

Guía para evitar los mercados cautivos en la contratación pública

Guía para evitar los mercados cautivos en la contratación pública

**Generalitat de Catalunya
Departamento de Economía y Finanzas
Autoridad Catalana de la Competencia**

Noviembre de 2025



Resumen de la licencia: <https://creativecommons.org/publicdomain/zero/1.0/deed.ca>

Licencia completa: <https://creativecommons.org/publicdomain/zero/1.0/legalcode>

Redacción

Dirección General de Contratación Pública. Departamento de Economía y Finanzas.

Generalitat de Catalunya
Autoridad Catalana de la Competencia

Índice

1. Introducción	3
1.1. Objetivo de la guía	3
1.2. Qué es un mercado cautivo	4
1.3. Impacto de los mercados cautivos	6
2. Identificación de mercados cautivos	8
2.1. Ámbito sanitario	8
2.2. Ámbito tecnológico	9
2.3. Otros supuestos	9
3. Estrategias para evitar la creación de mercados cautivos	10
3.1. Diseño de los pliegos de cláusulas administrativas y de los pliegos de prescripciones técnicas garantizando la igualdad de condiciones	11
3.2. Análisis del impacto del contrato en adquisiciones futuras	12
3.3. Promover la diversidad de proveedores en los contratos con prestaciones diferentes	13
3.4. Identificar los mercados conexos	13
4. Recomendaciones para evitar la creación de mercados cautivos	14
Anexo. Cláusulas para incorporar en los pliegos para evitar los mercados cautivos	20

1. Introducción

1.1. Objetivo de la guía

Esta guía tiene como objetivo evitar los mercados cautivos en la contratación pública y fomentar una contratación más abierta, eficiente y competitiva, que favorezca la diversificación de proveedores, la innovación y la sostenibilidad del tejido empresarial.

El documento recoge los aspectos básicos para identificar situaciones de mercado cautivo y ofrece un conjunto de recomendaciones, orientadas a facilitar a los poderes adjudicadores la tarea de velar por la libre competencia, la transparencia y la obtención de la mejor relación calidad-precio en las prestaciones.

La guía se enmarca en la Estrategia catalana de mejora de la compra pública, y en concreto en lo que prevé el objetivo operativo 2.1.3 "Seleccionar la mejor oferta"; en la acción "la incorporación de cláusulas específicas en los pliegos de prescripciones técnicas con la finalidad de evitar situaciones de mercado cautivo". Asimismo, en el objetivo operativo 4.3.2 "Evitar y perseguir la colusión", se recoge, como una de las acciones, que en los contratos que incluyan tecnología, se tienen que incorporar cláusulas que eviten la dependencia de un único proveedor. Estas cláusulas pueden incluir definiciones funcionales, uso de software libre, inclusión del mantenimiento, derechos de uso, así como cláusulas de transición y de devolución del servicio, entre otros.

Con el fin de dar cumplimiento a estas acciones, en el marco de la Comisión de seguimiento del Eje 4: "Contratar con integridad y transparencia", de la Estrategia catalana de mejora de la compra pública, se constituyó un grupo de trabajo específico encargado de elaborar esta Guía, con el objetivo de proporcionar orientaciones prácticas y herramientas útiles para la redacción de pliegos, que favorezcan una contratación pública más abierta, competitiva y libre de dependencias.

Esta Guía ha sido impulsada conjuntamente por la Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO) y la Dirección General de Contratación Pública, con la participación activa y las aportaciones de los miembros del grupo de trabajo mencionado.

El documento ha sido aprobado por la Comisión de Seguimiento del Eje 4 de la Estrategia catalana de mejora de la compra pública, en fecha 23 de octubre de 2025.

1.2. Qué es un mercado cautivo

Un **mercado cautivo**, en el ámbito que nos ocupa, es un mercado en el cual los poderes adjudicadores no disponen de alternativas reales para escoger entre diferentes proveedores o productos, o no pueden cambiar de proveedor fácilmente. Esta situación puede ser derivada de la ausencia de competidores efectivos, de la existencia de barreras de entrada o de prácticas comerciales que limitan la competencia.

En este tipo de mercados, los compradores se ven “capturados” por un determinado proveedor, del cual no pueden prescindir sin asumir elevados costes de transición o dificultades desproporcionadas.

