

**LA LIBRE CONCURRENCIA EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
(SENTENCIA Nº 853 DE 18 DE MAYO DE 2000 DE LA SALA DE LO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE GALICIA (SECCIÓN 1ª), REXURGA Nº 27, MARG. 154/2000)**

Mª ANTONIA ARIAS MARTÍNEZ
Área de Dereito Administrativo
Facultade de Dereito
Universidade de Santiago de Compostela

I. INTRODUCCIÓN

El acceso a la contratación pública en condiciones de igualdad de todos los posibles contratistas ha sido una preocupación constante en la regulación del régimen jurídico de los contratos celebrados por los entes públicos. En este sentido puede verse la Exposición de Motivos de la Ley 13/1995 de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCAP) que señala

“los treinta años transcurridos desde la vigencia de la antigua Ley, en un periodo de tiempo de profundos cambios técnicos, económicos y jurídicos, hacen que la misma aparezca hoy como insuficiente para regular satisfactoriamente los contratos administrativos, al mismo tiempo que la experiencia obtenida de su aplicación se aprovecha para incorporarla a los preceptos de la nueva Ley. Una de las más importantes enseñanzas de esa experiencia es la de la necesidad de garantizar plenamente la transparencia de la contratación administrativa como medio para lograr la objetividad de la actividad administrativa y el respeto a los principios de igualdad, no discriminación y libre concurrencia”¹.

¹ Asimismo, la Exposición de Motivos de la Ley 53/1999 de 28 de diciembre por la que se modifica la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas señala que una de las razones que justifican dicha modificación es la necesidad de introducir “una mayor objetividad, transparencia y concurrencia en la contratación administrativa”.

Estos principios se encuentran positivizados en el artículo 11.1 de la LCAP al disponer que “los contratos de las Administraciones públicas se ajustarán a los principios de publicidad y concurrencia, salvo las excepciones establecidas por la presente Ley y, en todo caso, a los de igualdad y no discriminación”. Esto significa, por una parte, que dichos principios han de presidir todo el procedimiento de preparación y adjudicación de los contratos a celebrar por las Administraciones Públicas. Y, por otra, que la vulneración de cualquiera de dichos principios en alguna de las fases del procedimiento de contratación puede ser denunciado ante el juez por aquellos interesados que se consideren de alguna manera discriminados en el desarrollo de dicho procedimiento.

Estas previsiones en orden a facilitar la concurrencia en condiciones de igualdad y no discriminación se traducen en los procedimientos y formas de preparación y adjudicación de los contratos públicos ya que una de sus misiones es reducir el margen de la posible discrecionalidad administrativa en favor de la imparcialidad y objetividad de su actuación. Por lo tanto, a través del procedimiento de contratación además de procurar que la Administración contrate al aspirante más solvente y que presente las mejores condiciones de oferta, se trata de conseguir la igualdad de oportunidades de todas las empresas que aspiran a contratar con la Administración. Esto significa que en los procedimientos de selección de contratistas no sólo se trata de proteger los intereses económicos que la Administración tiene a su cargo sino que también debe existir “cuidado por garantizar un trato igual, sin discriminaciones, de la Administración a los administrados”².

En definitiva, la LCAP no permite ninguna práctica restrictiva de la competencia ya que una de sus finalidades es, como hemos visto, asegurar la libertad de concurrencia de las empresas y la selección de la mejor oferta.

Partiendo de estas premisas procederemos en las líneas que siguen al análisis de la Sentencia de 18 de mayo de 2000 dictada por la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. El núcleo fundamental de esta decisión se centra en resolver si en el diseño del pliego de cláusulas administrativas particulares se han producido, o no, irregularidades o ilegalidades con el fin de beneficiar a un licitador concreto en perjuicio de los demás.

II. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN LITIGIOSA

La celebración de los contratos por las Administraciones Públicas se inicia mediante la tramitación de un procedimiento denominado “expediente de contratación” que constituye, por lo tanto, la actuación preparatoria del contrato administrativo. Los documentos más

² BOQUERA OLIVER, J.Mª, *La selección de contratistas. Procedimiento de selección y contrato*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1963, págs. 15-16.

relevantes del expediente son, como se sabe, los pliegos de cláusulas administrativas particulares elaborados para cada contrato con el fin de disciplinar el objeto del mismo. Precisamente por ello se han definido como el documento base del contrato con arreglo al cual éste debe ser cumplido al incluirse en el mismo los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones que asumirán las partes del contrato (art. 50). Estas cláusulas, que pueden aceptar o no las condiciones generales (art. 51), son elaboradas para cada contrato y sobre ellos recae el consentimiento de las partes. El resto del contenido del contrato es de derecho necesario, se impone a las partes en virtud de disposiciones legales o reglamentarias. Por lo tanto, los pliegos particulares de condiciones se subordinan, única y exclusivamente, a las Leyes y Reglamentos.

Tienen, como hemos señalado, carácter de documento base, lo que significa que deben estar presentes en todo proceso contractual y que deberán aprobarse antes de la perfección del contrato ya que en caso contrario se desconocería el contenido, objeto y plazos de la relación contractual y el contrato no podría perfeccionarse. Por ello, los pliegos de cláusulas particulares se consideran parte integrante de los respectivos contratos (art. 50.5) constituyendo sus estipulaciones las reglas con arreglo a las cuales el contrato debe ser cumplido.

Ahora bien, la LCAP no desciende a especificar el contenido de los pliegos de cláusulas particulares salvo para el caso de que el procedimiento de adjudicación sea el concurso en cuyo caso el contenido esencial de los Pliegos viene determinado en el artículo 87 de la Ley.

Como es sabido, la adjudicación de contrato mediante el concurso exige, frente al automatismo de la subasta, que el órgano de contratación realice una valoración de los méritos de los contratistas de acuerdo con los criterios objetivos que se hayan establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Estamos ante un acto preparatorio del contrato que tiene carácter de básico o fundamental lo que determina que si se ve afectado de un vicio de nulidad o anulabilidad se invalida y arrastra consigo la invalidez de los actos de adjudicación realizados y, por lo tanto, la invalidez del contrato mismo³.

De acuerdo con la LCAP la Administración podrá concertar contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración (art. 4). Esto significa, que pueden considerarse inválidas aquellas cláusulas particulares contenidas en el pliego de condiciones que contravengan lo dispuesto en el citado precepto.

Pues bien, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia objeto de este trabajo se resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución dictada el 14 de abril de 1997 por la Universidad de Santiago de Compostela en virtud de la

³ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., "La invalidez de los contratos públicos", *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid: Civitas, 1996, págs. 298-299.

cual se aprobó el pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación de la ejecución de obras de dicha Universidad por concurso público. En un primer momento, el escrito de interposición extendía su impugnación al acuerdo rectoral de 15 de abril de 1997 de la citada Universidad por el que se anunciaba el concurso público para la contratación de la obra del edificio para la Facultad de Ciencia de la Información, que había de estar regido por aquel pliego de cláusulas administrativas, sin embargo, posteriormente, se observa que lo único combatido por la demandante es la resolución citada en primer lugar dirigiendo únicamente contra ella todos sus argumentos tanto en vía administrativa como en la contencioso-administrativa.

El Tribunal resuelve desestimar el recurso tras analizar cada uno de los motivos de impugnación. De entre todos ellos nos centraremos, como ya hemos señalado más arriba, en el que a nuestro juicio es el más importante, esto es, la alegación por la parte demandante de que en el pliego de cláusulas administrativas se han producido importantes irregularidades e ilegalidades movidas por el intento de beneficiar a un licitador concreto en perjuicio de los demás. Estas irregularidades que tienen como base común la quiebra de la igualdad en la libre concurrencia son: (i) la exigencia de una clasificación administrativa que se considera ilegal; (ii) la imposición de la obligación de justificar la solvencia económica, financiera y técnica del licitador cuando según lo establecido en la LCAP en caso de exigencia de clasificación no cabe imponer la acreditación de aquella solvencia y (iii) la imposición de unos criterios de adjudicación que sólo pueden cumplir algunas empresas⁴.

