

INSUFICIENCIA DEL DERECHO ESPAÑOL PARA IMPEDIR Y CORREGIR LA COLUSIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA¹

Antonio López Miño

Letrado de la Xunta de Galicia. Director de Investigación del Consello Galego da Competencia
antominho@hotmail.com

Patricia Valcárcel Fernández

Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Vigo
pvalcarcel@uvigo.es

I. INTRODUCCIÓN. II. INOPERATIVIDAD DEL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA FRENTE A LA COLUSIÓN EN LAS LICITACIONES. III. ADOPCIÓN DE MECANISMOS ANTICOLUSORIOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA 1. Cláusulas anticolusorias incluidas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares. a) *Indicaciones relativas a los aspectos de la contratación de más fácil manipulación*; b) *El compromiso del licitador de no incurrir en prácticas colusorias*; c) *El placet comunitario: la sentencia PC-WARE*. 2. Fórmulas orgánicas de protección de la competencia en la contratación pública. 3. Las previsiones de la Propuesta de Directiva sobre contratación pública: La declaración jurada del licitador y su exclusión por incurrir en prácticas colusorias. IV. INTERVENCIÓN NO SANCIONADORA DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. V. LA PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO ESPAÑOL. 1. Informes dirigidos a modificar normas o actuaciones públicas contrarias a la competencia. 2. La Guía de la CNC sobre contratación pública y competencia. Los mecanismos reactivos frente a las infracciones anticompetitivas. En particular, el artículo 12.3 LDC. V. EL AMIGO AMERICANO: LA “COMPETITION ADVOCACY” EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LOS ESTADOS UNIDOS. 1. Organización. 2. Funciones.

Palabras clave: contratación pública, *bid rigging*, remedios internos, acuerdos colusorios entre licitadores, Propuesta de Directiva sobre contratación pública, compromiso del licitador, exclusión por participación en cárteles, promoción de la competencia, *competition advocacy*.

¹ El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación titulado: “Contratación pública y transparencia: alcance y límites de los principios de publicidad y libre competencia”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Gobierno de España (Ref: DER2012-39003-C02-02)

I. INTRODUCCIÓN

Que el Derecho *antitrust* ha sentado sus reales en el ámbito de la contratación pública es un hecho tan cierto como, sorprendentemente poco controvertido. A nadie extraña que las autoridades estatales y autonómicas de competencia instruyan procedimientos y en su caso impongan sanciones a licitadores y adjudicatarios. Tampoco que algunos, como el Consejo de Competencia francés se hayan poco menos que especializado en los ilícitos anticompetitivos producidos en este sector. El grado de penetración es tan elevado que no pocos ordenamientos han dispuesto en el seno de sus autoridades de competencia divisiones específicas.

Al fin y al cabo, los participantes en un expediente de contratación son empresas que ofrecen bienes y servicios en un mercado y sus comportamientos en él pueden incurrir en cualquiera de las infracciones previstas en los artículos 101 y 102 TFUE (arts. 1 y 2 LDC). Dados ambos presupuestos, la autoridad de competencia estará legitimada para investigar tales conductas y, en su caso, para imponer alguna de las sanciones previstas en la legislación de competencia.

El Derecho de la competencia es transversal, por lo que no importa que que el mercado en el que ha de aplicarse discurra a través de un procedimiento administrativo, ni que el destinatario de las prestaciones que se compran y venden en el mismo sea un ente público. La normativa de competencia en relación con la contratación pública se ve frenada tan sólo cuando el destino del producto o servicio adquirido a través del procedimiento de contratación no constituye una actividad económica según la doctrina de la Sentencia *FENIN*².

Asimismo, el principio de especialidad explica porqué el Derecho de la Competencia encuentra un hueco de aplicación en la contratación pública. El complejo normativo-orgánico *antitrust* ha sido creado específicamente para perseguir los ilícitos

² Dicha doctrina fue elaborada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con ocasión de la denuncia formulada ante la Comisión Europea por Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental (FENIN). Esta entidad alegó que los veintiséis entes gestores del sistema nacional de salud español, entre los que se incluían tres ministerios, incurrieron en abuso de posición dominante al abonar sistemáticamente las cantidades adeudadas a sus miembros por los productos suministrados con un retraso medio de trescientos días, muy superior al seguido respecto de otros prestadores de servicios. Dado su poder de dominio en el mercado español, estaban en condiciones de retrasar el pago sin que sus acreedores pudiesen ejercer presión comercial alguna para obligarles a renunciar a tal práctica.

Sin embargo, el Tribunal General primero -STG -antes TPI- (Sala Primera ampliada), de 4 de marzo de 2003, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) contra Comisión de las Comunidades Europeas*, T-319/99, 37-, y el Tribunal de Justicia después – STJUE (Gran Sala), de 11 de julio de 2006, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) contra Comisión de las Comunidades Europeas*, C-205/03 P, 26-, desestimaron el recurso aduciendo que es el carácter económico o no del destino posterior el que determina necesariamente la naturaleza de la compra. Los organismos gestores de la Seguridad Social, aun cuando compren en grandes cantidades, no lo hacen para ofrecer bienes o servicios en el mercado, sino para desarrollar una actividad social, presidida por el principio de solidaridad. Así pues, aun actuando como compradores en un mercado y dotados de poder económico equivalente al monopsonio, no son empresas, pues la actividad para cuyo ejercicio adquiere los productos no tiene carácter económico. Por ello no se les aplican las prohibiciones previstas en los artículos 101 y 102 TFUE.

anticompetitivos cometidos por las empresas; especialmente en los ordenamientos continentales, en los que la aplicación privada del Derecho de la competencia vía tribunales ordinarios de justicia ha tenido hasta hace bien poco una importancia secundaria³. Por su parte, el complejo normativo-orgánico que disciplina la contratación pública ha tenido siempre por objetivo asegurar la obtención eficiente y por el menor precio de bienes y servicios por los entes públicos. Su carácter represivo es secundario, por lo que las consecuencias perjudiciales nacen para el licitador en la medida en la que no respete su objetivo principal (exclusión del procedimiento, prohibición de contratar, incautación de las garantías, resolución con indemnización, etc.).

Sin embargo, a la aplicación del Derecho de la competencia en el marco de la contratación pública se oponen una serie de consideraciones, de carácter tanto etiológico como operativo.

En primer lugar, hace quebrar la idea de que el Derecho de la contratación pública conforma un sistema normativo completo, en el cual se encarna el principio de ‘competencia por el mercado’ frente al de ‘competencia en el mercado’ propio del Derecho *antitrust*. Pone también en cuestión la complitud de sus reglas de resolución de conflictos. Y sirve de argumento para cuestionar la cada vez mayor inflación de órganos administrativos y judiciales dedicados –algunos en exclusiva- a tareas de consulta y de fiscalización sobre los procesos de contratación pública.

En segundo lugar, la normativa de competencia ha salido ‘de fábrica’ con una importante limitación: su tarea fundamental es la de castigar infracciones ya producidas, no prevenirlas o evitarlas. En su vertiente sancionadora una Autoridad de competencia sólo goza de legitimación para intervenir respecto de hechos presuntamente anticompetitivos que hayan llegado a su conocimiento. Carece así de la fuerza para impedir la comisión de ilícitos futuros, sanciona por ello infracciones ya cometidas, con independencia de que hayan producido daños virtuales o reales al proceso competitivo o a los consumidores⁴. Por ende, dicha Autoridad es ajena al procedimiento de contratación, no participa en su desarrollo y, salvo modificación legislativa siguiendo el modelo norteamericano, es difícil concebir su intervención directa en la prevención de la infracción o sus consecuencias. A los efectos del presente estudio no importa que tal limitación haya sido buscada por el legislador, ni que se halle generalizada en el Derecho comparado. El hecho es que en la práctica está impidiendo combatir las conductas anticompetitivas en el interior del procedimiento de contratación y evitar adjudicaciones viciadas por la colusión entre los licitadores. A salvo, claro está, que postulemos la voluntad de complitud de la normativa de contratos y su capacidad para

³ Un estudio sistemático a la par que práctico del Derecho de la Competencia en la contratación pública puede verse en ESPINOSA GARCÍA, J., GUTIÉRREZ CARRIZO, I., “Colusión y diseño de las licitaciones públicas: algunas enseñanzas a la luz de los expedientes sancionadores de la CNC”, *Anuario de la Competencia 2011*, Fundación ICO-Universitat Autònoma de Barcelona.

⁴ La limitación indicada afecta a la capacidad represora de conductas anticompetitivas (colusión y abuso de posición de dominio). Las facultades preventivas de las autoridades de Competencia sí operan en el ámbito de las concentraciones empresariales y en el de la promoción de la competencia. Pero la primera es por completo ajena a la contratación pública y la segunda posee un carácter general e ilustrativo (informes, guías, directrices...) que sólo adquieren eficacia cuando se implementan en un procedimiento sancionador o por la vía de la denuncia ante los tribunales, al amparo del artículo 12 LDC.

encomendar autónomamente a los órganos del procedimiento contractual el cumplimiento de dicha tarea.

Con el presente estudio se busca llamar la atención acerca de la incidencia que la comisión de conductas perseguidas por el Derecho *Antitrust* (en particular los acuerdos colusorios) representan en el malogro de los objetivos del Derecho de la contratación pública cuando se producen al hilo de la adjudicación de contratos públicos.

En todo caso hay que tener muy presente que El Derecho *Antitrust* y el Derecho de la contratación pública responden a finalidades distintas, por lo que en aquellas zonas en las que pueda producirse su intersección (ej: prácticas anticompetitivas en procedimientos de adjudicación) están llamados a entenderse y coordinarse, en orden a respetar la razón de ser de cada uno de ellos⁵.

Así, aunque conocida una práctica colusoria, podría entenderse que las pretensiones del Derecho *Antitrust* se satisfacen con el castigo a quienes han participado en la misma, si dicha práctica se produce en el ámbito de un procedimiento de contratación, adquiere especial importancia que esta conducta ilícita sea conocida, erradicada y sancionada no en cualquier momento, sino antes de que tenga lugar la adjudicación de los contratos respecto de los que se ha alcanzado el acuerdo. Es objetivo primario del Derecho de la contratación pública que la compra de bienes y servicios se realice de la manera más eficiente posible y que cada contrato se adjudique a la mejor oferta que lícitamente se hubiese presentado, por lo que si las conductas colusorias entre licitadores no se atajan antes de la adjudicación del contrato, tales objetivos estarían comprometidos. El Derecho Comunitario de la Contratación Pública así lo ha entendido, siendo palmario que a través de la Directiva de Recursos se ha pretendido concebir un sistema que vele porque cualquier irregularidad se ventile con anterioridad a la adjudicación del contrato. Se es consciente de que vez perfeccionado éste –aunque el Derecho *Antitrust* pudiera aplicarse–, en lo que al Derecho de la contratación pública respecta, se ve que surgen otro tipo de intereses que dificultan que alteren la adjudicación ya realizada.

Veremos que en el Derecho español, hoy por hoy, la respuesta de cabecera ante prácticas colusorias a pesar de estar inserta en la normativa de contratos públicos (DA 23ª TRLCSP), no tiene en cuenta esta premisa fundamental. En todo caso, se llamará la atención acerca de la infrautilización que en la práctica se está haciendo de algunas posibilidades que ofrece el Derecho de la Contratación pública y servirían para atajar muchas prácticas colusorias. Quedará patente que la Propuesta de Directiva de Contratación Pública en la que actualmente se trabaja va en línea de resolver los problemas colusión en el procedimiento de adjudicación.

El estudio se completa con el examen de la solución que para estos casos ofrece el Derecho americano a través de la denominada *competition advocacy*.

⁵⁵ Unas interesantes reflexiones sobre la integración de estas dos sub-ramas del Derecho las encontramos en el trabajo de COSTA GONÇALVES; P.; “Integração de preocupações concorrenciais nas regras da contratação pública”; Revista de Contratos Públicos (RCP), año 1, nº 1, 2012, págs. 251-284.

II. INOPERATIVIDAD DEL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA FRENTE A LA COLUSIÓN EN LAS LICITACIONES

¿Qué remedios ofrece el Derecho de la contratación pública a las manipulaciones en las licitaciones?. O dicho de forma más práctica, ante indicios potentes de colusión entre licitadores, ¿qué capacidad otorga la normativa contractual a un licitador o a la mesa de contratación para manifestarlo y obtener una solución intraprocedimental que impida el éxito de la colusión y garantice los objetivos de la contratación?.

No es descabellado afirmar que cuando de colusiones entre licitadores se trata el Derecho español de contratos públicos no dispone de una respuesta interna más allá de la impotencia⁶. Tanto el TRLCSP como las Directivas comunitarias consideran al principio de competencia como esencial en la contratación pública, al mismo nivel que los de igualdad, no discriminación, transparencia y publicidad. Pero conviene destacar que el TRLCSP entiende aquel principio en su acepción de concurrencia o ‘competencia en el procedimiento’. Por ello, se compromete únicamente a garantizarla durante el mismo, desde su inicio (la denominada “libertad de acceso” por el artículo 1.1 TRLCSP) hasta la adjudicación (artículo 150 TRLCSP). A su defensa dedica la ley española un número ingente de mecanismos (criterios de capacidad y solvencia, prohibiciones de contratar, criterios de adjudicación, mesas A, B y C, etc.) y cuerpos internos o externos (mesa de contratación, comité de expertos, juntas consultivas...).

