

Contratación pública & Derecho de la Competencia

Noviembre 2023

Equipo de Derecho de la Competencia y de la UE

Queridos amigos:

Durante los últimos meses no ha cesado la actividad de las autoridades de la competencia y de nuestros tribunales en relación con la contratación pública y el Derecho de la Competencia. Como viene siendo habitual, a continuación, os presentamos las cuestiones más relevantes.

Novedades sobre la prohibición de contratar: de la comunicación de la CNMC a las cuestiones pendientes ante el Tribunal Supremo y el TJUE

El pasado 13 de junio la CNMC publicó la [Comunicación 1/2003](#) (“**la Comunicación**”), en la que fija los criterios que seguirá para la imposición de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia prevista en el artículo 71.1.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (“LCSP”).

El artículo 71.1.b) establece la prohibición de contratar con la administración pública para aquellas personas que hayan sido “*sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia (...) de falseamiento de la competencia*”. La ley permite que el alcance y duración de la prohibición de contratar sean fijados en la propia resolución de la autoridad de competencia, pero también su fijación en un estadio posterior mediante el procedimiento previsto en el artículo 72.3 de la LCSP. De acuerdo con este precepto, sería el Ministerio de Hacienda y Función Pública, previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado – o de sus homólogos autonómicos – quien determinara el alcance y la duración de la sanción.

En la versión previa de este [boletín](#) nos hacíamos eco precisamente de la disparidad de criterios en el cauce seguido por parte de las diferentes autoridades de la competencia en nuestro país, a la hora de imponer la prohibición de contratar. La CNMC viene optando por el procedimiento previsto en el artículo 72.3 de la LCSP mientras que algunas autoridades autonómicas, como la *Autoritat Catalana de la Competència*

(ACCO)¹ o la *Comisión Galega da Competencia* (CGC)², han optado por determinar el alcance y la duración de la prohibición de contratar directamente en la resolución sancionadora.

La Comunicación inicia su exposición de motivos con una referencia a la práctica del [Tribunal Superior de Justicia de Cataluña](#), que considera que la autoridad de competencia es la autoridad mejor situada para imponer la prohibición de contratar. Con este punto de partida, la CNMC indica que esta será su práctica de ahora en adelante, y lo hará a la luz de los principios de disuasión, eficacia y proporcionalidad que recoge en el párrafo quinto de la Comunicación, así como del debido examen del impacto de la prohibición de contratar en los mercados afectados por las conductas investigadas y sancionadas en cada caso.

❖ **Los criterios de aplicación de la prohibición de contratar fijados en la comunicación 1/2023**

La Comunicación se pronuncia, en primer lugar, sobre su ámbito objetivo, subjetivo y temporal de aplicación:

- La CNMC confirma que la prohibición de contratar es aplicable a aquellas infracciones calificadas como graves y muy graves en los artículos 62.3 y 62.4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (“LDC”). Asimismo, confirma que la sanción no necesariamente se impondrá en relación con infracciones relacionadas o ligadas con la contratación pública o “*bid rigging*”.
- La Comunicación dedica un apartado a clarificar que, atendiendo a la literalidad de la norma, el artículo 71.1.b) habla de “*personas*” sin distinguir entre personas físicas y jurídicas, por lo que no procede excluir a las primeras de su ámbito subjetivo de aplicación.
- En cuanto al ámbito temporal de aplicación, la CNMC no descarta expresamente la imposición de la prohibición de contratar a infracciones iniciadas con anterioridad al 22 de octubre de 2015 (fecha de entrada en vigor de la norma que regula la prohibición de contratar), pero finalizadas con posterioridad - las calificadas como infracciones continuadas: “*esta circunstancia podrá ser tenida en cuenta al fijar la duración y alcance de la prohibición de contratar, formando parte de la evaluación de la proporcionalidad*”.

