

# El Consejo de la Competencia y los contratos públicos

SUMARIO: I. LA REPRESION DE LOS COMPORTAMIENTOS DE LAS EMPRESAS. II. LAS REGLAS DE FONDO. III. LAS NORMAS DE PROCEDIMIENTO. IV. LA AUSENCIA DE REPRESION DE LOS COMPORTAMIENTOS DE LOS CONTRATANTES PUBLICOS. V. EL «BLOQUEO» JURIDICO. VI. EL ANALISIS ECONOMICO.

Más allá de su aspecto propiamente técnico el tema plantea <sup>1</sup> una cuestión de principio que es la referida a la naturaleza más profunda de la contratación pública y su encuadramiento jurídico. Puesto que de lo que se trata es de la aplicación de las normas del Derecho de la competencia, ¿la contratación pública es el «acto de producción, de distribución o de servicio» cuya existencia depende de la sujeción a la disciplina de mercado definida por la Ordenanza modificada de 1 de diciembre de 1986 relativa a la libertad de precios y de la competencia, como prevé su artículo 53, o se trata más bien de un acto de con-

---

Artículo traducido por José Antonio DOMÍNGUEZ LUIS. Doctor en Derecho.

<sup>1</sup> Además de los trabajos dedicados a la cuestión en las obras generales de Derecho administrativo o de Derecho de los contratos administrativos, *vid.* CH. BRECHON-MOULENES (bajo la dirección de): *Droit des Marchés Publics*, Editions Le Moniteur, 1993, T. I, III, 130.3 y ss.; O. GUEZOU «Ententes et marchés publics», memoria DEA de Derecho público de la empresa de la Universidad de París X, 1991-1992 y nota en CE 31 de julio de 1993, «Compañía general de aguas» (a aparecer en *Les Petites Affiches* 1994; A. LAGUERRE: *Marchés publics et concurrence*, 1984 (anterior a la ordenanza de 1 de diciembre de 1986); L. RICHER: *L'application du droit de la concurrence au marchés publics*, CJEG, 1989, pp. 295 y ss.; véanse también los Informes anuales del Consejo de la Competencia (publicados por la Dirección de los Diarios Oficiales) y crónica jurisprudencial del Consejo de la Competencia en Contratos públicos.

sumo derivado de la libertad de elección del comprador, configurado por las normas públicas de protección de los consumidores?

El Código de los contratos públicos define en su artículo 1º los contratos públicos como «contratos celebrados (...) con ocasión de la ejecución de obras, la prestación de suministros y la gestión de servicios», es decir, como contrataciones con vistas a un consumo por las entidades públicas. La operación está sujeta sin duda a la observancia de las normas de la concurrencia previstas por el Código. Sin embargo, es necesario reseñar que esta obligación pesa directamente sobre las empresas y únicamente por vía «refleja» sobre las autoridades administrativas. Entre la entidad pública y su interlocutor no existe, pues, relación de concurrencia, sino de consumidor a profesional. En este sentido, el Código de la contratación pública, más que un código de la competencia es un código del consumo, y probablemente el primero de su género habida cuenta su antigüedad.

Diferente es la andadura de la norma de la competencia, que protege por igual la oferta y la demanda en el mercado y trata de la misma manera al comprador y al vendedor. Dejando a un lado el supuesto tradicional de la competencia desleal, el Derecho de la competencia ha sido introducido en el ordenamiento jurídico interno por Decreto de 9 de agosto de 1953, modificando la Ordenanza de 30 de junio de 1945 relativa a precios. El texto instituía la prohibición de prácticas concertadas dirigidas a falsear el juego de la competencia, a la cual se añadiría posteriormente la del abuso de posición dominante, y confiaba su aplicación al Ministro de Economía, asistido por la Comisión técnica de las *ententes* y de las posiciones dominantes, y finalmente de la Comisión de la competencia.

