

CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Francisco URÍA FERNÁNDEZ

Abogado del Estado
Subsecretario de Hacienda

1. NOTA PREVIA

La normativa sobre contratación administrativa ha conocido una profunda transformación en los últimos años. En parte por la necesidad de adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a las exigencias del Derecho europeo y en parte como respuesta a las transformaciones de nuestra propia realidad jurídica, social y económica. Fueron aprobadas en cinco años la Ley 13/1995, de 28 de mayo, de contratos de las Administraciones, la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que aquélla fue profundamente modificada y, finalmente (tras otras modificaciones legales de menor importancia), el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. También se ha aprobado, por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Ello nos sitúa, por primera vez en décadas, ante una normativa completa y coherente, plenamente adecuada al Derecho europeo, y en la que normas legales y reglamentarias se complementan correctamente permitiendo a las Administraciones Públicas celebrar miles de contratos con los empresarios privados en esa peculiar forma de colaboración entre el sector público y el privado que, en esencia, representa la contratación pública.

¿Significa esto que los operadores jurídicos y económicos pueden esperar un período de «estabilidad» en la normativa sobre contratación administrativa? A pesar de la calidad técnica de las normas aprobadas una observación atenta de nuestra realidad jurídica, social y económica permite anticipar algunas líneas de evolución.

En primer lugar, las exigencias derivadas del principio de rigor presupuestario obligarán a las Administraciones Públicas a desarrollar nuevos instrumentos de colaboración entre sector público y empresas privadas,

así como a extender el ámbito de aplicación de figuras tradicionales —aunque remozadas—, como el contrato de concesión de obra pública. En este sentido, el proyecto de ley por el que se regula el contrato de concesión de obra pública (actualmente en tramitación) es ya más presente que futuro en la contratación administrativa.

En segundo término, se hace preciso disminuir los costes indirectos que la contratación con las Administraciones Públicas comporta para los empresarios, apostando claramente por la simplificación de procedimientos y trámites administrativos, aprovechando las ventajas derivadas de las nuevas tecnologías y sometiendo a revisión crítica instituciones aparentemente asentadas como el sistema de garantías actualmente vigente.

En tercer lugar, la evolución del Derecho de la contratación de las Administraciones Públicas debe continuar profundizando en lo que es un principio constante de los reseñados hitos legislativos: el incremento de la concurrencia o, dicho de otro modo, la introducción de mayor competencia en el ámbito de la contratación pública.

El presente trabajo, enmarcado en el Anuario de la Defensa de la Competencia 2003, pretende poner de manifiesto cómo la radical transformación experimentada por el Derecho de la competencia proporciona materiales normativos, doctrinales y jurisprudenciales de gran interés para la futura evolución del Derecho de la contratación pública.

2. LEGISLACIÓN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA: CUESTIONES GENERALES

Señala Lluís CASES¹ que mediante la defensa de la competencia «la Administración controla, supervisa y dirige los comportamientos de las empresas en el mercado para mantener un régimen de competencia adecuado».

Esta definición implica una aproximación al Derecho de la competencia en el que las Administraciones Públicas «velan» por el respeto a las reglas de la competencia en el comportamiento de los operadores económicos en los distintos mercados.

Las Administraciones Públicas, como es sabido, desarrollan esa función «tuitiva» a través de dos instrumentos complementarios: la regulación y el funcionamiento de los órganos de defensa de la competencia.

Tanto en uno como en otro ámbito es posible distinguir los supuestos en que la Administración actúa directamente como regulador o como aplicador de las normas en el ámbito de la legislación sobre defensa de la competencia de aquellos casos en que esa aproximación administrativa,

¹ L. CASES PALLARÉS, *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 1995.

aunque finalmente tenga como objeto la introducción o el incremento de la competencia en un determinado sector o mercado, se realiza mediante la modificación o la aplicación de la correspondiente normativa sectorial (telecomunicaciones, energía, transporte...).

En cualquier caso, la idea es siempre la misma: se trata de regular el comportamiento de los operadores económicos y de velar por el respeto a los estándares de competencia que para cada sector o mercado sean fijados por los órganos de defensa de la competencia.

Sin embargo, las Administraciones Públicas no son en absoluto ajenas al funcionamiento de los mercados y al grado y la calidad de la competencia que de ellas existe.

Pueden reconocerse, al menos, tres planos en que el comportamiento de las Administraciones Públicas puede tener una notable incidencia sobre el nivel de competencia en un mercado determinado.

En primer lugar se encuentra la regulación. En efecto, cuando los poderes públicos actúan desde el punto de vista normativo respecto de los distintos sectores o mercados provocan importantes efectos sobre la competencia que pueden ir desde su supresión formal (la reserva al sector público en régimen de monopolio de una determinada actividad económica), su condicionamiento (por ejemplo, estableciendo rígidas condiciones de entrada vía autorizaciones administrativas) o su incremento (a través de la liberación de los mercados o bienes y servicios).

En segundo lugar, aunque muy ligado a lo anterior, las Administraciones Públicas, por sí, o a través de todo tipo de personificaciones, públicas o privadas, son agentes activos en relevantes sectores económicos planteando no pocas dificultades en la aplicación de la normativa general sobre defensa de la competencia.

En esta línea, como muy acertadamente ha destacado el profesor ARIÑO², la cuestión nuclear se encuentra en resolver la contradicción básica que supone el hecho de que la empresa pública esté umbilicalmente unida al proceso político por su nacimiento, sus fines, su financiación, los procedimientos de designación de sus directivos e, incluso, sus resultados, lo que distorsionará, tanto en positivo como en negativo, su posición en los mercados y su capacidad para competir con los operadores privados.

Esta contradicción se evidencia con la mayor intensidad a propósito de la política de tarifas o precios. Por un lado, el cumplimiento o desarrollo de determinadas políticas sociales pueden aconsejar o exigir el establecimiento de tarifas o precios bajos. Por otro lado, una conducta de este tipo —claramente prohibida por la legislación de defensa de la competencia— terminaría por arruinar a los operadores privados al no contar con los recursos de las arcas públicas para sobrellevar sus pérdidas ejercicio a ejercicio.

² G. ARIÑO, *Economía y Estado. Crisis y Reforma del Sector Público*, Madrid, Marcial Pons, 1993.

De no mediar una cláusula legal que ampare este tipo de situaciones —normalmente con la reserva para el sector público de una determinada actividad, de suerte que la participación privada se produce por la vía concesional—, son éstos los casos en que las autoridades de defensa de la competencia deberán tener una actitud más vigilante respecto de las Administraciones Públicas o sus personificaciones. En estos casos, la defensa de la competencia incidiría en la actividad de los agentes públicos como «operadores económicos» del lado de la oferta. Es decir, habría de velarse porque las condiciones en que sitúan en los mercados los bienes o servicios por ellos ofertados no sitúen en posiciones insostenibles a otros operadores existentes.

Sin embargo, lo que aquí nos ocupa es un tercer modo en que las Administraciones Públicas influyen significativamente en sectores y mercados. Nos referimos a las Administraciones Públicas como contratantes de todo tipo de bienes y servicios.

