Participación

Proyecto: Anteproyecto de Ley de mercado abierto

Fecha de publicación: Lunes, 28 Diciembre, 2020 - 13:10

COMENTARIOS:
Desde el Lunes, 28 Diciembre, 2020 - 13:10 hasta el Domingo, 17 Enero, 2021 - 00:00

Enviado por Asoc. Nacional de Entidades de Formación Educacion y Empleo el Vie, 08/01/2021 - 11:24 Enlace permanente

Aportaciones Anteproyecto Ley Mercado Abierto

ANFEDE, Asociación Nacional de Entidades de Formación, Educación y Empleo, ha realizado un estudio y análisis de la legislación vigente en el ámbito de la formación para el empleo en la Comunidad Autónoma de Madrid, basados en los principios de igualdad de trato, libre competencia e igualdad de oportunidades.

Desde ANFEDE consideramos, que en los últimos concursos celebrados por la CAM, relacionados con la formación para el empleo, ha existido un proteccionismo injustificado con ciertos operadores ya instalados en esta Comunidad Autónoma, coartando con ello, el libre acceso a estas subvenciones a nuevos operadores.

Para la realización de este análisis, se ha tomado en consideración el contenido de la siguiente legislación vigente:

Constitución Española.

Ley 38/2003, General de Subvenciones.

Directiva Europea de Servicios 2.006/123/CE.

Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia.

Ley 17/2009, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Ley 20/2013, de la Garantía de la Unidad de Mercado.

Ley 14/2013, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización.

Ley 30/2015, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral.

Ley 40/2015, del Régimen Jurídico del Sector Público.

Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.

Documentación de apoyo:

Guía sobre contratación pública y competencia, elaborado por la Comisión Nacional de la Competencia.

Los principales ejes del análisis, están basados en los principios de igualdad de trato, libre competencia, neutralidad, igualdad de oportunidades, transparencia y no discriminación.

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Artículo 14.

Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Artículo 31.2

2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía

Artículo 38.

Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

Artículo 103.1

1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación,

Artículo 139.

1. Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado.

2. Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español.

LEY 38/2003, GENERAL DE SUBVENCIONES

Artículo 8. Principios generales.

…

3. La gestión de las subvenciones a que se refiere esta ley se realizará de acuerdo con los siguientes principios:

a) Publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación.

b) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados por la Administración otorgante.

c) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.

Artículo 17. Bases reguladoras de la concesión de las subvenciones.

…

3. La norma reguladora de las bases de concesión de las subvenciones concretará, como mínimo, los siguientes extremos:

…

e) Criterios objetivos de otorgamiento de la subvención y, en su caso, ponderación de los mismos.

…

Artículo 22. Procedimientos de concesión.

1. El procedimiento ordinario de concesión de subvenciones se tramitará en régimen de concurrencia competitiva. A efectos de esta ley, tendrá la consideración de concurrencia competitiva el procedimiento mediante el cual la concesión de las subvenciones se realiza mediante la comparación de las solicitudes presentadas, a fin de establecer una prelación entre las mismas de acuerdo con los criterios de valoración previamente fijados en las bases reguladoras y en la convocatoria, y adjudicar, con el límite fijado en la convocatoria dentro del crédito disponible, aquellas que hayan obtenido mayor valoración en aplicación de los citados criterios.

En este supuesto, y sin perjuicio de las especialidades que pudieran derivarse de la capacidad de autoorganización de las Administraciones públicas, la propuesta de concesión se formulará al órgano concedente por un órgano colegiado a través del órgano instructor. La composición del órgano colegiado será la que establezcan las correspondientes bases reguladoras.

Excepcionalmente, siempre que así se prevea en las bases reguladoras, el órgano competente procederá al prorrateo, entre los beneficiarios de la subvención, del importe global máximo destinado a las subvenciones.

MANUAL SOBRE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS

DIRECTIVA EUROPEA 2006/123/CE

6.2.8 Prohibición de las obligaciones de haber estado inscrito previamente en el territorio nacional, o de haber ejercido previamente la actividad durante un período determinado en dicho territorio

Por último, en el artículo 14, apartado 8, se exige a los Estados miembros que supriman los requisitos que supediten el establecimiento en su territorio nacional al registro previo o al ejercicio previo de actividades por el prestador en dicho territorio. Es evidente que los requisitos que únicamente permitan prestar ciertas categorías de servicios a los operadores que hayan llevado a cabo con anterioridad actividades en un Estado miembro durante un determinado número de años excluirán normalmente el acceso al mercado de nuevos prestadores y, por tanto, tendrán que suprimirse.

