

FASE II. Análisis de las alternativas a la contratación pública desde la óptica de promoción de la competencia (convenios y encargos a medios propios).

CONSULTA PÚBLICA

Actualización de la GUÍA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y COMPETENCIA (Fase II)

En el [plan de actuación de la CNMC 2021/2022](#) (acciones 141 y 202), se contempla continuar con la actualización de la [Guía sobre Contratación pública y Competencia](#) (CNC, 2011). Este trabajo se ha planteado por fases, que se corresponden con las diferentes etapas del ciclo de aprovisionamiento público: planificación, alternativas a la contratación, preparación y diseño de la licitación, procedimiento de adjudicación, ejecución y evaluación. Se podrá seguir el progreso de este proyecto a través de la web de la CNMC, concretamente en la sección de guías orientativas del apartado [Promoción de la competencia: contratación pública](#).

Para el análisis cada una de las fases, se prevé llevar a cabo consultas públicas, jornadas, talleres, requerimientos de información y reuniones que permitan la participación de todos los agentes interesados y obtener información para que la CNMC pueda, en su caso, formular las recomendaciones precisas a las Administraciones Públicas en su rol de promotora de la competencia en todos los mercados y sectores económicos.

A finales de 2020, la CNMC aprobó la [Fase I de la actualización de la Guía de Contratación Pública y Competencia](#), centrada en la [Planificación de la contratación pública](#). En este documento, se presentan las ventajas que comporta la planificación de necesidades por parte de las entidades del sector público de cara a adoptar decisiones de aprovisionamiento público favorecedoras de la competencia y la eficiencia, y se realizan recomendaciones sobre un adecuado proceso de planificación y programación del aprovisionamiento público.

Para la aprobación de dicho documento, se realizaron diversas actuaciones que sirvieron de base para las recomendaciones realizadas por la CNMC: se publicó un [documento preliminar de trabajo](#), se realizó [una consulta pública](#) y se organizó una [Jornada centrada en planificación](#) del aprovisionamiento público.

FASE II de la actualización de la Guía sobre contratación pública y competencia: convenios y encargos a medios propios.

Una vez culminada la Fase I de actualización de la Guía sobre contratación pública y competencia, **la CNMC está centrada en la Fase II de la actualización de la citada Guía.**

Esta fase analizará, desde la perspectiva de la promoción de la competencia, la utilización de figuras como los convenios y los encargos a medios propios, en cuanto alternativas a los procesos de aprovisionamiento de bienes y servicios que pueden distorsionar la competencia efectiva.

¿Qué son los convenios y encargos a medios propios?

Particularmente, los rasgos característicos de estas figuras son:

- ***Convenios.*** Debe existir una identidad de fines entre las partes integrantes del mismo, las cuales participan de forma conjunta en el resultado obtenido. No hay pues una relación onerosa basada en una prestación y una contraprestación recíprocas (propia de los contratos) ni vocación de mercado. Se excluyen del ámbito de aplicación de la legislación de contratos del sector público (artículos 6 y 31.1 b) de la LCSP) tanto los (i) *sistemas de cooperación horizontal entre entidades del sector público* mediante la celebración de convenios entre ellas (convenios entre entidades públicas, inter o intra administrativos, normalmente para la prestación de servicios públicos), como (ii) los convenios *celebrados entre las entidades del sector público y personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado*. En ambos casos, siempre y cuando su objeto no esté comprendido en las prestaciones propias de los contratos (obras, bienes y servicios) regulados en la LCSP o en normas administrativas especiales.

Encargos a medios propios personificados. Es una forma de cooperación entre entidades del sector público que se realiza con otra persona jurídica que guarda una relación especial con la entidad que realiza el encargo, al estar sometida a su control y al cumplimiento de una serie de requisitos legales (artículos 32-33 LCSP y artículo 86 Ley 40/2015). Los medios propios son entidades pertenecientes al sector público, de capital 100% público, que proveen bienes, obras y servicios a las propias Administraciones. De esta forma, los entes del sector público cubren sus necesidades de forma directa acudiendo a estos entes instrumentales dependientes. La instrumentalización de estas prestaciones por la vía del encargo hace que estas relaciones sean consideradas internas (es decir, el negocio jurídico se provee *“in house”*) y, en consecuencia, se les califica de relaciones de carácter no contractual, por lo que quedan fuera, bajo

determinados requisitos, de las reglas generales de la contratación pública.

