAS, F.J., "El impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en la gestión de los servicios públicos locales", *Anuario de Derecho Municipal 2017*, Instituto de Derecho Local de la UAM, Madrid, 2018, pp. 75-101; VILALTA REIXACH, M., "De nuevo sobre los negocios jurídicos excluidos de la Ley de contratos del sector público: encargos a medios propios personificados y transferencias de competencias entre entidades públicas", *Revista Galega de Administración Pública*, n. 56, 2019, pp. 261-295; AMOEDO-SOUTO, C.A. e CUTRÍN DOMÍNGUEZ, M., "El impacto de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, en la gestión directa de servicios públicos locales a través de medios propios", *Revista de Administración Pública*, n. 210, 2019, pp. 393-432; e ARIMANY LAMOGUÍA, E., "Gestión directa y descentralizada de servicios públicos locales: encargo a medio propio o transferencia de competencias", *Revista de Administración Pública*, n. 213, 2020, pp. 141-178.

¹¹⁰ Ao respecto, en detalle, DÍEZ SASTRE, S., "Contratos «open-house»: comprar sin licitar", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 15, 2021, pp. 5-23.

5 Reflexións finais

O Dereito da contratación pública apóiase nunha premisa económica que non sempre se confirma na realidade: a competencia entre os licitadores conduce á obtención da mellor oferta dispoñible no mercado en relación calidade-prezo. Isto é así porque as circunstancias que ocorren nas múltiples prestacións que requiren os entes públicos son moi diversas. Así, hai administracións que teñen dificultades para planificar e deseñar axeitadamente os contratos pola súa falta de medios; isto sucede especialmente no eido local. En determinados ámbitos xeográficos ou en ámbitos deprimidos economicamente, non hai suficiente oferta como para asegurar que a licitación será eficaz. Hai casos nos que a prestación requirida só pode ser provista por un limitado número de operadores económicos ou, mesmo, por un só deles. E cabe pensar en prestacións habituais e homoxéneas no mercado, para as que a licitación apenas implicará vantaxes económicas. Nestes exemplos, os custos da licitación que asumen os entes contratantes e os licitadores non se compensan cos beneficios da licitación. Deste xeito, é necesario pensar en fórmulas alternativas á licitación de contratos públicos que lles permitan ás administracións públicas ensaiar diferentes fórmulas de proveerse de bens e servizos no mercado, en especial servizos públicos.

Nesa liña, son benvidas as técnicas de colaboración público-pública e co terceiro sector, así como as técnicas non contractuais de transferencia de competencias e de contratación *open-house*, que se decantaron progresivamente na xurisprudencia do TXUE nos últimos anos. Non obstante, queda camiño por percorrer. As excepcións á licitación e as fórmulas non contractuais seguen pivotando no ámbito europeo arredor do concepto de contrato público. Ou ben son contrato e se atopan razóns para non o licitar, ou ben non son contrato conforme a definición que realiza o TXUE con base na regulación das directivas. O sistema segue tomando como referencia a idea de contrato público como a mellor forma de satisfacer as necesidades públicas de provisión de bens e servizos. Isto explícase, en gran parte, pola insuficiente habilitación competencial da Unión Europea para regular neste ámbito. Se se entendese que os convenios ou as entidades *in-house* forman parte do Dereito de organización dos Estados membros, sen conexión co concepto de contrato, sería difícil xustificar a súa competencia para regular esta materia. Este problema distorce, non obstante, a percepción nos Estados membros das fórmulas alternativas á contratación pública. Non deberían analizarse como excepcións ou exclusións, senón como un catálogo de medidas que, xunto aos contratos públicos, permiten buscar en cada momento e lugar a mellor forma de satisfacer necesidades públicas e, moi especialmente, xestionar servizos públicos.