Entre los ejemplos que cabe mencionar figura, por ejemplo, el de un régimen en virtud del cual únicamente los operadores que llevaban al menos un año establecidos en un Estado miembro podían registrar aeronaves utilizadas para la prestación de servicios de fotografía aérea (86)

6.3. Requisitos a evaluar

Los requisitos consignados en el artículo 15 constituyen obstáculos graves a la libertad de establecimiento y, a menudo, pueden sustituirse por medios menos restrictivos. Como resultado, el TJCE ha declarado en numerosas ocasiones que son incompatibles con la libertad de establecimiento. De todos modos, en ciertas circunstancias y en sectores concretos podrían estar justificados. Por esta razón, en el artículo 15 no se dispone su prohibición total, sino que se exige a los Estados miembros que revisen su legislación y, además, en su caso, las normas elaboradas por colegios y otras asociaciones profesionales, tal como se definen en el artículo 4, apartado 7, que identifiquen todos los requisitos del tipo de los consignados en el artículo 15, apartado 2, y que los evalúen con arreglo a los criterios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad expuestos en el artículo 15, apartado 3.

Los Estados miembros tendrán que evaluar, en relación con cada uno de los requisitos identificados en su legislación, si es no discriminatorio, está justificado por una razón imperiosa de interés general y es proporcionado. Como se señala en el artículo 15, apartado 3, un requisito es no discriminatorio si no discrimina, directa o indirectamente, en función de la nacionalidad (o en el caso de las sociedades, del domicilio social). Un requisito estará justificado por una razón imperiosa de interés general y será proporcionado si resulta adecuado para garantizar la realización del objetivo que persigue y no va más allá de lo necesario para conseguirlo. El concepto de razón imperiosa de interés general (como se recuerda en el artículo 4, apartado 8) alude a las razones no económicas legítimas a las que se atenga un Estado miembro y sean reconocidas como tales en la jurisprudencia del TJCE, incluidas, entre otras, el orden público, la salud pública, la seguridad pública, la protección del medio ambiente, la protección de los consumidores y los objetivos de política social. Como se señaló anteriormente, razones económicas como la protección de los competidores, de conformidad con la jurisprudencia del TJCE, no constituyen razones imperiosas de interés general y, por tanto, no pueden justificar la imposición de un requisito restrictivo. A demás, los Estados miembros deberán evaluar en cada caso si el objetivo perseguido por el requisito en cuestión no puede alcanzarse aplicando medios menos restrictivos.

Dependiendo del resultado de la evaluación, los Estados miembros tendrán que suprimir los requisitos que no cumplan las condiciones expuestas en el artículo 15, apartado 3, o sustituirlos por medios menos restrictivos compatibles con las disposiciones de la Directiva. Podrán mantener los que se atengan a las condiciones recogidas en el artículo 15, apartado 3. A l finalizar este proceso, los Estados miembros deberán comunicar los requisitos que hayan mantenido, así como los que hayan suprimido o atenuado, en el marco del procedimiento de revisión y evaluación recíproca previsto en el artículo 39 de la Directiva (87).

Artículo 15

Requisitos por evaluar

[…]

3. Los Estados miembros comprobarán que los requisitos contemplados en el apartado 2 cumplan las condiciones siguientes:

a) no discriminación: que los requisitos no sean discriminatorios, ni directa ni indirectamente, en función de la nacionalidad o, por lo que se refiere a las sociedades, del domicilio social;

b) necesidad: que los requisitos estén justificados por una razón imperiosa de interés general;

c) proporcionalidad: que los requisitos sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que se persigue y no vayan más allá de lo necesario para conseguir dicho objetivo y que no se puedan sustituir por otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado.

Es importante destacar que, con arreglo al artículo 15, apartado 6, a partir de la entrada en vigor de la Directiva (28 de diciembre de 2006), toda nueva ley que introduzca requisitos del tipo consignado en el artículo 15, apartado 2, deberá cumplir los criterios establecidos en el artículo 15, apartado 3. De conformidad con el artículo 15, apartado 7, los nuevos requisitos tendrán que ser notificados a la Comisión (88).