¿Por qué la CNMC analiza la utilización de las figuras alternativas a los contratos públicos?

A través de diferentes instrumentos de [promoción de la competencia](#) (informes, Guías, acciones formativas, etc.), la CNMC ha venido recordando que las decisiones que adopten los responsables de compras públicas, incluso las que sean conformes con un principio de legalidad más formal en el marco de la amplia discrecionalidad existente en esta materia, deben ser coherentes con la garantía y promoción de la competencia efectiva en los mercados y los principios de regulación económica eficiente.

Cuando se recurre a la contratación pública, especialmente si se hace mediante el uso de procedimientos competitivos¹, la competencia entre licitadores promueve la mejora de las prestaciones que recibe el sector público en términos de, entre otros, menor precio y mayor calidad de los bienes y servicios adquiridos, y, por ende, afecta positivamente al bienestar general.

Ahora bien, existen circunstancias en las que la competencia no proporciona resultados satisfactorios desde la óptica del interés general, como ocurre ante la existencia de fallos del mercado o razones imperiosas de interés general². En estas circunstancias, la utilización de mecanismos que puedan resultar distorsionadores de la competencia está justificada en la medida en que sea necesaria y proporcionada a los fines de interés general.

En diversos documentos, como la [Guía de Contratación Pública y Competencia](#) (2011), el [Informe sobre los medios propios y las encomiendas de gestión: Implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia \(2013\)](#), o el Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público ([IPN/CNMC/010/15](#)), la CNMC ha analizado la utilización de las figuras de convenios y encargos con el objeto de evitar restricciones injustificadas a la competencia.

Sin cuestionar que existen objetivos de interés público que justifican la existencia y la utilización de las figuras de convenios y encargos, se ha destacado que su uso puede conllevar, en determinadas ocasiones, riesgos y costes en términos de competencia y eficiencia.

¹ Ver CNMC (2019): "Radiografía de los procedimientos de contratación pública en España ([E/CNMC/004/18](#))".

² Ver CNMC (2021): "Guía para consumidores: preguntas y respuestas sobre competencia y regulación ([G-2019-01](#))".

Frente a los contratos públicos, los convenios y los encargos no están sujetos en su adjudicación a los principios de concurrencia, igualdad, no discriminación y salvaguarda de la libre competencia.

Las posibles distorsiones sobre la competencia que pueden aparecer cuando se utilizan inadecuadamente los convenios y los encargos son, por un lado, una limitación del acceso de operadores (públicos y privados) al aprovisionamiento de bienes y servicios a la Administración Pública, que puede conducir a una menor eficiencia en dicho aprovisionamiento y a la expulsión del mercado de tales operadores alternativos, sobre todo cuando dichas figuras se utilizan de forma amplia, recurrente o sistemática; por otro, la creación de ventajas a favor de los operadores que suscriben los convenios o reciben los encargos que les pueden permitir ser más eficaces que sus rivales en otros mercados, y que también pueden tener un efecto expulsión sobre estos últimos.

El objetivo de la Fase II de la actualización de la Guía sobre contratación pública y competencia

En esta Fase II de actualización de la Guía, se pretende analizar el marco de regulación vigente y ofrecer orientaciones generales sobre ***cuándo la elección de mecanismos distintos a los contratos públicos puede distorsionar la competencia y cómo se puede hacer un uso adecuado de estas figuras desde la óptica de promoción de la competencia.***

Reglas de participación en esta consulta pública sobre la Fase II

En el marco del estudio de estas figuras de aprovisionamiento público desde la óptica de promoción de la competencia, lanzamos la presente consulta pública con el objetivo de recabar las opiniones de los principales actores tanto del sector público como del privado. Esta consulta pública es un proceso transparente y las aportaciones recibidas se tendrán en cuenta para el análisis que esta Comisión emprende con la Fase II de actualización de la Guía.

Para contribuir a la consulta pública debe responderse al cuestionario disponible en el siguiente formulario online. Más abajo se incluye en un archivo de Word el texto íntegro del mismo a título informativo.

