

EL CONTROL ADMINISTRATIVO INDEPENDIENTE DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Javier Berasategi¹

1 PRESENTACION

En el modelo vigente de economía de libre mercado, el Estado en sus múltiples formas sigue siendo el principal agente económico. En 2002, la contratación pública de bienes, servicios y obras en la Unión Europea ascendió a € 1.500 billones, equivalente al 16% de su Producto Interior Bruto (PIB). España no es una excepción y la contratación pública del Estado ascendió al 13% de su PIB en dicho año. En vista de su importancia económica, una contratación pública gestionada de manera eficiente y competitiva es un factor clave en el progreso de un país. Por ello, resulta comprensible que la Unión Europea y sus Estados miembros hayan desarrollado iniciativas encaminadas a fomentar la transparencia y la competencia en este campo.

En el ámbito español, se está tramitando el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público. Curiosamente, también se está tramitando el Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia. A pesar de compartir fines, los dos ámbitos jurídicos son grandes desconocidos el uno para el otro. De hecho, el Parlamento ha asignado el primer Proyecto de Ley a la Comisión de Administraciones Públicas y el segundo a la Comisión de Economía y Hacienda, a pesar de que este sector económico representa aproximadamente el 13% del PIB español.

El Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público persigue introducir mayor eficiencia y competencia en la contratación pública española. Sin embargo, consideramos que las mejoras seguirán siendo insuficientes para hacer frente a la complejidad normativa, la existencia de múltiples actores administrativos con un amplio margen de autonomía, los recelos de las empresas a enfrentarse legalmente a la Administración, y la lentitud e ineficacia del sistema de recursos. Por ello, seguirá persistiendo la percepción entre los agentes económicos y los ciudadanos, muchas veces plenamente justificada, de que la contratación pública no es realmente competitiva.

Frente a esta problemática, proponemos una visión integral de dos ámbitos jurídicos separados hasta ahora: la defensa de la competencia y la contratación pública. En este artículo nos centraremos en la propuesta de atribución a los organismos de defensa de la competencia de las funciones de control de legalidad y promoción de la competencia en la contratación pública. En otro artículo abordaremos una serie de propuestas técnicas para introducir una mayor competencia en los contratos públicos.

Estas propuestas pueden ser consideradas atrevidas y a buen seguro generarán recelos, especialmente dentro de la propia Administración. Por nuestra parte, la única intención que nos mueve es generar un debate sincero sobre los males que aquejan a la contratación pública y su repercusión en la calidad democrática de este país. En todo

¹ Javier Berasategi es Vicepresidente del Tribunal de Defensa de la Competencia del País Vasco. Las opiniones vertidas en este artículo sólo reflejan la opinión personal de su autor y en ningún caso deben ser atribuidas a la institución de la que forma parte. El autor puede ser contactado en jberasategi@tvdc.es.

caso, nuestras propuestas reflejan una tendencia global y se inspiran en muchos casos en las mejores prácticas identificadas en otros países. En particular, la creación de una agencia independiente ha sido reclamada por el Parlamento Europeo, la Comisión Europea y una mayoría de agentes económicos, frente a la oposición de gran parte de los Estados miembros. En España, el propio Consejo de Estado ha sugerido su creación para resolver, al menos, los recursos previos a la celebración del contrato público. Si bien no cabe esperar una respuesta favorable a estas propuestas de los órganos destinados a ser “fiscalizados” (tampoco las empresas apoyaron en su momento la creación organismos de defensa de la competencia), albergamos la esperanza de que los agentes políticos, económicos y sociales españoles asuman y defiendan la necesidad de someter la contratación pública española a principios competitivos e instrumentos y procedimientos de control equivalentes a los aplicados a los operadores económicos.

Es mucho lo que nos jugamos en este envite, ya que la contratación pública trasciende el orden económico para configurar los pilares democráticos de un país. Allí donde impere una contratación pública caracterizada por la gestión eficiente de los recursos públicos y la libre competencia, existirá una democracia real, no meramente formal, que impregnará el orden político, social y económico de la sociedad, tal como ha recordado la doctrina administrativista:

2 DIRECTIVAS EUROPEAS

La contratación pública está regulada por la Directiva 2004/18 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 (“Directiva 204/18”)², y la Directiva 2004/17 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 (“Directiva 2004/17”)³. Asimismo, la Directiva 89/665 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, (“Directiva 89/665”)⁴, y la Directiva 92/13 del Consejo, de 25 de febrero de 1992⁵ (“Directiva 92/13”), establecen respectivamente el marco protector de los derechos derivados de la Directiva 2004/18 y la Directiva 2004/17.

