



Queridos amigos:

Como viene siendo un clásico en los últimos ejercicios, seguimos constatando la continuada perseverancia de las autoridades de competencia en la persecución de las prácticas anticompetitivas que puedan afectar a la contratación pública. Es su gran caballo de batalla y así lo publicitan mediante numerosos expedientes sancionadores e inspecciones, así como la adopción de sistemas de detección y mecanismos sancionadores cada vez más sofisticados.

La insistencia en atajar el *bid rigging* no es exclusiva de nuestro país, de modo que tratamos de ofrecerles una pequeña panorámica de las más recientes decisiones en esta materia en otras jurisdicciones. En todo caso, nuestro análisis en profundidad lo dedicamos a decisiones nacionales, donde las UTEs, la prohibición de contratar, la obstrucción en inspecciones, las sanciones a empresas y directivos y los programas de *compliance* siguen siendo los temas estrella.

Como apunte final queremos destacarles que se acaban de publicar las normas que gobernarán próximamente las relaciones verticales (proveedor-distribuidor) desde la perspectiva de competencia. En ellas, la participación en licitaciones públicas (o privadas) pasa a considerarse una “venta pasiva”. Para saber más, les emplazamos a valorar nuestra próxima *Newsletter* monográfica sobre el tema.

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

El equipo de Derecho de la competencia

Visión panorámica de la actividad de las autoridades de competencia en relación con la contratación pública

Actividad de las autoridades españolas

Las autoridades de competencia españolas (CNMC y autoridades autonómicas) siguen decididas a identificar, atajar y multar las prácticas de manipulación de ofertas que afectan a la contratación pública como una de sus prioridades absolutas. El creciente número de casos relacionados con la manipulación de ofertas así lo atestigua¹ y se siguen produciendo mejoras técnicas en las herramientas analíticas y estadísticas que ayudan a identificar las desviaciones del comportamiento competitivo habitual.²

Uno de los instrumentos legales que las autoridades están utilizando constantemente en los casos de manipulación de licitaciones es la prohibición de contratar con el sector público como elemento disuasorio adicional a las multas económicas tradicionales, de acuerdo con la legislación sobre contratación pública. La prohibición puede tener un tremendo impacto en los licitadores cuya actividad depende principalmente de las licitaciones e incluso en las administraciones públicas que pueden encontrarse sin ofertas cuando muchos operadores son multados o en sectores donde la oferta ya era escasa. No obstante, el alcance, la validez y la ejecución de estas prohibiciones de contratar están todavía bajo revisión jurisdiccional.

Más allá de los cárteles puros y por el momento fuera del ámbito de la contratación pública, resulta reseñable el creciente número de casos que han terminado sin multa, a través del llamado procedimiento de terminación convencional. El mecanismo se ha utilizado recientemente en casos relativos a conductas unilaterales,³ acuerdos verticales⁴ y decisiones de asociaciones profesionales.⁵ La razón de este aumento no está clara, pero puede tener que ver con la ausencia de un verdadero procedimiento de transacción (*settlement*) en el Derecho de la competencia español. Su inclusión se intentó con la transposición de la Directiva ECN+ pero finalmente no cristalizó.⁶

A priori, la terminación convencional no puede referirse a prácticas respecto de las que la infracción es clara, reduciéndose así las oportunidades de las partes interesadas de aceptar los cargos que se les imputan y presentar compromisos a cambio de una beneficiosa reducción de la multa. Parece que la próxima reforma de la Ley de Defensa

¹ Por ejemplo:

https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Notas%20de%20prensa/2021/20211110_NP_Inspecciones-Licitaciones-Ministerio-Defensa_eng.pdf

² La CNMC utiliza regularmente su [Unidad de Inteligencia Económica](#) a estos efectos y la *Autoritat Catalana de la Competència* recientemente anunció el lanzamiento de la herramienta [ERICCA](#) con el mismo objetivo.

³ Resolución de la CNMC de 2 de noviembre de 2021, expediente S/0034/19 EURO 6000.

⁴ Resolución de la CNMC de 14 de septiembre de 2021, expediente S/DC/0006/20 MAQUINARIA GARRIDO.