6.3.1. Límites cuantitativos o territoriales

El artículo 15, apartado 2, letra a), exige a los Estados miembros que evalúen los requisitos que impongan límites cuantitativos o territoriales. Los primeros son los que atañen, por ejemplo, al número de operadores autorizados para establecerse en su territorio o en un área específica. Son también límites cuantitativos aquellos en virtud de los cuales se determina el número de operadores admitidos en función de la población; por ejemplo, la regla de que no podrá abrirse más de un quiosco o autoescuela por cada cierto número de personas (por ejemplo, 2 000 habitantes). En cuanto a los límites territoriales, son los que limitan el número de prestadores de servicios con arreglo a una distancia geográfica mínima, por ejemplo, al menos 5 km entre gasolineras. El artículo 15, apartado 2, letra a), no incluye los límites impuestos a los insumos, a la producción o a las emisiones, como los relativos a las emisiones de CO 2 o gases.

Los límites cuantitativos y territoriales afectan al número total de prestadores de servicios, entorpeciendo así el acceso de nuevos operadores al mercado, y restringen gravemente, e incluso impiden, la libertad de establecimiento. A l examinar este tipo de requisitos, los Estados miembros deberán tener en cuenta que, a menudo, pueden suprimirlos o sustituirlos

por medidas menos restrictivas. En este contexto, cabe recordar asimismo que los fines económicos, como el de garantizar la base económica de determinadas categorías de prestadores, no constituyen razones imperiosas de interés general y, por tanto, no pueden invocarse como posible justificación de límites cuantitativos o territoriales.

6.3.2. Obligación de que el prestador de servicios adopte una forma jurídica particular

El artículo 15, apartado 2, letra b), atañe a los requisitos vigentes en algunos Estados miembros, que obligan a los prestadores de servicios a adoptar una forma jurídica determinada si desean prestar ciertos servicios. No cabe duda de que este tipo de requisitos constituyen obstáculos graves al establecimiento de los prestadores de servicios de otros Estados miembros, ya que pueden obligarles a modificar su estructura o forma jurídica.

Por ejemplo, los Estados miembros tendrán que identificar y evaluar los requisitos con arreglo a los cuales solo a los operadores económicos que adopten la forma de personas jurídicas se les permita emprender ciertas actividades en su territorio, excluyendo de este modo del mercado a las personas físicas (89). Del mismo modo, se incluyen en esta categoría los requisitos que impidan a los prestadores ofrecer sus servicios adoptando la forma de una determinada entidad jurídica o de una asociación y que en ocasiones se aplican a ciertas profesiones.

Otros ejemplos de casos contemplados en el artículo 15, apartado 2, letra b), son los requisitos que permiten el ejercicio de una determinada actividad únicamente a las sociedades unipersonales, o a las que son propiedad exclusivamente de personas físicas, así como los que excluyen del ejercicio de una actividad a ciertas categorías de empresas, como por ejemplo las sociedades cuyas acciones cotizan en Bolsa (90). Por otra parte, también están incluidos los requisitos que reservan ciertas actividades a entidades sin ánimo de lucro (91).

Los requisitos relativos a la forma jurídica pueden sustituirse en muchos casos por medios menos restrictivos y, por tanto, no están justificados. Por ejemplo, el TJCE (92) ha declarado que no puede mantenerse el requisito de que los operadores económicos se constituyan como personas jurídicas para realizar ciertas actividades, ya que el objetivo de proteger a los acreedores puede conseguirse con medidas menos restrictivas, como la de exigir a los operadores que obtengan un aval o suscriban un seguro. Asimismo, en general, el objetivo de impedir que los operadores realicen actividades delictivas o fraudulentas no justifica la exclusión del ejercicio de determinadas actividades de los que tengan una forma jurídica específica (93). E n esta misma línea, los requisitos que reservan ciertas actividades a entidades sin ánimo de lucro, en varios casos, no estarán justificados (94).

6.3.6. Obligaciones de disponer de un número mínimo de empleados

El artículo 15, apartado 2, letra f), alude a los requisitos que obligan a los prestadores de servicios a disponer de un número mínimo de empleados. Tales requisitos pueden resultar sumamente gravosos para ciertos operadores, en particular para las pequeñas y medianas empresas, que podrían verse obligadas a ampliar su plantilla para poder prestar sus servicios. Si no pueden permitirse tal ampliación, los requisitos que nos ocupan podría dar lugar en ciertos casos a su exclusión del mercado.

