

Michel Guibal

Profesor en la Facultad de Derecho,  
de Ciencias Económicas y de Gestión  
de Montpellier

# La celebración de contratos públicos

*SUMARIO:* I. INTRODUCCION. II. LA COMPETITIVIDAD DEL CONTRATO. A. Exclusiones e incompatibilidades. B. La publicidad de los contratos públicos y la información de las empresas. III. LA ADJUDICACION DEL CONTRATO. A. Los criterios preestablecidos. B. La extensión de las formas negociadas.

## I. INTRODUCCIÓN

1. En Derecho francés, la definición tradicional de contrato público hace referencia a los contratos concluidos por las entidades públicas con objeto de la realización, a cambio de un precio, de obras, suministros o servicios. Amplio pero impreciso, este concepto tiene, al menos, el mérito de sugerir la importancia económica y financiera de esta clase de contratos, aun cuando el mismo permita también interpretaciones extensivas de su contenido, de su campo de acción y de sus signatarios. En verdad, no existe una definición satisfactoria de los contratos públicos. Y nunca ha existido, si bien los progresos del Derecho comunitario europeo impulsan una cierta extensión de la noción de contrato público en detrimento de lo que podría aparecer como indiscutible tratándose de su definición.

Es necesario por tanto intentar tener claro que los contratos públicos son contratos reglados, sobre todo en lo que se refiere a su

---

Artículo traducido por José Antonio DOMÍNGUEZ LUIS. Doctor en Derecho

celebración, y que el ámbito de aplicación de esta regulación no debe ser indeterminado.

Por lo general, cuatro son los elementos que se presentan como constitutivos de la noción de contrato público. El primero se refiere a la realización de una prestación en favor de la entidad administrativa por una persona privada; se trata éste de un elemento indiscutible. El segundo consiste en el pago de un precio a la empresa privada en compensación por la prestación; constituye asimismo un elemento esencial. El tercero, por su parte, es objeto de discusión por la doctrina y no ha sido aún precisado por la jurisprudencia; se refiere a la naturaleza pública de la entidad que celebra el contrato. El cuarto resulta también discutido, pero por distintas razones que el tercero; se trata de la aplicación a los contratos públicos de un régimen de Derecho público y de su cualificación como contratos administrativos.

El primer elemento permite descartar los contratos prestacionales tales como los contratos celebrados entre dos personas privadas porque, salvo contadas excepciones, no podría hablarse de contrato público entre éstas, o como los contratos celebrados entre entidades públicas porque un contrato público implica necesariamente un proveedor (o empresario) privado.

En cuanto a la naturaleza de la prestación, no se puede ser más extensivo de lo que prevé el Código de los contratos públicos, que se aplica a la ejecución de obras públicas, suministros y servicios. Sin embargo, y esta restricción reviste gran importancia, un contrato público, en principio, no tiene nunca por objeto directo un servicio público; conviene precisar en este punto que los contratos públicos de servicios se distinguen fundamentalmente de los contratos de servicio público (concesiones, arrendamientos, etc.).

El segundo elemento, por otra parte, no se comprendería si la noción de contrato público estuviera ligada a la de servicio público. El contratante es una persona privada que percibe el precio pagado por la entidad administrativa que celebra el contrato. Esta es un comprador, un cliente, y no un usuario. Ella paga, en principio de manera no diferida, el precio convenido en el momento de la celebración del contrato.

La presencia obligatoria de una entidad pública como signataria, más precisamente en calidad de contratante, constituye un elemento tradicional, si bien cada vez es más controvertido. Polémica esta que, por otra parte, se complica por el hecho de que determinadas entidades públicas no se encuentran, amparadas bajo el nombre de la noción económica de empresa pública, sometidas al Derecho de la contratación pública; es lo que sucede con los establecimientos públicos de carácter industrial o comercial del Estado. Lo cual no significa que todas las demás entidades públicas se encuentren sometidas a este

Derecho, y que, por lo pronto, las personas privadas que celebran contratos públicos lo hacen únicamente cuando son mandatarios de entidades públicas o actúan por encargo de éstas.