Y es que, como han destacado unánimemente el Tribunal de Defensa de la Competencia y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en sus respectivas resoluciones ³, «las normas de la competencia, por lo tanto, se aplican también a las Administraciones Públicas, no sólo cuando actúan como oferentes de bienes y servicios, sino también cuando actúan como demandantes de tales bienes y servicios» y que «en el ámbito de la contratación administrativa, la libre concurrencia entre los operadores económicos tiene como finalidad tanto la protección de los intereses económicos de la administración promoviendo la máxima competencia posible, como garantizar la igualdad de los que reúnen los requisitos necesarios para acceder a aquélla».

En efecto, las Administraciones Públicas son demandantes de bienes y servicios de variada naturaleza, en porcentajes muy importantes tanto en términos absolutos (volumen global de la contratación de las Administraciones Públicas) como relativos (relevancia de la política de contratación de las Administraciones Públicas en determinados sectores, como las obras públicas o las telecomunicaciones).

Si bien las dos primeras cuestiones apuntadas han sido objeto de atención tanto desde el punto de vista doctrinal como normativo desde el ámbito de la defensa de la competencia ⁴, la tercera cuestión apuntada, aunque presente, como veremos, en la normativa sobre contratación

³ Compendiadas en la página 15 del informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el Ministerio de Ciencia y Tecnología sobre la contratación administrativa de servicios de Telecomunicaciones. Relación de buenas prácticas. Disponible en la página *web* de la Comisión (<http://www.cmt.es>).

⁴ Por poner un ejemplo relevante, el propio Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia publicó, en un número anterior de este mismo anuario, un lúcido artículo con el expresivo título de «Administraciones Públicas y Defensa de la Competencia» en el que se realizaban interesantes reflexiones a propósito del modo en que las Administraciones Públicas han de sujetarse a los imperativos de la legislación sobre defensa de la competencia como parte del más general principio de sometimiento al principio de legalidad.

pública europea y española, se ha incorporado sólo recientemente a los trabajos de los órganos de defensa de la competencia.

En el plano normativo, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea fue consciente del obstáculo que, para la consecución efectiva del mercado interior, podía suponer la intervención de las Administraciones Públicas como operadores en los distintos sectores y mercados. Así, el art. 86 del Tratado sanciona en su apartado primero un deber general de los Estados miembros en cuanto a la no adopción o mantenimiento, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del Tratado.

De manera más concreta, el apartado segundo del mismo artículo señala que «las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal (con independencia de su titularidad pública o privada) quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia...».

El legislador nacional ha mantenido ese principio de vinculación de los operadores económicos públicos a la política de defensa de la competencia, dando un paso más allá, cuyas consecuencias comienzan a explorarse, cuando en el art. 2.º de la Ley de Defensa de la Competencia —en adelante, LDC—, apartado primero, párrafo segundo, se dice que «serán de aplicación a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas (es decir, las que no resulten de la aplicación de una ley, como señala el apartado primero de ese mismo artículo) o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal».

Es decir, tanto en el ámbito europeo, como en nuestro ordenamiento nacional, las Administraciones Públicas, en sus distintas personificaciones, están obligadas a respetar los imperativos de la libre competencia.

Retomando la distinción anteriormente apuntada entre la conducta de las Administraciones Públicas como reguladores, como operadores económicos a través de distintas personificaciones jurídicas y como contratistas, procede reflexionar acerca de si su sujeción a los imperativos de la defensa de la competencia se encuentra en algún grado matizada o cercenada.

Tanto por el principio de jerarquía normativa como en virtud de lo dispuesto en la redacción vigente del art. 2 de la LDC, la actividad de las Administraciones Públicas como reguladoras se encuentra plenamente sometida a los imperativos de la legislación sobre defensa de la competencia, salvo en los casos en que esa regulación asuma el rango formal de ley (si bien, en este caso, la adecuación de la ley a los imperativos de la defensa de la competencia podría examinarse en términos de respeto al Derecho europeo).

Lo mismo cabe señalar respecto del comportamiento de las Administraciones Públicas cuando actúan bajo el manto de personificaciones de Derecho público o —especialmente— de Derecho privado. En estos casos, la conducta de los operadores públicos debe ajustarse, sin matices, al marco establecido por la legislación de defensa de la competencia.

No constituye en absoluto una excepción a lo expuesto la contratación de las Administraciones Públicas. Tanto en la regulación de los procedimientos de contratación como en su aplicación, las Administraciones Públicas deben abstenerse de toda actuación que suponga, directa o indirectamente, una restricción injustificada de la competencia.

En este sentido, conceptos y categorías nucleares en el Derecho de defensa de la competencia alcanzan pleno sentido y aplicabilidad en el ámbito de la contratación de las Administraciones Públicas.

La conexión entre defensa de la competencia y contratación pública se ha evidenciado, una y otra vez, en las Directivas europeas que han armonizado los procedimientos de contratación de las Administraciones Públicas.

Así, en los considerandos de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, se dice que «la realización simultánea de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios en materia de contratos públicos de obras celebrados en los Estados miembros por cuenta del Estado, de los entes territoriales y de otros organismos de Derecho público, lleva consigo, paralelamente a la eliminación de las restricciones, una coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación de los contratos públicos de obras». En el mismo sentido, se considera que el procedimiento negociado debe ser excepcional y que «el desarrollo de una competencia efectiva en el sector de los contratos públicos hace precisa una publicidad comunitaria de los anuncios de los contratos realizados por los poderes adjudicatarios de los Estados miembros... que, especialmente en los procedimientos restringidos, la publicidad tiene por objeto permitir a los contratistas de los Estados miembros que manifiesten su interés por los contratos, solicitando a los poderes adjudicadores una invitación para licitar en las condiciones requeridas...».

En términos similares se pronuncian los considerandos de la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro cuando dice que «el desarrollo de una competencia efectiva en el sector de los contratos de suministro requiere que los anuncios de los contratos preparados por los poderes adjudicadores de los Estados miembros sean publicados en toda la Comunidad...».

Todavía con mayor rotundidad, la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios afirma en sus con-

siderandos que «para eliminar prácticas restrictivas de la competencia, en general, y de la participación de los nacionales de otros Estados miembros, en particular, es necesario mejorar el acceso de los prestadores de servicios a los procedimientos de adjudicación de contratos».

Por último, la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (sectores excluidos), hace referencia, también en sus considerandos, al hecho de que las entidades que operan en esos sectores no efectúan convocatorias de licitación a escala europea por el carácter cerrado de los mercados en que actúan, debido a la concesión por las autoridades nacionales de derechos especiales o exclusivos y a la influencia de las autoridades nacionales en el comportamiento de dichas entidades como causas de la ausencia de competencia comunitaria en esos sectores excluidos, teniendo la Directiva como objetivo fundamental, que las empresas de la Comunidad tengan acceso a la adjudicación de contratos de servicios en países terceros estableciendo mecanismos adecuados de reacción en caso contrario.

En nuestro Derecho interno, la preocupación por la modernización de la normativa sobre contratación como instrumento para la introducción de una mejora de la competencia en el ámbito de la contratación de las Administraciones Públicas se hizo patente tanto en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas, como en la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que aquélla fue modificada.

