

LA CREACIÓN DE ESTRUCTURAS ANTICOMPETITIVAS EN LOS MERCADOS PÚBLICOS

Cani FERNÁNDEZ

Bufete Cuatrecasas

Amadeo PETITBÒ

Universidad Complutense de Madrid *

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo se propone abordar una cuestión particular —aunque no por ello de importancia menor— dentro del ámbito de la aplicación de las normas de defensa de la competencia a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, distinta de las infracciones del art. 81 del Tratado CE (acuerdos restrictivos de la competencia) por la coordinación de los distintos licitadores para la presentación de ofertas o del art. 82 del Tratado CE (abusos de posición de dominio) por la imposición de condiciones abusivas por parte de las entidades adjudicantes (cuando dichas entidades son titulares de derechos exclusivos o especiales, por ejemplo) ¹.

Serán objeto de análisis determinadas situaciones en las que, como consecuencia de la adjudicación de un determinado contrato público de obras, servicios o suministros a una u otra empresa, se cree una estructura de mercado que conduzca irremediablemente a la comisión de infracciones de las normas de competencia.

En efecto, se plantean en la práctica supuestos en los que, incluso respetándose escrupulosamente las normas sobre adjudicación de contratos públicos incluidas en las Directivas comunitarias aplicables en la materia ², se crean o consolidan estructuras de mercado que, una vez

* Los autores desean agradecer a David ORTEGA PEÑA su inestimable ayuda en la redacción del presente trabajo.

¹ Meter-Armin TREPTE, «Public procurement and Community competition rules», *Public Procurement Law Review*, núm. 2, 1993.

² Directiva 88/295/CEE, de 22 de marzo, sobre contratos públicos de suministro; Directiva 89/440/CEE, de 18 de julio, sobre contratos públicos de obra; Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes

adjudicado el contrato, llevarán indefectiblemente a la empresa adjudicataria, por razones de mera lógica económica, a infringir las normas de competencia, en particular el art. 82 del Tratado CE.

Como se expondrá más adelante, el núcleo del problema que plantea este tipo de disfunción competitiva en materia de mercados públicos tiene su origen en la ausencia de instrumentos efectivos de defensa de la competencia. Precisamente, para evitar los problemas de competencia a los que hacemos referencia, sería preciso realizar un análisis prospectivo, de naturaleza esencialmente económica, de las condiciones de competencia en el mercado tras la adjudicación. Sin embargo, hoy por hoy, no existe ningún instrumento normativo que permita, ni en el ámbito de la contratación pública ni en el de la defensa de la competencia, imponer la obligación de realizar este análisis prospectivo y adoptar las medidas adecuadas para evitar las eventuales situaciones restrictivas de la competencia.

Esta cuestión reviste especial importancia en el caso de los mercados en proceso de liberalización o de eliminación de la regulación ineficiente. La creación o cristalización de estructuras de mercado anticompetitivas como consecuencia de los procesos de adjudicación de contratos públicos —por no tenerse en cuenta las implicaciones que cada una de las ofertas presentadas puede tener en términos de competencia para el funcionamiento de los mercados tras la concesión— puede poner en peligro, precisamente, los objetivos perseguidos con la liberalización entre las que destaca la existencia de una competencia suficiente.

Con el fin de concretar los diversos aspectos tratados en el presente artículo y, precisamente, para demostrar que el problema que se plantea puede no ser tan hipotético como pudiera parecer en principio, se propone el siguiente supuesto de hecho:

Para la construcción, explotación y mantenimiento de un determinado tramo de autopista se abre un concurso público, en condiciones com-

a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministro y obras; Directiva 90/531/CEE, de 29 de octubre, relativa a los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones; Directiva 92/13/CEE, de 25 de febrero, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones; Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios; Directiva 93/36/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro; Directiva 93/37/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obra; Directiva 93/38/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

Dichas Directivas establecen la regulación de las condiciones mínimas de publicidad, participación y adjudicación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras, suministros y servicios.

petitivas, cuyo pliego de condiciones cumple estrictamente los requisitos exigidos por la Directiva de obras públicas en las concesiones de obra pública³ y los principios generales del Tratado CE aplicables a los concursos públicos. La evaluación de las ofertas presentadas por los distintos licitadores también se realiza respetando escrupulosamente dichas normas.

La prestación de los servicios de dicha infraestructura viaria a los usuarios constituye un mercado de producto y geográfico perfectamente delimitado.

El tramo sacado a concurso transcurre en paralelo a otra autopista, ya saturada, que es la única que une los mismos dos puntos geográficos. Con la apertura del concurso para la segunda autopista se abriría, en principio, este mercado a la competencia.

La empresa concesionaria de la autopista, que en la actualidad une los dos mismos puntos (que hasta ahora, por lo tanto, poseía el monopolio de dicho mercado por vía de una concesión anterior), resulta la adjudicataria del nuevo tramo paralelo. Por tanto, la empresa adjudicataria, al haber obtenido la concesión de la ruta alternativa entre los dos mismos puntos geográficos, perpetúa su posición de dominio en dicho mercado. Lógicamente, se supone que la empresa adjudicataria ha ofrecido las mejores condiciones en un proceso competitivo.

