

APUNTES PARA UNA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN SOBRE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

FRANCISCO URÍA FERNÁNDEZ
Abogado del Estado-excedente

Jefe de la Asesoría Jurídica de la Asociación Española de Banca

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LOS EFECTOS DE LAS NUEVAS DIRECTIVAS.—3. ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA Y SIMPLIFICACIÓN DE PROCEDIMIENTOS.—4. CONEXIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA CON OTRAS POLÍTICAS PÚBLICAS: ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA, DEFENSA DE LA COMPETENCIA, POLÍTICAS SOCIALES Y MEDIOAMBIENTALES Y POLÍTICA FISCAL: 4.1. *Política de estabilidad presupuestaria y contratación pública*. 4.2. *Contratación pública y política de defensa de la competencia*: 4.2.1. Los requisitos de solvencia técnica y las normas sobre clasificación y registro de las empresas. 4.2.2. El sistema de garantías provisionales y definitivas. 4.2.3. Los pliegos. 4.2.4. El procedimiento de adjudicación. 4.2.5. La elección entre concurso y subasta. 4.2.6. El precio. El problema de las bajas temerarias. 4.2.7. Las modificaciones. 4.2.8. La «autonomía» de la normativa sobre defensa de la competencia para la impugnación de decisiones de adjudicación. 4.3. *Contratación pública y políticas sociales y medioambientales*.—5. LAS NUEVAS FIGURAS DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.—CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, la legislación vigente sobre contratación administrativa está compuesta por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 14 de junio, y su Reglamento General, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Aunque el número de reformas sufridas desde el mismo momento de su aprobación (1), y que en la mayoría de los casos pretendían dar respuesta a problemas puntuales (2), pudiera hacer pensar lo contrario, es lo cierto que la valoración que puede realizarse de estas normas es esencialmente positiva.

En la práctica, esta normativa está permitiendo a las Administraciones

(1) Estos cambios se han producido, en primer lugar, a través de las sucesivas Leyes de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (Leyes 14/2000, de 29 de diciembre; 24/2001, de 27 de diciembre; 53/2002, de 30 de diciembre, y 62/2003, de 30 de diciembre) y, sobre todo, como consecuencia de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas.

(2) En este sentido, resulta particularmente llamativa la modificación introducida en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que ha tratado de dar respuesta a las Sentencias del Tribunal de Justicia Europeo de 15 de mayo y 16 de octubre de 2003, referidas al ámbito de aplicación subjetivo de la normativa española sobre contratación pública.

Públicas españolas tramitar y adjudicar miles de contratos sin que los problemas aplicativos, al menos en lo que se refleja en los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, estén siendo particularmente relevantes.

Desde un punto de vista estrictamente normativo, contamos con una Ley y un Reglamento sobre Contratos de las Administraciones Públicas coherentes y —salvo en algún extremo puntual al que posteriormente se hará referencia— adaptados a la normativa europea, lo que nos sitúa en una posición mejor que la provocada como consecuencia de la aprobación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, y la posterior Ley 53/1999, de 28 de diciembre, que modificó la anterior, puesto que no contaron con un Reglamento de desarrollo adaptado a la nueva normativa. Antes al contrario, se mantuvo formalmente vigente el viejo Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre.

Este balance globalmente positivo, la modernidad de estas normas y, también, un cierto cansancio de la comunidad jurídica por los constantes cambios legislativos en esta y otras materias del Derecho público abogarían claramente por dilatar su vigencia durante algunos años.

No obstante, es lo cierto que una conjunción de distintos elementos hace difícil, por no decir imposible, el mantenimiento sin cambios importantes de la normativa sobre contratos administrativos actualmente vigente.

La razón fundamental para esta necesidad de reforma se encuentra, en primer lugar, en la necesidad de transponer a nuestro ordenamiento las nuevas Directivas europeas en materia de contratación en un plazo que finaliza el 31 de enero de 2006.

Pero, al margen de esta necesidad de adaptación a la normativa europea, existen también razones estrictamente nacionales que harían probablemente inevitable una reforma de la contratación pública a corto plazo.

Entre estas razones, podríamos apuntar los problemas surgidos en cuanto a la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la legislación de contratos, el problema de los recursos contra los actos dictados en los procedimientos de contratación por las distintas personificaciones de las Administraciones Públicas, la conveniencia de avanzar en la simplificación de procedimientos, la introducción de nuevas tecnologías, las exigencias derivadas del Derecho de la competencia, la necesidad de una mejora en la transparencia de los procedimientos de contratación, la respuesta a los problemas específicos de la contratación de las Corporaciones Locales o el desarrollo de la contratación centralizada.

A estos problemas sobrevenidos podríamos añadir la existencia de normas relevantes en materia de contratación que se encuentran pendientes de aprobación, como el Reglamento de desarrollo de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas, o la normativa por la que se establezca un nuevo sistema de revisión de precios.

Estamos, pues, en la «cuenta atrás» de una gran reforma de la contratación pública, doblemente obligada por la nueva normativa europea y por las propias insuficiencias de la legislación vigente a la hora de dar respuesta a las nuevas exigencias de la contratación pública.

De hecho, podría decirse que, de algún modo, el proceso de reforma ha comenzado ya. Ante la inminente aprobación de las nuevas Directivas europeas sobre contratación pública, el (entonces) Ministerio de Hacienda constituyó una Comisión de Expertos para el Estudio y Diagnóstico de la Situación de la Contratación Pública mediante Resolución conjunta de la Secretaría de Estado de Hacienda y la Subsecretaría del Departamento de fecha 10 de junio de 2003. Esta Comisión elaboró un Informe y conclusiones para la reforma de la contratación pública que fue publicado en el mes de marzo de este año 2004 (3).

El propósito de este trabajo no es otro que poner de relieve algunas de las cuestiones a las que la futura reforma habrá de dar respuesta.

La importancia de la reforma de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas es innegable desde el punto de vista jurídico, pero también debe resaltarse su trascendencia económica y social.

España se encuentra inmersa en un gran esfuerzo de modernización en el que las nuevas infraestructuras de transportes y comunicaciones tienen un papel fundamental. Son los procedimientos administrativos de contratación tramitados por las distintas Administraciones Públicas los que canalizan la inversión de los fondos procedentes de la Unión Europea y de los presupuestos de las distintas Administraciones Públicas españolas. En la eficiencia con que los poderes públicos tramiten y adjudiquen esos contratos, y los adjudicatarios los ejecuten, nos jugamos el ser o no ser de la convergencia con Europa. Tal es la importancia de la materia que nos ocupa.

Unos pocos datos bastan para evidenciarlo. En el año 2002 (4), la contratación pública española supuso un 13,2 por ciento de nuestro Producto Interior Bruto, y la contratación vinculada a la construcción de obras públicas alcanzó un importe, para el conjunto de las Administraciones Públicas españolas, de 22.474 millones de euros.

Una actividad económica de esta magnitud, en la que están implicados, directa o indirectamente, muy diversos sectores productivos en los que se integran miles de empresas privadas, debe disponer de una regulación adecuada que facilite la cooperación entre el sector público y el privado, y que permita a ambos obtener la satisfacción de los intereses generales que representa el primero y los particulares que debe, lícitamente, perseguir el segundo.

Hasta el mes de enero de 2006, España dispone de tiempo suficiente

(3) Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el Estudio y Diagnóstico de la Situación de la Contratación Pública, publicado por el Instituto de Estudios Fiscales y el Centro de Publicaciones del Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2004.

(4) Datos de la Dirección General del Mercado Interior de la Comisión Europea y del Ministerio de Fomento contenidos en el Informe de la Comisión de Expertos para el Estudio y Diagnóstico de la Situación de la Contratación Pública, *ob. cit.* nota anterior.

como para abordar un proceso de reforma meditado, en el que todas las Administraciones Públicas, los sectores económicos implicados y, también, la doctrina científica tengan la oportunidad de exponer —desde la posición que a cada uno le es propia— sus puntos de vista sobre las cuestiones a que la nueva normativa deberá dar respuesta. Para que tales opiniones pudieran contribuir al acierto en la tarea reformadora sería conveniente que esas aportaciones comenzasen lo antes posible, sin aguardar, como suele suceder, a la aprobación de la nueva Ley.