Existen diferentes causas que pueden provocar que un mercado sea cautivo:

- **Monopolios u oligopolios naturales.** En algunos sectores, la propia estructura del mercado propicia la concentración de la oferta en manos de un número muy reducido de empresas o, incluso, de un único operador. Eso puede ser debido a economías de escala muy marcadas, a la necesidad de gestionar una infraestructura única (como, por ejemplo, una red de suministro de agua) o a características técnicas que hacen inviable la entrada de nuevos competidores de manera eficiente. En estos contextos, incluso en ausencia de barreras legales, la competencia efectiva queda muy limitada, y los demandantes se encuentran expuestos a condiciones comerciales determinadas unilateralmente por los pocos proveedores existentes.
- **Barreras de entrada elevadas.** Existen mercados que requieren esfuerzos muy grandes a las empresas que quieran acceder. Estas barreras de entrada pueden consistir, por ejemplo, en la necesidad de grandes inversiones iniciales (que en muchas ocasiones pueden ser costes hundidos, es decir, gastos que no se pueden recuperar en caso de salir del mercado), el cumplimiento de regulaciones técnicas o administrativas muy estrictas, o la existencia de derechos de propiedad industrial (como patentes, marcas o derechos exclusivos) que limitan la posibilidad de ofrecer productos o servicios sustitutivos. Estas condiciones dificultan la entrada de nuevos competidores, hecho que consolida la posición de los operadores ya establecidos.
- **Fidelización forzada.** Ciertas prácticas comerciales pueden limitar la

libertad de elección de los consumidores, mediante cláusulas contractuales que dificultan el cambio de proveedor. Es el caso, por ejemplo, de los contratos de larga duración con penalizaciones por resolución anticipada, como puede pasar con servicios bancarios, telefonía, etc. Otro supuesto habitual, es la vinculación técnica derivada de la compra inicial de equipos o maquinaria, que obliga a adquirir posteriormente los recambios, las actualizaciones, los servicios de mantenimiento o los consumibles exclusivamente al mismo proveedor o fabricante.

- **Prácticas anticompetitivas.** Pueden ser las propias empresas, las cuales, por medio de prácticas como ventas vinculadas, cláusulas de exclusividad o empaquetado de productos, provoquen y dificulten el acceso a proveedores alternativos.
- La **venta vinculada** (o *tying*) en la compra pública, se manifiesta cuando la adquisición de un servicio o suministro se condiciona a la adquisición de otro producto o servicio adicional, que podrían ser proporcionados por otros proveedores (que podrían ofrecer mejores condiciones), limitando así la competencia. Por ejemplo, en un contrato de suministro, el operador económico obliga a utilizar el mantenimiento ofrecido por el fabricante original o se establece la obligación de comprar las piezas de reposición a un proveedor autorizado. El **empaquetado** (o *bundling*) aparece cuando varios productos o servicios se presentan agrupados en un único contrato, dificultando la participación de empresas especializadas en componentes individuales, o eliminando la opción de obtener mejores condiciones económicas mediante una contratación separada.

Tanto la venta vinculada como el empaquetado son prácticas que pueden limitar las opciones en licitaciones públicas, cuando un proveedor condiciona la venta de un producto a la adquisición de otro que quizás no es necesario. Esto fuerza a las entidades a adquirir productos adicionales, que incrementan artificialmente el coste total y reducen la flexibilidad de optar por alternativas más adaptadas a las necesidades reales de la Administración.

- **Reparto de mercado o de clientes:** Se da cuando varias empresas competidoras, acuerdan de manera ilícita dividirse el mercado, bien sea por zonas geográficas, por tipo de clientes o por categorías de productos. Estas prácticas colusorias limitan gravemente la competencia, ya que

impiden a los poderes adjudicadores acceder a una oferta realmente plural y competitiva, generando mercados artificialmente cautivos.

- **Dependencia de un bien esencial.** En algunos sectores, una empresa puede controlar un recurso o infraestructura que es imprescindible para operar en el mercado. Por ejemplo, algunos medicamentos, una instalación logística clave, una base de datos, etc. Si este acceso al activo esencial no es abierto o competitivo, el resto de los operadores quedan subordinados a la empresa titular de este.
- **Costes de cambio significativos.** Cuando los clientes, en este caso los poderes adjudicadores, tienen que asumir costes elevados (económicos, técnicos u organizativos) para cambiar de proveedor, tienden a mantenerse con el operador inicial. Esta situación es típica en mercados con sistemas cerrados (como determinado software), equipos especializados o servicios integrados que requieren compatibilidad o formación específica.

Los puntos anteriormente mencionados, constituyen causas que se pueden catalogar como exógenas a los poderes adjudicadores y que provocan mercados cautivos realmente auténticos. Ahora bien, en determinadas ocasiones, la continuidad en la contratación de proveedores habituales, a menudo motivada por la inercia o por la voluntad de garantizar la estabilidad y la eficiencia del servicio, puede acabar favoreciendo la consolidación de estos mercados. La ausencia de una estrategia activa, orientada a fomentar la concurrencia y a explorar alternativas, puede provocar, como se expone a continuación, consecuencias no deseadas que es conveniente prevenir y evitar.