La empresa adjudicataria se encuentra en una incontestable posición de dominio que le permite actuar de forma totalmente independiente de los clientes de las dos autopistas que discurren entre ambos puntos geográficos.

Aun suponiendo que los precios de los peajes estén regulados, puede anticiparse, con un grado de probabilidad elevado, la hipótesis de conductas abusivas por parte de la adjudicataria: reducción de los niveles de calidad en la prestación del servicio, disminución en la innovación tecnológica y cualquier otra posible consecuencia de la falta de competencia efectiva en el mercado. En este caso, las cláusulas del concurso y la conducta del regulador son determinantes. El efecto final dependerá de las conductas del concesionario y del regulador, de acuerdo con las leyes y las bases del concurso.

2. LOS MERCADOS RELEVANTES AFECTADOS POR LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Antes de abordar las soluciones actualmente vigentes al problema planteado, conviene realizar una serie de precisiones sobre los mercados en el ámbito de la contratación pública.

³ Directiva 93/37/CEE. Debe precisarse que a las Concesiones de obras públicas no se aplican todas las normas previstas en la misma, aunque sí los principios básicos del Tratado CE que la inspiran, tal y como se dispone en la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre concesiones (2000, C 121/02).

En efecto, en un supuesto de hecho como el propuesto, pueden identificarse dos mercados claramente diferenciados, a saber:

- el mercado abierto mediante la convocatoria del concurso, en el que la oferta estaría compuesta por todos los licitadores que presentan, competitivamente, sus ofertas, y la demanda por la entidad adjudicante de la concesión de autopistas;
- el mercado que surge o es modificado una vez adjudicado el concurso, que se definiría como el mercado de la prestación de los servicios de infraestructura viaria de gran capacidad entre dos puntos determinados, en el que la oferta recaería en la empresa adjudicataria, que explotaría el tramo concedido, y la demanda procedería de los usuarios de la autopista en cuestión.

Las condiciones de competencia existentes en cada mercado son evidentemente distintas. En (i) los distintos licitadores están compitiendo *por* hacerse con el mercado tal y como se ha definido en (ii)⁴, mientras que en (ii), en principio, el adjudicatario estaría compitiendo con otras empresas concesionarias que estarían prestando el mismo tipo de servicio *en* el mismo mercado. Sin embargo, en el supuesto de hecho que proponemos, no sería éste el caso, puesto que el mercado se ha definido como el de la prestación de servicios de autopista entre dos puntos geográficos concretos, y se ha partido de la base que la adjudicataria del nuevo trazado alternativo es la empresa que previamente era titular de la concesión entre los dos mismos puntos.

Las hipotéticas conductas abusivas por parte de la empresa adjudicataria en el también hipotético supuesto de hecho se producirían en (ii); es decir, una vez adjudicado el concurso y tras el proceso competitivo que ha tenido lugar antes del fallo del mismo.

Los problemas de competencia derivados de la creación de estructuras de mercado que abocarían, con una elevada probabilidad, en la adopción de conductas anticompetitivas por parte de los operadores presentes en el mismo se ven, lógicamente, agravados por la duración de las concesiones. En efecto, mediante la adjudicación del contrato cristaliza una determinada estructura de mercado que no resultará alterada durante el período concesional, salvo que, por ejemplo, se creara otra infraestructura alternativa que compitiese efectivamente con los dos tramos de autopista en cuestión⁵. Por lo tanto, el control previo de los efectos competitivos de una concesión a una determinada empresa se impone con mayor motivo, puesto que la corrección *a posteriori* de una estructura de mercado no competitiva resulta muy difícil o imposible.

En consecuencia, el hecho de que en el ámbito de los mercados públicos las condiciones de competencia pudieran garantizarse en la fase (i) mediante la aplicación de las Directivas sobre mercados públicos u opor-

⁴ Sobre la diferencia entre competencia por y en el mercado, ver Informes del SDC sobre control de concentraciones de 15 de abril de 2002, N-231 ACESA/IBERPISTAS y N-232 AUREA/IBERPISTAS.

⁵ Por ejemplo, una tercera autopista que uniese los dos mismos puntos geográficos.

tunas normas nacionales no excluye la posibilidad de que puedan plantearse problemas de competencia una vez adjudicado el concurso.

3. LA CUESTIÓN: LAS NORMAS SOBRE MERCADOS PÚBLICOS Y EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA NO REGULAN EXPRESAMENTE LA CUESTIÓN

A. LA REGULACIÓN COMUNITARIA DE LOS MERCADOS PÚBLICOS

En la actualidad, el cuerpo normativo comunitario en materia de contratación pública se compone de varias Directivas que regulan los procedimientos de adjudicación de los contratos de suministro, de obra y de servicios, estableciendo, igualmente, un sistema de recursos para garantizar el respeto de dichas normas⁶. Estas Directivas tienen por objetivo establecer unas reglas que garanticen la apertura de los mercados públicos, reforzando la transparencia y la competencia, en el contexto de la consecución del mercado único comunitario. Los principios sobre los que se basa esta regulación guardan relación inmediata con las libertades fundamentales de establecimiento y de prestación de servicios consagradas en el Tratado CE, ejercidas en el marco de una competencia no falseada.