Así, en la Exposición de Motivos de la Ley 13/1995 se dice expresamente que la experiencia derivada de la aplicación de la antigua Ley de Contratos del Estado ponía de relieve «la necesidad de garantizar plenamente la transparencia de la contratación administrativa como medio para lograr la objetividad de la acción administrativa y el respeto a los principios de igualdad, no discriminación y libre concurrencia». En este sentido, la Exposición de Motivos también indicaba que la nueva regulación introducía importantes avances en materia de publicidad de licitaciones y adjudicaciones —en buena parte obligados por la transposición de las Directivas en la materia—, la regulación más detallada de las causas que constituyen prohibición de contratar y determinantes de la suspensión de clasificaciones y sus respectivos efectos.

En la misma dirección, la Ley 53/1999, de 23 de diciembre, también destaca, igualmente en la Exposición de Motivos, su decidido propósito de «introducir una serie de disposiciones que tienen por objeto incrementar la concurrencia y aumentar la transparencia y objetividad en los procedimientos de adjudicación en la contratación administrativa».

Es interesante destacar la enumeración de las medidas introducidas a tal fin y que se detallan a continuación en la propia Exposición de Motivos: el establecimiento de mayores y más eficaces controles para las modificaciones de los contratos, la supresión de la posibilidad de

prórrogas tácitas en los contratos administrativos y la reducción de la duración de los contratos de gestión de los servicios públicos, consultoría y asistencia y los de servicios (tratando de favorecer la concurrencia en estos contratos), la regulación más adecuada de los supuestos baja temeraria, introduciendo su posible apreciación en los concursos y evitando la realización por sociedades pertenecientes a un mismo grupo de prácticas que puedan desvirtuar la competencia; la exigencia de un mayor rigor en los proyectos y el establecimiento de un régimen más estricto para la contratación conjunta de elaboración del proyecto y ejecución de las obras correspondientes, así como para la posible aplicación del procedimiento negociado en la adjudicación de obras complementarias.

Son, efectivamente, esas cuestiones enumeradas por ambas Exposiciones de Motivos las que constituyen cuestiones clave para el juicio relativo al respeto de los imperativos de la competencia en el ámbito de la contratación administrativa.

La preocupación por el respeto a las reglas de la competencia en el ámbito de la contratación de las Administraciones Públicas se está haciendo también patente en las resoluciones de los órganos administrativos que, con carácter horizontal —Tribunal de Defensa de la Competencia— o sectorial —Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones—, tienen legalmente encomendada la misión de protegerla.

En esta línea, y sin desmerecer la actividad desplegada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, me parece particularmente reseñable el Acuerdo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 13 de febrero de 2003 por el que se aprobó el informe al Ministerio de Ciencia y Tecnología sobre la Contratación Administrativa de Servicios de Telecomunicaciones y Relación de Buenas Prácticas.

Aunque, obviamente, el informe limita su alcance a la contratación por las Administraciones Públicas de servicios de telecomunicaciones, sus recomendaciones resultan de la mayor trascendencia en el ámbito que nos ocupa, dando clara respuesta a las cuestiones más delicadas que puede plantear la contratación administrativa de bienes y servicios cuando se trata de sectores de liberalización reciente.

Al margen de ese informe, la Comisión ha dictado resoluciones del mayor interés. Entre ellas se encuentra el acuerdo de 17 de octubre de 2002 por el que se aprobó la resolución con respecto a la oferta de servicios de voz y datos que Telefónica de España, S. A. U., presentó en concurso convocado por la Generalitat de Catalunya para el arrendamiento de una red de telecomunicaciones del Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Catalunya y organismos dependientes. En esta resolución la Comisión se pronunció con notable rotundidad respecto al vínculo existente entre normas de contratación y de defensa de la competencia.

La resolución dice expresamente que la Comisión no puede compartir la idea «de que la legislación de contratos es un comportamiento estanco

dentro del ordenamiento jurídico general, en el que sólo son de aplicación las normas y principios en ella establecidos y sólo ejerce competencias el órgano de contratación. La legislación de contratos, como la legislación sectorial de telecomunicaciones (en este caso) o la de defensa de la competencia, se integran en el ordenamiento jurídico, considerado como un todo, que los ciudadanos y los poderes públicos tienen el deber de respetar en su integridad, conforme al art. 9.9 de la Constitución Española».

3. CUESTIONES PUNTUALES SOBRE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Adentrándonos en el contenido de la legislación de contratos existen algunas cuestiones de notable repercusión sobre la efectiva concurrencia en el ámbito de la contratación de las Administraciones Públicas.

A. LOS REQUISITOS DE SOLVENCIA TÉCNICA Y LAS NORMAS SOBRE CLASIFICACIÓN Y REGISTRO DE LAS EMPRESAS

El art. 15.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dice que «podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional, requisito este último que será sustituido por la correspondiente clasificación en los casos en que con arreglo a esta Ley sea exigible».

La Ley detalla a continuación, en sus arts. 17, 18 y 19, los medios a través de los cuales puede ser justificada la solvencia técnica del empresario en los contratos de obras, en los contratos de suministro y en los restantes contratos (en estos casos el concepto se amplía para aludir a la «solvencia técnica o profesional»).

El art. 25 de la Ley establece, por su parte, los supuestos de clasificación, resultando ser ésta exigible en los contratos de obras o de servicios a que se refiere el art. 196.3 de la Ley siempre que, en ambos casos, su presupuesto sea igual o superior a 120.202,42 euros (con las excepciones establecidas en el mismo precepto).

El Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, dedica a la clasificación y registro de empresas una detallada regulación, contenida en los arts. 25 al 54.

¿Es razonable la existencia de requisitos de solvencia, financiera, técnica o profesional a las empresas que pretenden contratar con las Administraciones Públicas? ¿Es esta «barrera de entrada» compatible con las reglas de la competencia?

Aun siendo consciente de que existen ordenamientos que no exigen nada semejante, no existe ninguno en el que las Administraciones Públicas

no exijan las mayores garantías a quienes pretenden la adjudicación de contratos públicos.

Esta garantía puede venir proporcionada por el sector financiero en la forma de aval o de seguro de caución, pero, como sucede en otras latitudes, ello no supone la desaparición de los requisitos de solvencia técnica o profesional, sino su «privatización». Serán las entidades financieras las que actúen como garantes del cumplimiento del contrato, las que analizarán si las empresas son o no capaces de cumplir con las obligaciones asumidas.

No es ésta la orientación de los ordenamientos europeos, en que, aun con distintos matices, se tiende a dejar la trascendental decisión de considerar a una empresa «apta o no apta» para la contratación con las Administraciones Públicas en manos de órganos administrativos.

No parece que la decisión relativa a si la garantía del cumplimiento de los contratos debe proceder de la intervención de una entidad financiera o de una decisión administrativa sea relevante desde el punto de vista del Derecho de la competencia.

Tampoco parece serlo el hecho de que ese análisis sea realizado de manera global para todos los contratos públicos en que la empresa desee tomar parte o, por el contrario, si se realiza, caso a caso, para cada uno de los contratos (análisis singular de los requisitos de solvencia o sistema de clasificación o análogos).

Por el contrario, sí reviste la máxima trascendencia el hecho de que los requisitos de solvencia económica, financiera, técnica o profesional guarden una razonable relación de proporcionalidad con los elementos del contrato.

La exigencia de requisitos excesivamente rigurosos para quienes pretenden concurrir a un contrato puede convertirse así en una «barrera de entrada», en una perturbación de la competencia o en una perturbación del principio de concurrencia en la contratación de las Administraciones Públicas.