⁴ Los otros motivos de impugnación son, brevemente expuestos, los siguientes: (i) el dictado del acto prescindiendo del procedimiento establecido de acuerdo con el convenio de colaboración suscrito entre la USC y la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria, de modo que el pliego de condiciones debería contar con el visto bueno de la Comisión de Seguimiento y, sin embargo, no consta que así haya ocurrido. Este motivo no prospera porque la USC demuestra que sí se produjo ese visto bueno; (ii) vulneración de los artículos 102 y 146 de la LCAP al no permitir incremento del precio a lo largo de la vigencia del contrato excepto por exceso de mediciones en las cimentaciones o por los cambios necesarios en las mismas. El Tribunal no reconoce dicha vulneración ya que se acomoda la citada cláusula al *ius variandi* o prerrogativa que se reconoce a la Administración de modificación unilateral del contrato siempre que sea debida a necesidades nuevas o causas imprevistas. En la cláusula en cuestión se concretan las causas que pueden dar lugar al incremento del precio, estos supuestos especificados constituyen a juicio del Tribunal las aludidas causas imprevistas y (iii) vulneración del artículo 100.4 de la LCAP. En el epígrafe VII, nº 16-2 del pliego, relativo a la forma de pago se dispone que la Universidad “expedirá mensualmente certificaciones, que comprendan la obra ejecutada durante dicho periodo de tiempo, dichos abonos tienen el concepto de pagos a buena cuenta, sin que suponga en forma alguna, aprobación y recepción de las obras que comprenden”. De acuerdo con el artículo 100.4 la “Administración tendrá obligación de abonar el precio dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato, sin perjuicio del plazo especial establecido en el artículo 148 y si se demorase deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de dos meses, el interés legal del dinero incrementado en 1,5 puntos, de las cantidades adeudadas”. Lo cierto es que como argumenta el Tribunal son dos disposiciones compatibles, según la primera cada mes se expide una certificación de obra ejecutada y conforme a la segunda en el plazo de dos meses deberá ser abonada. Afirma el Tribunal que lo que la Ley impone no es imprescindible incluirlo en el pliego de cláusulas ya que rige mientras esté vigente la LCAP.

III. LA CLASIFICACIÓN ADMINISTRATIVA DE CONTRATISTAS

Para poder contratar con la Administración el contratista además de tener capacidad de obrar debe acreditar su solvencia económica y técnica o profesional⁵. Con el fin de asegurar esta solvencia y competencia técnica la LCAP exige que las empresas españolas que quieran contratar con la Administración acrediten dicha solvencia económica y técnica a través del requisito de su “clasificación”. Este requisito se define como un acto administrativo mediante el que se declara la aptitud de una empresa para la realización de determinados tipos de contratos⁶. La clasificación supone, por lo tanto, una garantía para el cumplimiento del contrato por ello habilita a los empresarios debidamente clasificados para concurrir a una determinada categoría de contratos.

En el supuesto de la Sentencia que estamos examinando, se exige que las empresas licitadoras presenten como requisito indispensable, el certificado expedido por el Registro Central del Ministerio de Economía y Hacienda de haber obtenido previamente la clasificación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de entre los grupos A, C, I, y J (movimietnos de tierras, edificaciones, instalaciones eléctricas e instalaciones mecánicas), de 17 subgrupos y de las categorías B, C, D, y E. A juicio del demandante esta clasificación contraviene el artículo 293 del Reglamento General de la Contratación aprobado por Decreto 3410/1975⁷, de 25 de noviembre y la Orden de 28 de marzo de 1968, por la que se dictan normas complementarias para la clasificación de contratistas de obras del Estado, en donde se establece que el número de subgrupos exigibles no podrá ser superior a cuatro. Considera la demandante que la clasificación exigida quiebra la igualdad en la libre concurrencia y, por lo tanto, es ilegal.