A continuación, la Comunicación fija los parámetros para determinar el **alcance** – geográfico, de producto y de aquellas entidades jurídicas y de sector público con las que no se podrá contratar– y la **duración** de la prohibición de contratar, para lo cual otorga una notable importancia a dos cuestiones que la autoridad debe tener en cuenta: la estructura del mercado afectado por la conducta sancionada (por ejemplo, el número de operadores activos, la homogeneidad del producto o la existencia de barreras de entrada que impidan el acceso al mercado a operadores alternativos) y los efectos que podría tener la imposición de la prohibición de contratar.

El alcance geográfico se determinará tomando como referencia el mercado geográfico en el que se ha producido la infracción, si bien las circunstancias de cada caso podrían justificar la fijación de un alcance menor o mayor. La Comunicación parte del mismo criterio para determinar el alcance a nivel de producto: el mercado de producto afectado por la conducta sancionada se tomará como marco de referencia para

¹ Por ejemplo, resoluciones de la *Autoritat Catalana de la Competència* de 23 de diciembre de 2019 en el Expediente 94/2018, *Licitaciones Servicios Meteorológico de Cataluña*; y de 21 de septiembre de 2022 en el Expediente 108/2020, *CP Servicios Organización Eventos*.

² En la resolución 5/2021 – Licitación Suministro USC, la autoridad gallega imponía a dos empresas la sanción de prohibición de contratar en relación con cualquier contrato de suministro convocado por cualquier Administración Pública de Galicia durante el periodo de un año desde la firma de la Resolución sancionadora, adoptada el 30 de diciembre de 2021.

La *Comisión Galega da Competencia* también impuso una multa económica a las dos empresas sancionadas y sanciones personales a dos directivos.

determinar el perímetro al que se limita la prohibición de contratar, sin descartar la posibilidad de que finalmente se fije uno menor o mayor en función de las circunstancias de cada caso.

En cuanto a la duración de la sanción, esta **no podrá exceder de tres años**, aunque podrá ser graduada en función de la gravedad de la infracción y del impacto económico de la misma en términos de volumen de mercado afectado o de la frecuencia de las licitaciones en el mercado de referencia. La Comunicación no descarta la aplicación en la práctica de una regla de proporcionalidad entre la duración de la infracción y la duración de la prohibición de contratar.

La CNMC podrá tener en cuenta otros criterios, como el grado de participación de la empresa en la conducta sancionada, la posición de la empresa en el mercado o la concurrencia de las circunstancias agravantes o atenuantes previstas en el artículo 64 de la LDC (a los que nos referimos más adelante).

❖ **La exención de la prohibición de contratar**

La Comunicación dedica un apartado a la exención de la prohibición de contratar prevista en los artículos 65 y 66 de la LDC y en el artículo 72.5 de la LCSP. Se aclaran los supuestos de exención:

- Exención automática previa, para el beneficiario de la exención por clemencia (artículo 65.1 y 65.4 de la LDC).
- Exención potestativa previa, para el beneficiario de la reducción de la multa por clemencia (artículo 66.5 de la LDC).
- Exención de apreciación posterior, para el infractor que se comprometa a pagar o abone la sanción impuesta en la resolución y además 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*).

A esta última ya nos referimos en el boletín previo al tratar el precedente de la ACCO en la saga *Aerobús* de 2021³. En aquel caso, la autoridad catalana concluyó que el programa de clemencia de la sociedad Tusgsal no recogía de forma satisfactoria los indicadores en términos de eficacia del programa de acuerdo con los criterios fijados en la “*Guía de Programas de Cumplimiento Normativo*” de la CNMC de 10 de junio de 2020⁴.

Además, es importante tener en cuenta la posibilidad de que esta exención sea aplicada en un momento posterior, esto es, cuando la prohibición de contratar ha sido impuesta y está ya en vigor. Así lo prevé el artículo 72.5 de la LCSP y la Comunicación en su apartado octavo. Se apunta la posibilidad de que la persona a la que se haya impuesto la sanción pueda acreditar el cumplimiento de los dos requisitos indispensables ya mencionados: compromiso o pago de la multa y puesta en aplicación de un programa de *compliance*. La Comunicación confirma que la revisión podrá realizarse tanto de oficio como a instancia de parte.