1.3. Impacto de los mercados cautivos

En el contexto de la compra pública, la problemática de los mercados cautivos adquiere una importancia especial, ya que un diseño inadecuado de las contrataciones puede limitar la concurrencia y reforzar posiciones de dominio por parte de algunos proveedores.

Estas prácticas, en el marco de la contratación pública, pueden tener consecuencias negativas:

- **Reducción de la concurrencia en licitaciones**

En un mercado cautivo, las opciones reales para los poderes adjudicadores se ven severamente limitadas, a menudo por la existencia de un único proveedor

viable. Esta escasa participación puede traducirse en licitaciones con falta de competencia efectiva o, incluso, en procedimientos de licitación que acaban declarados desiertos.

- **Dependencia del proveedor**

Cuando un ente público queda vinculado a una empresa por razones técnicas, contractuales o logísticas (como el suministro de consumibles exclusivos o la falta de entrega del código fuente), se genera una relación de dependencia que puede comprometer su capacidad de adaptación, de negociación y de introducción de mejoras en futuros contratos.

- **Aumento de costes**

La ausencia de empresas competidoras alternativas, reduce la presión para ofrecer condiciones económicas ventajosas. Eso permite a los operadores dominantes, fijar precios más elevados, hecho que puede generar un sobrecoste para la Administración y, en consecuencia, una menor eficiencia en el uso de los recursos públicos.

De la misma manera, cuando la Administración se ve obligada a aceptar paquetes integrales o servicios vinculados, a menudo acaba asumiendo precios más elevados o condiciones menos favorables. La venta vinculada se puede convertir en un instrumento que permite ocultar el precio real del producto principal, sin que el comprador sepa qué parte corresponde al producto vinculado y cuál al vinculante.

- **Limitación de la innovación y la calidad**

En un entorno sin presión competitiva, como es el caso de los mercados cautivos, los proveedores habituales tienen pocos incentivos para invertir en innovación, optimizar procesos o adaptar los servicios a las necesidades cambiantes de la Administración. Esta inercia puede comportar una degradación progresiva de la calidad, una reducción de la diversidad de oferta y una escasa incorporación de nuevas tecnologías. En consecuencia, los servicios públicos contratados pueden quedar desfasados o ser menos eficientes de lo que permitiría el potencial del mercado, si existiera una competencia real.

- **Mayor riesgo de prácticas abusivas o colusorias**

La presencia de mercados cautivos puede facilitar conductas anticompetitivas, como el abuso de posición de dominio o acuerdos colusorios entre los pocos

operadores disponibles. Este riesgo aumenta especialmente en sectores con altos costes de cambio, información asimétrica o una trayectoria de baja rotación de adjudicatarios.

En conclusión, los mercados cautivos pueden ser muy perjudiciales en la contratación pública, tanto en términos de mayores costes como de empeoramiento de la calidad, innovación y diversidad de la oferta. Así, la prevención de este fenómeno es crucial para fomentar una competencia efectiva y asegurar que la contratación pública cumpla sus objetivos de eficiencia, transparencia y servicio a la ciudadanía.

2. Identificación de mercados cautivos

2.1. Ámbito sanitario

- **Suministro de medicamentos**

En los contratos de suministro de medicamentos, la vigencia de una patente sobre un producto farmacéutico puede provocar la existencia de un monopolio en este mercado concreto. Una vez caducada dicha patente, es posible que la empresa titular de esta siga ocupando una posición de dominio, vista su penetración absoluta en todo el mercado, mayor conocimiento de este, economías de escala, trabas en la entrada de medicamentos genéricos, etc. Es decir, puede darse una posición de dominio, susceptible de ser abusada, tanto durante la vigencia de la patente, como con posterioridad a la misma.

- **Suministro de productos sanitarios o maquinaria de alta complejidad tecnológica o especificidad.**

La compra de productos sanitarios o maquinaria muy específica o con un alto grado de tecnología, puede reducir considerablemente el abanico de proveedores posibles. Puede darse el caso de que, además, el producto o sistema esté protegido por una patente, escenario en el cual se podría replicar la problemática descrita anteriormente, en relación con los productos farmacéuticos con patente (tanto durante su vigencia como una vez caducada).

También, la adquisición de estos productos puede provocar un mercado cautivo con respecto a su mantenimiento, ya sea porque el fabricante es la única empresa con los conocimientos suficientes para hacer el mantenimiento, o bien por la reducción/inaplicación de garantías en caso de que el mantenimiento lo haga un tercero.

2.2. Ámbito tecnológico

- **Licencias de software**

Las licencias de software pueden conducir a un mercado cautivo, cuando las administraciones se vinculan con un proveedor específico, a través de contratos de licencia de largo plazo o cuando el software es altamente especializado y no tiene equivalentes en el mercado. Esta dependencia se ve intensificada por factores como la compatibilidad con otros sistemas, el coste de migración a alternativas, y la curva de aprendizaje asociada a nuevos programas.