La aplicación de esta disposición a las empresas licitadoras o contratistas no presentó en principio dificultad alguna. Ello se debió quizá a la prudencia de que hizo gala la autoridad competente y que ilustra el primer dictamen emitido en la materia por la Comisión técnica de *ententes*, el 19 de noviembre de 1955, relativo a la concertación entre fabricantes de vidrio electrotécnico: «Si los precios ofertados por las dos sociedades con ocasión del concurso de los PTT están muy próximos y si se da el caso de que solamente un productor ha respondido a la licitación, tales hechos pueden explicarse por conveniencias industriales fundadas (*sic*) y no constituyen prueba de una concertación entre ambos productores. Resulta del expediente que la industria del vidrio electrónico puede estar llamada en el futuro a un cierto desarrollo. Conviene llamar la atención de la Administración sobre el interés que, llegado el caso, representa estimular una competencia más viva. Este clima podría prepararse, si el Gobierno lo considera posible, mediante una cierta liberación de los intercambios sin sobrecarga inútil de protección» (Colección Lamy de dictámenes y

decisiones de la Comisión de la Competencia y del Consejo de la Competencia, núm. 4).

La aplicación de la Ordenanza de 1 de diciembre de 1986, ya citada, debe abocar a una actitud más firme por parte de las autoridades encargadas de la aplicación del Derecho de la competencia. En términos generales, el texto normativo procede a una actualización de las prohibiciones de concertación anticompetencia y de abuso de posición dominante (arts. 7 y 8.1), añadiendo como novedad solamente el abuso de dependencia económica (art. 8.2). Por otra parte, sustrae al Ministro de Economía la competencia en materia de represión de las prácticas anticompetencia para transferirla al Consejo de la Competencia, a quien se ha otorgado el estatuto de autoridad administrativa independiente, y que se encuentra bajo el control de la Corte de Apelación de París y de la Corte de Casación. El Consejo conserva no obstante una competencia consultiva, ya sea para emitir dictámenes en favor de las personas enumeradas por el artículo 5 de la Ordenanza, ya sea en razón del control de las concentraciones (art. 38 y ss.).

Este nuevo dispositivo ha permitido, con carácter general, una represión más enérgica de los comportamientos anticompetencia de los operadores económicos. En el ámbito específico de los contratos públicos, el Consejo de la Competencia ha emitido una veintena de decisiones (por una cuarentena a lo largo de todo el período de vigencia de la Ordenanza de 30 de junio de 1945) de las cuales algunas tienen ya en adelante el carácter de «grandes dictámenes», como el emitido el 25 y 26 de octubre de 1989 en el sector de la obras públicas de carreteras (Repertorio del Consejo de la Competencia de 1989, p. 118).

Llegados a este punto, ¿la contratación pública puede considerarse entonces como «el acto de producción, de distribución y de servicio» al que se aplican las normas de la Ordenanza de 1 de diciembre de 1986 en virtud del artículo 53 ya citado?

La respuesta ha de ser negativa: la represión se ejerce, sin duda, frente a las empresas candidatas o contratistas, pero jamás frente a los contratantes públicos.

## I. LA REPRESIÓN DE LOS COMPORTAMIENTOS DE LAS EMPRESAS

Si tras la adopción de la Ordenanza de 1 de diciembre de 1986, las autoridades encargadas de la aplicación del Derecho de la competencia, y en primer lugar el Consejo de la Competencia, inspiran un cierto temor a los operadores económicos, ello se debe tanto a la propia normativa de fondo que aquéllas aplican como a los medios de que las mismas disponen para asegurar la represión de prácticas anticompetencia.

La disposición se aplica tal cual a los comportamientos manifestados con ocasión de la conclusión o de la ejecución de los contratos públicos, que el Consejo de la Competencia analiza a la luz de las normas de fondo y procesales previstas por la Ordenanza de 1 de diciembre de 1986.

## II. LAS REGLAS DE FONDO

La Ordenanza de 1 de diciembre de 1986 prohíbe, como se ha visto, las prácticas anticompetencia de *entente* (art. 7) y de abuso de dominación o de dependencia económica (art. 8), y el Consejo de la Competencia debe exigir el respeto a estas prohibiciones por parte de las empresas licitadoras o contratistas. Especialmente, su tarea se ve tanto más facilitada cuanto que tales incriminaciones encuentran eco en las propias disposiciones del Código de los contratos públicos, particularmente en las normas de libertad y de igualdad de acceso confirmadas de forma rotunda por la evolución más reciente del Derecho positivo.