O Dereito da contratación pública debe partir de presupostos económicos axustados á realidade. Non sempre licitar é a mellor opción polas condicións que ocorren na práctica ou polos fins públicos que están en xogo. O legislador e a xurisprudencia deben mostrar maior sensibilidade polas circunstancias das distintas administracións territoriais, especialmente no eido local, e dos diversos operadores económicos. Ademais, deben apoiar a consecución dos múltiples fins de interese xeral que deben

Regap



ESTUDIOS

satisfacer os Estados nun momento estratéxico para a resolución de retos globais. Para iso, deben abrir unha marxe de elección real entre a contratación pública e fórmulas alternativas que permitan ensaiar distintas formas de xestión.

Bibliografía

- ALLEN, P., KONZELMANN, S.J. e TOPOROWSKI, J., *The Return of the State. Restructuring Britain for the Common Good*, Agenda Publishing, Croydon, 2021.
- AMOEDO-SOUTO, C.A. e CUTRÍN DOMÍNGUEZ, M., “El impacto de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, en la gestión directa de servicios públicos locales a través de medios propios”, *Revista de Administración Pública*, n. 210, 2019, pp. 393-432.
- ARIMANY LAMOGLIA, E., “Gestión directa y descentralizada de servicios públicos locales: encargo a medio propio o transferencia de competencias”, *Revista de Administración Pública*, n. 213, 2020, pp. 141-178.
- ARIÑO ORTIZ, G., “El concepto de contrato público en la CEE”, *Noticias de la Unión Europea*, n. 21, 1986, pp. 19-26.
- BALÁZS RIGÓ, C. e KUGLER, T., “Single Bidder Procurement”, *European Procurement & Private Partnership Law Review*, n. 2, 2021, pp. 99-109.
- BARRETO, S., “Repensar el derecho de la contratación estatal desde la competencia”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 15, 2016, pp. 297-304.
- BAUER, C., HUNOLD, M., HÜSCHEL RATH, K., JAHN, R., KOTSCHEDOFF, M., LAITENBERGER, U., LUX, G., MAY, U., WALENDZIK, A., WASEM, J. e WEEGEN, L., *Rabattvertragausschreibungen in der Generikaindustrie in Deutschland: Auswirkungen auf Marktstruktur, Anbietervielfalt und Wettbewerb*, Nomos, Baden-Baden, 2015.
- BEL I QUERALT, G. e ESTRUCH MANJÓN, A., “La gestión de los servicios públicos locales: ¿por qué se privatizan los servicios públicos locales y qué efectos tiene la privatización?” *Anuario de Derecho Municipal*, n. 5, 2012, pp. 193-205.
- BERNAL BLAY, M.Á., “La contratación de los servicios a las personas”, Gamero Casado, E. e Gallego Córcoles, M.^{al}. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público, Tomo III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 2841-2873.
- BLEETMAN, R. e METCALFE, A., *New Models of Public Procurement: a Tool for Sustainable Recovery*, Association of Chartered Certified Accountants (ACCA), Londres, novembro 2021.
- BRAZIEL, T.L., “Contracting out contracting”, *Public Contract Law Journal*, n. 38, 2009, pp. 857-893.
- CHINCHILLA MARÍN, C., “El derecho de la Unión Europea como freno a la huida del derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n. 200, 2016, pp. 361-383.
- CLIFTON, J., WARNER, M.E., GRADUS, R. e BEL, G., “Re-municipalization of public services: trend or hype?”, *Journal of Economic Policy Reform*, n. 24(3), 2021, pp. 293-304.