- **Lenguajes de programación poco comunes**

El desarrollo de aplicaciones o sistemas informáticos utilizando lenguajes de programación poco comunes, reduce el número de proveedores que cuentan con personal cualificado y que domine estos lenguajes, resultando en dependencia de un número reducido de empresas. Eso puede restringir la competencia en futuras licitaciones por mantenimiento o actualización de los sistemas.

- **Sistemas integrados, ya sean de software o hardware**

Los sistemas integrados, tanto en contextos de software como de hardware, pueden llevar a un mercado cautivo, ya que están diseñados para funcionar como unidades cohesivas que a menudo requieren componentes, servicios o software específicos del mismo proveedor para garantizar la compatibilidad y el rendimiento. Esta integración estrecha, dificulta la sustitución de partes individuales sin afectar a la funcionalidad de todo el sistema, limitando así las opciones de la Administración para buscar alternativas más económicas o eficientes. Además, los proveedores pueden ejercer control sobre las actualizaciones y el soporte técnico.

2.3. Otros supuestos

Conviene prestar especial atención a los llamados **mercados conexos**, (productos o servicios vinculados al objeto de la licitación por complementariedad o dependencia en la producción, consumo o distribución):

- **Adquisición de dispositivos, equipos o maquinaria que requieren fungibles o consumibles para su funcionamiento**

Cuando se compran dispositivos o equipos que requieren consumibles específicos, (como cartuchos de impresora, reactivos para equipos médicos, o componentes especializados para maquinaria, etc.) se puede crear un mercado

cautivo, ya que los sustitutos de terceros a menudo no son compatibles o podrían invalidar las garantías del fabricante.

- **Construcciones, instalaciones o maquinaria que requiere mantenimiento posterior**

En las licitaciones públicas relacionadas con la ejecución de obras, el suministro de instalaciones o la adquisición de maquinaria, que requieren mantenimiento posterior, los mercados cautivos se pueden formar cuando las especificaciones exigen el uso de piezas de reposición, directamente del fabricante original o proveedores autorizados, limitando las opciones de reparación o actualización. También es problemático, cuando el mantenimiento tiene que ser realizado únicamente por técnicos certificados o empresas específicas, sobre todo cuando eso va ligado a mantener la garantía del fabricante.

3. Estrategias para evitar la creación de mercados cautivos

Los poderes adjudicadores, tienen que tomar medidas para minimizar el riesgo de quedar vinculados a determinados proveedores durante periodos excesivamente largos, y tienen que fomentar un entorno de contratación pública más competitivo y transparente. Una dependencia excesiva de un único proveedor puede comprometer la relación calidad-precio a largo plazo.

Los procedimientos de licitación tienen que ser abiertos, transparentes y garantizar el acceso igualitario a todos los interesados. Eso facilita la participación de varios proveedores, favorece la competencia y reduce el riesgo de cautividades. Hace falta evitar el uso de cláusulas restrictivas que impidan o limiten la entrada de nuevos competidores, así como eliminar prácticas opacas, que puedan generar la percepción de favorecer determinados proveedores, y siempre que sea posible, se tiene que evitar utilizar los procedimientos sin competencia.

Adicionalmente, hay que asegurar que todas las características sobre el producto y/o servicio objeto del contrato son fácilmente accesibles para todos los interesados. Además, es importante realizar evaluaciones periódicas del mercado, para identificar y prevenir riesgos de monopolio o prácticas anticompetitivas, así como analizar alternativas tecnológicas y servicios disponibles, antes de diseñar las licitaciones, con el objetivo de priorizar la competencia y evitar dependencias a largo plazo.

3.1. Diseño de los pliegos de cláusulas administrativas y de los pliegos de prescripciones técnicas garantizando la igualdad de condiciones

Para evitar la creación de mercados cautivos y garantizar la concurrencia y la competencia en los procesos de contratación pública, el diseño de los pliegos se tiene que hacer de manera clara y objetiva.

Los pliegos de cláusulas administrativas, tienen que garantizar la igualdad de acceso de todos los operadores económicos interesados en el proceso de licitación. Para conseguirlo, se tienen que redactar las condiciones de manera que no generen barreras artificiales, que no limiten la concurrencia y la competencia, y evitar requisitos excesivamente restrictivos, que solo un único proveedor pueda cumplir.

Una de las prácticas más habituales que limita la concurrencia y favorece un único proveedor, es incluir marcas o modelos específicos en los pliegos de prescripciones técnicas. Eso genera una dependencia de las soluciones de un único proveedor, ya que hace que el producto o servicio esté ligado a una marca o tecnología específica, que solo este proveedor puede ofrecer. Para evitar esta dependencia, las prescripciones técnicas tienen que ser redactadas con referencia a necesidades funcionales y/o prestaciones generales, evitando menciones a características exclusivas o marcas registradas. De esta manera, los proveedores pueden competir en igualdad de condiciones y aportar soluciones innovadoras, que satisfagan los requisitos funcionales establecidos.