Los asuntos de los que con mayor frecuencia conoce el Consejo de la Competencia son aquellos referidos a la aplicación del artículo 7 ya citado relativo a las *ententes* anticompetencia. En el Repertorio de 1988 (p. XXV), el Consejo expone a este respecto que «las concertaciones en caso de concurso son una forma clásica de *entente* anticompetencia». Esta concertación es el resultado, normalmente, de prácticas dirigidas a la coordinación de precios entre empresas, o de reparto de mercado o de la clientela de las que pueden encontrarse numerosas ilustraciones en la jurisprudencia del Consejo. Así, se dice en una decisión de 13 de noviembre de 1991 relativa a la situación de la competencia en el mercado del granito que «las prácticas de concertación constatadas en el presente caso, y de manera particular la organización coordinada de la fijación de tarifas y el reparto de pedidos, son perseguidas por imposición de la Ordenanza de 30 de junio de 1945 y la de 1 de diciembre de 1986, y las mismas son contrarias a la vez al artículo 50 de la primera y al artículo 7 de la segunda (Repertorio de 1991, p. 125).

Pero la situación no siempre resulta tan clara, porque el ingenio de los operadores concibe prácticas cada vez más sofisticadas, dando así lugar a un constante esfuerzo de «construcción» jurídica del Consejo de la Competencia, obligado a calificar modalidades siempre renovadas de concertación anticompetencia. Tal es el caso, por ejemplo, del intercambio de información entre empresas licitadoras eventualmente completado por una oferta de cobertura, que el Consejo ha analizado en su decisión ya citada de 24 y 25 de octubre de 1989 sobre la com-

petencia en el sector de las obras públicas de carreteras: «Si bien el hecho, por parte de una empresa, de presentar unilateralmente una oferta de entrada, denominada 'oferta carta de visita', no constituye una práctica anticompetencia, sí lo es por el contrario el hecho de concertarse con sus concurrentes para presentar una tal oferta. Las prácticas dirigidas, en el seno de una licitación, a señalar de antemano la empresa que deberá aparecer como la menos relevante, y a organizar la presentación de ofertas de cobertura para las demás, tiene por objeto y puede tener por efecto restringir o falsear el juego de la concurrencia sobre los contratos considerados. Ocurre igual en el caso de intercambios de informaciones previas a la presentación de ofertas» (Repertorio de 1989, p. 118).

Otro ejemplo reciente de práctica prohibida: la constitución de una estructura común entre concurrentes para «cortocircuitar» el procedimiento público de licitación y permitirles de este modo adjudicarse el contrato entre ellos. Este comportamiento ha sido descrito en una decisión de 4 de septiembre de 1990 relativa a prácticas referentes a los transportes sanitarios del hospital de Salon-de-Provence: «Las sociedades (...) han creado en 1985 la asociación denominada Atsus con el solo fin de presentar, por medio de su representante, una oferta agrupada en respuesta al concurso convocado cada fin de año por el CHG de Salon-de-Provence para la realización de los transportes de personas hospitalizadas que tiene a su cargo. Efectivamente, una tal oferta ha sido presentada por la Atsus con objeto de llevar a cabo estos transportes en 1986, 1987, 1988 y 1989. Al acaparar la Atsus los tres primeros años, la prestación del servicio se ha asegurado por las tres empresas que intervienen por turno, siguiendo un ritmo semanal» (Repertorio de 1990, p. 85).

El Consejo de la Competencia ha tenido menos oportunidades de aplicar, en el ámbito de los contratos públicos, el artículo 8.1 de la Ordenanza de 1 de diciembre de 1986 que prohíbe el abuso de posición dominante (en cambio, ejemplos más numerosos existen en materia de concesión). Una ilustración la ofrece la decisión de 18 de noviembre de 1992 relativa a una demanda de la sociedad Biwater, relativa a prácticas observadas en el contrato de las canalizaciones de hierro: «La sociedad Pont-à-Mousson ha aplicado, bajo la fórmula encubierta de las denominadas normas relativas a la normalización en los contratos públicos, una práctica que tiene por objeto y puede tener por efecto incitar a los jefes de obra y a los servicios técnicos abandonar los productos Biwater, precisamente cuando esta sociedad había presentado ofertas más competitivas que las de Pont-à-Mousson, sugiriéndoles que sus tubos no eran conformes a las normas homologadas en Francia, las cuales son de aplicación obligatoria en este tipo de contrato; esta práctica, que proviene de una empresa en posición

dominante y cuya influencia es tanto más importante cuanto que, implantada desde hace tiempo, es el único proveedor de canalizaciones de hierro dúctil, estaba dirigida a obstaculizar de forma artificial la entrada de un competidor en este contrato y está contemplada por las disposiciones del artículo 8 de la Ordenanza de 1 de diciembre de 1986» (BOCC 1993, p. 19).