En mayo de 2006, la Comisión Europea propuso mejorar la eficacia de los medios de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos a disposición de las empresas cuando consideren irregular la adjudicación de un contrato público, en particular en una fase en la que las infracciones aún pueden corregirse. La propuesta desarrolla la sentencia “Alcatel” del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE)⁶ y

² Directiva 2004/18 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. DO L 134 de 30.4.2004.

³ Directiva 2004/17 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. DO L 134 de 30.4.2004.

⁴ Directiva 89/665 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras. DO L 395 de 30.12.1989.

⁵ Directiva 92/13 del Consejo, de 25 de febrero de 1992, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre la aplicación de las normas comunitarias relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos de las entidades de los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones. DO L 76 de 23.3.1992.

⁶ Sentencia de 28 de octubre de 1999, Asunto C- 81/98, *Alcatel Austria v Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr*, párrafo 43: “La Directiva 89/665 debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, independientemente de la

pretende, en particular, imponer a los poderes adjudicadores la obligación de observar un plazo suspensivo, antes de proceder a la celebración de un contrato, tras el anuncio de la adjudicación bien mediante notificación de la decisión de adjudicación, en caso de procedimiento formal de licitación, bien mediante la publicación de un anuncio de adjudicación, en caso de adjudicación directa.⁷

3 PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS PÚBLICOS

El Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público (“Proyecto de Ley”) y el Proyecto de Ley de Procedimientos de Contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales⁸, trasponen en derecho interno las Directivas 2004/18 y 2004/17 respectivamente.⁹

El Proyecto de Ley incluye sustanciales innovaciones en lo que se refiere a la preparación y adjudicación de los negocios sujetos a la misma. Las principales novedades afectan a la previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social y medioambiental; la regulación del diálogo competitivo, pensado para contratos de gran complejidad en los que la definición final de su objeto solo puede obtenerse a través de la interacción entre el órgano de contratación y los licitadores; la nueva regulación de diversas técnicas para racionalizar las adquisiciones de bienes y servicios (acuerdos marco, sistemas dinámicos de adquisición y centrales de compras); y los medios electrónicos, informáticos y telemáticos en el ámbito de la contratación pública. Asimismo, se articula un nuevo recurso administrativo especial en materia de contratación, con el fin de trasponer la Directiva 89/665.

El Proyecto de Ley viene también a efectuar una revisión general de la regulación de la gestión contractual. Esta revisión ha afectado, de forma particular, al sistema de clasificación de contratistas, a los medios de acreditación de los requisitos de aptitud exigidos para contratar con el sector público, y a los procedimientos de adjudicación, elevando las cuantías que marcan los límites superiores de los simplificados - procedimiento negociado y el correspondiente a los contratos menores- y articulando un nuevo procedimiento negociado con publicidad para contratos no sujetos a regulación armonizada que no superen una determinada cuantía.

Como medio para identificar el ámbito normativo supeditado a las prescripciones del derecho comunitario se ha acuñado la categoría legal de “contratos sujetos a regulación armonizada”, que define los negocios que, por razón de la entidad contratante, de su

posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios, un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración del contrato por la que resuelve con qué licitador en dicho procedimiento celebrará el contrato.”

⁷ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de mayo de 2006, por la que se modifican las Directivas 89/665 y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2006/com2006_0195es01.pdf

⁸ Los Proyectos de Ley pueden ser consultados en la página web del Congreso: http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/BOCG/A/A_095-01.PDF

⁹ Este artículo se centra en la Directiva 2004/18 y el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público. No obstante, las propuestas planteadas en este artículo son aplicables a los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales cubiertos por la Directiva 2004/17.

tipo y de su cuantía, se encuentran sometidos a las directrices de la normativa europea. Por exclusión, utilizándolo de forma negativa, el concepto también sirve para definir el conjunto de contratos respecto de los cuales el legislador nacional tiene plena libertad en cuanto a la configuración de su régimen jurídico.

3.1 AGENCIA ADMINISTRATIVA INDEPENDIENTE

El Proyecto de Ley no contempla crear una agencia administrativa independiente, o asignar sus funciones a un organismo existente, para garantizar la legalidad de la contratación pública. Ciertamente, una mayoría de Estados miembros rechazan crear una agencia independiente frente a las demandas de las instituciones europeas y los agentes económicos. De forma similar, las organizaciones empresariales cuestionaban la necesidad de leyes y organismos de defensa de la competencia; y los Estados miembros y los antiguos monopolistas eran reticentes a la creación de organismos reguladores en sectores como las telecomunicaciones y la energía. Sin embargo, hoy en día la existencia del Tribunal de Defensa de la Competencia, la Comisión Nacional de las Telecomunicaciones o la Comisión Nacional de la Energía es considerada un instrumento imprescindible para garantizar el funcionamiento eficiente y competitivo del mercado. Por ello, este artículo propone asignar a los organismos de defensa de la competencia españoles la promoción y defensa de la legalidad en materia de contratación pública.