La regularidad de la clasificación exigida se demuestra con facilidad apelando, como hace el Tribunal, a la racionalidad y a las mismas disposiciones normativas que regulan la clasificación de contratistas y que, como hemos visto, han servido, a la parte actora como apoyo de su demanda. Nos referimos a los artículos 14 y 15 de la mencionada Orden de 28 de marzo de 1968⁸. El primero de los preceptos citados establece que “salvo casos excep-

⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T-R FERNÁNDEZ (*Curso de Derecho Administrativo I*, Ed. 10ª, Madrid: Civitas, 2000, pág. 701) hacen referencia a la clasificación como “un verdadero requisito de capacidad, aunque especial, pues la Ley presume fundadamente que quien carece de esta aptitud está tan impedido de llevar a buen término el contrato como lo estaría una persona en la que no concudiesen los requisitos generales de capacidad”.

⁶ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo*, Vol. II, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1999, pág. 202.

⁷ El citado artículo 293 dispone que “la Administración, al aprobar técnicamente los proyectos de obras, fijará los grupos y subgrupos en que deben estar clasificados los contratistas que en su día opten a la adjudicación del contrato (...)”

⁸ La remisión reglamentaria que realiza el artículo 25.4 de la LCAP para la determinación de los grupos generales y subgrupos en que puede dividirse el objeto de los contratos, se entiende realizada a la Orden de 28 de marzo de 1968.

cionales” el número de subgrupos no podrá ser superior a cuatro. Se trata, por lo tanto, de determinar si estamos o no ante uno de esos casos excepcionales a los que hace referencia el citado artículo 14. Consideramos con el Tribunal que la obra que fue objeto de licitación específica y peculiar en relación con la construcción de otros edificios para usos docentes universitarios tal como aparece justificado en el informe técnico de la Oficina de Arquitectura y Urbanismo de la USC donde se demuestra la peculiaridad de la obra y justifica la racionalidad de la aplicación de la cláusula que ahora se examina.

Por otra parte, y de acuerdo con el artículo 15 de la citada Orden, cuando en el conjunto de las obras se de la circunstancia de que una parte de ellas tenga que ser realizada por casas especializadas, si el contratista no estuviera clasificado en las especialidades de que se trate podrá subcontratar esta parte de la obra con otro u otros clasificados en el subgrupo o subgrupos correspondientes y no le será exigible al principal la clasificación en ellos. No obstante, termina el precepto estableciendo que “el importe de todas las obras sujetas a esta obligación de subcontratar no podrá exceder del 50% del precio del contrato”. Si aplicamos el contenido del precepto al supuesto del caso concreto que estamos analizando, las peculiaridades de la obra a contratar hacen factible que exceda del 50% el importe de las obras específicas que podrían corresponder a empresas especializadas, de modo que al no permitir el citado artículo 15 una subcontrata superior al 50% del precio del contrato, la clasificación de que se trata ha de exigírsele al contratista con lo que como manifiesta el Tribunal “queda alejado de todo viso de ilegalidad al concordar con la lógica la actitud de la demandada”.

De todas formas, el Tribunal puntualiza que la posible ilegalidad de la clasificación por el vicio que le achaca la demandante, esto es, limitar la libre competencia, tendrá que alegarse en cada caso en que la aplicación de la citada cláusula pueda causar un perjuicio concreto, ya que su simple previsión general no quiebra los principios de igualdad y libre concurrencia.