³ N.º V- 100/2018, *Aerobús*.

⁴ [Guía de programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia](#).

❖ La prohibición de contratar...pendiente del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la UE

Como vimos en el boletín previo, desde hace varios años nuestros tribunales vienen perfilando toda una doctrina jurisprudencial en materia de contratación pública y competencia. En varias sentencias dictadas entre 2021 y 2022 el Tribunal Supremo confirmó que la prohibición de contratar es ejecutiva únicamente desde el momento en el que se determina su alcance y duración, pero no antes, contrariamente a lo que venía defendiendo la Audiencia Nacional⁵.

La Audiencia Nacional ("AN") ha hecho suya esta doctrina, entre otros en su reciente auto de 1 de diciembre de 2022 en el que suspende cautelarmente la ejecutividad de la prohibición de contratar impuesta a Ferrovial por su participación en *Obra Civil 2*⁶. Entiende que los efectos de la prohibición de contratar podrían llegar a agotarse antes de que se hubiese dictado sentencia sobre el fondo, teniendo en cuenta los tiempos de resolución de la Sala, por lo que Ferrovial se vería privada de la posibilidad de contratar con la administración pública durante el periodo de vigencia de la prohibición de contratar con independencia del resultado final de la revisión judicial.

En todo caso, cabe destacar que la Audiencia Nacional añade ciertos matices a la interpretación del Tribunal Supremo: *"a juicio de la Sala, el hecho de que la duración y alcance quede diferido a ese procedimiento posterior no significa que la resolución no contenga ya una prohibición de contratar, inmediatamente ejecutiva al margen de su concreción posterior"*⁷. Como vemos, la aplicación de la prohibición de contratar dista de ser una cuestión pacífica.

El Tribunal Supremo sentará doctrina en relación con la prohibición de contratar

El Tribunal Supremo admitió en marzo de este año varios recursos de casación y se pronunciará, presumiblemente en 2024, sobre cuál es la autoridad administrativa competente o mejor posicionada para imponer la prohibición de contratar, de acuerdo con los artículos 53 de la LDC y 72.2 de la LCSP.

El caso que ha dado lugar a la cuestión casacional deriva de la resolución de 23 de diciembre de 2019 adoptada por la ACCO que sancionaba a las sociedades MCV, S.A. y Adasa Sistemas, S.A.U. por acuerdos de reparto de mercado, en relación con varias licitaciones públicas convocadas por el Servicio Meteorológico de Cataluña ("SMC") para la instalación, mantenimiento y suministro de radares y estaciones meteorológicas, desde 2011 hasta 2019⁸. Además de imponer a ambas empresas multas por valor de casi un millón de euros, la ACCO impuso a las dos sancionadas la prohibición de concurrir a las licitaciones convocadas por el SMC para la instalación de radares o estaciones meteorológicas y para el mantenimiento y suministro de piezas o recambios, en las redes de radares y estaciones de Cataluña, por un periodo de 18 meses.

Tanto MCV como Adasa interpusieron sendos recursos contencioso-administrativos contra la resolución de la ACCO, los cuales fueron parcialmente estimados por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ("TSJC") en sentencias dictadas el 28 de septiembre de 2022 en las que reducía considerablemente la cuantía de las multas impuestas a las dos empresas. En relación con la prohibición de contratar, el TSJC consideró que la autoridad de competencia tiene potestad para pronunciarse sobre su alcance y duración, tratándose de la

⁵ Véase las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2021, RC 7659/2020, ES:TS:2021:4450; y de 28 de marzo de 2022, RC 1758/2020, ES:TS:2022:1259.

⁶ Resolución de la CNMC de 5 de julio de 2022, Expediente S/0021/20, *Obra Civil 2*.