Al evaluar su legislación, los Estados miembros deben considerar que, como se expone en la jurisprudencia del TJCE, los requisitos de disposición de una cifra mínima de empleados solo se justifican en un número limitado de casos. Por ejemplo, en un asunto relativo a servicios de seguridad, el TJCE declaró que la obligación de contar con un número mínimo de empleados estaba justificada por razones de seguridad únicamente cuando se aplicase a la actividad específica de transporte de explosivos (teniendo en cuenta la necesidad de disponer de un equipo compuesto por un determinado número de personas para el manejo de materiales peligrosos), pero no en relación con otras actividades más comunes en el campo de la seguridad que conllevan un menor riesgo para el público, como las que desempeña el personal de vigilancia (98).

7. - LIBRE CIRCULACIÓN DE SERVICIOS

7.1.3.3. Proporcionalidad

Por último, aun cuando un requisito no sea discriminatorio y corresponda a alguna de las cuatro razones imperiosas de interés general antes referidas, la prueba definitiva respecto a si la aplicación de tal requisito se atiene a lo dispuesto en el artículo 16, apartados 1 y 3, es la de proporcionalidad, con arreglo a la cual se determina si la aplicación del requisito es apropiada para garantizar la consecución del objetivo que persigue y si no va más allá de lo necesario para alcanzar éste (125).

Un primer paso en esta evaluación consiste en establecer si la aplicación de un requisito nacional es adecuada para lograr el objetivo perseguido. La aplicación de legislación que no es eficaz para proteger alguno de los cuatro objetivos de interés general a los que se alude en el artículo 16, apartado 1, no puede justificarse. Por otra parte, la aplicación del requisito en cuestión debe constituir el medio menos restrictivo para alcanzar el objetivo. En particular, deberá evaluarse si el objetivo de interés general no se realiza ya mediante los requisitos a los que se somete el prestador en el Estado miembro de establecimiento. Aun cuando no sea éste el caso (porque no existan tales requisitos en la legislación del Estado miembro de establecimiento del prestador, o porque dichos requisitos sean menos protectores), el Estado miembro receptor deberá evaluar si existen otros medios menos restrictivos para alcanzar el objetivo perseguido (por ejemplo, el seguimiento de la actividad mientras se lleva a cabo puede resultar menos restrictivo que el requisito de autorización previa y bastar de todos modos para lograr el objetivo).

A menudo, tal evaluación deberá efectuarse caso por caso.

LEY 15/2007, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Artículo 1. Conductas colusorias.

1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.

b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.

c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.

d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

2.- Son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley.

LEY 17/2009, DE ACCESO A LAS ACTIVIDADES DE SERVICIOS Y SU EJERCICIO

Artículo 9. Principios aplicables a los requisitos exigidos.

1. Las Administraciones Públicas no podrán exigir requisitos, controles previos o garantías equivalentes o comparables, por su finalidad a aquellos a los que ya esté sometido el prestador en España o en otro Estado miembro.

2. Todos los requisitos que supediten el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio deberán ajustarse a los siguientes criterios:

a) No ser discriminatorios.

b) Estar justificados por una razón imperiosa de interés general.

c) Ser proporcionados a dicha razón imperiosa de interés general.

d) Ser claros e inequívocos.

e) Ser objetivos.

f) Ser hechos públicos con antelación.

g) Ser transparentes y accesibles.

3. El acceso a una actividad de servicio o su ejercicio se regirá por el principio de igualdad de trato y no discriminación.

Artículo 10. Requisitos prohibidos.

En ningún caso se supeditará el acceso a una actividad de servicios en España o su ejercicio al cumplimiento de lo siguiente:

a) Requisitos discriminatorios basados directa o indirectamente en la nacionalidad, incluido que el establecimiento se encuentre o no en el territorio de la autoridad competente, o el domicilio social; y en particular: requisito de nacionalidad o de residencia para el prestador, su personal, los partícipes en el capital social o los miembros de los órganos de gestión y supervisión.

b) Prohibición de estar establecido en varios Estados miembros o de estar inscrito en los registros o colegios o asociaciones profesionales de varios Estados miembros.

c) Limitaciones de la libertad del prestador para elegir entre un establecimiento principal o secundario y, especialmente, la obligación de que el prestador tenga su establecimiento principal en el territorio español, o limitaciones de la libertad de elección entre establecimiento en forma de sucursal o de filial.

d) Condiciones de reciprocidad con otro Estado miembro en el que el prestador tenga ya su establecimiento, con excepción de las previstas en los instrumentos comunitarios en materia de energía.

e) Requisitos de naturaleza económica que supediten la concesión de la autorización a la prueba de la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente o a que se comercialicen productos o servicios de un tipo o procedencia determinada. Las razones imperiosas de interés general que se invoquen no podrán encubrir requisitos de planificación económica.