Por todo ello, cabe concluir con el Tribunal que “la racionalidad de las exigencias de clasificación, adaptada a las peculiaridades de las obras de que se trata, a la vez que sirve para fundar el contenido de la cláusula impugnada, aleja el riesgo de arbitrariedad y desvirtúa la atribución de la intención de exclusión a priori de unas empresas en beneficio de una sola, todo ello sin perjuicio de que si en la aplicación práctica, en cada obra, de aquella cláusula, se apreciase dicho privilegio se podría denunciar a través de la interposición del recurso correspondiente”.

IV. SOLVENCIA ECONÓMICA, FINANCIERA Y TÉCNICA Y/O CLASIFICACIÓN DEL LICITADOR

La segunda irregularidad contenida, a juicio de la demandante, en el pliego de cláusulas administrativas es la imposición de la obligación de justificar la solvencia económica,

financiera y técnica del licitador cuando según lo establecido en el artículo 15 de la LCAP, no cabe imponer la acreditación de esa solvencia en caso de exigencia de clasificación. Por lo tanto, y según dicho precepto, al empresario que quiera contratar con la Administración se le exige además de capacidad de obrar, solvencia tanto económica y financiera como técnica o profesional. Con la primera se persigue garantizar el adecuado cumplimiento del contrato frente a posibles problemas económicos o financieros del contratista adjudicatario. Es decir, “se trata de excluir desde un primer momento y con carácter general la posibilidad de que puedan ser contratistas personas no idóneas para ejecutar el contrato desde una perspectiva monetaria”⁹. Asimismo, con la exigencia de solvencia técnica y profesional se trata de asegurar también desde un primer momento que el contratista ofrece una garantía de capacidad material suficiente para la realización del contrato¹⁰.

En unos supuestos esta solvencia económica y técnica debe ser acreditada en cada caso por el empresario, mientras que en otros debe acreditarse a través de la clasificación de la empresa de forma que la solvencia queda acreditada a través de la clasificación. Por ello los requisitos exigidos para acreditar la solvencia y para obtener la clasificación son los mismos (arts. 16, 17, 18 y 19 de la LCAP). De modo que la clasificación sustituye o desplaza en los casos que sea exigible la acreditación de la capacidad y solvencia de las empresas en el sentido de que esta es sustituida por aquella.

No obstante, cabe distinguir con el Tribunal entre el momento de la admisión de la licitación y el de la valoración de la oferta que se presente. La clasificación sustituye a la solvencia económica, financiera y técnica o profesional en el momento de la admisibilidad pero, sin embargo, este factor es de indudable influencia a fin de que los órganos de contratación adopten su decisión.

En efecto, el requisito de solvencia -tanto financiera como técnica- juega un doble papel en la contratación administrativa. Por una parte, es un requisito de capacidad: su posesión le permite participar en la licitación de un contrato. Pero, por otra parte, “la mayor o menor aptitud financiera, la propia experiencia económica adquirida por el desenvolvimiento anterior de otros contratos, viene a constituir un mérito de cara a la adjudicación del contrato por el que esté optando, frente a otros empresarios licitantes”¹¹.

En definitiva, “si se detectase un caso de empresa clasificada a la que se excluyese de la participación en el concurso por ausencia de aquel requisito específico de solvencia, con

⁹ GIL IBÁÑEZ, J.L., “Capacidad para contratar y clasificación de los cotratistas”, *Contratación administrativa*, Dir, J.L. Gil IBÁÑEZ, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995, pág. 264.

¹⁰ GIL IBÁÑEZ, J.L., “Capacidad para contratar y clasificación de los cotratistas”, *op cit*, pág. 266.

¹¹ MORELL OCAÑA, L., “Requisitos de los contratos. Capacidad y solvencia de las empresas (arts. 10 a 23 de la Ley)”, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, *op cit*, pág. 156.

base en ello podría impugnarse tal proceso, pero lo que no cabe es anular con carácter general una cláusula particular que claramente se refiere al momento ulterior de la valoración”.

