

Defensa de la competencia y contratación pública

EDUARDO PARICIO RALLO
Magistrado de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

- 1. El ordenamiento jurídico de defensa de la competencia**
 - 1.1. El principio de libre competencia como línea de fuerza en la construcción de la Unión Europea
 - 1.2. El marco legal
 - 1.3. La posición del inculpado
 - 1.3.1. El principio de legalidad en materia sancionadora
 - 1.3.2. La presunción de inocencia
 - 1.3.3. El principio de culpabilidad
- 2. Las infracciones de la competencia en la contratación pública**
 - 2.1. Casuística
 - 2.2. El análisis de la situación
 - 2.3. Infracciones objetivas e infracciones por sus efectos sobre el mercado
 - 2.4. La delimitación del mercado
 - 2.5. Restricciones no sensibles
 - 2.6. El caso de las empresas vinculadas
 - 2.7. El caso de las uniones temporales de empresas
 - 2.8. Infracciones inducidas por la Administración
- 3. Consecuencias de la infracción**
 - 3.1. La prohibición de contratar
 - 3.2. La posición del órgano de contratación
- 4. Conclusiones**

Resumen

El principio de defensa de la competencia está teniendo una gran repercusión en aspectos esenciales de nuestro derecho público, especialmente como consecuencia de la presión que ejerce el ordenamiento europeo. Una de las manifestaciones más significativas de este fenómeno es la que afecta al régimen jurídico de la contratación pública.

Artículo recibido el 16/09/2020; aceptado el 17/10/2020.

Este artículo aborda específicamente la aplicación del principio de defensa de la competencia en los procesos de contratación y las dificultades que comporta en diversos aspectos, singularmente desde la perspectiva de la seguridad jurídica considerando la naturaleza puramente jurisprudencial de buena parte del régimen jurídico aplicable.

Palabras clave: *contratación pública; defensa de la competencia; restricciones en la competencia; régimen sancionador del contratista.*

Competition law and public procurement law

Abstract

Competition law is having a great impact on essential aspects of our public law, especially because of the pressure exerted by European Union law. One of the most significant manifestations of this phenomenon is its effect on public procurement law.

This article addresses the application of competition law in contracting processes and the difficulties it entails in various aspects, particularly from the perspective of legal certainty, considering the purely jurisprudential nature of a large part of the applicable legal framework.

Keywords: public procurement law; competition law; restrictions on competition; sanctioning framework of the contractor.

1

El ordenamiento jurídico de defensa de la competencia

1.1

El principio de libre competencia como línea de fuerza en la construcción de la Unión Europea

La construcción de la Unión Europea se asienta sobre la base del principio de libre competencia.

No existe unión institucional y política sin mercado único, y no existe mercado único sin levantar las fronteras a la competencia económica.

No cabe duda de que la libertad de competencia es mucho más próxima a la cultura anglosajona y, en general, a los países del norte de Europa que a la cultura mediterránea.

Para los países del sur, en buena medida vinculados al sistema institucional surgido de la Revolución francesa, la instauración del modelo europeo está suponiendo un vuelco en nuestro modelo jurídico. Un vuelco que es cultural y, por tanto, no se resuelve con simples cambios normativos.

La forma en la que ese cambio sustancial permeabiliza en el comportamiento de ciudadanos y administraciones, en la jurisprudencia y en nuestra cultura jurídica en general, requiere esfuerzo y tiempo de adaptación. No en vano el cambio afecta pautas muy arraigadas, que tienen que ver con aspectos tan sustanciales como nuestra cultura de relación entre ciudadanos y poderes públicos.

Ahí están cambios tan formidables como los que han impuesto la libertad de establecimiento; la reducción drástica de las restricciones para el ejercicio de actividades; la limitación de licencias, tan extendidas en los ordenamientos mediterráneos; la reconfiguración de los servicios públicos en un entorno respetuoso para la competencia; o la proscripción de las ayudas de Estado, que hasta hace poco han sido tan habituales.

Todas ellas son modificaciones sustanciales que tienen como común denominador la libertad de competencia.

También en el ámbito de la contratación el impacto de las directrices europeas ha sido muy sustancial, y también en este caso la razón de fondo es garantizar la libre competencia de las empresas europeas en la contratación de los poderes públicos.

El principio de libre competencia tiene múltiples manifestaciones en el régimen de la contratación pública. Aquí nos limitaremos a una de ellas, que es la de los comportamientos colusorios o ilícitos de los licitadores con ocasión del contrato público.

Un ámbito en el que concurren la normativa sobre defensa de la competencia y la normativa sobre contratos del sector público. Concurrencia que considero que no está bien ajustada.