f) Intervención directa o indirecta de competidores, incluso dentro de órganos consultivos, en la concesión de autorizaciones o en la adopción de otras decisiones de las autoridades competentes relativas al establecimiento para el ejercicio de una actividad de servicios, sin perjuicio de la actuación de colegios profesionales y consejos generales y autonómicos de colegios profesionales, como autoridades competentes, en el ámbito de las competencias que les otorga la ley. Esta prohibición se extiende a organismos como las cámaras de comercio y a los interlocutores sociales en lo que concierne al otorgamiento de autorizaciones individuales, pero esa prohibición no afectará a la consulta de organismos como las cámaras de comercio o de los interlocutores sociales sobre asuntos distintos a las solicitudes de autorización individuales, ni a una consulta del público en general.

g) Obligación de que la constitución de garantías financieras o la suscripción de un seguro deban realizarse con un prestador u organismo establecido en el territorio español.

h) Obligación de haber estado inscrito con carácter previo durante un período determinado en los registros de prestadores existentes en el territorio español o de haber ejercido previamente la actividad durante un período determinado en dicho territorio.

Artículo 11. Requisitos de aplicación excepcional sujetos a evaluación previa.

1. La normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o de su ejercicio no deberá supeditar dicho acceso o ejercicio a:

a) Restricciones cuantitativas o territoriales y, concretamente, límites fijados en función de la población o de una distancia mínima entre prestadores. Los fines económicos, como el de garantizar la viabilidad económica de determinados prestadores, no podrán invocarse como justificación de restricciones cuantitativas o territoriales.

b) Requisitos que obliguen al prestador a constituirse adoptando una determinada forma jurídica; así como la obligación de constituirse como entidad sin ánimo de lucro.

c) Requisitos relativos a la participación en el capital de una sociedad, en concreto la obligación de disponer de un capital mínimo para determinadas actividades o tener una cualificación específica para poseer el capital social o gestionar determinadas sociedades.

d) Requisitos distintos de los exigidos para el acceso a las profesiones reguladas, contemplados en la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, que reserven el acceso a una actividad de servicios a una serie de prestadores concretos debido a la índole específica de la actividad.

e) La prohibición de disponer de varios establecimientos en el territorio español.

f) Requisitos relativos a la composición de la plantilla, tales como tener un número determinado de empleados; ya sea en el total de la plantilla o en categorías concretas, o a la obligación de contratar con una procedencia o modalidad determinada.

g) Restricciones a la libertad de precios, tales como tarifas mínimas o máximas, o limitaciones a los descuentos.

h) La obligación del prestador de realizar, junto con su servicio, otros servicios específicos o de ofrecer una determinada gama o surtido de productos.

Artículo 16. Restricciones y discriminaciones prohibidas.

1. No podrán imponerse a los destinatarios de los servicios requisitos que restrinjan la utilización de los servicios ofrecidos por un prestador establecido en otro Estado miembro.

2. En particular, no podrán imponerse al destinatario de los servicios requisitos que impliquen:

a) La obligación de obtener una autorización o de hacer una declaración ante las autoridades españolas.

b) Limitaciones discriminatorias en las posibilidades de concesión de ayudas o ventajas económicas en función del lugar de establecimiento del prestador o del lugar de ejecución de la prestación.

LEY 20/2013, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO

Artículo 3. Principio de no discriminación.

1. Todos los operadores económicos tendrán los mismos derechos en todo el territorio nacional y con respecto a todas las autoridades competentes, sin discriminación alguna por razón del lugar de residencia o establecimiento.

2. Ninguna disposición de carácter general, actuación administrativa o norma de calidad que se refiera al acceso o al ejercicio de actividades económicas podrá contener condiciones ni requisitos que tengan como efecto directo o indirecto la discriminación por razón de establecimiento o residencia del operador económico.

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.

Artículo 18. Actuaciones que limitan la libertad de establecimiento y la libertad de circulación.

(…)

2. Serán consideradas actuaciones que limitan el libre establecimiento y la libre circulación por no cumplir los principios recogidos en el Capítulo II de esta Ley los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes que contengan o apliquen:

a) 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. Entre estos requisitos se incluyen, en particular:

1.º que el establecimiento o el domicilio social se encuentre en el territorio de la autoridad competente, o que disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio.

2.º que el operador haya residido u operado durante un determinado periodo de tiempo en dicho territorio.

3.º que el operador haya estado inscrito en registros de dicho territorio.