Una vez respondidas las preguntas, en el último paso y antes del envío definitivo de la información, se solicita a los participantes los datos de contacto (identificación personal y correo electrónico) y el nombre de la persona o de la institución representada. Los datos de contacto referidos se mantendrán confidenciales y no se publicarán en ningún caso. Sin embargo, el nombre del particular o de la institución representada se publicarán junto a la respuesta, cuyo contenido será accesible íntegramente, salvo precisión en contra por su parte por motivos de confidencialidad.

Sólo es obligatorio responder a los campos marcados con un asterisco (*). Al resto de preguntas de la consulta no es obligatorio responder, por lo que se invita a los interesados a centrar sus contribuciones en aquellos apartados donde cuenten con información más relevante, dejando las preguntas donde no se dispone de información o juicio sin contestar o con la opción NS/NC (“no sabe/no contesta”).

Si se desea transmitir información adicional a la CNMC en relación a esta actuación, se puede hacer a través de la dirección de correo electrónico dp.ayudaseinformesnormativos@cnmc.es con el asunto “**Consulta pública alternativas a la contratación pública**” (indicando, por favor, si la documentación en su caso facilitada se puede hacer pública junto a la respuesta).

La CNMC publicará más adelante, a través de su [página web](#), los resultados de la consulta.

Finalmente, informamos de que **el 11 de junio se celebrará una Jornada sobre “Convenios y medios propios bajo el prisma de la promoción de la competencia”** con el objetivo abordar riesgos y oportunidades en la regulación y el control de convenios y encargos desde la óptica de la competencia en los mercados e identificar pautas para minimizar los posibles efectos negativos del uso de los convenios y encargos de los poderes públicos. Publicaremos en la [web de la CNMC toda la información para inscribirse en esta Jornada](#).

Consulta pública de la CNMC: Alternativas a la contratación pública

(G-2020-01)

(Plazo abierto de respuesta desde 31 de mayo hasta el 25 de junio de 2021)

I. Información personal o institucional

1. ¿En calidad de qué o en representación de quién participa en esta consulta pública? *

Entidad pública contratante

2. Seleccione el ámbito de interés

- Seleccione el ámbito geográfico de interés (seleccione una o varias opciones)*
 - Administración General del Estado
 - Comunidad Autónoma
 - Entidades locales
 - Otro

3. Breve justificación del interés del particular o de la Institución a la que representa (máximo 4.000 caracteres)



A rectangular text input field with a light gray background. The word "CONFIDENCIAL" is written in a light gray, semi-transparent font in the top-left corner. The field has a vertical scrollbar on the right side and a horizontal scrollbar at the bottom, both with small arrow buttons.

Bloque I: Valoración general

Para poder realizar, en su caso, recomendaciones de mejora a las Administraciones públicas sobre la utilización de las figuras reseñadas (convenios y encargos) es necesario comenzar con un diagnóstico que sirva de punto de partida.

Expresa su valoración sobre estas cuestiones (donde “0” significa “muy en desacuerdo” y “5” significa “muy de acuerdo”)

Valoración general: convenios

1. ¿Cuáles son las razones que motivan la celebración de los **convenios entre entidades del sector público**?

Motive su respuesta (máximo 4.000 caracteres)

2. ¿Cuáles son las razones que motivan la celebración de los **convenios entre entidades del sector público y personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado**?

Motive su respuesta (máximo 4.000 caracteres)

3. ¿Considera que se celebran **convenios** que deberían haber sido tramitados como contratos sujetos a la normativa de contratos del sector público?

4. ¿Considera que existen mecanismos efectivos de control sobre la celebración de estos **convenios entre entidades del sector público**?

5. ¿Considera que existen mecanismos efectivos de control sobre la celebración de estos **convenios entre entidades del sector público y personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado** ?

6. ¿Considera que los **convenios pueden planificarse con el resto de formas de aprovisionamiento público** (encargos a medios propios y contratos públicos)?

7. ¿Considera que en términos generales se realiza una interpretación restrictiva y rigurosa de los requisitos establecidos para utilizar la figura de los **convenios entre entidades del sector público**?

8. ¿Considera que en términos generales se realiza una interpretación restrictiva y rigurosa de los requisitos establecidos para utilizar la figura de los **convenios entre entidades del sector público y personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado**?