Dado que el cauce de actuación de la Administración contratante es el procedimiento, los fenómenos externos a éste le son en principio ajenos; su eventual antijuridicidad tendrá que examinarse al albur de otras leyes y, en su caso, por otros organismos. Los acuerdos o prácticas concertadas entre los licitadores, como ejemplo de infracciones producidas extra muros del procedimiento, se hallan sometidas a la normativa de defensa de la competencia; por ello son enjuiciadas por las autoridades de competencia, europeas, nacionales o autonómicas, según el ámbito territorial y la extensión de sus efectos.

Si bien las prácticas colusorias tienen lugar en el marco de las relaciones privadas entre empresarios, es indudable que sus motivaciones y efectos son intrínsecamente contractuales. El pacto se ejecuta en el procedimiento y sus efectos se extienden al mismo y a la fase posterior de ejecución del contrato. Los perjuicios económicos se ceban en gran medida sobre los recursos del órgano de contratación. A ello debe unirse

⁶ Valga como ejemplo la RCNC de 25 de octubre de 2012, Expte. SA/CAN/0012/11 *Transporte Ayuntamiento Las Palmas*. En agosto de 2010, el concejo canario convoca concurso público a los efectos de adjudicar el contrato de prestación de servicios de transporte de viajeros para actividades lúdico-deportivas, socioculturales y socioeducativas. El día 6 de septiembre se verifica la apertura de las ofertas. El 29 de septiembre, uno de los participantes denuncia la igualdad de precios existente entre las ofertas realizadas por tres de los licitadores. A partir del 7 de octubre se suceden los informes técnicos y las alegaciones dentro del procedimiento de contratación que constatan los fuertes indicios de colusión entre denunciados. El 15 de noviembre el órgano de contratación procede a la adjudicación del contrato a uno de los licitadores denunciados e investigados. Sin embargo, el mismo órgano remite de oficio el escrito de denuncia el 23 de noviembre a la CNC. Tal sucesión de actos prueba que la Administración contratante no pudo, no quiso o no supo cómo articular las fuertes sospechas de *bid rigging* en el procedimiento contractual

la proximidad entre los intereses protegidos por el Derecho de la Competencia y la normativa de la contratación pública, centrados ambos en la ‘competencia’.

Desde un punto de vista teórico, no es difícil deducir que la segunda debería tener la necesidad perentoria e inexcusable de contar con el primero. Dicho respaldo puede ser de tres tipos: autónomo, heterónimo y mixto⁷. En el primer caso, el sistema de contratación integra en sí mismo la defensa *antitrust*; en el segundo, la defensa frente a la colusión se encarga a su veedor ordinario, el Derecho de la competencia; en el tercero, los sistemas de contratación pública y de competencia oponen una *doble barrera* frente a las conductas anticompetitivas.

El Derecho español ha optado por un sistema heterónimo frente a las manipulaciones en las licitaciones. Esta elección -que por otra parte encubre la insuficiencia del Derecho de la contratación pública para afrontar en su seno las conductas colusorias- encuentra su expresión más lograda en la Disposición adicional 23ª del TRLCSP (en adelante, D.A. 23ª). Dicho precepto ‘externaliza’ la solución al ordenar a los órganos participantes en los procedimientos de contratación remitir a las autoridades de competencia los indicios de conducta anticompetitiva que hallen en ellos.

No cabe duda de que la D.A. 23ª ofrece un potente ejemplo de colaboración entre órganos administrativos e incluso entre diferentes Administraciones públicas (artículo 4 LPC); por ejemplo, cuando el órgano de contratación pertenece a la Administración del Estado y el de competencia a la autonómica. Lo que debe ser aclarado es si se trata de una *cooperación por adición*, que oponga una ‘doble barrera’ a los ilícitos anticompetitivos o una *cooperación por exclusión*, impuesta por la falta de competencia de los órganos activos en la contratación pública (artículo 20 LPC).

La ausencia de una respuesta clara sobre este punto explica en gran medida la no despreciable percepción entre la ciudadanía sobre el carácter de ‘agujero negro’ de buena parte de la contratación pública en España. Percepción que se torna sospecha ante las cada vez más frecuentes investigaciones que los órganos judiciales llevan a cabo. La intervención de la Justicia penal y la implicación directa o indirecta de políticos y de personal al servicio de las Administraciones en ciertos casos muy notorios introduce el estigma de la corrupción. Mezcladas, colusión y corrupción son ingredientes básicos de una pócima debilitante de la (apariencia de) integridad de los procesos contractuales públicos.

El Eurobarómetro especial 374 sobre la corrupción, publicado por la Comisión Europea en febrero de 2012 puso uno de sus focos en la contratación pública y en los medios para evitarla. Destaca la importancia de adoptar una legislación de contratos activa contra la corrupción. Por ello, pide “*una mayor atención a la corrupción en una amplia gama de campos y apunta a una serie de acciones. Estas incluyen la intensificación de la cooperación judicial y policial, la modernización de las normas comunitarias en*

⁷ Esta clasificación sólo es sostenible si se pone el acento en la normativa de contratación. Será extraña e incluso extravagante para quien parta de la autonomía e integridad del Derecho de la Competencia y de su carácter de ley natural frente a toda conducta colusoria, con independencia del sector en el que tenga lugar.

materia de decomiso de activos criminales, y una revisión de la legislación de contratación pública”⁸.

No menos perverso es el efecto desmovilizador que dicha atonía normativa provoca en los funcionarios dedicados a la contratación pública. La reiteración de licitaciones manipuladas, pactos entre los candidatos y rechazo de las mejores ofertas ocasionan repetidos sobrecostes y daño a los intereses generales. Perjuicios que el personal público es más capaz de medir y valorar que el conjunto de la ciudadanía. Si el *sistema* no ofrece una solución más inmediata y menos traumática que la vía penal, los primeros en desesperar del Derecho de contratos públicos son quienes los implementan día a día.

El enfoque elegido se centra en examinar los mecanismos de solución de conflictos ofrecidos por el TRLCSP. Aunque diseñados para asegurar el resultado satisfactorio del proceso contractual, su objetivo los habilita para extender su radio de acción a las infracciones de competencia, por cuanto atacan directamente a los principios rectores de la contratación pública: igualdad, no discriminación, transparencia y publicidad. Por ende, los perjuicios económicos causados por dichas infracciones llegan a ser considerables, tanto para la Administración contratante como para los ciudadanos. Tal como ha reseñado la Comisión Nacional de la Competencia en su *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*, los pactos colusorios afectan “tanto a la competencia en los mercados de los bienes y servicios licitados como a la gestión que las Administraciones hacen de los recursos públicos. Los ciudadanos se ven así doblemente perjudicados: como consumidores, al reducirse o eliminarse la competencia en el mercado, y como contribuyentes, al generarse un mayor coste en la contratación pública. Según distintas estimaciones, los precios de los bienes y servicios contratados en las licitaciones donde ha existido colusión pueden incrementarse en más de un 20%”⁹.

III. ADOPCIÓN DE MECANISMOS ANTICOLUSORIOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Si el problema de los acuerdos colusorios en la contratación pública tuviese fácil acomodo, por qué no resolverlo a través de la generalización de pliegos de cláusulas administrativas –generales y particulares- que abordasen la cuestión; por qué no una llamada en el TRLCSP que completase la D.A. 23^a; por qué no pronunciamientos judiciales o de las autoridades de competencia en este sentido; por qué no, en fin, disquisiciones doctrinales sobre el asunto.

Lo cierto es que, como afirmó rotundo E. Allan Poe, “*la verdad no siempre está en un pozo*”. Todas las preguntas anteriores tienen su respuesta en ciertas peculiaridades del sistema jurídico español; concretamente en el carácter un tanto ‘autista’ del derecho de la contratación pública, en la minusvaloración del derecho *antitrust* y en la consiguiente desconexión entre ambos.

⁸ Eurobarómetro especial 374 sobre la corrupción, pág. 4, http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_374_en.pdf

⁹ CNC, Guía sobre la Contratación Pública y la Competencia, 2011, pág. 30.

Hasta que las Directivas de 2004 y la jurisprudencia comunitaria pusieron remedio, la normativa contractual patria prestó poca o nula atención a elementos ajenos a la pura provisión de bienes y servicios para el cliente público, (p.e., las consideraciones sociales o medioambientales). Por su parte, fue la actual Ley de defensa de la competencia, la que, si bien no creó un tipo específico de infracción, otorgó a las unidades de investigación de las autoridades –estatal y autonómicas- de competencia los instrumentos imprescindibles para perseguir la colusión en las licitaciones, una de las más flagrantes violaciones de la ley de competencia, en cuanto daña al comprador público al aumentar los precios y la restringir la oferta, provocando que los bienes y servicios no estén disponibles para algunos compradores y sean innecesariamente costosos para los demás, en detrimento de los usuarios últimos de los bienes y servicios públicos y de los contribuyentes¹⁰.

Dichas peculiaridades bien merecen reproche como razones jurídicas principales de la ineficacia en la persecución de las manipulaciones en las licitaciones públicas. Pero en el TRLCSP han sobrepasado la barrera de la contumacia cuando la única solución propuesta es imponer a los órganos participantes en la contratación el deber genérico de comunicar las presuntas colusiones a las autoridades de competencia, sin reforzar los controles en el propio procedimiento de contratación por los propios órganos participantes. No son pocas las invocaciones a esta tarea por parte de organismos internacionales, destacadamente, la OCDE.

Pero esta laguna legal no impide que la defensa de la competencia en las licitaciones pueda ejercitarse tanto en el ámbito general de la contratación pública como en el curso de cada procedimiento de contratación. En el primer caso, exigiría a los órganos de contratación el ejercicio de sus potestades de organización de modo pro-competitivo a la hora de configurar las unidades encargadas de los procedimientos y a la de instruir a su personal. En el segundo, supondría incluir en los PCAP estipulaciones que permitiesen a los participantes en el procedimiento fiscalizar durante el mismo el cumplimiento de las normas de competencia a la par que de las reglas de contratación.

La introducción de mecanismos de defensa de la competencia frente a las manipulaciones generaría beneficios tanto inmanentes como trascendentes para la contratación pública. Inmanentes, en cuanto permitiría implementar en ella las reglas *antitrust*, reducir al mínimo los supuestos de *bid rigging*, e incrementar así las posibilidades de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa. Trascendentes, al refrendar el carácter autónomo de la normativa de contratación pública y quizás eliminar a medio plazo el papel principal asignado al Derecho de la competencia en la vigilancia de estas infracciones, reduciéndolo a norma subsidiaria o colaboradora (*doble barrera*).

Con la brevedad que exige un estudio como el presente, hemos de diferenciar dos grupos de cláusulas incorporables a los pliegos: reglamentarias y orgánicas. Las

¹⁰ OCDE, *Recomendación del Consejo sobre la lucha contra la manipulación de las licitaciones en la contratación pública*, C(2012)115/CORR1, 17 julio 2012.

primeras contienen disposiciones -expositivas o vinculantes- destinadas a evitar o prevenir conductas *antitrust* de las empresas en el procedimiento de contratación. Las segundas refieren la participación de comités y expertos en materia de competencia que auxilien al órgano de contratación y a la Mesa a la hora de impedir y reaccionar frente a dichas conductas.

1. Cláusulas anticolusorias incluidas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares

En términos generales, los pliegos de cláusulas administrativas particulares contienen estipulaciones de dos tipos: las que instrumentan la gestión del procedimiento contractual por el órgano de contratación y las que regulan los requisitos y conductas de las empresas a efectos de su entrada, participación y selección de sus ofertas. A la segunda categoría pertenecen las que ahora nos ocupan. Su expresión en el pliego tiene como objetivo hacerlas partícipes de los efectos informativo y normativo que caracterizan a aquél en cuanto “ley del contrato”.

Entre las múltiples clasificaciones que admiten las cláusulas anticolusorias, nos hemos decidido por un criterio funcional. Así diferenciamos entre: a) indicaciones relativas a los aspectos de la contratación de más fácil manipulación; b) el compromiso del licitador de no incurrir en prácticas colusorias.

a) Indicaciones relativas a los aspectos de la contratación de más fácil manipulación

La colusión puede producirse en muy diversos momentos del proceso contractual. No sólo durante el procedimiento propiamente dicho sino durante su ejecución. En este segundo caso, la posición del adjudicatario halla su razón en el pacto con los restantes licitadores, cuya contrapartida es la participación en la ejecución del negocio. Sea como fuere, el pliego de cláusulas administrativas particulares dirige el contrato desde su inicio hasta su fin. Por ello, la inclusión en el mismo de cláusulas contra-colusión permite activarlas a lo largo de toda la vida del contrato, según el momento en el que se produzca el riesgo de manipulación.

Necesariamente, el expediente de contratación habría de contar con una relación de las reglas de competencia aplicables y las prácticas anticompetitivas más comunes en este ámbito. No es preciso que se incluya en el pliego de cláusulas administrativas. Incluso podría ser contraproducente en términos formales y de exigencia de su cumplimiento. Bastaría una presentación general y una remisión a un documento al uso, como la Guía de la CNC sobre contratación pública y competencia o sus equivalentes en Andalucía y Cataluña.