Pero es cierto que, en la actualidad, el campo de aplicación de las reglas de celebración de los contratos públicos, no tanto el Derecho de la contratación pública en su conjunto, comienza a aplicarse a personas privadas tales como las sociedades de economía mixta locales. Dicho de otro modo, la celebración de contratos públicos concierne en el momento presente cada vez más a las personas jurídicas de Derecho privado. Sin embargo, no cabe hablar de una verdadera perversión porque las personas privadas son en realidad «falsas» personas privadas teniendo en cuenta la composición de su capital y la estrecha relación con las entidades públicas.

La naturaleza del contrato público, necesariamente pública para determinados autores, es el cuarto elemento, también muy discutido. Para simplificar, podemos retener la idea de que la mayor parte de los contratos públicos son contratos administrativos por razón del carácter exorbitante de algunas de las cláusulas que frecuentemente contienen. Pero cuando el contrato no contiene tales cláusulas, debe admitirse que no es administrativo. De la aplicación del Código de los contratos públicos se induce la cualificación pública a los contratos que el mismo organiza y regula.

2. Cualquiera que sea su naturaleza, la contratación pública está sujeta a condiciones de validez respecto de las que las reglas de celebración constituyen un elemento importante, pero no el único. Las partes en el contrato se obligan en la medida en que su acuerdo no se encuentre afectado por un vicio del consentimiento. Asimismo, el acuerdo no es legal en tanto que las reglas de competencia y de forma propias de la entidad pública signataria sean estrictamente respetadas.

El compromiso contractual depende, pues, de un conjunto de reglas, muy dispares, precontractuales, la mayor parte de las cuales son consideradas de orden público. En este sentido, el Derecho de los contratos públicos está caracterizado fundamentalmente por las técnicas precontractuales de otorgamiento que las entidades públicas deben observar imperativamente cuando desean celebrar un contrato. Estas técnicas se encuentran rigurosamente reguladas. Están constituidas por reglas la mayor parte de las cuales también son reglas de orden público. El problema de la celebración de los contratos públicos se analiza y enjuicia a partir de ellas.

3. Ahora bien, este problema no puede plantearse nítidamente sino cuando se ha dilucidado la doble finalidad de la forma de celebración del contrato público. Partiendo de una nota común constituida por un principio jurídico capital, la obligación de concurrencia, cada forma de celebración da respuesta a dos objetivos bien distintos.

En primer lugar, se trata de determinar las empresas concurrentes, de preparar la elección del contratista; en resumen, se trata de hacer competitivo el contrato. En segundo lugar, es necesario determinar cómo se elegirá al contratista, bajo qué criterios, según qué procedimiento; en síntesis, se trata de proceder a la adjudicación del contrato propiamente dicha. Estas dos funciones son separables en cada forma de adjudicación. Ellas permiten, por otra parte, distinguir las formas de adjudicación entre sí.

## II. LA COMPETITIVIDAD DEL CONTRATO

4. Los contratos públicos son contratos que no pueden celebrarse sino a resultas de un proceso de concurrencia. Sea o no ésta formalizada, el Derecho y la eficacia exigen que la misma sea, al tiempo, lo más amplia y rigurosa posible. En esta perspectiva, deben adoptarse dos clases de precauciones. De entrada, conviene limitar la concurrencia a las empresas privadas que reúnan las condiciones jurídicas para ser candidatas; éstas no han de encontrarse en ningún supuesto ni de exclusión, ni de incompatibilidad.

En segundo lugar, es preciso ofrecer a las empresas una información amplia de la propuesta de contrato de manera que exista un número suficiente de licitadores o concurrentes; se trata de organizar la publicidad de los contratos.

### A. *Exclusiones e incompatibilidades*

5. Las exclusiones representan restricciones a la libertad y a la igualdad de acceso a la contratación pública. Algunas de ellas son el resultado de las condiciones aplicables a un contrato determinado. Delimitan en este caso, ya a una empresa especialmente designada, ya a una categoría de empresas. Constituyen condiciones objetivas que vedan el acceso a la concurrencia en la medida en que las mismas no se cumplan, condiciones determinadas por un texto general o incluso por las reglas particulares de concurrencia adoptadas para la celebración de un contrato determinado. Estas exclusiones integran, en fin, un conjunto bastante amplio en el que podemos encontrar desde el incumplimiento de reglas tipo (Derecho laboral, Derecho fiscal, Derecho mercantil, Derecho civil, Derecho urbanístico, etc.) hasta la protección del contrato mismo o de los intereses de servicio público.