Para garantizar la consecución de estos fines, las Directivas sobre contratación pública establecen un conjunto de criterios objetivos tanto para la participación en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos⁷ como para la adjudicación de los contratos⁸ que tratan de asegurar un trato no discriminatorio para todos los licitadores.

El objetivo de dichos criterios es garantizar que la libre competencia no se vea falseada durante la primera fase; es decir, en el mercado que se abre con la convocatoria de presentación de ofertas y se cierra con la adjudicación del contrato, por cualquiera de los procedimientos establecidos⁹.

Sin embargo, ninguna de las Directivas prevé expresamente la obligación, para las autoridades adjudicantes, de realizar un análisis prospectivo, en términos de competencia dinámica, de las consecuencias de la adjudicación a una u otra empresa sobre la estructura del mercado como consecuencia de dicha adjudicación¹⁰.

Cabría plantearse entonces si, a pesar de la ausencia de disposiciones que expresamente se refieren a los aspectos estructurales del mercado (ii), la consideración de dichos aspectos encajaría en alguno de los requisitos de selección de candidatos, de adjudicación de los contratos que

⁶ Ver nota 2.

⁷ Condiciones mínimas de capacidad técnica, económica y financiera de los licitadores.

⁸ Según el criterio de la oferta de menor precio o de la oferta económicamente más ventajosa.

⁹ Procedimientos abiertos, restringidos o negociados, o combinaciones de varios de ellos.

¹⁰ El que se ha definido en (ii) en el apartado 2.

se recogen en las Directivas o incluso en la ejecución de dichos contratos ¹¹.

Por lo que se refiere al primer tipo de requisitos, los candidatos deben: en primer lugar, no estar incurso en ninguna de las causas de exclusión taxativamente enumeradas en las Directivas ¹²; en segundo lugar, demostrar su capacidad financiera y económica; y, por último, demostrar su capacidad técnica ¹³.

En cuanto a las condiciones de adjudicación de los contratos, la elección de las ofertas puede efectuarse según el criterio del precio más bajo, el de la propuesta más ventajosa en términos económicos o el que garantice un mayor beneficio a los consumidores. La elección impone a la autoridad adjudicante no sólo la obligación de no ejercer ningún tipo de discriminación entre los distintos licitadores, sino, además, la obligación de obtener una ventaja económica con la adjudicación mediante la aplicación de los criterios de selección ¹⁴.

¹¹ Aunque las condiciones de ejecución de los contratos no se encuentren reguladas en las Directivas, quizás éste sería el momento más oportuno dentro del proceso de contratación pública para que las autoridades adjudicantes impusieran condiciones dirigidas a salvaguardar la competencia efectiva en el mercado, a la vista de la estructura creada o reforzada como consecuencia de la adjudicación del contrato público. Nada impide que la autoridad adjudicante incluya en el contrato a concluir con la adjudicataria un conjunto de compromisos que ésta estaría obligada a respetar para evitar cualquier efecto anticompetitivo derivado de la nueva estructura de mercado. Sin embargo, sería difícil de justificar la imposición de determinadas condiciones cuando éstas no hubieran sido incluidas en la convocatoria de presentación de ofertas, por lo que las empresas adjudicatarias podrían oponerse a las mismas, lo cual conllevaría retrasos en la ejecución de los contratos que pondrían en peligro en muchos casos el interés público al que responde la convocatoria (por ejemplo, la puesta en servicio de determinadas infraestructuras).

¹² Entre ellas, «haber sido condenado en sentencia firme por cualquier delito que afecte a su moralidad profesional» y «haber cometido falta grave en materia profesional que pueda ser comprobada por algún medio que los poderes adjudicadores puedan justificar» (por ejemplo, art. 20 de la Directiva 93/36/CE). Estas causas de exclusión podrían constituir un primer filtro en aquellos Estados miembros en que determinadas conductas lesivas de la libre competencia pudieran ser constitutivas de un tipo penal, pudiendo excluirse directamente a este tipo de empresas de los procedimientos de adjudicación. Sin embargo, esta posibilidad tan sólo revestiría un cierto interés cuando las infracciones se hubiesen cometido en el mismo mercado o mercados conexos con el mercado público en cuestión. De todos modos, excluir del proceso a empresas condenadas por infracción de un tipo penal análogo al del art. 81 del Tratado CE no tiene por qué suponer una garantía frente a posibles abusos de posición dominante derivados de la creación de una determinada estructura de mercado, por ejemplo.

