

INFORME SOBRE LA CONSULTA FORMULADA POR LA INSPECCIÓN DE SERVICIOS DE LA CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA, FUNCIÓN PÚBLICA E IGUALDAD DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ISLAS BALEARES EN RELACIÓN CON LA CONTRATACIÓN REALIZADA EN EL MUSEO ARQUEOLÓGICO DE IBIZA Y FORMENTERA

SALA DE COMPETENCIA

Expediente nº: INF/CNMC/125/21

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

Vicesecretaria del Consejo

D^a. M^a Ángeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 12 de enero de 2022

Vista la solicitud de informe formulada por la Inspección de Servicios de la Consejería de Presidencia, Función Pública e Igualdad de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears en el marco de una auditoría sobre contratación pública que se está llevando a cabo en el Museo Arqueológico de Ibiza y Formentera, que tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) el 15 de octubre de 2021, en ejercicio de las competencias que le atribuye el artículo 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, la SALA acuerda emitir el siguiente informe.

1. ANTECEDENTES

La Inspección General de Calidad, Organización y Servicios de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (en adelante, la Inspección), creada por el Decreto 91/1989 y regulada por el Decreto 52/2017, está adscrita a la Consejería de Presidencia, Función Pública e Igualdad de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, de acuerdo con el Decreto 11/2021, de 15 de febrero, de la Presidenta de las Illes Balears, por el que se establecen las competencias y la estructura orgánica básica de las Consejerías de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

Es un órgano especializado que se ocupa de realizar funciones de inspección en materia de control de calidad de los servicios públicos, así como de asesoramiento en el ámbito de sus competencias. También realiza propuestas de adaptación de la organización a las necesidades de dichos servicios. Ejerce sus funciones en el ámbito de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y de sus organismos autónomos dependientes y actúa con independencia respecto de los servicios sobre los que lleva a cabo la inspección.

Dicha Inspección está llevando a cabo una auditoría en el Museo Arqueológico de Ibiza y Formentera, un ente sin personalidad jurídica, de capital íntegramente público, adscrito a la Consejería de Fondos Europeos, Universidad y Cultura.

Dicha investigación se inició a raíz de una denuncia anónima en la que se exponen diversas irregularidades en materia de gestión de personal y de contratación administrativa en ese organismo.

2. CONTENIDO

La solicitud de informe se refiere específicamente a la licitación del “Servicio de técnico/a didáctico/a del Museo Arqueológico de Ibiza y Formentera” realizada en 2018, cuyo objeto consistía en la gestión de la sala didáctica del citado museo y atender a los grupos escolares que lo visitan¹.

El escrito remitido por la Inspección presenta el siguiente contenido:

- (1) Hechos.
- (2) Breves antecedentes.
- (3) Análisis del expediente de contratación, que a su vez se subdivide en estos apartados: a) memoria justificativa y cuadro de criterios de adjudicación; b) informe de adecuación a los precios de mercado; c) pliegos de prescripciones administrativas; d) proceso de adjudicación; e) pliegos de prescripciones técnicas y condiciones de ejecución del contrato.
- (4) Sobre los principios de libre concurrencia en la LCSP y en la LGUM.
- (5) Sobre las reservas de actividad en la prestación de servicios profesionales.

Adicionalmente, se ha remitido la siguiente documentación²:

- Informe justificativo de la necesidad de contratar.
- Cuadro de criterios de adjudicación.
- Informe sobre la adecuación al mercado de los precios del contrato.
- Pliego de prescripciones técnicas.

¹ [Exp Contr 2018/4174](#) adjudicado el 27 de noviembre de 2018.

² No se ha dispuesto de versión en lengua española sino en catalán.

- Documento anexo al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Según se describe en la documentación remitida, el Museo Arqueológico de Ibiza y Formentera es un ente sin personalidad jurídica, de capital íntegramente público, adscrito a la Consejería de Fondos Europeos, Universidad y Cultura.

Además del personal propio del Museo Arqueológico de Ibiza y Formentera, también vienen colaborando con el organismo algunos trabajadores autónomos que resultan adjudicatarios de diversos contratos administrativos (habitualmente por la vía del contrato menor) para ejecutar de diversas tareas que no pueden ser cubiertas por personal propio.