1.2 El marco legal

La normativa general de defensa de la competencia es relativamente escasa. Precisamente ese es uno de los problemas jurídicos que plantea su aplicación.

El aspecto central de la regulación se reduce a parte del artículo 1 de la Ley 15/2007, que determina las conductas colusorias en los siguientes términos:

ARTÍCULO 1. CONDUCTAS COLUSORIAS

1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.*
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.*
- c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.*
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*
- e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.*

2. Son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley.

3. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:

- a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.*
- b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y*
- c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.*

De este planteamiento se deduce un ámbito general de prohibición y unas excepciones a dicha prohibición; bien por concurrir determinadas circunstancias objetivas; bien por decisión singular de la Unión Europea o del Gobierno español de acuerdo con los apartados 4 y 5 del mismo precepto.

Por lo demás y en lo que aquí interesa, los tipos sancionadores que establece la Ley quedan referidos a la vulneración de las prohibiciones del artículo 1, de forma que nada añaden a la concreción de las conductas que se consideran contrarias a la competencia.

La Ley fue desarrollada mediante el Real Decreto 261/2008 que aprobó el reglamento de defensa de la competencia, pero esta norma no resulta de ayuda puesto que no desarrolla las prohibiciones.

Así pues, todo el derecho positivo que tenemos se reduce al artículo 1 de la Ley de defensa de la competencia. Un precepto que, a su vez, reproduce el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

El caso es que las prohibiciones quedan definidas en términos sumamente amplios e imprecisos: “todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional”.

No cabe duda de que en tal presupuesto de hecho caben infinidad de decisiones empresariales. También una infinidad de decisiones administrativas.

Se prohíbe tanto la actuación que tenga un resultado negativo sobre el mercado como la que simplemente hubiera podido tenerlo, aunque no haya sido el caso, y, como se dirá, también determinadas decisiones independientemente de su efecto real o potencial en el mercado.

En el ámbito europeo el marco normativo queda complementado con diversos reglamentos; en lo que aquí afecta, los siguientes:

- Reglamento 1/2003, relativo a la aplicación de las normas sobre la competencia. Una norma que aborda esencialmente la relación entre los ordenamientos europeo y estatal y la aplicación material del primero por las autoridades del Estado miembro.
- Reglamento 330/2010, relativo a los acuerdos verticales, que se refiere a las restricciones de mercado excluidas de la prohibición, específicamente los acuerdos entre empresas que se encuentran en planos distintos de la cadena de producción y distribución.

El ordenamiento europeo se completa con un número significativo de comunicaciones, recomendaciones y directrices de la Comisión. Entre tales textos tienen particular importancia para el ámbito de la contratación pública los siguientes:

- Comunicación sobre directrices de aplicación a los acuerdos de cooperación horizontal, aprobada el 11 de enero de 2011 -2011/C 11/01-. Este es el documento que mayor virtualidad puede tener en materia de contratación puesto que se refiere a prácticas colusorias concertadas entre quienes compiten entre sí en el mercado.
- Comunicación relativa a la definición del mercado de referencia -97/C 372/03-.

- Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible (*acuerdos de minimis*) –2014/C291/01–.
- Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (prácticas beneficiosas) –2004/C 101/08–.

El Tribunal Supremo ha recordado que tales instrumentos no forman parte del ordenamiento vigente. Sin embargo, son de aplicación habitual tanto por los órganos administrativos de control de la competencia como por parte de los propios tribunales.

Considerando la generalidad con la que la legislación positiva define las prohibiciones, el recurso a estas directrices es inevitable tanto en lo que se refiere a los métodos de análisis de la situación como en la calificación de las situaciones constatadas y su admisibilidad jurídica.

Sucede, sin embargo, que tales directrices no quedan formuladas en los términos habituales de las normas jurídicas; esto es, en términos asertivos; se trata más bien de aproximaciones de las que frecuentemente resultan situaciones probables de prohibición o admisibilidad.

Así, por ejemplo, el apartado 28 de las directrices de aplicación a los acuerdos de cooperación horizontal establece lo siguiente:

28.– Es probable que se produzcan efectos restrictivos de la competencia en el mercado de referencia cuando puede esperarse con un razonable grado de probabilidad que, debido al acuerdo, las partes estén en condiciones de incrementar rentablemente el precio o reducir la producción, la innovación, la calidad del producto o su variedad. Esto dependerá de varios factores tales como la naturaleza y contenido del acuerdo, hasta qué punto las partes, individual o conjuntamente, tienen o consiguen cierto grado de poder de mercado y el acuerdo contribuye a la creación, mantenimiento o fortalecimiento de dicho poder o permite a las partes hacer uso del mismo.