El término “equivalente” se utiliza a menudo para cumplir con la LCSP cuando se menciona una marca o producto concreto. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 126.6 de la LCSP, solo se puede hacer referencia a marcas, patentes, orígenes o procedimientos concretos —acompañados de la expresión “o equivalente”— si no es posible describir el objeto del contrato de manera precisa, clara y suficiente.

Por lo tanto, para prevenir situaciones de cautividad, las especificaciones técnicas tienen que redactarse, siempre que sea posible, en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, evitando referencias a marcas registradas, modelos específicos o características exclusivas.

En algunos casos, los poderes adjudicadores detallan cuáles son los requisitos técnicos del producto o servicio que se licita a fin de que sea compatible con productos y/o sistemas previamente adquiridos. Si bien esta práctica puede parecer adecuada para asegurar compatibilidades y/o integraciones, también puede favorecer al proveedor original aumentando el riesgo de dependencia en detrimento de la competencia. Para mitigar este riesgo, es fundamental que los

requisitos de compatibilidad se limiten al mínimo imprescindible y no se refieran a soluciones vinculadas a una marca específica, o cuando menos, establecer plazos de presentación de proposiciones lo bastante amplios para permitir una buena preparación de la oferta a los nuevos licitadores. De esta manera, se evita que un único proveedor se convierta en lo único que puede satisfacer las necesidades de la entidad pública y que se restrinja la entrada de nuevos operadores económicos con soluciones alternativas. Por ejemplo, la compatibilidad exclusiva con sistemas propietarios puede derivar en una dependencia injustificada de un único proveedor.

3.2. Análisis del impacto del contrato en adquisiciones futuras

Otro de los riesgos, en este contexto, es favorecer al proveedor original y restringir la competencia en contrataciones futuras. Cuando los requisitos establecidos en las primeras licitaciones generan dependencia de un único proveedor o de una solución tecnológica específica, se impide el acceso de otros operadores económicos, comprometiendo así la competencia futura.

Para evitar quedar cautivos del primer proveedor, el contrato tiene que diseñarse con una perspectiva a largo plazo, asegurando que no se cierran nuevas oportunidades de contratación. Eso requiere analizar con cuidado los requisitos establecidos en las primeras licitaciones, para asegurar que no condicionen negativamente las adquisiciones futuras.

De la misma manera, hay que evitar la adjudicación inicial de contratos sin concurrencia —como los contratos menores—, ya que eso puede generar una dependencia futura con el proveedor cuando se tenga que volver a licitar. Esta contratación inicial sin concurrencia puede derivar posteriormente en el uso del procedimiento negociado por razón de exclusividad técnica, aduciendo razones técnicas para justificar la continuidad con el mismo proveedor, cuando es posible que esta exclusividad no tenga una base técnica real, sino que sea consecuencia del diseño inicial del primer contrato. Así, se crearía de manera artificial una situación de exclusividad que restringiría injustificadamente la competencia.

Por lo tanto, las prescripciones técnicas o las descripciones del producto o servicio se tienen que redactar de manera que no favorezcan al proveedor original, especialmente cuando eso puede restringir la competencia en futuras contrataciones. También hay que asegurar que los requisitos de los contratos no incluyan cláusulas que exijan la compatibilidad con productos o sistemas previamente adquiridos, ya que eso puede reducir la competencia y favorecer situaciones de dependencia con los proveedores actuales, limitando así la

participación de nuevos licitadores.

En definitiva, para evitar que las adquisiciones futuras se vean condicionadas por decisiones tomadas en licitaciones iniciales, es necesario diseñar los pliegos con criterios que impulsen la competencia y la flexibilidad, y prevenir prácticas que restrinjan el acceso a otros proveedores o a soluciones alternativas, que sean más eficientes o económicas.

3.3. Promover la diversidad de proveedores en los contratos con prestaciones diferentes

Una de las estrategias para prevenir la creación de mercados cautivos, es evitar la práctica del empaquetado siempre que sea posible. El empaquetado, en contratación pública, consiste en combinar varios servicios, suministros o elementos en un único contrato, sin dividir el objeto en diferentes lotes.

Esta práctica puede restringir la competencia, ya que limita la participación de pequeñas y medianas empresas, que a menudo no tienen la capacidad de cubrir todos los elementos del contrato. Al mismo tiempo, favorece la concentración del mercado en los proveedores mayores, incrementando así el riesgo de dependencia.

Un ejemplo de esta práctica, que a menudo conduce a una dependencia innecesaria de un proveedor exclusivo, es la licitación conjunta del suministro de producto y el servicio de mantenimiento asociado. Estas prestaciones, cuando sea viable, tendrían que licitarse de manera separada para favorecer la diversidad de proveedores y reducir el riesgo de cautividad.