⁷ Auto de la Audiencia Nacional de 1 de diciembre de 2022, RC 1660/2022, ES:AN:2022:10528A. En el mismo sentido podemos citar el AAN de 22 de diciembre de 2022, RC 1592/2022, ES:AN:2022:11068A, también en relación con el asunto *Obra Civil 2*; o el AAN de 13 de diciembre de 2022, RC 1984/2021, ES:AN:2022:10921A, en un caso que deriva de la Resolución de la CNMC en el Expediente S/DC/0627/18, *Consultoras*.

⁸ Resolución de la Autoritat Catalana de la Competència en el Expediente 94/2018, *Licitaciones Servicio Meteorológico de Cataluña*, ya citado.

autoridad mejor situada para valorar todas las medidas sancionadoras que pueden imponerse en cada caso. Además, el Tribunal consideró que el plazo de 18 meses de prohibición resultaba procedente y proporcionado.

Son varios los argumentos que esgrimen MCV y Adasa en sus respectivos recursos de casación. Centrándonos en aquellos relacionados con la prohibición de contratar, las sancionadas argumentan:

- Que los artículos 53.2 y 63 de la LDC, y 71 y 72.2 de la LCSP no atribuyen a las autoridades de competencia la potestad para imponer la prohibición de contratar, correspondiendo esta potestad a los órganos de contratación. Para MCV, esta interpretación es además contraria a los artículos 57.4.d) de la Directiva 2014/24/UE y 5 del Reglamento (CE) n.º 1/2003.
- Por su parte, MCV considera que la sentencia del TSJC infringe el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos, al aplicar la prohibición de contratar a hechos anteriores a la entrada en vigor de los preceptos que la regulan.
- Además, Adasa considera infringido el plazo máximo de prohibición de contratar de tres años previsto en la ley al considerar que, si bien la sanción prevista por la ACCO tiene una duración de 18 meses, las características del mercado y la periodicidad con la que se convocan licitaciones en el sector hacen que, en la práctica, la duración sea muy superior a los tres años.

¿Son aplicables los criterios de ponderación de sanciones del artículo 64 de la LDC a la prohibición de contratar?

No es el único caso reciente en el que el Tribunal Supremo admite la existencia de interés casacional en cuestiones relacionadas con la prohibición de contratar. El 6 de julio de este año el TS dictó dos autos en el caso Aerobús, también derivado de una resolución de la ACCO de 21 de julio de 2020 ..

La Alcoyana, S.A. recibió una sanción de más de 450.000 euros y se le impuso la prohibición de contratar en las licitaciones convocadas por el AMB por un plazo de 18 meses. La empresa interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la ACCO, que fue parcialmente estimado por el TSJC mediante sentencia de 19 de diciembre de 2022, reduciendo la cuantía de la multa a la mitad y la duración de la prohibición de contratar a seis meses.

Entiende el TSJC en la sentencia recurrida que la ausencia en la LCSP de factores de ponderación de la duración de la prohibición de contratar le permite acudir a los factores de ponderación que sí prevé la LDC en su artículo 64, al ser la prohibición de contratar consecuencia de una sanción.

Tanto La Alcoyana como la propia Generalidad de Cataluña prepararon sendos recursos de casación frente a la sentencia del TSJC. Nos centraremos en el segundo de estos recursos, en tanto el TS consideró que no concurre interés casacional en la cuestión suscitada por La Alcoyana. En el caso del recurso preparado por la Generalidad de Cataluña, la recurrente sostiene que “la prohibición de contratar no es una sanción, por lo que no pueden aplicarse, por analogía, los criterios de las normas sancionadoras (arts. 29 LRJSP y 64 LDC)”, debiendo acudir a los criterios que fija la LCSP. Así, en la medida en que el TSJC aplica normas sobre las que no existe doctrina, el Tribunal Supremo acepta pronunciarse sobre si los criterios previstos en el mencionado artículo 64 de la LDC resultan aplicables, a efectos de la proyección del principio de proporcionalidad, a la prohibición de contratar.