Otras exclusiones tienen un carácter estrictamente individual y están previstas para cualquier contrato público. Son prohibiciones

generales para participar en el proceso de concurrencia o licitación con vistas a la adjudicación de un contrato público que se aplican a una empresa especialmente designada: son exclusiones-sanciones. Se trata de sancionar una falta grave cometida por una empresa en el curso de procesos de contratación precedentes o de sancionar las aptitudes y capacidades generales de una empresa.

Habida cuenta de las graves consecuencias, tanto desde el punto de vista económico como legal, derivadas del juego de las exclusiones, el Juez administrativo puede ser llamado a ejercer su control en esta materia. Sin embargo, se observa una relativa ineficacia de este control.

Por otra parte, en muchos casos las entidades públicas no aplican las exclusiones ordinarias, deliberadamente o por falta de medios para encontrar hechos susceptibles de provocar una exclusión. En cambio, ciertas prácticas, cuya regularidad no siempre es evidente, desembocan en resultados comparables a los obtenidos de las exclusiones; puede hablarse entonces de exclusiones irregulares. Así resulta, por ejemplo, de los supuestos de proteccionismo económico local, de la duración excesiva o insuficiente de plazos, o de las denominadas ofertas «en cascada».

7. Las incompatibilidades son una forma particular de exclusión. Determinadas funciones se consideran incompatibles con la cualidad de contratista público. Las mismas provienen de normas muy diversas: Código penal, Código de contratos públicos, Código de la Administración Local, etc. Lo que está aquí en juego es, ya una incompatibilidad de orden estrictamente profesional, ya una incompatibilidad por motivo de intereses comunes o acumulados entre el adjudicatario del contrato y la autoridad adjudicante. Las nociones de favoritismo y de ingerencia constituyen el núcleo del problema. La legislación aplicable es antigua, pero se ha ampliado considerablemente en los últimos tiempos, especialmente por algunas Leyes que tienen como objetivo común la prevención de la corrupción.

8. El juego de las exclusiones y de las incompatibilidades plantea, entre otras cuestiones, la referente a la información de que ha de disponer la entidad pública que oferta el contrato. Ésta se encuentra obligada a exigir de los licitadores o concurrentes la documentación precisa, puesto que de lo que se trata es de seleccionar a las empresas que pretendan la adjudicación de un contrato. La tendencia es, pues, hacia una normalización de las formas de documentación exigidas a las empresas licitadoras y a la uniformización del contenido de dicha documentación. Ha de repararse que, sobre todo, la entidad pública puede ser declarada responsable más por no solicitar la documentación correspondiente que por no proceder a la verificación de la exactitud de aquella que haya sido entregada.

B. *La publicidad de los contratos públicos y la información de las empresas*

9. Es un principio el de que la concurrencia jugará tanto mejor cuanto los proyectos de contratos sean conocidos por todas la empresas susceptibles de presentar una oferta. Pero este principio se relativiza por la imposibilidad material y financiera de una información sistemática y general. Surgen entonces las modulaciones del principio previstas por la legislación referidas al importe financiero del proyecto, a su objeto, a la entidad pública que lo presenta, bien al conjunto de todos estos elementos o a dos de entre ellos. Se llega así a un sistema de información bastante complejo que puede sistematizarse del siguiente modo: tres son las posibilidades de información que pueden ponerse en práctica, denominadas procedimiento formalizado abierto, procedimiento formalizado restringido y procedimiento parcialmente formalizado. A cada una de estas alternativas corresponden técnicas publicitarias diferentes.

El procedimiento formalizado abierto se caracteriza por una regulación precisa (contenido, soporte y plazo) de los anuncios de contratación con el fin de que cualquier licitador pueda presentar una oferta. La publicación de los anuncios de las subastas o de los concursos sirven al mismo tiempo para informar a las empresas del proyecto de contratación y de las condiciones en las cuales el contrato será adjudicado.

El procedimiento formalizado restringido (o cerrado) se caracteriza por una regulación precisa (contenido, soporte y plazo) de los anuncios de contratación y por el hecho de que solamente las empresas admitidas previamente por la entidad pública que propone el contrato son seleccionadas para el envío de ofertas. Comienza por la publicación de una convocatoria de licitaciones que tiene por finalidad atraer a las empresas interesadas a fin de que la entidad pública pueda seleccionar entre las mismas a aquellas que serán admitidas a presentar una oferta.