3.4. Identificar los mercados conexos

Los poderes adjudicadores tienen que examinar la prestación contractual, para identificar posibles mercados conexos en el mercado principal del objeto del contrato, que puedan generar situaciones de dependencia. Los mercados conexos son mercados relacionados e interdependientes, que se influyen mutuamente, en los cuales productos complementarios se consumen o se utilizan conjuntamente.

Así pues, cuando se adquiere un producto o servicio, se deben tener en cuenta otros mercados relacionados, que ofrecen productos complementarios necesarios para su uso, para evitar resultar cautivos.

Algunos ejemplos:

- En la adquisición de ordenadores, también se necesita adquirir software

(sistemas operativos, programas específicos para funciones concretas, etc.).

- En los suministros de equipamiento médico, como por ejemplo máquinas de ecografía, pueden necesitarse accesorios, productos o servicios complementarios como gel, cables, o incluso formación especializada.
- En las licitaciones de servicios o suministros de fotocopadoras e impresoras, necesitan tóner para su funcionamiento.

En la medida en que sea posible, cuando se detecta la existencia de un mercado conexo que puede generar una situación de cautividad, se tienen que incluir en los pliegos condiciones específicas para evitar la dependencia de un solo proveedor, y solicitar alternativas que aseguren la competencia en el mercado, de los consumibles o complementos necesarios.

Estas medidas contribuyen a mantener un entorno competitivo y a desarrollar un mercado abierto.

4. Recomendaciones para evitar la creación de mercados cautivos

Como se ha mencionado, la creación de mercados cautivos en el ámbito de la contratación pública limita la competencia, genera dependencias innecesarias y reduce la capacidad de las administraciones a acceder a soluciones más eficientes e innovadoras. Por estos motivos, se tienen que adoptar medidas para prevenir estas situaciones.

En este contexto, se presentan un conjunto de recomendaciones, orientadas a garantizar que las decisiones adoptadas en los procesos de contratación no conduzcan a restricciones futuras. Estas acciones buscan promover la transparencia, la interoperabilidad y el control sobre los elementos que se contratan, contribuyendo así a un entorno más competitivo.

1. Comprobación y verificación de los derechos de propiedad industrial, patentes y modelos de utilidad

En la adquisición de productos o servicios que pueden estar protegidos por un título de patente o modelo de utilidad se tiene que comprobar la vigencia de estos derechos antes de proceder a la contratación. Esta comprobación, ayuda a prevenir dependencias innecesarias de proveedores o productos específicos y a garantizar que, siempre que sea posible, otros operadores

económicos puedan ofrecer alternativas compatibles con los requisitos establecidos.

2. Adopción de sistemas y estándares abiertos

Siempre que sea posible, se tiene que adoptar el uso de sistemas y estándares abiertos que sean compatibles con las infraestructuras existentes.

Esta práctica asegura la interoperabilidad y evita la dependencia de las estrategias particulares de una marca o proveedor. Además, fomenta un entorno más flexible y diversificado, abriendo el mercado a un número mayor de competidores y estimulando la innovación en las soluciones disponibles.

3. Redacción de los pliegos de prescripciones técnicas con definiciones funcionales

Los pliegos técnicos tienen que ser redactados en términos de necesidades funcionales, detallando las necesidades que se quieren cubrir o las funcionalidades concretas requeridas. Eso evitará que el objeto del contrato se cierre a una única solución, abrir la posibilidad a varias alternativas y aumentar la competencia entre proveedores. Asimismo, se promueve la innovación, ya que incentiva a los operadores económicos a ofrecer soluciones adaptadas a las necesidades funcionales.

4. Cláusulas de transición y devolución del servicio

Es recomendable incluir cláusulas específicas, en los pliegos de prescripciones técnicas, que regulen la transición y devolución del servicio cuando se cambia de proveedor. Estas cláusulas tienen que garantizar que cuando finalice el contrato con el proveedor actual, el proceso de transición sea claro, ordenado y eficiente. Eso incluye la correcta transferencia de servicios, datos, conocimientos técnicos y cualquier infraestructura necesaria al nuevo proveedor, evitando dependencias no deseadas y asegurando la continuidad operativa.

5. Fomento del uso de software libre

Siempre que sea posible, en los contratos tecnológicos se tiene que priorizar la adquisición y el uso de software libre. El software libre ofrece ventajas como la accesibilidad al código fuente, la ausencia de costes elevados asociados a licencias y una mayor flexibilidad y adaptabilidad. Esta opción

fomenta la competencia y evita vínculos con proveedores únicos.

6. Justificación del uso de software propietario

En caso de que se opte por adquirir licencias de software propietario, se tiene que justificar esta decisión en la Memoria Justificativa del contrato.