¹³ Éstos no parecen, en principio, que puedan servir como una «red» para «capturar» a empresas que, de resultar adjudicatarias, podrían situarse en una posición de dominio de la que, con casi total seguridad, caerían en la tentación de abusar. Al contrario, estos criterios pueden, precisamente, privilegiar a empresas con una fuerte posición de mercado que les permite disponer de una solvencia financiera y tecnológica que las sitúe en mejores condiciones para cumplir con dichos criterios.

¹⁴ Las Directivas, a modo de ejemplo, se refieren a los precios, plazo de ejecución, costes y beneficios del proyecto o características técnicas del mismo. Nada excluiría, en principio, que las consideraciones en materia de estructura competitiva del mercado tras la adjudicación pudieran encajar en este criterio (pues, como se decía, la lista de criterios de las Directivas se ofrece a modo de ejemplo). Desgraciadamente, sin embargo, este criterio de la oferta más ventajosa económicamente está relacionado directamente con las ventajas económicas ligadas directamente con el proyecto en cuestión sin tener en cuenta el impacto que la adjudicación del mismo a una u otra empresa pueda tener para la estructura competitiva del mercado.

De esta exposición de los distintos criterios de participación y adjudicación se deduce claramente no sólo la ausencia en las Directivas sobre contratación pública de un criterio específico relativo al análisis del impacto real —a corto, medio y largo plazo— de la adjudicación sobre la estructura competitiva del mercado de que se trate, sino que dicha apreciación competitiva tendría difícil encaje dentro de los criterios existentes.

Estas carencias normativas tienen repercusiones especialmente negativas en aquellos mercados en proceso de ser liberalizados. En efecto, por lo que se refiere a los criterios de participación en los procedimientos de selección, los ex monopolistas o monopolistas en mercados vecinos o cercanos suelen encontrarse en situación óptima para cumplir con los requisitos exigidos. Además, puesto que las Directivas respetan en gran medida la autonomía de las autoridades nacionales adjudicantes, en ocasiones es muy difícil que no se vean envueltas en problemas de «captura del regulador» por parte de los ex monopolistas, cayendo en la tentación de proteger a sus «campeones nacionales»¹⁵.

Además, si bien es cierto que dichos criterios se aplican por igual a todos los participantes en los procesos de adjudicación, no deja de ser contrario al principio de no discriminación consagrado en el Tratado CE que entre las condiciones de admisión a este tipo de procedimientos de adjudicación no se incluya un factor corrector que, de alguna manera, penalice a este tipo de empresas, pues, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en lo sucesivo, TJCE), tan discriminatorio resulta tratar de modo diferente situaciones iguales como tratar de igual manera situaciones distintas¹⁶.

Éste, precisamente, sería el caso del supuesto de hecho que se plantea mediante la convocatoria del concurso para la concesión de la autopista alternativa entre los mismos puntos geográficos, la autoridad concedente está, en efecto, introduciendo la posibilidad de que exista competencia en la prestación de servicios de infraestructura viaria de gran capacidad entre los dos puntos geográficos en cuestión. Sin embargo, al concederse la segunda autopista al titular de la concesión de la primera, esta posibilidad de competencia queda frustrada durante la duración de ambas concesiones¹⁷ y, además, se crean las condiciones estructurales que, de forma más o menos inevitable, llevarán al monopolista de dicho mercado

¹⁵ Un ejemplo: los servicios de la competencia de la Comisión Europea han decidido actuar contra las ventajas públicas concedidas a Electricité de France por la Administración francesa, consistentes en una garantía estatal ilimitada que podría constituir una ayuda pública, posiblemente ilegal. En la misma línea de actuación, el Estado francés ha pretendido salvar a France Telecom con un crédito de 9.000 millones de euros.

¹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la CE de 30 de junio de 1998, en el asunto C-394/96, *Mary Brown c. Rentokil Ltd.* y Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de la CE de 16 de abril de 1997, en el asunto T-66/1995, *Kuchlenz-Winter c. Comisión* y de 15 de marzo de 1994, asunto T-100/92, *La Pietra c. Comisión*.

¹⁷ No debe olvidarse que el objetivo de todo empresario es maximizar la rentabilidad de sus inversiones.

a caer en la tentación de abusar de su posición de dominio, infringiendo el art. 82 del Tratado CE.

En definitiva, si bien las Directivas sobre contratación pública garantizan unas condiciones mínimas de transparencia y competencia durante la «ventana competitiva» abierta con la convocatoria de ofertas para la adjudicación de un determinado contrato de obras, suministro o servicios, estas normas no permiten valorar los efectos estructurales derivados de la adjudicación del contrato a una u otra empresa.

B. LAS NORMAS COMUNITARIAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En la introducción al presente artículo se hacía referencia a la ausencia, en Derecho comunitario, de instrumentos normativos (tanto en el ámbito de la contratación pública como de defensa de la competencia) que permitan realizar el análisis prospectivo sobre la estructura que tendrá el mercado tras la adjudicación concesional y determinar los posibles efectos anticompetitivos que se derivarían de dicha estructura y de las posibles conductas resultantes.

