



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 66_junio-diciembre 2023 | pp. 329-364
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 bajo licencia 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 Derecho Administrativo (acr. catedrática de Universidad)

Instituto de Derecho Local

Universidad 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 se enmarca en el desarrollo del Proyecto I+D+i de Retos de la Sociedad de la convocatoria de 2020: "El sector público al servicio de la responsabilidad estratégica del Estado" (referencia: PID 2020-115834RB-C31). Constituye una versión actualizada del trabajo presentado en el I Congreso Internacional de Contratación del Estado, Universidad Externado de Colombia, 15, 16 y 17 de marzo de 2023, de próxima publicación en las actas de dicho 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 del concepto de contrato público. 2.1 Funcionalización del concepto de contrato público. 2.2 Libertad de los Estados miembros para contratar. 3 ¿Y si licitar no siempre fuera la fórmula más eficiente? 3.1 Costes y beneficios de licitar. 3.2 Condiciones que aseguran la eficiencia de los procedimientos de licitación. 3.2.1 Planificación y buen diseño del contrato. 3.2.2 Pluralidad de licitadores. 3.2.3 Selectividad. 4 Alternativas a la licitación. 4.1 Colaboración público-pública. 4.1.1 Vertical. 4.1.2 Horizontal. 4.2 Colaboración con el tercer sector. 4.3 Más allá del contrato: fórmulas no contractuales. 4.3.1 Transferencia de competencias. 4.3.2 Contratos *open-house*. 5 Reflexiones finales.

1 Introducción

La contratación pública es uno de los sectores de referencia del Derecho administrativo contemporáneo². Esta afirmación, que describe la realidad del Derecho continental europeo de los últimos veinte años, probablemente sea extrapolable con los matices oportunos al contexto internacional. La corriente de privatizaciones en el tramo final del siglo XX³, enmarcada en las teorías del *New Public Management*, condujo a la mutación hacia un Estado regulador y garante⁴. En su nuevo rol, el sector público se apoyó de forma más intensa en el mercado para adquirir bienes y servicios ligados

² Se toma el concepto de "sector de referencia" (*Referenzbereich*) connotado metodológicamente en la 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 y ss.

³ CLIFTON, J., WARNER, M.E., GRADUS, R. y 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.

al ejercicio de sus competencias⁵. Una parte importante del gasto público pasó a ejecutarse a través de contratos públicos. Así, es habitual que se hagan afirmaciones en torno al volumen del producto interior bruto (PIB) que se destina a las compras públicas⁶. Los recortes derivados de la crisis económica de 2008 reforzaron parcialmente esta tendencia a promover la contratación pública⁷. Tiempo después, durante la pandemia, los contratos públicos ocuparon un papel protagonista para hacer frente, fundamentalmente, a la provisión de productos en el ámbito farmacéutico y sanitario⁸. En la actualidad, en un contexto de recuperación en el que se están realizando inversiones públicas extraordinarias, la contratación pública se ha erigido como un instrumento estratégico de los Estados⁹.

En el contexto descrito, y en coherencia con el nuevo protagonismo del mercado, se produjo un desarrollo exponencial del Derecho de la competencia que no tardó en proyectarse sobre la actividad pública. El mercado se consolidó jurídicamente como un sujeto que debe protegerse del Estado y por el Estado. La contratación pública fue uno de los sectores donde se produjo una intensa penetración de reglas de competencia en la actividad administrativa. Los cambios promovidos en esta línea impactaron de lleno en los ordenamientos jurídicos nacionales, muy especialmente en aquellos imbuidos de la tradición francesa del contrato administrativo. Esta categoría, que actuó como pieza clave en la creación del Derecho administrativo separándose de los conceptos propios del Derecho civil¹⁰, ha experimentado una profunda transformación. Si el contrato administrativo se caracterizaba, fundamentalmente, por el régimen de prerrogativas que se activaba en la fase de ejecución con el fin de garantizar el interés general¹¹, el contrato público contemporáneo se define, fundamentalmente, a partir de las reglas que disciplinan su adjudicación¹². Hay que evitar que el Estado perjudique el buen funcionamiento del mercado cuando elige a sus contratistas, porque los sujetos públicos no se conducen necesariamente por reglas de racionalidad económica. Pueden contratar con operadores económicos nacionales para proteger su economía, distorsionando la competencia; o pueden dejarse guiar por la inercia y contratar siempre con los mismos sujetos; sin olvidar los supuestos de corrupción en los que la contratación es una vía para desviar fondos públicos de manera ilícita.

Regap



ESTUDIOS

⁵ QIAN, J., LU, J. y 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, los países de la OCDE-UE destinaron de media un 14,9 % de su PIB a la 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 julio 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 y 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 Tempranamente, sobre esta cuestión, en el contexto europeo, ARIÑO ORTIZ, G., "El concepto de contrato público en la CEE", *Noticias de la Unión Europea*, n. 21, 1986, pp. 19-26.

El desarrollo reciente del Derecho de la contratación pública ha partido de una premisa indiscutida: el buen funcionamiento de las reglas del mercado conduce a una mejor utilización de los fondos públicos. En esta línea, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) incentiva activamente la utilización de procedimientos competitivos para reducir los costes y mejorar la ejecución de los contratos públicos¹³. En el ámbito de la Unión Europea la garantía de buen funcionamiento del mercado interior ha reforzado especialmente este punto de partida a través de las reglas del Derecho primario y secundario. Se entiende que la mejora de la contratación pública genera importantes beneficios macroeconómicos: optimiza el rendimiento de los fondos públicos, ajusta la estructura empresarial y aumenta la productividad como consecuencia de la competencia entre los operadores. Se aduce, además, que los estudios empíricos realizados sobre el comportamiento del mercado han demostrado que los procedimientos de licitación que promueven la transparencia y la competencia tienden a reducir el precio de las prestaciones¹⁴.

Con apoyo en estos postulados económicos se ha ampliado progresivamente el ámbito de aplicación de las reglas de contratación pública, tanto en sentido subjetivo como objetivo. Esa expansión se ha hecho especialmente intensa en el ámbito del Derecho europeo gracias a la funcionalización de los conceptos jurídicos de la contratación pública auspiciada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Como resultado, el Derecho de los contratos públicos ha colonizado espacios previamente reservados a reglas de Derecho de la organización o de gestión de servicios públicos. No solo se ha fomentado la licitación de contratos públicos en los casos en que el sector público acudía al mercado, evitando prácticas proteccionistas, poco transparentes o, incluso, corruptas. Se ha asumido de forma prácticamente indiscutida que es más eficiente aplicar las reglas de licitación de contratos públicos para satisfacer necesidades públicas que otro tipo de técnicas de colaboración público-privada o público-pública empleadas con anterioridad. Piénsese, por ejemplo, en la celebración de encomiendas de gestión o de convenios, que permitían la celebración de acuerdos entre sujetos públicos; así como en las fórmulas de gestión de servicios públicos, especialmente los ligados al Estado social (sanidad y educación) en la forma de convenios y conciertos, en muchas ocasiones con entidades sin ánimo de lucro o de voluntariado.

Ahora bien, en los últimos años, distintos factores han revertido la tendencia progresiva a concentrar en la licitación de contratos toda la actividad pública vinculada a la adquisición de bienes y servicios. En el ámbito de la Unión Europea, hay que destacar la resistencia de ciertos Estados miembros a renunciar a otras formas de proveerse de servicios en el mercado mediante técnicas autoorganizativas o de colaboración, tanto entre sujetos públicos como con determinados sujetos privados –especialmente del tercer sector–. Esa resistencia ha conducido al reconocimiento progresivo de vías alternativas a la licitación de contratos públicos. En otro orden

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

¹⁴ Al respecto, el influyente texto de VOGEL, L., "Macroeconomic effects of cost savings in public procurement", *Economic Papers*, n. 289, 2009, pp. 1-13, p. 1.

de ideas, la crisis económica de 2008 supuso una pérdida de fe en el buen funcionamiento del mercado que se reflejó en el intento de recobrar la gestión pública directa de determinados servicios, especialmente a nivel local –es el proceso de las llamadas remunicipalizaciones que se ha expandido con carácter internacional–¹⁵. Este factor ha contribuido a reivindicar el papel del sector público instrumental en la gestión de servicios públicos. En esta misma línea, la pandemia ha puesto de manifiesto los límites del Derecho de los contratos públicos. La ruptura del mercado a nivel mundial hizo inútiles las reglas de contratación pública, diseñadas para operar y garantizar, al mismo tiempo, el funcionamiento ordinario del mercado¹⁶. A nivel interno, en países como España, la pandemia ha destapado carencias fundamentales del sistema, como la falta de planificación, priorización y especialización en las compras públicas y las excesivas cargas burocráticas¹⁷.

Los factores señalados van de la mano de cierto “retorno al Estado”, que supone cuestionar la premisa de mayor eficiencia del mercado en la provisión de bienes y servicios y, muy especialmente, de servicios públicos. En la literatura reciente se encuentra una toma de conciencia de la necesidad de dotar al Estado de la capacidad y los medios necesarios para adoptar una posición estratégica frente a retos de carácter global desde una perspectiva que supere lo puramente económico para incluir el interés general¹⁸. Esto no supone renegar de las fórmulas de colaboración público-privada que se canalizan a través de la contratación pública, pero sí obliga a cuestionar la supuesta mayor eficiencia del mercado en todo tiempo y lugar. Es preciso identificar, así, fórmulas alternativas a la contratación pública que puedan aportar valor desde puntos de vista que no son solo estrictamente económicos y que permitan la libertad de elección de gobiernos legítimos democráticamente.