4.º que su personal, los que ostenten la propiedad o los miembros de los órganos de administración, control o gobierno residan en dicho territorio o reúnan condiciones que directa o indirectamente discriminen a las personas procedentes de otros lugares del territorio.

5.º que el operador deba realizar un curso de formación dentro del territorio de la autoridad competente.

(…)

f) Para la obtención de ventajas económicas, exigencia de requisitos de obtención de una autorización, homologación, acreditación, calificación, certificación, cualificación o reconocimiento, de presentación de una declaración responsable o comunicación o de inscripción en algún registro para acreditar la equivalencia de las condiciones que reúne el operador establecido en otro lugar del territorio con los requisitos exigidos para la concesión de dichas ventajas económicas.

Artículo 45. Prohibición de discriminación a favor de contratistas previos en los procedimientos de contratación pública.

1. En sus procedimientos de contratación, los entes, organismos y entidades integrantes del sector público no podrán otorgar ninguna ventaja directa o indirecta a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.

2. Serán nulas de pleno derecho todas aquellas disposiciones contenidas en disposiciones normativas con o sin fuerza de Ley así como en actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano del sector público que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.

LEY 30/2015, POR LA QUE SE REGULA EL SISTEMA DE FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO EN EL ÁMBITO LABORAL

Artículo 6. Financiación.

…

8. Reglamentariamente se establecerán las bases reguladoras para la concesión de las subvenciones públicas señaladas en este artículo y que resultarán de aplicación a las distintas administraciones competentes en la gestión de la totalidad de los fondos previstos en el apartado 1. Estas bases reguladoras sólo contemplarán la financiación de las acciones formativas realizadas a partir del acto de concesión de la correspondiente subvención.

Asimismo, estas bases podrán prever entregas de fondos con carácter previo al inicio de la actividad formativa, conforme a lo recogido en el artículo 34 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, con un límite máximo que no podrá superar el 25 por ciento del importe concedido. Igualmente, podrá preverse el pago de hasta un 35 por ciento adicional una vez acreditado el inicio de la actividad formativa, lo que supondrá que como mínimo un 40 por ciento del importe concedido se hará efectivo una vez finalizada y justificada la actividad formativa subvencionada.

Los anticipos y/o pagos restantes que debe realizar la Administración, tal y como se contempla en el párrafo anterior, se harán efectivos en el plazo máximo de tres meses, a contar desde la presentación por el beneficiario de la documentación requerida para solicitar dicho anticipo, o de doce meses desde la presentación de la justificación final de la actividad objeto de subvención, salvo cuando se aplique el régimen de concesión y justificación a través de módulos, a que hace referencia el artículo 7, apartado 2, en cuyo caso el citado plazo será de seis meses.

Estas bases no podrán incluir, en ningún caso, criterios de concesión de las subvenciones que impliquen la reserva de actividad para determinadas entidades, así como otros criterios ajenos a aspectos de solvencia técnica y financiera.

La gestión de las distintas administraciones competentes de los fondos a que se refieren los apartados anteriores deberá ajustarse a los principios previstos en el capítulo II de la Ley

Reglamentariamente se establecerán, asimismo, los mecanismos de justificación y pago de las cuantías a que se refiere el apartado 7.

LEY 40/2015, DEL REGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO

Artículo 4. Principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad.

1. Las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias. Asimismo, deberán evaluar periódicamente los efectos y resultados obtenidos.

LEY 9/2.017, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Artículo 1. Objeto y finalidad.

1. La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

2. Es igualmente objeto de esta Ley la regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar.

3. En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la

convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social.

Artículo 2. Ámbito de aplicación.

1. Son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren las entidades enumeradas en el artículo 3.

Se entenderá que un contrato tiene carácter oneroso en los casos en que el contratista obtenga algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta.

2. Están también sujetos a la presente Ley, en los términos que en ella se señalan, los contratos subvencionados por entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores que celebren otras personas físicas o jurídicas en los supuestos previstos en el artículo 23 relativo a los contratos subvencionados sujetos a una regulación armonizada.

3. La aplicación de esta Ley a los contratos que celebren las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local, o los organismos dependientes de las mismas, así como a los contratos subvencionados por cualquiera de estas entidades, se efectuará en los términos previstos en la Disposición final primera de la presente Ley relativa a los títulos competenciales.

4. A los efectos de identificar las prestaciones que son objeto de los contratos regulados en esta Ley, se utilizará el «Vocabulario común de contratos públicos», aprobado por el Reglamento (CE) n.º 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de noviembre de 2002, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), o normativa comunitaria que le sustituya.