⁵ Resolución de la CNMC de 11 de abril de 2022, expediente COLEGIO PROCURADORES TENERIFE 2

(SACAN/02/21).

⁶ Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril.

de la Competencia pudiera, por fin, incluir un verdadero *settlement* en nuestro ordenamiento.⁷ En tal caso, es de suponer que, a imagen y semejanza del mecanismo europeo, incluso las conductas más graves podrían beneficiarse del mecanismo.

Otros casos recientes fuera de nuestras fronteras

En Alemania, el *Bundeskartellamt* impuso en 2020 multas por un total de 110 millones de euros a once licitadores tras descubrir que coludieron en las licitaciones de grandes contratos en el sector de la construcción.⁸ La investigación se originó porque uno de los miembros del cártel se acogió al programa de clemencia, beneficiándose entonces de la exención del importe de la multa.

En Austria, la *Bundeswettbewerbshörde* impuso en 2021 la mayor multa de su historia, de más de 45 millones de euros, a la mayor empresa constructora del país por participar en un cártel de *bid rigging* que duró casi 15 años.⁹

En Italia, la *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* ha multado en febrero de 2022 a cinco proveedores de contadores de agua con más de 10 millones de euros tras descubrir que se confabularon para coludir en licitaciones públicas durante casi nueve años.¹⁰

También más allá de Europa, en Estados Unidos, el *Department of Justice* multó recientemente a una empresa belga de servicios de seguridad con 15 millones de dólares por *bid rigging* y fijación de precios en la contratación de defensa nacional.¹¹ En el sector farmacéutico, Sandoz también fue acusada en 2020 de *bid rigging* (además de conspirar para asignar clientes y fijar los precios de los medicamentos genéricos), sancionándola con una multa de 195 millones de dólares.¹²

Otros ejemplos recientes en Japón,¹³ Corea del Sur¹⁴ o Malasia¹⁵, demuestran que la colusión en la contratación pública está sin lugar a dudas en el punto de mira de las autoridades de competencia de todo el planeta.

⁷https://www.aedc.es/wp-content/uploads/2021/09/AEDC2021-09-24_propuesta_enmiendas_RDL_7-2021.pdf

⁸https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2020/11_03_2020_TGA.html

⁹<https://www.bwb.gv.at/en/news/detail/decision-final-strabag-fined-eur-4537-million>

¹⁰<https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2022/2/1835>

¹¹<https://www.justice.gov/atr/case/us-v-g4s-secure-solutions-nv>

¹²<https://www.justice.gov/opa/pr/major-generic-pharmaceutical-company-admits-antitrust-crimes>

¹³<https://globalcompetitionreview.com/bid-rigging/japan-fines-printing-companies-rigging-bids>

¹⁴<https://globalcompetitionreview.com/bid-rigging/korea-fines-transport-companies-bid-rigging>

¹⁵<https://globalcompetitionreview.com/bid-rigging/malaysian-enforcer-launches-mammoth-bid-rigging-probe>

Infracciones de competencia y contratación pública: a vueltas con la prohibición de contratar y las UTEs

[Una versión anterior de este artículo fue previamente publicada en [ICABlog](#)]

Hace ya años que las autoridades de competencia vienen manifestando su absoluta determinación para atajar prácticas anticompetitivas relacionadas con la contratación pública. Cuentan para ello con potentes mecanismos sancionadores¹⁶ y de promoción de la competencia,¹⁷ alcanzando además altos niveles de profesionalización técnica para detectar irregularidades a través de la analítica de datos.¹⁸

En ese marco, con claro objetivo disuasorio y garante de la honorabilidad de los licitadores, la normativa de contratación pública prevé como causa de prohibición de contratar con el sector público la comisión de infracciones graves en materia de falseamiento de la competencia.¹⁹ Desde su introducción,²⁰ varias han sido las resoluciones de las autoridades de competencia que han hecho uso de tal previsión, no siempre con un criterio uniforme y abarcando incluso conductas no relacionadas con la contratación pública.²¹ En aplicación de la ambivalencia prevista en el artículo 72.2 y 3 LCSP, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha diferido hasta ahora la determinación del alcance y duración de la prohibición de contratar a un momento posterior,²² con la intervención del Ministro de Hacienda, previa propuesta de la Junta Consultora de Contratación Pública del Estado (JCCPE), mientras que la *Autoritat Catalana de la Competència* (ACCO) ha optado por determinar directamente el alcance y duración de la prohibición de contratar.²³