El procedimiento parcialmente formalizado se caracteriza por el hecho de que la entidad pública entabla libremente negociaciones con las empresas al objeto de adjudicar el contrato a una de ellas y por la obligación de publicar con carácter previo un anuncio dirigido a dar a conocer la intención de aquélla de celebrar un contrato. La formalización queda referida a los aspectos concernientes a la publicidad del contrato, pero no a aquellos relacionados con las negociaciones que preceden a la adjudicación del mismo.

10. Actualmente, la regulación de la publicidad de los contratos públicos se ha tornado más compleja como consecuencia de añadidos sucesivos ligados a los avances en la aplicación del principio de con-

currencia. Cuatro son las notas más significativas de esta regulación: el importe del contrato, el soporte publicitario, el objeto contractual y los plazos.

En principio, los contratos públicos se celebran por medio de subasta o de concurso, cualquiera que sea el contratante público, deben ser objeto de publicación a nivel nacional a partir de 300.000 F TTC (publicidad facultativa por debajo de este límite) en un JAL (diario de anuncios legales) o en el BOAMP (Boletín oficial de anuncios de contratos públicos). Por encima de 900.000 F TTC, el BOAMP debe utilizarse obligatoriamente.

Estos contratos deben ser objeto también de publicidad comunitaria en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE) si se trata de contratos de obras públicas por importe superior a 34.700.000 F HT o de contratos de suministros por importe superior a 870.000 F HT en el caso del Estado o superiores a 1.380.000 F HT en el supuesto de las entidades locales.

Para los otros contratos negociados como el de dirección de obra, los anuncios de licitación y de adjudicación deben ser publicados en el BOAMP o en un JAL, así como en el DOCE en determinados casos (contratos negociados como consecuencia de un concurso declarado desierto, por ejemplo).

Por lo que respecta a los contratos de dirección de obra celebrados mediante concurso con mejora de proposiciones, la publicación de los anuncios de licitación y de adjudicación son obligatorios a partir de 300.000 F TTC. Hasta 900.000 F TTC, puede elegirse entre un JAL o el BOAMP. Por encima de este límite, es obligatorio el BOAMP.

11. Un Decreto de simplificación del Código de los contratos públicos, publicado en diciembre de 1992 y en vigor desde diciembre de 1993, flexibiliza en alguna medida las normas vigentes de publicidad de los contratos públicos. Fundamentalmente, prevé la unificación de los anuncios publicitarios nacionales y una separación de éstos respecto a los comunitarios por cuanto menos del 4 por 100 de los contratos están sujetos a las obligaciones de publicidad comunitaria. Por consecuencia, se instrumentará un anuncio nacional único denominado «anuncio de licitación pública» válido para todos los procesos concursenciales. Por otra parte, el Decreto prevé una simplificación de los límites cuantitativos nacionales de publicidad y un cálculo de los mismos, tanto nacionales como comunitarios, excluidas las tasas. El Decreto prevé también una ampliación de la posibilidad tradicional de los anuncios anuales para divulgar los contratos públicos celebrados por el procedimiento de concurso restringido.

Estas medidas de simplificación mejoran la publicidad en tanto que fórmula reglamentaria orientada a proporcionar información a las empresas licitadoras o concurrentes. Pero la publicidad constituye el

único método autorizado para las formas normales de adjudicación de un contrato: la subasta y el concurso. En dichas formas están prohibidas las negociaciones con las empresas, la información, y por tanto la concurrencia, dependen únicamente de la publicidad. Evidentemente, en el supuesto de las formas de adjudicación negociadas ello ocurre de una manera diferente. Pero éstas, aun cuando tienden a ampliarse, quedan como técnicas excepcionales.

### III. LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO

12. El órgano encargado de seleccionar al adjudicatario del contrato entre los licitantes ha de hacerlo en función de criterios precisos. Esto significa que la selección de una empresa ha de quedar justificada en el momento al que ha de seguir la adjudicación del contrato. Quiere decir también que la entidad pública contratante debe tener siempre la posibilidad de no adjudicar el contrato si considera que los criterios de adjudicación no han sido cumplidos por ninguna de las empresas licitadoras.