Parece así surgir, en el ámbito de la contratación pública, una primera valoración desde el punto de vista de la competencia: ¿se convierten los requisitos de solvencia o, cuando ésta es exigible, la clasificación o el registro de empresas en auténticas «barreras de entrada» restrictivas de la competencia en el mercado de la contratación pública? La respuesta no se halla en los preceptos mencionados, sino en el análisis de los pliegos de contratación. Es en éstos donde se concreta el nivel de exigencia para los contratistas y es a partir de ellos que debe evaluarse su proporcionalidad con los requerimientos propios del contrato.

La fijación de requisitos excesivos de solvencia o clasificación es, qué duda cabe, de la máxima trascendencia desde el punto de vista de la competencia.

B. EL SISTEMA DE GARANTÍAS PROVISIONALES Y DEFINITIVAS

Otra posible barrera de entrada en el ámbito de la contratación pública viene constituida por el sistema de garantías provisionales y definitivas que, para la licitación y adjudicación de los contratos viene exigida por la normativa sobre contratación de las Administraciones Públicas.

Como es tradicional en este ámbito, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas diferencia entre la garantía provisional (normalmente un 2 por 100 del presupuesto del contrato) y la garantía definitiva respecto de la que el art. 37 admite dispensa en los contratos de consultoría y asistencia, en los de servicios y en los contratos administrativos especiales. La garantía definitiva queda fijada en un 4 por 100 del importe de adjudicación.

Debe resaltarse la hasta ahora escasamente utilizada previsión del art. 36.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que permite a los contratistas constituir una garantía global con referencia a todos los contratos que celebre con una Administración Pública o con uno o varios órganos de contratación sin especificación singular para cada contrato. Se trata, sin duda, de un notable intento de facilitar el cumplimiento de las obligaciones formales inherentes a la contratación con las Administraciones Públicas.

En mi opinión, tampoco la exigencia de garantías de cuantía razonable a licitadores y adjudicatario final como medio de asegurar la seriedad de las ofertas formuladas y la de las obligaciones contraídas merece mayor comentario desde el punto de vista de la defensa de la competencia, si atendemos a sus caracteres definitorios: la generalidad en su exigencia y, sobre todo, su carácter proporcional. Se hace con ello imposible la exigencia arbitraria de garantías desproporcionadas impidiéndose, de este modo, el establecimiento de una suerte de «barrera de entrada» ante un determinado contrato administrativo.

C. LOS PLIEGOS

Entre las recomendaciones generales que se contienen en el apartado V del precitado informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones del Ministerio de Ciencia y Tecnología, me parece interesante destacar algunas cuestiones (obviando las que, aun siendo trascendentes, afectan de manera exclusiva al sector de las telecomunicaciones) a las que los pliegos deben hacer referencia y de las que, en no pocos casos, puede depender la existencia o inexistencia de competencia efectiva entre los licitadores.

a) *La separación por lotes*

Configurada con carácter potestativo por la normativa sobre contratación administrativa, es claro que la adecuada separación por lotes de los contratos puede convertirse en un estímulo verdaderamente eficaz para la competencia, facilitando el acceso de pequeñas y medianas empresas especializadas que, por definición, son capaces de ofrecer bienes y servicios concretos en mejores condiciones que los grandes operadores, imbatibles, por el contrario, en macrocontratos.

b) *Información adecuada y suficiente*

Los pliegos deben contener información suficiente como para permitir a todos los licitadores concurrir en verdadera igualdad de oportunidades con quienes resultaron adjudicatarios del contrato en procedimientos anteriores, lógicamente conocedores de los pormenores técnicos de los bienes y servicios efectivamente requeridos por la Administración.

c) *Especificaciones técnicas del contrato*

Aunque afortunadamente el art. 52.2 de la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha sentado claramente la prohibición de que el pliego incluya especificaciones técnicas que mencionen productos de una fabricación o procedencia determinada, es importante que los pliegos sean igualmente cuidadosos a la hora de evitar que la adquisición de determinados bienes determine necesariamente la adquisición ulterior de otros bienes o servicios a un empresario determinado. En definitiva, debe asegurarse la vigencia del principio de neutralidad tecnológica.

d) *El criterio de la experiencia*

En el ámbito de la contratación pública ha sido frecuente la incorporación de los pliegos de cláusulas que, con una u otra redacción, aludían al mérito de disponer de una experiencia previa.

El deseo de incrementar la competencia, las exigencias de las directivas comunitarias y la propia evolución de nuestra normativa sobre contratación pública han impedido la pervivencia de cláusulas que directa o indirectamente tendían a favorecer a los empresarios que, en tanto que adjudicatarios en procedimientos anteriores, acreditaban una experiencia concreta respecto del órgano administrativo contratante o la actividad sometida a licitación.

Por el contrario, han sobrevivido otras cláusulas relativas a la «experiencia en el sector», la «experiencia del personal» u otras que, en no pocas ocasiones, suponen un freno efectivo a la entrada de nuevos operadores.

También en este ámbito, la Comisión del Mercados de las Telecomunicaciones⁵ se ha mostrado contundente al afirmar que la primera de las cláusulas mencionadas «favorecen el antiguo monopolio en este entorno (telecomunicaciones) recientemente liberalizado». Más permisiva se muestra, en cambio, respecto de las cláusulas o criterios de valoración relativos a la experiencia del personal propio o ajeno disponible, entendiéndose que la movilidad del personal en éste y otros sectores permite a los operadores «solventes» acreditar el cumplimiento de este requisito sin mayor dificultad, proporcionando, y esto hay que destacarlo, una mayor seguridad respecto al futuro cumplimiento del contrato que lógicamente deber ser valorada por la Administración.

e) *La duración*

La importancia de la duración de los contratos y la admisibilidad de prórrogas en los mismos ya fue considerada, como se ha dicho, cuestión clave desde el punto de vista del principio de concurrencia por el legislador estatal en la Exposición de Motivos de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modificó la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas.

En efecto, la Ley 53/1999 suprimió la posibilidad anteriormente existente de prorrogar tácitamente los contratos administrativos, limitando los plazos de duración de los contratos de gestión de servicios públicos, consultoría y asistencia y los de servicios.

Sin embargo, al igual que sucediera con el precio, la cuestión de la duración de los contratos no debe ser objeto de una aproximación apresurada y generalista, pues, en el caso de servicios necesitados de la realización de inversiones de importancia (establecimiento de redes u obtención del derecho a su utilización) un plazo excesivamente corto puede situar en una posición ventajosa a los operadores ya establecidos especialmente si éstos hubieran sido adjudicatarios previos de esos mismos contratos en procedimientos anteriores.

En estos supuestos, si la voluntad de la Administración Pública es —y no puede ser otra— favorecer la mayor concurrencia de operadores, el mayor plazo puede convertirse en un instrumento favorecedor de la competencia, minorando la ventaja competitiva que para algunos operadores podría suponer el haber amortizado total o parcialmente inversiones ya realizadas.

⁵ Acuerdo de 6 de junio de 2002.

En consecuencia, una política activa de fomento de la competencia en el ámbito de la contratación pública abogaría por la reducción de los plazos de duración de los contratos y la limitación de las prórrogas. No obstante, cuando la prestación del servicio requiera importantes inversiones, el criterio competitivo puede aconsejar la estrategia contraria.