Artículo 40. Causas de anulabilidad de derecho administrativo.

Son causas de anulabilidad de derecho administrativo las demás infracciones del ordenamiento jurídico y, en especial, las de las reglas contenidas en la presente Ley, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En particular, se incluyen entre las causas de anulabilidad a las que se refiere el párrafo anterior, las siguientes:

a) El incumplimiento de las circunstancias y requisitos exigidos para la modificación de los contratos en los artículos 204 y 205.

b) Todas aquellas disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos emanados de cualquier poder adjudicador que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.

c) Los encargos que acuerden los poderes adjudicadores para la ejecución directa de prestaciones a través de medios propios, cuando no observen alguno de los requisitos establecidos en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 32, relativos a la condición de medio propio.

Artículo 64. Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses.

1. Los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores.

GUÍA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y COMPETENCIA. CNC

En este punto del documento, traemos a colación, los criterios de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que en su guía dirigida a las entidades del sector público que intervienen en el mercado como demandantes de bienes y servicios, a través de los procedimientos de contratación pública.

En sus objetivos este Organismo contempla que en los procedimientos de contratación no se introduzcan restricciones injustificadas a la competencia, o evitar actuaciones colusorias por parte de los licitadores, combatir potenciales actuaciones ilícitas de colusión de las empresas oferentes en el proceso de contratación.

La CNMC determina que las entidades del sector público están obligadas a utilizar las normas de contratación pública, garantizando el sometimiento a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad, no discriminación y salvaguarda de la libre competencia.

a) Acceso a la licitación

3. Discriminación por razones de territorio.

Está prohibida toda referencia a cláusulas de las que pudieran derivarse diferencias de trato en función de la nacionalidad, lengua, domicilio o territorio del adjudicatario, incluso de manera indirecta, como, por ejemplo, la preferencia por experiencias vinculadas a un ámbito geográfico, o la exigencia de ubicación de instalaciones de los posibles adjudicatarios en el territorio de referencia.

4. Requisitos técnicos y económicos innecesarios o excesivos.

En relación con los bienes objeto del contrato, está prohibida, salvo en los supuestos de excepción contemplados legalmente, toda referencia a tipologías, marcas o especificaciones técnicas como determinantes del acceso a la licitación. Igualmente deben evitarse exigencias que supongan una carga económica desproporcionada.

b) Criterios de Adjudicación

a) Garantía de la igualdad de trato y de no discriminación entre licitadores

Está prohibido favorecer indebidamente a las empresas ya establecidas o que llevan tiempo trabajando en el sector, atribuyendo por ejemplo una ponderación excesiva a parámetros que puedan favorecer la discriminación a favor de este tipo de operadores.

1. Valoración de la experiencia. Tanto la propia LCSP como la jurisprudencia y doctrina establecen claramente que la solvencia es

el elemento que mide la aptitud de las empresas, mientras que los

criterios de evaluación han de medir las características de la oferta.

En consecuencia, la experiencia de los licitadores NO puede ser considerada como un parámetro puntuable a efectos de obtener la adjudicación. Debe entenderse pues, que todas las empresas que acrediten la solvencia requerida están igualmente capacitadas para ejecutar el contrato y, en consecuencia, la adjudicación debe realizarse en función de otros criterios.

2. Valoración del cumplimiento satisfactorio de otros contratos.

Aunque la LCSP impide contratar con las Administraciones Públicas a aquellas empresas que hubieran incumplido las condiciones

especiales de ejecución del contrato, el grado de satisfacción de la Administración con dicha ejecución no puede utilizarse a efectos de la adjudicación del contrato, en la medida en que contribuye a discriminar contra nuevos entrantes. Si se pretende premiar el correcto desempeño de contratos anteriores, o bien minimizar el riesgo de una prestación no idónea del servicio, deberían preverse y ejercerse otros mecanismos que no impliquen ventajas en futuras licitaciones.

La colusión entre oferentes a licitaciones

¿Qué normas sancionan la colusión entre oferentes en una licitación pública?

…

El falseamiento de la competencia en licitaciones públicas no sólo constituye una infracción administrativa, sino que puede constituir un ilícito penal. El artículo 262 del Código Penal establece que quienes alteren los precios en concursos y subastas públicas pueden ser sancionados con penas de prisión de uno a tres años, y sanción de días-multa de doce a veinticuatro meses, así como la posible pena de inhabilitación especial para contratar con las Administraciones Públicas por un periodo de tres a cinco años.