En el mes de julio de 2018, se publicó un anuncio para la adjudicación, a través de un procedimiento abierto simplificado, de un contrato para la prestación de servicios didácticos en dicho Museo. Dicho contrato fue adjudicado a la única entidad candidata que concurrió a la licitación. El contrato tiene cuatro años de duración y posibilidad de prórroga por uno adicional. La entidad adjudicataria venía prestando servicios en el Museo a través de contratos menores, desde varios años antes.

La Inspección de servicios recoge en su escrito, entre otras, las siguientes particularidades sobre la licitación efectuada:

- **Requisitos de solvencia.** Entre los requisitos para concurrir a la licitación, se exigía estar en posesión acumulativamente de la titulación de Licenciatura en Historia y la Diplomatura en Magisterio. La memoria justifica el establecimiento de los requisitos de titulación exigidos en que: *“para prestar este servicio, se necesita una persona con sólidos conocimientos de historia, y además de formación reglada en Educación”*. Se reconoce asimismo que en el Museo hay profesionales con formación en estas disciplinas, si bien *“no hay ninguna persona que tenga las dos titulaciones fundamentales para realizar la tarea de técnico/a didáctico/a y por ello es básico disponer de los conocimientos adecuados”*.
- **Criterios de adjudicación.** Entre los mismos, se encuentran la oferta económica: 75 puntos; certificado de monitor de actividades de tiempo libre infantil y juvenil o equivalente: 15 puntos; nivel B1 de lengua catalana, equivalente o superior: 5 puntos; integración de la perspectiva de género: 5 puntos.
- **Condiciones de ejecución del contrato.** En el pliego se establecía que el monitor prestaría servicios durante 4 horas al día (de 10.00 a 14.00 horas) de martes a sábado, durante 10 meses al año (de septiembre a junio). Al analizar las facturas abonadas, la Inspección señala que el contrato no se está ejecutando en los términos previstos.

En el escrito de la Inspección se informa que los referidos pliegos fueron informados favorablemente por los servicios jurídicos de la Consejería y por la Intervención delegada de la Comunidad Autónoma.

De igual modo, se citan diversos preceptos de la LCSP (artículos 64 y 139) y de la LGUM (artículos 5 y 9) así como apartados de la Guía de contratación Pública y Competencia de esta CNMC, cuyas orientaciones la Inspección considera que van en contra de algunas de las actuaciones reseñadas.

De igual forma, se citan diversas actuaciones de la CNMC tanto desde la óptica de promoción de la competencia como de unidad de mercado que describen la posición mantenida por aquella en relación con las reservas de actividad en la prestación de servicios profesionales. Así, entre otras, en el informe sobre el anteproyecto de ley de servicios y colegios profesionales³ de 2013 o en el informe de 22 de julio de 2020 sobre un supuesto de unidad de mercado⁴.

En el escrito se recuerda además que estas posiciones han sido refrendadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵ y de la Audiencia Nacional⁶, así como por la del Tribunal de Justicia de la UE. En aquellas se defiende la prevalencia del principio de libertad de acceso con idoneidad sobre el de exclusividad o monopolio competencial.

A la luz de todo lo expuesto, se remite por la Inspección esta consulta:

“La exigencia de requisitos concretos de cualificación profesional (Magisterio y licenciatura en Historia, acumulativamente) en los pliegos de contratación para el desarrollo de una actividad servicio didáctico del Museo Arqueológico de Ibiza y Formentera, ¿puede constituir una restricción de acceso a la actividad económica según el art. 5 de la Ley 20/2013 y el art. 11 de la Ley 17/2009, o por contra, puede considerarse que existen razones imperiosas de interés general para mantener esta restricción? Al tratarse de un contrato ya adjudicado, ¿puede considerarse que el procedimiento de adjudicación incurrió en alguna causa de nulidad de pleno derecho?”.

Al haberse modificado por la vía de hecho las condiciones de ejecución del contrato en la forma que se ha descrito en los epígrafes 34 a 49, ¿puede esta actuación ser constitutiva de un falseamiento de la competencia por actos desleales u otra conducta ilícita, en la medida que los posibles licitadores no podían conocer las condiciones reales en las que se iba a ejecutar el contrato (número de horas y su distribución mensual, teniendo vetada la posibilidad de

³ [IPN 110/13](#).