Aun cuando toda adjudicación de un contrato público debe hacerse en función de criterios precisos, la normativa sin embargo no siempre obliga a manifestar previamente el o los criterios de adjudicación. Sin embargo, esa revelación previa constituye el supuesto normal desde la perspectiva de la propia normativa reguladora. Dicho en otros términos, las técnicas normales de adjudicación de contratos públicos (subasta y concurso) son técnicas en las que los criterios de adjudicación están preestablecidos y son conocidos precisamente por los licitadores, mientras que las formas excepcionales (formas de contratación directa) quedan, incluso cuando la tendencia actual es a su extensión, exoneradas de la obligación de información formalizada en relación a los criterios de adjudicación.

#### A. *Los criterios preestablecidos*

13. En la adjudicación del contrato por el procedimiento de la subasta no interviene otro criterio que el del precio. Creada para la protección de los caudales públicos, la subasta encuentra aquí tanto la justificación de su existencia como la causa de su utilización. Al tratarse de entidades públicas, el único criterio preestablecido constituido por el precio, es decir, la obligación de no adjudicar el contrato a otra empresa que no sea aquella que oferta el precio más bajo, consagra no sólo un deseo de economía sino también una voluntad de moral administrativa.

A pesar de las precauciones adoptadas, como la imposibilidad de adjudicar el contrato si ninguna propuesta se sitúa por debajo del

precio máximo fijado al alza y que es secreto, o como el poder discrecional reconocido a la entidad pública para renunciar a la adjudicación del contrato, la subasta es objeto de severas y continuas críticas. Estas críticas giran alrededor de la irracionalidad del sistema de adjudicación que dicha forma de adjudicación pone en práctica. Se sabe, en efecto, que la prestación menos cara no es necesariamente la menos costosa, que el precio inicial es con frecuencia menos elevado de lo que luego resulta ser el precio de mantenimiento, o que un precio muy bajo no es un precio recomendable. Así se explica el hecho de que las entidades públicas al optar entre la subasta y el concurso se hayan inclinado en la mayoría de los casos por éste último. Sin embargo, se comprueba que esta técnica no desaparece del todo, a pesar de que su desaparición viene siendo anunciada desde hace tiempo.

Por otra parte, los textos normativos más recientes, nacionales o comunitarios, siguen refiriéndose a la subasta. Esta supervivencia se explica probablemente por el «buen uso» que se ha hecho de la misma: cuando se trata de seleccionar entre prestaciones idénticas o realmente comparativas o cuando no se presentan grandes riesgos de concertación entre los licitantes.

14. El concurso es una técnica de adjudicación de contratos públicos mucho más perfeccionada que la subasta porque organiza la adjudicación de acuerdo con numerosos criterios preestablecidos. El órgano encargado de comparar las ofertas y de seleccionar a aquella empresa cuya oferta parece la mejor ha de pronunciarse en función de numerosos factores bien conocidos por los concurrentes desde la apertura del período de licitación. A partir de este momento, dos son las cuestiones que deben ser objeto de regulación: la referida al número de criterios preestablecidos y el peso específico de cada uno de ellos en la decisión final a adoptar.

El Código de contratos públicos impone a las entidades públicas la consideración de cinco criterios a la hora de decidirse por la utilización del concurso. Estos no pueden sorprender en la medida en que traducen en su conjunto las preocupaciones de cualquiera que sea la forma mercantil de contratar. Estos cinco criterios son el precio de la prestación, su coste de utilización, la duración de su ejecución, su valor técnico y las garantías profesionales y financieras presentadas por el contratista. De esta manera, todo análisis comparativo con vistas a la adjudicación del contrato ha de fundarse como mínimo en estos cinco criterios.

No obstante, es posible que la entidad pública que emprende el proyecto pueda decidir otros criterios, pero ello con una doble condición. En primer lugar, es necesario que el o los criterios complementarios se encuentren asimismo preestablecidos, es decir, que sean conocidos por los interesados en el momento de la licitación. En segundo lugar, que el

o los criterios complementarios sean lícitos, esto es, no prohibidos por la legislación o por la jurisprudencia. De suerte que criterios tales como los raciales o religiosos, o incluso los geográficos se consideran ilícitos y vician de nulidad el contrato adjudicado sobre esta base. La dificultad consiste en demostrar que dichos criterios han sido utilizados y han sido determinantes para la adjudicación del contrato.