V. LA LIBRE COMPETENCIA Y LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN PREVISTOS EN LOS PLIEGOS

En el epígrafe IV del pliego de condiciones que aparece bajo la rúbrica de “calificación” se establecen por orden de prelación *los criterios que se tendrán en consideración* para la valoración de las proposiciones. Estos son:

“Las ofertas serán calificadas técnicamente por la Oficina de Arquitectura y Urbanismo de la Universidad de Santiago. Para la valoración de las proposiciones se tendrán en consideración los siguientes criterios, por orden de prelación:

1º precio ofertado.

2º solvencia técnica que vendrá determinada por:

a) obras de naturaleza análoga a la del concurso, que la empresa realizó, a plena satisfacción, dentro de los últimos tres años.

b) obras de naturaleza análoga a la del concurso, que la empresa realizó, a plena satisfacción, dentro de los últimos tres años, para la Universidad de Santiago de Compostela, independientemente de la Administración contratante.

c) títulos académicos y experiencia del empresario y de los cuadros de la empresa y, en particular, del o de los responsables de las obras. Maquinaria, material y equipo técnico del que dispondrá el empresario para la ejecución de las obras. Efectivos medios anuales de la empresa y la importancia de sus equipos directivos durante los tres últimos años. Técnicos, o las unidades técnicas, estén o no integradas en la empresa de los que esta disponga para la ejecución de las obras.

d) Medios humanos adscritos a pie de obra.

3º Plazo de ejecución ofertado. Se cuidará el máximo rigor en este extremo de la oferta, dado que un acortamiento del plazo excesivo o indebidamente justificado, puede considerarse temerario, y ser valorado en consecuencia negativamente.

4º Las ofertas que sean consideradas como susceptibles de incumplimiento, de acuerdo con la cláusula 11.3 (esto es, la anterior) podrán ser valoradas negativamente”.

El demandante sostiene que de este epígrafe se extrae el carácter prevalente casi absoluto que se otorga al hecho de haber ejecutado, a plena satisfacción, para la USC obras de naturaleza análoga a la del concurso dentro de los últimos tres años (apartado 2 b).

Sin embargo, entiende el Tribunal que en los tres primeros apartados de este epígrafe IV del pliego se establece un criterio objetivo de solvencia técnica que no necesariamente entraña privilegio sino garantía de experiencia y de buena realización en la especificidad propia de la construcción de edificios universitarios con sus peculiaridades. Además sostiene el Tribunal que tampoco se está utilizando como criterio de selección cualitativa ya que claramente se contiene como pauta a tomar en consideración en la fase ulterior de adjudicación.

Como subraya BOQUERA OLIVER, el derecho a ser contratista implica el derecho a participar en los procedimientos en virtud de los cuales se valorarán las ofertas y se elegirá la más conveniente para la Administración¹². Ahora bien, el pliego de condiciones no puede contener cláusulas administrativas cuyo fin sea eliminar de la competencia a los licitadores que la Administración desee. No hay que olvidar que de acuerdo con la LCAP (art. 11) la libertad de concurrencia es uno de los principios fundamentales en los que se apoya la contratación de las Administraciones Públicas. Este principio exige el establecimiento de un sistema que permita seleccionar a un contratista en base al principio de igualdad y no discriminación entre los empresarios concurrentes a cada adjudicación. Por lo tanto, la finalidad de la Ley es asegurar la libertad de concurrencia de las empresas y la selección de la mejor oferta, para lo cual la LCAP ha articulado unos procedimientos (abierto, restringido y negociado) con unas formas (subasta y concurso) de adjudicación que aseguren la concurrencia y la objetividad de todo el proceso.