Sin embargo, esta afirmación podría ser calificada de imprecisa si se tiene en cuenta que el Reglamento (CE) núm. 4064/89, sobre control de concentraciones (en adelante, el Reglamento de Concentraciones) se basa, precisamente, en la anticipación de los posibles efectos anticompetitivos que pueden derivarse de la estructura de mercado resultante de una operación de concentración.

En efecto, el Reglamento de Concentraciones establece que serán incompatibles con el mercado común aquellas operaciones que supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición de dominio en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

El elemento más característico del análisis efectuado por la Comisión en el ámbito del control de concentraciones es, quizás, la naturaleza prospectiva del mismo y su enfoque esencialmente estructural. Así, mientras que en el ámbito de la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE, la Comisión enjuicia conductas que ya han tenido lugar, en el control de concentraciones se trata de discernir, a la vista de una serie de elementos de carácter objetivo¹⁸, de qué manera la operación va a afectar a la estructura competitiva de un mercado determinado, adoptando, si fuera necesario, las medidas preventivas que se consideren adecuadas para evitar que las posibilidades de competencia en dicho mercado se vean sustancialmente lesionadas.

¹⁸ Como las cuotas de mercado que alcanzarán las partes tras la concentración, el grado de concentración de la oferta y de la demanda, las barreras de entrada, las relaciones verticales y otras cuestiones relacionadas con los intereses públicos.

No obstante, no resulta posible la aplicación del Reglamento de Concentraciones al ámbito de la contratación pública por la sencilla razón de que su ámbito material de aplicación se circunscribe exclusivamente al control de las operaciones de concentración tal y como se definen en el propio Reglamento: la fusión de dos o más empresas previamente independientes, la adquisición del control sobre la totalidad, una parte o partes de una empresa por parte de otra o la constitución de empresas en participación o *Joint Ventures* ¹⁹.

Por lo que se refiere a la aplicación del art. 82 del Tratado CE, ésta debe descartarse como instrumento idóneo para evitar los efectos anti-competitivos a los que se hace referencia por la misma razón que se descartó en su momento para el control de las operaciones de concentración ²⁰: su aplicación sólo puede efectuarse *a posteriori*; es decir, una vez que la empresa adjudicataria haya incurrido en algún tipo de comportamiento abusivo de los descritos en el supuesto de hecho que se somete a consideración.

Además, en determinados tipos de contratos públicos, como las concesiones de obra pública, la adjudicación puede revestir un carácter irreversible sobre todo en situaciones como la descrita en el supuesto de hecho, en el que se trata de desarrollar una infraestructura que puede ser esencial. En estos casos, la aplicación del art. 82 del Tratado CE puede resultar ineficaz por tardía. En efecto, aunque la imposición de una multa a la empresa infractora pueda tener un impacto nada despreciable ante los consumidores o clientes, resulta irrelevante para aquellos otros licitadores que pudieran haberse hecho con el contrato si, a igualdad en las condiciones de participación o de adjudicación, se hubiesen tenido en cuenta los efectos estructurales nocivos derivados de la adjudicación. Además, debe tenerse presente que la amenaza de cualquier tipo de competencia potencial en estos casos es prácticamente inexistente debido a la presencia de la insalvable barrera de entrada de orden legal a corto y medio plazo cual es la necesaria convocatoria de un nuevo proceso de adjudicación que, en todo caso, exige tiempo.

Una tercera vía parece configurarse como el instrumento mejor adaptado a este tipo de situaciones sin que en la práctica, sin embargo, pueda ser considerado como un remedio eficaz, por los problemas que se expondrán más adelante: la aplicación combinada de los arts. 86 y 82 del Tratado CE.

El art. 86.1 del Tratado CE dispone que «*los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medi-*

¹⁹ Ello siempre y cuando la operación en cuestión alcance los umbrales de notificación obligatoria a la Comisión Europea, establecidos en función de los volúmenes de negocio alcanzados por las partes.

²⁰ Lo que dio lugar a la adopción de un texto normativo específico.

da contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los arts. 7 y 81 a 89, ambos inclusive».

Tras la Sentencia del TJCE en el asunto de las *Ambulancias Glöckner*²¹, parece posible sostener que las concesiones administrativas, como la del supuesto de hecho que se plantea, son susceptibles de constituir derechos exclusivos o especiales en el sentido del art. 86.1 del Tratado CE. En efecto, en virtud de esta Sentencia se considera que constituyen derechos exclusivos o especiales las medidas de carácter legislativo (o reglamentario) que confieren una protección a un número limitado de empresas, siempre que tal medida afecte sustancialmente a la capacidad de las demás empresas para realizar la actividad económica de que se trate en el mismo territorio en condiciones esencialmente equivalentes²².

De acuerdo con esta definición jurisprudencial, la adjudicación de un contrato público reuniría todos elementos enunciados: (i) medida estatal²³, (ii) que establece la reserva o protección de una determinada actividad económica para un número limitado de empresas²⁴, y (iii) *que afecta sustancialmente a la capacidad de las demás empresas para realizar la actividad económica en cuestión en el mismo territorio en condiciones esencialmente equivalentes*²⁵.