Las cuestiones planteadas podrían agruparse en cuatro ejes:

- Efectos de las nuevas Directivas europeas.
- Administración electrónica y simplificación de procedimientos.
- Conexión de la contratación pública con otras políticas públicas.
- Las nuevas figuras de la contratación administrativa.

Esto no agota, evidentemente, las cuestiones acerca de las que la futura reforma de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas debiera pronunciarse, pero sí constituyen, por su carácter horizontal, cuestiones que, en terminología procesal, parecen «artículos de previo pronunciamiento» a la hora de diseñar la reforma. Por ello, analizaremos seguidamente cada una de ellas de forma separada (aunque en los apartados siguientes se evidenciarán, como no podría ser de otra manera, las íntimas conexiones existentes entre unas y otras).

No obstante, para completar esta exposición, parece oportuno dejar constancia de la existencia de otras cuestiones pendientes a las que la reforma no debería ser ajena.

En este sentido, podrían destacarse cuestiones tan importantes como la adecuada delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la propia normativa de contratos (5), la posibilidad de introducir normas específicas que flexibilicen la normativa de contratación en los municipios de menor tamaño (aunque fuese por la vía de la cooperación entre Administraciones Públicas), la regulación de la responsabilidad del contratista o la problemática relativa a la transmisión de derechos de propiedad intelectual. Aunque los límites de este trabajo impidan su desarrollo, se trata en todos los casos de cuestiones relevantes a las que la legislación vigente no ha dado adecuada respuesta.

2. LOS EFECTOS DE LAS NUEVAS DIRECTIVAS

Las nuevas Directivas sobre contratación pública que deberán transponerse antes del 31 de enero de 2006 son la Directiva 2004/18/CE, del Parla-

(5) Obligada por las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 15 de mayo y 16 de octubre de 2003 y que ha dado lugar a la, me temo, fallida previsión legislativa introducida en la Ley de Acompañamiento para el año 2004. En este sentido, debería «afinarse» la delimitación del modo en que la legislación de contratos se aplicará a las sociedades públicas y, también, su extensión a las fundaciones del sector público.

mento y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, y la Directiva 2004/17/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (6).

La Directiva 2004/18/CE derogará, a partir del 31 de enero de 2006, las Directivas 92/50/CEE (a excepción de su art. 41), 93/36/CEE y 93/37/CEE.

De acuerdo con sus considerandos, podríamos esbozar sus líneas generales:

La nueva Directiva responde a la conveniencia de elaborar disposiciones de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación que estén basadas en los principios de libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que de estas libertades se derivan como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia.

La Directiva pretende, igualmente, abrir a la competencia la contratación pública, dando respuesta a una cuestión tan delicada como los efectos que en ella tiene la participación de organismos de Derecho público como licitadores en los procedimientos de adjudicación.

Esta norma, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6 del Tratado, trata de acomodar las exigencias de la protección del medio ambiente en la definición y en la realización de la política de contratación pública, tratando de fomentar un desarrollo sostenible.

En cuanto a los contenidos novedosos de esta regulación, que deberán ser objeto de atención a la hora de su transposición a nuestro ordenamiento, cabe destacar los siguientes:

- La atención prestada a las especificaciones técnicas (art. 23).
- La admisión de las variantes, con la exigencia de que en los pliegos de condiciones se establezcan los requisitos que deban cumplir (art. 24).
- La mención a la subcontratación en el artículo 25 de la Directiva, admitiéndose expresamente que el poder adjudicador pueda pedir al licitador que mencione en la oferta la parte del contrato que se proponga subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos, y que, en el caso del contrato de concesión de obras públicas, pueda imponer al concesionario de obras públicas que confíe a terceros un porcentaje de los contratos que represente, como mínimo, un 30 por ciento del valor global de las obras objeto de la concesión.

Es interesante reseñar que estas disposiciones, como dice expresamente la Directiva en su Considerando 32, tienen por fin «favorecer el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los contratos públicos».

- El reconocimiento expreso (art. 27) de la posibilidad de que el poder adjudicador pueda establecer obligaciones relativas a la fiscalidad, a la

(6) Ambas publicadas en el «Diario Oficial» núm. L 134, de 30 de abril de 2004.

protección del medio ambiente y a las disposiciones de protección y a las condiciones de trabajo.

- La introducción de un nuevo procedimiento, el «diálogo competitivo», tendente a facilitar que, ante contratos complejos, la Administración contratante pueda solicitar o aceptar asesoramiento que podrá utilizarse para determinar el contenido del pliego de condiciones. La Directiva lo define como «un procedimiento en el que todo operador económico puede solicitar su participación y en el que el poder adjudicador dirige un diálogo con los candidatos admitidos a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades».

- El reconocimiento de la figura de los «acuerdos marco» (art. 32), que se definen como un acuerdo entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos cuyo objeto consiste en establecer las condiciones que rijan los contratos que se vayan a adjudicar durante un período determinado, en particular las relativas a los precios y, en su caso, las cantidades previstas.

- La regulación de los sistemas dinámicos de adquisición (art. 33), que se conceptúan como «procesos de adquisición enteramente electrónicos para compras de uso corriente, cuyas características generalmente disponibles en el mercado satisfacen las necesidades del poder adjudicador, limitado en el tiempo y abierto durante toda su duración a cualquier operador económico que cumpla los criterios de selección y haya presentado una oferta indicativa que se ajuste al pliego de condiciones».

- La cuidadosa regulación de los casos que justifican el recurso al procedimiento con (art. 30) o sin publicidad (art. 31), de los anuncios (art. 35), de la redacción y modalidades de publicación de los anuncios (art. 36), los plazos de recepción de las solicitudes de participación y de las ofertas (art. 38), las invitaciones a presentar ofertas, a participar en el diálogo o a negociar (art. 40), el deber de información a los candidatos y a los licitadores (art. 41) o el establecimiento de las normas aplicables a las comunicaciones (art. 42), en todas las cuales late el deseo de garantizar al máximo los principios de publicidad, concurrencia y transparencia en los procedimientos de contratación, evitando toda forma de discriminación de un operador económico europeo.

- Son igualmente reseñables los preceptos dedicados a la verificación de la aptitud y selección de los participantes y forma de adjudicación de los contratos (art. 44), los criterios de selección cualitativa (art. 45), la habilitación para ejercer la actividad profesional (art. 46), la capacidad económica y financiera (art. 47), la capacidad técnica y profesional (art. 48) y la admisibilidad de las listas oficiales de operadores económicos autorizados o de la certificación por parte de organismos de Derecho público o privado (art. 52). En todos estos extremos, la regulación contenida en la Directiva evidencia la preocupación por evitar toda forma de discriminación.

- Muy novedosos son los preceptos dedicados a la Administración electrónica. Entre éstos cabe citar la precitada regulación de los mencionados sistemas dinámicos de adquisición, la reiterada admisibilidad de me-

dios de publicidad y comunicación electrónicos y, sobre todo, la atención prestada a las subastas electrónicas (art. 54).

- Otro precepto a destacar es el artículo 55, dedicado a las ofertas anormalmente bajas, en el que se insiste en la idea de que la temeridad no puede constituir un fundamento para la exclusión directa del licitador, sino una presunción que obliga al poder adjudicador a recabar del ofertante las precisiones que considere oportunas sobre la composición de la oferta, con especial atención al supuesto de que el motivo de la baja sea la obtención de una ayuda de Estado.

- Muy relevante resulta la cuidadosa delimitación que realiza la Directiva entre contratos de concesión de obras públicas (contrato que presenta las mismas características que el contrato público de obras, con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista o bien únicamente en el derecho a explotar la obra o bien en dicho derecho acompañado de un precio) y el de concesión de servicios (que presenta las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio o bien en dicho derecho acompañado de un precio).

A partir de esta delimitación conceptual, la Directiva dedica al contrato de concesión de obras públicas sus artículos 56 al 65, una regulación que deberá tenerse en cuenta no sólo de cara a su transposición, sino también ante la ya comentada conveniencia de aprobar un Reglamento de desarrollo de nuestra legislación interna en esta materia.

Un aspecto que también merece algún comentario es el relativo a las obligaciones de suministro de información que se contienen en el Título V de la Directiva. En este sentido, los Estados miembros deberán presentar a la Comisión, a más tardar el 31 de octubre de cada año, un informe estadístico relativo a los contratos públicos de suministros, de servicios y de obras adjudicados por los poderes adjudicadores durante el año anterior.