Los Estados contemporáneos están sometidos a intensas exigencias del Estado de Derecho. Tienen estructuras diversas de distribución de poder. Deben hacer frente a importantes demandas derivadas del Estado social en un contexto de retos globales. Parece razonable entender que, en ese contexto, no existe una única fórmula mejor en todo caso, la contratación pública. Los Estados deben contar con un catálogo diverso de fórmulas que les permitan proveerse de los bienes y servicios que requieren. Por supuesto, la contratación pública será una herramienta fundamental,

¹⁵ Entre otros muchos, CLIFTON, J., WARNER, M.E., GRADUS, R. y 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 en la literatura reciente a nivel internacional; sirvan de muestra los siguientes ejemplos: 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. y TOPOROWSKI, J., *The Return of the State. Restructuring Britain for the Common Good*, Agenda Publishing, Croydon, 2021.

que debe afinarse para responder a las necesidades contemporáneas¹⁹; pero habrá determinados contextos en los que pueda considerarse adecuado emplear técnicas alternativas a la contratación pública. No cabe hablar aquí de una “huida de la contratación pública”²⁰, en la medida en que estas técnicas alternativas no sirven para evadir la aplicación del Derecho administrativo. Solo podría considerarse huida si se entendiera que la contratación pública es siempre la mejor manera de proveerse de bienes y servicios en el mercado, cuestión que se plantea en esta investigación.

En el contexto descrito, el trabajo que sigue a continuación toma como punto de referencia el Derecho de la contratación pública que la Unión Europea ha dictado para los Estados miembros, así como el Derecho español en la materia. Se da cuenta, en primer lugar, de la europeización y expansión de la contratación pública (2), a través de la funcionalización de los conceptos empleados en las normas europeas e interpretados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y de la progresiva limitación de la libertad de los Estados miembros para decidir licitar o no. Seguidamente se analiza la pregunta que da título a esta investigación: ¿y si licitar no siempre fuera la fórmula más eficiente? (3). Para responderla, se expone el juego de compensación de costes y beneficios que se produce en la licitación y se da cuenta de los presupuestos económicos fundamentales sobre los que se apoya la eficiencia de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. En este punto se alude a documentos y doctrina internacional, más allá del contexto europeo y español. Tras la justificación de la existencia de escenarios y situaciones en las que la licitación no siempre es necesariamente la mejor opción, se analizan las fórmulas alternativas a la contratación pública (4). En este punto se vuelve especialmente a la referencia del Derecho de la Unión Europea para exponer las excepciones a la licitación que se han reconocido progresivamente en la jurisprudencia del TJUE y en las directivas, así como a las fórmulas no contractuales. El trabajo se cierra con unas breves conclusiones (5).

2 Europeización del concepto de contrato público

El Derecho de contratación pública consagrado en las directivas y la jurisprudencia europeas se ha configurado a partir de los postulados económicos que se han expuesto en el planteamiento. A partir de las Directivas de 2004 (Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE), tuvo lugar un proceso de progresiva expansión de las reglas de contratación pública que, en gran medida, se realizó gracias a la interpretación del concepto de contrato público por el TJUE. Las reglas de adjudicación de contratos públicos, que permitían seleccionar la mejor oferta disponible en el mercado, asegurando igualdad, concurrencia y transparencia, debían extenderse a todos los

¹⁹ Al respecto, las propuestas 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*, n. 59, 2022.

²⁰ Aparece la expresión tempranamente 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.

supuestos de adquisición de prestaciones. El concepto de contrato público se despojaba, así, de elementos esenciales en las tradiciones jurídicas nacionales, como puede ser la existencia de acuerdo de voluntades entre dos partes autónomas. Se operaba, de este modo, una funcionalización del concepto de contrato. Este proceso puede explicarse, en parte, por la limitada competencia de la Unión Europea en este ámbito, que se liga fundamentalmente a la realización del mercado interior (art. 114 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), y que le impide, en principio, inmiscuirse en el ámbito de organización interna de los Estados miembros. El resultado es una pérdida de espacio por parte de los Estados miembros para definir fórmulas alternativas a la contratación pública y de limitación indirecta de su libertad para decidir acudir o no al mercado.

2.1 Funcionalización del concepto de contrato público

El TJUE ha afirmado en distintas ocasiones el deber de interpretar en clave funcional los conceptos empleados en las reglas europeas de contratación pública²¹. De este modo, concentra el poder para determinar el alcance del Derecho europeo y asegura su efecto útil. El concepto de contrato público se ha desarrollado en los últimos años en torno a cuatro notas esenciales, que están ligadas a las partes del contrato (ámbito subjetivo), el objeto del contrato (ámbito objetivo), la existencia de onerosidad y de selectividad. La última de estas notas se ha identificado en una jurisprudencia muy reciente, así que puede considerarse que todavía está en una fase de configuración, especialmente en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. A continuación, se exponen de forma breve estos elementos que conforman los contratos públicos en el Derecho europeo y que se apoyan en la definición contenida en las directivas²².

En primer lugar, la configuración del ámbito subjetivo de aplicación de las normas sobre contratación pública se apoya en una definición funcional del concepto de entidad adjudicadora. Si convenimos en que la Administración de los Estados miembros es la destinataria del Derecho europeo de los contratos públicos, se trata de una Administración con distintas formas de personificación (públicas o privadas) que no se define en clave orgánica sino funcional: no importa su integración subjetiva en la Administración, entendida en sentido estricto, ni tampoco la realización de funciones típicamente administrativas. Lo relevante es que pueda considerarse un poder adjudicador de carácter público que interviene en el mercado y que, dada su condición, puede ocasionar potenciales distorsiones de la competencia entre los operadores económicos. Todas las administraciones territoriales y los organismos de Derecho público serán, así, poderes adjudicadores.

²¹ Entre otras: STJUE de 20 de septiembre de 1988, C-31/87, *Beentjes/Estado neerlandés*; STJUE de 10 de noviembre de 1998, C-360/96, *Gemeente Arnhem y Gemeente Rheden/BFI Holding*; STJUE de 17 de diciembre de 1998, C-353/96, *Comisión/Irlanda*; y STJUE de 13 de diciembre de 2007, C-337/06, *Bayerischer Rundfunk y otros*.

²² Sirva de referencia la definición del art. 2.1 (5) Directiva 2014/24/UE: "«Contratos públicos»: los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios".

El concepto tradicional de Administración queda desbordado, en la medida en que también los organismos de Derecho público –definidos por las propias normas europeas– son poderes adjudicadores. Con independencia de la forma jurídica de personificación, en la medida en que una entidad se crea específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil o industrial y que está estrechamente vinculada a otros poderes adjudicadores a través de la financiación o de la composición de los órganos de supervisión, vigilancia o control, será un sujeto sometido a la aplicación de las normas “públicas” de contratación²³. El Derecho europeo de contratación supera, así, la distinción tradicional entre público y privado propia de los derechos nacionales de los Estados miembros. De esta manera, desincentiva la huida a formas de organización de Derecho privado, puesto que el grado de sometimiento a las normas de contratación es igual para todos los entes que ostentan la condición de poder adjudicador²⁴.

Junto a la definición de la entidad contratante, hay que atender a la contraparte, que participa en las licitaciones y puede lograr la adjudicación del contrato. Para referirse a ella, se emplea el concepto de operador económico. La interpretación de este concepto es muy amplia con el fin de garantizar la participación de todos los posibles interesados en una licitación²⁵. No se quiere perder la oportunidad de encontrar la mejor oferta disponible en el mercado simplemente por haber definido de forma estrecha los contornos de quien puede ser o no operador económico. Por esa razón, entiende el TJUE que un operador económico no tiene por qué perseguir beneficio económico con su actividad o tener como finalidad prioritaria la obtención de lucro²⁶. Tampoco tiene que disponer de estructura empresarial, ni debe tener una presencia regular en el mercado. Además, el operador económico no tiene por qué ser capaz de ejecutar la prestación con sus propios recursos, basta con que esté en condiciones de realizarla ofreciendo suficientes garantías para ello²⁷. Y no importa que la entidad sea pública o privada y que esté financiada con fondos públicos. Esto último significa que la relación entre dos entidades públicas no queda excluida del concepto de contrato público de forma automática²⁸; lo que supone que las formas de colaboración interadministrativa pueden considerarse contratos públicos. Asimismo,

²³ Art. 2.1 apdos. 1-4 Directiva 2014/24/UE. Entre otras, STJUE de 15 de enero de 1998, C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG y Strohal Rotationsdruck GesmbH*; STJUE de 10 de noviembre de 1998, C- 360/96, *Gemeente Arnhem y Gemeente Rheden y BFI Holding BV*; STJUE de 12 de diciembre de 2002, C-470/99, *Universale-Bau AG y otros y Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*; STJUE de 16 de octubre de 2003, C-283/00, *Comisión de las Comunidades Europeas y Reino de España*; STJUE de 27 de febrero de 2003, C-373/00, *Adolf Truley GmbH contra Bestattung Wien GmbH*; STJUE de 22 de mayo de 2003, C-18/01, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen y otros y Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa y otros*. 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, 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 STJUE de 19 de mayo de 2009, C-538/07, *Assitur*.

²⁶ STJUE de 23 de diciembre de 2009, C-305/08, *CoNISMa*.

²⁷ STJUE de 12 de junio de 2001, C-399/98, *Ordine degli Architetti y otros*.

²⁸ Entre otras, STJUE de 18 de enero de 2007, C-220/05, *Jean Aroux y otros*.

puede haber contrato público entre una entidad contratante y una entidad sin ánimo de lucro²⁹. En todos estos casos, en principio, debería licitarse la adjudicación de estos contratos.

El ámbito objetivo de los contratos públicos se define, también, de forma amplia: obras, servicios y suministros. Además, a partir de la Directiva 2014/23/UE se incluye una regulación propia para las concesiones de obras y de servicios. La amplitud del objeto de los contratos y concesiones se morigera, no obstante, con el reconocimiento de exclusiones. Así sucede en atención a determinadas prestaciones que presentan características que hacen poco idónea la licitación: piénsese, por ejemplo, en servicios de arbitraje o conciliación o en el ejercicio de funciones públicas. También en esa línea, se da un tratamiento especial, con reglas flexibles de adjudicación, en determinados servicios que tienen un especial arraigo nacional, como es el caso de los servicios sociales³⁰. Asimismo, como exclusiones a la licitación, aparecen determinados contratos entre entidades del sector público, en la medida en que se cumplan una serie de condiciones³¹ –sobre esta cuestión se vuelve más adelante al hablar de las fórmulas alternativas a la contratación–.