De acuerdo con el artículo 86 se adjudicarán por concurso aquellos contratos en los que la selección del empresario no se efectúe exclusivamente en atención a la oferta cuyo precio sea más bajo¹³. La adjudicación recaerá en el licitador que, en su conjunto, haga la proposición más ventajosa, teniendo en cuenta los criterios que se hayan establecido en los pliegos, sin atender exclusivamente al precio de la misma y sin perjuicio del Derecho de la Administración a declararlo desierto (art. 75.3)¹⁴.

Su característica esencial es, por lo tanto, su mayor flexibilidad tanto para los licitadores como para la Administración. Y ello, porque, como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, a los primeros les otorga una mayor libertad de configuración de sus proposiciones al permitirles introducir variantes o alternativas cuando las mismas responden a requisitos y modalidades señaladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares (art. 88)¹⁵. Para la

¹² BOQUERA OLIVER, J.Mª., *op cit.*, pág. 29.

¹³ Este artículo cambia su numeración y pasa a ser el artículo 85 en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio (en adelante TRLCAP).

¹⁴ Este artículo cambia su numeración y pasa a ser el artículo 74.3 en el TRLCAP

¹⁵ Este artículo cambia su numeración y pasa a ser el artículo 87 en el TRLCAP.

Administración, porque no tiene que atenerse únicamente al precio ofrecido y puede elegir la proposición que considere más ventajosa desde el punto de vista global¹⁶.

Ahora bien, la LCAP ha tratado de restringir al máximo la discrecionalidad de elección de la Administración, estableciendo en su artículo 87 que

“1. En los pliegos de cláusulas administrativas particulares del concurso se establecerán los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, tales como el precio, la fórmula de revisión, en su caso, el plazo de ejecución o entrega, el coste de utilización, la calidad, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la posibilidad de repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otras semejantes, de conformidad a las cuales el órgano de contratación acordará aquélla.

2. Los criterios a los que se refiere el apartado anterior se indicarán por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya”¹⁷.

El órgano competente deberá proceder a la adjudicación apoyando su decisión imparcial en criterios objetivos y hechos públicos a través del pliego de condiciones. Esto significa que cuando la forma de adjudicación es el concurso “deben objetivarse los factores, módulos o baremos en el pliego de condiciones, de forma que la transparencia y la no discriminación sean una auténtica realidad”¹⁸.

En definitiva, de acuerdo con estos preceptos se establece como pauta para la adjudicación que se atienda a los criterios establecidos en los pliegos quedando proscrita la posibilidad e atender únicamente al precio y estableciendo dichos criterios por orden decreciente.

Por lo tanto, como sostiene el Director General de Política Económica y Defensa de la competencia en su Acuerdo de 15 de noviembre de 1997 posteriormente confirmado por el Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia¹⁹ “en el Pliego de cláusulas administra-

¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T-R. FERNÁNDEZ, *op cit*, pág. 704.

¹⁷ Este artículo cambia su numeración y pasa a ser el artículo 86en el TRLCAP. Asimismo la Ley 53/1999 de modificación de la LCAP da una nueva redacción al apartado 2º y adiciona unos nuevos apartados 3º y 4º. La ampliación del contenido del apartado 2º junto con los nuevos apartados 3º y 4º el legislador pretende otorgar una mayor objetivización a los criterios de adjudicación y con ello restringir al máximo las potestades discrecionales de la Administración.

¹⁸ ESQUERDA ROSET, J.Mª., “Principales innovaciones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con especial referencia a la Administración Local”, *RAP*, nº 138, 1995, pág. 370.

¹⁹ La recurrente el 23 de julio de 1997 ha interpuesto contra la USC una denuncia por prácticas restrictivas de la competencia ante la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia. Este órgano en

tivas constará como uno de los criterios dentro de la solvencia técnica exigida la necesidad de relacionar las obras de naturaleza análoga a la del concurso que la empresa hubiera realizado para la Universidad de Santiago de Compostela, si ese fuera el caso, no significa que se esté excluyendo del concurso a empresas que no hubieran realizado obras con anterioridad para la citada Universidad, ni ese criterio es concluyente ni excluyente. Existen otros muchos criterios que la Mesa de contratación tiene que tomar en consideración a la hora de adjudicar una obra, como son el precio ofertado, plazo de ejecución, medios humanos adscritos a pie de obra, etc.”.