D. EL PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN

Como es conocido (art. 73 de la LCAP), la adjudicación de los contratos puede llevarse a cabo por procedimiento abierto, restringido o negociado. En el procedimiento abierto todo empresario interesado puede presentar una proposición, por lo que, *a priori*, parece el procedimiento de adjudicación más adecuado para fomentar la competencia. El procedimiento restringido, en tanto que en él únicamente pueden presentar proposiciones aquellos empresarios seleccionados expresamente por la Administración, previa solicitud de los mismos, es juzgado, en cambio, con desconfianza tanto por los operadores económicos como por las propias Administraciones Públicas, que se muestran muy reacias a su elección.

El procedimiento negociado, en tanto que permite a la Administración adjudicar el contrato al empresario justificadamente elegido «previa consulta y negociación de los términos del contrato» de acuerdo con lo dispuesto en el art. 92 de la LCAP se encuentra sometido a grandes restricciones en la propia normativa de contratación por lo que el respeto a dichas normas, siempre exigible, supone una garantía suficiente de la competencia.

Volviendo a la opción entre procedimiento abierto y restringido, hay que decir que la Ley no se muestra, en cambio, tan rígida a la hora de admitir el recurso a este último, si bien establece importantes cautelas formales que tratan de evitar la vulneración del principio de concurrencia.

Tal vez por ello, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se muestra abiertamente reticente al uso del procedimiento restringido, al haber observado que en algún caso, el recurso por parte de la Administración al procedimiento restringido se habría basado en una supuesta falta de madurez del mercado de las telecomunicaciones⁶.

Es evidente que la utilización del procedimiento restringido sin motivación explícita, adecuada y suficiente supondría una vulneración flagrante tanto de la normativa sobre contratación de las Administraciones Públicas como de la legislación sobre defensa de la Competencia, pero ello no obsta para afirmar que un procedimiento restringido, respetuoso con las estrictas normas procedimentales contenidas en la normativa de contratación pública y que responda a una motivación razonable puede ser una opción más aceptable que un procedimiento aparentemente abierto

⁶ Informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones al Ministerio de Ciencia y Tecnología de 13 de febrero de 2003, p. 32.

pero en el que los licitadores se someten a requisitos tales que, sin la garantía de motivación derivada de la elección del procedimiento restringido, terminen «restringiendo» la competencia efectiva en mayor medida.

En consecuencia, no creo que la elección del procedimiento restringido pueda en sí misma ser censurable desde el punto de vista de la competencia. Una vez más habrán de analizarse las menciones contenidas en el pliego, la objetividad de los requisitos establecidos y la motivación en que se sustente dicha opción. En cualquier caso, toda infracción del procedimiento en este ámbito tendría una mayor gravedad, desde el punto de vista de la competencia efectiva, que en el procedimiento abierto, por lo que la vigilancia de los sujetos implicados habrá de ser, si cabe, mayor.

E. LA ELECCIÓN ENTRE CONCURSO Y SUBASTA

Algo semejante puede señalarse respecto del concurso y la subasta. La Administración debe utilizar la subasta en aquellos casos en que la competencia entre los licitadores se sitúa exclusivamente en el precio y el concurso en los demás casos. Si la ponderación en el concurso está excesivamente sesgada a favor del criterio del precio nos encontramos con que, bajo la cobertura formal de un concurso, nos situamos ante una subasta.

Sin embargo, es lo cierto que, desde algunos sectores, se considera que, aun cuando tanto el concurso como la subasta son procedimientos igualmente legítimos y regulados en la normativa de contratos de las Administraciones Públicas, la subasta proporciona una garantía de objetividad y transparencia en el proceso de toma de decisiones cuya importancia no puede ser ocultada.

Esta reflexión nos conduciría a una cierta subsidiaridad del concurso: únicamente cuando la adjudicación basada en estrictos criterios cuantitativos (precio) presente el claro peligro de incumplimiento de los fines generales a que el contrato sirve o afecte a otros valores esenciales —como la seguridad—, de modo que se haga imprescindible ponderar criterios distintos (calidad de los materiales empleados, medios humanos destinados a la oferta en concreto, experiencia del personal en contratos análogos...), podría hacerse preciso optar por la vía del concurso.

Así considerado, el concurso se plantearía como una opción menos ventajosa que la subasta al objeto de promover la concurrencia y garantizar la igualdad y no discriminación de los licitadores en la adjudicación.

Sin embargo, es precisamente la variable precio la que plantea mayores problemas de falseamiento de la competencia en el caso de mercados con presencia de operadores dominantes. En estos supuestos, la adjudicación exclusivamente basada en el precio puede favorecer, una y otra

vez, a los operadores preestablecidos. Ello puede hacerse particularmente evidente en el supuesto de contratos que ya les habían sido adjudicados en anteriores ocasiones.

Por otra parte, si se presta atención exclusiva a la oferta económica, como es propio de la adjudicación mediante subasta, la Administración puede privarse de mejoras en la calidad de la prestación de los bienes y servicios contratados o de la adquisición de nuevas tecnologías.

Es por todo ello que la opción entre concurso y subasta debe ser sopesada con cautela, atendiendo a las circunstancias del caso concreto y sin que sea sencillo predecir, *a priori*, cuál de las dos formas de adjudicación puede resultar ventajosa desde el punto de vista competitivo. Tener presente (en el caso de los «servicios liberalizados») la abundante experiencia de los órganos de defensa de la competencia respecto al efecto de los precios sobre la efectiva concurrencia puede ser, en todo caso, una recomendación prudente.

F. EL PRECIO. EL PROBLEMA DE LAS BAJAS TEMERARIAS

Tanto en el supuesto de una adjudicación por concurso en que la variable precio tenga una fuerte ponderación como, sobre todo, en el caso de la subasta, no son pocos los problemas derivados de la oferta económica. Tal y como se ha señalado en el apartado precedente, la experiencia constante de los órganos de defensa de la competencia es que la única estrategia razonable para la introducción y el sostenimiento de la competencia a medio y largo plazo se encuentra en impedir que los operadores dominantes puedan excluir la competencia por la vía de reducir artificialmente los precios.

Puede surgir así una contradicción entre uno de los fines de las políticas de liberalización: la reducción de costes y precios y su instrumento necesario: la competencia.

Esta misma contradicción puede plantearse en el ámbito de la contratación pública: el deseo de aprovechar las oportunidades derivadas de la liberalización de sectores y mercados puede desatar en las Administraciones Públicas un intento —lógico en un entorno de rigor presupuestario— de abaratar el precio de los bienes y servicios contratados.

Sin embargo, esta tendencia no puede ser acogida sin cautelas. Recurriendo de nuevo a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, ésta ha manifestado que: «si bien es cierto que la pérdida de un concurso concreto no tiene por sí misma suficiente entidad para expulsar a los competidores en los mercados..., no lo es menos que una política de estrechamiento de márgenes... para captar a los grandes clientes y las Administraciones Públicas... tiene por consecuencia directa la eliminación de los competidores de aquellos segmentos del mercado donde hay más posibilidad de competencia...».