3.1.1 Directivas y propuestas del Parlamento y la Comisión

El Artículo 81 de la Directiva 2004/18, es fruto de la iniciativa del Parlamento Europeo, y contempla la posibilidad de que los Estados miembros creen agencias independientes encargadas de velar por el cumplimiento de la legalidad en materia de contratación pública¹⁰. El Artículo 81 es una solución de compromiso entre el Parlamento Europeo y el Consejo, puesto que aquél en su primera lectura de la propuesta de Directiva incluyó un nuevo apartado en la Exposición de Motivos y un nuevo artículo que obligaba a los Estados miembros a considerar la creación de autoridades independientes con amplios poderes de control de la legalidad pública¹¹.

¹⁰ Artículo 81 (Mecanismos de control): “De conformidad con la Directiva 89/665, los Estados miembros asegurarán la aplicación de la presente Directiva mediante mecanismos eficaces, accesibles y transparentes. A tal fin podrán designar o establecer, entre otras cosas, una agencia independiente. (subrayado propio). Asimismo, el Artículo 72 de la Directiva 2004/17 reproduce el Artículo 81 de la Directiva 2004/18.

¹¹ Primera lectura del Parlamento Europeo a la propuesta de Directiva: “Exposición de Motivos, apartado (41): Los Estados miembros deben establecer los procedimientos adecuados para la aplicación y puesta en práctica de la presente Directiva en sus propias jurisdicciones. Los Estados miembros deben examinar la necesidad de una Agencia Independiente de Contratación Pública para asegurar el cumplimiento de la presente Directiva por parte de los poderes adjudicadores. [...] Artículo 91 (Mecanismos de control): Se exigirá a los Estados miembros que establezcan mecanismos eficaces, abiertos y transparentes para asegurar la aplicación de la presente Directiva por los poderes adjudicadores que operen en su jurisdicción. Estos mecanismos podrán incluir, entre otras cosas, el establecimiento de una Agencia Independiente de Contratación Pública con poderes para vigilar los procesos de contratación, asegurar que todas las fases de adjudicación del contrato se desarrollan adecuadamente y para intervenir, en su caso, cuando no se apliquen los procedimientos previstos en la presente Directiva. Deberá otorgarse a esta agencia independiente el poder de garantizar el cumplimiento, incluyendo entre otras cosas el rechazo de adjudicaciones de contrato o la reapertura del proceso de contratación. Estos poderes deberán ser objeto de un procedimiento de recurso independiente abierto a los poderes adjudicadores y a los suministradores

La Comisión Europea, por su parte, ya había manifestado su voluntad de impulsar la creación de agencias independientes, o la asignación de sus funciones a organismos existentes, en una Comunicación oficial dirigida al propio Parlamento Europeo, el Consejo de Ministros, el Consejo Económico y Social y el Comité de las Regiones¹².

Asimismo, en su revisión de la revisión de la Directiva 89/665, la Comisión Europea consideró la posibilidad de imponer o recomendar a los Estados miembros la creación de agencias administrativas independientes, o la atribución de sus funciones a organismos existentes, como solución a las deficiencias detectadas en el funcionamiento de la normativa de contratos públicos¹³. Sin embargo, una mayoría de Estados miembros se opuso alegando como única razón los costes administrativos y financieros para el Estado asociados a la creación de una autoridad independiente¹⁴.

3.1.2 Demanda de los agentes económicos

La creación de una agencia independiente o la asignación de sus funciones a un organismo existente, también goza del respaldo de los agentes económicos. Las encuestas realizadas por la Comisión Europea han revelado que la creación de agencias independientes es apoyada por el 70% de las empresas y la Federación de Cámaras de Comercio (Eurochambres)¹⁵.

3.1.3 Normativas nacionales

La mayor parte de los Estados miembros se han limitado a integrar los recursos en materia de contratación pública dentro de su sistema nacional de recursos¹⁶. Sin embargo, incluso las administraciones directamente relacionadas con la contratación pública han reconocido las graves carencias del sistema ordinario de recursos: costes

potenciales y que no excluye el derecho de las partes contratantes a adoptar medidas jurídicas.”
Disponible en la página web:

<http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2002:271E:SOM:EN:HTML>

¹² Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones: “Estrategia para el mercado interior: Prioridades del período de 2003-2006” COM(2003) 238 final, 7.5.2003, páginas 18 y 19.