⁴ [UM 031/20](#).

⁵ Entre otras, cabe citar la STS de 24 de mayo de 2011.

⁶ Por ejemplo, en las sentencias de 10 de septiembre, 31 de octubre y 28 de noviembre de 2018.

proponer mejoras o variantes) y que las rebajas en el precio/hora ofertado serían compensadas con un incremento de la jornada hasta agotar el presupuesto consignado para cada anualidad?

3. VALORACIÓN

3.1. Observaciones generales

La salvaguarda de la libre competencia es un principio instrumental vertebrador de la normativa de contratación pública que está implícito en el resto de los principios que la inspiran y que se recogen en el artículo 1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP): libertad de acceso, no discriminación, igualdad de trato, publicidad y transparencia. Todos ellos son principios instrumentales para lograr una mayor eficiencia de los recursos públicos comprometidos⁷.

Las decisiones que los órganos de contratación adoptan en relación con el procedimiento, el diseño de la licitación o la ejecución del contrato son determinantes para la competencia por el mismo y, por ende, para la eficiencia de los recursos públicos.

Sin perjuicio del papel orientador que pueda jugar la propia CNMC, de acuerdo con el artículo 64.1 de la LCSP, son los órganos de contratación quienes *“deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores”*.

El presente informe se circunscribe a las concretas cuestiones planteadas por el órgano solicitante, y se limita a valorar las cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos.

En el apartado siguiente, se refieren y contestan las cuestiones recogidas en la consulta.

3.2. Contestación a las cuestiones planteadas

3.1.1. Primera cuestión: sobre los requisitos de cualificación profesional

⁷ En esta misma línea, se expresa el artículo 132.2 de LCSP cuando prohíbe que la contratación se conciba con la intención de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios.

La primera cuestión se plantea en los siguientes términos: *“La exigencia de requisitos concretos de cualificación profesional (Magisterio y licenciatura en Historia, acumulativamente) en los pliegos de contratación para el desarrollo de una actividad servicio didáctico del Museo Arqueológico de Ibiza y Formentera, ¿puede constituir una restricción de acceso a la actividad económica según el art. 5 de la Ley 20/2013 y el art. 11 de la Ley 17/2009, o por contra, puede considerarse que existen razones imperiosas de interés general para mantener esta restricción? Al tratarse de un contrato ya adjudicado, ¿puede considerarse que el procedimiento de adjudicación incurrió en alguna causa de nulidad de pleno derecho?”*.

La LCSP contempla criterios de solvencia, cuyo objetivo es acreditar que los licitadores reúnen las condiciones necesarias para poder ejecutar el contrato desde la óptica de su capacidad económica, financiera, experiencia y conocimientos técnicos.

Teniendo en cuenta que estos requisitos son imprescindibles para poder participar en el contrato, es esencial que estén correctamente diseñados. Unos criterios de solvencia desproporcionados o no ajustados al objeto del contrato se erigen como una barrera de entrada injustificada, restringiendo indebidamente la concurrencia y con ello la competencia efectiva⁸.

La LCSP determina que corresponde al órgano de contratación establecer las condiciones de solvencia que deberán ser acreditadas por los licitadores. Ello es así porque es quien mejor conoce las necesidades de la concreta contratación y las condiciones imprescindibles para una adecuada satisfacción de aquellas. Sin embargo, esta discrecionalidad no es absoluta, debiendo respetar una serie de límites impuestos por la normativa de contratación pública y las restantes ramas del ordenamiento jurídico.

Bajo la normativa de contratación pública, estas decisiones están sometidas a los principios de transparencia, igualdad, libre concurrencia y no discriminación entre licitadores. En este sentido, los artículos 74 y 116.4 de la LCSP establecen, al respecto, que estas condiciones se indicarán en el anuncio de licitación, se especificarán en el pliego y deberán ser proporcionadas y estar vinculadas al objeto del contrato, resultando obligatoria su justificación caso por caso.