Cabe resaltar, por cierto, que la prohibición de contratar puede imponerse con independencia del valor o envergadura del contrato, habiéndose impuesto ya incluso en el caso de licitaciones de contratos menores²⁴. Así, la CNMC²⁵ ha sancionado recientemente a varias empresas por constituir un cartel que afectaba a licitaciones adjudicadas en su mayoría mediante contratos menores, y en la que se impone la

¹⁶ <https://www.cnmc.es/ca/node/354086>

¹⁷ <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/promocion-de-la-competencia/contratacion-publica>

¹⁸ y http://acco.gencat.cat/ca/detall/article/20220406_ndp_memoria2021_programa_2022

¹⁹ Artículo 71.1.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

²⁰ DF novena de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

²¹ Resolución de la CNMC de 22 de diciembre de 2020 en el expediente S/DC/0620/17 *Combustibles sólidos* (FD séptimo).

²² Entre otras, Resoluciones de 21 de noviembre de 2019, expediente S/DC/0612/17 *Montaje y mantenimiento industrial*; de 14 de marzo de 2019, expediente S/DC/0598/2016 *Electrificación y electromecánica ferroviaria*; o de 20 de junio de 2019, expediente SAMUR/02/2018 *Transporte Escolar Murcia*.

²³ Por ejemplo, Resoluciones de 21 de julio de 2020, expediente 100/2018 *Aerobús*; de 19 de mayo de 2021, expediente 103/2019 *Servicios visitas médicas*; o de 23 de diciembre de 2019, expediente 94/2018, *Licitaciones Servicio Meteorológico de Cataluña*.

²⁴ Valor estimado inferior a 40.000 euros en contratos de obras, o a 15.000 euros en contratos de suministro o de servicios. (artículo 118 LCSP).

²⁵ Resolución de 14 de septiembre de 2021, expediente S/0025/19, *Gestión de Archivos*.

prohibición de contratar a todos los infractores remitiendo de nuevo la determinación de su duración y alcance a la JCCPE.

Entre las múltiples dudas jurídicas asociadas a esta operativa sancionadora, el Tribunal Supremo se ha pronunciado recientemente sobre la cuestión de la ejecutividad²⁶ de la prohibición de contratar mientras se discute judicialmente la infracción que le sirve de base.²⁷ La discusión se planteó inicialmente en sede cautelar, habiendo solicitado los interesados la suspensión de la determinación de la duración y alcance de la prohibición, atendiendo al perjuicio irreparable que podría derivar de un impedimento para contratar con el sector público con carácter previo a la firmeza judicial.

La Audiencia Nacional entendió que se trataba de una resolución inmediatamente ejecutiva que de no suspenderse provocaría un perjuicio irreparable al recurrente.²⁸ El Tribunal Supremo entiende que solo cuando se determina el alcance y la duración de la prohibición de contratar puede esta producir efectos y, por tanto, ser ejecutiva. De lo contrario, se vulnerarían los principios de seguridad jurídica y proporcionalidad, por cuanto quien es sancionado tiene derecho a conocer el alcance de la prohibición y, eventualmente, solicitar su revisión judicial. Ello no impide, sin embargo, suspender cautelarmente el envío del expediente a la JCCPE para la fijación del alcance y duración de la prohibición de contratar. Tal suspensión es posible e incluso razonable, dado que la prohibición de contratar es una limitación *ex lege* que tiene como presupuesto la sanción firme en materia de competencia.