Esta obligación determinará, necesariamente, el establecimiento de una obligación similar en el ámbito interno, al objeto de asegurar el suministro de la información a la Comisión Europea. Tal vez sea éste el modo de poner término a las deficiencias de información estadística actualmente existentes respecto de la actuación de las distintas Administraciones territoriales españolas en materia de contratación pública.

En cuanto a la Directiva 2004/17/CE, de 31 de marzo, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, debe señalarse, en primer término, que derogará la Directiva 93/38/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

De la propia rúbrica de ambas Directivas se infiere una primera modificación de gran importancia económica: las telecomunicaciones abandonan su consideración tradicional de «sector excluido» de las normas comu-

nes sobre contratación de las Administraciones Públicas, quedando exclusivamente incluidos en dicho marco regulatorio los servicios postales, cuya liberalización avanza con mayor lentitud que la de otros servicios tradicionales de telecomunicación.

Es interesante destacar que la Directiva no resulta tampoco aplicable al transporte aéreo o al marítimo.

La preocupación fundamental de la Directiva se encuentra en evitar que se atente contra el principio de igualdad de trato entre las entidades adjudicadoras del sector público y del sector privado, impidiendo que la participación en un procedimiento de adjudicación de un contrato de un licitador que sea una entidad de Derecho público no pueda provocar distorsiones de la competencia con respecto a licitadores privados.

Debe tenerse en cuenta que en los sectores excluidos se encuentran frecuentemente ejemplos tanto de su gestión directa por distintas Administraciones como de gestión indirecta a través de diversas figuras concesionales o contractuales.

En todo caso, la regulación se muestra respetuosa con el régimen de propiedad que cada uno de los Estados miembros hubiera establecido, de conformidad con el principio establecido por el artículo 295 del Tratado.

Al igual que en el caso de la Directiva 2004/18, analizada anteriormente, la nueva regulación de los sectores excluidos evidencia su «sensibilidad medioambiental», respetuosa con lo dispuesto en el artículo 6 del Tratado, precisando la manera en que las entidades adjudicadoras pueden contribuir a la protección del medio ambiente y al fomento del desarrollo sostenible, garantizando al mismo tiempo la posibilidad de obtener para sus contratos la mejor relación calidad/precio.

Como no podía ser de otro modo, ambas Directivas comparten no pocas instituciones y parten de principios comunes, como el de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, así como el de evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva.

La nueva Directiva, al igual que la 2204/18, introduce una regulación novedosa de un buen número de instituciones como el «diálogo técnico», los acuerdos marco o los sistemas dinámicos de adquisición, y dedica atención cuidadosa a los contratos de proyecto y obra, la definición de los contratos de obras, de servicios, de concesiones de obras o de servicios, la referencia a las nuevas técnicas electrónicas de compra, la regulación de las subastas electrónicas, el reconocimiento de las técnicas de centralización de las adjudicaciones (centrales de compra), el establecimiento de reglas en materia de subcontratación o de ofertas anormalmente bajas y el reconocimiento de la posibilidad de que las autoridades nacionales pudieran incluir, entre las condiciones de ejecución del contrato, obligaciones de carácter social (como la de contratar un cierto número de trabajadores desempleados, jóvenes, discapacitados...).

Son similares, por otra parte, las previsiones de ambas Directivas en materia de solvencia económica y técnica, clasificación, reconocimiento mutuo de títulos y certificados, prohibiciones para contratar con empresa-

rios condenados por fraude o por delitos en materia social o medioambiental.

Dadas las características de los sectores concernidos por la Directiva, se presta una atención especial a los derechos especiales y exclusivos, respecto de los que se realiza un esfuerzo de delimitación.

En este sentido, una disposición merece ser particularmente resaltada: el artículo 30 de la Directiva, por el que se establece el procedimiento para establecer si una determinada actividad está sometida directamente a la competencia. El principio que establece el apartado primero del artículo es claro: la Directiva no se aplicará a los contratos destinados a hacer posible la prestación de una actividad en principio comprendida en su ámbito objetivo de aplicación (arts. 3 al 7 de la Directiva), siempre que en el Estado miembro en que se efectúe dicha actividad esté sometida directamente a la competencia en mercados cuyo acceso no esté limitado. Éste es el criterio en virtud del cual ha podido excluirse el sector de las telecomunicaciones: las autoridades europeas habían constatado la existencia de una competencia efectiva en los distintos Estados de la Unión Europea.

La Directiva concreta los criterios que habrán de ser tenidos en cuenta para la evaluación de la situación de competencia en un determinado sector o mercado y el procedimiento a través del cual un Estado puede hacer llegar a la Comisión su opinión de que la cláusula contenida en el aludido apartado primero de la Directiva resulta aplicable a una determinada actividad, así como el procedimiento que la Comisión deberá seguir para decidir al respecto.

Al igual que en el caso de la Directiva 2004/18, la Directiva 2004/17 deberá ser transpuesta a nuestro ordenamiento interno antes del 31 de enero de 2006, procediéndose bien a la modificación, bien a la derogación de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones.

La entrada en vigor de ambas Directivas provocará, qué duda cabe, la necesidad de acometer una amplia reforma de la normativa sobre contratación de las Administraciones Públicas, ya se produzca en la forma de una modificación de las leyes actualmente existentes, ya determine la derogación formal de las normas vigentes para sustituirlas por una nueva regulación.

Teniendo en cuenta la amplitud de las cuestiones necesitadas de modificación y las consideraciones que seguidamente se expondrán, sería recomendable la aprobación de nuevas leyes al objeto de garantizar la debida coherencia de la futura regulación.

Pero, como se ha anticipado, no es la necesidad de transponer las nuevas Directivas europeas en materia de contratación el único motivo para que se abra, a la mayor brevedad, el proceso de reforma de la normativa sobre contratación. Existen una serie de políticas públicas en curso, estrictamente nacionales, que guardan una conexión directa con la contratación de las Administraciones Públicas y que harían seguramente inevitable una reforma ambiciosa de esa legislación, aun no contando con el imperativo de la necesidad de transposición antes del 31 de enero de 2006.

A esta conexión entre contratación administrativa y otras políticas públicas se añade la necesidad de mantener la coherencia interna de nuestro ordenamiento, asegurando la coordinación de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas con otras normas de Derecho público.

3. ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA Y SIMPLIFICACIÓN DE PROCEDIMIENTOS

A pesar del desarrollo de la contratación electrónica en el ámbito mercantil, es lo cierto que el grado de incorporación de las nuevas tecnologías a los procedimientos públicos de contratación es todavía escaso.

Sin embargo, existen al menos dos aspectos en los que la introducción de nuevas tecnologías podría reportar mejoras sustanciales en los procedimientos de contratación pública.

Por un lado, la utilización de las nuevas tecnologías debería redundar en una simplificación de los procedimientos administrativos de contratación, excesivamente onerosos para ambas partes contratantes como consecuencia de la exigencia, caso a caso, del cumplimiento de numerosos requisitos formales que, a su vez —y de ahí el coste para las Administraciones Públicas—, precisan de comprobación administrativa.

De este modo, buena parte de los procedimientos de contratación está dedicada a esas tareas de comprobación y verificación del cumplimiento de requisitos formales y documentales, en lógico perjuicio de lo que debería constituir la tarea central de los órganos de contratación: el análisis y la comparación de las ofertas.

El cumplimiento de esos requisitos formales y documentales provoca, qué duda cabe, un encarecimiento de la contratación administrativa, ya que los licitadores repercuten esos costes indirectos en el precio ofertado, especialmente porque dicho cumplimiento suele hacer preciso el concurso de un personal especializado en la preparación de las ofertas.

Al margen del incremento de costes, esos requisitos formales provocan un efecto añadido: sitúan a las empresas de menor tamaño o menos habituadas a la participación en procedimientos de contratación públicos en una posición de desventaja frente a otras de mayor tamaño y estructura más compleja.

Las nuevas tecnologías pueden ofrecer soluciones a estos problemas. Un buen ejemplo se encuentra en la constitución de registros de licitadores en los que éstos, por una sola vez, estarían obligados a presentar la documentación acreditativa de su personalidad, capacidad, representación, solvencia...