La importancia de este contenido no debe de ser minusvalorada, aunque no pueda fundar la resolución del contrato por incumplimiento de una obligación esencial contenida en los pliegos. Posee, en primer lugar un alcance singularizado para cada licitador. Su importancia radica en lo que tiene de formativo para los licitadores, quienes difícilmente podrán alegar ignorancia del carácter anticompetitivo de la conducta o de sus efectos si han tenido la oportunidad de informarse sobre ellas antes de presentar su proposición. Por ende, es un complemento recíproco del compromiso del

licitador para no incurrir en prácticas colusorias, cuyos efectos serán analizados en el epígrafe subsiguiente.

En segundo lugar, es una vía de promoción de la competencia en la contratación, pues goza de la capacidad expansiva que aporta el perfil de contratante. La posibilidad de incluir esta relación aparece claramente acogida en el artículo 53.2 TRLCSP entre “*cualesquiera datos e informaciones referentes a la actividad contractual del órgano de contratación*”. Esta expresión tiene en este precepto un alcance mucho más amplio que el limitado a los pliegos de cada contrato concreto. Abundando en ello, el clausulado de reglas, prácticas y prohibiciones relativas al *bid rigging* tiene su asiento natural en el perfil, desde el que puede filtrarse a cada procedimiento por la vía de su cita y referencia en el anuncio de licitación o en los pliegos.

Un segundo tipo de menciones son más particularizadas y responden a la idea del presente epígrafe. Se refieren a aquellas fases de la vida del contrato en las que se generan o materializan los efectos de los pactos colusorios. Necesariamente, han de incluirse en los pliegos si pretenden gozar de algún tipo de eficacia.

Entre ellas gozan de especial importancia las relativas a las formas de coparticipación de dos o más empresarios en la licitación y/o ejecución del contrato reconocidas en el TRLCSP y no contrarias *de iure* a la normativa de defensa de competencia. Hablamos de las uniones temporales de empresas –UTES- (artículo 59 TRLCSP), la integración de la solvencia por medios externos (artículo 63 TRLCSP) y la subcontratación (artículo 227 TRLCSP). Por su propia naturaleza son muy propicias a favorecer la colusión entre los licitadores, al unir a empresarios que bien podrían concurrir de forma independiente o a servir de fórmulas de compensación a favor de los participantes cuyo papel en el acuerdo es el de no ser adjudicatarios.

Tal es el caso de las UTES, cuyo peligro máximo es el de constituir un mecanismo legalmente reglado y muy habitual de colaboración entre licitadores, lo que disfraza posibles casos claros de colusión. Ésta es enormemente probable cuando fuera de la unión temporal no existe (prácticamente) ningún competidor. En la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDF) de 20 de enero de 2003, *Terapias Respiratorias Domiciliarias* (r504/01), el Servicio negó la infracción del artículo 1 LDC porque la UTE se constituyó, al amparo de la Ley 18/1982, con el lícito objeto de obtener la adjudicación del concurso, con carácter temporal y con el positivo efecto de permitir al INSALUD ofrecer los servicios licitados a un precio muy ventajoso. Sin embargo, el TDC entiende que los efectos restrictivos del acuerdo entre competidores pueden producirse con independencia de la forma que revista el pacto y del objeto que se persiga. Las empresas pueden haber adoptado la forma de Unión Temporal con el legítimo objeto de acogerse al régimen tributario que la Ley 18/82 establece, pero ello no impide que esta Unión Temporal pueda tener efectos anticompetitivos si las empresas que se unen temporalmente tienen suficiente poder de mercado y si el número de competidores potenciales es reducido¹¹.

¹¹ *Terapias*, 5.

Siguiendo esta misma regla, la posibilidad se reduce cuando el número de licitadoras ajenas a la UTE es suficiente para estimar que el procedimiento garantiza un margen competitivo suficiente, como señaló el Tribunal de Defensa de la Competencia de Cataluña en su Resolución de 21 de enero de 2009, *Asociación de Funerarios de Lleida* (AR 30/08).

La integración de la solvencia por medios externos de carácter colusorio supone, en términos generales, la renuncia a participar en un procedimiento; y se ve recompensada por la inclusión en la oferta de la empresa que se decide sea adjudicataria como proveedora de medios materiales y/o humanos que garanticen la solvencia de esta. Este mecanismo favorece la colusión cruzada entre diferentes procedimientos de contratación, asegurando la participación material en la ejecución de varios contratos desde diferentes roles, lo que dificulta la percepción de la infracción. La subcontratación opera de forma similar a la integración por medios externos, pero se visibiliza con posterioridad a la adjudicación. Para reducir el impacto de estas dos formas de colusión importa mucho al órgano de contratación fijar claramente las condiciones de aceptación de las empresas terceras, y fijar límites estrictos (por ejemplo, rechazar como subcontratistas a otros licitadores o exigir la identificación de los subcontratistas en la oferta).

Ahora bien, no es infrecuente que la cautela aconsejada por las autoridades de competencia a la hora de usar las figuras anteriores sean contestadas desde el Derecho de la Contratación pública, que las fomenta decididamente. Dicha contradicción lo es de objetivos. Si los del Derecho de la competencia se focalizan en evitar las maquinaciones y los pactos ilícitos entre los candidatos, promoviendo sus ofertas independientes en aras de un menor precio, los del Derecho de la contratación pública abarcan fines más amplios y políticas transversales. Así por ejemplo, se promueven las UTEs, la integración por medios externos y la subcontratación para facilitar el acceso a la contratación pública de las pequeñas y las medianas empresas, en muchos casos excluidas por razones objetivas de economías de escala y dificultades de solvencia. Dicho problema se agrava en los contratos de elevado importe (los sometidos a regulación armonizada) y cuando operan centrales de compras, con la consiguiente reducción del número y ampliación del importe del negocio, lo que atrae a grandes empresas.

Sirva de expresión de las diferencias señalada el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda a la *Guía sobre Contratación Pública y Competencia* de la CNC. A la hora de pronunciarse sobre los contenidos de la Guía en materia de subcontratación, el Informe señala en su epígrafe 21 (página 46):

“Las directrices que viene dando la Comisión Europea, en especial desde el comienzo de la actual crisis económica y los criterios mantenidos por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio en materia de política de PYMES, vienen siendo las de fomentar las subcontrataciones para así favorecer a las PYMES, logrando de esta manera que éstas se beneficien de parte del gasto público que se canaliza a través de la contratación pública. Este es un nuevo ejemplo de cómo un enfoque que no tome en consideración objetivos distintos al de la obtención de un máximo de

conurrencia, no siempre resulta adecuado en el ámbito de la contratación pública.

La contratación pública viene siendo a nivel comunitario y nacional un instrumento horizontal para colaborar con otras políticas, tales como la medioambiental, la social, de innovación o de protección de las PYMES. Este enfoque puede y debe hacerse compatible con el respeto a la libre concurrencia.”

b) El compromiso del licitador de no incurrir en prácticas colusorias

A diferencia de los supuestos estudiados en el epígrafe precedente, un mecanismo de implicación activa del licitador en la prevención de la colusión tiene lugar por la inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de la exigencia de un compromiso de no acometer o participar en manipulaciones colusorias. Para ello, resulta conveniente añadir al pliego un Anexo, que contendrá un modelo de compromiso elaborado por el órgano de contratación. Naturalmente, el candidato podrá presentar un documento alternativo, que sólo será admitido si reúne garantías equivalentes al modelo.

Las funciones principales del compromiso son la informativa y la disuasoria. La primera opera en el procedimiento de contratación. En todos los casos, pero más en aquéllos de relativización de la competencia (mercados locales, escasas empresas participantes, predominio de PYMEs, etc.), la exigencia del compromiso concede al licitador una idea exacta *ab initio* de la importancia de concurrir autónomamente respecto a sus rivales. Su presencia, unida a la formación que proporcionen al licitador las explicaciones sobre *bid rigging* anexadas a y referenciadas en el pliego no es sino otro medio de promoción de la competencia en la contratación pública. Su valor intrínseco como tal es enorme dado el gigantesco volumen de procedimientos y la garantía de diseminación que ofrece el perfil de contratante¹². Pero más importante que la labor informativa/educadora es que al licitador no se le ofrezcan dudas sobre los efectos derivados de su incumplimiento. Por ello, en el modelo de compromiso deben primar ideas puramente negativas: la promesa de no participar en prácticas colusorias y las consecuencias de incurrir en ellas.

Partiendo de lo anterior, puede afirmarse que la virtualidad esencial del compromiso es disuasoria. La constancia de una firma al pie del mismo apuntalaría otros indicios de manipulación conocidos en el curso de un proceso penal o de un procedimiento de investigación instado por las autoridades de competencia.

En el ámbito penal el compromiso engañoso podría encajar en el tipo de falsificación documental, más o menos agravada según se tuviese a aquél por documento privado, oficial o público. Es esencial, por ello, precisar la naturaleza jurídica del compromiso a los efectos penales. Cuando la falsificación en documento público, oficial o mercantil (documento POM) es imputable a un particular –caso del licitador- el artículo 392 CP castiga al autor con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses. El artículo 395 del Código Penal (redacción según Ley Orgánica 5/2010, de 22

¹² Para garantizar una mayor efectividad del compromiso no sería desaconsejable incorporar una referencia a las aclaraciones sobre la naturaleza y características del *bid rigging* incorporadas o adjuntadas al pliego.

de junio), castiga con la pena de prisión de seis meses a dos años al particular que, para perjudicar a otro, cometiere en documento privado alguna de las falsedades previstas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390. Este último define el delito de falsificación del documento POM. En sus tres primeros números alude a las conductas siguientes:

- a. Alteración de un documento POM en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.
- b. Simulación de un documento POM en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.
- c. Suposición en un acto de la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.

Estrictamente, en Derecho Penal son privados aquellos documentos que han sido confeccionados por los particulares sin el propósito de producir efectos en el orden oficial o público, y siempre que no sean reflejo o manifestación de operaciones o actividades mercantiles. El compromiso firmado por el licitador según el modelo oficial o similar, anexo a su oferta y sellado por funcionario competente no se dirige al tráfico jurídico privado. Por el contrario, se incorpora al expediente de contratación para producir efectos en el mismo. Su carácter anfibiológico lo inserta en la categoría de “*documentos públicos por destino o por incorporación*”.

La posición jurisprudencial sobre los documentos por destino ha variado a lo largo del tiempo. Durante los años 80, la doctrina jurisprudencial, de modo pacífico y terminante, vino declarando que la incorporación de documentos inicialmente (o por su origen) «privados» a los procedimientos judiciales o a los expedientes administrativos, producía en los mismos un cambio de naturaleza transformándolos (por destino) en «oficiales» o «públicos» (Sentencias de 27 junio 1983 y 9 de febrero de 1989). A partir de 1990 se operó un giro radical en el sentir jurisprudencial. Han de citarse las Sentencias 11 y 25 octubre 1990 como iniciadoras de la doctrina según la cual lo determinante es la naturaleza del documento en el momento de soportar las manipulaciones o acoger el contenido inveraz. Aunque se aceptase que el documento privado falso se transmute después en público oficial o mercantil, lo que no se alteraría nunca es la realidad de que se falsificó un documento privado. Para mantener la categoría de públicos, ciertos documentos ‘privados’ de particular configuración y suscripción surgen, desde el instante mismo de su confección, con inexorable y único destino de incorporación a la esfera pública, a cualquiera de los órganos que integran la Administración y cuyo fin es de provocar una resolución del ente receptor¹³.

La jurisprudencia más reciente ha ratificado dicha distinción. Sirva de referencia la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, nº 165/2010, de 18 de febrero de 2010 (Rec. casación nº. 1351/2009, F.J. 4º):

¹³ STS, Sala de lo Penal nº. 522/1996 de 19 septiembre, Rec. casación nº. 1237/1995.

“Con respecto al delito de falsedad en documento oficial por incorporación de documento privado, en las SSTS 386/2005, de 21 de marzo, y 575/2007, de 9 de junio, se afirma lo siguiente: “de acuerdo con la doctrina de esta Sala, que ha eliminado la anterior categoría de ‘documentos públicos u oficiales por destino’, anteriormente existente —SSTS de 9 de febrero y 16 de mayo de 1990—, criterio del que ya se separan las SSTS de 11 y 25 de octubre del mismo año, y que hoy es la consolidada de la Sala, hay que estar a la naturaleza del documento en el momento de la comisión de la maniobra mendaz —SSTS de 10 de marzo de 1993, 28 de mayo de 1994, 10 de septiembre de 1997—, y de acuerdo con ello podría defenderse la naturaleza privada de dicho documento. Tal doctrina tiene una importante matización en relación a aquellos documentos privados que tienen como única razón de ser el de su posterior incorporación a un expediente público y por tanto la de producirse efectos en el orden oficial, provocando una resolución con incidencia o trascendencia en el tráfico jurídico —SSTS de 19 de septiembre de 1996, 4 de diciembre de 1998, 3 de marzo de 2000, 16 de junio de 2003 y 24 de enero de 2002-“.

Y en la sentencia de este Tribunal 1529/2003, de 14 de noviembre, se argumenta, con mayor claridad expresiva, que:

“cuando un impreso es completado por un particular, que efectúa en el mismo determinadas manifestaciones, no es otra cosa que una declaración particular, por lo que no llega a adquirir, solo por el hecho de constar en un impreso de uso estandarizado, el carácter de documento oficial. El que posteriormente tal documento sea incorporado a un ámbito oficial no modifica su naturaleza, o al menos no altera el hecho de que las manifestaciones fueron vertidas en un documento privado”.