Esa razonabilidad apuntada por el alto Tribunal parece efectivamente sensata. Piénsese por ejemplo en el discutido caso de las Uniones Temporales de Empresas (UTE) y su conformidad con la normativa de competencia. Conocido es el desasosiego que esta figura genera en las autoridades de competencia, pese a su legalidad conforme a la normativa de contratación pública. Son múltiples los pronunciamientos entorno a los (no siempre claros) límites de su admisibilidad.²⁹ Una reciente sentencia de la Audiencia Nacional³⁰ ahonda en la cuestión indicando que, si bien es cierto que la UTE debe ser objetivamente necesaria para acceder al mercado o ejecutar el contrato con solvencia,³¹ la autoridad de competencia debe analizar con detalle la plausibilidad de los argumentos de los interesados. No puede automáticamente asumir que la suficiencia económica para la concurrencia individual demuestra también la existencia de suficiente solvencia técnica. Tampoco puede llegar al extremo de sancionar la constitución de una UTE por considerar preferibles otras alternativas empresariales meramente hipotéticas.

¿Qué habría ocurrido si en ese caso se hubiera impuesto una prohibición de contratar y no se hubiera suspendido su ejecutividad? *Ceteris paribus*, como mínimo, la causación de

²⁶ Artículo 98 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

²⁷ SSTs de 28 de marzo de 2022, RC 1758/2020, ECLI:ES:TS:2022:1259; y de 1 de diciembre de 2021, RC 7659/2020, ECLI:ES:TS:2021:4450.

²⁸ AAN de 11 de noviembre de 2019, PO 1412/2019, ECLI:ES:AN:2019:2812A; y de 16 de julio de 2019, PO 928/2019, ECLI:ES:AN:2019:3414A.

²⁹ Por ejemplo, STS de 15 de marzo de 2021, RC 3405/2020, ECLI:ES:TS:2021:1011.

³⁰ SAN de 27 de diciembre de 2021, PO 432/2016, ECLI:ES:AN:2021:5847.

³¹ Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal, DOUE C 11, de 14.01.2011, p.1, § 237.

muy relevantes perjuicios a las integrantes de la UTE... ¿con qué responsabilidad de la administración sancionadora?

Empresas en participación (JV) y programas de cumplimiento (*compliance*): La saga AEROBÚS

En los últimos años, la Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO) ha sancionado en dos procedimientos sancionadores diferentes –expediente [100/2018](#), *Aerobús* y expediente número [102/2019](#), *Aerobús 2*– determinadas conductas relacionadas con el procedimiento de contratación pública para la explotación del servicio público de transporte colectivo urbano de viajeros en autobús entre Barcelona y el aeropuerto del Prat de Llobregat (*Aerobús*).

En estos dos procedimientos se analizan conductas relacionadas con la segunda y la tercera de las licitaciones del servicio de *Aerobús* –convocadas a finales de 2008 y 2017, respectivamente– promovidas por el Área Metropolitana de Barcelona (AMB).

Las JV instrumentales para conductas anticompetitivas

En el expediente [100/2018](#), *Aerobús*, se sanciona con 3,9 millones de euros la existencia de una oferta de cobertura de Automóviles La Alcoyana, SA en la tercera de las licitaciones del *Aerobús*, cuya finalidad era beneficiar a la UTE formada por las empresas que estaban prestando el servicio, a saber, Transportes Urbanos y Servicios Generales S.A.L. (TUSGSAL), Transportes Ciudad Condal, S.A. (TCC) y su empresa en participación Servicios Generales de Movilidad y Transporte, S.L. (SGMT). En esta resolución, la ACCO impone a las empresas sancionadas la prohibición de contratar, durante 18 meses, respecto a las licitaciones de la AMB que tengan por objeto la prestación del servicio de transporte de viajeros por carretera.

Por otro lado, en el expediente [102/2019](#), *Aerobús 2*, la ACCO sanciona con 3,5 millones de euros a las empresas TUSGSAL y TCC por un pacto de no competencia y reparto del mercado de las licitaciones del servicio del *Aerobús*, que habría tenido una aplicación efectiva en la tercera licitación del *Aerobús*, en la que las empresas infractoras concurren conjuntamente mediante la UTE TUSGSAL-TCC-SGMT, a pesar de tener plena capacidad y solvencia para presentarse individualmente. También se impone a las sancionadas una prohibición de contratar para licitaciones convocadas por el AMB en relación con el servicio de transporte de viajeros por carretera durante 24 meses.

El pacto de no competencia se instrumentalizó a través de la empresa en participación (*joint venture* o JV) SGMT. No obstante, la ACCO no sanciona a las empresas por su participación en la JV, sino por el pacto de no competencia anterior que conduce a un reparto de mercado.