- COMISIÓN NACIONAL DOS MERCADOS E DA COMPETENCIA (España), *E/CNMC/004/18 Radiografía de los procedimientos de contratación pública en España*, 7 de febreiro de 2019.
- COMISIÓN NACIONAL DOS MERCADOS E DA COMPETENCIA (España), *G-2019-02 Guía sobre contratación pública y competencia. Fase 1: La planificación de la contratación pública*, 16 de decembro de 2020.
- DE GUERRERO MANSO, C., “Las consultas preliminares del mercado, una herramienta para mejorar la eficiencia de la contratación pública”, Gimeno Feliú, J.M.^a (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 1047-1071.
- DE SOMER, S. e HOFSTRÖSSLER, L., “Who’s Afraid to Cooperate?: CJEU Adopts Strict View of Non-Institutionalised Cooperation”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, n. 3, 2020, pp. 242-251.
- DÍEZ SASTRE, S., “Formas y estructuras organizativas de la Administración de los contratos públicos en el mercado interior europeo”, Gimeno Feliú, J.M.^a (dir.), Bernal Blay, M.Á. (coord.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 55-82.
- DÍEZ SASTRE, S., *La formación de conceptos en el Derecho público. Un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- DÍEZ SASTRE, S., “¿Se debe aplicar el artículo 86 LRJSP a los medios propios locales?”, *Blog de idluam.org*, 9 de xaneiro de 2019.
- DÍEZ SASTRE, S., “La acción concertada como nueva forma de gestión de los servicios sanitarios”, Agulló Agüero, A. (dir.), Marco Peñas, E. (coord.), *Financiación de la sanidad: tributación, gestión, control del gasto y reparto constitucional del poder financiero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 231-261.
- DÍEZ SASTRE, S., “Contratos «open-house»: comprar sin licitar”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 15, 2021, pp. 5-23.
- DÍEZ SASTRE, S., “¿Cambiará la pandemia el Derecho de la contratación pública?”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2021, pp. 257-272.
- DÍEZ SASTRE, S. e MARCO PEÑAS, E., “La convergencia de las reglas de contratación pública y disciplina presupuestaria en el sector público instrumental”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 205, 2020.
- DIRECTORATE-GENERAL FOR INTERNAL MARKET, INDUSTRY, ENTREPRENEURSHIP AND SMEs (European Commission), *Study on the measurement of cross-border penetration in the EU public procurement market, Final Report*, marzo 2021.
- ESTEVAN DE QUESADA, C., “Competition and Transparency in Public Procurement Markets”, *Public Procurement Law Review*, n. 5, 2014, pp. 229-244.
- ESTEVE PARDO, J., *Estado Garante. Idea y Realidad*, INAP, Madrid, 2015.
- FERRIS, J. e GRADY, E., “Contracting out: For What? With Whom?”, *Public Administration Review*, n. 46, 1986, pp. 332-344.

Regap



ESTUDIOS

- FUENTES-BARGUES, J.L., BASTANTE-CECA, M.J., FERRER-GISBERT, P.D. e GONZÁLEZ-CRUZ, M.C., “Analysis of the Situation of Social Public Procurement of Works at the Valencian Region (Spain)”, *Sustainability*, n. 13, 2021, pp. 1-23.
- GAGO DE SANTOS, P., *Colaboraciones público-privadas: procedimientos para minimizar sus costes de transacción*, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2014.
- GARCÍA-ANDRADE, J., “¿Huida o expansión del derecho administrativo?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 209, 2020, pp. 139-170.
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E., “La figura del contrato administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n. 41, 1963, pp. 99-130.
- GARRARD, G., *The Return of the State. And Why it is Essential for our Health, Wealth and Happiness*, Yale University Press, Cornwall, 2022.
- GARRIDO JUNCAL, A., “Las nuevas formas de gestión de los servicios sociales: elementos para un debate”, *Revista Catalana de Dret Públic*, n. 55, 2017, pp. 84-100.
- GABNER, M. e STRÖMER, J.M., “Mutiges Querdenken oder Abschied von der klassischen Subsumtion? — Der «Open-house» — Beschluss der OLG Düsseldorf vom 13. August 2014 – VII – Verg 13/14”, *NZS*, n. 21, 2014, pp. 811-815.
- GIMENO FELIÚ, J.M.^a, “La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 52, 2018, pp. 12-65.
- GIMENO FELIÚ, J.M.^a, “La necesaria interpretación subjetivo-funcional del concepto de poder adjudicador en la contratación pública”, *Revista de Administración Pública*, n. 151, 2000, pp. 425-439.
- GIMENO FELIÚ, J.M.^a, “Las fronteras del contrato público: Depuración conceptual de los negocios jurídicos excluidos desde la perspectiva funcional del Derecho europeo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 205, 2020, pp. 19-60.
- GIMENO FELIÚ, J.M.^a, “El necesario *big bang* en la contratación pública: hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 59, 2022.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., “Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación”, *Revista de Administración Pública*, n. 173, 2007, pp. 217-237.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., “La adjudicación directa de contratos públicos a entidades sin ánimo de lucro”, Laguna de Paz, J.C., Sanz Rubiales, I., De los Mozos Touya, I. e Martínez López-Muñiz, J.L. (coords.), *Derecho administrativo e integración europea. Estudios en Homenaje al Prof. José Luis Martínez López-Muñiz*, Vol. 2 Tomo 2, Reus, Madrid, 2017, pp. 1035-105.
- HUERGO LORA, A., “La cooperación horizontal mediante convenios después de las sentencias ISE y Remondis 2”, *Observatorio de contratación pública*, 12 de xuño de 2020. Acceso web: www.obcp.es.
- JHA, H., “Interrogating the resurgence of administrative state: ideas and state capacity”, *International Journal of Public Sector Management*, n. 35(4), 2022.