Sin embargo, aunque se han producido avances reseñables en este ámbito tanto en distintas Comunidades Autónomas como en la propia Administración del Estado (7), la situación dista de ser satisfactoria.

(7) La Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, introdujo una nueva Disposición Adicional —Decimoquinta— en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al objeto de permitir en el ámbito de la Admi-

El segundo aspecto en que la utilización de las nuevas tecnologías podría provocar avances sustantivos en la contratación pública se produce en materia de transparencia.

En efecto, si la introducción de las nuevas tecnologías no se limita a aprovechar sus ventajas de intercomunicación (correo electrónico), almacenamiento de información (bases de datos como, por ejemplo, los aludidos registros electrónicos de licitadores) y capacidad de difusión de información, sino que, además, provoca una auténtica «reingeniería de procesos» de modo que los procedimientos administrativos de contratación pasen a tramitarse «en la red», de suerte que sus hitos fundamentales sean «visibles» para los interesados, que podrían conocer así, en tiempo real, las decisiones de los órganos competentes, las actuaciones de sus competidores..., se produciría un avance sustancial en materia de transparencia.

Transparencia implica también, debe destacarse, garantía de objetividad. En la medida en que los procedimientos de contratación sean menos opacos, ello redundará también en la percepción de objetividad por parte de los licitadores.

La necesidad de una mejora de nuestra legislación encuentra un argumento adicional en el hecho de que las Administraciones Públicas no pueden ser, ni son, meros testigos del desarrollo de la sociedad de la información. Antes al contrario, les corresponde un papel muy activo en la promoción y facilitación de este desarrollo. En este sentido, una de las grandes aportaciones de las Administraciones Públicas consiste en proporcionar «experiencias positivas» en la utilización de las nuevas tecnologías a los ciudadanos y empresas menos proclives a su introducción. La contratación pública, por su implicación con el tejido empresarial y productivo, puede desempeñar en este ámbito un papel muy relevante, del mismo modo que ya está sucediendo en el caso de la Administración Tributaria y de la Seguridad Social.

Esta tendencia viene, si cabe, reforzada por la nueva Directiva europea en la materia. En ella, la preocupación por el desarrollo de la contratación electrónica en el ámbito de las Administraciones Públicas es bien patente y, de hecho, tiene su reflejo de tres modos: una declaración general de «admisibilidad» de las nuevas tecnologías en el ámbito de la contratación pública (8), la apuesta por un «sistema dinámico de adquisición totalmente electrónico para las compras corrientes» de las Administraciones Públicas (9) y, como se ha anticipado, el reconocimiento de la subasta electrónica.

nistración General del Estado el establecimiento de registros de contratistas ante los que éstos deban acreditar el cumplimiento de los requisitos de capacidad y representación por una sola vez, sin necesidad de reiterar estos trámites con ocasión de cada contrato.

(8) En el Considerando 12 de la Directiva se dice expresamente que «los poderes adjudicadores pueden utilizar técnicas electrónicas de compra, siempre que su utilización se realice dentro del respeto de las normas establecidas en la presente Directiva y de los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia».

(9) Se trata de un modelo muy próximo al proyecto denominado «Conecta Patrimonio», que ha supuesto la introducción de la contratación electrónica en el ámbito de la Central de Compras dependiente de la Dirección General del Patrimonio del Estado, en el Ministerio de Economía y Hacienda.

La aprobación de esta Directiva supone la culminación de una reflexión europea iniciada con el Informe Bangemann en 1994 (10), que ya recomendaba el aprovechamiento de las nuevas tecnologías en el ámbito de las Administraciones Públicas, que tuvo continuidad con el Libro Verde de 1996 sobre la Contratación Pública en la Unión Europea (11) (que afirmaba textualmente que, «en el futuro, podemos esperar que el desarrollo de procedimientos electrónicos desempeñe una función clave para acrecentar la transparencia y mejorar el acceso a los contratos públicos») y que ha llevado al Plan de Acción Europa 2005, que ha previsto la tramitación por medios electrónicos de gran parte de la contratación administrativa en los Estados miembros (12).

La Directiva proporciona también un razonamiento claro respecto de la conexión entre nuevas tecnologías y principio de transparencia cuando, a propósito de la subasta electrónica, dice en sus considerandos que «para garantizar el respeto al principio de transparencia, conviene que sólo sean objeto de subasta electrónica los elementos que puedan ser sometidos a una evaluación automática por medios electrónicos, sin intervención ni evaluación del poder adjudicador, es decir, sólo los elementos que sean cuantificables, de modo que puedan expresarse en cifras o en porcentajes». Expresamente, se está manifestando la posibilidad de que la decisión de adjudicar el contrato a un determinado licitador se produzca de manera automática y sin intervención de la voluntad de los órganos de contratación. Esto supone una revolución incluso desde el punto de vista de la construcción doctrinal del acto administrativo (13), en la que la formación y manifestación de la voluntad del órgano administrativo y de su titular ocupan un papel central.

La nueva Directiva va a marcar, qué duda cabe, la futura evolución de nuestra legislación sobre contratos de las Administraciones Públicas. La opción por la simplificación de los procedimientos y la apuesta decidida por las nuevas tecnologías se constituirá, sin duda, en uno de los ejes de la futura reforma.

(10) Europa y la Sociedad Global de la Información. Recomendaciones al Consejo de Europa. High Level Group on The Information Society (Comisión Bangemann), mayo de 1994.

(11) Libro Verde sobre la Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones para el Futuro. Comisión Europea, noviembre de 1996.

(12) El Plan de Acción fue aprobado por el Consejo Europeo de Sevilla, en junio de 2002, y dio lugar a la aprobación de la Comunicación de la Comisión COM (2002) 263, de 28 de mayo de 2002.

(13) Sobre esta cuestión ya he tenido ocasión de reflexionar en un trabajo publicado en la obra colectiva *Administración Electrónica y Procedimiento Administrativo*, editada por el Ministerio de Economía en Madrid, año 2004, y con el título «Efectos Jurídicos de la Firma Electrónica: la emisión de Actos Administrativos “on line”» (págs. 337 a 362).

4. CONEXIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA CON OTRAS POLÍTICAS PÚBLICAS: ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA, DEFENSA DE LA COMPETENCIA, POLÍTICAS SOCIALES Y MEDIOAMBIENTALES Y POLÍTICA FISCAL

4.1. *Política de estabilidad presupuestaria y contratación pública*

La vinculación entre contratación pública y presupuesto se evidencia en el artículo 6 de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria, cuyo apartado segundo dice: «... los contratos (administrativos) de los sujetos a que se refiere el artículo 2 de la presente Ley (Administraciones Públicas en sus distintas personificaciones) que afecten a los gastos públicos, deben valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de estabilidad presupuestaria».

Ello podría hacer pensar, en una aproximación simplista a la cuestión planteada, que el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria pasa, sin más, por una reducción del gasto de las Administraciones Públicas que tiene su origen en obligaciones contractuales.

Sin embargo, esa afirmación, formulada en términos tan generales, es inexacta o, al menos, está necesitada de importantes matices. En efecto, los objetivos macroeconómicos en materia presupuestaria no pasan simplemente por una reducción del gasto público, sino que actúan de modo distinto sobre los gastos corrientes y las inversiones.

Así, mientras que la estabilidad presupuestaria conlleva la contención del gasto corriente, no debería ser un objetivo macroeconómico la reducción de la inversión. Antes al contrario, uno de los objetivos explícitos de la política presupuestaria de estabilidad se encuentra, precisamente, en la liberación de recursos presupuestarios hasta ahora dedicados a otros fines (por ejemplo, el pago de los intereses derivados de la deuda pública emitida) para posibilitar un esfuerzo sostenido en la financiación de infraestructuras públicas.

Por supuesto, en uno y otro casos (actividad de contratación ligada al funcionamiento «ordinario» de las Administraciones y contratación vinculada al desarrollo de infraestructuras) rige con idéntica intensidad el principio constitucional de eficiencia en el gasto público (art. 31.2 CE).

Las cifras mencionadas al comienzo de este trabajo evidencian la importancia que la gestión eficaz de la contratación pública reviste desde el punto de vista presupuestario.