Ante las alegaciones de las empresas sancionadas de que el pacto de no competencia era accesorio al pacto de gestión conjunta entre TCC y TUSGSAL del servicio del *Aerobús* a

partir de 2009,³² la ACCO considera que el pacto de no competencia tiene un objeto y alcance temporal que va más allá de la gestión de la licitación del Aerobús.

Es más, la ACCO también considera como un indicio de la intención anticompetitiva de las partes, el hecho que TUSGSAL y TCC acordaran la ejecución conjunta del contrato mediante la empresa en participación SGMT, cuando las dos empresas cumplían con las condiciones de la licitación y se habían presentado inicialmente por separado a la licitación, sin que hubiera constancia de que se recibiese ninguna compensación por parte de TUSGSAL para compartir la explotación de la concesión otorgada con TCC. En este sentido, recuerda la ACCO que estas fórmulas de colaboración empresarial (empresas en participación, UTE) *“han sido consideradas como un instrumento para la realización de conductas colusorias, tales como el reparto de mercado”*.

En definitiva, si bien la ACCO no sanciona en sí misma la creación de la JV, sí que considera que instrumenta un pacto de no competencia contrario al artículo 1 LDC.

El compliance en materia de competencia y la prohibición de contratar con la administración

En estos procedimientos, la ACCO ha decidido, al contrario que la CNMC, fijar el alcance y la duración de las prohibiciones de contratar con las administraciones públicas de acuerdo con los artículos 72.2 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y el artículo 53.2.b) de la LDC.

TUSGSAL, una de las empresas sancionadas en el primer expediente sancionador, solicitó, en el seno del expediente de vigilancia, la revisión de la prohibición de contratar de conformidad con el artículo 72.5, párrafo tercero LCSP. Esta norma permite la revisión de la prohibición de contratar cuando la empresa sancionada cumpla con dos requisitos: i) se comprometa a pagar o abone la sanción impuesta en la resolución y ii) adopte medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, es decir, instaure un programa de cumplimiento normativo eficaz (*compliance*).

En la Resolución de 22 de noviembre de 2021, en el asunto n.º V- 100/2018, *Aerobús*, la ACCO decide que el programa de cumplimiento normativo de TUSGSAL no recoge de forma satisfactoria los indicadores en términos de eficacia del programa, a la luz de los criterios de evaluación de la *“Guía de Programas de Cumplimiento Normativo”* de la CNMC de 10 de junio de 2020 (la Guía).³³

Más concretamente, la ACCO analiza exhaustivamente los criterios de evaluación de la Guía, y detecta carencias en los siguientes aspectos:

- **Integración del cumplimiento de la normativa de defensa de la competencia en la cultura corporativa de la empresa.** Entre otras, la ACCO considera que el programa de *compliance* es insuficiente, pues no recoge: i) el compromiso de los directivos de TUSGSAL de cumplimiento de la normativa de competencia; ii) el compromiso de colaboración con las autoridades de competencia; iii) una respuesta uniforme frente al incumplimiento de la LDC por parte del personal de la empresa; iv) la misma

³² Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin, DOUE C 56, 5.3.2005, p. 24-31.

³³ https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Competencia/Normativas_guias/202006_Guia_Compliance_FINAL.pdf

implicación o compromiso de las filiales de TUSGSAL; v) la colaboración plena con la ACCO y vi) la comunicación del programa de cumplimiento y acreditación de la adhesión o aceptación por parte de los empleados, directivos y colaboradores de la empresa.

