

## **NOTA SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA LEY DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO**

---

### **1. La contratación pública como actividad incluida en el ámbito de la LGUM**

Entre las múltiples actividades o sectores económicos a los que resulta de aplicación la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM), merece prestar una especial atención sobre el ámbito relacionado con la contratación pública.

Así, debe tenerse en cuenta que la LGUM ha hecho extensible la aplicación de los principios de garantía de la libertad de establecimiento y la libertad de circulación, esto es: no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad, eficacia en todo el territorio nacional, simplificación de cargas y transparencia, a todas las actuaciones de las Administraciones Públicas por las que se limite el acceso y ejercicio de una actividad económica, y abarca a todos los requisitos que se establezcan (artículo 9.1 de la LGUM), con independencia del medio de intervención en que los mismos se materialicen, ya sea una autorización, una declaración responsable o una comunicación previa, etc.

*En consecuencia, cualquier mecanismo de asignación, de provisión, de prestación de servicio público, de adjudicación, de compra o similar e incluso la propia decisión en sí de optar por un mecanismo u otro –en la medida en que se entienden medios de intervención en actividades económicas- se entiende sujeta a la LGUM.*

(Asunto 28.16. Contratación Sector Público. Reeducción Vial).

En este sentido, y de manera específica, el artículo 9.2. b) y c) de la LGUM se refiere a la obligación de las autoridades competentes de garantizar el respeto a los principios que establece la Ley, en las **concesiones administrativas** y en la **documentación relativa a los contratos públicos, incluidos los pliegos y cláusulas de los contratos públicos**, así como en los actos que acrediten los **estándares de calidad**, según establece en su letra e).

Esto implica que **las actuaciones adoptadas por las autoridades competentes en el ámbito de la contratación pública deberán respetar los principios básicos establecidos en la LGUM**, fundamentalmente los principios de necesidad y proporcionalidad proclamados en el artículo 5 de la LGUM, el principio de no discriminación establecido en el artículo 3 de la LGUM, así como los principios de simplificación de cargas y el de transparencia (artículo 7 y 8 de la LGUM), así como el principio de eficacia nacional previsto en el artículo 6 y en los artículos 19 y 20 de la LGUM.

Es preciso mencionar, a este respecto y con carácter preliminar que, tal como ha venido sosteniendo la Secretaría del Consejo de Unidad de Mercado (SECUM)<sup>1</sup> en los diversos asuntos tramitados sobre la presente materia **el uso de un sistema de licitación pública como mecanismo de asignación o provisión no puede considerarse en sí mismo como una restricción de acceso a un mercado en la medida en que su diseño garantice el acceso de los operadores y genere competencia por el mercado ex ante y ex post. Ahora bien, los pliegos de contratación no podrán contener requisitos discriminatorios ni prohibidos por la LGUM (artículo 18) ni requisitos innecesarios y/o desproporcionados que limiten la participación de los operadores en la contratación (artículo 5)**".

## 2. Sobre la aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad

En relación con la **aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad proclamados en el artículo 5 de la LGUM<sup>2</sup>** a los que se verán, en cualquier caso, condicionadas las concesiones administrativas y sus requisitos, así como las cláusulas incluidas en los pliegos de contratación y en los demás documentos relativos a la contratación pública, se exponen a continuación algunos ejemplos que pueden resultar de interés:

### **Ejemplo: Sobre el medio de intervención utilizado: concesión administrativa**

A la luz de la LGUM, se podría valorar si el medio de intervención utilizado respeta el principio de necesidad y proporcionalidad regulado en el artículo 5 de la LGUM, tal como ocurrió en el caso de concesión administrativa para la gestión de los cursos de sensibilización y reeducación vial mediante concurso público. En este asunto, la SECUM planteó la posibilidad de establecer un sistema de intervención distinto al de la concesión administrativa- por ejemplo, un régimen de autorización administrativa que garantizando de igual manera los objetivos perseguidos, suponga un medio menos restrictivo para la actividad económica y, en consecuencia, fuera más proporcionado.