El siguiente elemento que debe concurrir para considerar que existe un contrato público es onerosidad. La jurisprudencia del TJUE ha reiterado que existe contrato público, aunque la contraprestación consista únicamente en el reembolso de los gastos en que se ha incurrido para realizar el objeto del contrato³². Lo mismo sucede con el reembolso de costes, que tampoco impide entender que se esté ante un contrato público, incluso cuando los costes cubren una parte de los costes generales de funcionamiento³³. Esto significa que la colaboración entre entidades públicas en la que solo se reembolsen los costes puede considerarse teóricamente como un contrato público. Y lo mismo sucedería con la colaboración con entidades sin ánimo de lucro, por ejemplo.

Por último, para que exista un contrato público en clave europea, debe existir selectividad. Esto significa que el poder adjudicador elige a uno o varios operadores económicos frente a otros. El contrato beneficia a unas partes definidas claramente. Dicho de otra manera, el contratista o los contratistas tendrán exclusividad con respecto a otros posibles operadores económicos que han resultado preteridos en la licitación. Por esa razón, cuando no se da la nota definitiva de la selectividad, no hay contrato público conforme al Derecho europeo y no es necesario aplicar las reglas y principios que se consagran en las directivas de contratación pública. La elección de un adjudicatario se considera, de este modo, un elemento intrínsecamente ligado al concepto de contrato público³⁴. Más adelante, en relación con las fórmulas alternati-

²⁹ STJUE de 29 de noviembre de 2007, C-119/06, *Comisión c. Italia*; STJUE de 11 de diciembre de 2014, C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 "Spezzino" y otros*.

³⁰ Las exclusiones se recogen en los arts. 7 y ss. Directiva 2014/24/UE.

³¹ Art. 12 Directiva 2014/24/UE.

³² STJUE de 28 de enero de 2016, C-50/14, *CASTA and others*.

³³ STJUE de 19 de diciembre de 2012, C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros*.

³⁴ STJUE de 2 de junio de 2016, C-410/14, *Falk Pharma*; y STJUE de 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.),

vas a la contratación, se volverá sobre esta exigencia de selectividad. Lo relevante en este momento de la exposición es constatar cómo la funcionalización del concepto de contrato público a través de sus elementos extiende la lógica de la licitación como regla general a ámbitos que previamente se habían explicado en otras claves, como, por ejemplo, la autoorganización y colaboración administrativa o la colaboración con el tercer sector. Todo ello conduce a una limitación de la libertad para decidir contratar o no, como se analiza seguidamente.

2.2 Libertad de los Estados miembros para contratar

La ampliación del concepto de contrato público conlleva automáticamente una extensión del deber de licitar, con independencia de que, en un momento posterior, se reconozcan excepciones a esa obligación. Esto significa que el Derecho europeo adopta una posición de partida proclive a la contratación pública. En el contexto de la Unión Europea se entiende que las reglas de funcionamiento del mercado aseguran un eficaz abastecimiento de bienes y servicios a los entes públicos. Se trata de un axioma económico que se plasma jurídicamente. Por esa razón, no hay que justificar el empleo de procedimientos de contratación pública, que se presumen siempre eficaces y ajustados a las reglas europeas. Hay que motivar, eso sí, la provisión de bienes y servicios de forma alternativa a la licitación. De ninguna manera se entiende que pueden existir fórmulas que, en casos concretos, puedan ser más eficientes que abrir un procedimiento de licitación apoyado en la concurrencia competitiva de varios operadores económicos. Esta consideración de la licitación como regla general cuyas excepciones deben motivarse es compartida por otros ordenamientos jurídicos³⁵.

La lectura de las directivas de contratación pública podría llevar a una conclusión distinta. Siempre afirman la libertad de los Estados miembros para elegir si una necesidad se satisface mediante el recurso al mercado o a través de otras fórmulas. Se habla, así, de libertad de administración de los Estados miembros. Por ejemplo, la Directiva 2014/24/UE relativa a los contratos públicos, afirma en sus considerandos:

«(5) Debe recordarse que ninguna disposición de la presente directiva obliga a los Estados miembros a subcontratar o a externalizar la prestación de servicios que deseen prestar ellos mismos o a organizarlos de otra manera que no sea mediante contratos públicos en el sentido de la presente directiva (...).»³⁶

La doctrina también ha entendido tradicionalmente que los Estados miembros gozaban de esa libertad³⁷. Sin embargo, esa cautela se explica por la ausencia de un

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.

³⁵ En el caso de Chile, VALDIVIA, J.M., *Manual de Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 302.

³⁶ En la misma línea, el artículo 2.1 *in fine* Directiva 2014/23/UE y el Considerando 7 Directiva 2014/25/UE.

³⁷ Así, entre otros, 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 instituciones 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

título competencial suficiente que pudiera conducir a la solución contraria. La Unión Europea no puede obligar a los Estados miembros a contratar, pero su regulación de la contratación pública genera claros incentivos para hacerlo. El hecho de que el concepto de contrato se amplíe a actuaciones tradicionalmente consideradas parte del Derecho de organización interna de los Estados miembros es una buena muestra de ello. Cuando un convenio de colaboración interadministrativa se considera un contrato público, la regla general será la licitación y deberán concurrir circunstancias específicas que justifiquen la excepción al procedimiento competitivo para su adjudicación. Puede entenderse entonces que el Derecho europeo empuja indirectamente al mercado, en la medida en que extiende el concepto de contrato a fórmulas de organización interna de la Administración y a todo tipo de colaboración público-privada para la realización de prestaciones públicas –por ejemplo, convenios con entidades sin ánimo de lucro del tercer sector– y somete a todas ellas a un severo test de compatibilidad con el mercado interior³⁸.

En el caso de España, esta situación se acentúa en la medida en que el legislador ha manifestado su opción favorable a la contratación pública frente a otras alternativas. Es el caso de la utilización de entidades instrumentales que puedan satisfacer sus necesidades de adquisición de bienes o servicios. En ese sentido, en el ámbito de la Administración General del Estado, se afirma que las entidades del sector público institucional –normalmente con la forma de sociedades mercantiles públicas– podrán ser medio propio (entidad *in house*) y recibir directamente encargos sin necesidad de licitar cuando tengan medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en su sector de actividad y se dé una de dos circunstancias: “a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica. b) Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico” (art. 86.2 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, LRJSP)³⁹. Elegir no contratar y utilizar los propios medios debe justificarse en términos de eficiencia, cosa que no se exige para adoptar la decisión opuesta: acudir al mercado. Esta situación abre la pregunta en torno a la corrección de la premisa en la que se apoyan estas normas: ¿y si licitar no siempre fuera la fórmula más eficiente?

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.

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

³⁹ Sobre el alcance de esta previsión: 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.

3 ¿Y si licitar no siempre fuera la fórmula más eficiente?

3.1 Costes y beneficios de licitar

Los procedimientos de licitación conllevan elevados costes de transacción para las organizaciones públicas en términos de tiempo y de recursos personales y materiales⁴⁰. También imponen cargas a los operadores económicos participantes, que deben asumir los costes de preparación y participación en los procedimientos, de modo que la eficacia de la licitación está ligada a la obtención de beneficios en la adquisición de bienes y servicios que compensen esos costes⁴¹. Esas ventajas pueden tener carácter exclusivamente económico –se obtiene una prestación de mayor calidad a mejor precio– o estar ligadas a una mejor satisfacción del interés general vinculado al contrato –por ejemplo, se obtiene un servicio o prestación innovadores que no estaban previamente disponibles en el mercado–. En cualquier caso, es relevante que el procedimiento de licitación produzca beneficios para las entidades contratantes del sector público y, en última instancia, para los ciudadanos. Para ello, la licitación debe configurarse con base en criterios que permitan, en primer lugar, seleccionar a licitadores con solvencia económica y técnica idónea para ejecutar el contrato, y, en segundo lugar, comparar las ofertas presentadas en atención a criterios ligados al objeto del contrato que no se apoyen únicamente en el precio y atiendan a diversos criterios relacionados con el objeto del contrato. Solo de ese modo se conseguirá celebrar un “buen contrato”⁴², en el sentido de que exprese el acuerdo de las partes, prevea las posibles eventualidades que surjan en la ejecución y establezca las condiciones para resolverlas, logrando, además, un *good value for money*⁴³.

En España, algunos de los datos ofrecidos por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación Pública (OIReScon) son de gran utilidad para analizar el impacto económico de las licitaciones. Es el caso de la estadística relativa a la reducción obtenida en el precio de adjudicación respecto al presupuesto base de licitación en la actividad contractual de 2022⁴⁴. En el conjunto de todos los tipos de procedimientos de adjudicación contenidos en el ordenamiento jurídico se obtiene una bajada media del precio de adjudicación del 11,01 % con respecto al

⁴⁰ Al respecto, sobre las colaboraciones público-privadas, en detalle, GAGO DE SANTOS, P., *Colaboraciones público-privadas: procedimientos para minimizar sus costes de transacción*, Tesis doctoral, 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.

⁴² SEMPLE, A., *A Practical Guide to Public Procurement*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 120 y 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 INDEPENDIENTE DE REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN DE LA CONTRATACIÓN, *Informe Anual de Supervisión 2023. Módulo I. Las cifras de la contratación pública en 2022*, pp. 114 y ss. Acceso web: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informe-anual-supervision-2023/ias2023-modulo1.pdf>.

presupuesto base de licitación fijado por el ente contratante al abrir el procedimiento (1,2 puntos porcentuales menos que en el año anterior). La mayor ventaja económica se consigue en los procedimientos restringidos tramitados en el nivel de las comunidades autónomas (17,64 %) –en los que se invita a participar a un número limitado de operadores económicos (arts. 160-165 LCSP)–, así como en los procedimientos abiertos simplificados en todos los niveles territoriales (13,99 %) –procedimientos a los que puede concurrir cualquier empresario que se tramitan de forma especialmente ágil (art. 159 LCSP)–⁴⁵. Curiosamente, en los procedimientos negociados no se consiguen bajas relevantes, a pesar de que, en teoría, la negociación debería favorecer precisamente la obtención de unas mejores condiciones para la entidad contratante, en particular en contratos complejos⁴⁶. Si las cifras se analizan desde el punto de vista del objeto del contrato, las mayores ventajas económicas se logran en los contratos de concesión de obras (12,48 %), seguidas de las concesiones de servicios (13,68 %), los contratos de servicios (12,73 %) y los contratos de obras (10,32 %).