Resultan igualmente predicable la necesaria adecuación a la Ley 20/2013 y Ley 17/2009 de los requisitos que restrinjan la participación en los contratos públicos,

⁸ La CNMC ha realizado recomendaciones en relación con los criterios de solvencia con el fin de que los pliegos no introduzcan restricciones injustificadas a la competencia. Puede consultarse el [IPN/CNMC/010/15](#) Informe sobre el Anteproyecto de ley de contratos del sector público; la [Guía sobre contratación pública y competencia](#); y numerosos [informes sobre borradores de pliegos](#). Entre otras cuestiones, se recomienda analizar y estudiar el mercado (potenciales licitadores capaces y solventes) y estimar el impacto que los requisitos mínimos de solvencia establecidos pueden generar en los potenciales niveles de concurrencia a conseguir.

puesto que se trata de condiciones determinantes, según los supuestos, para el acceso y el ejercicio de actividades económicas. El artículo 5 de la LGUM señala que:

“1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio⁹.

2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica”.

En términos similares se expresa el artículo 11 de la Ley 17/2009, afirmando que la normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o su ejercicio no deberá supeditar dicho acceso o ejercicio a ciertos requisitos o restricciones, si bien se podrá supeditar el acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio al cumplimiento de alguno de los requisitos señalados cuando no sean discriminatorios, estén justificados por una razón imperiosa de interés general y sean proporcionados.

En materia de las exigencias para la prestación de servicios profesionales, la CNMC ha considerado que:

“Con carácter general, a juicio de esta Comisión, la exigencia de determinados requisitos formativos como criterio de cualificación para el ejercicio de una actividad profesional o el acceso a una profesión regulada o titulada, constituye una restricción a la competencia que solo podría estar justificada por razones de interés general, como se establece en el artículo 5.1 LGUM. Por ello debe evitarse incurrir en la infundada restricción que consiste en excluir del ejercicio de una actividad a profesionales con capacitación técnica suficiente para el ejercicio de dicha actividad. Este riesgo puede aparecer si las reservas de actividad se vinculan a titulaciones académicas concretas. En su lugar, es preferible que las reservas de actividad, cuando deban existir

⁹ Conforme a este precepto, 11. «Razón imperiosa de interés general»: razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.

sobre la base de criterios de necesidad y proporcionalidad, se subordinen a la capacitación técnica de los profesionales, que puede no ser exclusiva de una titulación sino de un elenco más amplio de titulaciones”¹⁰.

Con base en lo anterior, y siguiendo la doctrina de esta Comisión en materia de reservas de actividad, cabe realizar las siguientes consideraciones sobre la exigencia de doble titulación referida en la consulta.

El examen de si resulta necesario circunscribir la participación en la licitación a profesionales que dispongan, simultáneamente, de las dos titulaciones requeridas debe efectuarse a la luz de las concretas tareas que se prevé va a realizar la entidad adjudicataria del contrato.

Tal como expone la Inspección, el contrato consiste, en resumen, en gestionar la sala didáctica del museo y atender a los grupos escolares que lo visitan. Más en detalle, el contrato contiene actividades como la elaboración del programa didáctico del museo, preparación y organización de visitas guiadas al museo y a los monumentos arqueológicos de la isla, para niños y adultos, entrevistas con el profesorado de colegios e institutos para preparar mejor las visitas, elaboración de juegos y actividades para la comprensión de determinados yacimientos, actualización del material didáctico existente y elaboración de maletas didácticas, búsqueda de nuevos objetivos y métodos didácticos, acercar el museo a los niños, desarrollo de talleres, o cuentacuentos.

Según se aporta por el escrito de la Inspección, la memoria justificativa del expediente señala que: *“para prestar este servicio, se necesita una persona con sólidos conocimientos de historia, y además de formación reglada en Educación”*. Se reconoce asimismo que en el Museo hay profesionales con formación en estas disciplinas, si bien *“no hay ninguna persona que tenga las dos titulaciones fundamentales para realizar la tarea de técnico/a didáctico/a y por ello es básico disponer de los conocimientos adecuados”*.

Las referidas justificaciones son relativamente genéricas, por cuanto que no precisan las concretas actividades para las que se requieren conocimientos en historia y en educación, ni cuáles son, en concreto, las capacitaciones técnicas necesarias para el correcto desarrollo de las actividades a realizar por la entidad adjudicataria del contrato.

En cuanto al perfil técnico requerido (licenciado en historia), y teniendo en cuenta el ámbito de actividad de la entidad contratante, resulta llamativa la exclusión de la participación de otros profesionales (por ejemplo, los titulados en Arqueología, sin que deban descartarse otras titulaciones).

