

Contratación pública & Derecho de la competencia

Marzo 2021



Queridos amigos:

Recientemente se han emitido varios pronunciamientos relevantes sobre el análisis e implicación de prácticas restrictivas de la competencia en los procesos de contratación pública.

El primero de ellos, es una resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (“CNMC”) en la que se ha impuesto la **prohibición de contratar** con la Administración ante prácticas restrictivas en el sector privado. No son pocos los interrogantes que ello plantea (y añade) a la aplicación práctica de esta prohibición. El segundo, es una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) que ha aclarado que **las infracciones de “bid rigging” finalizan en el momento de la conclusión del contrato**. La precisión es relevante porque a partir de ahí empieza a correr el plazo de prescripción y no era esa la visión que tenían algunas autoridades de competencia en nuestro país.

Por otro lado, trataremos un tema recurrente en este ámbito como es el de la **compatibilidad de las UTEs con el Derecho de la competencia**. La cuestión vuelve a estar de actualidad pues el Tribunal Supremo se pronunciará en breve sobre ello.

Finalmente, nos referiremos brevemente a la publicación de la primera actualización de la **Guía de la CNMC sobre contratación pública y competencia**, relativa a la planificación de los procedimientos de licitación.

Confiamos en que sea de su interés y nos ponemos a su disposición para cualquier duda que puedan tener.

Los equipos de Derecho de la competencia y Derecho público

Prohibición de contratar con la Administración Pública cuando la práctica anticompetitiva afecta al sector privado

Resolución de la CNMC en el expediente Combustibles sólidos

El 22 de diciembre de 2020, la CNMC [impuso](#) una sanción de un total de 3,5 millones de euros a seis empresas presentes en el mercado de la comercialización de combustibles sólidos, y a varios de sus directivos, por constituir tres cárteles que, en algunos casos, duraron casi 20 años.

Las prácticas sancionadas habrían consistido en el reparto de clientes, la fijación de los precios finales y el establecimiento de cupos de producción que los participantes ofrecían a clientes comunes, empresas del sector industrial. Además, los participantes en el cártel se habrían intercambiado información sensible entre ellos, cuando, en teoría, competían en la adjudicación de obras y servicios licitados por esos operadores privados.

Es llamativo que, **pese a tratarse de prácticas enmarcadas en el ámbito de la contratación con el sector privado, la CNMC ha decidido imponer la prohibición de contratar con la Administración Pública a las empresas expedientadas**, encomendando la determinación del alcance y duración de la prohibición al Ministro de Hacienda, previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública (“JCCP”).

¿Es este el único caso?

Este es el primer caso en el que la CNMC ha impuesto la prohibición de contratar como consecuencia de prácticas anticompetitivas que solo concernían al sector privado. No obstante, en la resolución de 21 de noviembre de 2019 del expediente [S/DC/0612/17, Montaje y mantenimiento industrial](#), que afectaba a varias licitaciones privadas y a una licitación pública, la autoridad impuso también esta prohibición.

Se afirmó allí que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (“LCSP”) en ningún momento indica que las infracciones que puedan dar lugar a la prohibición de contratar tengan que estar relacionadas con la contratación pública. Para justificar su decisión, la CNMC indica que en los procedimientos de licitaciones privadas es cada vez más habitual la exigencia de no estar incurso en una prohibición de contratar con la Administración, por cuanto ello contribuye a introducir mecanismos de fiabilidad y honorabilidad del operador económico en el tráfico mercantil. Por ello entiende que la prohibición debe aplicarse sin tener en cuenta su relación con la contratación pública.

Alcance y duración de la prohibición de contratar: prácticas divergentes entre autoridades de competencia

El artículo 72 de la LCSP indica que la prohibición de contratar puede imponerse de dos maneras: (i) a través de la resolución sancionadora de la propia autoridad de competencia, que en tal caso se pronunciará expresamente sobre el alcance y la duración de la prohibición de contratar, o (ii) en defecto de la indicación expresa anterior, mediante un procedimiento *ad hoc*.