Por último, el Consejo de la Competencia se ha referido al artículo 10 de la Ordenanza de 1 de diciembre de 1986, que exonera de las prohibiciones establecidas en los artículos 7 y 8 a aquellas prácticas que resultan de la aplicación de un texto legislativo (art. 10.1) o contribuyen al progreso económico (art. 10.2). Como se sabe, el beneficio de esta exención, que es solicitada sistemáticamente por las empresas demandadas, está sujeto a condiciones muy rígidas, como ha subrayado el Consejo de la Competencia en su Repertorio de 1988, precisamente con ocasión de un asunto relativo a la adjudicación de contrataciones públicas: «El Consejo considera, como resulta de su decisión relativa a prácticas constatadas en relación a la contratación de travesaños de madera inyectada (decisión n° 88-C-43, Repertorio de 1988, p. 97), que una concertación para la fijación de precios y de reparto de mercado llevado a cabo por una industria en recesión, caracterizada por una baja importante y duradera de la demanda, no contribuiría al progreso económico si la misma no se acompaña de un programa de reestructuración industrial de la profesión. Bien entendido, por otro lado, que es necesario que se cumplan las otras condiciones de aplicación de las disposiciones del número 2 del artículo 10 y, de modo particular, que conste que dicho programa no ha podido ser ejecutado sin contar con el recurso a estas prácticas anticompetencia» (Repertorio de 1988, p. XXVIII). Esto explica que no haya ejemplo, al menos que conozcamos, de una práctica anticompetencia constatada con ocasión de la conclusión o ejecución de un contrato público que haya podido ser cubierta por la aplicación del artículo 10.

En consecuencia, desde este punto de vista es evidente la continuidad que representa la Ordenanza de 1 de diciembre de 1986 en relación con el Derecho anterior. Las modificaciones que ha experimentado este texto normativo se refieren al ámbito procesal.

### III. LAS NORMAS DE PROCEDIMIENTO

La Ordenanza de 1 de diciembre de 1986 marca en este sentido una ruptura porque la misma confiere a las autoridades encargadas de la aplicación del Derecho de la competencia nuevos instrumentos que aseguran una eficaz represión de las prácticas anticompetencia.

En relación con el contexto general, es en este punto donde se sitúa la aportación específica del texto normativo: el primer dictamen del Consejo de la Competencia, correspondiente al año 1987, expresa claramente que «el hecho de que se hayan confiado al Consejo de la Competencia poderes que anteriormente estaban atribuidos al ministro de Economía constituye una importante innovación de la Ordenanza» (p. III).

También es preciso ser consciente de que estos poderes son mucho más importantes que aquellos ostentados en otro momento por la autoridad ministerial. En efecto, se trata, de una parte, de poderes de investigación (art. 45 y ss. de la Ordenanza) y de indagación (art. 48 y ss.) y, de otra parte, de poderes conminatorios y de sanción pecuniaria (art. 13), complementados por la posibilidad de adoptar medidas cautelares (art. 12). La puesta en práctica de estos medios se combina con importantes garantías. El poder de indagación (art. 48) se ejerce bajo control de la autoridad judicial. Además, de acuerdo con el artículo 18 de la Ordenanza «la instrucción y el procedimiento ante el Consejo de la Competencia son completamente contradictorios». Finalmente, y sin perjuicio de la posibilidad de prórrogas de ejecución (art. 15), las decisiones del Consejo pueden ser objeto de recurso ante la Corte de Apelación de París cuyas sentencias pueden ser recurridas ante la Corte de Casación.