12 Pero los problemas derivados del precio ofertado en los procedimientos de contratación pública no se agotan en lo expuesto. Otro problema secular se refiere a la regulación de las bajas temerarias. La cuestión es sencilla: las bajas temerarias constituyen una amenaza para el adecuado cumplimiento del contrato y, además, pueden suponer un falseamiento de la competencia al disminuir artificialmente la oferta económica para, una vez adjudicado el contrato, recuperar la diferencia de precio a través de su modificación. Sin embargo, una regulación demasiado rígida en esta materia puede resultar igualmente perniciosa para la competencia al excluir a ofertas verdaderamente competitivas que pudieran aprovecharse, por ejemplo, de la utilización de nuevas tecnologías o de un aprovechamiento más eficiente de los factores de producción, todo ello sin merma de los requerimientos exigidos por la Administración.

Encontrar una solución «equilibrada» a esta cuestión ha sido una preocupación constante en la reciente evolución de nuestra normativa sobre contratación pública.

El apartado 3 del art. 86, del entonces proyecto de ley de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se había limitado a exigir que los criterios objetivos en función de los cuales se apreciaría la concurrencia o falta de concurrencia de esta circunstancia habrían de expresarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Sin embargo, durante la tramitación parlamentaria de la que llegó a ser la Ley 53/1999 se modificó la redacción de este apartado a través de un segundo párrafo, de modo que parece limitarse la decisión sobre la existencia de bajas desproporcionadas o temerarias al criterio del precio, lo que, aun siendo razonable, y desde luego más sencillo en cuanto a su aplicación, parece restringir el alcance del primer párrafo del apartado.

En este punto, una de las mayores contribuciones del Reglamento General de Contratos se sitúa, precisamente, en la objetivización de los criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas. El art. 85 del Reglamento distingue, a estos efectos, las distintas situaciones:

a) Cuando concorra un solo licitador se considera desproporcionada o temeraria una oferta inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales.

b) Cuando concurren dos licitadores la baja se limita a 20 unidades porcentuales.

c) Cuando concurren tres licitadores la baja se sitúa en 10 unidades porcentuales, si bien tomando como término de comparación la media aritmética de las ofertas presentadas excluyendo a la oferta más alta cuando ésta supere la media en más de 10 unidades porcentuales. En todo caso, se considera desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales.

d) Cuando concurren cuatro o más licitadores se utiliza el mismo criterio que abre el apartado precedente (diez unidades porcentuales de baja sobre la media) con la misma prevención excluyente de las ofertas

que rebasan en el mismo grado la media aritmética de las ofertas. Si las ofertas que quedan a efectos de calcular la media son menos de tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía.

No debe considerarse que estos criterios se aplican rígidamente, pues el apartado 5 del art. 85 permite al órgano de contratación que, de forma motivada, y atendiendo al objeto del contrato y a las circunstancias del mercado pueda reducir en un tercio los porcentajes contenidos en los apartados anteriores, debiéndose ejercitar dicha facultad a través del pliego de cláusulas administrativas particulares.

El precepto proporciona a la Mesa un elemento de análisis añadido, que se utilizará con menor frecuencia por su falta de concreción, que es la comparación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada.

Desde el punto de vista de la defensa de la competencia la objetivización en las bajas temerarias es un aspecto fundamental, debiendo considerarse un avance esencial en este ámbito la desaparición de las bajas como causa automática de exclusión de los licitadores en ella incurridos y su sustitución por una presunción destruyible mediante la acreditación de la viabilidad técnica de la oferta. De este modo se evita una injustificada rigidez de precios que, a la postre, constituía un claro enemigo de la libre competencia.

No obstante, no queda con lo expuesto agotada la materia. Antes al contrario, una regulación «rígida» de la baja en el pliego correspondiente puede alentar conductas colusorias consistentes en el acuerdo entre varios licitadores al objeto de alterar artificialmente las medias que sirven de base para calcular la frontera de la temeridad. En este sentido, ha sido constante la tarea de la Intervención General de la Administración del Estado y, en particular, de las Intervenciones Delegadas de algunos de los Ministerios, al objeto de lograr que los pliegos fuesen redactados de modo que se evitasen estas prácticas anticompetitivas.

G. LA PROBLEMÁTICA ADMISIBILIDAD DE VARIANTES. LAS MODIFICACIONES

En cuanto a la admisibilidad de variantes se trata ésta de una cuestión siempre controvertida por cuanto entraña el riesgo de una modificación del objeto del contrato e, incluso, en el caso de obras públicas, la posibilidad de que se produzca la adjudicación de una obra distinta a la que constituyó el objeto del contrato sin la existencia de concurrencia efectiva.

El art. 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas trata de reducir la discrecionalidad de la Administración y los licitadores en este ámbito obligando a que esa admisibilidad quede expresamente admitida en el pliego de cláusulas administrativas particulares, concretando respecto a qué elementos y en qué condiciones queda autorizada la presentación de variantes o alternativas. En garantía de la máxima transparencia, la admisibilidad de variantes debe igualmente expresarse en el anuncio de licitación del contrato.

En lo relativo a las modificaciones, revisión de precios y resolución de los contratos simplemente enumeraré, para no extenderme demasiado, las que, a mi juicio, constituyen las notas más novedosas de la normativa vigente.

La facultad de modificación unilateral de contratos celebrados por las Administraciones Públicas, el conocido *ius variandi* de las Administraciones Públicas, ha sido habitualmente considerado como una manifestación de la superioridad del Estado frente a los contratistas privados.

Sin embargo, la imagen de una Administración contratante «fuerte», que impone sus criterios a un contratista que se sitúa en una posición pasiva y que debe «consentir» las modificaciones que le son unilateralmente impuestas por la Administración mientras no excedan del 20 por 100 del precio total del contrato, no siempre responde a la realidad.

El Consejo de Estado, en su dictamen de 25 de mayo de 1992, emitido a propósito del Anteproyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995, ya señaló que «así ocurre que una potestad de la Administración, concebida en salvaguarda del interés general, ha devenido frecuentemente, por causa de un empleo indebido, en conveniencia para el contratista, tan evidente que, en ocasiones, no llega a constar en el expediente la aceptación de la modificación por su parte».

Aunque las modificaciones pueden tener su origen en causas imprevisibles, razonables o, en cualquier caso, atendibles, cabe que las modificaciones respondan a causas más preocupantes, como es que el empresario hiciese una oferta a precio bajo a fin de lograr una adjudicación que de otro modo no hubiese logrado, contando con obtener el resarcimiento mediante las modificaciones contractuales.

Este riesgo es el que trata de conjurar la LCAP desde la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, cuya Exposición de Motivos, a propósito de esta materia, señala que se propone «introducir una serie de disposiciones que tienen por objeto incrementar la concurrencia y aumentar la transparencia y objetividad en los procedimientos de adjudicación en la contratación administrativa. Cabe destacar, en este sentido, el establecimiento de mayores y más eficaces controles para las modificaciones de los contratos, con limitaciones expresas por primera vez en nuestro ordenamiento a las modificaciones de unidades del contrato con independencia de su repercusión presupuestaria...».