Hasta ahora, en los expedientes sancionadores en los que se ha impuesto la prohibición, la CNMC ha optado por remitir a la JCCP las resoluciones sancionadoras para su preceptivo informe. Sin embargo, en estos casos, las empresas afectadas han solicitado cautelarmente la suspensión de la ejecutividad de la decisión de la CNMC. De acuerdo con la información pública disponible, la petición se ha venido acogiendo en los tribunales (entre otros, Auto de la Audiencia Nacional en el recurso 936/2019, de 19 de julio).

La Autoridad Catalana de la Competencia (“ACCo”), sin embargo, sí ha decidido determinar directamente el alcance y duración de la prohibición. En el [expediente 94/2018, Licitaciones Servicio Meteorológico de Catalunya, de 23 de diciembre de 2019](#), impuso la prohibición de contratar a las empresas incoadas con respecto a las licitaciones convocadas por el SMC, que tuviesen por objeto la instalación de radares y/o estaciones meteorológicas, el mantenimiento y/o suministro de recambios –siendo este el organismo público y mercado afectado por las prácticas restrictivas de la competencia–, con una duración de 18 meses.

Interrogantes abiertos

En el contexto anterior, no son pocos los interrogantes que plantea la determinación del alcance y duración de la prohibición de contratar por parte del Ministerio de Hacienda, previo informe de la JCCP; opción por la que ha optado la CNMC:

- **¿Son el Ministerio de Hacienda y la JCCP, la Administración mejor posicionada para decidir sobre el alcance y duración de la prohibición?**

La sanción la impone la autoridad de competencia tras examinar y resolver el expediente, por lo que parece complicado que sean el Ministerio y la JCCP quienes se encarguen de ponderar los elementos relevantes y asegurar la proporcionalidad entre la sanción y la infracción cometida. En estos casos, tan importante es la imposición de la sanción como la determinación de su *alcance* (i.e. presumiblemente, con qué administraciones o entes del sector público no se va a poder contratar o en qué territorios) y duración.

- **¿Cómo va a articularse la participación y audiencia de los interesados en ese procedimiento *ad hoc*?**

Como hemos apuntado, los tribunales han ido suspendiendo la ejecutividad de las resoluciones de la CNMC en las que se impone la prohibición de contratar. En consecuencia, lo más probable es que la determinación del alcance y duración de la prohibición se haga tras varios años de controversia judicial. ¿Va a ser razonable y proporcionado imponer la prohibición en ese momento?

- **¿Qué parámetros se van a considerar para determinar el “alcance” de la prohibición cuando la práctica anticompetitiva afecte a operadores privados?**

Dado que la prohibición se impone para contratar con las Administraciones Públicas, surgen ciertas dudas acerca de cómo la JCCP va a determinar con qué concretas administraciones o en qué territorios no van a poder contratar las empresas implicadas en prácticas anticompetitivas que no hayan afectado al sector público.

Las dudas son de calado y por el momento no hay certezas. Lo único que está claro es la absoluta determinación de las autoridades de competencia a la hora de utilizar todos los mecanismos sancionadores a su alcance a modo disuasorio.

Las infracciones por “*bid rigging*” finalizan con la firma del contrato

Las prácticas anticompetitivas que afectan a licitaciones públicas se conocen como “*bid rigging*” y están en el punto de mira de las autoridades de competencia. Cada vez se profesionalizan más los mecanismos de detección de estas prácticas (*softwares* especializados, estudios estadísticos, etc.) y se intensifican los mecanismos sancionadores asociados a las mismas. En el epicentro del debate se encuentra, entre otras, la cuestión de la duración de las prácticas y el momento en que empieza a contar la prescripción.

La discusión: ¿en qué momento finaliza una infracción de “bid rigging”?

Al menos desde un plano teórico, una infracción por “*big rigging*” podría cesar:

- en el momento de la última evidencia de contacto entre los licitadores, con anterioridad a la presentación de las ofertas;
- en el momento de la presentación de las ofertas;
- con la firma del contrato;
- al finalizar la ejecución del contrato, si se entiende que los efectos de la conducta se extienden durante toda la vida del contrato, al estar vedada la entrada de competidores.