Esta justificación, tiene que hacer constar que no hay alternativas viables de software libre o de fuentes abiertas, que puedan satisfacer las necesidades de la contratación, o que las que hay no son adecuadas para cumplir los requisitos establecidos y necesarios.

7. Obligación de entregar el código fuente y documentación asociada

En los contratos que tengan por objeto la elaboración o adquisición de programas informáticos, se tiene que obligar a los proveedores a entregar el código fuente y la documentación técnica relacionada. Eso permite a la Administración mantener el control sobre el software, evitar la cautividad tecnológica, y facilitar que las posibles modificaciones, actualizaciones y el mantenimiento del programa puedan ser ejecutados por terceros proveedores.

8. Compatibilidad con varias plataformas

Siempre que sea posible, se tendrá que requerir que el software adquirido sea compatible con varias plataformas tecnológicas, así como que el mantenimiento y la reparación de los sistemas no queden exclusivamente vinculados al proveedor original, permitiendo que terceras empresas puedan ofrecer estos servicios. Esta compatibilidad no solo facilita la interoperabilidad con otros sistemas existentes, sino que también reduce las barreras a la competencia y ayuda a prevenir la creación de dependencias con un único proveedor.

9. Evitar la creación de mercados cautivos en los suministros con consumibles

En los contratos de suministro de equipos tecnológicos, maquinaria o dispositivos sanitarios, entre otros, que requieren consumibles específicos para su funcionamiento, los pliegos tienen que ser redactados previniendo la formación de mercados cautivos conexos. Para conseguirlo, se tiene que garantizar la concurrencia en el suministro de los consumibles necesarios,

cuando se tengan que sustituir.

Los pliegos tienen que incluir requisitos para la adquisición de consumibles que promuevan la entrada de nuevos proveedores, así como alternativas compatibles que fomenten la competencia y diversifiquen la oferta disponible. Eso implica evitar cláusulas restrictivas que limiten el suministro a un solo proveedor, o que condicionen el uso de los equipos a consumibles exclusivos. Además, se recomienda establecer el uso de consumibles universales o de fácil sustitución.

10. División de los contratos en lotes para el suministro con mantenimiento

En los contratos que incluyen, tanto el suministro de equipos como el servicio de su mantenimiento, es recomendable dividir el objeto del contrato en dos (o más) lotes: uno para el suministro de equipos y el otro para el servicio de mantenimiento. Esta división permite, en primer lugar, que los operadores puedan optar por presentarse solo a una de las prestaciones, aumentando así la competencia, y, en segundo lugar, adjudicar el suministro y el mantenimiento a diferentes proveedores y así evitar que un solo operador acapare la totalidad del contrato.

11. Evaluación periódica del mercado

Realizar evaluaciones periódicas del estado del mercado, con el objetivo de identificar nuevas alternativas tecnológicas y servicios disponibles, antes de diseñar la licitación. Esta evaluación ayuda a evitar la inclusión de condiciones, que puedan restringir la competencia y limitar el acceso a soluciones diversas y más innovadoras.

12. Planificación integral de la vida útil del bien o servicio

Considerar de manera integral la vida útil del bien o servicio a adquirir, anticipando todas las necesidades futuras vinculadas (mantenimiento, actualizaciones, consumibles, soporte técnico, etc.), con la finalidad de prevenir situaciones de dependencia, en la que la Administración solo pueda recurrir a un único proveedor. Este ejercicio permitirá anticipar situaciones de dependencia sobrevenida, que podrían obligar a la Administración a recurrir de nuevo al mismo proveedor en futuras contrataciones, por falta de alternativas viables.

13. Duración de los contratos

Fijar una duración adecuada de los contratos y tratar de limitar sus prórrogas, de manera que se asegure una renovación periódica de la competencia y se evite la consolidación de posiciones de dominio. Una duración excesiva puede cerrar el mercado y desincentivar la entrada de nuevos operadores, mientras que la renovación regular de las licitaciones fomenta el dinamismo y la innovación, hecho que facilitará a la Administración acceder a mejores condiciones técnicas y económicas.

14. Utilización excepcional del procedimiento negociado sin publicidad por exclusividad técnica o por protección de derechos exclusivos (incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial) (artículo 168.a) 2º LCSP)

La utilización del procedimiento negociado sin publicidad por exclusividad técnica, solo se puede utilizar cuando sea técnicamente imposible utilizar otra solución, que no provenga de un único proveedor. En la memoria justificativa, se tiene que explicar porque no es posible recurrir a un procedimiento abierto y exponer las razones técnicas y/o exclusivas que limitan la competencia.