<sup>1</sup> Esta Secretaría es el órgano técnico de asistencia del Consejo de Unidad de Mercado, dependiente de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa que se encarga, entre otras funciones, de tramitar los procedimientos de reclamación e información de los operadores económicos, consumidores, usuarios o de las organizaciones que los representan, interpuestos en el marco de los procedimientos previstos en los artículos 26 y 28 de la LGUM.

<sup>2</sup> "Artículo 5. Principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes.

1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica."



(Asunto 26.14. Contratación pública. Cursos Reeducción vial).

**Ejemplo: Sobre la utilización de las prórrogas**

Se consideró que el órgano adjudicador, a la hora de decidir la posible prórroga, debería tener en cuenta su recurso con carácter excepcional.

**Ejemplo: Sobre la distribución en lotes**

Respecto a la distribución de lotes en los pliegos se consideró que la proporcionalidad de la definición de dichos lotes habría de realizarse en atención al potencial de incremento de la competencia por el mercado que debe regir en toda licitación y al resto de diferentes razones de interés general que pudieran haber sido tenidas en cuenta para la determinación de la distribución geográfica concreta de los mismos.

(Asunto 26.14. Contratación pública. Cursos Reeducción Vial)

**Ejemplo: Sobre el aplazamiento de pagos de los contratos públicos**

La SECUM entendió que el aplazamiento de los pagos recogido en varias regulaciones autonómicas (de 2 a 3 años) por encima de lo establecido en la normativa básica estatal (30 días) vulnera la LGUM, en la medida en que deben considerarse claramente plazos desproporcionados.

En este sentido, se consideró que cuando las Administraciones establecen en los contratos públicos o en los pliegos de licitación formas de pago aplazado, en la práctica, están imponiendo a los operadores una carga equivalente a un requisito de solvencia económica y/o financiera para acceder al concurso en la medida en que soportar un determinado aplazamiento supone disponer de una especial capacidad económica o financiera de las empresas que limita desproporcionadamente la posibilidad de acceso de los operadores económicos a los mercados de contratación pública, siendo por tanto contrario al artículo 5 de la LGUM.

Asunto 28.21. Contratación Sector Público. Aplazamiento de pagos

### **3. Respecto a las actuaciones prohibidas por el artículo 18 de la LGUM**

El artículo 18 de la LGUM recoge una serie de **actuaciones prohibidas, por ser consideradas contrarias a los principios establecidos en la Ley**, entre las que cabe resaltar aquellas actuaciones que contengan o apliquen requisitos discriminatorios para el acceso a una actividad económica o su ejercicio, para la obtención de ventajas económicas o para la adjudicación de contratos públicos, basados directa o

indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador (*art. 18.2 a) de la LGUM*)”.

Conforme a lo establecido en el citado precepto, habría que tener en cuenta lo siguiente:

- a) No se podrá otorgar una ventaja en la adjudicación de un contrato atendiendo al lugar de residencia o de establecimiento del operador**, dado que supondría una vulneración del principio de discriminación contenido en el artículo 3 de la LGUM<sup>3</sup>.

De este modo, estarán prohibidos los requisitos de solvencia o de adjudicación que favorezcan a los licitadores en función de su nacionalidad o lugar de residencia o establecimiento puesto que otorgaría un trato discriminatorio o no igualitario a los licitadores en función de su radicación geográfica (aspecto éste que, por otra parte, ya está contemplado en la propia normativa de contratación del sector público en los artículos 1 y 150 del aún vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, “TRLCSPP”).

En relación con el criterio de territorialidad es clara la doctrina (jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de la Junta Consultiva de Contratación Pública, en su Informe 9/2009, de 31 de marzo de 2009 y de numerosas Resoluciones del Tribunal Central de Recursos Contractuales (así, por ejemplo, en la reciente resolución 822/2015, de 11 de septiembre de 2015, resolución 523/2015, de 5 de junio de 2015, resolución 394/2015, de 24 de abril de 2015, resolución 438/2014, de 6 de junio de 2014, resolución 526/2013, de 15 de noviembre, 217/2012, de 3 de octubre, así como en las 138/2011 y 139/2011, ambas de 11 de mayo, Resolución 101/2013, de 6 de marzo, Resolución 29/2011, de 9 de febrero, entre otras) y por otros Tribunales competentes en materia de contratación pública que sostiene que **los criterios de arraigo territorial no pueden ser**

---

<sup>3</sup> Este criterio de la territorialidad ya es aplicado en base a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la Junta Consultiva de Contratación Pública, en su Informe 9/2009, de 31 de marzo de 2009, que indicaba que “*el origen, domicilio social o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público*”, circunstancias que “*igualmente no pueden ser utilizadas como criterio de valoración*”.