Aunque, como recuerda esta misma Sentencia, el simple hecho de crear una posición dominante mediante la concesión de derechos especiales o exclusivos, en el sentido del art. 86.1 del Tratado CE, no es, como tal, incompatible con el art. 82 del Tratado CE, si la empresa de que se trate es inducida, por el simple ejercicio de los derechos exclusivos o especiales que le han sido conferidos, a explotar su posición de dominio de manera abusiva, o cuando dichos derechos puedan crear una situación en la que dicha empresa sea inducida a cometer tales abusos, el Estado miembro en cuestión habrá infringido las prohibiciones contenidas en los arts. 86 y 82 del Tratado CE²⁶.

En este sentido, podría entenderse que la empresa es inducida a obtener ventajas de su situación monopolista e incluso a abusar de la misma cuando se cree una situación en la que la propia lógica económica conduzca a la empresa a maximizar su beneficio o a aplicar condiciones que no contemplaría como posibles en el caso de existir una competencia suficiente en el mercado, como consecuencia de la ausencia de competencia, sin que ello revierta necesariamente en los consumidores.

²¹ Sentencia del TJCE de 25 de octubre de 2001, en el asunto C-475/99.

²² Considerando 24.

²³ En el supuesto de hecho que se plantea, la adjudicación de la autopista.

²⁴ En el caso supuesto, sólo una empresa va a poder prestar los servicios de infraestructura viaria de gran capacidad.

²⁵ En el caso objeto de análisis, la concesión implica que ninguna otra empresa podrá prestar los servicios en cuestión entre los dos mismos puntos geográficos.

²⁶ Considerando 39, retomando lo dictaminado por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 12 de septiembre de 2000, Pavlov y otros, asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, *Rec.* I-6451, considerando 127.

Este hecho no debe sorprender. En efecto, un análisis de la realidad pone de relieve que, dado que el objetivo de las empresas es maximizar su beneficio, éstas dirigen sus estrategias hacia el objetivo de aumentar su poder (cuota) de mercado apoyándose en la hipótesis de que una mayor cuota facilita la obtención de niveles más elevados de rentabilidad. En este sentido, puede sostenerse que los propios mecanismos del mercado fomentan comportamientos estratégicos no competitivos: en el caso que se analiza, vencer en el concurso público con el objetivo de obtener una segunda concesión potencialmente competidora con la primera que ya se posee. De esta forma se elimina del mercado a un competidor potencial. En este contexto, si aceptamos la premisa de M. PORTER²⁷ de que la situación de la competencia en un sector industrial depende de cinco piezas competitivas básicas²⁸ y que la acción conjunta de dichas piezas determina la rentabilidad potencial de la actividad, fácilmente se entiende el interés de la empresa incumbente por hacerse con la segunda concesión, dado que si vence en la primera fase de la competición elimina los obstáculos para alcanzar una posición de dominio en el mercado, preludio de la posibilidad de mejorar la rentabilidad relativa de sus inversiones en comparación con una situación alternativa caracterizada por la presencia en el mercado de un competidor agresivo dispuesto a alcanzar mayores cuotas de mercado al amparo de las ventajas competitivas permitidas por el sistema concesional.

En el caso que se analiza, la soberanía del mercado se alcanza como consecuencia de la adjudicación del contrato (la medida estatal en cuestión) que permite: en primer lugar, crear una estructura de mercado en la que se coloca a la empresa concesionaria en posición de dominio (o se refuerza dicha posición) y, en segundo lugar, se abre la posibilidad de que la empresa concesionaria abuse de tal posición de dominio sobre la base de comportamientos estratégicos apoyados en las condiciones no previstas en el pacto concesional.

Si bien ésta pudiera parecer, en principio, una solución perfectamente aceptable para hacer frente al problema que se analiza utilizando los instrumentos legales vigentes, plantea serias dificultades de índole práctica derivadas, una vez más, de la naturaleza necesariamente prospectiva del análisis de los abusos que, potencialmente, puede cometer la empresa adjudicataria. Resulta harto complicado proporcionar elementos de prueba suficientemente sólidos a este respecto, más allá de los modelos económicos que, con un grado de probabilidad más o menos elevado, tratarían de demostrar que, siguiendo una lógica económica normal, las empresas que se coloquen en dicha situación de independencia como consecuencia de la adjudicación del contrato abusarán indefectiblemente de su posición de dominio. Debe tenerse en cuenta que, incluso en el

²⁷ M. PORTER, *Estrategia Competitiva. Técnicas para el análisis de los sectores industriales y de la competencia*, Compañía Editorial Continental, 1987.

²⁸ Los competidores en el sector, los competidores potenciales, los proveedores, los clientes y los bienes o servicios sustitutivos.