De los datos disponibles puede deducirse que en los contratos de prestaciones complejas o en contratos con un importe elevado es más fácil constatar los beneficios de los procedimientos de licitación. Sin embargo, esas ventajas son difíciles de cuantificar y certificar cuando se trata de procedimientos de licitación de contratos de menor cuantía y ligados a bienes y servicios habituales en el mercado. Las cargas burocráticas pueden ser en estos casos excesivas para los beneficios que se pueden obtener en estos procedimientos, lo que puede conducir a su inaplicación en determinados supuestos⁴⁷. En España, el legislador es consciente de esta situación y, por esa razón, existen umbrales *de minimis* que permiten la adjudicación directa –los denominados «contratos menores» (art. 118 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público)–. En esa misma línea, en 2017 se introdujeron fórmulas simplificadas para determinados contratos caracterizados por su valor estimado y los criterios de adjudicación empleados, con el fin de agilizar la contratación (art. 159 LCSP). A pesar de ello, es cierto que un importante volumen de irregularidades y problemas en la contratación se sitúan en los contratos de cuantía media y baja, más que en los contratos más complejos y de mayor cuantía. Y las mayores ventajas económicas y la existencia de competencia real –participación de más de un licitador– se producen en los contratos más importantes.

Esta información es fundamental para que los entes del sector público tomen conciencia de qué procedimientos son menos competitivos. De ese modo pueden elegir los procedimientos más adecuados a las circunstancias de los contratos que deben licitar⁴⁸. Ahora bien, estos datos también ponen sobre la pista de que, quizás,

⁴⁵ No se tienen en cuenta las bajadas logradas en los contratos específicos celebrados en el marco de Sistemas Dinámicos de Adquisición, que tienen una media del 32 %, por las especiales características de esta forma de racionalización de la contratación y por la limitación del tipo de prestaciones que se pueden 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.

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

⁴⁸ En ese sentido, la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA (España), *E/CNMC/004/18 Radiografía de los procedimientos de contratación pública en España*, 7 de febrero de 2019, p. 5.

la contratación pública no es siempre necesariamente la vía más eficiente para proveerse de bienes y servicios necesarios para ejercer las competencias y funciones públicas. De hecho, no parece existir evidencia clara en los estudios empíricos de su eficiencia⁴⁹. Del mismo modo que no todos los procedimientos de licitación de contratos públicos se adaptan de igual forma a todos los contratos, es posible que los procedimientos de licitación de contratos públicos no siempre sean la herramienta idónea para proveerse de todo tipo de bienes y servicios o para lograr la consecución de los fines públicos.

Así se ha puesto de manifiesto por parte de la doctrina al analizar las distintas formas de gestión, directa e indirecta (mediante contratos públicos), de los servicios públicos tanto en el contexto europeo como en el norteamericano. La naturaleza de la prestación, la estructura del mercado, el tipo de sujeto con el que se quiere contratar (ente público, entidad privada, con o sin ánimo de lucro) o la capacidad técnica de la Administración involucrada son factores que pueden afectar a la toma de esta decisión, que está guiada por factores coyunturales más que ideológicos o políticos⁵⁰. En efecto, otra parte de la doctrina sostiene que la optimización de la competencia es el mejor modo de conseguir una adquisición de bienes y servicios eficiente, que puede, incluso, por sí misma promover fines estratégicos como la innovación o la sostenibilidad⁵¹. Pero la eficiencia de la licitación de contratos públicos se apoya en una serie de presupuestos económicos que no siempre concurren en la realidad, bien porque el mercado no siempre funciona de forma óptima, bien porque existen otros valores y fines vinculados al interés general que se satisfacen mejor con otras técnicas jurídicas. Además, las ventajas de la contratación parecen tender a reducirse con el tiempo, una vez que se obtienen los beneficios derivados de externalizar la producción de la prestación requerida⁵².

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

⁵⁰ Así, entre otros: FERRIS, J. y GRADY, E., "Contracting out: For What? With Whom?", *Public Administration Review*, n. 46, 1986, pp. 332-344; BEL I QUERALT, G. y 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 Management?", *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, n. 2, 2018, pp. 156-168; recientemente, en España, REYNAERS, A.-M., NAVARRO, C., GONZÁLEZ MEDINA, M. y 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 y ss.; en relación con Estados Unidos, QIAN, J., LU, J. y ZHAO, J., "A replication of exploring an explaining contracting out: Patterns among the American states", cit., pp. 1-22.

⁵¹ En esta línea, 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 propuesta 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. y ZHAO, J., "A replication of exploring an explaining contracting out: Patterns among the American states", cit., p. 10.

3.2 Condiciones que aseguran la eficiencia de los procedimientos de licitación

El Derecho de la contratación pública –en particular, el Derecho europeo– ha dado forma jurídicamente a una serie de principios de carácter económico con el fin de asegurar que los Estados no distorsionan el buen funcionamiento del mercado al demandar bienes y servicios en el mercado. La contratación pública se configura, de este modo, como un sector regulado de forma estricta por el Derecho⁵³ que pivota en torno al paradigma de la competencia en el mercado. Se entiende que, si mejora la competencia, mejorará también la eficiencia⁵⁴. En España, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia expresa esta premisa de forma muy clara⁵⁵:

«La competencia entre los licitadores les incentiva a ajustar el precio de sus ofertas, a aumentar la calidad ofrecida de bienes y servicios y a presentar mayor variedad de ofertas. Optimiza el uso de los fondos públicos y beneficia tanto a la Administración contratante como a los ciudadanos. Por otra parte, unas condiciones de competencia deficientes pueden derivar en un innecesario desaprovechamiento de recursos públicos, siempre escasos y costosos, en un incremento del riesgo de colusión entre empresas e incluso, en los casos más extremos, en problemas de corrupción».

Esta juridificación de la contratación pública ha conducido a una mayor formalización y, por tanto, a un mejor control de esta parte de la actividad pública. Sin embargo, tiene como presupuesto la concurrencia de múltiples factores que condicionan el buen funcionamiento de los procedimientos de adjudicación⁵⁶. Se trata de condiciones vinculadas tanto a la competencia existente en el mercado, como a la capacidad de la entidad contratante de planificar, diseñar y tramitar adecuadamente la licitación. En la medida en que esos requerimientos no concurren, es posible que la contratación pública no sea siempre la mejor opción. De hecho, en este ámbito de actividad pública se produce un elevado volumen de incumplimientos de determinadas normas que, sin conducir a la invalidez de las actuaciones públicas, pone de manifiesto el desajuste entre la realidad y el Derecho⁵⁷. Es posible que en algunos casos sea necesario mejorar esas circunstancias para potenciar la eficiencia de la contratación pública. Pero habrá otros supuestos en los que, quizás, no sea posible o deseable alterar esas circunstancias y donde otras fórmulas alternativas a la contratación pública puedan ser más eficientes.

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

⁵⁴ En España, COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA (España), *G-2019-02 Guía sobre contratación pública y competencia. Fase 1: La planificación de la contratación pública*, 16 de diciembre 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 DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA (España), *E/CNMC/004/18 Radiografía de los procedimientos de contratación pública en España*, 7 de febrero de 2019, p. 6.

⁵⁶ BALÁZS RIGÓ, C. y KUGLER, T., "Single Bidder Procurement", cit., p. 100.

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

En esta línea, en seguida se analizan algunos de los presupuestos sobre los que se apoya el Derecho de la contratación pública para asegurar una compra eficiente. Para ello, se han tomado como referencia algunos de los parámetros que aparecen en el “cuadro de indicadores del mercado único” (*Single Market Scoreboard*) que anualmente publica la Comisión Europea para medir el buen funcionamiento del mercado interior en relación con los contratos sometidos al Derecho europeo⁵⁸. En el ámbito de la contratación pública, la Comisión proyecta 12 indicadores sobre los Estados miembros: (1) licitador único (en procedimientos abiertos a la competencia); (2) adjudicación directa; (3) publicación de contratos a nivel europeo en atención al PIB; (4) compra conjunta; (5) adjudicación por precio; (6) agilidad en la adjudicación; (7) adjudicación a pymes; (8) presentación de ofertas por pymes; (9) división en lotes; (10) licitaciones con condiciones desconocidas; (11) número de registro del contratista desconocido; (12) número de registro del ente contratante desconocido. Algunos de estos criterios se relacionan directamente con el buen funcionamiento del mercado interior, de acuerdo con los objetivos de las normas europeas, y no necesariamente con la eficiencia de las compras públicas –es el caso de los indicadores (3), (4), (5), (7), (8), (9)–. Sin embargo, otros encajan perfectamente con los presupuestos económicos de la eficiencia de los contratos públicos. Es el caso de los indicadores relativos al licitador único, la adjudicación directa, la agilidad en la adjudicación, así como las licitaciones con condiciones desconocidas o la ausencia de datos de registro del comprador o del contratista. A continuación, se incorporan en el análisis de los siguientes presupuestos de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos: planificación y buen diseño del contrato, existencia de oferta plural y selectividad.

3.2.1 Planificación y buen diseño del contrato

El buen funcionamiento de los procedimientos de licitación de contratos públicos está especialmente vinculado a su planificación. En España, la legislación vigente prevé la elaboración de un plan de contratación por las entidades del sector público que deben publicar anual o plurianualmente (art. 28.4 LCSP). Sin embargo, esta previsión no es muy eficaz en la práctica por su vaguedad en la descripción del deber de planificación y su carácter parcial con respecto al conjunto de la contratación de los entes públicos. En la práctica, es habitual que las entidades públicas no hayan reflexionado sobre cuáles son las necesidades estructurales que quieren cubrir mediante contratos públicos, con el fin de programar un calendario que les permita preparar y licitar los contratos de forma óptima. La ausencia de previsión conduce en ocasiones a la extinción de contratos sin que se haya licitado el nuevo contrato, lo que puede derivar en la denominada “contratación irregular”: el contratista anterior continúa prestando sus servicios sin un título jurídico que lo ampare, con los problemas que ello plantea desde el punto de vista presupuestario y administrativo.

⁵⁸ El cuadro está accesible en web: <https://single-market-scoreboard.ec.europa.eu/>_en (última consulta: 6 de noviembre de 2023). Críticos con el carácter parcial de los datos y la estadística analizada por la Comisión Europea: BALÁZS RIGÓ, C. y KUGLER, T., “Single Bidder Procurement”, cit., pp. 99 y ss.