“Puede ocurrir, sin embargo -sigue diciendo la referida sentencia-, que el documento suscrito, confeccionado o rellenado por el particular, que contiene como tal solo manifestaciones particulares, tenga como destino único y como exclusiva razón de su existencia, el incorporarse a un expediente oficial, administrativo o de otra clase, con la finalidad de servir de base a una declaración o resolución oficial, que resulta así, una vez emitida, de contenido falsario a causa de la mendacidad del particular, pudiendo decirse que en estos casos el autor mediato utiliza al funcionario como instrumento de la falsedad cometida en el documento, que al emanar de aquél en el ejercicio de sus funciones, resulta ser un documento oficial”.

Y acaba afirmando la referida resolución que *“así lo ha entendido esta Sala en algunas ocasiones, precisando su doctrina más actualizada que negaba la simple conversión de la naturaleza del documento en atención a su destino oficial. Entre ellas en la STS 1720/2002, de 16 octubre, en la que se afirmó que el documento ‘ab initio’ privado que nace o se hace con el inexorable, único y exclusivo destino de producir efectos en un orden oficial, en el seno de la Administración Pública o en cualquiera de sus vertientes o representaciones se equipara al documento oficial, siempre que sea susceptible de provocar una resolución administrativa del ente receptor que incorpore el elemento falso aportado”.* En el mismo sentido, la STS 79/2002, de 24 enero.

De la abundante doctrina jurisprudencial sólo cabe concluir que el compromiso – en cuanto se emite en relación con ningún tipo de resolución administrativa- tiene el carácter de documento privado. Por ello, su falsificación incurrirá en el delito contemplado en el artículo 395 CP, si concurren los requisitos típicos. El esencial es el ánimo de dañar a un tercero. Como señala el Tribunal Supremo *“La falsificación de un documento privado del art. 395 del Código Penal sólo es delito cuando se realiza para perjudicar a otro (...). La falta de verdad que comporta toda falsedad documental no es suficiente, si la falsedad se realiza en un documento privado, para que el hecho sea punible. Es preciso que la mendacidad escrita en un documento privado –que, por sí sola, no afecta a ningún bien jurídico penalmente protegido– esté encaminada a causar a otro un perjuicio que, en la mayoría de los casos será económicamente evaluable aunque no pueda descartarse la posibilidad de un perjuicio no patrimonial”*¹⁴.

En el campo de la contratación pública los perjuicios derivados de la manipulación de licitaciones son difícilmente discutibles. Pero para que existiese delito en un caso concreto, sería necesario probar la relación de causalidad entre la falsificación y el hecho dañoso y los concretos perjuicios producidos. En el primer caso, la carga de la prueba se ve respaldada por otros indicios presentes en el expediente de contratación y en la ejecución del contrato. Unos y otros se complementan y apoyan. La adulteración del compromiso corrobora la naturaleza colusoria de las conductas observadas en el expediente, a la vez que estos ratifican aquélla. En segundo lugar, la prueba del perjuicio producido resultaría de comparar el importe y características de la proposición del adjudicador falsario con la oferta económicamente más ventajosa que debió haber obtenido el contrato.

En el marco de una investigación llevada a cabo por una autoridad de competencia la presencia de indicios de colusión acentúa la importancia del compromiso de no incurrir en prácticas colusorias. En primer lugar, el ya reseñado alcance informativo de este documento dificulta que el licitador alegue ignorancia del hecho ilícito. En segundo lugar, facilita la prueba de la existencia de culpa del infractor; que la jurisprudencia ha considerado suficiente para entender colmado el requisito de la responsabilidad subjetiva, establecido por el artículo 130 LPC¹⁵. Por último, reduce sino elimina las atenuantes factibles (artículo 64.1.g) LDC). El sujeto no podría negar que conociera la posibilidad de cometer un acto colusorio, los requisitos y que se hubiera comprometido a no hacerlo.

c) El placet comunitario: la sentencia PC-WARE

La imbricación de la normativa *antitrust* en la contratación pública– más concretamente, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares- ha sido admitida al menos una vez por los tribunales comunitarios. El Tribunal General (TG), en su sentencia de 11 de mayo de 2010¹⁶, lo hace de forma tímida e involuntaria, incluso inconsciente, dado que el pronunciamiento guarda relación con la competencia desleal (venta a pérdida). Pero,

¹⁴ STS, Sala de lo Penal, nº. 2015/2001, de 29 octubre, rec. casación 4271/1999, F.J. 3º.

¹⁵ Por todas, STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 1 marzo 2012, F.J. 6º.

¹⁶ STG *PC-Ware Information Technologies BV contra Comisión Europea*, T-121/08.

a nuestro juicio, no cabe duda de que su contenido sería idéntico si versase sobre defensa de la competencia.

La sentencia en cuestión decide una demanda de anulación formulada por una empresa licitadora, *PC-Ware Information Technologies*, contra la decisión de la Comisión – tomada como órgano de contratación- de adjudicar un contrato de servicios de reventa de cuentas grandes de productos Microsoft a otra empresa cuya oferta, a juicio de la recurrente, había incurrido en baja temeraria y en venta a pérdida.

Los Reglamentos 1605 y 2342/2002 que rigen la contratación de la Comisión regulan la figura de las ofertas anormalmente bajas, pero no así la venta a pérdida (artículos 131.1 y 146.4, respectivamente). No obstante, las especificaciones técnicas de la licitación disponían en su punto 3.3 que “el contrato resultante estará regulado por el Derecho de la Comunidad Europea, *completado por el Derecho belga en los puntos para los que el Derecho comunitario no regule la cuestión de Derecho de que se trate*”¹⁷. Dado que el artículo 40 de la ley belga de 14 de julio de 1991, sobre prácticas comerciales y sobre la información y protección al consumidor, prohíbe la venta a pérdida, la recurrente sostuvo que al decidir la adjudicación la Comisión desconoció este precepto y vulneró además aquéllos que vedan las bajas temerarias¹⁸. Por ende, y es lo que más importa, alegó que el órgano de contratación estaba obligado a enjuiciar las proposiciones al albur de toda la legislación aplicable a la licitación, directamente o por remisión –por tanto, también de la que castiga la competencia desleal- y no solamente tomando como parámetro a la normativa de contratación pública¹⁹.

El TG desestima el recurso sobre la base de un argumento muy discutible: las especificaciones técnicas, cuyo punto 3.3 preveía la aplicación subsidiaria de la legislación belga, son uno de los elementos del pliego, pero no constituyen normas de la contratación pública; así pues, no son invocables por el licitador ante el Tribunal comunitario por vía de su proximidad a la figura de la baja temeraria²⁰. Dicho criterio invalida *ab initio* el apartado 3.3 como regla contractual en base a la inadecuación de su fuente originaria (debiera serlo una norma, no un acto).

Sin embargo, la previsión de aplicación supletoria de la normativa belga no queda exánime. La sentencia añade que la Comisión está obligada por ella en virtud de los principios de buena administración y cooperación leal entre las instituciones de la Unión y los Estados miembros. Como ‘guardián de las reglas del contrato’ el órgano de contratación debe “garantizar que las condiciones previstas en la presente licitación no incitasen a los licitadores potenciales a infringir la legislación belga que se aplica al contrato”²¹. No puede desconocer que las especificaciones técnicas contenían un

¹⁷ *PC-Ware*, 7.

¹⁸ *PC-Ware*, 46.

¹⁹ *PC-Ware*, 47, “En segundo lugar, al no haber controlado la Comisión, a pesar de la información comunicada por la demandante, si la oferta del adjudicatario infringía la prohibición de las ventas a pérdidas, la Comisión vulneró el principio de buena administración, ya que no examinó minuciosamente e imparcialmente todos los elementos pertinentes”

²⁰ Por dicho motivo, el TG sostiene que la vulneración de la prohibición de venta a pérdida es una cuestión residenciable ante los Tribunales belgas, *C-Ware*, 58-62.

²¹ *PC-Ware*, 63.

compromiso destinado a evitar las ofertas a pérdida en cuanto constitutivas de acto de competencia desleal. Pero el estándar que el TG fija para este deber es puramente formal. Resulta satisfecho por la mera comprobación de que el compromiso acompaña a la oferta. O dicho de otro modo, la inclusión en los pliegos del compromiso por el cual los licitadores se obligan a no incurrir en prácticas contrarias a normativa ajena a la contratación pública no exige del órgano de contratación la evaluación del (grado de) cumplimiento sustantivo de lo comprometido²².

Naturalmente, un compromiso de este tipo puede versar sobre la prohibición de prácticas anticompetitivas. De hecho, la venta a pérdida adquiere aquella condición cuando concurren en ella las características del precio predatorio, figura paradigmática del abuso de posición de dominio²³. Por lo mismo, es perfectamente admisible incluir en los pliegos el compromiso de no incurrir en prácticas colusorias en general, o con el grado de detalle que se estime oportuno.

La importancia de este reconocimiento ‘en negativo’ es, sin embargo, escasa. No era preciso un pronunciamiento comunitario para admitir en los pliegos compromisos dirigidos a los licitadores. Pero sí resulta destacable que el Tribunal General sitúe en la mera exigencia de un compromiso y la constatación formal de su inclusión en la oferta basta al órgano de contratación para acreditar el cumplimiento del deber de evitar la colusión en la licitación.

2. Fórmulas orgánicas de protección de la competencia en la contratación pública

La inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas que impongan al licitador el respeto a las normas *antitrust* debería aprovecharse de la virtualidad obligatoria de los pliegos. En cuanto ‘ley del contrato’ su incumplimiento es normalmente penalizado con la expulsión del infractor del procedimiento de contratación.

Sin embargo, en la práctica ello no es así, no tanto por la ineficacia ínsita de tales cláusulas sino por la ausencia de mecanismos orgánicos para implementarlas. Así como el desconocimiento de una regla contractual genera el efecto de expulsión, bien por decisión de la Mesa de contratación, bien por el éxito de un recurso, no ocurre así cuando lo que se vulneran son reglas de competencia. No es otra la razón de la Disposición Adicional 23ª TRLCSP. En definitiva, las citadas cláusulas contribuirán al descubrimiento de la práctica colusoria por los órganos del procedimiento, pero a los solos efectos de comunicarlo a la autoridad de competencia. Es a ésta a la que la ley (LDC) parece reservar la exclusiva de la inspección y sanción de dichas conductas.

Si bien la actuación de las autoridades de competencia es muy efectiva y tiene alcance disuasorio dada la importancia de las sanciones, padece la tara de que tan sólo se

²² Dicha conclusión es, sin embargo, puesta en solfa por el propio TG en el párrafo 65, al proceder a un examen parcial de fondo sobre la concurrencia de venta a pérdida. La sentencia analiza las alegaciones del recurrente y concluye que de las mismas no puede deducirse la existencia de aquélla. Si bien es cierto que no existe un análisis de los requisitos de la figura, también lo es que el Tribunal entiende que dichos requisitos no se deducen de lo aportado por el recurrente.

²³ Sobre precio predatorio, ver STJUE de 2 de abril de 2009, *France Télécom* contra Comisión, C-202/07P.

produce *a posteriori*; en la mayoría de los casos el procedimiento de adjudicación habrá finalizado y la asignación del contrato a los infractores se habrá consumado. El único remedio posible es la imposición de una multa. El paso siguiente – y definitivo- es que la corrección de las conductas anticompetitivas tenga lugar en el procedimiento de contratación, si es posible, antes de la formalización del contrato. Para ello, es necesario que algún órgano, comité o experto tenga el encargo de localizar y actuar frente a dichas conductas.

De lege data no existe ninguna previsión legislativa al respecto. El artículo 320 TRLCSP encarga a la Mesa de contratación la competencia para la valoración de las ofertas; lo que se traduce en la actualización de las reglas previstas en el artículo 150 TRLCSP y concordantes. En su apartado 1, este artículo establece criterios objetivos de adjudicación que deben ser valorados por la Mesa (precio, calidad, aspectos medioambientales...). En ningún caso se alude a factores anticompetitivos como criterios de valoración, sobre los que aquélla pueda pronunciarse. Más limitada aún es la funcionalidad del Comité de expertos citado en el apartado 2 del artículo 150 TRLCSP, que se pronunciará sobre los criterios de adjudicación sólo cuando los criterios dependientes de un juicio de valor tengan un peso inferior a los evaluables de forma automática.

Ahora bien, entendemos que el TRLCSP no impide que los pliegos prevean la participación en el procedimiento de contratación de expertos, grupos o comités que se integren en la mesa o auxilien a ésta y al órgano de contratación sobre los aspectos que tengan por conveniente; por ejemplo, cuando el objeto del contrato es de gran complejidad técnica. No existen tampoco obstáculos a que dichos partícipes sean externos al órgano de contratación, y de naturaleza pública o privada. Por lo mismo, no debe concurrir ningún impedimento para que los pliegos prevean la participación o el auxilio de expertos en competencia que, conforme a las reglas de manejo funcional establecidas en el seno de la Mesa, examinen la documentación de los licitadores desde una perspectiva *antitrust*.