ámbito del control de concentraciones, en el que la Comisión Europea dispone del instrumento legal que le permite realizar de forma clara un análisis de las condiciones de competencia *ad futurum*, esta institución hace gala de una cautela extrema a la hora de tomar en consideración dichos modelos económicos a la vista de los elevadísimos estándares de prueba requeridos por el Tribunal de Primera Instancia de la CE (en adelante, TPI) en las últimas sentencias sobre control de concentraciones ²⁹.

En este punto cabe recordar que la insuficiencia de competencia y el funcionamiento ineficaz de los mercados, como avanza la teoría económica y avala el análisis empírico, tiene efectos negativos sobre la eficiencia y el bienestar de los ciudadanos. En otros términos, la competencia y el funcionamiento eficaz de los mercados tiene efectos positivos no solamente sobre las empresas que aceptan el reto competitivo, sino, también, sobre los consumidores y el conjunto de la economía.

Piénsese, por ejemplo, en la denominación «Ineficiencia X» ³⁰ cuyo origen reside en el hecho de que bajo condiciones de poder de mercado, los bienes y servicios pueden producirse con costes superiores a los que resultarían bajo la presión competitiva. Esta posibilidad se explica porque el poder de mercado de las empresas permite el desplazamiento de eventuales incrementos de costes a los precios o el traslado a los mismos de la posible diferencia entre el coste resultante en condiciones de competencia y el alcanzado cuando la empresa dispone de poder de mercado. En consecuencia, de acuerdo con la evidencia empírica, puede sostenerse que cuanto menor sea la presión competitiva mayor será la probabilidad de que los oferentes de bienes y servicios incurran en «Ineficiencia X».

Por lo tanto, aunque en principio esta solución legal se configure como la única alternativa más o menos viable hoy por hoy para evitar los problemas estructurales de competencia derivados de la adjudicación de los contratos públicos a unas empresas frente a otras, los problemas de prueba que plantea en un contexto de información escasa pueden hacerla ineficaz en la mayoría de las ocasiones.

²⁹ Sentencias Tetra Laval/Sidel, Airtours y Schneider Legrand.

³⁰ La expresión se debe a H. LEIBENSTEIN, «Allocative Efficiency vs. "X" Efficiency», *American Economic Review*, vol. 56, Juny, 1966. Adam SMITH ya apuntó la existencia de ineficiencias asociadas a los mercados monopolísticos cuando afirmó que «El monopolio... es el gran enemigo de la buena gestión», *Investigación sobre la Naturaleza y Causas de la Riqueza de las Naciones*, Editorial Oiros Tau, 1766.

4. LA INTEGRACIÓN DE LAS CONSIDERACIONES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS: ¿HACIA UNA DIRECTIVA SOBRE EVALUACIÓN DE LAS REPERCUSIONES DE DETERMINADAS ADJUDICACIONES SOBRE LA ESTRUCTURA COMPETITIVA DE LOS MERCADOS?

Ninguno de los mecanismos actualmente existentes prevé expresamente los mecanismos para evitar que, mediante la adjudicación de un contrato público a una determinada empresa, se cree o refuerce una estructura de mercado anticompetitiva.

Se impone, por tanto, explorar nuevos remedios para evitar este tipo de problemas que permitan, o en su caso obliguen, a la autoridad adjudicante a sopesar las ventajas económicas de una determinada oferta relacionadas directamente con el proyecto de que se trate, sin olvidar las consecuencias económicas menos directas, pero no por ello menos relevantes, derivadas de la configuración de una estructura de mercado determinada. Se trataría, pues, de articular un mecanismo que permitiera, en situaciones de igualdad en cuanto al cumplimiento de los requisitos de participación y adjudicación de los contratos públicos, introducir un elemento que abriera la posibilidad de inclinar la balanza del lado de la oferta que implicase la estructura y la conducta más competitivas en el mercado para el cual se adjudica el contrato en cuestión, eliminando, de esta forma, aquellas conductas que alejan a los mercados de los comportamientos competitivos afectando, en consecuencia, los beneficios de los consumidores y el bienestar.

Estos nuevos remedios podrían tener, como precedente cercano, la Directiva sobre la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medioambiente³¹, que establece la obligación de que las autoridades adjudicantes dispongan de la información adecuada que les permita decidir sobre un determinado proyecto con el análisis necesario que desemboque en el pleno conocimiento de sus posibles impactos significativos en el medio ambiente. Esta misma obligación podría ser impuesta por lo que se refiere al conocimiento de las implicaciones para la estructura competitiva del mercado.

Igualmente, la evaluación del «impacto competitivo» de la oferta en cuestión debería producirse con carácter previo a la decisión de adjudicación, de modo que tal decisión no pudiese tener lugar sin haberse procedido a dicha evaluación previa.

En esta misma línea, los Estados miembros deberían establecer los umbrales por encima de los cuales debiera procederse a realizar la eva-

³¹ Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, modificada por la Directiva 97/11/CE del Consejo, de 3 de marzo de 1997.

luación. Podría tratarse de un umbral basado en la cuota de mercado y en la eventual existencia de barreras de entrada que la adjudicataria alcanzaría, o aprovecharía, en virtud, precisamente, de la adjudicación.