Por otra parte, como es lógico, los procedimientos de contratación deberán promover la concurrencia como único medio de lograr que los licitadores realicen sus ofertas a los mejores precios. La obtención de las mejores ofertas en el binomio calidad-precio siempre será, qué duda cabe, el objetivo primordial de la contratación pública.

Sin embargo, no basta con lo anterior. No se trata solamente de que la contratación pública discurra por cauces ordenados y que permita la obtención de productos y servicios de calidad a los mejores precios. Se trata

también —y no en menor medida— de que esa forma de colaboración entre el sector público y el sector privado que representa la contratación de las Administraciones Públicas pueda incluir los aspectos económico-financieros del contrato, como sucede en las nuevas formas de contratación administrativa a que se hará posterior referencia.

El saneamiento de las cuentas públicas se convierte así en un aliciente para la renovación de la normativa sobre contratación administrativa.

4.2. *Contratación pública y política de defensa de la competencia*

Otro de los elementos explicativos de la reciente evolución de la normativa sobre contratación de las Administraciones Públicas se encuentra en la necesidad de favorecer la concurrencia, tanto por el imperativo de hacer realidad un mercado interior europeo (lógicamente presente en las Directivas europeas en materia de contratación) como por la vinculación existente entre concurrencia y mejor precio en las ofertas. Por esta vía, se ha venido produciendo una aproximación paulatina entre la normativa sobre contratos de las Administraciones Públicas y la legislación en materia de defensa de la competencia.

La política de defensa de la competencia es, en la actualidad, un poderoso instrumento de intervención de las Administraciones Públicas (no sólo del Estado, en nuestro ordenamiento vigente) en la economía. Uno de los instrumentos de que la política de defensa de la competencia podría eventualmente servirse sería, precisamente, la contratación pública.

Esta conexión entre defensa de la competencia y contratación pública se ha evidenciado de manera reiterada en las Directivas europeas que han armonizado los procedimientos de contratación de las Administraciones Públicas.

La precitada Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (publicada en el «Diario Oficial» de 30 de abril de 2004), insiste en la vinculación entre contratación pública y defensa de la competencia, afirmando que «para la adjudicación de contratos públicos por importes superiores a una determinada cantidad, es conveniente elaborar a escala comunitaria disposiciones de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación que estén basados en dichos principios (libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de proporcionalidad y el de transparencia), de forma que queden garantizados sus efectos, y abrir a la competencia la contratación pública».

Además, se añade que «los Estados miembros deben velar por que la participación en un procedimiento de adjudicación de contrato público de un licitador que sea un organismo de derecho público no cause distorsión

de la competencia con respecto a licitadores privados», planteando así el importante problema de los mecanismos de contratación de las personificaciones instrumentales creadas por las Administraciones Públicas para el cumplimiento de finalidades públicas.

Lo mismo sucede con la nueva Directiva 2004/17/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales.

En nuestro Derecho interno, la preocupación por la modernización de la normativa sobre contratación como instrumento para la introducción de una mejora de la competencia se hizo patente tanto en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, como en la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que aquélla fue modificada. De hecho, las referencias al incremento de la competencia (conurrencia) como fundamento de las reformas introducidas son constantes en una y otra Exposición de Motivos.

La conciliación de la normativa sobre contratación de las Administraciones Públicas y de defensa de la competencia ha sido también objeto de reflexión por parte de los órganos responsables de esta última, tanto desde una perspectiva general —Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia— como sectorial —Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y Comisión Nacional de la Energía, fundamentalmente—.

En efecto, tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia como la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en sus respectivas resoluciones (14), han considerado que «las normas de la competencia por lo tanto se aplican también a las Administraciones Públicas, no sólo cuando actúan como oferentes de bienes y servicios, sino también cuando actúan como demandantes de tales bienes y servicios», y que «en el ámbito de la contratación administrativa, la libre concurrencia entre los operadores económicos tiene como finalidad tanto la protección de los intereses económicos de la administración promoviendo la máxima competencia posible, como garantizar la igualdad de los que reúnen los requisitos necesarios para acceder a aquélla».

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

En esta línea hay que citar el Acuerdo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 13 de febrero de 2003 por el que se aprobó el Informe de la Comisión al Ministerio de Ciencia y Tecnología sobre la Con-

(14) Compendiadas en la pág. 15 del Informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones al Ministerio de Ciencia y Tecnología sobre la Contratación Administrativa de Servicios de Telecomunicaciones. Relación de Buenas Prácticas. Disponible en la página web de la Comisión (www.cmt.es).

tratación Administrativa de Servicios de Telecomunicaciones y Relación de Buenas Prácticas.

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

Al margen de ese Informe, la Comisión ha dictado resoluciones del mayor interés. Entre ellas se encuentra el acuerdo de 17 de octubre de 2002. En esta resolución, la Comisión se pronunció con notable rotundidad respecto al vínculo existente entre normas de contratación y de defensa de la competencia.

La resolución dice expresamente que la Comisión no puede compartir la idea «de que la legislación de contratos es un comportamiento estanco dentro del ordenamiento jurídico general, en el que sólo son de aplicación las normas y principios en ella establecidos y sólo ejerce competencias el órgano de contratación. La legislación de contratos, como la legislación sectorial de telecomunicaciones (en este caso) o la de defensa de la competencia, se integran en el ordenamiento jurídico, considerado como un todo, que los ciudadanos y los poderes públicos tienen el deber de respetar en su integridad, conforme al artículo 9.9 de la Constitución Española».

Y es que, sin duda, en el ámbito de la legislación de contratos existen algunas cuestiones de notable repercusión sobre la efectiva concurrencia en el ámbito de la contratación de las Administraciones Públicas. Todas ellas deberían ser objeto de una «relectura» en clave de defensa de la competencia con ocasión de la reforma de la contratación pública. Entre ellas, cabe mencionar las siguientes:

1. Los requisitos de solvencia técnica y las normas sobre clasificación y registro de las empresas.
2. El sistema de garantías provisionales y definitivas.
3. Los pliegos.
4. El procedimiento de adjudicación.
5. La elección entre concurso y subasta.
6. El precio. El problema de las bajas temerarias.
7. Las modificaciones.

4.2.1. *Los requisitos de solvencia técnica y las normas sobre clasificación y registro de las empresas.*

Las Administraciones Públicas necesitan de un alto grado de seguridad respecto de la capacidad técnica, económica y jurídica de los contratistas como medio para asegurarse la adecuada y puntual ejecución de los contratos. Muy relevantes necesidades públicas dependen de esa seguridad.

Por lo tanto, la exigencia de requisitos mínimos para contratar con las Administraciones Públicas, en sí misma considerada, no puede valorarse negativamente.

No obstante, esos requisitos no pueden configurarse, ni en lo formal ni en lo sustantivo, de modo que constituyan «barreras de entrada» para los operadores económicos, especialmente para los «entratantes».

Compaginar la seguridad de las Administraciones Públicas con el favorecimiento de la mayor concurrencia en la contratación pública constituye uno de los grandes retos a que habrá de responder la nueva contratación.

No se trata sólo de que los requisitos sustantivos sean o no más o menos exigentes, sino también de que la documentación requerida o el modo en que ésta deba ser presentada no impida a las pequeñas y medianas empresas competir en igualdad de condiciones con otras empresas con mayor capacidad de organización y asesoramiento.

En esta línea, cuantas medidas puedan adoptarse para facilitar la elaboración y presentación de esa documentación (registros telemáticos de licitadores, tramitación de los procedimientos de clasificación por medios informáticos...) tendrán un impacto positivo desde el punto de vista de la competencia. Ello sería coherente con las previsiones contenidas en la reciente Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Incluso el Documento Único Electrónico, previsto en dicha Ley, podría convertirse en un punto de partida a estos efectos.

Cuestión distinta a la anterior es la referida a los problemas que pueden suscitarse en la aplicación efectiva de esos requisitos, es decir, en la exigencia en los pliegos de requisitos por encima de los que corresponderían al contrato en cuestión. Esto, al margen de una infracción de la normativa sobre contratación, podría ser considerado una conducta contraria a la legislación sobre defensa de la competencia.