De igual modo, **la ADCA abordó esta cuestión en su Estudio sobre la contratación pública en la Comunidad Autónoma andaluza desde el punto de vista de la competencia y en el documento de Recomendaciones para facilitar el acceso y promover la competencia en el ámbito de la contratación pública andaluza**. Ambos documentos disponibles en la página Web de la ADCA: <http://web.adca.junta-andalucia.es/promocion-de-la-competencia/publicaciones>. En esta misma línea, la “Guía sobre contratación pública y competencia” de la Comisión Nacional de la Competencia recogió la prohibición de exigir como criterio de solvencia la ubicación de instalaciones de los posibles adjudicatarios en el territorio en el que se tenga que ejecutar el contrato, por ser una previsión contraria a la competencia y al principio de no discriminación e igualdad de trato.

**ni requisitos de solvencia ni criterios de adjudicación , sólo siendo admisible su inclusión como condición de ejecución del contrato y siempre que esté suficientemente acreditada su necesidad y proporcionalidad.**

En este contexto, con la aprobación de la LGUM se viene a plasmar positivamente esta doctrina y a reforzar dicha exigencia mediante la previsión contenida en el artículo 3, artículo 18.2 a) y en el artículo 19 que, sobre la base del principio de eficacia nacional, considera que el operador económico legalmente establecido podrá ejercer su actividad en todo el territorio, mediante establecimiento físico o sin él.

Conviene llamar la atención, por otra parte, que los licitadores están invocando la infracción de la LGUM también en sus recursos planteados ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. A este respecto, puede consultarse las siguientes resoluciones: resolución nº 71/2015, de 23 de enero de 2015, resolución 731/2014, de 3 de octubre de 2014 y resolución 438/2014, de 6 de junio de 2014<sup>4</sup>.

Realizadas las consideraciones anteriores, a continuación se exponen algunos ejemplos de asuntos analizados por la SECUM referidos al sector del transporte, concretamente de otorgamiento de licencias de auto-taxi y de arrendamiento de vehículos con conductor, en los se ha aplicado el principio de no discriminación por razón del territorio del artículo 3 de la LGUM, y cuya evaluación podría ser extrapolable al ámbito de actuación que aquí nos ocupa:

**Ejemplo: Estar domiciliado en un determinado territorio**

En el marco de un procedimiento para el otorgamiento de licencias de autotaxis, la SECUM consideró que el requisito de domiciliación en el territorio de la Comunidad de Madrid, podía constituir un requisito contrario a la LGUM (art. 3.2 y 18.2.a)1º de la LGUM)

(Asunto 28.33. Transportes. Autotaxi)

**Ejemplo: Necesidad de disponer de un local físico en un determinado territorio**

En el ámbito de la actividad de arrendamiento de vehículos con conductor, el requisito asociado al otorgamiento de la licencia consistente en la necesidad de disponer de un local físico en un determinado territorio podría considerarse contraria al artículo 18.2.1.a) de la LGUM.

(Asunto 28.32. Transportes. Vehículos alquiler con conductor)

**b) No se podrá exigir en los pliegos de contratación que el licitador haya estado inscrito o se inscriba en algún registro del poder adjudicador, en la medida en**

<sup>4</sup> Todas ellas disponibles en el siguiente enlace: <http://www.minhap.gob.es/es-ES/Servicios/Contratacion/TACRC/Paginas/BuscadordeResoluciones.aspx>

que podría contradecir el principio de eficacia en todo el territorio nacional de las actuaciones administrativas contemplado en los artículos 6 y 20.1 c) de la LGUM, así como el principio de simplificación de cargas previsto en el artículo 7 de la LGUM.