Dicha posición encuentra acomodo en lo dispuesto para la Mesa de contratación en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cuyos artículos 21 y 22 regulan su composición y funciones, respectivamente. En relación con los integrantes de la Mesa, el artículo 21 es muy laxo. El único miembro de aquélla que deberá pertenecer al órgano de contratación es el Secretario. Normalmente reunirán la doble condición el asesor jurídico y el interventor, aunque ello no es estrictamente necesario. Para los restantes miembros se exige únicamente que “estén designados” por el órgano de contratación y, desde el punto de vista formal, que todos los integrantes sean identificados en el perfil de contratante del órgano. Si la Mesa tuviese funciones permanentes o relativas a una pluralidad de contratos, deberá publicarse la composición en el boletín oficial correspondiente al ámbito del órgano de contratación y de efectividad del contrato.

En consecuencia, el órgano de contratación está facultado para incluir en la mesa a expertos en defensa de la competencia integrados o ajenos a aquél, con voz y voto. Por ello, sus eventuales posiciones discrepantes sobre la conformidad de la selección o de la

adjudicación con la normativa de defensa de la competencia figurarán en un acta, lo cual les otorga *autorictas* y previsibles efectos futuros. Pero es todavía más importante su capacidad de incidir directamente en la toma de decisiones por la Mesa gracias a la facultad de voto. Teniendo en cuenta su especialización en ciertas materias, una solución contraria a su postura deberá estar especialmente motivada.

Alternativamente, el artículo 21 permite en su apartado 5, la intervención de expertos en competencia por la vía del auxilio técnico. En tal caso, tendrán la posibilidad de pronunciarse en la reunión y en el acta, pero no derecho de voto.

A la vista del precepto analizado, no ofrece dudas que el órgano de contratación podrá acudir a expertos externos al mismo. Tampoco la ofrece que, en materia de competencia, serán las autoridades nacional y autonómicas de competencia las más capacitadas para ofrecer el asesoramiento pertinente, sea por vía de integración o de auxilio técnico a la Mesa. Ciertamente esta solución no es viable para la totalidad de los procedimientos contractuales de todas las Administraciones públicas. Sin embargo, su implementación está lejos de ser utópica. Bastará con aprovechar las facultades de autoorganización administrativa para diseñar aquellos supuestos en los que la participación de la autoridad de competencia – o de otro tipo de asesores – es aconsejable. Como pautas de actuación, tenemos: su uso ciertos tipos (obras pública, concesiones) o los en contratos sometidos a regulación armonizada; su restricción a los contratos celebrados por las centrales de compras, o a aquéllos tramitados por dos o más Administraciones públicas, etc.

La efectividad de dicha participación será evidente cuando las cláusulas de protección de la competencia incorporadas a los pliegos de condiciones tengan el carácter de “requisitos” (artículo 22.1. c) Real Decreto 817/2009), “obligaciones contractuales esenciales” o “causas de resolución previstas en el contrato” (artículo 223 TRLCSP). O bien cuando las proposiciones sean rechazables por incurrir en los vicios previstos en el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas²⁴.

Ahora bien, para que estas Mesas reforzadas sean eficaces en términos de identificación y eliminación de prácticas colusorias es preciso que este último paso se dé en el propio procedimiento contractual. O en mejor terminología, *durante*. Cuando las conductas anticompetitivas consistan en la infracción de una cláusula incluida en los pliegos que ostente la categoría de requisito del contrato, el resultado excluyente es producto de la decisión de la Mesa de contratación, tal como subrayamos en el párrafo precedente. En los restantes casos, habrá que acudir a la actividad sancionadora de la autoridad de competencia. Pero ésta se verá favorecida por la mayor preparación de la propia Mesa para la identificación de la conducta y de los rasgos que la definen como contraria a la

²⁴ “Artículo 84. Rechazo de proposiciones. Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”.

competencia (por ejemplo, en base a un estudio diacrónico de procedimientos anteriores sobre el mismo objeto o en los que hubiesen concurrido las empresas sospechosas). Las técnicas de colaboración entre las distintas Administraciones públicas serán muy útiles para esta tarea, a través de la comunicación de información sobre los resultados de procesos contractuales, indicios en casos anteriores, etc.

De lege ferenda, la solución viene dada por una mayor y mejor imbricación entre los órganos de contratación y los de competencia, de forma que la detección y corrección de conductas anticompetitivas en la contratación pública pueda verificarse en su ámbito y en el procedimiento de forma natural, sin dar lugar a retrasos en la adjudicación.

3. Las previsiones de la Propuesta de Directiva sobre contratación pública: La declaración jurada del licitador y su exclusión por incurrir en prácticas colusorias

La Propuesta de Directiva –versión consolidada- ha convertido a las prácticas colusorias en un enemigo a batir para el modelo europeo de contratación pública, a pesar de que el término ‘colusión’ aparece mencionado solo dos veces en su texto²⁵. Desde el punto de vista institucional, la Propuesta encomienda a los órganos de contratación la tarea de fiscalizar la participación en los procedimientos de aquellas empresas que hallan incurrido en conductas anticompetitivas; encargo que se les hace hasta el punto de obviar toda mención a las autoridades de competencia de cualquier nivel. La diferencia con el criterio implantado por la D.A. 23ª TRLCSP es, pues, de principio, no de grado.

Desde el punto de vista operativo, la Propuesta permite al poder adjudicador que habilite en la documentación preparatoria una fórmula para que el licitador acredite el no haber incurrido en prácticas colusorias a la hora de concurrir al procedimiento de contratación para el que presente una oferta. Es la llamada declaración jurada. Por otro lado, propone una doble fórmula para excluir de la contratación pública a los licitadores coluyentes. En primer lugar, impidiéndoles participar en un procedimiento al que deseen concurrir por la vía de establecer una prohibición de contratar (exclusión inicial). En segundo lugar, expulsando de cada procedimiento a quienes de forma indubitada hayan incurrido en prácticas colusorias (exclusión sobrevenida).

Con la finalidad de garantizar que no concurre una causa de expulsión de las previstas en el artículo 55, el artículo 56a, apartado 2 de la Propuesta, dispone que los órganos de contratación aceptarán como prueba suficiente un certificado librado por la autoridad judicial o administrativa competente [letras (a) y (b)]. A falta de tales certificados, o cuando estos no cubran los casos de exclusión citados en los apartados 1 -ciertos delitos-, 2 – defraudaciones- y 3(b) – situaciones concursales- del artículo 55, pueden ser sustituidos por una declaración jurada del licitador. En aquellos Estados miembros que careciesen de regulación sobre ella, bastará una declaración solemne del licitador

²⁵ *Propuesta para una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre contratación pública*. Texto de compromiso de la Presidencia del Consejo/versión consolidada, Bruselas, 2 de octubre de 2012. La mención a la ‘colusión’ se encuentra en los Considerandos [(15b)] y (20), pero no de forma directa, sino en relación al procedimiento negociado, en el primero; y como consecuencia factible de la agregación y centralización de compras no controlada suficientemente por el órgano de contratación, en el segundo.

hecha ante una autoridad judicial o administrativa, un notario u organismo comercial competente, en el país de origen o en el que el operador esté establecido. La dicción literal del precepto en su versión auténtica (“Contracting authorities *shall accept*”) es imperativa: la normativa de incorporación de la Directiva deberá contemplar estos medios de prueba como de obligatoria expresión en la documentación contractual y los órganos de contratación incluirlos efectivamente en ella.

La literalidad de la propuesta impide considerar entre los supuestos que abarca el artículo 56a, apartado 2 de la Propuesta, las prácticas colusorias de los licitadores -los únicos comportamientos incluidos del apartado 3 del artículo 55 son los previstos en la letra (b) y los acuerdos colusorios están en la letra (d)-. Sin embargo, no veda para que la ley de trasposición establezca bien la obligatoriedad bien facultad a los órganos de contratación internos de emplear todos o algunos de estos medios de prueba²⁶. Dada la naturaleza de los acuerdos anticompetitivos, el único factible es el compromiso fehaciente del licitador. Al no hallarse bajo el amparo del artículo 56a de la Propuesta de Directiva ni siquiera es preciso acudir a la declaración jurada o solemne. Bastará, como la práctica demuestra, un escrito fehaciente firmado por el representante del licitador, bien asumiendo el modelo propuesto por el órgano de contratación, bien presentando un modelo que pueda considerarse equivalente.

El compromiso del licitador de no haber vulnerado la normativa antitrust deberá respaldar, a nuestro entender, tanto su conducta previa al procedimiento de adjudicación, como durante su desarrollo y, de resultar adjudicatario, también a lo largo de la ejecución del contrato. Su quebrantamiento durante el procedimiento de adjudicación, cuando esté debidamente acreditado, servirá para activar el mecanismo de expulsión contemplado en el artículo 54, apartado 3 de la Directiva. El quebrantamiento del compromiso, en cualquier fase del ‘todo contractual’ (actuaciones previas, procedimiento de adjudicación y ejecución) servirá de indicio cualificado a la resolución judicial o administrativa sancionadora de la acción anticompetitiva y pondrá en marcha la prohibición de disponer prevista en el artículo 55, apartado 3, (d) evitar la prohibición de participar en un procedimiento contractual contemplada en el artículo 55, apartado 3 (d), el artículo 56a.1 faculta al órgano de contratación a requerir a los candidatos o licitadores prueba suficiente de no haber incurrido en acuerdo colusorio en un procedimiento anterior.

La prohibición de contratar se contempla en el artículo 55 (bajo el título “motivos para la exclusión”), apartado 3 de la Propuesta, según el cual “*los órganos de contratación podrán excluir o ser requeridos por un Estado miembro para excluir de la participación en un procedimiento de contratación a cualquier operador económico en alguna de las situaciones siguientes:... (d) cuando el órgano de contratación pueda demostrar que el operador económico haya celebrado acuerdos con otros operadores*

²⁶ Aún sosteniendo que las prohibiciones de contratar del artículo 55 de la Propuesta tienen el mismo carácter *numerus clausus* que los criterios de selección (art. 56.1), los elementos que evidencien no haber incurrido en dichas causas de exclusión (inicial o sobrevenida) no deben de ser limitados, pues operan en beneficio del licitador y en nada empecen las facultades investigadoras del órgano de contratación y de las autoridades judiciales o administrativas de competencia.

económicos con la finalidad de distorsionar la competencia”²⁷. Conforme al apartado 5, su duración será fijada por la normativa de cada Estado miembro. Si la exclusión no hubiese sido decidida por sentencia firme, en ningún caso excederá de 3 años, contados desde la fecha del “hecho significativo” (*relevant event*). Por tal no debe entenderse el momento de producción del acuerdo o práctica concertada, por naturaleza secretos, sino la firmeza de la resolución administrativa de competencia.

En cuanto al elemento objetivo, si bien el artículo 55 menciona únicamente a los “acuerdos” (*agreements*), lo cierto es que la pena de exclusión debe afectar a las conductas citadas en el artículo 101 TFUE. Esto es, tanto acuerdos –verticales u horizontales- como prácticas concertadas o conscientemente paralelas. Desde el punto de vista subjetivo, el precepto exige que la conducta tenga por finalidad “distorsionar la competencia”. En la práctica comunitaria, tanto la Comisión como el TJUE han relativizado la importancia del elemento intencional. La razón radica en que dicho elemento no se exige en el artículo 101 TFUE, para el que la conducta es colusoria cuando tenga por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior.

En el Derecho español, sin embargo, la represión de las prácticas anticompetitivas, hasta el momento monopolizada por las autoridades (administrativas) de competencia, se integra en un procedimiento sancionador, sometido a los principios previstos en la Ley 30/1992. Entre ellos se encuentra el de responsabilidad subjetiva (art. 130), que al exigir un mínimo de “simple inobservancia” alude a las distintas formas de dolo y negligencia, pero veda toda responsabilidad objetiva.

La demostración de que el licitador o candidato incurrió en una conducta colusoria en un procedimiento contractual previo no plantea especiales retos para el órgano de contratación. Bastará que exista una resolución sancionadora de las autoridades de competencia o una sentencia judicial (en ambos casos, nacional o comunitaria). Que no es imprescindible una sentencia firme para que sea operativa la prohibición lo prueba el muy importante apartado 4 del artículo 55. Coherente con el carácter potestativo que a esta figura otorga la Propuesta -frente a los casos citados en los apartados 1 y 2- permite aquél al operador económico demostrar su fiabilidad al órgano de contratación, excepto cuando la exclusión provenga de sentencia judicial firme. La sentencia procederá de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando resuelva un recurso frente a la resolución de la autoridad de competencia; y de la jurisdicción civil si se hubiese pronunciado en un pleito entre los operadores.

Pero cuando el órgano de contratación deba decidir sobre la prohibición con base en una resolución administrativa o en una sentencia recurrible, el licitador tiene abierta la vía de la clemencia, probando su rectitud. Naturalmente, se trata de una prueba de actitud con vistas al nuevo procedimiento contractual; pero nunca sanadora de su infracción precedente, acreditada por resolución administrativa o jurisdiccional.

²⁷ Traducción de los autores. En el original: *Contracting authorities may exclude or may be required by Member States to exclude from participation in a procurement procedure any economic operator in any of the following situations: (d) where the contracting authority can demonstrate that the economic operator has entered into agreements with other economic operators aimed at distorting competition.*

Los medios de prueba ofrecidos al licitador o candidato son variados pero se limitan a testar la supresión de los efectos de las prácticas sancionadas. Así, el interesado deberá probar que ha compensado o se halla en curso de compensar el daño provocado por el delito o la conducta anticompetitiva, que aclaró íntegramente los hechos y las circunstancias colaborando activamente con las autoridades investigadoras y que ha tomado medidas concretas de índole técnica, organizativa y de personal apropiadas para prevenir otros delitos penales o faltas de conducta. El órgano de contratación evaluará las medidas adoptadas por los agentes económicos, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de gravedad y el delito o de una falta.