4.2.2. *El sistema de garantías provisionales y definitivas.*

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

Tampoco la exigencia de garantías de cuantía razonable a licitadores y adjudicatario final como medio de asegurar la seriedad de las ofertas formuladas y la de las obligaciones contraídas merece mayor comentario desde el punto de vista de la defensa de la competencia, si atendemos a sus caracteres definitorios: la generalidad en su exigencia y, sobre todo, su carácter proporcional. Se hace con ello imposible la exigencia arbitraria de garantías desproporcionadas, impidiéndose, de este modo, el estableci-

miento de una suerte de «barrera de entrada» ante un determinado contrato administrativo.

4.2.3. *Los pliegos.*

Los pliegos son la clave de la contratación pública. Y lo son también desde el punto de vista de la defensa de la competencia. En ellos se contienen un conjunto de decisiones que pueden provocar, de hecho, la imposibilidad de acceso de algunos operadores a determinados procedimientos de contratación.

En realidad, buena parte de los problemas de la contratación pública se resolverían con la correcta definición del objeto del contrato y en las decisiones que de ésta se derivan: la existencia o inexistencia de lotes, la inclusión de información suficiente como para situar a todos los licitadores —hayan sido adjudicatarios de contratos semejantes con anterioridad o no— en una posición de igualdad, la inexistencia de cláusulas que vulneren el principio de «neutralidad tecnológica». Pero también en otras decisiones, como la inclusión del criterio «experiencia previa» como factor de peso para la decisión de adjudicación (concediendo así ventaja a los operadores dominantes frente a los nuevos entrantes).

En este sentido, tal vez sea el momento de reflexionar acerca de la existencia de un auténtico control —interno o externo— del contenido de los pliegos de contratación, más allá de los informes genéricos sobre su legalidad que realizan las distintas Abogacías del Estado.

Se trata, en cualquier caso, de una materia en que nada sería más peligroso que las generalizaciones. Cláusulas que en determinados contratos podrían considerarse muy favorables para la introducción de competencia, en otros obrarían el efecto contrario. Éste es el caso, como veremos, del criterio de adjudicación basado en la mejor oferta económica o de la duración de los contratos.

4.2.4. *El procedimiento de adjudicación.*

Como es conocido (art. 73 de la LCAP), la adjudicación de los contratos puede llevarse a cabo por procedimiento abierto, restringido o negociado.

En el procedimiento abierto todo empresario interesado puede presentar una proposición, por lo que, a priori, parece el procedimiento de adjudicación más adecuado para fomentar la competencia.

El procedimiento restringido, en tanto que en él únicamente pueden presentar proposiciones aquellos empresarios seleccionados expresamente por la Administración, previa solicitud de los mismos, es juzgado, en cambio, con desconfianza tanto por los operadores económicos como por las propias Administraciones Públicas, que se muestran muy reacias a su elección.

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

Aunque la Ley no se muestra, en cambio, tan rígida a la hora de admitir el recurso al procedimiento restringido, sí establece importantes cauteles formales que tratan de evitar la vulneración del principio de concurrencia.

Por su parte, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se ha manifestado abiertamente reticente al uso del procedimiento restringido, al haber observado que, en algún caso, el recurso por parte de la Administración al procedimiento restringido se habría basado en una supuesta falta de madurez del mercado de las telecomunicaciones (15).

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

Por otra parte, la nueva regulación habrá de incorporar el nuevo procedimiento del «diálogo competitivo», previsto, como se ha dicho, en las Directivas europeas.

4.2.5. *La elección entre concurso y subasta.*

En contra de lo que parece desprenderse de la normativa vigente, el concurso y la subasta no deberían ser elegidos discrecionalmente como formas de adjudicación por las Administraciones contratantes. De hecho, la Administración debería utilizar la subasta en aquellos casos en que la competencia entre los licitadores se sitúa exclusivamente en el precio, y el concurso en los demás casos.

La conexión de esta cuestión con la delimitación del objeto es evidente: a mayor sea la concreción del pliego (los suministros normalizados de la Administración), más inevitable debería ser la opción por la subasta como procedimiento de adjudicación.

A ello debe añadirse otra consideración: la objetividad en la decisión de adjudicación, la transparencia del proceso de decisión y su control a

(15) Informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones al Ministerio de Ciencia y Tecnología de 13 de febrero de 2003, pág. 32.

posteriori por los órganos jurisdiccionales se encuentran, por definición, mejor garantizados en el caso de subasta que en el de concurso.

Ahora bien, estas consideraciones no deben llevarnos a conclusiones extremas: existirá siempre un buen número de contratos administrativos en que habrán de ponderarse elementos ajenos al precio, como sucederá en todos los casos en que el plazo de ejecución, el grado de cumplimiento de normas de seguridad o la garantía tengan un papel fundamental en la decisión de adjudicación.

Y es que tampoco el procedimiento de subasta está exento de inconvenientes. Como se ha anticipado, es precisamente la variable precio la que plantea mayores problemas de falseamiento de la competencia en el caso de mercados con presencia de operadores dominantes. En estos supuestos, la adjudicación exclusivamente basada en el precio puede favorecer, una y otra vez, a los operadores preestablecidos, especialmente en el caso de contratos que ya les habían sido adjudicados en anteriores ocasiones.

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

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

4.2.6. *El precio. El problema de las bajas temerarias.*

Tanto en el supuesto de una adjudicación por concurso en que la variable precio tenga una fuerte ponderación como, sobre todo, en el caso de la subasta, no son pocos los problemas derivados de la oferta económica.

Tal y como se ha señalado en el apartado precedente, la experiencia constante de los órganos de defensa de la competencia es que la única estrategia razonable para la introducción y el sostenimiento de la competencia a medio y largo plazo se encuentra en impedir que los operadores dominantes puedan excluir la competencia por la vía de reducir artificialmente los precios.

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

Esta misma contradicción puede plantearse en el ámbito de la contratación pública: el deseo de aprovechar las oportunidades derivadas de la liberalización de sectores y mercados puede llevar a las Administraciones

Públicas a tratar de abaratar a toda costa el precio de los bienes y servicios contratados.

Es, sin duda, una cuestión importante. Recurriendo de nuevo a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, ésta ha manifestado que «si bien es cierto que la pérdida de un concurso concreto no tiene por sí misma suficiente entidad para expulsar a los competidores en los mercados..., no lo es menos que una política de estrechamiento de márgenes... para captar a los grandes clientes y las administraciones públicas... tiene por consecuencia directa la eliminación de los competidores de aquellos segmentos del mercado donde hay más posibilidad de competencia...».

Pero los problemas derivados del precio ofertado en los procedimientos de contratación pública no se agotan en lo expuesto (al fin y al cabo, una problemática exclusivamente planteada en los sectores regulados). En este sentido, un problema secular de la contratación administrativa es el tratamiento de las bajas temerarias.

La cuestión es aparentemente sencilla: las bajas temerarias constituyen una amenaza para el adecuado cumplimiento del contrato y, además, pueden suponer un falseamiento de la competencia al disminuir artificialmente la oferta económica para, una vez adjudicado el contrato, recuperar la diferencia de precio a través de su modificación.

Sin embargo, una regulación demasiado rígida en esta materia puede resultar igualmente perniciosa para la competencia al excluir a ofertas verdaderamente competitivas que pudieran aprovecharse, por ejemplo, de la utilización de nuevas tecnologías o de un aprovechamiento más eficiente de los factores de producción, todo ello sin merma de los requerimientos exigidos por la Administración.

Encontrar una solución «equilibrada» a esta cuestión ha sido una preocupación constante en la reciente evolución de nuestra normativa sobre contratación pública y a ella responden los actuales artículos 86.3 LCAP y 85 del Reglamento General, que niegan a la baja temeraria el carácter de causa de expulsión automática para convertirla en una presunción que admite prueba en contrario, tratando, además, de avanzar en la objetivación de la fijación de la baja.

No obstante, un examen de la realidad de la contratación pública en España evidencia que, en la mayor parte de los casos, la presunción de temeridad termina convirtiéndose, por la vía de los hechos, en una causa de exclusión o, al menos, de no adjudicación.

Por ello, sin desconocer los riesgos asociados a la adjudicación del contrato al ofertante incurso en temeridad, debe operarse en esta materia con gran cautela para evitar el riesgo de no adjudicar a licitadores capaces de formular una oferta muy ventajosa no a costa de la menor calidad de lo ofrecido, sino por la vía de una mayor eficiencia. En este sentido, la temeridad se configura como uno de los mayores retos para la conciliación de los intereses de la contratación pública y la defensa de la competencia.