¹⁰ [UM 031/20](#). Igualmente, cabe citar, entre otros, el expediente [UM/005/21](#) el [UM/009/21](#).

En cuanto al perfil didáctico requerido (diplomado en magisterio), debe señalarse que tampoco se encuentran motivos que justifiquen la necesidad de una formación tan específica. Como señala el propio informe de la inspección, no se explica por qué *“se exige formación reglada en Educación, cuando la actividad que lleva a cabo el monitor no es impartir formación reglada, sino que se limita a gestionar a una sala didáctica y a atender a los grupos escolares que visitan el Museo con sus profesores”*.

El informe de la Inspección explica que este requisito es llamativo en la medida en que *“en España para ejercer la enseñanza secundaria no se exige a los licenciados y graduados tener el título de magisterio”*.

Siendo cuestionables ambas exigencias por separado, su concurrencia podría tener un efecto restrictivo.. De hecho, a la licitación convocada se presentó únicamente una persona, que resultó adjudicataria del contrato.

Por lo que se refiere a la cuestión de si, como se trata de un contrato ya adjudicado, **puede considerarse que el procedimiento de adjudicación incurrió en alguna causa de nulidad de pleno derecho**, debe señalarse que la LCSP remite tanto a las causas de nulidad de derecho administrativo recogidas en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas¹¹, como a las causas recogidas en el artículo 39 de la LCSP¹².

¹¹ Art. 47 Ley 39/2015: “1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio. c) Los que tengan un contenido imposible. d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta. e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados. f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley [...]”.

¹² Art. 39 LCSP: [...] a) La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional; o la falta de habilitación empresarial o profesional cuando sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato; o la falta de clasificación, cuando esta proceda, debidamente acreditada, del adjudicatario; o el estar este incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 71. b) La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia. c) La falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares de las Comunidades Autónomas, en el «Diario Oficial de la Unión Europea» o en el medio de publicidad en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 135. d) La inobservancia por parte del órgano de contratación del plazo para la formalización del contrato [...] e) Haber llevado a efecto la formalización del contrato, en los casos en que se hubiese interpuesto el recurso especial en materia de contratación a que se refieren los artículos 44 y siguientes, sin

No corresponde a esta CNMC emitir juicios de legalidad ordinaria en relación con cuestiones para las que ya existen órganos administrativos y judiciales especializados por razón de la materia, a los cuales cabe remitirse a los efectos oportunos¹³.

3.1.2. Segunda cuestión: sobre la posible existencia de un ilícito de competencia desleal

La segunda cuestión se plantea en los siguientes términos: *“Al haberse modificado por la vía de hecho las condiciones de ejecución del contrato en la forma que se ha descrito en los epígrafes 34 a 49, ¿puede esta actuación ser constitutiva de un falseamiento de la competencia por actos desleales u otra conducta ilícita, en la medida que los posibles licitadores no podían conocer las condiciones reales en las que se iba a ejecutar el contrato (número de horas y su distribución mensual, teniendo vetada la posibilidad de proponer mejoras o variantes) y que las rebajas en el precio/hora ofertado serían compensadas con un incremento de la jornada hasta agotar el presupuesto consignado para cada anualidad?”*

A este respecto, cabe señalar que el artículo 3 de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de defensa de la competencia (LDC) establece que la CNMC conocerá de los actos de competencia desleal que, por falsear la libre competencia, afecten al interés público.

respetar la suspensión automática del acto recurrido en los casos en que fuera procedente, o la medida cautelar de suspensión acordada por el órgano competente para conocer del recurso especial en materia de contratación que se hubiera interpuesto. f) El incumplimiento de las normas establecidas para la adjudicación de los contratos basados en un acuerdo marco celebrado con varios empresarios o de los contratos específicos basados en un sistema dinámico de adquisición en el que estuviesen admitidos varios empresarios, siempre que dicho incumplimiento hubiera determinado la adjudicación del contrato de que se trate a otro licitador. g) El incumplimiento grave de normas de derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública que conllevara que el contrato no hubiera debido adjudicarse al contratista, declarado por el TJUE en un procedimiento con arreglo al artículo 260 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. h) La falta de mención en los pliegos de lo previsto en los párrafos tercero, cuarto y quinto del apartado 2 del artículo 122.