Al albur de lo anterior, resulta interesante destacar que los mecanismos de indulgencia citados en el apartado 4 del artículo 55 se corresponden *latu sensu* con las sanciones consistentes en medidas de comportamiento o estructurales establecidas por la normativa de competencia. Dicho de otro modo, el órgano de contratación nunca considerará como prueba de la veracidad el mero abono por el licitador de la multa fijada por la autoridad judicial o de competencia. En segundo lugar, el dato de que la exclusión no sea automática exige una decisión motivada del órgano de contratación. Las razones en las que funde aquélla son esencialmente las propias del Derecho y de la jurisprudencia *antitrust*, no las procedentes del sistema de contratación pública. En este sentido, el órgano de contratación actúa materialmente como órgano de competencia.

El carácter de la Directiva, propositivo en cuanto a los medios y obligatorio respecto de los objetivos, explica tanto la generalidad de los términos como que no se haya dispuesto la duración de la prohibición. Si bien debe reconocerse la novedad de la Propuesta al incluir a los comportamientos anticompetitivos entre los susceptibles de fundar la exclusión inicial de un procedimiento, no debe obviarse que la decisión queda en manos del órgano de contratación (pliegos) o del Estado miembro (ley nacional), a diferencia de los supuestos contemplados en los apartados 1 y 2 del artículo 55, que recogen los supuestos clásicos de prohibición y cuya observancia es imperativa para la normativa interna de desarrollo.

Sea por la conciencia de una menor gravedad, por las dificultades de implementación o por discrepancias en la redacción del artículo, lo cierto es que a la colusión se le asigna una importancia menor y, lo que es más importante, se deja al arbitrio del operador nacional su efectividad. Debe reconocerse, no obstante, que ello no supone novedad respecto al artículo 45 de la Directiva 2004/18 ("*situación personal del candidato o licitador*").

La exclusión de un procedimiento en curso se contempla en el artículo 54.3 de la Propuesta, conforme al cual *los órganos de contratación pueden en cualquier momento durante el procedimiento excluir a un operador económico cuando resulte que, en vista de actos cometidos u omitidos por aquél antes o durante el procedimiento, se encuentra en alguna de las situaciones citadas en el artículo 55, apartados 1 a 3*²⁸.

²⁸ Traducción de los autores. En el original: *Contracting authorities may at any moment during the procedure exclude an economic operator where it turns out that the economic operator in question is, in*

El problema fundamental en ambos casos es el de la demostración indubitada de la colusión. Impedir a una empresa participar en un procedimiento conllevará un recurso por su parte, capaz en algunos casos de producir la suspensión del procedimiento (artículos 43 y 45 TRLCSP) y que, de prosperar, podría suponer su anulación o la adjudicación a otro licitador (artículo 47 LCSP).

Cuando la negativa es inicial no debe desconocerse la doctrina del TJUE que reconoce a quien le fue negado el acceso al procedimiento de contratación interés legítimo para recurrir frente a la decisión de rechazo, incluso aunque no sea parte real en el procedimiento (Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 144/2008 de 10 Nov. 2008, rec. 6219/2004). La demostración de la colusión es, en este caso, muy sencilla si la figura se concibe como prohibición de contratar en sentido estricto. Bastará con aportar la decisión sancionadora de la autoridad de competencia (o la sentencia judicial, en su caso). Sin embargo, la dicción literal del artículo 55 se pronuncia en términos más genéricos, dejando a la ley estatal la decisión de si se admiten otros medios de prueba. En el Derecho español, entendemos que tales medios se reducirán a la señalada resolución de la autoridad de competencia o a la decisión de exclusión adoptada en un procedimiento de contratación precedente y fundada en el incumplimiento de una obligación o un requisito esencial presente en los pliegos, tal como indicamos en un epígrafe precedente.

El problema es todavía mayor cuando se trata de excluir a una empresa durante el procedimiento. El presente estudio está dedicado a señalar dichos problemas y a proponer soluciones frente a ellos, tanto en el marco del propio procedimiento de contratación como por vía de colaboración con las autoridades de competencia.

IV. INTERVENCIÓN NO SANCIONADORA DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

En el epígrafe II hemos convenido en calificar como heterónimo al mecanismo reactivo habilitado por la D. A. 23ª TRLCSP y propugnado un sistema mixto o de doble barrera en el que tomasen parte los operadores intervinientes en los procesos contractuales y las autoridades de competencia. Construirlo exige añadir al primero medios de defensa de la competencia ejercitables en cada procedimiento contractual, ya lo sean por órganos de contratación, ya por órganos *antitrust*.

Encontramos un ejemplo de modelo mixto en el Derecho norteamericano de la contratación pública. Una primera llamada frente a las prácticas colusorias se verifica dentro de cada procedimiento por un órgano dependiente del ente contratante, el *competition advocate*, traducible en este contexto como ‘defensor de la competencia’. La singularidad de este diseño es que el defensor de la competencia, además de labores de promoción -*advocacy* en sentido estricto- interviene activamente para evitar posibles manipulaciones en la licitación. A esta tarea se suma el Derecho de la Competencia tanto por vía administrativa (promoción y sanción *a posteriori* por las autoridades de

view of acts either committed or omitted before or during procedure, in one of the situations referred to in Article 55(1) to (3)".

competencia) como judicial, a través del recurso de los competidores ante los tribunales. Pero antes de estudiar el Derecho norteamericano, conviene examinar brevemente el ejemplo español, en cierta medida su contrapunto.

V. LA PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO ESPAÑOL

Uno de los mayores aciertos de la vigente Ley de Defensa de la Competencia ha sido reforzar la labor de promoción de la Comisión Nacional de la Competencia²⁹. La actividad sancionadora que ésta y las autoridades autonómicas ejercitan actúa inmediatamente sobre la realidad con un triple objetivo: represivo, de prevención especial y de prevención general. Lo atractivo de la promoción se halla en su distancia con aquélla. Se filtra en la vida jurídica a modo de lluvia fina y adquiere respetabilidad por su órgano emisor y su carácter de compendio sobre lo que se debe y lo que no se puede hacer en materia de competencia. Su consulta reiterada por los operadores jurídicos que ven expresada en ella la posición de la autoridad y su influencia real en las resoluciones judiciales le otorgan una autoridad indiscutible.

En el ámbito de la contratación pública la importancia de la promoción de la competencia adquiere tintes particulares. No porque constituya un sector intrínsecamente más complejo o regulado que otros (pensemos en telecomunicaciones y energía) sino debido al modelo *two-tier* previsto en la D.A. 23ª TRLCSP. La extraordinaria inflación de doctrina procedente de los cada vez más numerosos actores de la contratación pública (Consejo de Estado, Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda, Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y sus equivalentes autonómicos) no entra a tratar las conductas colusorias, que son reservadas a las autoridades de competencia. Por ende, y a diferencia de la energía y las telecomunicaciones, en la contratación no hallamos un regulador con funciones consultivas y ejecutivas, antes, durante y después de los comportamientos.

La promoción de la competencia en el ámbito de la contratación se verifica *ex ante*, de forma prospectiva, ajena a infracciones concretas, aunque no desconectada de ellas. El artículo 26 LDC prevé diferentes instrumentos:

- a. promover y realizar estudios y trabajos de investigación en materia de competencia,
- b. realizar informes generales sobre sectores, en su caso, con propuestas de liberalización, desregulación o modificación normativa,
- c. realizar informes, en su caso con carácter periódico, sobre la actuación del sector público y, en concreto, sobre las situaciones de obstaculización del mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados que resulten de la aplicación de normas legales,

²⁹ Previsiones semejantes se encuentran en las leyes creadoras de las autoridades de competencia autonómicas. Véase la Ley 1/2011, de 28 de febrero, reguladora del Consejo Gallego de la Competencia, artículo 8 (BOE 75, 29 de marzo de 2011, pág. 32689).

- d. realizar informes generales o puntuales sobre el impacto de las ayudas públicas sobre la competencia efectiva en los mercados,
- e. dirigir a las Administraciones Públicas propuestas para la modificación o supresión de las restricciones a la competencia efectiva derivadas de su actuación, así como, en su caso, las demás medidas conducentes al mantenimiento o al restablecimiento de la competencia en los mercados,
- f. proponer al Ministro de Economía y Hacienda, para su elevación, en su caso, al Consejo de Ministros, las directrices de política de defensa de la competencia en el marco de la política económica de aquél y, en particular, las propuestas de elaboración y reforma normativa correspondientes.

1. Informes dirigidos a modificar normas o actuaciones públicas contrarias a la competencia

Entendidas de forma combinada, los informes descritos en las *categorías b), c) y e)* permiten a la CNC exponer y solicitar la supresión de disposiciones normativas y de hábitos administrativos aprovechables por los licitadores en sus prácticas anticompetitivas. No debe minusvalorarse esta facultad de denuncia en el ámbito de la contratación pública. En cuanto derivada de una potestad administrativa, de ejercicio unilateral y dotada de prerrogativas, la actividad contractual pública no se rige por las reglas del mercado, sino por normas legales, pliegos de condiciones generales y particulares y resoluciones; todo un cúmulo que tiene a la Administración como única autora y que el candidato acepta por el mero hecho de presentar su proposición (artículo 145. 1 TRLCSP). Incluso la perfección del negocio tiene lugar a través de la formalización de un contrato que es, en realidad, un documento administrativo (artículos 27 y 156 TRLCSP).

La normativa de contratación es, así pues, susceptible de ser utilizada de forma espúrea para coludir en las licitaciones, ya sea por los candidatos, o lo que es muy frecuente, por el propio órgano de contratación al redactar los pliegos. En este caso, la aporía, cuando obedece a razones confesables, no radica en una hipotética contradicción con la ley *antitrust*, sino en la diferente concepción que de la competencia tienen una y otra normativa. Así por ejemplo, en su artículo 150 el TRLCSP regula los criterios de valoración de las ofertas. Establece reglas vinculantes para el órgano de contratación a la hora de redactar los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de evaluar las proposiciones de los licitadores. Pero no dejan de ser cláusulas generales, condicionadas por el amplio margen de discrecionalidad para el establecimiento de los pliegos³⁰.

En su *Informe sobre el transporte interurbano de viajeros en autobús en España* (2007), de 14 de Julio de 2.008, elaborado en respuesta al "Protocolo de Apoyo para fijar los criterios de los concursos de concesiones de servicios públicos del transporte de viajeros regular y de uso general, de competencia del Ministerio de Fomento" la CNC identifica una variedad de infracciones contra la competencia en aquel documento, que sirvió de base para la redacción de los Pliegos de concesiones de transporte interurbano de viajeros. Por ejemplo, sostiene que el Ministerio de Fomento aprovechó dicha

³⁰ El poder de los pliegos viene determinado por constituir la ley del contrato (artículo 115.2 y 3 LCSP), cuyo único límite se halla en la no contradicción con la ley formal (artículo 52.2 LPC)

discrecionalidad para otorgar una excesiva valoración a los criterios no económicos frente al precio y a las frecuencias de los servicios³¹.

Con el fin de corregir la desviación, el *Informe* de 2008 recomienda que se incluya parte de lo puntuado en los requisitos exigidos en el pliego de prescripciones técnicas, lo que permitiría dar una mayor ponderación a aquellos dos factores. Alude el *Informe* a otras barreras (legales) a la competencia presentes en los criterios de valoración de los Pliegos. Entre ellas, la excesiva duración de los contratos y de las prórrogas, el derecho de preferencia del titular actual, un régimen de transmisiones cerrado y bloqueado y un mecanismo hiperprotegido de subrogación entre trabajadores de las empresas.

El ascendiente de documentos como el descrito está condicionado por su objeto -normas o conductas administrativas en sectores concretos- a los que limitan su influencia. Sólo cabe extenderla a otros ámbitos por la vía de la emulación o comparación con otros ámbitos de la vida jurídica. Ello no es tan difícil como pudiera parecer a primera vista. Inercias, costumbres y una sesuda aplicación del principio de economía en el obrar administrativo generan enormes semejanzas en un gran número de infracciones a la competencia presentes en los pliegos. Por ello, los síntomas advertidos y las soluciones aportadas por las autoridades de competencia en materia de contratación pública gozan de una cierta 'extensión de efectos'. Una mejor coordinación entre aquellas y ciertos órganos transversales como las Centrales de contratación, la Abogacía y la Intervención del Estado, las Asesorías jurídicas e Intervenciones de las Comunidades Autónomas haría factible la corrección en masa de las conductas contrarias a la competencia.