Esta cuestión plantearía varios interrogantes de índole práctica. En primer lugar, cabe presumir que la autoridad competente para la adjudicación de los contratos no tenga la capacidad técnica suficiente —lo que no es infrecuente— como para analizar las implicaciones competitivas del proyecto. En segundo lugar, dejar en manos de la autoridad adjudicante la realización del análisis del impacto competitivo que podría plantear dudas respecto a la efectividad del mismo por los conflictos de intereses que podrían producirse. En tercer lugar, ¿qué tipo de información tendrían que proporcionar los licitadores para llevar a cabo la evaluación? ¿Tendría esta información que ser suministrada en la misma oferta y ante la misma autoridad adjudicante?

El asunto no es sencillo. El análisis de los mercados exige no sólo la recopilación de hechos, sino, también, la elaboración de conceptos y argumentos dotados de solidez analítica. Sin embargo, la realidad muestra que la progresiva complejidad de los hechos y de las conductas introduce elementos que dificultan el análisis. Cada vez es más difícil extraer los elementos determinantes de cada problema. Los interrogantes y las dudas presiden los análisis de las realidades de nuestro tiempo. Y este hecho, característico de los análisis de los mercados, está presente en la interpretación de las conductas empresariales.

Avanzar no es sencillo. Si difícil es la acotación de los conceptos y el establecimiento de las relaciones pertinentes entre ellos, más difícil es la previsión de lo que sucederá en un contexto rápidamente cambiante, con una fuerte capacidad de reacción y una complejidad creciente presidida por la intervención de múltiples factores.

Por todo ello, los análisis de las situaciones concretas deben alcanzar una dimensión pluridimensional que abarque las relaciones causales de los componentes de la realidad a analizar. Dicha complejidad debe ser aprehendida por los operadores económicos implicados en una operación que afecta a la competencia en el mercado. Pero también debe ser analizada por las autoridades de defensa de la competencia.

La teoría de juegos puede cooperar en el citado análisis. Para J. TIROLE³² la teoría de juegos ha permitido precisar las características multidimensionales de la competencia diferenciando los aspectos relacionados con los precios de los relacionados con cuestiones distintas de los precios. También ha hecho posible el análisis de cuestiones relacionadas con el funcionamiento de los mercados con los efectos de las conductas de un número reducido de participantes sobre la asignación de recursos, el comportamiento estratégico de las empresas, la dimensión temporal de la competencia y la contratación cuando las empresas disponen de distinto poder de negociación, entre otras cuestiones.

³² J. TIROLE, *La Teoría de la organización industrial*, Ariel Economía, 1990.

5. UNA REFLEXIÓN FINAL

Todo ello conduce al planteamiento de la posibilidad de que, idealmente, el sistema de evaluación del impacto competitivo de la adjudicación de los contratos públicos, en un contexto de competencia imperfecta, se asemeje lo más posible al régimen del control de concentraciones.

Es decir, cabría la posibilidad de arbitrar un sistema de notificación obligatoria de toda oferta referida a la adjudicación de un contrato público que pudiera desembocar en el hecho de que el licitador adquiera o incremente significativamente su cuota en el mercado relevante afectado por la operación. La notificación, como es obvio, debería realizarse ante una autoridad independiente y especializada en materia de defensa de la competencia³³ y por medio de un formulario que obligase a suministrar la información que permitiese a las autoridades poder enjuiciar de forma suficiente el impacto de la adjudicación del contrato sobre el mercado en cuestión.

En cuanto al análisis de fondo, no debería, en principio, diferir demasiado del que se encuentra en la actualidad en la base del régimen de control de concentraciones. Es decir, se trataría de determinar si, como consecuencia de la adjudicación de una determinada obra, servicio o suministro a determinada empresa, se estaría colocando a la empresa adjudicataria en posición de dominio o reforzándose la misma en un determinado mercado.

Un *test* como el mencionado permitiría impedir la creación de estructuras de mercado anticompetitivas a través del sistema concesional y corregir *a priori* dichos efectos nocivos para el mercado, bien recomendando que el contrato no le sea adjudicado a dicha empresa, bien permitiendo que, en caso de que resultara ser la oferta económica más ventajosa o la de menor precio, le fuese adjudicado el contrato sometiendo la ejecución del mismo a determinadas obligaciones que permitiesen evitar los posibles efectos anticompetitivos derivados de la nueva estructura de mercado.

En todo caso, debería ser la entidad adjudicante la que tuviera la última palabra, pero siempre teniendo en cuenta el informe de impacto competitivo emitido por las autoridades de competencia. Ahora bien, deberían establecerse los mecanismos pertinentes para evitar que, en caso de igualdad de las ofertas en términos económicos directamente relacionados con el proyecto, la decisión no tenga como resultado la creación o refuerzo de una estructura de mercado anticompetitiva que limite los efectos de la competencia sobre los consumidores y sobre el conjunto de la economía.

³³ En España, al Servicio de Defensa de la Competencia, por ejemplo, con la debida participación del Tribunal de Defensa de la Competencia.