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2003/com2003_0238es01.pdf

¹³ Commission staff working document - Annex to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC CEE with regard to improving the effectiveness of review procedures concerning the award of public contracts COM (2006) 195 - Impact assessment report – Remedies in the field of public procurement, SEC(2006) 557, 4.5.2006

¹⁴ *Id.*; “Main Results of the Consultations and How this Input has been Taken into Account: It appears that the suggestion to confer new powers on independent authorities or administrative controls is only supported by a minority of Member States because of the uncertain administrative costs which may result from the operation of such independent/administrative bodies in comparison with the benefits they may generate.” (Sección 3.2)

¹⁵ *Id.*, Anexo I, Parte II. La Consulta de la Comisión Europea a operadores económicos, abogados y organizaciones profesionales sobre las vías de recurso en materia de contratación pública, está disponible en la página web:

http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/remedies/remedies_en.htm#200310

¹⁶ Esta solución ha sido adoptada, entre otros, por Bélgica, Francia, Irlanda, Italia y Reino Unido, según se desprende de la información disponible en “European Tender Information System”:

<http://www.etisys.com>

elevados para las empresas, una duración excesiva del procedimiento, y infrutilización motivado por el miedo a sufrir represalias en futuras licitaciones públicas¹⁷.

Frente a la postura mayoritaria, algunos Estados miembros como Alemania, Dinamarca, República Checa, Rumanía, y Polonia han apostado por diferentes formatos de control administrativo independiente. En particular, Rumania ha creado ex novo una autoridad independiente encargada de controlar la legalidad de la contratación pública¹⁸; mientras que la República Checa ha optado por asignar dichas funciones a la autoridad de defensa de la competencia.¹⁹ Esta última solución también ha sido adoptada en México.

3.1.4 Agencia Independiente: Autoridades Españolas de la Competencia

La complejidad de la normativa sobre contratación pública, la existencia de áreas grises que pueden dar lugar a actuaciones no transparentes, discriminatorias y contrarias a la competencia aun sin implicar una infracción “formal” de la normativa, las enormes limitaciones (costes, duración y rigidez) que el sistema de recursos judiciales presenta y los beneficios económicos y democráticos generados por una contratación pública competitiva hacen imprescindible la creación de una agencia independiente, o la asignación de sus funciones a un organismo existente, que fomente y controle la legalidad de la contratación pública.

La función de esta agencia no debería estar circunscrita al control cuasijudicial de legalidad (resolución de reclamaciones contra los órganos de contratación), también debería contar con una serie de instrumentos jurídicos para imponer o fomentar buenas prácticas y arreglos amistosos.

Para crear esta autoridad independiente podría optarse por constituir ex novo un organismo administrativo con personalidad jurídica e independencia funcional o, como aquí se propone, atribuir sus competencias a la Comisión Nacional de Competencia (CNC)²⁰ y a los organismos de defensa de la competencia autonómicos²¹. Esta última

¹⁷ Report concerning the Study on Pre-Contract Problem-Solving Systems, Autoridad de Defensa de la Competencia danesa (agosto de 2002), páginas 14 y 15. Este estudio fue realizado en el seno de la “Public Procurement Network”, una red informal de cooperación entre las administraciones de los Estados miembros relacionadas con la contratación pública.

http://www.publicprocurementnetwork.org/pdf/01_precontract.pdf

¹⁸ Roundtable on Competition in Bidding Markets, Note by Romania, DAF/COMP/WD(2006)70: “The new legislation established also the National Authority for the Regulation and Monitoring of the Public Procurement.”

¹⁹ La información sobre la normativa checa de contratos públicos y las competencias de la autoridad de defensa de la competencia en este campo puede ser consultada en su página web:

<http://www.compet.cz/en/public-procurement/>. En particular, los artículos 43 y 111 a 119 de la Ley 137, de 14 de marzo de 2006, de contratos públicos, regulan los procedimientos de revisión y la participación de la autoridad de defensa de la competencia en ellos.

http://www.compet.cz/fileadmin/user_upload/Legislativa/legislativa_EN/PP_Act.pdf

²⁰ El Congreso de los Diputados acaba de aprobar la nueva Ley de Defensa de la Competencia, que reemplazará la vigente Ley 16/89 de Defensa de la Competencia. La nueva Ley integra el Tribunal de Defensa de la Competencia (que pasará a llamarse “Consejo”) y el Servicio de Defensa de la Competencia (que pasará a llamarse “Dirección de Investigación”) en un único organismo, la CNC.