La eficacia de los informes legales se puso a prueba con éxito en el caso estudiado. Apoyándose en el *Informe* de 2008, Globalia Autocares, S.A., interpuso ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid cinco demandas contra las resoluciones del Ministerio de Fomento confirmatorias de los anuncios de convocatoria de licitación pública y aprobación del pliego de condiciones para adjudicación de concesión administrativa de servicio de transporte público regular permanente y de uso general de viajeros por carreteras³². En el suplico Globalia solicitó la anulación de las resoluciones con declaración de que los pliegos eran "*lesivos para la libre competencia al derivarse de los mismos obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados*". El Tribunal, aún indicando expresamente que el *Informe* no es pertinente para el caso, pues recae sobre el Protocolo y no sobre los Pliegos, entró a valorar su contenido en seis ocasiones y finalmente, estimó las demandas por entender concurrentes las infracciones a la competencia denunciadas en aquél.

Dado el carácter omnicompresivo de los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, la inserción en ellos de barreras a la competencia puede incidir

³¹ En su página 7, el *Informe* señala que su objeto de este estudio, de acuerdo con el Informe de la operación de concentración del que trae causa (Expte. C 106/07, National Express/Continental Auto/Movelia), es "efectuar un análisis de las limitaciones que plantea el marco regulatorio de acceso al mercado del transporte regular y permanente de viajeros en autobús y proponer una serie de mejoras que permitan alcanzar una competencia real y efectiva en este mercado".

³² Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Madrid, Secc. 3ª; Rec. al Pliego del AC-48 Huesca (Graus)-Lleida; Rec. 741/09, AC-45 Puerto Llano-Albacete-Valencia; Rec. 544/09, AC-46 Valencia-Teruel; Rec. 383/09, AC-49 Huesca (Tamarite)-Lleida; Rec. 728/09, AC-47 Santander-Bilbao-Murcia.

en múltiples estipulaciones. Véase la inclusión de requisitos de solvencia múltiples o innecesarios, que parecen reducir los riesgos de elección a la par que limitan *de iure* el número de empresas candidatas. Los artículos 75 a 78 TRLCSP tan sólo obligan a exigir “*uno o varios*” de los criterios citados en ellos, pero en muchas ocasiones se piden (prácticamente) todos. La imposición de garantías definitivas y provisionales cuando no son estrictamente necesarias (artículo 95.1 y 103 TRLCSP) produce los mismos efectos. La regulación de las uniones temporales de empresas en el artículo 59 TRLCSP no contempla referencia alguna a la restricción competitiva que tiene lugar cuando dos o más empresas que podrían concurrir por separado lo hacen bajo esta forma comunitaria. Todo lo contrario, estimula su creación, pues el único elemento disuasorio es el imponer responsabilidad solidaria de todos los partícipes.

2. La Guía de la CNC sobre contratación pública y competencia. Los mecanismos reactivos frente a las infracciones anticompetitivas. En particular, el artículo 12.3 LDC

Aunque se hallen encuadradas en la categoría más genérica, -la de “estudios y trabajos de investigación en materia de competencia”-, *la Guía de la CNC sobre contratación pública y competencia* (2010) y sus equivalentes autonómicos son, en muchos sentidos, los instrumentos de promoción más importantes y capaces de una influencia más notable sobre el sector estudiado³³.

No tiene por objeto este trabajo el examen de la *Guía* o de sus componentes principales. Lo que interesa proponer es la diferente intensidad del documento respecto a los comportamientos intraprocedimentales del órgano de contratación y a las conductas colusorias de los licitadores. Desde dicho principio se procede a división en dos capítulos, titulados “Celebración, diseño, desarrollo y ejecución de los contratos públicos” (Capítulo II) y “La colusión entre oferentes a licitaciones” (Capítulo III). Así lo declara expresamente la *Guía*, al citar sus Objetivos:

“El objetivo perseguido es fomentar la competencia en los procesos de contratación pública, a través de dos vías. Por un lado, la Guía ofrece pautas para que en el diseño, desarrollo y ejecución de procedimientos de contratación no se introduzcan restricciones injustificadas a la competencia, y por otro, proporciona orientaciones para prevenir o evitar actuaciones colusorias por parte de los licitadores, en línea con las recomendaciones de organismos internacionales como la OCDE. de la Guía?”

Las diferencias entre ambos capítulos son manifiestas para un lector medianamente avezado en el estudio de las relaciones entre contratación pública y competencia. El Capítulo I se refiere a competencia en su acepción de concurrencia o ‘competencia en el procedimiento’. Identifica por ello infracciones cometidas por el propio órgano de contratación en el proceso contractual. Aquél desconoce o malinterpreta las Directivas y TRLCSP e introduce en los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas estipulaciones contrarias a la libertad de acceso de los interesados al

³³ La Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía emitió sus *Recomendaciones para facilitar el acceso y promover la competencia en la contratación pública andaluza* en diciembre de 2010. La Autoridad Catalana de la Competencia, su *Guía para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública* en junio de 2011.

procedimiento de contratación, a la transparencia del mismo, a la objetividad en la selección de los licitadores y a la integridad de la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa.

En su Capítulo II, la *Guía* entiende el concepto competencia como autonomía de las empresas licitadoras a la hora de definir autónomamente su comportamiento en el procedimiento de contratación y obrar en el mismo como rivales. Como se expuso previamente, las infracciones son cometidas por los candidatos o licitadores puertas afuera del procedimiento de contratación, pero operan y producen efectos en el mismo y en la fase de ejecución del contrato. Desde una perspectiva jurídica, lo anterior se traduce en la comisión por los participantes de prácticas colusorias o de abuso de posición de dominio. Dichas conductas, anticompetitivas pero extracontractuales, vulneran los artículos 101 y 102 TFUE o la LDC, pero no las Directivas 2004/17 y 18 o el TRLCSP.

Estas peculiaridades marcan sustantivas diferencias a la hora de diseñar los mecanismos de respuesta. En uno y otro caso, la *advocacy*, entendida como promoción, obrará por el camino de la autoridad e influencia de los informes emitidos por las autoridades de competencia³⁴. Sin embargo, los mecanismos reactivos serán diferentes.

En caso de comportamientos contrarios a la competencia en el mercado (Capítulo III de la *Guía*), nos hallamos en campo propio de las autoridades de competencia. Por aplicación del principio de autotutela administrativa en defensa de un interés preeminente, La ley les reconoce la capacidad de ejercitar su función inspectora e iniciar un procedimiento administrativo sancionador, incluso de oficio, (artículos 40, 49 y 50 LDC) contra los licitadores manipuladores como autores de la infracción (artículo 61 LDC).

Cuando de infracciones concurrenciales se trate (Capítulo II de la *Guía*), los interesados principales – candidatos o licitadores- gozarán de legitimación para recurrir contra los pliegos o las vicisitudes del procedimiento hasta su adjudicación (artículos 21 y 42 TRLCSP). Por el contrario, a las autoridades de competencia, el TRLCSP no le reconoce capacidad de oposición dentro del procedimiento de contratación; deben acudir a la heterotutela de los tribunales. Ante ellos, la LDC les atribuye una legitimación activa singular, al amparo de su artículo 12.3:

“La Comisión Nacional de la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados”.

La aptitud del órgano de competencia no nace de su condición de interesado en el procedimiento. La LDC la considera consustancial a su papel de garante de la competencia en todos los mercados, incluido el contractual público. Es fácil observar la increíble virtualidad impugnatoria que concede el precepto citado a las autoridades de

³⁴ A los que hay que sumar, en el caso de las infracciones del Capítulo I de la Guía, la doctrina emanada de los órganos consultivos de la contratación pública, en particular, la Junta Consultiva estatal y las autonómicas.

defensa de la competencia: frente a cualquier obstáculo y ante cualquier orden jurisdiccional³⁵. La determinación de cuándo existe un ‘obstáculo’ y de qué es ‘competencia’ corresponde en exclusiva a la CNC y a sus equivalentes autonómicos³⁶. Tan sólo podrá ser revisada por el órgano judicial en fase de admisión o de resolución del recurso³⁷.

Desde una perspectiva objetiva, el precepto impone límites muy amplios. El objeto de la acción judicial puede ser cualquier acto administrativo o reglamento. Por lo tanto, todo acto de trámite ‘cualificado’ en el sentido del artículo 25.1 LJCA y 40.2.b) LJCA es recurrible ante los Tribunales³⁸. Y naturalmente lo será la resolución de adjudicación en cuanto el acto definitivo del procedimiento (artículo 151.3 TRLCSP, 40 .2.a) TRLCSP) Así pues, cuando de contratación pública se trata, el artículo 12.3 LDC extiende las facultades impugnatoria más allá de lo previsto en los artículos 1 a 3 LDC. Éstos regulan las tradicionales infracciones *antitrust* imputables a los empresarios (licitadores): conductas colusorias, abuso de posición dominante, falseamiento de la competencia por actos desleales. El artículo 12 permite alcanzar infracciones imputables al órgano de contratación en el procedimiento contractual. En resumen, a la hora de acudir a los tribunales, las autoridades de competencia pueden apelar a ambos sentidos del término competencia: competencia en el mercado y competencia por el mercado e impugnar así las conductas previstas en los Capítulos I y II de la *Guía*.

Sin embargo, la capacidad reactiva del órgano de competencia presenta un límite procesal evidente: sólo puede ejercitarse ante los Tribunales. No cabe, por tanto, que presente un recurso ordinario o especial ante el órgano de contratación contra los pliegos, los actos de trámite o el acuerdo de adjudicación. Ahora bien, ello no significa que deba aguardar a que termine el expediente contractual para acudir al juez. Entenderlo así impediría evitar el efecto anticompetitivo con la adjudicación del contrato. Por ende, en muchos casos pondría a la autoridad de competencia en peor situación que cualquier otro recurrente, especialmente en los supuestos más importantes, de recurso especial, donde aquél puede pedir la suspensión del acto, o ésta tiene lugar de forma automática, si se tratase del acuerdo de adjudicación (artículos 43 y 45 TRLCSP). Puesto que la prohibición es la de recurrir *en* el procedimiento de contratación, no *durante* el mismo, cuando la competencia corresponda a la Jurisdicción contencioso-administrativa, la autoridad de competencia deberá formular el requerimiento previsto

³⁵ La inmensa mayoría sino la totalidad de las impugnaciones se dirigirán al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. La legitimación activa de las autoridades de competencia resulta en este caso del artículo 19. 1 g) LJCA, que la reconoce a “las Entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas para impugnar los actos o disposiciones que afecten al ámbito de sus fines”.

³⁶ En su duodécima y última conclusión, el *Informe* de 2008 termina señalando que “en el caso de que los Pliegos de los concursos incluyeran condiciones de las que puedan derivarse obstáculos para el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de acceso a las concesiones de transporte regular de viajeros por carretera, dichos actos serían susceptibles de ser recurridos en sede contencioso-administrativa, con arreglo al artículo 12.3 de la Ley”.

³⁷ LJCA, artículos 51.1. b) y 68.1.

³⁸ De mantenerse este criterio, serían impugnables por las autoridades de competencia actos de trámite tan importantes como la decisión de excluir a un licitador por no acreditar debidamente su capacidad o solvencia; y la exclusión del propuesto como adjudicatario que no presenta en plazo la documentación complementaria, al amparo del artículo 151.2 LCSP.

en el artículo 44 LJCA. De ser éste desatendido o si el órgano destinatario no contestase en el plazo de un mes contado desde su recepción, podrá aquélla formular el recurso ante el tribunal competente.

Cuando las infracciones se producen por el órgano de contratación en el curso del procedimiento contractual, la solución ofrecida *de lege data* dista mucho de ser satisfactoria para la completa protección de la competencia. Pensemos, por ejemplo, en la exclusión de un licitador por no haber presentado en plazo la documentación necesaria para dictar el acuerdo de adjudicación (artículo 151.2 TRLCSP). Si es aquel quien acciona contra la exclusión, podrá pedir inmediatamente la suspensión del procedimiento y, si dicha petición prospera, paralizará su curso en tanto no se decide su recurso. Por el contrario, si una autoridad de competencia entendiese que la resolución de exclusión afecta de forma suficiente a la competencia como para intervenir, deberá presentar el requerimiento ante el órgano de contratación, que tiene el plazo de un mes para responder. Durante dicho lapso, el procedimiento contractual continuará hasta la adjudicación y formalización del contrato en favor de otro licitador.

La explicación a la diferente legitimación de un licitador y de la autoridad de competencia se halla en la ausencia de un interés legítimo propiamente dicho en la segunda. Ahora bien, desde una perspectiva funcional, y atendiendo a los efectos de la infracción en el ordenamiento jurídico, *de lege ferenda* convendría reconocer a los órganos de competencia algún tipo de legitimación para recurrir en vía administrativa. No en todo tipo de contratos públicos, obviamente, sino e aquéllos que se dispusiese en función de criterios como el umbral (contratos sometidos a regulación armonizada); el sector concernido (energía, grandes obras públicas) o incluso el procedimiento elegido (concesión de obra pública, colaboración público-privada); o bien una combinación de varios de ellos.

VI. EL AMIGO AMERICANO: LA “COMPETITION ADVOCACY” EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LOS ESTADOS UNIDOS

En la película del mismo nombre (Wim Wenders, 1977), el famoso personaje norteamericano Tom Ripley intermedia entre un humilde fabricante europeo de marcos-alemán, por más señas- que padece una enfermedad terminal, y un *ganster*, quien le ofrece una gran suma de dinero para que elimine a dos *gansters* competidores.