¹³ Por citar alguno de estos órganos a efectos meramente informativos, los Tribunales administrativos de recursos contractuales han resuelto acerca de la necesidad de que cuando los criterios de solvencia o de capacidad exijan una determinada titulación a los licitadores, sin perjuicio de acoger la jurisprudencia del TS sobre el principio libertad con idoneidad, tal exigencia esté suficientemente justificada y motivada. La falta de tal justificación ha llevado en ocasiones a la declaración de la nulidad de la cláusula correspondiente *por resultar contraria a los principios de concurrencia y no discriminación* (Exp. 27/2020 Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, ante una reclamación de nulidad). No obstante, también podemos encontrar el pronunciamiento contrario, esto es, la validación de una exigencia de titulación suficientemente motivada (Resolución 1221/2020, TACRC).

La prohibición del artículo 3 de la LDC exige, así, la concurrencia de dos requisitos cumulativos: (i) que exista un acto de competencia desleal [tipificado en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal](#) y (ii) que dicho acto afecte al interés público al falsear la competencia en el mercado.

Sin perjuicio de lo anterior, debe recordarse que toda alteración del objeto contractual de un expediente de contratación pública debe seguir las pautas establecidas en la LCSP a este respecto.

El cumplimiento de las obligaciones previstas en los pliegos de contratación constituye la forma ordinaria de ejecución de los contratos. No obstante, la LCSP (artículos 203 y ss.) prevé la posibilidad de modificar las previsiones iniciales de ejecución de los contratos en determinadas situaciones. Estas modificaciones pueden estar previstas o no en los pliegos, en los términos establecidos en aquella.

La previsión de la modificación en los pliegos exige que esta se determine de forma clara, precisa e inequívoca, y se concrete convenientemente su alcance, límites y naturaleza. Las modificaciones no pueden alterar la naturaleza global del contrato¹⁴.

Si no existe previsión de modificación en los pliegos, se exige que ésta se limite a introducir las variaciones indispensables para dar respuesta a la modificación y se den determinadas circunstancias como la necesidad de añadir servicios o que concurren circunstancias sobrevenidas e imprevisibles para el órgano de contratación, en los términos previstos en la LCSP.

Desde el punto de vista de la competencia, las decisiones adoptadas por los órganos de contratación que modifiquen las condiciones iniciales de los contratos pueden afectar a las reglas de competencia a las que concurren los licitadores. En este sentido, la CNMC ha venido formulando las siguientes recomendaciones:

- El órgano de contratación debe establecer los mecanismos de control y seguimiento necesarios para verificar la correcta ejecución del contrato según las condiciones contempladas en el mismo.
- La legislación prevé modificaciones de los contratos si están suficientemente justificadas. Una utilización abusiva o desproporcionada de las mismas tiene un impacto negativo en los mercados en los que se producen al alterarse las reglas del juego inicialmente conocidas por los operadores.

¹⁴ En un documento adjunto al PCAP, se indica que se contemplan modificaciones del contrato de hasta el 20% “en el casos que la direcció del Museu decideixi ampliar o reduir horaris d’activitats o crear noves activitats”.

- Se recomienda una utilización excepcional de esta figura, suficientemente justificada y motivada, así como una ponderación entre la conveniencia de realizar la modificación del contrato o de acudir al mercado con una nueva licitación para cubrir la necesidad sobrevenida, teniendo en cuenta que la regla general será que la modificación del contrato afecte al adjudicatario inicial.
- Se recomienda realizar un especial esfuerzo a la hora de redactar los pliegos de contratación para prever de la forma más completa posible las circunstancias en las que podrán ejecutarse los contratos, evitando que se trate como imprevisibles circunstancias que sí pueden preverse en el momento de la licitación, evitando de este modo modificaciones que no sean estrictamente necesarias.
- Debe realizarse un seguimiento de las modificaciones realizadas por los órganos de contratación. Si se llegase a la conclusión de que existe un uso frecuente de esta medida, cuando debiera ser excepcional, podrían articularse mecanismos para mejorar la concreción del objeto del contrato a la hora de redactar los pliegos de contratación.