En la misma línea, hay que tener en cuenta que los órganos de contratación no solo deben renovar los contratos ya celebrados cuando se extinguen, sino que también deben identificar nuevas necesidades⁵⁹. Sin una adecuada planificación, no siempre cuentan con capacidad para atenderlas, destinando un tiempo suficiente para confeccionar adecuadamente los documentos contractuales. No se logra, así, una adecuada priorización de la estrategia de contratación del ente público que permita destinar de forma eficiente los recursos personales y materiales de que se dispone para hacer frente a los procedimientos de licitación⁶⁰.

La planificación de la contratación está directamente vinculada con el buen diseño de la documentación contractual. Los pliegos contractuales son la pieza clave para garantizar una adecuada selección del contratista y una ejecución posterior del contrato libre de dificultades técnicas y jurídicas. Hay contratos que se quedan desiertos porque la entidad contratante no es capaz de definir el contrato de forma atractiva para los operadores económicos que podrían ejecutarlo. Tiene dificultades para conocer las soluciones que ofrece el mercado, así como para establecer el presupuesto base de licitación atendiendo a los costes reales en los que deberá incurrir el contratista, que, en ocasiones, son muy cambiantes⁶¹ –así, por ejemplo, en la actualidad española esos cambios se han producido como consecuencia de las modificaciones en el salario mínimo interprofesional o de la subida del precio de las materias primas y de la energía–. En ese sentido, la pandemia ha puesto de manifiesto las carencias de habilidades comerciales en el sector público, su deficiente conocimiento del mercado y de las cadenas de distribución⁶². En otros casos, es posible que el contrato contenga previsiones incompletas o que no logre trasladar adecuadamente al contratista cuáles son las necesidades que debe satisfacer la entidad pública contratante⁶³. También pueden establecerse niveles de solvencia desproporcionados que dejen fuera a posibles operadores económicos interesados. Todo ello puede afectar a la atracción de licitadores interesados o a la articulación de criterios idóneos para comparar las distintas ofertas.

Para solventar estos problemas, se han previsto herramientas como las consultas preliminares de mercado (art. 115 LCSP)⁶⁴ y otras técnicas similares que permiten conocer mejor el mercado antes de celebrar los procedimientos de adjudicación⁶⁵. Ahora bien, el perfil del personal encargado de confeccionar la documentación contractual y su capacitación parece estar en el núcleo del problema. En algunos países

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

⁶⁰ COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA 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. y METCALFE, A., *New Models of Public Procurement: a Tool for Sustainable Recovery*, Association of Chartered Certified Accountants (ACCA), Londres, noviembre 2021; SEMPLE, A., *A Practical Guide to Public Procurement*, cit., p. 147.

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

se acusa la falta de conocimientos jurídicos del personal encargado de las compras públicas o su escaso grado de especialización⁶⁶. En España es habitual que el diseño de la documentación contractual esté en manos de personal con formación jurídica –en concreto, los denominados pliegos de condiciones administrativas particulares–, así como de personal técnico –los llamados pliegos de prescripciones técnicas–. La tramitación del procedimiento corresponde a juristas, fundamentalmente. Esta circunstancia puede considerarse una ventaja frente a otros sistemas en los que no están garantizados los conocimientos jurídicos de las personas encargadas de la licitación⁶⁷. Sin embargo, en ocasiones, esto puede conducir a una falta de conocimiento del mercado, que dificulte conocer la oferta disponible en el mercado y, en especial, los precios a los que se realizan determinadas prestaciones⁶⁸. Además, una visión excesivamente jurídica del procedimiento también puede desembocar en una menor agilidad en su tramitación. A ello hay que sumar las diferencias que existen entre los distintos niveles territoriales. Mientras que a nivel estatal y regional resulta más fácil contar con personal especializado, en el nivel local se encuentran dificultades en este sentido⁶⁹. Sin embargo, la complejidad de los procedimientos es la misma en todos los niveles territoriales.

En esta situación, hay que tener en cuenta que el giro estratégico de la contratación pública complica el diseño del contrato, ya que obliga a introducir criterios sociales, medioambientales o laborales. En la práctica, los órganos de contratación tienen dificultades para cumplir con estas exigencias que se alejan de los presupuestos económicos que han servido de base para diseñar los procedimientos de licitación. Es difícil poner cifras a esta situación. En España, la OIREscon ha analizado una muestra limitada de contratos (1.878) con el fin de determinar cómo se articulan los criterios estratégicos⁷⁰. En las condiciones de admisión apenas se introducen criterios estratégicos –un 90,36 % de los casos analizados no introduce ninguno–; en los criterios de adjudicación la tendencia es similar –en un 82,43 % de los contratos no se incorpora ninguno–. Algo distinto sucede en las condiciones especiales de ejecución, ya que la ley exige la introducción de criterios estratégicos (art. 202 LCSP), de manera que sí se incorporan en el 86,21 por ciento de los supuestos analizados. Estos datos muestran que las condiciones estratégicas no se están incorporando, en general, como un

⁶⁶ En relación con los países del Caribe: SHILLINGFORD MCKLIMON, S.J.-A. y SINCLAIR, S.G., "Small market – big money. Amalgamating the procurement market to transform small size into an economic advantage", Piga, G. y Tátrai, 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 Es el caso de Brasil, PINHEIRO MARTINS, F. y ROMANO MORILAS, L., "Unsuccessful public procurement: why so many electronic bidding does fail?", *Conference paper: 4th RME Research Conference*, 13-14 septiembre 2017, Curitiba, Brazil. Acceso web: www.researchgate.net, p. 7.

⁶⁸ PINHEIRO MARTINS, F. y 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.

⁷⁰ OFICINA INDEPENDIENTE DE REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN DE LA 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 y ss. Acceso web: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIREscon/informes-especiales-supervision/ies-contratacion-estrategica.pdf>.

criterio que afecte a la selección del contratista. Su eficacia es relativa. Se introducen como elementos para tener en cuenta en la ejecución y, en muchas ocasiones, se refieren a mandatos que ya están impuestos por el ordenamiento jurídico⁷¹. Una de las razones que pueden explicar estas dificultades es la capacitación del personal al servicio de las administraciones públicas encargado de diseñar los documentos contractuales. Una vez más, en este ámbito las administraciones estatales y regionales tienden a tener más facilidad en este aspecto que las administraciones locales⁷². Además, en todos los casos, se plantea el problema de medición de su grado de cumplimiento y del impacto que tienen, efectivamente, en los ámbitos en los que se proyectan. No es claro que sean medidas verdaderamente eficaces e introducen cierto trastorno en unos procedimientos que estaban orientados a lograr sacar el mayor rendimiento al gasto público (*value for money*).

3.2.2 Pluralidad de licitadores

El siguiente presupuesto de eficiencia de las licitaciones públicas es la existencia de oferta plural. Se ha señalado anteriormente que las reglas de contratación pública imponen a los participantes – tanto entidades contratantes como operadores económicos – los costes derivados de la licitación pública, presuponiendo que de ese modo se alcanza un beneficio compensatorio al identificar la mejor oferta disponible en el mercado. Se entiende que la competencia ayuda a la mejor consecución del interés general, al mismo tiempo que fomenta el buen funcionamiento del mercado. Para funcionar, el sistema parece necesitar entonces cierto grado mínimo de competencia. Esto implica que exista una oferta plural, esto es, que haya suficiente número de operadores económicos en el mercado que estén interesados en competir en las licitaciones públicas.

De forma coherente con esta premisa, en el contexto de la Unión Europea, la Comisión considera en su “Cuadro de indicadores del mercado único” que la existencia de un único licitador puede ser un indicio de corrupción, sin atender a otro tipo de criterios⁷³. La ausencia de suficiente presión competitiva limita directamente la eficiencia de la contratación pública. Este mismo parámetro se emplea a nivel internacional. En el caso de México, la OCDE apunta a la pequeña base de proveedores como una deficiencia del sistema. El número promedio de ofertas recibidas en 2018 en una muestra de las licitaciones tramitadas por COMPRAMEX fue de 2,4 en compra de bienes, y de 1,7 en adquisición de servicios. Esta situación se relaciona, en el caso del país norteamericano, con las barreras que establece la legislación interna para la participación de empresas extranjeras⁷⁴. También en los países del Caribe se ha

⁷¹ *Ibidem*, p. 72.

⁷² FUENTES-BARGUES, J.L., BASTANTE-CECA, M.J., FERRER-GISBERT, P.D. y 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.

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

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

detectado el mismo tipo de disfunción en el mercado de las compras públicas⁷⁵. Y en Colombia se registra un alto porcentaje de adjudicaciones directas y procedimientos con un escaso número de participantes⁷⁶.

En España, la información estadística que elabora la OIREscon pone de manifiesto una clara correlación entre el número de licitadores que concurrieron a los procedimientos de licitación y la existencia de una reducción económica en el precio de adjudicación con respecto al presupuesto base de licitación⁷⁷. En 2022 se obtuvieron mejores precios en los procedimientos en los que se presentó un mayor número de ofertas. Siendo esto así, llama la atención el elevado volumen de contratos en los que únicamente concurrió un licitador –una vez excluidos los procedimientos negociados sin publicidad (art. 168 LCSP)–. En cerca de la mitad de las licitaciones celebradas se presentó un único licitador. Además, desde 2019 existe una tendencia a la baja en la participación de licitadores en los procedimientos de adjudicación⁷⁸. La Oficina aporta, además, un dato fundamental en su informe de 2022: “hay una mayor existencia de un único licitador en contratos de menor importe de adjudicación”⁷⁹.