La cuestión es de la mayor relevancia puesto que (i) la duración de la conducta tiene indudable incidencia en el cálculo de la multa; (ii) en ocasiones, los contactos entre competidores relativos a distintas licitaciones pueden ser prueba de una infracción única y continuada; y (iii) puede tener incidencia en la aplicación del plazo de prescripción -de 4 años desde la comisión de la infracción o desde su cese, en el caso de infracciones continuadas- y, por ende, en las posibilidades de la autoridad de investigar y sancionar la conducta.

Práctica jurisprudencial en relación con otras infracciones administrativas

De acuerdo con la jurisprudencia relativa a otras áreas del Derecho administrativo sancionador (por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de abril de 2019), la duración de las infracciones y su finalización a efectos de iniciar el plazo de prescripción depende de si se trata de una infracción permanente o instantánea.

Infracciones permanentes son aquellas que se mantienen en el tiempo hasta que el infractor decide ponerles fin y es en ese momento cuando se inicia el plazo de prescripción. Las instantáneas, por su parte, son aquellas que se consuman en el momento en que se produce la infracción, de manera que empieza el plazo de prescripción en el mismo momento de la comisión. Es más, cabe que las infracciones instantáneas tengan efectos que se prolonguen en el tiempo pero ello no modifica su naturaleza (STS de 29 de mayo de 2019). Por tanto, con independencia de los efectos que se generen, en esos casos la prescripción se inicia el día de la comisión.

Trasladando estas consideraciones al ámbito de las infracciones por *bid rigging*, estas infracciones solamente podrían merecer la consideración de instantáneas, entendiéndose consumadas, cuando se produce la concertación anticompetitiva. Con independencia de que la

infracción pueda mantener su impacto (i.e. producir efectos) mientras dure la ejecución del contrato, los licitadores no tienen margen alguno para interferir o poner fin a los efectos de la conducta una vez que la adjudicataria y el órgano de contratación han definido las condiciones de la prestación. El plazo de prescripción debería empezar, pues, en el momento en que se consumó la infracción.

La práctica de las autoridades de competencia en nuestro país

Hasta ahora, en materia de ilícitos anticompetitivos, no existía un criterio claro acerca de estas cuestiones y ello ha redundado en pronunciamientos algo divergentes por parte de nuestras autoridades de la competencia.

La CNMC ha dictado numerosas resoluciones en materia de *bid rigging* y, pese a reconocer que los efectos de estas infracciones tienen un impacto en el presupuesto público mientras dura la ejecución del contrato, su criterio para fijar la duración y la finalización de las mismas a efectos de prescripción no es claro.

Por lo general, la CNMC considera que este tipo de infracciones finalizan con la adjudicación de la última licitación afectada, pero subraya siempre la persistencia de efectos hasta la finalización de la ejecución del contrato (véanse, a modo de ejemplo, las resoluciones de los expedientes [S/0226/10, Licitaciones de carreteras](#), [S/0453/12, Rodamientos Ferroviarios](#) y [S/0481/13, Construcciones modulares](#)). No obstante, no se aclara si para el cálculo de las sanciones debe tenerse en cuenta o no el periodo en el que, adjudicadas las licitaciones, aún perduren los efectos, ni tampoco especifica en qué momento debe iniciarse el plazo de prescripción.

La ACCo, por su parte, ha sido mucho más contundente a la hora de fijar su criterio. En la resolución del [expediente 68/2015, Alumbrado público 2](#), afirmó inequívocamente que, a efectos de la prescripción, la duración de las infracciones no finaliza con la adjudicación o formalización del contrato, sino que debe tenerse en cuenta el período de ejecución del contrato licitado, en el que perdurarían los efectos de cierre de mercado provocados por la colusión.