<http://documentacion.meh.es/doc/C0/Proyectos/Proyecto%20LDC%2025-08-06.pdf>

²¹ La Sentencia 208/1999 del TC, de 11 de noviembre de 1999, reconoció la competencia de ejecución de aplicar la LDC a las Comunidades Autónomas que habían asumido la competencia en materia de comercio interior. La Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las

opción ofrece una serie de ventajas que probablemente ningún otro organismo existente o futuro podría replicar:

1. Facilitaría su plena operatividad en un plazo de tiempo mínimo;
2. supondría un gran ahorro de costes en relación a la creación ex novo de una agencia administrativa independiente;
3. aportaría un procedimiento de investigación y resolución sencillo, flexible, contrastado y familiar para la gran mayoría de las empresas y sus abogados;
4. la naturaleza jurídica de la futura CNC²² cumpliría los requisitos de independencia exigidos a las instancias cuasijudiciales por la jurisprudencia del TJCE²³ y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁴, y superaría ampliamente los requisitos, quizá no suficientemente exigentes, impuestos por la jurisprudencia española²⁵;
5. ofrecería una elevada protección legal gracias al sistema de investigación y resolución separadas, realizadas por dos órganos diferentes²⁶;
6. permitiría hacer uso de los diversos mecanismos formales e informales de los que la CNC dispondrá para promover la competencia y las buenas prácticas en la contratación pública;
7. facilitaría sinergias en la detección y persecución de prácticas colusorias en la contratación pública;
8. la supresión del primer escalón de revisión judicial (tribunales de primera instancia) junto a los plazos tasados de resolución a los que la CNC estará sometida implicaría en la práctica una reducción de la duración del procedimiento: las resoluciones de la CNC y de las autoridades autonómicas sólo serán recurribles respectivamente ante la Audiencia Nacional y los Tribunales Superiores de las Comunidades Autónomas; y,

competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, estableció el marco para el desarrollo de las competencias ejecutivas del Estado y las Comunidades Autónomas previstas en la LDC. Diversas Comunidades Autónomas como Cataluña, Galicia, Madrid y País Vasco han creado organismos de defensa de la competencia autonómicos a imagen de los organismos estatales.

²² Artículo 19.1 de la nueva LDC: “La CNC es una entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, adscrita al Ministerio de Economía y Hacienda, que ejercerá el control de eficacia sobre su actividad. La CNC actuará en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines con autonomía orgánica y funcional, plena independencia de las Administraciones Públicas, y sometimiento a esta Ley y al resto del ordenamiento jurídico.” Son decisivas asimismo las garantías de independencia relacionadas con el nombramiento (Artículo 29) y cese (Artículo 30) de los miembros del Consejo de la CNC.

²³ El TJCE aceptó que el TDC (e implícitamente la futura CNC) es un órgano jurisdiccional competente para formular cuestiones prejudiciales en su Sentencia de 16 de julio de 1992, Asunto C-67/91, *Asociación Española de Banca Privada y otros*.

²⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 22 de noviembre de 1995, *Bryan c. Reino Unido*.

²⁵ Vid., por analogía, la jurisprudencia relativa a los Jurados de Expropiación: Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia de 4 Feb. 2000, rec. 869/1997: “Como ha puesto de relieve una jurisprudencia reiterada de nuestro Tribunal Supremo las decisiones de los Jurados gozan de una presunción de legalidad y acierto (Sentencias 2 Dic. 1986, 18 Dic. 1987, 5 May. 1992,.) dada su especial naturaleza cuasijudicial y pericial y dada la preparación, especialización y capacidad técnica y jurídica de sus miembros (sentencia 10.12.87), así como por su independencia, imparcialidad, objetividad y alejamiento de los intereses en juego (Sentencias 10 Oct. 1983, 5 Nov. 1987).”

²⁶ Las funciones del Consejo y de la Dirección de Investigación de la CNC están recogidas respectivamente en los Artículos 34 y 35 de la nueva LDC, mientras que los procedimientos son regulados en el Título IV.

9. permitiría coordinar la actuación de las autoridades de defensa de la competencia estatal y autonómicas en materia de contratación pública, gracias a los mecanismos formales e informales de cooperación existentes²⁷.

La creación de este control administrativo no implicaría la desaparición de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado²⁸, y sus equivalentes autonómicos, si bien debería producirse una modificación de sus funciones a fin de evitar solapamientos con las funciones atribuidas a la CNC (por ejemplo, en materia consultiva) y podría preverse la transferencia de parte de su personal a las autoridades de defensa de la competencia.

3.1.4.1 Funciones

Las funciones de la futura CNC y los procedimientos previstos en el Proyecto de LDC parecen especialmente indicados para llevar a cabo una correcta aplicación de la futura Ley de Contratos Públicos y realizar actuaciones encaminadas a fomentar y facilitar su aplicación. En particular, la CNC podría controlar, de oficio o a instancia de parte, la legalidad de la contratación pública.