Los datos expuestos no pueden hacer olvidar que la participación de los operadores económicos en los procedimientos de adjudicación se incrementa con su mayor publicidad, transparencia y garantía de la igualdad y concurrencia⁸⁰, de manera que es posible que la oferta disminuya en los casos en que los operadores económicos consideran que tienen menos posibilidad de competir en condiciones de igualdad y transparencia. Ahora bien, en determinados ámbitos geográficos apenas hay oferta o, al menos, no hay una oferta plural. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en entornos rurales, donde actúan administraciones de pequeño tamaño, o en entornos especialmente deprimidos⁸¹. En estos casos, la entidad contratante está abocada a contratar con el único operador económico que existe o que está dispuesto a ejecutar la prestación. En estas circunstancias los entes públicos tienen muchas dificultades para optimizar el gasto público⁸². Lo mismo ocurre con algunas prestaciones que solo pueden ser ejecutadas por un número muy limitado de operadores o incluso por uno solo de ellos –es el caso, por ejemplo, de la existencia de patentes–. También hay supuestos en los que la prestación tiene escasa entidad y los operadores económicos

⁷⁵ Para la zona del Caribe, SHILLINGFORD MCKLON, S.J.-A. y 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 y ss.

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

⁷⁸ *Ibidem*, p. 105.

⁷⁹ OFICINA INDEPENDIENTE DE REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN DE LA 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.

⁸¹ FERRIS, J. y GRADDY, E., “Contracting out: For What? With Whom?”, cit., p. 337.

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

que pudieran estar interesados –normalmente pymes– tienen dificultades para participar en los procedimientos de contratación pública. Asimismo, cabe pensar en prestaciones habituales en el mercado que se ofertan de forma homogénea por múltiples operadores económicos, tanto en precio como en condiciones, en las que hay poco margen para obtener los beneficios derivados de una licitación.

De estas circunstancias, expuestas sin ánimo de exhaustividad, cabe deducir que no en todos los casos la inexistencia de una pluralidad de operadores económicos interesados tiene que ver con la necesidad de optimizar el procedimiento de licitación. Puede haber situaciones en que las circunstancias conducen a la inexistencia de oferta plural en el mercado o de una competencia eficaz. En consecuencia, puede afirmarse que los procedimientos de licitación no siempre son eficientes y que es posible pensar en fórmulas alternativas a la contratación pública.

En este orden de ideas, no se pueden perder de vista los efectos adversos que pueden producir los procedimientos de licitación en la estructura del mercado y en el comportamiento de los operadores económicos. Las licitaciones se apoyan en la inexistencia de prácticas anticompetitivas, como pueden ser las prácticas colusorias. A pesar de ello, es posible encontrar estudios en la doctrina que demuestran cómo las exigencias de transparencia de las normas de contratación pública pueden favorecer precisamente las prácticas colusorias tácitas entre los operadores económicos⁸³. En esta misma línea, el auge de la contratación pública ligado a la mejora del denominado *value for money* –vinculado a la supuesta mayor eficiencia del sector privado– puede tener otras contrapartidas negativas. En la literatura se alerta de la creación de operadores económicos dominantes, por su carácter estratégico en determinados sectores, así como de la aparición de entidades *too-big-to-fail*; y de las dificultades para gestionar el mercado de los servicios públicos. Asimismo, se ha identificado el surgimiento de actores privados que pasan a ser algo más que proveedores del sector público, en el sentido de que tienen un amplio margen de autonomía en la gestión de lo público⁸⁴ –piénsese, especialmente, en el ámbito de los servicios digitales–. Así pues, es importante analizar los procedimientos de licitación y sus efectos económicos para el sector público y el mercado desde todos los puntos de vista.

3.2.3 Selectividad

La competencia en la que se apoyan las reglas de contratación pública está necesariamente ligada a la existencia de selectividad o exclusividad. No en vano, como se ha visto anteriormente, esta característica es una de las notas definitorias de los contratos públicos conforme a la jurisprudencia del TJUE. En las licitaciones se busca la concurrencia de varios operadores económicos interesados con el fin de elegir a uno de ellos –o varios de ellos, en el caso de la división del contrato en lotes–. El resultado conduce a la selección de un operador económico, que ejecutará

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 Al respecto, en relación con el 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.

el contrato, frente a los demás que quedarán excluidos del mercado hasta que se abra de nuevo la posibilidad de competir con una nueva licitación. Precisamente la expulsión (temporal) del mercado de los competidores es uno de los incentivos que produce la licitación y que parece estar en la base de la eficiencia de las licitaciones. Los operadores económicos tratarán de presentar la mejor oferta, apoyándose en los criterios de adjudicación, con el fin de obtener el contrato y mejorar su posición en relación con sus competidores en el mercado.

Ahora bien, junto a los beneficios de esta selectividad para el buen funcionamiento de la contratación pública y del mercado, hay que tener en cuenta posibles efectos adversos. En ese sentido, destaca el coste de participación en procedimientos de licitación cuyo resultado es incierto para los operadores económicos⁸⁵. Los operadores económicos interiorizan una parte importante del coste de funcionamiento del sistema de licitaciones y solo uno o algunos de ellos logran rentabilizarlo. También puede pensarse en la expulsión del mercado de los licitadores preteridos durante el tiempo de duración del contrato⁸⁶. Como se ha señalado anteriormente, estos efectos pueden conducir a la concentración de empresas en determinados sectores en los que ciertos operadores económicos lleguen a tener carácter dominante. La desaparición de la pluralidad de ofertas tendría efectos perniciosos para la competencia. Asimismo, habría que apuntar al riesgo que asume la entidad pública contratante que puede sufrir los efectos de posibles incumplimientos del contratista seleccionado en la ejecución del contrato, que repercuten de forma más o menos directa en los ciudadanos, en atención al tipo de prestación que era objeto del contrato. La selectividad propia de los procedimientos de licitación pública no siempre tendrá, por tanto, efectos positivos para los operadores económicos y el ente contratante. Cabe pensar en otras fórmulas que podrían ser más eficientes dependiendo de la estructura del mercado y del tipo de prestaciones requeridas por el sector público.

4 Alternativas a la licitación

La exposición realizada en las páginas anteriores cuestiona que siempre sea mejor licitar frente a otro tipo de técnicas jurídicas porque no parece que siempre resulte la fórmula más eficiente desde un punto de vista económico. Las circunstancias pueden no ser idóneas para el buen funcionamiento de los procedimientos de licitación y no siempre se trata de aspectos que puedan mejorarse a través de la regulación o de la actuación de los poderes públicos. Además, hay que tener en cuenta que, en sistemas democráticos, las entidades del sector público deberían contar con margen para decidir cuál es la mejor forma de proveerse de bienes y servicios y de prestar los servicios públicos a sus ciudadanos. Los beneficios derivados de las licitaciones se sitúan en un plano fundamentalmente económico, pero existen otro tipo de ventajas

⁸⁵ GAßNER, M. y 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. y WEEGEN, L., *Rabattvertragsausschreibungen in der Generikaindustrie in Deutschland: Auswirkungen auf Marktstruktur, Anbietervielfalt und Wettbewerb*, Nomos, Baden-Baden, 2015, p. 208.

que pueden ligarse al interés general. La corriente de la contratación estratégica se sitúa precisamente en línea con la consecución de objetivos públicos en paralelo a los puramente económicos.

Durante un tiempo la contratación pública ha parecido colonizar el Derecho de la organización administrativa y todo tipo de fórmulas de colaboración público-privada centrada en la adquisición de bienes y servicios. Pero la exaltación de los contratos públicos como la mejor forma de proveerse de bienes y servicios se ha moderado en los últimos años. En el Derecho europeo, tanto el TJUE como el legislador han reconocido progresivamente vías alternativas a la contratación pública. En este sentido, cabe adjudicar directamente determinados tipos de contratos de carácter público-público –encargos a medios propios (*in house*) y convenios de colaboración– o de carácter público-privado, cuando la entidad con la que se contrata pertenece al tercer sector y rige su actividad por el principio de solidaridad. En estos casos se sigue considerando que existen contratos públicos, pero sus características justifican que no sea necesario tramitar una licitación para adjudicarlos. Estas posibilidades han acabado consolidándose en el Derecho positivo, tanto a nivel europeo como nacional. Por otro lado, el propio concepto de contrato público ha continuado perfilándose en un sentido restrictivo, de manera que se excluyen determinadas técnicas que se consideran no contractuales y, por tanto, no exigen la aplicación de las reglas de licitación propias de los contratos públicos. A estos casos, se suman exclusiones y excepciones a las reglas de contratación pública configuradas por el propio Derecho europeo atendiendo a la falta de idoneidad de la contratación pública para proceder a la adquisición de ciertos bienes y servicios (es el caso de determinados servicios jurídicos o de la compra pública precomercial, por poner algunos ejemplos⁸⁷).

A continuación, se hace una breve exposición de algunas de estas técnicas que, junto a los contratos públicos que deben licitarse, componen un catálogo más amplio que puede adaptarse mejor a las distintas necesidades que deben satisfacer los entes del sector público. Quiere demostrarse de este modo que en estos casos no se trata de huir del Derecho administrativo, puesto que estas técnicas siguen gobernadas en todo caso por reglas especiales de funcionamiento para las entidades del sector público, y que, según las circunstancias, pueden ser técnicas adecuadas para que los poderes públicos se provean de bienes y servicios en el mercado. Ahora bien, ciertamente, el sistema sigue pivotando sobre la regla de licitación de contratos públicos: los supuestos que se analizan seguidamente son, o bien excepciones a la regla de licitación por razones justificadas, o bien casos en los que se considera que no hay contrato –aunque podría haberlo si se dan los elementos propios del contrato público–. Esta situación es consecuencia, fundamentalmente, de la expansión del concepto de contrato público que ha realizado el TJUE.

⁸⁷ Al 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.

4.1 Colaboración público-pública

El Derecho europeo ha abierto progresivamente la posibilidad de adjudicar de forma directa determinados contratos públicos en los que ambas partes son entidades del sector público. Como se verá en seguida la razón de excluir las reglas de licitación se apoya en la relación existente entre las partes, así como en la inexistencia de un impacto relevante de su actividad en el buen funcionamiento del mercado. Las condiciones establecidas a tal efecto pueden, eso sí, ser restringidas por los Estados miembros a nivel interno⁸⁸. Es el caso de España, que contiene unas reglas más exigentes que las previstas a nivel europeo en algunos aspectos (arts. 6, 32 y 33 LCSP y art. 86.2 LRJSP), a las que no es necesario hacer referencia a los efectos de este trabajo.