❖ El TJUE también se pronunciará sobre la potestad de imponer la prohibición de contratar de las autoridades de la competencia

En mayo de 2023 el Abogado General (“AG”) de la Unión Europea Sr. Sánchez-Bordona publicó sus Conclusiones en el asunto Infraestructuras de Portugal, en respuesta a la cuestión prejudicial elevada por

el Tribunal Supremo de Portugal en materia contencioso-administrativa. En esencia, el tribunal solicita al TJUE que se pronuncie sobre si la imposición de la prohibición de contratar es competencia exclusiva de los órganos de contratación o si, en su caso, puede atribuirse legislativamente esta competencia a la autoridad de competencia portuguesa, la Autoridade de Concorrência ("AC").

En el litigio principal del que deriva la cuestión prejudicial, la empresa Futrifer había concurrido a una licitación convocada por Infraestructuras de Portugal, S.A., para el suministro de estaquillas y de traviesas de madera de pino, resultando finalmente adjudicataria. Durante la licitación, la AC sancionó a Futrifer por su participación en un acuerdo para fijar los precios y repartirse el mercado de servicios de mantenimiento de la red ferroviaria en unas licitaciones convocadas en 2014 y 2015, si bien la AC no consideró necesario imponer a Futrifer la sanción de prohibición de contratar.

Ante estos hechos, una de las empresas que había concurrido a la primera licitación solicitó la anulación de la resolución de adjudicación, la exclusión de la oferta presentada por Futrifer y la adjudicación para sí misma del contrato. Tras varios procedimientos en primera y segunda instancia, el Tribunal Supremo de Portugal decidió en junio de 2021 la remisión de la cuestión prejudicial, todavía pendiente ante el TJUE.

El AG Sr. Sánchez-Bordona considera que el órgano de contratación no está vinculado por decisiones de otras autoridades en las que se imponga la prohibición de contratar, salvo que el operador sancionado lo haya sido mediante sentencia firme. En el resto de casos, el órgano de contratación mantendrá su competencia para decidir si permite la participación de un operador sancionado, con la obligación de motivar su decisión.

Las conclusiones del AG Sr. Sánchez-Bordona no son vinculantes para el TJUE. En todo caso, se trata de un asunto de especial relevancia por su similitud con las cuestiones pendientes de casación ante nuestro Tribunal Supremo. Teniendo en cuenta los plazos de resolución del TJUE, es razonable esperar una sentencia a finales de 2023 o principios de 2024.

❖ **Visión panorámica de la actividad de las autoridades de competencia en relación con la prohibición de contratar**

En octubre de 2022, la ACCO sancionó a dos empresas por su actuación coordinada en una serie de licitaciones convocadas por el Departamento de la Presidencia de la Generalitat de Catalunya y por los Ayuntamientos de Calella y de Igualada, que transcurrieron entre 2018 y 2021⁹. Las licitaciones promovidas por el Departamento de la Presidencia tenían como objeto la prestación de servicios de realización técnica de actos y eventos institucionales o protocolarios del presidente de la Generalidad de Cataluña. Por su parte, las licitaciones convocadas por los dos ayuntamientos tenían por objeto la prestación de servicios técnicos para el desempeño de actividades en el marco de las fiestas de ambos municipios.

Como viene siendo habitual, además de la multa impuesta a las infractoras – de unos 400.000 euros – la ACCO impuso la prohibición de contratar con el Departamento de la Presidencia y sus entidades dependientes, en el ámbito de las licitaciones afectadas por la conducta sancionada, durante un periodo de 24 meses.

También en octubre de 2022, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia confirmó las sanciones impuestas por la Comisión Galega da Competencia en diciembre de 2021 a dos empresas por un acuerdo contrario a la competencia en el marco de una licitación convocada por la Universidad de Santiago de Compostela, para el suministro de material de laboratorio¹⁰. Se trata de la Resolución 5/2021 por la que se impuso la

⁹ Resolución de la *Autoritat Catalana de la Competència* en el Expediente 108/2020, *CP Servicios Organización Eventos*, ya citada.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 3 de octubre de 2022, RC 7122/2022, ES:TSJGAL:2022:6407.

prohibición de contratar en el ámbito de cualquier contrato de suministro licitado por cualquier autoridad administrativa de Galicia, por el periodo de un año.