En suma, en materia de modificaciones, la nueva regulación evidencia su desconfianza ante una institución susceptible de producir efectos tan perjudiciales en la vertiente contractual como en la presupuestaria. No obstante, para evitar que el endurecimiento del régimen sobre modificaciones pueda afectar negativamente a los contratistas en supuestos distintos, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas realiza una adecuada sistematización de las incidencias que puedan afectar a la ejecución de los contratos diferenciando entre el reajuste de anualidades —que deriva del retraso en el comienzo de la ejecución del contrato

sobre lo previsto al iniciarse el expediente de contratación, suspensiones autorizadas, prórrogas de los plazos parciales o del total, modificaciones en el proyecto o «cualesquiera otras variantes de interés público debidamente justificadas»— la prórroga del plazo de ejecución solicitada por el contratista, la alteración del precio por aplicación de las cláusulas de revisión (que «no tendrá el carácter de modificación del contrato») y las auténticas «modificaciones», que deberán ser aprobadas por el órgano de contratación previa audiencia del contratista y fiscalización del gasto correspondiente.

H. MEDIDAS INSTRUMENTALES: LOS REGISTROS DE CONTRATOS Y DE CONTRATISTAS

Por último, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas estableció la previsión de un Registro Público de Contratos como instrumento al servicio de la transparencia en materia de contratación cuya implantación ha debido aguardar a la entrada en vigor del nuevo Reglamento.

Por su parte, la reciente Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, introdujo una nueva Disposición Adicional —decimoquinta— en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al objeto de permitir en el ámbito de la Administración General del Estado el establecimiento de registros de contratistas ante los que éstos deban acreditar el cumplimiento de los requisitos de capacidad y representación por una sola vez, sin necesidad de reiterar estos trámites con ocasión de cada contrato.

Este registro, combinado con la introducción de nuevas tecnologías, puede servir para evitar costes y molestias a los potenciales adjudicatarios, lo que, en cierta medida, podría contribuir la concurrencia de pequeños empresarios a menudo desalentados por los importantes costes indirectos asociados a la contratación con las Administraciones Públicas.

I. EL CONTRATO DE PROYECTO Y OBRA

Aunque se trate de una cuestión específica del contrato de obras, suele ir unida a los contratos de mayor importancia económica, por lo que parece conveniente dedicar alguna atención a esta figura.

La contratación conjunta del proyecto y obra presenta atractivos para las Administraciones contratantes por cuanto evita los siempre complejos problemas de relación entre los autores o autor del proyecto y los responsables de la ejecución de la obra.

Sin embargo, la contratación conjunta de proyecto y obra supone una restricción injustificada de la competencia en un sector —el de la obra pública— en la que la competencia puede ser particularmente intensa.

Por otro lado, plantea el claro riesgo de un innecesario incremento del coste de la obra derivado del propio proyecto.

En la vigente regulación normativa está presente la idea de que la definición de la obra a realizar corresponde, en sus aspectos básicos, a la Administración contratante de suerte que ésta debe aprobar los anteproyectos y estudios informativos, redactar instrucciones para la redacción de los proyectos y disponer de oficinas o unidades de supervisión de proyectos cuyas funciones se detallan en el art. 136 del Reglamento y alcanzan, entre otras cuestiones, a la verificación de la adecuación legal del proyecto, su adecuación a la normativa técnica aplicable en cada caso, proponer orientaciones técnicas, examinar que los precios de los materiales y unidades de obra se adecuen a las exigencias legales y verificar que el proyecto contiene el estudio de seguridad y salud o, en su caso, el estudio básico de seguridad y salud.

De hecho, el art. 136.3 exige que las oficinas o unidades de supervisión harán declaración expresa en sus informes de que el estudio informativo, anteproyecto o proyecto reúne cuantos requisitos son exigidos por la Ley en el Reglamento, lo que sin duda implica un alto grado de implicación administrativa en cuanto a la calidad técnica de los proyectos.

Al margen de esto, el verdadero avance viene constituido por la calificación de «excepcional» que el art. 125.1 atribuye a la contratación conjunta de proyecto y ejecución de las obras correspondientes, tasándose a continuación los supuestos en que esa contratación conjunta se considera admisible.

Las cautelas que el mismo precepto establece respecto a los precios en el proyecto pueden, por otra parte, conjurar los riesgos de un injustificado encarecimiento de las obras.

No obstante lo anterior, parece claro que lo más deseable en términos de competencia —aplicando, por otra parte, la doctrina general sobre división (que no fraccionamiento) del contrato y la separación por lotes— es la contratación autónoma de proyecto y obra, lo que igualmente puede favorecer la concurrencia de profesionales y empresarios a uno y otro contrato.

4. CUESTIONES PROCEDIMENTALES

Tras analizar algunos aspectos en que la contratación de las Administraciones Públicas puede suscitar problemas desde la perspectiva de la defensa de la competencia, queda una cuestión no menor a dilucidar: qué vías ofrece nuestro ordenamiento jurídico al empresario que, habiendo participado en un procedimiento contractual convocado por una Administración Pública, considera vulnerado su derecho a concurrir en pie de igualdad.

En los supuestos más habituales, esa vulneración de los principios generales de concurrencia, igualdad, no discriminación, transparencia o publicidad se habrá reflejado en una contradicción de los preceptos legales y reglamentarios que integran la normativa de contratación de las Administraciones Públicas. Contra los actos dictados por las Administraciones Públicas en este ámbito podrán ejecutarse las acciones previstas en la Ley y, en particular, podrá interponerse recurso contencioso-administrativo ante dicho orden jurisdiccional con o sin la solicitud de adopción de medidas cautelares (suspensión del acto administrativo impugnado).

Sin embargo, tal y como ha pretendido exponerse, existirán supuestos en que la actuación administrativa resulte igualmente contraria a la legislación sobre defensa de la competencia. Como es evidente, esta circunstancia redundará en la posible alegación de nuevos fundamentos de derecho para la pretensión anulatoria del acto o resolución impugnado. Unas y otras alegaciones tienen, sin duda, cabida en la acción ejercitada ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La cuestión relevante es, a mi juicio, otra. ¿Puede esa pretendida vulneración de la normativa sobre defensa de la competencia (ya se trate de la Ley de Defensa de la Competencia o de otras normas sectoriales como la Ley General de Telecomunicaciones o de las leyes reguladoras de otros sectores o mercados) dar lugar al ejercicio de otras acciones frente a las resoluciones dictadas por las Administraciones Públicas cuando actúan en el ámbito de la contratación administrativa?

El Tribunal de Defensa de la Competencia, respaldado por una constante línea de interpretación de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa se ha ocupado de esta cuestión en algunas resoluciones como la de 15 de julio de 1998 (expte. R. 297/1998, Contenedores de Barcelona 2); la de 7 de marzo de 2002 (expte. R. 481/2001, Confederación Hidrográfica del Tajo), o la de 16 de abril de 2002 (expte. R. 478/2001, Confederación Hidrográfica del Júcar).

En todas ellas se acoge el criterio contenido en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de marzo de 1995, recaída a propósito del recurso interpuesto contra la resolución de 24 de abril de 1995 (expte. R. 102/1994, Monopolio de Tabacos I), que sostuvo que «el Tribunal de Defensa de la Competencia no tiene atribución legal para el control de actos administrativos dimanantes de un órgano administrativo y sujetos al Derecho público, aunque sean restrictivos de la Competencia, porque el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia lo impide». Es decir, el Tribunal de Defensa de la Competencia debería abstenerse de conocer este tipo de denuncias, dado el monopolio jurisdiccional de las facultades de revisión de los actos de las Administraciones Públicas.

No obstante, existen pronunciamientos del Tribunal en que éste ha parecido menos tajante a la hora de negarse la posibilidad de examinar si la actuación de una Administración Pública en la esfera de la con-

tratación (pública) se ajustó o no a la legislación de Defensa de la Competencia.