También existen problemas derivados del modo en que determinados pliegos fijan el umbral de la presunción de temeridad. La gran experiencia

de la Intervención General de la Administración del Estado en esta materia debería ser aprovechada en la futura reforma.

4.2.7. *Las modificaciones.*

También el régimen jurídico de las modificaciones reclama una cuidadosa ponderación, desde el punto de vista del favorecimiento de la concurrencia y la garantía de la igualdad de oportunidades en la contratación pública.

La facultad de modificación unilateral de contratos celebrados por las Administraciones Públicas, el conocido *ius variandi* de las Administraciones Públicas, ha sido habitualmente considerada como una manifestación de *imperium*. Sin embargo, en la práctica puede que las cosas no siempre sean así. De hecho, el Consejo de Estado, en su Dictamen de 25 de mayo de 1992, emitido a propósito del Anteproyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995, ya señaló que «así ocurre que una potestad de la Administración, concebida en salvaguarda del interés general, ha devenido frecuentemente, por causa de un empleo indebido, en conveniencia para el contratista, tan evidente que, en ocasiones, no llega a constar en el expediente la aceptación de la modificación por su parte».

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

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

En suma, en materia de modificaciones, la nueva regulación evidencia su desconfianza ante una institución susceptible de producir efectos tan perjudiciales tanto en la vertiente contractual como en la presupuestaria.

Y es que mientras el empresario habituado a la contratación pública en España puede arriesgarse a «descontar» la futura existencia de una modificación, realizando una oferta «agresiva» en cuanto al precio, los nuevos operadores, menos confiados en la posibilidad de utilizar ese instrumento, aparentemente excepcional, realizarán una oferta más prudente, y por lo tanto ajustada al presupuesto, con lo que difícilmente resultarán adjudica-

tarios del contrato de que se trate. Ese *plus* de experiencia en el manejo de la institución del «modificado» se puede convertir, de este modo, en una auténtica barrera de entrada para los nuevos operadores en el sector de la contratación pública.

4.2.8. *La «autonomía» de la normativa sobre defensa de la competencia para la impugnación de decisiones de adjudicación.*

Lo hasta aquí expuesto suscita un problema formal, aunque de importancia no menor, cual es el relativo a las vías que ofrece nuestro ordenamiento jurídico al empresario que, habiendo participado en un procedimiento contractual convocado por una Administración Pública, considera vulnerado su derecho a concurrir en pie de igualdad.

En los supuestos más habituales, la vulneración de los principios generales de concurrencia, igualdad, no discriminación, transparencia o publicidad se habrá reflejado en una contradicción de los preceptos legales y reglamentarios que integran la normativa de contratación de las Administraciones Públicas. Contra los actos dictados por las Administraciones Públicas en este ámbito podrán ejercitarse las acciones previstas en la ley y, en particular, podrá interponerse recurso contencioso-administrativo.

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

La cuestión más delicada se plantea en aquellos casos en que la adjudicación resulta intachable desde el punto de vista de la normativa sobre contratación y el pliego, pero, sin embargo, resulta contraria a la legislación o, más frecuentemente, a actos administrativos dictados por las autoridades de defensa de la competencia. ¿Puede esa pretendida vulneración de la normativa, general o sectorial, sobre defensa de la competencia dar lugar al ejercicio de otras acciones frente a las resoluciones dictadas por las Administraciones Públicas cuando actúan en el ámbito de la contratación administrativa?

Tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia como la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones han tenido ya ocasión de pronunciarse reiteradamente sobre el problema de los conflictos aplicativos entre la legislación de defensa de la competencia y la de contratos administrativos.

Aunque con vacilaciones, ambos órganos han llegado a una doble conclusión: en primer lugar, la de afirmar su propia competencia a la hora de imponer una sanción o exigir un comportamiento futuro como consecuencia del «enjuiciamiento» de la conducta de los licitadores que participan en un procedimiento de contratación administrativa.

En segundo término, y aun cuando ello pudiera parecer contradictorio con lo anterior, ambos órganos han reconocido que carecen de facultades para determinar si los actos de las Administraciones Públicas contratantes, y en particular la adjudicación, son o no conformes a Derecho, entendiendo que la asunción de esa competencia supondría bien suplantarse las atribuciones del propio órgano de contratación o, incluso, las potestades revisoras constitucionalmente reservadas a los órganos jurisdiccionales.

Esta doctrina ha encontrado total respaldo en los pronunciamientos judiciales hasta el momento recaídos. Así, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de marzo de 1995 sostuvo que «el Tribunal de Defensa de la Competencia no tiene atribución legal para el control de actos administrativos dimanantes de un órgano administrativo y sujetos al Derecho Público, aunque sean restrictivos de la Competencia, porque el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia lo impide». Es decir, el Tribunal de Defensa de la Competencia debería abstenerse de conocer este tipo de denuncias dado el monopolio jurisdiccional de las facultades de revisión de los actos de las Administraciones Públicas.

Sin embargo, es lo cierto que si los órganos de defensa de la competencia pueden considerar contrarias a su legislación reguladora las conductas de los licitadores en un procedimiento de contratación pública y, al mismo tiempo, carecen de facultades para enjuiciar la decisión administrativa de adjudicación pueden producirse situaciones paradójicas.

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

Algo similar sucedió con la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 17 de octubre de 2002. En ella, la Comisión manifestó que «en ningún caso pretende esta Comisión ejercer en el presente procedimiento las competencias atribuidas a la Administración que convocó el concurso».

Así, no se está examinando en modo alguno la actuación de la Generalitat en la contratación administrativa efectuada, entendido que la misma procedió a adjudicar el concurso a aquella oferta que con arreglo a las bases del mismo estimó más favorable, ni tampoco se analiza si una oferta es

mejor que otra, o si resulta temeraria con arreglo a la normativa sobre contratación administrativa, o si es la que habría debido o no resultar adjudicataria del concurso convocado, aspectos todos estos que esa Comisión entiende sujetos a la única valoración de la Administración convocante con el control posterior, en su caso, de los Tribunales».

¿Qué es lo que deben hacer en estos casos los órganos de defensa de la competencia? En la misma resolución que acaba de citarse, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones expresa rotundamente su criterio: «Lo que procede es que cada Administración limite su actuación al ámbito específico de sus competencias». Esto en la práctica significa que los órganos de defensa de la competencia se abstienen de todo pronunciamiento sobre la legalidad o validez de los actos administrativos citados, limitándose a actuar sobre los licitadores. En el caso de la resolución de referencia, la Comisión constata que el precio ofertado por la sociedad adjudicataria no se ajustaba al régimen tarifario a ella aplicable, por lo que, como único pronunciamiento, se ordena a ambas partes que la facturación pasada, presente y futura se adecúe a ese marco tarifario.

El problema son los efectos «indirectos» que una resolución de este tipo provoca sobre el acto administrativo de adjudicación. ¿Cómo va a mantenerse incólume si, para continuar con el ejemplo de referencia, la sociedad adjudicataria se ve obligada a facturar sus servicios a la Administración sin tener en cuenta el pliego o el contrato formalizado? Existe incluso la posibilidad de que de dicha facturación se deduzcan precios superiores a los que fueron ofertados por otros licitadores.

La situación actual, debe admitirse, conduce a resultados difícilmente admisibles: un acto administrativo dictado por una Administración competente podría quedar viciado de una «nulidad latente» implícitamente declarada por un órgano administrativo distinto. Esta contradicción potencial debe ser contemplada en la futura evolución de la contratación a través de alguna fórmula de colaboración de los órganos de defensa de la competencia en determinados procedimientos de contratación en sectores particularmente sensibles.

A esta cuestión se ha referido el mencionado Informe sobre contratación del Ministerio de Hacienda (16), recomendando que «el órgano de contratación, en caso de percibir la existencia de infracciones de las normas de competencia en el procedimiento de licitación, deberá trasladar el expediente a las autoridades de competencia, ya sea el Servicio de Defensa de la Competencia del Ministerio de Economía (y Hacienda) o los órganos autonómicos equivalentes que se creen en desarrollo de la Ley 1/2001, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia».