En julio de este año, la CNMC anunciaba que había sancionado con una multa superior a los seis millones de euros a cuatro empresas y seis directivos por la conclusión de dos cárteles en licitaciones convocadas por el Ministerio de Defensa¹¹. Las prácticas sancionadas están relacionadas con una serie de licitaciones para el suministro, mantenimiento y modernización de vehículos militares, entre 2016 y 2021; y con un acuerdo marco para comprar contenedores militares que dos de las empresas sancionadas manipularon, entre 2019 y 2021.

El Tribunal Supremo confirma la anulación de la resolución de archivo de actuaciones de la Comisión Galega da Competencia en el caso “Alsa/Monbus”

En el año 2020, en el marco del Plan de Transporte Público de Galicia, se convocaron una serie de licitaciones para la adjudicación de contratos de servicio de transporte por carretera en Galicia. Alsa y varias empresas del grupo Monbus decidieron concurrir en UTE a 5 de los 29 lotes y no concurrir por separado a los 24 restantes, presentándose una o la otra, pero nunca las dos a la vez.

En este contexto, la Confederación Intersindical Galega (‘CIGA’) y varios particulares denunciaron los hechos ante la Comisión Galega da Competencia (‘CGC’), al entender que existían indicios de una práctica anticompetitiva que infringía el artículo 1 de la LDC. La CGC abrió un trámite de información reservada, cuya duración superó los 21 meses, pero finalmente terminó con una decisión de archivo. Uno de los denunciantes recurrió la decisión, solicitando su nulidad al considerar que la CGC había infringido varios preceptos de la LDC con su decisión de no incoar expediente sancionador sin llevar a cabo comprobación alguna de los hechos denunciados.

En una sentencia dictada el 10 de marzo el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (‘TSJG’) estimó el recurso, declarando la nulidad de la resolución de archivo y ordenando a la CGC la incoación de expediente sancionador. El Tribunal consideró que existía *“un indicio racional y bastante de concierto para obtener una posición dominante, sino excluyente, del transporte público gallego precisando su investigación con la tramitación de un oportuno y procedente expediente sancionador”* en la medida en que la actuación de las denunciadas se apartó de toda lógica, pues se trataba de las dos empresas de mayor tamaño y nivel económico, lo que les permitía concurrir por separado, incluso, en mejores condiciones que el resto de licitadoras.

La sentencia es especialmente crítica con la actuación de la CGC. El TSJG considera que el trabajo de la autoridad gallega durante el trámite de información reservada fue ineficiente, pues dejó de investigar las cuestiones denunciadas y superó ampliamente el plazo máximo previsto para la instrucción – de un año – lo que supuso una *“utilización fraudulenta de la institución de las diligencias previas”*.

Tanto la Junta de Galicia como las dos denunciadas recurrieron la sentencia ante el Tribunal Supremo, que desestimó ambos recursos mediante un auto dictado el 4 de octubre al entender que no concurría interés casacional en los argumentos esgrimidos. Tras confirmarse el pronunciamiento del TSJG, la Comisión Galega da Competencia anunció el pasado 27 de octubre la apertura de un expediente sancionador contra Alsa y Monbús, por lo que tendrá ahora un plazo máximo de 24 meses para su instrucción y resolución.

¹¹ Resolución de la CNMC de 19 de julio de 2023, Expediente S/0008/21, *Licitaciones Material Militar*.

Para cualquier información sobre el contenido de esta publicación:

Diego Crespo | Socio

dcrespo@marimon-abogados.com

Yolanda Martínez | Socia

ymartinez@marimon-abogados.com

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. **Marimón Abogados © 2023**

Barcelona

Aribau, 185

08021

Tel.: +34 934 157 575

Madrid

Paseo de Recoletos, 16

28001

Tel.: +34 913 100 456

Sevilla

Balbino Marrón, 3

Planta 4^a-10

(Edificio Viapol)

41018

Tel.: +34 954 657 896

marimon-abogados.com