Por lo que se refiere al peso específico de cada uno de los criterios preestablecidos en relación a la decisión de adjudicación, la regulación es, por el momento, inexistente. Dejando a un lado algunas circulares de régimen administrativo interno y sin alcance jurídico preciso, ninguna norma prevé una jerarquización de los criterios o la asignación de un coeficiente de impacto para tal o cual criterio. Bien entendido que nada se opone a que el órgano que está llamado a valorar las ofertas decida puntualmente una jerarquía de criterios o una asignación de coeficiente. Incluso en este caso, no es obligada la información sobre tal extremo a los licitantes. Nada impide tampoco que en el momento de la licitación los contratistas sean informados de la manera en que el órgano encargado de valorar las propuestas dará preferencia a tal o cual criterio, o de si asignará a cada criterio un coeficiente determinado.

Estas posibilidades tienen la ventaja de hacer más objetiva la concurrencia en un sistema de adjudicación fundamentalmente subjetivo. Ahora bien, lo subjetivo no es lo arbitrario o lo aleatorio. La existencia de numerosos criterios entraña inevitablemente una apreciación modulada, flexible y matizada de las propuestas.

15. Los criterios preestablecidos, criterio único o pluralidad de criterios, no son obligatorios para todos los contratos públicos. No lo son sino a partir de un límite. Por debajo de ese límite, las entidades públicas gestionan como ellas consideran oportuno, es decir, que las mismas eligen entre las diferentes formas de adjudicación aquellas que suponen la utilización de criterios preestablecidos o aquellas otras que no implican tal empleo. Por encima de ese límite, y salvo excepciones (cfr. *infra* B), las entidades públicas deben optar entre la subasta o el concurso. En la actualidad, dicho límite está fijado en 700.000 F TTC. Este viene dado por el volumen del conjunto de la operación proyectada y no por lote, por proveedor o por año. Si se trata de un contrato de pedidos, el límite se establece por relación al importe máximo correspondiente al período inicial de un año como máximo. Si se trata de un contrato de clientela, el límite ha de apreciarse en relación al importe máximo contemplado para toda la duración del contrato. En el caso de un contrato por órdenes de pedido (contratos del Estado), se aplica el mismo principio, a saber, la fijación del límite en relación al importe máximo correspondiente a la duración del contrato; cuando el contrato no contiene cláusula de tática reconducción, el límite se estima por relación a la duración total del contrato.

## B. *La extensión de las formas negociadas*

16. Las fórmulas negociadas progresan porque tienen la ventaja de suprimir la tradicional contradicción entre concurrencia y negociación. Subasta y concurso son técnicas de adjudicación de los contratos públicos basadas en la concurrencia sin negociación, en tanto que el contrato negociado es una forma de adjudicación fundada en la concurrencia por la negociación. La adjudicación sin concurrencia resulta a veces inevitable, pero la negociación será siempre recomendable. En cualquier caso, la negociación está excluida de criterios preestablecidos. Esta es la razón principal por la cual las formas de adjudicación del contrato público que excluyen la negociación se basan en criterios preestablecidos, mientras que las técnicas de adjudicación que se fundamentan en la negociación excluyen éstos últimos.

Por encima del límite de 700.000 F TTC, las entidades públicas no pueden evitar el recurso a la subasta o al concurso salvo que cumplan las condiciones que el Código de la contratación prevé para la utilización de la fórmula del contrato negociado. Recordemos que los contratos se denominan «negociados» cuando la entidad pública entabla, sin formalidad alguna, las transacciones que estima convenientes y adjudica directamente el contrato al licitante que ha reservado. La normativa reguladora prevé nueve supuestos de contratos negociados con aplicación de concurrencia y tres sin ésta. Entre los primeros se pueden citar las obras, suministros o servicios ejecutados a título de investigación, prueba, experimentación o perfeccionamiento; asimismo pueden citarse los suministros o servicios en los que es decisivo seleccionar o llevar a cabo en ciertos lugares por razón de su naturaleza particular y del uso al cual se destinan. Entre los casos de contratos negociados sin aplicación de concurrencia, pueden citarse aquellas necesidades públicas que no puedan ser satisfechas más que por medio de una prestación que, por razón de necesidades técnicas, de fuertes inversiones previas, de instalaciones especiales o de peculiaridades de ejecución, no pueden ser confiados más que a un empresario o proveedor determinado.