Pero no se trata sólo de analizar la conducta de los licitadores, cuando su actuación en el procedimiento induce a pensar en la existencia de prác-

(16) Informe y conclusiones de la Comisión de Expertos para el Estudio y Diagnóstico de la Contratación Pública. Editado por el Centro de Publicaciones del Ministerio de Economía y Hacienda y el Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004, págs. 138 y 139.

ticas prohibidas, sino también de analizar si los pliegos contienen decisiones que pueden provocar una injustificada limitación de la competencia (conurrencia). La existencia de un análisis de los pliegos se muestra, una vez más, como una de las cuestiones cruciales en la futura regulación.

4.3. *Contratación pública y políticas sociales y medioambientales*

En las sociedades modernas, resueltos otros problemas, se plantea frecuentemente la posibilidad de utilizar la contratación administrativa como instrumento para orientar el comportamiento de los agentes económicos, y en particular de las empresas. De hecho, la introducción de criterios sociales y medioambientales en la contratación pública suscitó grandes controversias en la elaboración de las Directivas.

De hecho, el cumplimiento de fines sociales y medioambientales va apareciendo, de un modo u otro, en la legislación de determinadas Comunidades Autónomas en materia de contratación pública.

La utilización de estos criterios, que tratan de favorecer relevantes políticas públicas como la inserción en el mercado laboral de determinados colectivos (desempleados de larga duración, jóvenes, mujeres, discapacitados...), fortalecer las estrategias de prevención de riesgos laborales y evitación de la siniestralidad laboral, el desarrollo de la contratación indefinida o la conservación medioambiental, puede verse incentivada por la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, que admite su presencia en los procedimientos de contratación administrativa, siempre que no produzcan discriminación.

Los criterios sociales o medioambientales, se dice en su Considerando 2, no quedan excluidos como criterios de adjudicación, siempre que estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios de la contratación pública.

Por su parte, el Considerando 33 aclara que «las condiciones de ejecución de un contrato serán compatibles con la presente Directiva siempre y cuando no sean directa o indirectamente discriminatorias y se señalen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. En particular, pueden tener por objeto favorecer la formación profesional en el lugar de trabajo, el empleo de personas que tengan especiales dificultades de inserción, combatir el paro o proteger el medio ambiente. Como ejemplo se pueden citar, entre otras, las obligaciones —aplicables a la ejecución del contrato— de contratar a desempleados de larga duración o de organizar acciones de formación para los desempleados o los jóvenes, de respetar en lo sustancial las disposiciones de los convenios fundacionales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el supuesto de que éstos no se hubieran aplicado en el derecho nacional, de contratar a un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional».

Sin embargo, la cuestión crucial se refiere al modo y el momento en que esos criterios serán tenidos en cuenta.

Podrían utilizarse como requisitos para contratar, exigiendo a los contratistas el cumplimiento de ciertas condiciones en materia social o medioambiental; pueden configurarse, como es tradicional en nuestro ordenamiento, como prohibiciones para contratar para el caso de incumplimiento o, finalmente, pueden ser utilizados como criterios de adjudicación.

La exigencia del cumplimiento de requisitos sociales o medioambientales por parte de los contratistas, bien sea en forma positiva o negativamente a través de las prohibiciones para contratar, no parece demasiado perturbadora de la estructura y contenido de los procedimientos de contratación y, de hecho, sería coherente con el esquema tradicional de estímulo y prohibición de determinadas conductas por la vía de las prohibiciones para contratar.

Más delicada se presenta, en cambio, la posibilidad de utilizar las cláusulas de contenido social o medioambiental como criterios de adjudicación en los contratos.

En este sentido, puede plantearse el problema de que la mejor oferta desde el punto de vista económico o técnico pudiera no resultar adjudicataria del contrato por el juego de este tipo de cláusulas. Ello amenazaría con desvirtuar los fines de la propia contratación pública, al ponerla exclusivamente al servicio de otras políticas públicas, relevantes, sin duda, pero que, en principio, le son ajenas.

En cualquier caso, vista la irrupción de esta problemática en la normativa europea y autonómica, resultaría inexcusable un pronunciamiento de la legislación estatal (básica) respecto del modo en que esos criterios van a tenerse en cuenta para la contratación pública. No parece que dejar esta decisión a los distintos pliegos pueda considerarse una solución aceptable desde el punto de vista de la seguridad jurídica. Éste sería otro de los campos en los que la nueva legislación deberá adoptar un criterio definido.

5. LAS NUEVAS FIGURAS DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Junto a la contratación administrativa «ordinaria» subsiste, desde hace mucho tiempo, la figura de la concesión administrativa, caracterizada, entre otros rasgos, por su mayor complejidad jurídica y prolongación en el tiempo.

La concesión administrativa, que en los países continentales de Europa ha servido para desarrollar importantes infraestructuras en momentos en que los presupuestos públicos no estaban en condiciones de financiarlas, se ha utilizado históricamente como instrumento de financiación privada de proyectos rentables a largo plazo (por ejemplo, las autopistas de peaje), pero planteaba dificultades para la construcción y financiación de infraestructuras que no podían autofinanciarse, ni siquiera a largo plazo, como las educativas, las sanitarias o las penitenciarias.

A partir de la *Project Finance Initiative*, adoptada por el Gobierno conservador británico en 1992, los países anglosajones han ido desarrollando

nuevas fórmulas jurídicas de colaboración entre el sector público y el sector privado para el desarrollo de todo tipo de infraestructuras hasta llegar a los actuales «PPP» (*public & private partnerships*).

La Comisión Europea, deseosa de conciliar la necesidad de contar con redes transeuropeas de transporte y de comunicaciones y los principios de rigor presupuestario derivados del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, ha encontrado en estas nuevas fórmulas un modo de desarrollar las infraestructuras sin un paralelo incremento del déficit o el endeudamiento público. De hecho, Eurostat ha reconocido a los PPPs un favorable tratamiento en contabilidad nacional en cuanto a uno y otro concepto.

Demostrando su simpatía por la figura, la Comisión ha publicado un *Libro Verde sobre la Colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*. De hecho, se trata de un documento de gran interés, que incorpora el concepto de Colaboración Público-Privada (CPP) para designar en castellano a los PPPs anglosajones, y que diferencia entre la colaboración tradicional mediante la contratación pública y la «colaboración institucionalizada», que se traduce en la constitución de personalidades jurídicas independientes, con participación del sector público y el privado (los *special purpose vehicles*, SPV, del mundo anglosajón).

Pues bien, de hecho, los PPPs o CPPs ya han llegado a nuestro país. A día de hoy, ya existen procedimientos de contratación para la construcción de centros hospitalarios que apuestan por esta fórmula, todavía no reconocida ni regulada por nuestro ordenamiento.

Ante la perspectiva de que estas nuevas figuras conozcan un rápido desarrollo por sus ventajas desde el punto de vista de su tratamiento presupuestario, y teniendo en cuenta la importancia de los compromisos que las partes asumen como consecuencia de la firma de los contratos, no parece prudente en términos de seguridad jurídica ni ajustado a nuestra tradición en la materia, que el régimen jurídico de estos instrumentos sea el exclusivamente determinado por los específicos pliegos de contratación aplicables en cada caso. Sería más razonable que la legislación sobre contratación pública reconociese de algún modo estas nuevas figuras, adaptándolas, en la medida de lo posible, a instituciones tan acuñadas legal y jurisprudencialmente como la de la concesión administrativa.

Se trata, sin duda, de otro de los retos a los que deberá dar respuesta la nueva legislación de contratación pública.

CONCLUSIÓN

La aprobación de las nuevas Directivas europeas en materia de contratación pública obliga a la adaptación de nuestra legislación antes del 31 de enero de 2006.

Sin embargo, la reforma no debería limitarse a la ordenada transposición a nuestro ordenamiento del articulado de las Directivas, sino que de-

bería ser aprovechada para dar respuesta a los retos actuales de la contratación pública en España, algunos de los cuales han quedado apuntados en este trabajo.

Para este fin, sería muy importante contar con la opinión de todos los actores en la contratación pública, y en particular de las Administraciones Públicas (y la experiencia de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones en esta materia puede contribuir muy positivamente al éxito de la reforma) y de los operadores privados. En este sentido, las aportaciones de la doctrina científica serían igualmente imprescindibles.