- MAGRI, M., “Il “collasso” del sistema degli appalti nella prima fase dell’emergenza sanitaria”, *Istituzioni del Federalismo*, n. especial, 2020, pp. 77-88.
- MALARET I GARCÍA, E., “Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformaciones del contexto”, *Revista de Administración Pública*, n. 145, 1998, pp. 49-87.
- MEDINA ARNÁIZ, T., “Publicación del estudio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) Government at a Glance 2021”, *blog del www.obcp.es*, 13 de xullo de 2021.
- MEGGIT, B., “Partnering with Agents: How the Covid-19 Pandemic changed Relations between the UK Government and Public Service Contractors”, *The Political Quarterly*, n. 93(2), 2022, pp. 244-252.
- MINERVINI, V., “Il ritorno dell Stato salvatore. Nuovi paradigmi (post Covid) nel rapporto fra Stato e mercato?”, *Mercato concorrenza regole*, n. 3, 2022, pp. 471-506.
- OECD, *Towards Efficient Public Procurement in Colombia: Making the Difference*, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing, París, 2016.
- OECD, *Public Procurement in Peru: Reinforcing Capacity and Co-ordination*, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing, París, 2017.
- OECD, *Enhancing the Use of Competitive Tendering in Costa Rica’s Public Procurement System: Streamlining the Exceptions and Redesigning the Threshold System*, OECD Publishing, París, 2019.
- OECD, *Towards a new vision for Costa Rica’s Public Procurement System: Assessment of key challenges for the establishment of an action plan*, OECD Publishing, París, 2020.
- OECD, *Contratación Pública en el Estado de México: Mejorando la Eficiencia y la Competencia*, Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública, OECD Publishing, París, 2021.
- OECD, *Recommendation of the Council on Public Procurement*, OECD/LEGAL/0411, 2022.
- OFICINA INDEPENDENTE DE REGULACIÓN E SUPERVISIÓN DA CONTRATACIÓN, *Informe especial de supervisión relativo a la contratación estratégica 2020. Contratos reservados y criterios medioambientales, sociales y de innovación*, marzo de 2022. Acceso web: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informes-especiales-supervision/ies-contratacion-estrategica.pdf>.
- OFICINA INDEPENDENTE DE REGULACIÓN E SUPERVISIÓN DA CONTRATACIÓN, *Informe Anual de Supervisión 2022. Módulo I. Las cifras de la contratación pública en 2021*. Acceso web: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informe-anual-supervision-2022/ias2022-modulo1.pdf>.
- OFICINA INDEPENDENTE DE REGULACIÓN E SUPERVISIÓN DA CONTRATACIÓN, *Informe Anual de Supervisión 2023. Módulo I. Las cifras de la contratación pública en 2022*. Acceso web: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informe-anual-supervision-2023/ias2023-modulo1.pdf>.
- PEMÁN GAVÍN, J.M.^a, “La Asistencia Social en España: delimitación conceptual y marco jurídico general”, *Documentación Administrativa*, n. 271-272, 2005, pp. 39-79.