Estas disposiciones ofrecen a la autoridad competente para la aplicación del Derecho de la competencia los medios para constatar y sancionar las prácticas anticompetencia de las empresas, tanto en el ámbito de la contratación pública como en otros, y ello más allá de los poderes normales de la autoridad administrativa (poder de indagación principalmente).

Además, el Consejo de la Competencia ha sabido adaptarse a las nuevas formas, cada vez más sofisticadas como se ha visto, de delincuencia anticompetencia. En el ámbito de la prueba, esto le ha llevado a admitir que la existencia de una infracción puede resultar, más allá de indicios materiales, de la constatación de un «haz de indicios». El Repertorio de 1990 recoge en este sentido, sin ambages, que «es difícil encontrar pruebas materiales que establezcan de manera irrefutable la participación de empresas en una concertación con ocasión de una convocatoria de licitación. También, en este ámbito, el Consejo se encuentra obligado frecuentemente a basarse en un conjunto de indicios... Los indicios susceptibles de ser utilizados son muy diversos. Pueden resultar, ya de elementos materiales que permiten intuir que una práctica anticompetencia ha sido llevada a cabo aun cuando no sea posible determinarlo con certeza, ya de anomalías que se encuentran en numerosas ofertas, ya de coincidencias difícilmente explicables (Repertorio de 1990, p. XXXI).

Esta forma de proceder se utiliza de manera particular a propósito de la aplicación del artículo 7 de la Ordenanza, porque éste permite condenar aquellas prácticas de donde resulta que la concertación anti-competencia es la única «explicación plausible». En el asunto relativo al concurso restringido para la construcción de un asilo para ancianos en Villers-Cotterêts (decisión n° 90-D-37 en el Repertorio de 1990, p. 108), el conjunto de indicios graves y concordantes resultaba, «de una parte, de las anomalías que inexplicablemente podían encontrarse en numerosas ofertas y, de otra parte, de la semejanza de determinadas posturas, que no podía explicarse por razón de los estudios precisos que habrían realizado cada una de las empresas ni por el hecho, alegado por éstas, de que las mismas habían consultado de forma independiente a los mismos subcontratistas. Estos últimos, en efecto, no recordaban tales consultas o, en ciertos casos, afirmaban rotundamente que las mismas nunca habían tenido lugar» (Repertorio de 1990, p. XXXII).

Por el contrario, el simple comportamiento paralelo entre los licitantes en un concurso no será condenable si el mismo resulta de los elementos del asunto y pueda explicarse por la estructura del mercado, y fundamentalmente por su carácter oligopolístico.

Al término de este análisis, podría preguntarse si la intervención del Consejo de la Competencia no ha «trivializado» por completo el contrato público desde el punto de vista de las normas que regulan la competencia. La respuesta ha de ser negativa, porque una mirada atenta sobre esta cuestión demuestra que el rigor de que hace prueba la autoridad competente para la aplicación del Derecho de la competencia se ejerce solamente frente a las empresas y no a los contratantes públicos.

#### IV. LA AUSENCIA DE REPRESIÓN DE LOS COMPORTAMIENTOS DE LOS CONTRATANTES PÚBLICOS

Si observamos las decisiones del Consejo de la Competencia recaídas desde sus comienzos en el sector de la contratación pública, podemos constatar que jamás se ha dictado sanción alguna contra los contratantes públicos.

Puede pensarse, sin duda, que esta situación es producto de un comportamiento absolutamente regular desde el punto de vista de las disposiciones de la Ordenanza de 1 de diciembre de 1986.

Pero si miramos con atención observaremos que se está muy lejos de la realidad. Un ejemplo casi caricaturesco lo proporciona la decisión de 26 de marzo de 1991 relativa a los contratos celebrados por el Ayuntamiento de Baie-Mahault, en la que se expresa que «las empresas

licitadoras reconocen haberse prestado a un simulacro competitivo con el objeto de regularizar los encargos realizados anteriormente, y a cuyo propósito se han presentado ofertas de complacencia. Los arquitectos (...), al preparar y establecer ellos mismos las piezas necesarias para la constitución de los *dossiers* de las empresas, han contribuido a su concertación. Pero, en especial, la iniciativa de estas operaciones ha partido del municipio. En estas condiciones, no sería posible, en cualquier caso, sancionar a las empresas mencionadas». En consecuencia, el Consejo resuelve que «no ha lugar a imponer sanción contra las diferentes partes mencionadas en el I de la presente resolución» (estas partes eran las empresas que se habían prestado al simulacro de concertación).