4.1.1 Vertical

En sentido estricto, una operación interna o contrato *in-house* es un procedimiento en el que una entidad adjudicadora atribuye a uno de sus servicios sin personalidad jurídica propia la realización de determinadas prestaciones. Esas operaciones no tienen ninguna relevancia desde el punto de vista del Derecho de la contratación pública, puesto que se trata de “procedimientos administrativos puramente internos”⁸⁹. Sin embargo, en sentido amplio incluyen aquellos casos en que la entidad a la que se encarga una prestación tiene personalidad jurídica diferenciada⁹⁰, como sucede en el caso de las sociedades mercantiles públicas. La Comunicación “la contratación pública en la Unión Europea” de la Comisión Europea (COM (98) 143, de 11 de marzo), aludió por primera vez al concepto de operación interna o contratación *in house*. Precisamente apuntaba a la necesidad de aclarar este concepto, con el fin de determinar si engloba los contratos que se adjudican dentro de una Administración pública; por ejemplo, entre una Administración central y local o entre una Administración y una sociedad que le pertenece íntegramente. En todos los países de la OCDE existen previsiones legales en torno a la posibilidad de realizar contratos *in house*. Los ordenamientos jurídicos han evolucionado para evitar que esta técnica se empleara como una forma de evadir la aplicación de las reglas de contratación pública. Por esa razón, es habitual que se establezca la obligación de que la entidad *in-house* ejecute directamente un porcentaje del encargo realizado⁹¹.

En el Derecho europeo, el *leading case* en este ámbito fue la Sentencia Teckal del TJUE⁹². Este pronunciamiento afirma de forma rotunda que “las únicas excepcio-

⁸⁸ Recientemente, la STJUE de 3 de octubre de 2019, C-285/18, *Irgita*; y el ATJUE de 6 de febrero de 2020, C-89/19 a C-91/19, *Rieco*.

⁸⁹ Si la adjudicación se produce a un organismo que no tiene personalidad jurídica propia, en ningún caso puede haber contrato, como señalan las conclusiones de la abogada general Sra. Christine Stix-Hackl, presentadas el 23 de septiembre de 2004, C-26/03 – Stadt Halle y RPL Lochau, apdo. 49.

⁹⁰ Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, presentadas el 1 de marzo de 2005, C-458/03 – Parking Brixen, apdo. 2.

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 STJUE de 18 de noviembre de 1999, C-107/98, *Teckal*.

nes permitidas a la aplicación de la Directiva 93/36 son las mencionadas taxativa y expresamente en ella”⁹³ y que el juez nacional debe verificar si concurren los requisitos propios de los contratos públicos. Así que la cuestión se centra en determinar los elementos propios de los contratos públicos ligados al objeto y los sujetos. La jurisprudencia posterior afinó los criterios que permiten adjudicar directamente un contrato *in-house* hasta que las Directivas de 2014 los positivizaron (art. 17 Directiva 2014/23/UE y art. 12 Directiva 2014/24/UE). Conforme al Derecho vigente, los requisitos se centran fundamentalmente en dos aspectos: en primer lugar, la inexistencia de intereses privados en la entidad *in house*, lo que se asegura con la titularidad pública del capital y con la existencia de control análogo por una Administración –entendido como “una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada”–; en segundo lugar, con la limitación del impacto económico de la actividad que pueda realizar en el mercado la entidad *in-house* –en ningún caso puede superar el 20 %–. Si se cumplen de forma cumulativa estas condiciones es posible adjudicar directamente un contrato público–público en el marco de lo que se denomina “cooperación vertical”. En la práctica surgen problemas de aplicación de estas reglas, especialmente cuando la entidad instrumental está controlada por varias administraciones públicas, algo habitual en el ámbito local; se parte de una interpretación estricta de estas entidades en la medida en que se tratan como una excepción a la licitación. No obstante, a nivel europeo parece existir una apertura progresiva de los criterios de control en estos supuestos de entidades *in-house* conjuntas⁹⁴.

4.1.2 Horizontal

La Directiva 2014/24/UE (art. 12.4) positivizó por primera vez la cooperación horizontal o no institucionalizada. Esta fórmula había sido reconocida años antes por el TJUE como una extensión necesaria de las técnicas de cooperación vertical que permitían cierto margen de autoorganización de los Estados miembros⁹⁵. En el proceso de codificación se afinaron los criterios jurisprudenciales desarrollados previamente. Se permite la celebración de contratos público–públicos entre entidades del sector público que tengan la condición de poder adjudicador siempre que concurren una serie de condiciones que justifican la exclusión de la licitación. Esos requisitos son: la existencia de una cooperación para garantizar servicios públicos y lograr objetivos comunes, que esté guiada únicamente por consideraciones de interés público; y el limitado impacto en el mercado de las actividades a realizar –los poderes adjudicadores participantes deben realizar en el mercado abierto menos del 20 % de las

⁹³ *Ibidem*, apdo. 43.

⁹⁴ STJUE de 18 de junio de 2020, C-328/19, *Porin Kaupunki*.

⁹⁵ STJUE de 9 de junio de 2009, C-480/06, *Comisión c. Alemania*; y STJUE de 19 de diciembre de 2012, C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*.

actividades objeto de la cooperación—. En esta misma línea, se excluye la posibilidad de que participen entidades con capital privado⁹⁶.

Recientemente, el TJUE ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el alcance de la excepción consagrada en las directivas⁹⁷. Se aclaran algunos aspectos, como el hecho de que la colaboración puede referirse a tareas complementarias para la prestación de servicios públicos y que no tiene por qué proyectarse directamente sobre servicios públicos⁹⁸. Sin embargo, el TJUE sigue siendo especialmente estricto con las aportaciones económicas por una de las partes. Considera que no cabe una cooperación en la que una parte realiza a otra una aportación económica. Este límite plantea importantes problemas en la práctica. Además, se ha criticado en la doctrina por las diferencias que plantea con respecto a la cooperación vertical, donde sí se admite el reembolso de los gastos a la entidad *in house*. Al fin y al cabo, en ambos casos, como se ha visto, se limita el impacto de las actividades realizadas en el mercado.

4.2 Colaboración con el tercer sector

El desarrollo del Estado social ha estado vinculado en Europa a la estrecha colaboración del sector público con entidades del denominado tercer sector para la prestación de servicios asistenciales, sociales y sanitarios⁹⁹. La relación de las administraciones públicas con este tipo de sujetos privados se ha regido habitualmente por reglas específicas, al margen de las normas de contratación pública. Sin embargo, como se ha visto anteriormente, la definición de contrato público elaborada por el TJUE no excluye esta condición por el hecho de que la entidad licitadora o adjudicataria no tenga ánimo de lucro. De modo que ha sido necesaria una evolución a partir del planteamiento de casos en los que los Estados miembros demostraban un apoyo esencial en este tipo de entidades para la prestación de servicios sociales. Gracias a ello se prevé la reserva de contratos directamente a estos sujetos en determinadas circunstancias¹⁰⁰. También se ha reconocido la flexibilización de las normas de contratación pública e incluso la adjudicación directa.

En estos casos el TJUE se ha apoyado en el principio de solidaridad frente al funcionamiento del mercado¹⁰¹. La solidaridad aparece de forma reiterada en la jurisprudencia europea como un factor de modulación e incluso de anulación de la

⁹⁶ DE SOMER, S. y 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 STJUE, de 28 de mayo de 2020, C-796/18, *ISE-Colonia* y la STJUE de 4 de junio 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 junio de 2020. Acceso web: www.obcp.es.

⁹⁹ Al 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; también, 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.ªI. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público, Tomo III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 2841-2873, pp. 2864-2865.

competencia entre los posibles operadores económicos¹⁰². Ahora bien, no parece tratarse de una cláusula general que permita dar prioridad de forma general a entes sin ánimo de lucro¹⁰³. La solidaridad debe estar arraigada en la lógica del sistema de prestación de los servicios. El Tribunal no aclara suficientemente hasta qué punto la solidaridad está vinculada, además, al voluntariado, pero es un elemento que aparece en los casos en que se ha enfrentado a esta cuestión y que parece determinante en la justificación de una alteración de las reglas propias del mercado¹⁰⁴. No parece bastar, por tanto, con identificar esa solidaridad con la mera presencia de actores sin ánimo de lucro en la prestación de los servicios. Tampoco se trata de la solidaridad que está intrínsecamente asociada al concepto de servicio público¹⁰⁵.

Esta situación se ha hecho todavía más complicada con la reciente sentencia dictada en un asunto relacionado con la legislación autonómica española que prevé fórmulas *ad hoc* para la celebración de las denominadas “acciones concertadas”, que se consideran al margen de la normativa europea de contratación pública. La participación reservada en algunos casos a entidades sin ánimo de lucro parece ser aceptada por el TJUE siempre que se lleve a cabo un procedimiento competitivo¹⁰⁶. El elemento de solidaridad apoyado en la participación de voluntarios parece diluirse en este caso, matizando la jurisprudencia anterior. La determinación del alcance de esta exclusión de las reglas de contratación pública continúa, así, abierta. Pero deja claro que, junto a las reglas de licitación de contratos públicos, deben coexistir otro tipo de fórmulas que permitan a los Estados colaborar con actores tan relevantes en el Estado social como las entidades del tercer sector.

4.3 Más allá del contrato: fórmulas no contractuales

4.3.1 Transferencia de competencias

El artículo 1.6 de la Directiva 2014/24/UE define una fórmula no contractual, denominada transferencia competencial, que se ubica en el ámbito de la organización interna de los Estados miembros:

¹⁰² STJUE de 17 de junio de 1997, C-70/95, *Sodemare and Others v. Regione Lombardia*; STJUE de 11 de diciembre de 2014, C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 “Spezzino” y otros*.

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. y 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 y ss.

¹⁰⁴ Relaciona necesariamente solidaridad y 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. También en esta línea, 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, pp. 33 y 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 STJUE de 14 de julio de 2022, C-436/20, *Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE)*.

«Los acuerdos, las decisiones y los demás instrumentos jurídicos mediante los cuales se organiza la transferencia de competencias y responsabilidades para desempeñar funciones públicas entre poderes adjudicadores o agrupaciones de los mismos y que no prevén que se dé una retribución por la ejecución de un contrato, se consideran un asunto de organización interna del Estado miembro de que se trate y, en ese sentido, en modo alguno se ven afectados por la presente directiva».