- **Realización de acciones de formación y sensibilización.** La formación en materia de competencia de TUSGSAL no ha sido realizada por todos los trabajadores, no incluye a todo el grupo empresarial, no se ha acreditado la formación y no se acredita la eficacia del programa de formación.
- **Responsable del diseño y control del programa de cumplimiento.** El *Compliance officer* comunicado por la empresa no tiene conocimientos de Derecho de la competencia, por lo que la función de detección de posibles infracciones no podría realizarse. La existencia de un asesor externo experto en la materia no resulta suficiente para la ACCO si el *Compliance officer* no tiene una mínima formación que le permita detectar conductas potencialmente problemáticas.
- **Mapa de riesgos/matriz de control.** Según la ACCO, TUSGSAL no ha analizado correctamente qué personas pueden ser depositarias del riesgo y si se ha trasladado a dichas personas conocimiento suficiente sobre su posición y riesgo vinculado.
- **Medidas disciplinarias e incentivadoras.** La ACCO observa inconsistencias en el plan de medidas disciplinarias e incentivadoras y que numerosas medidas tienen carácter meramente teórico y no son aplicadas en la realidad.

Por todo ello, la ACCO considera que esta serie de carencias impide acreditar la existencia de un verdadero compromiso de TUSGSAL de cumplimiento de la normativa de competencia llegando incluso a afirmar que se habría efectuado una utilización instrumental del programa de cumplimiento normativo para eludir la prohibición de contratar impuesta en la resolución sancionadora.

En definitiva, la mera creación e implantación de un programa de *compliance* en competencia no resulta suficiente para revisar una prohibición de contratar fijada en una resolución sancionadora. Los requisitos y condiciones necesarias para que las autoridades de competencia acepten este tipo de programas *ex post* son elevados y debe demostrarse que el programa es adecuado y está adaptado a la realidad específica de cada una de las empresas.³⁴

¿Pueden las autoridades de competencia acceder a los dispositivos personales de los empleados en el marco de una inspección?

Los documentos y dispositivos personales ajenos al objeto de la investigación constituyen un límite a la labor inspectora de las autoridades de competencia. Sin embargo, no se trata de un límite de carácter absoluto. Si bien es cierto que los sujetos interesados tienen el derecho y el deber de identificar este tipo de documentos con el

³⁴ Recuérdese también, en este sentido, el alto estándar fijado por la CNMC en su reciente Resolución de 11 de mayo de 2021, expediente S/DC/0627/18, *CONSULTORAS*, pp. 247 y ss.

objetivo de que no sean incautados por la autoridad³⁵, este derecho no abarca la oposición o resistencia a que ésta compruebe mediante una revisión sucinta que los mismos se circunscriben efectivamente a alguna de las categorías señaladas anteriormente.

La justificación que las autoridades alegan para legitimar esta comprobación es la eficacia de la inspección, puesto que cabe la posibilidad de que los dispositivos o las cuentas de correo electrónico personales sean utilizadas por los sujetos investigados para fines profesionales, precisamente para tratar de burlar su detección por las autoridades competentes³⁶.

De hecho, la Audiencia Nacional, en Sentencia de 18 de julio de 2016 (nºrec. 136/2014, FJ Sexto) confirmó la potestad de las autoridades de competencia de visualizar de forma somera el contenido de estos dispositivos o documentos, señalando además que *ello no puede considerarse una infracción del derecho a la intimidad o privacidad, ya que sin ese análisis y descarte inicial, una inspección eficaz no sería posible*.

Es por ello que la eventual resistencia por parte de los sujetos investigados a la comprobación sucinta de los documentos o dispositivos puede ser considerada una obstrucción a la labor inspectora, pues impide verificar si el contenido de dichos documentos o dispositivos incluye material probatorio de las infracciones investigadas.

En este sentido, de acuerdo con la práctica de las autoridades hasta el momento³⁷, este tipo de obstrucción ha conllevado una sanción para la empresa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62.3 c) en relación con el 63.1.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (“LDC”) que, tras la reforma operada para la transposición de la Directiva ECN+, ha incrementado el límite de la sanción del 1 al 5% del volumen de negocios total de la empresa al pasar a constituir una infracción grave.

Sin embargo, recientemente hemos conocido la resolución adoptada por la Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía (la “ACREA”), de conformidad con la cual se sancionaba a la empresa *CORALSUR MANTENIMIENTO, S.L.*, así como a su Administrador único, por obstruir la labor inspectora de la autoridad regional de competencia al haber impedido este último el acceso por los inspectores a un móvil y un ordenador de carácter personal³⁸.