No se ha decretado, pues, sanción alguna frente al contratante público cuyo comportamiento ha incurrido en violación de las prohibiciones establecidas por la Ordenanza de 1 de diciembre de 1986, y podrían encontrarse otros ejemplos en el mismo sentido (*vid.* más adelante).

El problema consiste en conocer qué es lo que explica esta actitud. El análisis demuestra que dos son las razones que lo fundan: la primera de carácter institucional o jurídica y la segunda de naturaleza económica.

## V. EL «BLOQUEO» JURÍDICO

La primera razón consiste en que la autoridad encargada de la aplicación del Derecho de la competencia no tiene facultades para examinar la legalidad de la decisión del contratante público (*vid.* sobre este aspecto general el Repertorio de 1987, p. XII) y, en consecuencia, debe declararse incompetente desde el preciso momento en que se aprecie que el comportamiento del contratante público plantea una cuestión de legalidad a la vista del Derecho administrativo.

De ese modo, se acerca a la postura adoptada por el Tribunal de Conflictos en su célebre fallo de 6 de junio de 1989, Prefecto de la Región de Ile-de-France, Prefecto de París *c/* Corte de Apelación de París y SAEDE, en el asunto villa de Pamiers: «Considerando que, desde el momento que la alegación de prácticas anticompetencia que la fundamentan no persigue, en realidad, más que cuestionar la actuación de una entidad territorial adoptada en el ejercicio de sus prerrogativas de poder público, la demanda de la SAEDE corresponde a la jurisdicción administrativa» (*AJDA* 1989, p. 468, nota BAZEX; se trata aquí del segundo de los fundamentos en que se ha apoyado la Alta Jurisdicción para fijar su posición, el primero procedía de que el acto jurídico de renuncia de una concesión no es susceptible de falsear el juego de la competencia).

Esta solución ha sido confirmada por la Corte de Casación en una sentencia de 14 de diciembre de 1993, Sté Couach Plascoa, en la que la Alta Jurisdicción ha considerado igualmente que «si el suministro de un buque para un servicio público constituye un acto de producción económica que deriva del artículo 53 de la Ordenanza de 1 de diciembre de 1986 y le son aplicables las disposiciones de los artículos 7 y 8 de esta misma Ordenanza relativa a prácticas anticompetencia, la decisión administrativa por la que el Ministro, al término de un procedimiento de apertura de pliegos realizado en aplicación de las disposiciones del Código de los contratos públicos, adjudica el contrato a uno de los licitadores pertenece a la competencia de la jurisdicción administrativa» (*CJEG*, p. 124, nota LEONNET).

Cabe preguntarse si este razonamiento no es consecuencia de una lectura discutible de las disposiciones de la Ordenanza de 1 de diciembre de 1986. Es evidente que la apreciación de la regularidad de una decisión del contratante público, con vistas a declarar eventualmente su anulación, es algo que nadie pone en duda en cuanto a su pertenencia al orden jurisdiccional administrativo. Distinto es la intervención del Consejo de la Competencia, que de acuerdo con el artículo 11 de la Ordenanza es competente tan sólo «para examinar si las prácticas de que conoce entran en el ámbito de aplicación de los artículos 7 y 8 o pueden justificarse por la aplicación del artículo 10; impone, llegado el caso, sanciones o mandatos». Dicho en otros términos, la autoridad encargada de la aplicación del Derecho de la competencia no tiene poder alguno para anular los actos que sirven de soporte a las prácticas anticompetencia, como resulta por otra parte del artículo 9 de la Ordenanza que reenvía, al menos implícitamente, a este respecto a las jurisdicciones de Derecho común («Es nulo todo pacto, convención o cláusula contractual que tenga por objeto una práctica prohibida por los artículos 7 y 8»).