9. ¿Considera que se cumplen las exigencias de publicidad de los **convenios**?

10. Si lo desea, puede proveer comentarios adicionales a sus respuestas anteriores (máximo 4.000 caracteres)

Valoración general: encargos a medios propios

11. ¿Cuáles son las razones que motivan crear o atribuir la condición de **medio propio** a una entidad instrumental?

Motive su respuesta (máximo 4.000 caracteres)

12. ¿Cuáles son las razones más habituales para utilizar la figura de un **encargo a un medio propio**? (seleccione una o varias opciones)

Urgencia

Agilidad

- Experiencia y conocimiento
- Especialización
- Falta de medios materiales y humanos
- Eficiencia económica (racionalidad económica)
- Eficacia en la actuación administrativa
- Complejidad del encargo
- Menor precio
- Mayor calidad
- Seguridad
- Licitaciones previas desiertas
- Otros Haga clic o pulse aquí para escribir texto.

13. ¿Considera que existen mecanismos efectivos de control sobre la realización de **encargos a medios propios**?

14. ¿Considera que se cumplen las exigencias de publicidad de los listados de **medios propios existentes** y de formalización de los **encargos**?

15. ¿Considera que los **encargos a medios propios** pueden ser objeto de la planificación, como los contratos públicos)?

16. Si lo desea, puede proveer comentarios adicionales a sus respuestas anteriores (máximo 4.000 caracteres)

CONFIDENCIAL

Bloque II: Marco normativo

El marco normativo vigente ha ampliado la vía de la cooperación (horizontal y vertical) a través de las figuras reseñadas (convenios y encargos a medios propios). Dado el déficit de elementos concurrenciales que ambas presentan y para evitar problemas de utilización abusiva o incorrecta de las mismas, resulta fundamental que la regulación delimite con claridad los contornos de cada figura para ofrecer seguridad jurídica a las Administraciones Públicas y a los propios operadores.

Expresa su valoración sobre estas cuestiones (donde “0” significa “muy en desacuerdo” y “5” significa “muy de acuerdo”)

Marco normativo: convenios

17. ¿Considera que la regulación actual diferencia con claridad la figura del **convenio entre entidades del sector público** y la del contrato público?

18. ¿Considera necesario introducir mejoras en la regulación aplicable a los **convenios entre entidades del sector público**?

¿Sobre qué aspectos? (seleccione una o varias opciones)

- Mejoras de publicidad ex ante
- Refuerzo de la motivación de su utilización
- Mejoras de publicidad ex post
- Otros Haga clic o pulse aquí para escribir texto.

19. ¿Considera que la regulación actual diferencia con claridad la figura del **convenio entre entidades del sector público y personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado** y la del contrato público?

20. ¿Considera necesario introducir mejoras en la regulación aplicable a los **convenios entre entidades del sector público y personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado?**

¿Sobre qué aspectos? (seleccione una o varias opciones)

- Mejoras de publicidad ex ante
- Refuerzo de la motivación de su utilización
- Mejoras de publicidad ex post
- Otros: Haga clic o pulse aquí para escribir texto.

21. Si lo desea, puede proveer comentarios adicionales a sus respuestas anteriores (máximo 4.000 caracteres)



Marco normativo: encargos a medios propios

22. ¿Considera que los requisitos que la regulación actual impone a las entidades del sector público para acudir a **sus medios propios** son adecuados?

En caso negativo ¿Sobre qué aspectos debería incidir la mejora regulatoria? (seleccione una o varias opciones)

- Memoria justificativa
- Publicidad
- Requisito control análogo
- Requisito control análogo conjunto
- Determinación de las tarifas
- Requisito de actividad principal (80% el poder adjudicador del que sea medio propio / 20% actividad el mercado privado)

- Participación 100% pública
- Reconocimiento de la condición de medio propios en los Estatutos de la entidad
- Identificación del poder adjudicador respecto del cual se tiene la condición de medio propio
- Verificación de que el medio propio cuenta con los medios materiales y personales suficientes y apropiados
- Imposibilidad de participar en licitaciones convocadas por el poder adjudicador del que sean medio propio personificado
- Incumplimiento requisitos y pérdida sobrevenida de la condición de medio propio
- Delimitación en el objeto social del medio propio
- Otros: Haga clic o pulse aquí para escribir texto.