Concretamente, podríamos citar una resolución de 4 de julio de 2000, recaída a propósito del expediente R. 395/1999 (Puerto de Santander), en esta resolución el Tribunal confirma el acuerdo del Director del Servicio de Defensa de la Competencia de 29 de septiembre de 1999 por el que se declaró el archivo de una denuncia formulada por una entidad privada contra el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santander.

El archivo decretado por el Servicio de Defensa de la Competencia se fundamenta básicamente en la aplicación de la doctrina ya expuesta, por lo que, aparentemente, la resolución confirmativa del Tribunal parecería cerrar la cuestión. Sin embargo, su FD 4.º introduce una clave novedosa al decir que «... si bien es cierto que no corresponde a este Tribunal el control de legalidad de esta clase de actos (administrativo), que está atribuido con carácter excluyente a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, nada se opone a que puedan examinarse en esta sede sus posibles efectos anticompetitivos, siempre y cuando dichos actos reúnan los requisitos previstos por la Ley de Defensa de la Competencia y no se encuentren amparados por la exención del art. 2 de la propia Ley, como sucede en el supuesto examinado».

Interpretando conjuntamente ambas líneas interpretativas puede llegarse a la conclusión de que aquellos actos administrativos dictados por las Administraciones Públicas contratantes de acuerdo con la legislación de contratos no serían atacables ante el Tribunal de Defensa de la Competencia. No obstante, si dichos actos produjesen efectos anticompetitivos y no estuviesen fundados en una ley (única exención en la vigente redacción del art. 2 de la Ley de Defensa de la Competencia) parece quedar abierta la posibilidad de una reacción por parte del Tribunal tendente a evitar dichos efectos.

Esta interpretación encuentra respaldo explícito en una resolución del Tribunal de fecha anterior, 30 de abril de 1996 (expte. R. 148/1996 TRAGSA), en que se señaló que «el Tribunal ha mantenido en numerosas ocasiones que no es el órgano de revisión de normas y actos administrativos, pero sí es el competente —el único órgano administrativo competente— para determinar si una práctica presente en el mercado es restrictiva de la competencia, si puede ser calificada como un acuerdo en los términos del art. 1 de la LDC y si, en caso afirmativo, goza de la exención de su art. 2. No se trata de que el Tribunal vaya a sustituir a los órganos jurisdiccionales de lo contencioso en la revisión de la actuación administrativa, sino de ejercer sus competencias que son irrenunciables, consistentes en la adopción de resoluciones relativas a las conductas anticompetitivas en el mercado en aplicación de las normas nacionales y comunitarias de Defensa de la Competencia que pueden ser, naturalmente, objeto de control jurisdiccional precisamente por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional...».

Significativamente, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado —incluso literalmente— una posición virtualmente idéntica, aunque con un matiz relevante, no se ha limitado a formular la cuestión en términos generales, sino que, a propósito de un expediente concreto, ha evidenciado en qué puede consistir ese «deslinde de tareas» entre la propia Comisión y el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Concretamente, en la precitada resolución de 17 de octubre de 2002 manifiesta que «en ningún caso pretende esta Comisión ejercer en el presente procedimiento las competencias atribuidas a la Administración que convocó el concurso.

Así, no se está examinando en modo alguno la actuación de la Generalitat en la contratación administrativa efectuada, entendido que la misma procedió a adjudicar el concurso a aquella oferta que con arreglo a las bases del mismo estimó más favorable, ni tampoco se analiza si una oferta es mejor que otra, o si resulta temeraria con arreglo a la normativa sobre contratación administrativa, o si es la que habría debido o no resultar adjudicataria del concurso convocado, aspectos todos éstos que esa Comisión entiende sujetos a la única valoración de la Administración convocante con el control posterior, en su caso, de los Tribunales».

La Comisión interpreta, de este modo, que el análisis de la actuación de las Administraciones Públicas en el ámbito contractual y, en particular, la cuestión relativa a su adecuación a las normas sobre defensa de la Competencia y, en su caso, normativa sectorial concretamente aplicable, constituye un supuesto de competencias concurrentes entre órganos de la misma o de distintas Administraciones Públicas que no puede, ni debe, resolverse con la renuncia por parte de alguna de ellas (de la Comisión, en este caso) al ejercicio de las competencias que le son propias.

«Lo que procede —continúa la Comisión en la resolución precitada— es que cada Administración limite su actuación al ámbito específico de sus competencias».

¿Qué significa esto en la práctica? En dicha resolución se evidencia con toda claridad: la Comisión se abstiene de todo pronunciamiento sobre la legalidad o validez de los actos administrativos citados, limitándose a constatar que el precio ofertado por la sociedad adjudicataria no se ajustaba al régimen tarifario a ella aplicable, por lo que, como único pronunciamiento, se ordena a ambas partes que la facturación pasada, presente y futura se adecue a ese marco tarifario.

Cuestión distinta será el efecto que esta cuestión pudiera tener sobre el acto administrativo adjudicado. Quedaría por determinar qué sucedería si, una vez alterada la oferta económica del modo indicado por la Comisión, se constata que la sociedad adjudicataria no hubiera debido ser la misma. Pero ésta es una cuestión en la que, con buen criterio, la Comisión se resiste a entrar, dejándola en manos de las potestades de revisión de

sus propios actos de la Administración contratante o, en su caso, del orden jurisdiccional contencioso-administrativo al que, por cierto, no resulta ocioso recordar, podrá ser igualmente sometida la interpretación de los órganos de defensa de la competencia.

5. CONCLUSIÓN

Las Administraciones Públicas, ya actúen como regulador, como operador económico o como parte contratante, se encuentran obligadas a respetar la legalidad y, más concretamente, la normativa sobre Derecho de la competencia, sin más excepciones generales que las derivadas del art. 2 de la LDC.

En el ámbito de la contratación administrativa, las Administraciones Públicas se encuentran evidentemente sometidas a la normativa sobre contratación pública y especialmente a los principios generales de concurrencia, igualdad y no discriminación.

De acuerdo con lo anterior, existe una situación normativa «redundante» en la que la libre concurrencia resulta doblemente amparada por la normativa de defensa de la competencia y la normativa sobre contratación pública, a la que podrían añadirse otras normas sectoriales en función del objeto del contrato administrativo de que se trate (energía, transporte, telecomunicaciones...).

Esta «redundancia normativa» provoca, paralelamente, una situación de «concurcencia competencial» entre las potestades de la Administración contratante, el Tribunal de Defensa de la Competencia, las Comisiones Reguladoras (en su caso) y el propio orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia y, de manera más reciente y mas rotunda, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, indican que estos órganos no pueden adentrarse en la revisión de los actos administrativos dictados, pero sí pueden, en el marco de las competencias que les son propias, analizar si las conductas de las Administraciones Públicas que no deriven directamente de lo establecido en una ley producen o no efectos anticompetitivos, pudiendo adoptar medidas tendentes a la reparación o minoración de esos efectos sin afectar, como es obvio, a la validez de las resoluciones administrativas dictadas.

A reserva de los futuros pronunciamientos de los órganos judiciales en la materia no cabe duda de que esta interpretación abre posibilidades inéditas de reacción jurídica a los participantes en los procedimientos de contratación convocados por las Administraciones Públicas.