En consecuencia, nada impediría al Consejo de la Competencia para pronunciarse sobre la calificación del comportamiento de un contratante público a la vista de los artículos 7 y 8 de la Ordenanza, y eventualmente del artículo 10, puesto que paralelamente corresponde en exclusiva al juez administrativo extraer todas las consecuencias de esta calificación desde el punto de vista de la existencia o de la legalidad de la decisión administrativa.

La solución contraria, además del enojoso sentimiento de impunidad que la misma engendra en provecho de los contratantes públicos, no es coherente con la doctrina general de las autoridades competentes para la aplicación del Derecho de la competencia, que en modo alguno impide proceder al examen de la regularidad de los actos de Derecho privado que sirven de soporte a las prácticas anticompetencia de los operadores económicos en el mercado.

Cuando menos, debería permitirse al Consejo de la Competencia examinar si la intervención de la autoridad administrativa no ha facilitado la realización de prácticas anticompetenciales, como admite el Derecho comunitario (véase como ejemplo reciente la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de fecha 19 de junio de 1993, *Asia Motor II*, Rep. p. 669). Este reconocimiento eventual de una suerte de «complicidad» del contratante público no cuestionaría, de ninguna manera, el principio de separación de poderes, suponiendo que pueda temerse ello en razón de la aplicación de otras disposiciones de la Ordenanza.

En cambio, más fundamentada, al menos en cierta medida, es la segunda razón invocada para descartar la aplicación de las disposiciones de represión de las prácticas anticompetencia.

## VI. EL ANÁLISIS ECONÓMICO

El segundo motivo en el que se basa la autoridad encargada de la aplicación del Derecho de la competencia deriva del hecho de que la contratación pública, contemplada desde el lado del contratante público, no puede analizarse como un acto relevante de la Ordenanza de 1 de diciembre de 1986.

Según el artículo 53 (precitado) de la Ordenanza, «las normas definidas en la presente Ordenanza se aplican a todas las actividades de producción, de distribución y de servicios, comprendidas aquellas que son realizadas por entidades públicas».

Ahora bien, la autoridad encargada de la aplicación del Derecho de la competencia considera que la contratación pública no responde a esta definición. En su resolución de 7 de febrero de 1991, decidiendo el recurso interpuesto por la sociedad *Ets R. Lazaar*, la Corte de Apelación de París ha estimado que «la sociedad *Lazaar* denuncia en primer lugar los actos de colusión entre electos o funcionarios del Departamento de Doubs y determinadas empresas adjudicatarias de contratos públicos; incluso si ellos resultan de relaciones o maniobras previas, tales hechos participan de la decisión de selección de empresas encargadas de la realización de obras o de la prestación de servicios, adoptada por el propio contratante público, decisión que en sí misma no es un acto de producción, de distribución o de servicios al cual se apliquen las normas definidas por la Ordenanza de 1 de diciembre de 1986» (*BOCC* 1991, p. 48; la misma solución en la sentencia de la Corte de Apelación de París de 6 de noviembre de 1991, *Sté Couach Plascoa*, ha dado lugar a la sentencia de la Corte de Casación precitada, *BOCC* 1991, p. 316).

El Consejo de la Competencia ha adoptado la misma solución en su decisión ya citada de 18 de noviembre de 1992 relativa a una demanda

de la sociedad Biwater: «Si la empresa demandante alega que determinados técnicos de obras públicas tienen una actitud sistemáticamente de rechazo a sus productos, un tal comportamiento, si se supone establecido, sería determinante de la decisión de selección de los suministros y obras adoptada por el contratante público, decisión que no constituye un acto de producción, de distribución o de servicios, actos estos a los que únicamente se aplica la Ordenanza de 1 de diciembre de 1986, de conformidad con su artículo 53» (BOCC 1993, p. 18).

Se encuentra allí la idea, adelantada desde un principio, según la cual la contratación pública representa un acto de puro consumo, sus trayéndose por esta razón a las normas del Derecho de la competencia, al menos por lo que a la entidad pública respecta.

Nada habría que censurar si las adquisiciones fueran realizadas por las entidades públicas exclusivamente con fines de consumo propio (*vid.* en el mismo sentido CE 29 de abril de 1970, Sté Unipain, *AJDA* 1970, p. 430, concl. BRAIBANT). En coherencia consigo mismo, el Consejo de la Competencia ha extendido por otra parte esta solución a las adquisiciones efectuadas en las mismas condiciones por las personas privadas, en su decisión de 18 de mayo de 1993 relativa a prácticas aparecidas en el sector del manipulado (BOCC 1993, p. 183).