En la práctica, el contrato negociado es una fórmula ampliamente utilizada aun cuando la normativa aplicable hace de él un procedimiento de adjudicación del contrato público a utilizar con precaución y limitativamente. Si cerca del 50 por 100 de los contratos son contratos negociados, incluso con anterioridad a la entrada en vigor del límite más generoso de 700.000 F TTC (cfr. *supra*), es que se trata de una técnica más atractiva no solamente para los contratantes públicos, sino también para las empresas. Pero ello es así también porque las condiciones establecidas para su utilización adolecen de bastante imprecisión y porque, es preciso reconocerlo, los contratantes públicos

actúan a menudo de manera ilegal. El número extremadamente limitado de los recursos ante el juez administrativo y la flexibilidad de los medios de este último hacen el resto.

17. Parece entonces que el futuro de las formas negociadas se encuentra despejado. No solamente al duplicar el límite de dispensa del concurso se favorece ampliamente la posibilidad de su empleo sin otra condición que la relativa al importe del contrato, sino que, además, nada facilita más la utilización de esta técnica que sea precisamente la condición el importe o volumen del contrato proyectado. Conviene añadir que para el resto de los contratos de las entidades públicas, fundamentalmente las concesiones de servicio público, ese futuro hay que buscarlo, bien en la competencia, bien en la obligación de comparar las proposiciones de varios licitantes, pero esta provisión no pasa, ni mucho menos, por la supresión de las posibilidades negociadoras.

En resumen, todo transcurre como si los procedimientos negociados se desarrollaran en el espacio acotado por la controversia respecto a la distinción tradicional entre contratos públicos y contratos de servicio público. En efecto, ellos expresan la doble aspiración de moralizar los contratos de servicio público sometiéndoles a las obligaciones reservadas normalmente a los contratos públicos y flexibilizar la adjudicación de éstos por referencia a métodos habituales utilizados por los contratos de servicio público.

Lo que actualmente está en liza, de manera particular, es la necesidad de proceder a un acercamiento, cuando no a una uniformización, de las formas de adjudicación de los diferentes contratos celebrados por las entidades públicas. En este sentido, los procedimientos negociados aparecen como una suerte de síntesis entre prácticas y regulaciones tradicionalmente muy distintas. De una parte, nos encontramos con la concepción clásica de adjudicación de los contratos de servicio público caracterizada por la libre selección por parte del contratante: la entidad pública le designa sin concurrencia formalizada e incluso sin concurrencia alguna, sin publicidad, sin criterios determinados y preestablecidos de adjudicación. De otra parte, con la concepción clásica de la adjudicación de los contratos públicos caracterizada por la ausencia de libertad por parte del contratante: la entidad pública le elige al término de un proceso competitivo formalizado, con publicidad, con criterios determinados y preestablecidos de adjudicación.

En definitiva, los contratos de servicio público tienen obligaciones cada vez más numerosas y precisas en materia de concurrencia y de adjudicación contractuales, y al liberalizarse sensiblemente la celebración de contratos públicos, probablemente se busca instaurar prácticas y regulaciones menos diferenciadas, cuando no comunes.

La elaboración de una normativa sobre celebración de contratos de servicio público aparece de esta manera como una suerte de contrapeso o de compensación de la «desregulación» de la celebración de contratos públicos.

En relación con estos aspectos, la evolución parece lejos de estar concluida. Por otra parte, no arriesga a serlo tan pronto porque las ideas no están aún fijadas tanto en lo que se refiere a la necesidad de ir contra la tradicional libertad de las entidades públicas (Estado y, sobre todo, entidades territoriales) en materia de concesión de servicio público, como en lo que concierne a la necesidad de ampliar más aún el ámbito de los contratos negociados. Sin embargo, los procedimientos negociados tienen la reputación de ser, en el momento presente, los que asocian sin contradicción los principios de igualdad y de eficacia. Asimismo, tienen la ventaja de no estar a contracorriente del incremento de moralización en materia de políticas públicas. No resulta por otra parte paradójico que sean los principios comunitarios, fundamentalmente liberales, los que den principalmente sentido a la evolución actual. Y por consiguiente, las posturas y la disposición se encuentran perfectamente allí: la moralización por la transparencia, la transparencia por la concurrencia, la concurrencia por o con la negociación.