En el mundo de la contratación pública, el Derecho estadounidense ofrece un modelo incompleto de lucha frente a la colusión en el ámbito de la contratación pública: la ‘competition advocacy’. El ‘defensor de la competencia’ pertenece al órgano de contratación, no a la autoridad de defensa de la competencia (Departamento de Justicia, *Federal Trade Commission*). Si bien su función principal es la de coadyuvar al respeto de la competencia *por* el mercado en cada proceso contractual y efectuar labores de promoción y mejora en dicho campo, su posición institucional, su actuación en todas las fases del procedimiento de contratación y la autoridad de sus informes lo habilitan para descubrir y reaccionar frente a las prácticas colusorias que violenten la competencia *en* el mercado.

1. Organización

La inclusión de Defensores de la competencia en las agencias federales ha sido exigida por la Ley y el Reglamento Federal de Compras Públicas (FAR), pero en ellos poco se dice sobre su trabajo. Debido a eso, las agencias han encontrado formas diferentes para configurar las funciones del defensor y organizar el lugar de trabajo en toda su organización.

Según la ley y el Reglamento Federal de Adquisiciones, los defensores deben promover la competencia en cada agencia federal e informar a sus responsables acerca de las mejores posibilidades para implementar la competencia en la contratación. También les aconsejan sobre sistemas de responsabilidad del personal y de la organización para eliminar las restricciones a la competencia en los contratos. Más allá de eso, los defensores de la competencia presentan caracteres muy diferentes.

La posición de los defensores de la competencia en los organismos de contratación es muy elevada en términos de status, autonomía y responsabilidad. En su informe sobre esta figura, La Government Accountability Office (GAO) señaló la necesidad de que los defensores sean altos funcionarios en sus agencias como requisito imprescindible para su operatividad. En caso contrario, no obtendrían ningún respeto. "La persona en este rol debe tener el poder para tomar decisiones difíciles", según la GAO. No es difícil de entender que cuando en el ejercicio de sus funciones un defensor de la competencia pregunte a los funcionarios que gestionan el proceso contractual por qué el contrato debe adjudicarse a un licitador sin un procedimiento competitivo, aquéllos son más propensos a hacer las cosas bien y menos a tomar atajos, dado que están definiendo su posición frente a un funcionario senior del departamento³⁹.

En cuanto a su formación, esta es muy variada, y no se precisa especialización previa en Derecho o Economía de la competencia para ocupar este puesto. La falta de precisión normativa sobre este punto deja en manos de aquéllas la determinación de los criterios de selección de los defensores. Algunos defensores son profesionales de alto nivel en el ámbito de las compras públicas o en la gestión de las agencias federales. No faltan defensores de la competencia que ejercieron anteriormente de oficiales de contratación, gestores de programas, o abogados de la agencia.

Según información tomada del informe de la GAO las situaciones son muy variadas. El abogado del Servicio Secreto tenía años de experiencia como oficial de operaciones, pero carecía de toda práctica en materia de contratación. Por ello, trabajaba en estrecha colaboración con el jefe de contratación, basándose en su experiencia y el apoyo a sus esfuerzos para aumentar la competencia dentro de la agencia. No faltan casos en los que el defensor de la competencia se halla en un escalafón superior al del responsable de contratación de la agencia, lo cual significa que es éste último el que debe informar a

³⁹ *United States Government Accountability Office (GAO), Federal Contracting- Opportunities exist to increase competition and assess reasons when only one offer is received. Report to the Committee on Oversight and Government Reform, House of Representatives, julio 2010.*

aquél, y no viceversa. En otras agencias, un determinado puesto en la organización lleva aparejada además la función de defensa de la competencia⁴⁰.

2. Funciones.

La Subsección 6.5 de la FAR regula los principios, deberes y responsabilidades del Defensor de la Competencia.

“6.501 Principios.

Según lo dispuesto por el artículo 20 de la Oficina de la Ley Federal de Política de Compras, el jefe de cada agencia ejecutiva designará a un defensor de la competencia para la agencia y para cada actividad compradora de la agencia.

El defensor de la competencia deberá:

(A) Ocupar un cargo distinto en la organización al del directivo senior de la agencia de contratación;

(B) No se le asignará ningún derecho o responsabilidad que no sea coherente con el artículo 6.502, y

(C) Se le proporcionará el personal o asistencia (por ejemplo, especialistas en ingeniería, operaciones técnicas, administración de contratos, gestión financiera, gestión de suministros y problemas derivados de la utilización de pequeñas empresas), que sean necesarios para llevar a cabo los deberes y responsabilidad del abogado.

El precepto precedente dota a la figura del defensor de la competencia de cuatro órdenes de autonomía. Primero, autonomía funcional: le corresponde velar por el respeto de la competencia en los procedimientos contractuales de la agencia. Segundo, autonomía jerárquica respecto de los responsables máximos del órgano de contratación. Tercero, autonomía operativa; lo que se traduce en que no puede serle encomendada ninguna función o actividad incompatible con su labor natural, o que le suponga conflicto de intereses. Cuarta, autonomía organizativa: la agencia está obligada a proporcionarle todos los elementos materiales y humanos necesarios para ejercitar sus funciones. Obsérvese que la letra (c) sólo cita como ejemplos a profesiones cualificadas:

6.502 Deberes y responsabilidades.

(A) El defensor de la competencia del órgano de contratación y de su actividad contractual es responsable de promover la adquisición de artículos comerciales, la promoción de la competencia plena y abierta, impugnando los requisitos que no están establecidos en términos de las funciones a realizar, del rendimiento requerido o de las características físicas necesarias o esenciales y los obstáculos para la adquisición de artículos comerciales y la competencia plena y abierta tales como las declaraciones innecesariamente restrictivas de trabajo,

⁴⁰ Informe GAO, pág. 39.

las especificaciones innecesariamente detalladas y cláusulas contractuales innecesariamente gravosas.

(B) El defensor de la competencia del órgano de contratación deberá:

(1) Revisar las operaciones de contratación del órgano, identificar y comunicar al responsable de contratación del órgano y al oficial jefe de adquisiciones

(I) Las oportunidades y las medidas adoptadas para adquirir productos comerciales para satisfacer las necesidades del órgano de contratación;

(Ii) Las oportunidades y las medidas adoptadas para lograr la más amplia competencia en las operaciones de contratación del órgano de contratación;

(Iii) Las medidas adoptadas para impugnar los requisitos que no están establecidos en términos de las funciones a realizar, del rendimiento requerido o de las características físicas necesarias o esenciales;

(Iv) Cualquier otra condición o actuación que tenga el efecto de limitar innecesariamente la adquisición de artículos comerciales o la competencia en las acciones contractuales del órgano;

(2) Preparar y presentar un informe anual a la responsable de contratación del órgano y al oficial jefe de adquisiciones de acuerdo con los procedimientos del del órgano de contratación, describiendo:

(I) Las actividades de defensor bajo esta subsección;

(Ii) Las nuevas iniciativas necesarias para incrementar la adquisición de artículos comerciales;

(Iii) Las nuevas iniciativas necesarias para aumentar la competencia;

(Iv) Las nuevas iniciativas para garantizar que los requisitos se expresan en términos de las funciones a realizar, del rendimiento físico exigido o de las características necesarias o esenciales;

(V) Cualesquiera obstáculos para la adquisición de artículos comerciales o de competencia que se mantengan;

(Vi) Otras formas en que la agencia ha hecho hincapié en la adquisición de artículos comerciales y en la competencia en áreas tales como capacitación para contratar y la investigación,

(Vii) Las iniciativas que aseguren que las órdenes de trabajo y entrega por importe superior a un millón de dólares realizadas en virtud de la adjudicación de contratos múltiples sean bien planificadas, emitidas, y se ajusten a los dispuesto en los artículos 8.405 y 16.505.

(3) Recomendar metas y planes para aumentar la competencia sobre la base del año fiscal al responsable de contratación y el oficial jefe de adquisiciones, y

(4) Recomendar al responsable de contratación y el oficial jefe de la adquisición de un sistema de responsabilidad personal y de organización a los efectos de la competencia, lo que puede incluir el uso de reconocimientos y premios para motivar a los directores de los programas, los oficiales de contratación, y otros con el objetivo de para promover la competencia en adquisición”.

Es en el artículo 6.502 en el que explican y a la par sistematizan las funciones del defensor de la competencia en la contratación pública norteamericana. Una mixtificación de dichas funciones con las que la legislación española atribuye a las autoridades de competencia en materia de *advocacy*, lleva a la siguiente distinción:

A. Actividades de promoción general. Contenidas en la *letra (B)*, *subapartados (2)*, *(3)* y *(4)*. Consisten en la emisión de informes generales dirigidos a los responsables del órgano de contratación en el que se integra. La subsección cita en primer lugar un informe anual en el que propondrá nuevas iniciativas y advertirá de barreras a la competencia que ha observado en el ejercicio de sus funciones. Además, en cualquier momento que estime oportuno podrá recomendarles nuevos objetivos y planes para fomentar la competencia y mecanismos de gestión del personal que trabaja en la contratación pública, con la misma finalidad.

B. Actividades para garantizar el igual tratamiento de todos los licitadores. La *letra (B)*, *subapartado (1)*, *(Iii)*, encomienda al defensor de la competencia examinar los procedimientos y actuaciones contractuales y notificar a los responsables del órgano de contratación las medidas adoptadas – por él y los restantes participantes en el proceso contractual- para impugnar los requisitos que no están establecidos en términos de las funciones a realizar, del rendimiento requerido o de las características físicas necesarias o esenciales.

Se trata de una función semejante a la que corresponden al asesor jurídico de la Administración española a la hora de valorar los pliegos de cláusulas administrativas, en relación con las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas, contempladas en el artículo 117 TRLCSP.

B. Actividades de promoción específicas en cada procedimiento de contratación. Recogidas en la *letra (B)*, *subapartado (1)*. Constituyen el núcleo central de las funciones asignadas al defensor de la competencia. Para su ejercicio deberá tomar conocimiento directo de todas las fases del proceso contractual, tanto las actividades preparatorias como el desarrollo del procedimiento y el resultado del mismo. En caso de que observase que una regla o hábito del órgano de contratación supone un obstáculo para la competencia plena y abierta, podrá discutirlo en sede del órgano, impugnarla (*challenge*), consignarlo y notificarlo – vía informe específico- a los responsables de la agencia. Lo que no se le permite es suspender o dejar sin efecto la cláusula en cuestión ni acudir a vías extraprocedimentales de impugnación o recurso.

Una mera lectura del artículo parece llevarnos a concebir al defensor de la competencia como un veedor del cumplimiento de la normativa de compras públicas por parte de los órganos administrativos, tanto en la redacción de la documentación contractual como en el desarrollo del procedimiento. Su labor de fiscalización tiene por objetivo el promover la participación de una pluralidad de oferentes (competencia por el mercado). Así es, sin duda. El *advocate* ha de proponer la eliminación de barreras y promover la competencia, y de hecho la Agencia debe motivar ante él las decisiones por las que no somete una concreta provisión de bienes y servicios a procedimientos competitivos y este debe autorizarlo. Es decir, cada desviación de lo que es un procedimiento competitivo ha de ser convenientemente motivada.

Así lo destaca el Informe GAO, para la cual el defensor adquiere plena importancia cuando la agencia pretende celebrar contratos de adjudicación directa (*noncompetitive contracts*). En tales casos, las justificaciones aportadas al *advocate* por el órgano de contratación deben de carecer de todo punto de ambigüedad y fundar la decisión en las características del producto o servicio, alegando que es el mejor y que tal opinión ha sido corroborada por una prueba o test⁴¹.

La regla de aprobación de los contratos de adjudicación directa es la siguiente⁴²:

Table 3: Levels of Approval for Justifications for Other Than Full and Open Competition

Estimated value of proposed contract action	Approval by
\$550,000 or less	Contracting officer
Over \$550,000 but not exceeding \$11.5 million	Comp. advocate
Over \$11.5 million but not exceeding \$57 million (\$78.5 million for DOD, NASA, and Coast Guard)	Head of the procuring activity
More than \$57 million (or \$78.5 million for DOD, NASA, and Coast Guard)	Agency senior procuring executive

Ahora bien, al igual que en los sistemas europeos, la decisión de adjudicar el contrato a un solo empresario puede ser tanto una opción del órgano de contratación al definir el procedimiento – caso del párrafo precedente- como una consecuencia de los actos de los licitadores rivales. Es en este último caso cuando podría existir una manipulación colusoria. El defensor de la competencia estará en una posición muy favorable para advertir indicios de conductas anticompetitivas en los candidatos, dada su obligación de conocer cada uno de los contratos celebrados por la agencia,

Frente a tales indicios, la capacidad reactiva del defensor es la prevista en el artículo 6.502, en nada pareja a la de una autoridad de competencia propiamente dicha. Una interpretación generosa del apartado (B), (1), (Iv) le faculta para pedir al órgano de contratación la argumentación motivada sobre la continuación de un procedimiento o la celebración de un contrato en el que haya apreciado colusión entre los licitadores. Si dicha información faltase o fuese insuficiente, el *advocate* podrá oponerse al negocio. No debe olvidarse tampoco su función informar a los órganos directivos de la agencia de la existencia de condiciones o actos de los licitadores que supongan una barrera colusoria a la competencia. Pero, al igual que se dijo más arriba, carece de capacidad iniciar una investigación *antitrust*, denunciar el caso ante *la Federal Trade Comisión* o ante los tribunales de justicia.

⁴¹ Informe GAO, pág. 29-30.

⁴² Informe GAO, pág. 38.