El pronunciamiento del TJUE sobre esta cuestión

El pasado 14 de enero, el TJUE arrojó luz sobre esta cuestión en el asunto C-450/19 y, siguiendo la línea apuntada por el Abogado General Giovanni Pitruzzella en sus [conclusiones](#), [dictaminó](#) que los efectos que producen este tipo de prácticas desaparecen, en principio, en el momento de la celebración del contrato entre el adjudicatario y el órgano de contratación. Es en ese momento cuando los elementos esenciales de la contratación quedan fijados, y cuando el órgano de contratación se ve privado definitivamente de las alternativas más competitivas que pudieran haberse obtenido en ausencia de la colusión.

El TJUE no ignora que este tipo de infracciones de la normativa de competencia puedan tener un impacto en el mercado más allá de la firma del contrato. Sin embargo, distingue entre:

- los efectos restrictivos de la competencia producidos por el cártel, tales como la exclusión de licitadores y/o la limitación eventualmente artificial de la elección del cliente que menoscaba la posibilidad de que el órgano de contratación obtenga los bienes en condiciones competitivas; y

- los efectos económicos perjudiciales más amplios para los demás operadores del mercado. Esos otros efectos podrán también ser objeto de discusión en eventuales reclamaciones de daños, pero la prescripción aplicable a tales reclamaciones es distinta y no puede asimilarse a la asociada a la persecución administrativa de la práctica.

De modo particularmente explícito indica el TJUE que el mismo reconocimiento del instituto de la prescripción en nuestros sistemas jurídicos impide prolongar artificialmente la duración del período de infracción para hacer posible su persecución. Queda zanjado, pues, el debate.

Compatibilidad de las UTEs con la normativa de defensa de la competencia

La cuestión de la compatibilidad de las agrupaciones de empresarios o uniones temporales de empresas (“UTEs”) con el Derecho de la competencia es recurrente en nuestro ordenamiento y en los de nuestro entorno más cercano. Su admisibilidad explícita en la normativa de contratación pública es indiscutible. Sin embargo, han sido muchos los pronunciamientos de autoridades de competencia que han cuestionado su encaje y adecuación a la normativa de competencia. Se trata, en última instancia, de acuerdos entre posibles competidores, que deberían obedecer a un ánimo de mejorar la prestación pública licitada y no a que las empresas partícipes simplemente dejen de competir. Ahora bien, en muchos casos, la concurrencia en UTE es la única opción que existe para que determinadas compañías puedan acceder a las licitaciones. Acceso que de otro modo, por una cuestión de falta de acreditación de la solvencia necesaria, les quedaría vedado, lo que también puede afectar a la formación adecuada de la concurrencia competitiva.

A pesar de los años de discusión judicial sobre la admisibilidad y límites de las UTEs, el debate sigue abierto. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y la Audiencia Nacional han dicho con carácter relativamente reciente que las UTEs pueden ser admisibles cuando sin resultar indispensables formalmente para licitar, su constitución es razonable desde un punto de vista comercial (e.g. STSJ Cat. de 15 de octubre de 2019; SAN de 22 de febrero de 2018). Sin embargo, hay autoridades de competencia que siguen defendiendo que la indispensabilidad debe referirse al acceso a la licitación (i.e. que los integrantes de la UTE no puedan licitar por separado) y no a las mejoras de eficiencia que solo la UTE permite pero la licitación individual no.

La cuestión vuelve a estar de máxima actualidad porque el Tribunal Supremo ha admitido el interés casacional de los recursos de casación preparados por la ACCo y se pronunciará próximamente sobre el tema (i.a. ATS de 23 de octubre de 2020). Según el razonamiento del Tribunal Supremo, el *quid* de la cuestión está en determinar el alcance de la condición de indispensabilidad establecida en el artículo 1.3 LDC y el artículo 101.3 TFUE y, en el particular caso de las UTEs, si la indispensabilidad debe referirse a todos los integrantes de la UTE o solo a algunos de ellos.

Seguiremos informando...