3.1.4.1.1 Control de legalidad

En la función de control de legalidad se inscribirían en primer lugar el recurso de revisión especial, las medidas provisionales y la indemnización de daños y perjuicios previstos expresamente por la Directiva 89/665. Lógicamente, también debería preverse el control de legalidad posterior a la celebración del contrato público, de manera que la CNC actuaría como una primera instancia cuasijudicial de revisión de los contratos públicos, suprimiendo así el control que ejercen en primera instancia los juzgados de lo contencioso-administrativo. Asimismo, parece necesario atribuir a la CNC una función más amplia de control administrativo de legalidad que permita en particular la iniciación de oficio de un procedimiento de investigación y resolución sobre la legalidad de los contratos públicos.

3.1.4.1.1.1 Recursos en materia de contratación pública (1ª instancia)

²⁷ Vid. Artículo 15 del Proyecto de LDC y Ley 1/2002.

²⁸ La Secretaría de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, tiene a su cargo la formulación de las propuestas de informes y acuerdos que han de someterse a la consideración de los órganos de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (art. 21.2, letra c), del Real Decreto 1552/2004, de 25 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Economía y Hacienda). Asimismo compete a la Secretaría de la Junta la ordenación y archivo de la documentación de la Junta y la preparación de los antecedentes necesarios e informes de orden técnico y administrativo sobre los asuntos que deban ser sometidos a la consideración de los órganos colegiados integrados en la Junta (art. 15 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero de régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa). Por su parte, son competencias de la Subdirección General de clasificación de Contratistas y Registros de Contratos, la tramitación de los expedientes de clasificación y de contratistas, la llevanza del Registro público de contratos y el apoyo en el ejercicio de las competencias que incumben a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en relación con el Comité Superior de Precios de Contratos del Estado (art. 21.2, letra d), del Real Decreto 1552/2004, de 25 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Economía y Hacienda).

La única novedad del Proyecto de Ley en materia de recursos es la asignación al propio órgano contratante de la competencia sobre el recurso especial (incluyendo la indemnización correspondiente) y las medidas provisionales de carácter pre-contractual.

Obligado por la sentencia “Alcatel” y, en particular, la sentencia condenatoria dictada por el TJCE contra España²⁹, el Proyecto de Ley regula el recurso especial contra los acuerdos de adjudicación provisional, los pliegos reguladores de la licitación y los que establezcan las características de la prestación, y los actos de trámite adoptados en el procedimiento antecedente, siempre que éstos últimos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos son actos de la administración (artículo 37); la indemnización de daños y perjuicios causados por dichos actos (artículo 37.5) y las medidas provisionales (artículo 38) para los contratos sujetos a regulación armonizada. Junto a ellos, en la fase post-contractual coexisten los recursos administrativos ordinarios y la vía contencioso-administrativa.

En su redacción actual, tanto el recurso especial (artículo 37.4) como las medidas provisionales (artículo 38.2 remitiéndose al artículo 37.4) confieren la competencia para resolver sobre ellos al “órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, o [al] titular del ministerio, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, si ésta no tiene el carácter de Administración Pública.”

En todo caso, la atribución al órgano de contratación de la competencia para resolver el recurso especial, la solicitud de medidas provisionales y la reclamación de daños, suscita numerosos problemas: (a) ausencia de medios para estudiar en profundidad los recursos en un plazo muy corto; (b) posibilidad de resoluciones contradictorias; (c) existencia de incentivos para resolver negativamente el recurso con el fin de facilitar la ejecución del contrato; (d) reticencias de las empresas a recurrir contra el órgano contratante y, en la misma medida, ante los tribunales ordinarios; y (e) alta probabilidad de que los tribunales ordinarios primen el interés común, salvo en infracciones flagrantes, y procedan a levantar la suspensión de la ejecución del contrato público.

El propio Consejo de Estado, en su informe preceptivo sobre el Anteproyecto de Ley, ha señalado que si bien la solución adoptada parece conforme a la normativa comunitaria, hubiera sido recomendable atribuir la competencia para resolver estos recursos especiales a una agencia independiente.

“Algunos interrogantes puede plantear, por el contrario, la atribución de la competencia para resolver el recurso al propio órgano de contratación en los casos en que este pertenezca a una entidad que tenga el carácter de Administración pública. Ciertamente, ningún precepto de la Directiva 89/665 predetermina en modo alguno qué tipo de órgano debe resolver el recurso, por lo que en principio nada impide configurar este en algunos

²⁹ Sentencia de 15 de mayo de 2003, Asunto C-214/00, *Comisión c. España*. Por otra parte, el 26 de octubre de 2006, la Comisión Europea interpuso un Recurso contra España alegando que la legislación española no prevé un plazo obligatorio para que el poder adjudicador notifique la decisión de adjudicación a todos los licitadores, no prevé un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación del contrato y su celebración, y permite que un contrato anulado continúe produciendo efectos jurídicos (Asunto C-444/06, *Comisión c. España*).