Regap



ESTUDIOS

- PINHEIRO MARTINS, F. e ROMANO MORILAS, L., “Unsuccessful public procurement: why so many electronic bidding does fail?”, *Conference paper: 4th RME Research Conference*, 13-14 de septiembre de 2017, Curitiba, Brazil. Acceso web: www.researchgate.net.
- QIAN, J., LU, J. e ZHAO, J., “A replication of “exploring an explaining contracting out: Patterns among the American states”, *Public Administration*, n. 100(4), 2022, pp. 1-22.
- REBOLLO PUIG, M., “Los entes instituciones de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, *Revista de Administración Pública*, n. 161, 2003, pp. 359-393.
- REYNAERS, A.-M., NAVARRO, C., GONZÁLEZ MEDINA, M. e RAMA, J., *La externalización de servicios públicos a nivel local. Experiencias, competencias y desafíos de la gestión de los contratos*, INAP, Madrid, 2021.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.^a, *La administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- SAFAR DÍAZ, M.S., *Análisis económico de los procedimientos de selección de contratistas del Estado en el Derecho colombiano. Hacia un mecanismo eficiente y transparente*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.
- SÁNCHEZ GRAELLS, A., “Truly Competitive Public Procurement as a “Europe 2020” Lever: What Role for the Principle of Competition in Moderating Horizontal Policies?”, *European Public Law*, n. 2, 2016, pp. 377-394.
- SAVVIDES, D.S., “Public vs Private Waste Management: Is It a Matter of Privatisation or Effective Public Management?”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, n. 2, 2018, pp. 156-168.
- SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- SCHMIDT-ASSMANN, E., *La dogmática del Derecho administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2021.
- SEMPLE, A., *A Practical Guide to Public Procurement*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- SHILLINGFORD MCKLON, S.J.-A. e SINCLAIR, S.G., “Small market – big money. Amalgamating the procurement market to transform small size into an economic advantage”, Piga, G. e Tátrai, T. (eds.), *Law and Economics of Public Procurement Reforms*, Routledge, Cornwall, 2018, pp. 31-60.
- TEJEDOR BIELSA, J., “De medios propios, encargos y mayor eficiencia de la contratación pública”, *Blog de espublico.es*, 29 de agosto de 2022.
- TORNOS MAS, J., “La llamada remunicipalización de servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, *Cuadernos de Derecho Local*, n. 43, 2017, pp. 12-30.
- VALDIVIA, J.M., *Manual de Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- VAQUER CABALLERÍA, M., *La acción social (un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- VILALTA REIXACH, M., “De nuevo sobre los negocios jurídicos excluidos de la Ley de contratos del sector público: encargos a medios propios personificados y

- transferencias de competencias entre entidades públicas”, *Revista Galega de Administración Pública*, n. 56, 2019, pp. 261-295.
- VILLAR ROJAS, F.J., “El impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en la gestión de los servicios públicos locales”, *Anuario de Derecho Municipal 2017*, Instituto de Derecho Local da UAM, Madrid, 2018, pp. 75-101.
- VILLAR ROJAS, F.J., “Los modelos de gestión de los servicios sanitarios en España”, Agulló Agüero, A. (dir.), Marco Peñas, E. (coord.), *Financiación de la sanidad: tributación, gestión, control del gasto y reparto constitucional del poder financiero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- VOGEL, L., “Macroeconomic effects of cost savings in public procurement”, *Economic Papers*, n. 289, 2009, pp. 1-13.
- WAN-JU HUNG, J.L., “What brings the state back in? An examination of contracting reversal”, *International Journal of Public Sector Management*, n. 35(4), 2022.
- WILLIAMS, R., “Modernising the EU Public Procurement regime. A summary of the key changes to the public sector”, *Public Procurement Law Review*, n. 3, 2014.

Regap



ESTUDIOS