Se publica la primera actualización de la Guía de la CNMC sobre contratación pública y competencia

El pasado 29 de enero, la CNMC [anunció](#) la publicación de la [primera actualización](#) de la [Guía sobre contratación pública y competencia de 2011](#), relativa a la primera etapa que debe formar parte de todo expediente de compra pública: la planificación. Se prevé que más adelante se aborden y actualicen el resto de fases del procedimiento (preparación, licitación, adjudicación, ejecución y evaluación *ex post*).

La iniciativa surgió a raíz de una [consulta pública](#) planteada para la mejora de la planificación de la contratación pública y una [jornada de debate](#), celebradas ambas a finales de 2019 y se incluyó como objetivo en el Plan de actuación de 2020 de la CNMC. En términos generales, las respuestas a la consulta y el debate apuntaron la existencia de deficiencias y carencias en la planificación de las compras, en parte debidas a la falta de especialización, tiempo y recursos del sector público.

La Guía parte del reconocimiento de la planificación como actividad imprescindible de las Administraciones Públicas, principalmente por su financiación con recursos públicos limitados y porque están sujetas al compromiso constitucional de eficiencia en su gestión. Se subraya la escasa relevancia que se le ha dado en la normativa de contratación pública, tanto comunitaria como nacional y se apuntan algunos problemas que ello genera en los procedimientos de licitación, como la escasez de licitadores (e.g. en un 27% de las licitaciones españolas solo se presenta un operador), la escasa competencia en precios o la poca variedad o baja calidad de los servicios ofrecidos.

Entre las ventajas más significativas de la adecuada planificación se hace referencia a la identificación, categorización y priorización de necesidades con base en diferentes factores (e.g. urgencia, importe económico, carácter estratégico) para ajustarlas a los recursos disponibles y las necesidades de transparencia en las actuaciones públicas. Se facilita de esta forma el acceso de los operadores al mercado y se mejora de la gestión económico-financiera y presupuestaria, sugiriendo incluso la creación de incentivos que premien la eficiencia, tales como la concesión de mayores recursos presupuestarios para ejercicios futuros a aquellos órganos que demuestren ser eficientes. En cuanto a los inconvenientes de la ausencia de planificación, el principal es la realización de aprovisionamientos ineficientes de baja calidad o elevado coste.

Más allá del contenido de la Guía, nos parece que la iniciativa demuestra, por un lado, la clara prioridad de la CNMC por mejorar la eficiencia, transparencia y competitividad en las licitaciones públicas; y, por otro lado, que efectivamente muchas veces la ausencia de competencia en las licitaciones obedece a la propia configuración deficiente de las mismas o incluso al uso y abuso de figuras tales como la encomienda de gestión, para adjudicar encargos a medios propios. No cabe duda de que las próximas actualizaciones de la Guía ahondarán en ello.

Contratación pública & Derecho de la competencia

Marzo 2021



Marimón Abogados es un despacho fundado en 1931 que ofrece servicios legales en todas las áreas del Derecho y que cuenta con oficinas en Barcelona, Madrid y Sevilla. Nuestro despacho se ha adaptado a los cambios que se han ido produciendo en el mercado legal, creando departamentos especializados que cuentan con una dilatada experiencia de acompañamiento a nuestros clientes en su actividad diaria.

- Administrativo y regulatorio
- Concursal
- Fiscal
- Laboral
- Penal
- IP & IT
- Competencia
- Financiero
- Inmobiliario
- Mercantil y societario
- Procesal
- Urbanismo & Medio Ambiente

Nuestros Desks



Para cualquier aclaración o comentario sobre el contenido de esta alerta pueden contactar con:

- Yolanda Martínez
ymartinez@marimon-abogados.com
Derecho de la UE y Competencia
- Antonio Alcolea
aalcolea@marimon-abogados.com
Administrativo y Regulatorio

Este documento es una recopilación de información jurídica elaborada por Marimón Abogados. La información que se incluye en el mismo no constituye asesoramiento jurídico alguno. Los derechos de propiedad intelectual sobre este documento son titularidad de Marimón Abogados. Queda prohibida la reproducción en cualquier medio, la distribución, la cesión y cualquier otro tipo de utilización de este documento, ya sea en su totalidad, ya sea de forma extractada, sin previa autorización.