#### **Ejemplo: Sobre la exigencia de inscripción en los Registros**

En el supuesto de que se acredite una inscripción en un Registro de Licitadores de una determinada Administración Pública, no debería exigirse al licitador la prueba por otros medios, de algún dato inscrito en dicho Registro, dado que se recuerda que los datos que figuran en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado (ROLECE) surten efectos frente a cualquier Administración Pública según el artículo 83.1 del TRLCSP.

En este sentido, consideró la SECUM que la negativa a dar eficacia a los certificados del ROLECE exigiendo documentación que ya obra en poder de la Administración, supone una duplicidad y vulnera el principio de simplificación de cargas recogido en el artículo 7 de la LGUM.

(Asunto 28.31. Contratación Sector Público. Renting)

- c) No se podrá exigir o valorar en los pliegos que **el personal del operador o los que ostenten la propiedad o los miembros de los órganos de administración, control o gobierno del mismo residan en dicho territorio** o reúnan condiciones que directa o indirectamente discriminen a las personas procedentes de otros lugares del territorio, dado que ello se convertiría en un requisito discriminatorio prohibido por el artículo 18.2 a) 4º, y con relación en el artículo 3 de la LGUM.
- d) En el mismo sentido, no se puede exigir en los pliegos que **el licitador deba realizar o haya realizado un curso de formación dentro del territorio del poder adjudicador**, puesto que ello supondría un requisito que entraría en colisión con el principio de eficacia nacional de las actuaciones administrativas establecido en los artículos 6 y 20 de la LGUM.
- e) Sobre la base de los mismos argumentos, **a los efectos de la acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de calidad en los procedimientos de contratación no se podría exigir certificaciones de calidad adicionales a los ya expedidos por los organismos competentes o el cumplimiento de nuevos requisitos** en la medida en que supondrían una vulneración del principio de eficacia en todo el territorio nacional establecido en el artículo 20.3 a) de la LGUM.
- f) No se podrían incluir en los pliegos **requisitos de cualificación profesional adicionales a los que requeridos en el lugar de origen o donde el operador haya accedido a la actividad profesional** (18.2.c) de la LGUM), tales como necesidades

de homologación, convalidación, acreditación, calificación, certificación, cualificación o reconocimiento de títulos o certificados que acrediten determinadas cualificaciones profesionales emitidos por autoridades o entidades de otras CCAA.

- g) En la misma línea anterior, tampoco se podrían exigir en los pliegos **requisitos referidos a seguros de responsabilidad civil o garantías equivalentes adicionales a los exigidos por la Autoridad de origen del operador**, o imponer que la constitución o el depósito de garantías financieras o la suscripción del seguro deba realizarse con un prestador u organismo del territorio del poder adjudicador, de acuerdo con lo establecido en el artículo 18.2.d) de la LGUM.
- h) Del mismo modo, los pliegos **no podrán contener especificaciones técnicas para la circulación legal de un producto o para su utilización distintas a las establecidas en el lugar de la fabricación**.
- i) Cabría considerar la aplicación de la prohibición descrita en el artículo 18.2 g) de la LGUM referido a los requisitos de naturaleza económica o intervención directa o indirecta de competidores en el marco del otorgamiento de concesiones, en los términos establecidos en las letras e) y f) del artículo 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.
- j) **No se podrán exigir, asimismo, requisitos que obliguen a realizar o haber realizado inversiones en el territorio del órgano de contratación**, en el término establecido en el artículo 18.2. h) de la LGUM.

#### **4. La contratación pública susceptible de análisis en el marco de los mecanismos de protección de los operadores económicos**

Conviene recordar que la documentación relativa a los contratos públicos, incluidos los pliegos o las cláusulas incluidas en los contratos **es susceptible de análisis en el marco de los mecanismos de protección de operadores económicos** que prevé la LGUM en sus artículos 26, 27 y 28 de la LGUM. En base a ello, **los operadores pueden reclamar o informar ante la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado** en el supuesto de que entiendan que sus derechos o intereses se han visto vulnerados con ocasión de la exigencia de requisitos en los pliegos o en cualquier otro documento relativo a los contratos públicos, a su juicio, contrarios a los principios establecidos en la LGUM. De este modo:

- Se podrá presentar una **reclamación**, en el plazo de 1 mes (o 20 días en el caso de actuaciones constitutivas de vía de hecho) ante la SCUM frente a toda actuación que, agotando o no la vía administrativa, sea susceptible de recurso administrativo ordinario. Ha de recordarse que este procedimiento tiene carácter

alternativo a la interposición de recursos administrativos o jurisdiccionales que procedan contra el acto o actuación de que se trate (art. 26 de la LGUM).