El TJUE ha interpretado este precepto en dos ocasiones hasta el momento¹⁰⁷. Con esta técnica se trata de englobar aquellos supuestos en los que una entidad matriz transfiere una competencia a una entidad instrumental, otorgándole suficiente autonomía en la gestión, de modo que no se habla de medio propio o de contrato *in house*, sino de una verdadera inexistencia de contrato. La regulación prevista en la directiva contiene diversos elementos que permiten identificar los supuestos de hecho que entran en su ámbito de aplicación.

En relación con los sujetos participantes, señala que debe producirse una transferencia entre poderes adjudicadores o agrupaciones de estos. Por lo que respecta a la forma de atribución de las competencias o responsabilidades, el legislador europeo establece una regulación abierta con el fin de dejar margen a las distintas formulaciones nacionales: acuerdos, decisiones y demás instrumentos jurídicos. El objeto de la transferencia son competencias y responsabilidades para desempeñar funciones públicas. En cuanto a este concepto de “funciones públicas”, debe interpretarse de forma amplia como servicios a los ciudadanos o servicios necesarios para el funcionamiento de la Administración. Por último, para que exista una transferencia de competencias que se considere un asunto de organización interna del Estado, es preciso que no exista una retribución por la ejecución de un contrato. Esta previsión es la más ambigua de las contenidas en el precepto estudiado, en la medida en que el concepto de contraprestación en un contrato público ha sido interpretado de forma muy amplia por el TJUE. Podría entenderse, siguiendo el concepto de ventas en el Sistema Europeo de Cuentas (SEC) a efectos de la clasificación de entes, que una subvención a la explotación o producción de un ente, en general, no es una contraprestación por un contrato público y tampoco es una venta a precios económicamente significativos. Por el contrario, una subvención o un pago por un producto o un servicio determinado y verdaderamente prestado sí es una venta a efectos del SEC y también es una contraprestación por la ejecución de un objeto de un contrato público¹⁰⁸.

A nivel interno, la ausencia de transposición de este precepto ocasiona problemas de interpretación sistemática. En España, la articulación de estas transferencias de competencias con la regulación de la contratación *in-house* no está clara, especialmente a nivel local, donde el legislador diferencia entre la creación de entidades instrumentales para la gestión de servicios públicos, por un lado (art. 85 Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, LBRL), y para ejercer iniciativa

¹⁰⁷ STJUE de 21 de diciembre de 2016, C-51/15, *Remondis*, y STJUE de 18 de junio de 2020, C-328/19, *Porin Kaupu*

¹⁰⁸ DÍEZ SASTRE, S. y 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 y ss.

económica en el mercado (art. 86 LBRL). De manera que el debate en la doctrina sigue abierto¹⁰⁹.

4.3.2 Contratos *open-house*

El reconocimiento del TJUE de la necesaria existencia de selectividad para definir los contratos públicos ha conducido a la apertura de una nueva vía de adquisición de bienes y servicios al margen de las reglas europeas de adjudicación: los denominados contratos *open-house*¹¹⁰. Así ha sucedido en dos ocasiones: la Sentencia del TJUE de 2 de junio de 2016 recaída en el asunto Falk Pharma (C-410/14), relativa al sistema alemán de adquisición de medicamentos por las cajas del seguro de enfermedad; y el asunto Tirkonnen, resuelto en la Sentencia de 1 de marzo de 2018 (C-9/17), que se refiere a la creación de un panel de asesores para explotaciones agrarias en Finlandia. En estos supuestos, el Tribunal reconoce que no deben aplicarse las reglas europeas de licitación de contratos públicos porque el procedimiento tramitado no conduce a la adjudicación a uno o varios licitadores frente a otros. En ambos casos se articulan sistemas o modelos en los que todos los licitadores que cumplen con unas condiciones de solvencia y aceptan las condiciones impuestas por la entidad contratante entran a formar parte de un *pool*, sin que la Administración elija en ningún momento quién va a llevar a cabo la prestación en atención a su mayor capacidad o mejor desempeño. Son los usuarios o sistemas basados en criterios objetivos (por ejemplo, rotatorios) los que determinan quién lleva a cabo la prestación en un momento dado. El alcance de esta excepción a la licitación todavía debe afinarse, pero ha abierto un importante margen de experimentación que ya se está poniendo en práctica en ámbitos como los servicios sociales y sanitarios, la adquisición de medicamentos o la asistencia a refugiados. Habrá que esperar a analizar su evolución en el futuro.

Regap



ESTUDIOS

5 Reflexiones finales

El Derecho de la contratación pública se apoya en una premisa económica que no siempre se confirma en la realidad: la competencia entre los licitadores conduce a la obtención de la mejor oferta disponible en el mercado en relación calidad-precio. Esto es así, porque las circunstancias que acontecen en las múltiples prestaciones que requieren los entes públicos son muy diversas. Así, hay administraciones que tienen dificultades para planificar y diseñar adecuadamente los contratos por su falta

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. y 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; y 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.

¹¹⁰ Al 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.

de medios; esto sucede especialmente en el ámbito local. En determinados ámbitos geográficos o en ámbitos deprimidos económicamente, no hay suficiente oferta como para asegurar que la licitación será eficaz. Hay casos en los que la prestación requerida solo puede ser provista por un limitado número de operadores económicos o, incluso, por uno solo de ellos. Y cabe pensar en prestaciones habituales y homogéneas en el mercado, para las que la licitación apenas conllevará ventajas económicas. En estos ejemplos, los costes de la licitación que asumen los entes contratantes y los licitadores no se compensan con los beneficios de la licitación. Por tanto, es necesario pensar en fórmulas alternativas a la licitación de contratos públicos que permitan a las administraciones públicas ensayar diferentes fórmulas de proveerse de bienes y servicios en el mercado, en especial servicios públicos.

En esa línea, son bienvenidas las técnicas de colaboración público-pública y con el tercer sector, así como las técnicas no contractuales de transferencia de competencias y de contratación *open-house*, que se han decantado progresivamente en la jurisprudencia del TJUE en los últimos años. Sin embargo, queda camino por recorrer. Las excepciones a la licitación y las fórmulas no contractuales siguen pivotando en el ámbito europeo en torno al concepto de contrato público. O bien son contrato y se encuentran razones para no licitarlo, o bien no son contrato conforme a la definición que realiza el TJUE con base en la regulación de las directivas. El sistema sigue tomando como referencia la idea de contrato público, como la mejor forma de satisfacer las necesidades públicas de provisión de bienes y servicios. Esto se explica, en gran parte, por la insuficiente habilitación competencial de la Unión Europea para regular en este ámbito. Si se entendiera que los convenios o las entidades *in-house* forman parte del Derecho de organización de los Estados miembros, sin conexión con el concepto de contrato, sería difícil justificar su competencia para regular esta materia. Este problema distorsiona, sin embargo, la percepción en los Estados miembros de las fórmulas alternativas a la contratación pública. No deberían analizarse como excepciones o exclusiones, sino como un catálogo de medidas que, junto a los contratos públicos, permiten buscar en cada momento y lugar la mejor forma de satisfacer necesidades públicas y, muy especialmente, gestionar servicios públicos.

El Derecho de la contratación pública debe partir de presupuestos económicos ajustados a la realidad. No siempre licitar es la mejor opción por las condiciones que acontecen en la práctica o por los fines públicos que están en juego. El legislador y la jurisprudencia deben mostrar mayor sensibilidad por las circunstancias de las distintas administraciones territoriales, especialmente en el ámbito local, y de los diversos operadores económicos. Además, deben apoyar la consecución de los múltiples fines de interés general que deben satisfacer los Estados en un momento estratégico para la resolución de retos globales. Para ello, deben abrir un margen de elección real entre la contratación pública y fórmulas alternativas que permitan ensayar distintas formas de gestión.

Bibliografía

- ALLEN, P., KONZELMANN, S.J. y TOPOROWSKI, J., *The Return of the State. Restructuring Britain for the Common Good*, Agenda Publishing, Croydon, 2021.
- AMOEDO-SOUTO, C.A. y 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. y 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. y WEEGEN, L., *Rabattvertragausschreibungen in der Generikaindustrie in Deutschland: Auswirkungen auf Marktstruktur, Anbietervielfalt und Wettbewerb*, Nomos, Baden-Baden, 2015.
- BEL I QUERALT, G. y 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. y Gallego Córcoles, M.ªI. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público, Tomo III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 2841-2873.
- BLEETMAN, R. y METCALFE, A., *New Models of Public Procurement: a Tool for Sustainable Recovery*, Association of Chartered Certified Accountants (ACCA), Londres, noviembre 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. y BEL, G., “Re-municipalization of public services: trend or hype?”, *Journal of Economic Policy Reform*, n. 24(3), 2021, pp. 293-304.
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA (España), *E/CNMC/004/18 Radiografía de los procedimientos de contratación pública en España*, 7 de febrero de 2019.

Regap



ESTUDIOS

- COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA (España), G-2019-02 *Guía sobre contratación pública y competencia. Fase 1: La planificación de la contratación pública*, 16 de diciembre de 2020.
- DE GUERRERO MANSO, C., “Las consultas preliminares del mercado, una herramienta para mejorar la eficiencia de la contratación pública”, Gimeno Feliu, 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. y 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 Feliu, 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 enero 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. y 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.
- ESTEVEAN 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. y GRADDY, E., “Contracting out: For What? With Whom?”, *Public Administration Review*, n. 46, 1986, pp. 332-344.
- FUENTES-BARGUES, J.L., BASTANTE-CECA, M.J., FERRER-GISBERT, P.D. y 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.
- GAßNER, M. y 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 FELIU, 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 FELIU, 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 FELIU, 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 FELIU, 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. y 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 junio 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.

Regap



ESTUDIOS

- 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 julio 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 paradigm (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 INDEPENDIENTE DE REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN DE LA 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 INDEPENDIENTE DE REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN DE LA 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 INDEPENDIENTE DE REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN DE LA 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.
- PINHEIRO MARTINS, F. y 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. y 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. y 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. y SINCLAIR, S.G., “Small market – big money. Amalgamating the procurement market to transform small size into an economic advantage”, Piga, G. y 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 de la 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.