casos a imagen del recurso de reposición, atribuyendo su conocimiento al propio órgano de contratación, autor de la decisión impugnada. Sin embargo, no puede dejar de apuntarse que la normativa comunitaria hubiera permitido adoptar otras soluciones sin duda de mayor complejidad técnica, pero que podrían suponer una mayor garantía de los derechos de los administrados. Tal solución alternativa consistiría en atribuir la competencia para la resolución de estos recursos (independientemente del tipo de contrato) a un organismo independiente, posibilidad que apunta expresamente el artículo 81 de la Directiva 2004/18.[...] A juicio del Consejo de Estado, aunque la solución adoptada por el anteproyecto no es contraria a la Directiva de recursos, el sistema de recursos especiales en materia de contratación ganaría si se atribuyese su resolución a un organismo administrativo independiente y compuesto por especialistas.³⁰

Obviamente, si el Consejo de Estado considera conveniente crear un organismo administrativo independiente para resolver todos los recursos y medidas provisionales en la fase pre-contractual (estén o no sujetos a regulación armonizada), estimamos que también aprobaría de buen grado la extensión de sus facultades a los recursos formulados en la fase post-contractual.

Esta solución no es extraña a la doctrina administrativista. Algunos autores también se ha pronunciado a favor de la atribución en primera instancia de todos los recursos en materia de contratación pública (incluyendo los recursos precontractuales) a una agencia independiente. GIMENO FELIU ha afirmado lo siguiente:

“Desde esta perspectiva, a modo de propuesta de *lege ferenda*, sobre la base del artículo 107.2, se podría sustituir el recurso de reposición por laceración de un recurso administrativo previo, específico para este sector, ante un órgano independiente y especializado de composición *mixta* (similar a los *tribunals* ingleses) que de forma sumaria y rápida resuelva las controversias jurídicas y técnicas que se les planteen, dotándoseles de ejecutoriedad a sus decisiones que, en cualquier caso, por mandato expreso del art. 24 CE, debería ser objeto de fiscalización por los Tribunales. De esta manera se conseguirían satisfacer dos objetivos: descargar a la jurisdicción contencioso administrativa, y resolver de forma rápida y eficaz por un órgano que, dotado de cierta “auctoritas” genera la confianza de los ciudadanos en sus decisiones.”³¹

Sin embargo, se ha decantado por asignar mediante ley estas funciones a la Junta Consultiva de Contratación ³². No obstante, para que la Junta Consultiva de

³⁰ Dictamen 514/2006 del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, 25 de mayo de 2006, páginas 43 y 44.

³¹ GIMENO FELIU, “Las Directivas de Contratos Públicos y la jurisprudencia: ámbito de aplicación subjetivo y objetivo. Sectores especiales. Los procedimientos de selección con especial atención a los criterios sociales y medioambientales. Las Directivas recursos legales. Repercusiones prácticas”, página 156, Conferencia del Instituto Europeo de Administración Pública, Barcelona, 23 y 24 de febrero, 2004.

³² Id., páginas 165 y 166: “Y, a modo de sugerencia, podía establecerse la competencia de resolución de estos recursos en la Junta Consultiva de Contratación, que formada por especialistas, reúne las características reseñadas, si bien, en cualquier caso, debería modificarse por ley, el nivel de competencias de este órgano – ahora meramente consultivo – para dotarle de la prerrogativa de

Contratación pudiese adoptar esta función cuasijudicial sería necesario garantizar su plena independencia introduciendo cambios sustanciales en su configuración jurídica, tal como el propio GIMENO FELIU reconoce³³. Esta independencia debería reflejar los mismos criterios utilizados para garantizar la independencia de los organismos de defensa de la competencia y los diferentes organismos reguladores, por lo que a efectos prácticos sería más eficiente integrar los recursos de la Junta Consultiva de Contratación dentro de la estructura de la futura CNC.

Pero más allá de criterios prácticos, la ventaja más importante de atribuir el control de la contratación pública en primera instancia a la futura CNC y a los organismos de defensa de la competencia autonómicos es que el sistema de recursos se integraría en un sistema de promoción y defensa de la competencia consolidado, en el que la CNC tendrá a su disposición un amplio abanico de instrumentos jurídicos para garantizar el respeto de la legalidad y promover una mayor transparencia y competencia en la contratación pública.

3.1.4.1.1.2 Revisión administrativa de oficio

Como se ha explicado anteriormente, quizá el problema más grave al que se enfrenta el control de la legalidad en materia de contratación pública es la reticencia de las empresas a recurrir las decisiones de los órganos de contratación en este campo³⁴.