Ejemplo: Anuncios de licitación, los pliegos o resolución de adjudicación de un contrato público, entre otros actos.

- Se podrá **informar** a la SCUM, fuera de los supuestos establecidos en el artículo 26 y en cualquier momento, sobre cualesquiera obstáculos o barreras que en este ámbito hayan sido detectado por los operadores económicos, los consumidores y usuarios, así como por las organizaciones que los representen (artículo 28 de la LGUM).
- Se podrá también poner de manifiesto ante la **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia**, que estará legitimada para la **interposición de un recurso contencioso-administrativo** ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional frente a actuaciones y disposiciones administrativas que en esta materia se consideren contrarias a la libertad de establecimiento o de circulación, en función de lo establecido en el artículo 27 de la LGUM. En este caso, la CNMC podrá actuar de oficio o a petición de los operadores económicos.

A este respecto, es importante señalar que desde la puesta en funcionamiento de estos mecanismos de protección de los operadores económicos en marzo de 2014 hasta la presente fecha, se han presentado y resuelto un total de 7 asuntos relacionados con el ámbito de la contratación del sector público<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> **Reclamaciones del artículo 26 de la LGUM en materia de contratación pública:**

- 26.14. Contratación Pública. Cursos de educación vial:  
<http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/ficheros/pdf/contratacionpublicacursosreeducacionvial1.pdf>;

**Procedimientos de información del artículo 28 de la LGUM sobre contratación pública:**

- 28.2. Contratación Sector Público. Medicamentos:  
<http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/ficheros/SanidadMedicamentos.pdf>
- 28.9. Contratación Sector Público. Alquiler de bicicletas públicas:  
<http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/ficheros/pdf/InformeLGUM1412Transportebicicletas.pdf>
- 28.16. Contratación Sector Público. Reeducción vial:  
<http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/ficheros/pdf/Autoescuelasreeduccionvial3.pdf>
- 28.21. Contratación Sector Público. Aplazamiento de pagos:  
<http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/ficheros/pdf/CONTRATOSPUBLICOSaplazamientopagos.pdf>
- 28.24. Contratación Sector Público. Servicios Funerarios:  
<http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/ficheros/pdf/SERVICIOSFUNERARIOSrecogidasjudicialss.pdf>



## **5. Otras previsiones recogidas en la LGUM sobre contratos públicos. La Plataforma de Contratación del Sector Público**

Finalmente, hay que indicar que la LGUM modificó la denominación de la Plataforma de Contratación del Estado regulada en el artículo 334 del TRLCSP, que ha pasado a denominarse **Plataforma de Contratación del Sector Público, recogiendo la obligatoriedad de publicación de las convocatorias de licitaciones públicas y sus resultados** de todas las entidades que forman parte del sector público relacionadas en el artículo 3.1 del TRLCSP. Esta publicación puede hacerse, bien directamente o por interconexión con dispositivos electrónicos de agregación de la información de las diferentes administraciones y entidades públicas. (Disposición adicional tercera de la LGUM).

## **6. Conclusión**

**Las entidades o entes adjudicadores que conforman el sector público andaluz deberán valorar la necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones concretas en materia de contratación pública, teniendo en cuenta los objetivos o necesidades que pretenden satisfacer y utilizando cuidadosamente los mecanismos que la Ley les permite, atendiendo siempre a los principios de libertad de acceso, publicidad, transparencia, igualdad de trato, no discriminación y proporcionalidad, de conformidad con el TRLCSP y la LGUM.**

En Sevilla, a 15 de octubre de 2015

- 
- 28.31. Contratación Sector Público.  
Renting:[http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/ficheros/pdf/CONTRATACTIONS\\_ECTORPUBLICORenting.pdf](http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/ficheros/pdf/CONTRATACTIONS_ECTORPUBLICORenting.pdf)