Asimismo, la Disposición Adicional 27ª de la LCSP recoge la obligación de los órganos de contratación y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado de notificar a la CNC los hechos observados que puedan constituir infracciones a la legislación de defensa de la competencia. Del incumplimiento de esta obligación podría derivarse responsabilidad administrativa.

¿Qué características del mercado facilitan la existencia de colusión?

Respecto al mercado, la colusión tiende a ser más factible

cuando:

El mercado puede considerarse estable, porque, por ejemplo, existen barreras de entrada que dificultan o impiden la entrada de nuevos competidores, y no parece probable que se produzcan modificaciones importantes de las condiciones de demanda, o innovaciones tecnológicas significativas en el producto en cuestión. Todo ello propicia no sólo la realización de acuerdos sino también la posibilidad de extender su duración a lo largo de mayores períodos de tiempo.

El producto o servicio que ofrecen las empresas es relativamente homogéneo, lo que facilita la consecución de acuerdos respecto al precio ofertado.

Los productos o servicios objeto de la contratación pública no cuentan con sustitutivos cercanos, de manera que los órganos contratantes pueden tener pocas alternativas cuando los licitadores alcanzan un acuerdo.

Existen vínculos contractuales o estructurales entre las empresas participantes en el mercado que pueden facilitar la coordinación y el seguimiento del comportamiento de todas ellas.

¿Qué características del diseño de licitación pueden favorecer la colusión?

Al favorecer la concurrencia a través de las anteriores recomendaciones, se está implícitamente reduciendo la capacidad de las empresas para coludir. De manera más específica, las Administraciones Públicas pueden tener en cuenta también otros factores para desincentivar las conductas colusorias. Estos factores se refieren, en particular, a aquellos que tiendan a dificultar y restringir la participación de potenciales licitadores competitivos, a facilitar la predictibilidad de las condiciones de la contratación y/o a posibilitar la comunicación entre los licitadores.

Respecto al número de licitadores, por sus potenciales efectos preventivos de la colusión cabe añadir a las recomendaciones enunciadas en la primera parte de la Guía para ampliar y diversificar la participación, todas aquéllas que contribuyen a aumentar la incertidumbre entre los licitadores respecto al número e identidad de sus posibles competidores.

En cuanto a la predictibilidad de las condiciones de contratación, en general los incentivos a competir suelen ser mayores cuando la cuantía del contrato es importante y la licitación no es excesivamente frecuente.

Es importante asimismo dificultar la previsibilidad de los requisitos, variando el tamaño de los contratos, - por ejemplo, agregándolos o desagregándolos, o realizando compras conjuntas con otros órganos contratantes del sector público -, y la estructura temporal de los calendarios de licitación. A este respecto, debe tenerse en cuenta asimismo que, si se decide desagregar un contrato, el tamaño y diseño de los lotes objeto de la licitación tiene importantes implicaciones a efectos de las posibilidades de acuerdos colusorios, en la medida en que ello afecta no sólo al número de posibles licitadores - los lotes demasiado grandes pueden dificultar la participación de las pequeñas y medianas empresas -, sino también a la predictibilidad de las licitaciones y a las posibilidades de reparto del contrato entre los licitadores.

Las entidades del sector público que intervienen en el mercado como demandantes de bienes y servicios, a través de los procedimientos de contratación pública, como exige la Constitución Española, deben realizarse de forma equitativa y eficiente con pleno sometimiento de la Ley.

En relación a los criterios técnicos, toda entidad acreditada como entidad de formación para el empleo ante el organismo competente, cumple con todos los requisitos sobre los criterios de valoración técnica que se establezcan por la administración pública competente, como establece la Ley 30/2015, al haber realizado un proceso de acreditación y homologación, relacionados con los fines del concurso, ante estos organismos públicos.

Los criterios de concesión de subvenciones, deben estar suficientemente motivados, para que no se ponga en riesgo el principio de igualdad, objetividad y transparencia regulado por la legislación vigente.

Las leyes y reglamentos relacionados en este informe, se incardinan con la Ley 38/2003, General de Subvenciones, y la Ley 30/2015, que regula el sistema de la formación profesional para el empleo.

ANFEDE, ofrece la colaboración y queda a su disposición para lo que sea necesario en todo lo relacionado con la Ley del Anteproyecto del Mercado Abierto.

RESULTADOS DE LA VOTACIÓN:

Proyecto

Recuento de votos Promedio

Total de votos por número de estrellas

Número de estrellas	Votos
1	1
2	2
3	0
4	3
5	2