Por todo ello cabe concluir con el Tribunal que en este caso “no se aprecia en el clausulado combatido la arbitrariedad que se denuncia ni el favoritismo discriminatorio que se le achaca, ajustándose a lo que establece la indicada normativa española así como a la comunitaria”.

Exactamente lo mismo cabe decir respecto a lo previsto en el apartado 4º del arriba transcrito epígrafe IV del pliego donde se establece la posibilidad de valoración negativa de las ofertas que sean susceptibles de incumplimiento, esto es, aquellas de porcentaje de baja en 10 unidades por lo menos, a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones presentadas. El Tribunal entiende que es razonable que si una oferta presenta visos de ser considerada temeraria desde el punto de vista tanto económico como técnico, exista la posibilidad de evaluación negativa por entenderse que no será susceptible de cumplimiento. No cabe hablar, por lo tanto, de desigualdad o discriminación porque el diferente tratamiento “que merece la oferta temeraria tiene una base objetiva y racional ya que al objetivar lo que se entiende por proposición temeraria permite su control y aleja todo viso de arbitrariedad y discriminación”.

Finalmente cabe poner de manifiesto con el Tribunal que en función de la prueba documental practicada se observa que una buena parte de las empresas que suscriben y apoyan el recurso estaban clasificadas y capacitadas para concurrir a la obra de la Facultad de Ciencias de la Información, de modo que si finalmente sólo ha firmado una constructura fue porque voluntariamente los demás constructores no quisieron acudir a la licitación ya que el clausulado que ahora se enjuicia no se lo impedía.

VI. REFLEXIÓN FINAL

La Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia dispone en su artículo 2º que las prohibiciones contenidas en el artículo 1º, esto es aquellas que tengan como fin

su resolución de 11 de noviembre de 1997 decretó el archivo de la citada denuncia por no apreciar indicios de infracción de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, siendo confirmado dicho Acuerdo por el Pleno del Tribunal del Defensa de la Competencia de 4 de marzo de 1998.

“impedir, restringir o falsear la competencia”, serán de aplicación a las situaciones “de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal”. El contenido general de esta disposición aparece concretado en el ámbito de la contratación pública a través de la LCAP que establece una prohibición expresa de limitación de la libre competencia en la contratación de las Administraciones Públicas (art. 11). De ahí la exigencia legal de que los pliegos de cláusulas administrativas particulares, documento central del denominado expediente de contratación, contengan los criterios objetivos básicos que permitan el acceso y posterior selección en condiciones de igualdad y no discriminación de todos los posibles licitadores. Esta exigencia reviste, como es sabido, una especial relevancia cuando la forma de adjudicación prevista es el concurso.

En el caso concreto de la sentencia aquí estudiada, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha realizado una interpretación racional y en absoluto forzada de la normativa en ese momento vigente en materia de contratación pública con lo que ha conseguido demostrar que las cláusulas contenidas en el pliego de condiciones administrativas particulares no eliminan la libre concurrencia y que, por lo tanto, no sólo no se infringe la LCAP sino que tampoco se vulnera la Ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia (art. 2), como así lo puso de manifiesto el citado Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia posteriormente confirmado por el Tribunal de Defensa de la Competencia.

En definitiva, desde el punto de vista de la libre competencia y del acceso a la contratación pública en condiciones de igualdad y no discriminación las previsiones generales contenidas en las cláusulas objeto de examen no padecen vicio invalidante alguno, lo que no impide que se vuelva a enjuiciar su validez si se considera que la aplicación de las mismas a un caso concreto causa algún perjuicio.