La resolución de la ACREA es de indudable interés, pues en aplicación de lo dispuesto en el artículo 63.2 de la LDC, no solo sanciona a la empresa, en línea con lo que se había venido haciendo hasta ahora, sino que impone una multa a su representante legal por

³⁵ Vid. entre otras, Resoluciones de la CNMC en los Expedientes R/AJ/127/21 *Caslista*, de 16 de febrero de 2022, y R/AJ/030/20, *Metalúrgica Galaica, S.A.*, de 23 de julio de 2020, donde se reproduce la jurisprudencia de la Audiencia Nacional – entre otras, Sentencia de 7 de febrero de 2012, nºrec. 431/2010 – y del Tribunal Supremo – entre otras, Sentencia de 27 de abril de 2012, nºrec. 6552/200 – en relación con la documentación protegida por la confidencialidad abogado-cliente, jurisprudencia trasladable a la documentación y dispositivos de carácter personal.

³⁶ Vid. resolución de la CNC de 6 de mayo de 2010 en el expediente SNC/0007/10, *Extrato*.

³⁷ Vid. resoluciones de la CNMC en los expedientes SNC/0013/11 *Saneamiento Martínez*, de 13 de julio de 2011, o SNC/0007/10 *Extrato*, ya citado, así como la resolución de la ACCO de 4 de mayo de 2021, en el expediente R-1/2021, *CP Servicios organización eventos*.

³⁸ Resolución del Consejo de la Competencia de Andalucía de 10 de marzo de 2022, expediente S/02/2022, *CORALSUR MANTENIMIENTO, S.L.*

su intervención directa en la conducta, lo que podría iniciar una nueva tendencia en la actividad sancionadora de las autoridades.

Debe tenerse en cuenta, además, que a diferencia de lo que sucede en relación con las sanciones impuestas a las empresas, la LDC no incluye una graduación específica de las sanciones para los representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos en función de la infracción cometida, por lo que el límite de la sanción por obstrucción sería el límite general de 60.000 euros.

En definitiva, puede concluirse no solo que las autoridades se encuentran legitimadas para acceder, al menos someramente, a los dispositivos o documentos de carácter personal, sino que la oposición por parte de las empresas y sujetos interesados a que lo hagan puede, de acuerdo con la actividad más reciente de las autoridades, conllevar sanciones tanto para las empresas como para los representantes y directivos a título personal.

La Comunicación sobre la colusión en la contratación pública o *el parto de los montes*

Cuatro años después de haberla anunciado, la Comisión Europea adoptó al fin, el 15 de marzo de 2021, una "Comunicación sobre los instrumentos de lucha contra la colusión en la contratación pública y sobre las orientaciones para la aplicación del correspondiente motivo de exclusión" (la "[Comunicación](#)"). Lamentablemente, se trata de una Comunicación de utilidad práctica dudosa, que se limita a dar unas pinceladas ilustrativas de cómo emplear algún concepto, como pueda ser el de la prueba. Además, la Comunicación es un fiel reflejo del peralte de la Red Europea de Competencia (ECN, por sus siglas en inglés), por cuanto pretende orientar a las autoridades y administraciones nacionales sin por ello reflejar la amplísima experiencia de que puede presumir alguna de ellas, muy superior a la de la propia Comisión.

¿Cuál es el objeto de la Comunicación? Según su apartado 1.1, "[e]l concepto de colusión en la contratación pública (también denominado "licitación colusoria") hace referencia a los acuerdos ilegales entre operadores económicos destinados a falsear la competencia en los procedimientos de adjudicación." Dada la extraordinaria amplitud de tal definición, la Comisión ofrece un florilegio de las modalidades más comunes de licitación colusoria, sobre ninguna de las cuales requerirá explicaciones el lector de estas líneas. Se trata de presentar ofertas de cobertura, de abstenerse de ofertar, de repartirse mercados y/o clientes o de establecer turnos de adjudicación.

Mientras que, en palabras de la Comisión, "[e]l objetivo de todas estas prácticas es permitir que un licitador predeterminado obtenga un contrato mientras se crea la impresión de que el procedimiento es realmente competitivo", lo cierto es que dichas prácticas plantean bastantes más interrogantes de lo que parece cuando una empresa licitadora deba evaluar el riesgo de caer en una licitación colusoria o la apariencia de tal.