El expediente de contratación tiene que incluir los informes técnicos necesarios que acrediten la falta de alternativas reales, y en el supuesto en que la justificación se fundamente en derechos de propiedad intelectual o industrial, se verificará la existencia de los derechos de propiedad intelectual, industrial o patentes y se comprobará su vigencia, de acuerdo con lo establecido en el punto primero de este apartado.

Para minimizar la duración de la cautividad, a consecuencia de la adjudicación mediante procedimiento negociado sin publicidad del artículo 168.a) 2º de la LCSP, se recomienda que:

- El contrato adjudicado mediante un procedimiento negociado sin publicidad por exclusividad técnica tenga una duración limitada evitando comprometer a largo plazo a la Administración con un único proveedor. Eso asegura que el mercado pueda abrirse en futuras contrataciones.
- Antes de recurrir al procedimiento negociado por exclusividad, se haga una revisión exhaustiva del mercado, para identificar posibles alternativas tecnológicas, servicios o soluciones que puedan garantizar la competencia.

- Se haga una valoración anticipada del ciclo de vida del bien o servicio objeto de contratación, incluyendo el mantenimiento, actualizaciones, recambios y cualquier otra necesidad derivada.

Anexo

Cláusulas para incorporar en los pliegos para evitar los mercados cautivos

En el pliego de prescripciones técnicas se puede incluir:

Definiciones funcionales

En términos de rendimiento o de exigencias funcionales las prestaciones de este contrato tendrán que alcanzar lo siguiente:

(Se tienen que detallar las necesidades o funcionalidades concretas. En el supuesto que el contrato se divida en lotes, se tienen que especificar las finalidades y objetivos que se tienen que alcanzar en cada lote)

Cláusula de transición y devolución del servicio

Fase de transición y devolución del servicio

Durante esta fase, la contratista tiene que comprometer los recursos y ejecutar las actividades necesarias para devolver el servicio al poder adjudicador o al nuevo adjudicatario proveedor del servicio.

Esta fase de transición se realizará previamente a que se produzca la finalización de la vigencia del contrato.

Durante esta fase, adicionalmente a la devolución del servicio, la ejecución del servicio será responsabilidad del contratista y se aplicarán las mismas condiciones que durante toda la ejecución.

La fase de devolución incluirá, el conjunto de actividades necesarias para la correcta devolución del servicio por parte de la contratista cuando acabe el contrato, incluyendo los siguientes aspectos:

Ejemplos:

- *Cronograma de la fase*
- *Medidas para la transferencia de toda la información necesaria para la continuidad del servicio*
- *Retorno de documentación generada*
- *Transferencia del conocimiento*
- *Incidencias generadas y análisis de tendencias*
- *Plan para el cierre de las acciones que estén en curso (teniendo en cuenta*

- las garantías)*
- *Soporte post traspaso*

Contratos que tengan por objeto instalaciones o adquisición de maquinaria que requieren un mantenimiento posterior

Para evitar que las piezas de reposición tengan que ser suministradas directamente por el fabricante original o por proveedores autorizados o se limite a estos su reparación o actualización, en los contratos que sea posible se puede incluir al PPT o como criterio de adjudicación lo siguiente:

- En el pliego de prescripciones técnicas:

El contratista tendrá que garantizar que las piezas de recambio, los componentes, y las actualizaciones necesarias para el correcto funcionamiento de la maquinaria o instalación sean accesibles no solo a través del fabricante original, sino también a través de terceros proveedores independientes. Asimismo, se prohíbe cualquier restricción que limite la reparación o mantenimiento exclusivamente a personal autorizado por el fabricante original. El contratista se compromete a facilitar toda la documentación técnica, manuales y herramientas necesarias para que el mantenimiento pueda ser realizado por cualquier operador cualificado.

- Como criterio de adjudicación:

Se valorará que las piezas de recambio y el mantenimiento puedan ser efectuados por proveedores independientes o servicios de mantenimiento externos, sin dependencia exclusiva del fabricante original.

Códigos fuente

En los contratos de desarrollo de software u otros en los cuales la contratista genere un código fuente para la prestación:

La contratista tiene la obligación de entregar el código fuente del programa informático al órgano de contratación, junto con toda la documentación asociada, para evitar la dependencia del programador inicial cuando se tenga que actualizar o adaptar a nuevas normativas o necesidades del usuario.

Sistema dinámico de adquisición que tenga por objeto el suministro de medicamentos sujetos a patente

En el pliego de cláusulas se puede incluir:

Declaración sobre la situación de la patente de los medicamentos

Las empresas que soliciten su admisión al sistema dinámico de adquisición tendrán que indicar, para cada uno de los medicamentos que sean objeto de la categoría de la SDA, a la cual se presenten, la fecha de caducidad de la patente, así como cualquier otra figura de protección vigente que pueda limitar la comercialización del producto. Esta información tendrá que ir acompañada del enlace o referencia oficial al registro público donde consten estos datos.