23. ¿Considera que los requisitos que la regulación actual impone a las entidades del sector público para realizar **los encargos** a sus medios propios son adecuados?

En caso negativo ¿Sobre qué aspectos debería incidir la mejora regulatoria? (seleccione una o varias opciones)

- Memoria justificativa
- Publicidad
- Adecuación del objeto social del medio propio y la prestación objeto del encargo
- Verificación de que el medio propio cuenta con los medios materiales y personales suficientes y apropiados
- Los negocios jurídicos que los entes destinatarios del encargo celebren en ejecución del encargo recibido
- Otros: Establecer cuando se puede acudir al encargo prescindiendo de la licitación pública y la competencia.

24. ¿Considera que es necesario regular requisitos adicionales para acudir a la figura de **los encargos a medios propios**?

En caso afirmativo ¿Sobre qué aspectos? (seleccione una o varias opciones)

- Análisis o estudio de mercado a incluir en la memoria justificativa
- Reglas para determinar la duración de los encargos
- Límites a la subcontratación de los encargos
- Reglas para las modificaciones de los encargos
- Nulidad del encargo por falta de publicidad del mismo
- Otros: Establecer cuando se puede acudir al encargo prescindiendo de la licitación pública y la competencia.

25. ¿Considera conveniente que entre los requisitos exigibles deba incluirse expresamente una memoria justificativa de la eficiencia del recurso del **encargo** frente a las opciones de contratación pública?

En caso afirmativo, ¿qué aspectos deben tenerse en cuenta para verificar que un **encargo** es la opción más eficiente frente a las licitaciones públicas?

Motive su respuesta (máximo 4.000 caracteres)

CONFIDENCIAL

26. ¿Considera que en la actualidad existen mecanismos de control efectivos sobre el cumplimiento de los requisitos establecidos para acudir a la figura de **los encargos a los medios propios**?

27. Si lo desea, puede proveer comentarios adicionales a sus respuestas anteriores (máximo 4.000 caracteres)

CONFIDENCIAL



Bloque III: Problemas específicos desde la óptica de promoción de la competencia

Exprese su valoración sobre estas cuestiones (donde “0” significa “muy en desacuerdo” y “5” significa “muy de acuerdo”)

Convenios y afectación a la competencia

28. ¿Considera que la utilización de la figura del **convenio entre entidades del sector público** puede tener impacto sobre la competencia?

2



29. ¿Considera que la utilización de la figura del **convenio entre entidades del sector público y personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado** puede tener impacto sobre la competencia?

4



30. ¿Considera que el mero cumplimiento de los requisitos existentes para utilizar el instrumento del **convenio** es suficiente para salvaguardar la competencia?

2



31. ¿Considera que la Administración debería justificar, caso por caso, los posibles efectos sobre la competencia que puede comportar la decisión de acudir a un **convenio entre entidades del sector público**?

2



32. ¿Considera que la Administración debería justificar, caso por caso, los posibles efectos sobre la competencia que puede comportar la decisión de acudir a un **convenio convenios entre entidades del sector público y personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado**?

33. Si lo desea, puede proveer comentarios adicionales a sus respuestas anteriores (máximo 4.000 caracteres)

Encargos a medios propios y afectación a la competencia

34. ¿Considera que la utilización de la figura del **encargo a los medios propios** puede tener impacto sobre la competencia en el mercado de aprovisionamiento público?

35. ¿Considera que la utilización de la figura del **encargo a los medios propios** puede tener impacto sobre la competencia en los mercados **distinto** al del aprovisionamiento público?

36. ¿Considera que la Administración debería justificar, caso por caso, los posibles efectos sobre la competencia que puede comportar la decisión de acudir a un **encargo a un medio propio**?

37. ¿Considera que el mero cumplimiento de los requisitos existentes para utilizar la figura del **encargo al medio propio** es suficiente para salvaguardar la competencia?

38. ¿Considera necesario que la Administración analice la estructura competitiva (oferta-demanda) del mercado tanto a la hora de **crear nuevos medios propios como de realizar encargos** a éstos?

39. Si lo desea, puede proveer comentarios adicionales a sus respuestas anteriores (máximo 4.000 caracteres)