Restaría por señalar que no todas las contrataciones realizadas por las entidades públicas pueden ser analizadas como de consumo final, destinado exclusivamente a sus propias necesidades. Una parte, variable pero irreductible y probablemente cada vez más importante en un régimen de intervencionismo económico y social, constituye consumo intermedio que desemboca en un consumo final ulterior de bienes o de servicios públicos. Muy en especial esto sucede cuando se trata de suministros de bienes o de servicios de carácter mercantil por parte de la entidad pública. Y la mejor prueba en este sentido es la sentencia de 18 de marzo de 1993 de la Corte de Apelación de París condenando a la Dirección de la Meteorología Nacional —servicio no personalizado del Estado— por abuso de posición dominante prohibida por el artículo de la Ordenanza de 1 de diciembre de 1986 (*AJDA* 1993, p. 652, nota BAZEX). Como puede comprobarse, el contratante público que se encuentra en una misma situación no puede escapar a la obligación de respetar la disciplina del mercado.

Pero es necesario preguntarse si esta solución no debería extenderse a todas las contrataciones públicas que, considerándose como un consumo intermedio, desembocan en un consumo final de bienes o de servicios del tipo «bienes públicos» para terceros, en la medida en que este consumo se inscribe en un proceso económico. La solución se impone tanto más cuanto es conocido el considerable volumen financiero que representan los contratos públicos.

Se observa que el Consejo de la Competencia ha dado un primer paso en esta dirección, con ocasión del ejercicio de su función consultiva. Como ya se ha expuesto, el artículo 5 de la Ordenanza de 1 de diciembre de 1986 permite al Consejo para «dar su opinión en relación con cualquier asunto sobre competencia», a solicitud de los sujetos enumerados con carácter limitativo por la norma. Así, en un dictamen de 24 de septiembre de 1991, relativo a una relación de precios decretada por el municipio de Nancy, el Consejo de la Competencia no ha vacilado en examinar la incidencia, desde la perspectiva de la competencia, de una relación de precios aplicables a los contratos de obras públicas a concluir posteriormente: «El documento que el municipio de Nancy somete a la consideración del Consejo tiende, en numerosos aspectos, a disuadir a las empresas a fijar sus precios teniendo en cuenta los elementos que le son propios y a incitarles, por el contrario, a ajustarse a sus precios. Al introducirse en la relación de precios coeficientes globales de gastos generales y de beneficios, el municipio de Nancy sustituye con su propia apreciación aquella que debe aportar cada empresa sobre sus precios de coste y de venta, impidiendo además que éstos puedan reflejar la diversidad de situaciones al estar limitada la posibilidad de otorgar descuentos. La difusión dada a este documento aumenta todavía más el efecto de rigidez y de alineación que tiene sobre el juego de la competencia, al extender este efecto más allá de las relaciones entre el municipio de Nancy y sus proveedores. Además, el carácter oficial que reviste uno de los documentos y la publicidad que allí figura en favor de los adherentes de una de las organizaciones profesionales al participar en su elaboración están igualmente encaminadas a falsear el juego de la competencia. De manera general, y por añadidura, las prácticas del tipo de la que ha sido objeto de consulta no pueden ser contempladas por sí mismas como factor ellas mismas de progreso económico (Repertorio 1991, p. 189).

Sin duda que a esta solución podrá oponerse la limitación que la misma entraña en la libertad de selección del contratante público, más allá del trastorno que la misma podría aportar en relación a la satisfacción de las necesidades del servicio público.

Pero, en este caso no se trata de prohibir, pues, de todas formas, la aplicación del Derecho de la competencia se reserva la toma en consideración del progreso económico (art. 10-2º de la Ordenanza de 1 de diciembre de 1986 y art. 90, párrafo segundo del Tratado de la CEE). Se trataría solamente de concienciar al contratante público de que él es un operador en el mercado y de informarle de la repercusión de sus contrataciones en la actividad económica, de suerte que se garantice una mayor racionalidad de sus decisiones.