Por ello, parece absolutamente necesario reconocer expresamente a la autoridad encargada de controlar la contratación pública la facultad de iniciar de oficio investigaciones sobre licitaciones y contratos públicos sujetos o no a regulación armonizada. Estas investigaciones serían impulsadas con toda probabilidad por denuncias informales o anónimas (funcionarios, empresas perjudicadas, ciudadanos, etc.)³⁵.

resolución de conflictos en materia de contratación pública. La verdadera finalidad de esta propuesta, como se ha podido comprobar, es ofrecer, en este trascendental campo de la contratación pública, una mayor garantía a los particulares que faciliten la satisfacción – si hay lugar a ello – de sus pretensiones frente a la Administración. Lo que se pretende, en definitiva, es eludir la inaplicación de esta legislación, así como suplir o evitar la intervención jurisdiccional, costosa, lenta y, en muchos casos, ineficaz.”

³³ Id., página 166, nota 301: “La principal ventaja para el ciudadano – y para las Administración – es que los recursos serán resueltos por unas comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, gozando por tanto, de independencia funcional, por lo que, en teoría, pueden sustituir eficazmente a los recursos administrativos y jurisdiccionales ya que, además de tratarse de procedimientos más sencillos, rápidos, informales y económicos que éstos últimos, suman, como principal ventaja, su carácter independiente frente a los órganos administrativos, tanto instructor como resolutorio, de manera que pueden servir – sin suponer una quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva – de descarga a los tribunales.” Véase asimismo, nota 300, páginas 165 y 166: “Sin duda, debe tenderse a que estos organismos de control tengan carácter independiente como mecanismo para una eficaz supervisión de la correcta aplicación de las reglas de contratación pública. Así lo defiende igualmente R. MUÑOZ, “La mise en place d’authorités administratives indépendantes dans le domaine des marchés publics”, *Revue de Marché Unique Européen* núm. 3, 1999, pp. 221-267”

³⁴ Vid. Sección “Demanda de los agentes económicos” de este artículo. Estas reticencias vienen motivadas por la percepción generalizada de que una reclamación contra la administración puede perjudicar las posibilidades de éxito en futuras licitaciones.

³⁵ En relación a la posible avalancha de denuncias y el consiguiente riesgo de colapso del sistema, no es probable que los recelos de las empresas a denunciar desaparezcan de la noche a la mañana. En

En principio, la naturaleza dual de la CNC³⁶ permitiría atribuir a este organismo la facultad de investigación y resolución y someter el control de legalidad en materia de contratación pública al procedimiento sancionador ordinario en materia de defensa de la competencia. Este procedimiento podría operar tanto en la fase pre-contractual como en la fase post-contractual, si bien lógicamente en la fase pre-contractual tendría un carácter subsidiario en relación al recurso especial y las medidas provisionales a instancia de parte, en los que los plazos son sumarios y concurren algunas particularidades como la suspensión automática de la licitación³⁷.

Si bien esta propuesta puede parecer ambiciosa, conviene recordar que aun en ausencia de atribución expresa a la CNC de la facultad de revisión de oficio de la legalidad de los contratos públicos, conviene señalar que, en virtud del nuevo artículo 12.3 de la LDC, la CNC podría recurrir ante los tribunales los actos administrativos realizados en el curso de licitaciones públicas que produjesen efectos contrarios a la competencia:

“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.

En suma, en virtud del Artículo 39.1 de la LDC, la CNC podría reclamar información tanto a las particulares como a las Administraciones y si sus investigaciones arrojasen indicios de ilegalidad en la contratación pública, la CNC podría recurrir ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo los actos administrativos relacionados con la contratación pública que produzcan efectos anticompetitivos.³⁸

todo caso, el procedimiento de información reservada previa a la apertura formal de un expediente sancionador es una herramienta jurídica que permitiría a la CNC archivar sumariamente las denuncias infundadas. Por otra parte, la CNC no estará obligada a actuar en relación a denuncias anónimas o informales, posiblemente la mayor fuente de información sobre ilegalidades en materia de contratación pública, por lo que no cabe esperar una saturación de la CNC.

³⁶ La CNC estará integrada por un Consejo encargado de resolver asuntos y una Dirección de Investigación con funciones de instrucción de expedientes, investigación, estudio y preparación de informes

³⁷ Las reclamaciones de terceros contra los acuerdos de adjudicación provisional, los pliegos reguladores de la licitación y los que establezcan las características de la prestación, y los actos de trámite adoptados en el procedimiento antecedente, siempre que éstos últimos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, seguirían estando sometidos al procedimiento de revisión especial.

³⁸ De esta forma, el modelo español replicaría *de facto* el modelo adoptado en Dinamarca respecto a las facultades de fiscalización de la autoridad de competencia, si bien en este país también se ha creado una autoridad especial encargada de resolver en primera instancia los recursos en materia de contratación pública.