A pesar de esta relevancia práctica, la Comunicación es muy parca en palabras relativas a cuestiones clave como (i) la independencia de ofertas presentadas por empresas afiliadas, sin siquiera mencionar la doctrina de la entidad económica única; (ii) las UTEs, que con tanto ahínco fiscalizan las autoridades de defensa de la competencia de nuestro país; o (iii) la subcontratación, limitándose poco más o menos a evocar la jurisprudencia de los Tribunales de la UE.

Ante esta decepción, volvámonos hacia la otra gran cuestión de relevancia práctica, que no es otra que los **motivos de excluir a una empresa licitadora colusoria de concursos futuros**. Efectivamente, según reza el artículo 57.4.d), de la [Directiva 2014/24/UE](#) sobre contratación pública:

"Los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación, por sí mismos o a petición de los Estados miembros, en cualquiera de las siguientes situaciones: [...]

d) cuando el poder adjudicador tenga indicios suficientemente plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia;"

Como bien sabe el lector, España hizo uso de la posibilidad de aplicar este motivo de exclusión de forma obligatoria en su trasposición de la Directiva mediante la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), concretamente, en su artículo 71.1.b), aunque para ello las empresas deban *"haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave."*

Según recordó el Gobierno durante la reciente polémica por la adjudicación de un contrato a una afiliada de PriceWaterhouseCoopers, se trata de sanciones por autoridades de defensa de la competencia, las cuales interpretan la noción de "acuerdos" a efectos del artículo 57.4.d) de la Directiva con extraordinaria amplitud. Eso mismo propone la Comunicación, a saber, que, *"también las prácticas concertadas en materia de contratación pública destinadas a falsear la competencia pueden dar lugar a la aplicación de esta causa de exclusión"*. Así, España está alineada con ordenamientos como el alemán, el austriaco o el belga.

Acto seguido, la Comunicación aborda la distinción entre los motivos de exclusión por "colusión" y "falta profesional grave", respectivamente, y constata que son de aplicación baremos de prueba diferentes: *"indicios suficientemente plausibles"* de una colusión y *"demostrar por medios adecuados que el operador económico es culpable"* de una falta profesional grave.

En cambio, poco tiene que decir la Comisión sobre un elemento tan importante como los programas de clemencia, que imponen a los solicitantes un estricto deber de confidencialidad. Por ende, el licitador que coopere con una autoridad de defensa de la competencia en el marco de un tal programa no podrá ser transparente en su documento europeo único de contratación (DEUC), ya que podrá indicar haber adoptado medidas de autosaneamiento o *self-cleaning* marcando la casilla correspondiente en el DEUC), pero mientras siga pendiente su solicitud de clemencia no podrá comunicar a los poderes adjudicadores cuáles son esas medidas.

Aunque nada diga la Comunicación al respecto, en Alemania la autoridad de defensa de la competencia (BKartA) ha creado un registro nacional de todas las infracciones que puedan desencadenar un motivo de exclusión para los licitadores. Es la BKartA quien decidirá si las medidas de autosaneamiento son suficientes y publicará directrices sobre éstas.

Por último, la Comunicación tampoco orienta sobre cómo aplicar los motivos de exclusión por "*falsedad grave al proporcionar la información exigida para verificar la inexistencia de motivos de exclusión*" [artículo 57.4.h) de la Directiva] y por "*proporcionar negligentemente información engañosa que pueda tener una influencia importante en las decisiones relativas a la exclusión, selección o adjudicación*" [artículo 57.4.h) de la Directiva], ambos recogidos en el artículo 71.1.e) de la LCSP. Efectivamente, resulta más que probable que un poder adjudicador considere que un licitador que no informe en su DEUC sobre la posible apreciación de una colusión como motivo de exclusión, por mucho que sea por un deber de confidencialidad, incurre en uno de estos dos motivos de exclusión.

En resumidas cuentas, la Comunicación confirma a lo largo de sus sólo siete páginas el proverbio de que quien mucho abarca, poco aprieta. Bien poca ayuda aporta a quien busque resolver las principales dudas que plantea la posibilidad de sancionar a un licitador con la exclusión.



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.