Estamos, pues, ante una orientación. Una orientación que se agradece, pero que por sí sola no permite predeterminar con cierta seguridad un resultado ilícito. Dicho resultado será consecuencia de un análisis que tiene importantes aspectos valorativos.

El ordenamiento de defensa de la competencia adolece de una notable falta de densidad normativa. La actividad empresarial y las formas que adopta la competencia en los mercados económicos son fenómenos de una gran diversidad, viveza y versatilidad. Quizás por ello es difícil que la Ley pueda predeterminar el perfil de las prohibiciones con la concreción a la que estamos habituados en las normas de intervención o limitación.

Éste es un ámbito en el que los órganos administrativos responsables de controlar la competencia en los mercados y los tribunales adquieren un protagonismo que no es el propio de un sistema basado en el principio de legalidad. Un ordenamiento en el que la jurisprudencia tiene un valor tangencial en el sistema de fuentes.

La transposición del derecho europeo no debería quedarse en la mera reproducción del artículo 101 TFUE. Si no es posible desarrollar y concretar en normas asertivas dicho precepto; si no hay más remedio que confiar parte importante del régimen jurídico a los actos de aplicación y a la jurisprudencia; si el grado de vinculación a la Ley se diluye por su generalidad, quizás entonces la Ley debería fijar métodos de análisis, procedimientos, pautas legales de interpretación y límites donde no sean posibles las pautas sustantivas.

En definitiva, el ordenamiento de la competencia apenas va más allá de los enunciados programáticos y de parámetros generales que precisan de una concreción que en buena medida acaban asumiendo los actos de ejecución, significativamente las sanciones.

En ocasiones la actuación ilícita salta a la vista desde el primer momento; por ejemplo, un acuerdo entre competidores sobre los precios de venta. Sin embargo, en no pocas ocasiones el ilícito es mucho más difícil de identificar.

La inseguridad en el momento de identificar qué está prohibido y qué es admisible en el derecho de la competencia afecta tanto a los operadores privados como a las mismas administraciones públicas. Por ejemplo, a propósito de los límites del encargo de bienes y servicios a medios propios eludiendo la contratación pública¹; al configurar situaciones de abuso de posición dominante en la adjudicación de la gestión de servicios públicos²; en iniciativas como la promoción de una campaña de identificación y/o esterilización de animales de compañía, si se considera que afecta la libertad de mercado de los veterinarios³; o en la posibilidad de exigir a los expositores de una feria municipal que tengan la condición de concesionario oficial o que dispongan de una autorización representante de la marca de la zona⁴.

1. TJUE, sentencia de 19 de abril de 2007, recurso n.º C-295/2005.

2. TJUE, sentencia de 25 de octubre de 2001, recurso n.º C-475/1999.

3. Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia, resolución de 9 de noviembre de 2016.

4. Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia, resolución de 16 de febrero de 2017.

1.3 La posición del inculpado

Este cuadro de indeterminación normativa en la que se encuentra el derecho de la competencia tensa de forma significativa el sistema de garantías que define nuestro derecho sancionador.

1.3.1 El principio de legalidad en materia sancionadora

En primer lugar, en cuanto al principio de legalidad, nuestra jurisprudencia ha sido tradicionalmente muy estricta en cuanto a la necesidad de ley previa y cierta en la configuración de los ilícitos. Esto es, una exigencia de tipificación de las infracciones con un grado suficiente de concreción, no ya en una norma, sino específicamente en una que tenga rango formal de ley. El nivel de concreción debe ser suficiente para que un ciudadano pueda conocer con un grado razonable de certeza lo que está permitido y lo que resulta ilícito y, por tanto, susceptible de sanción.

El Tribunal Constitucional ha expresado este principio en los siguientes términos: “Por lo que a la validez constitucional de la aplicación de las normas sancionadoras se refiere, esta depende tanto del respeto al tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, como de su previsibilidad (...) hallándose en todo caso vinculadas por los principios de legalidad y de seguridad jurídica, aquí en su vertiente subjetiva (...), que conlleva la evitación de resoluciones que impidan a los ciudadanos programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente” (STC 196/2002).

Un planteamiento en el que coincide la jurisprudencia europea: “el principio de legalidad de las penas es un corolario del principio de seguridad jurídica, que constituye un principio general del derecho de la Unión y que exige, particularmente, que toda normativa de la Unión, especialmente cuando imponga o permita imponer sanciones, sea clara y precisa, con el fin de que las personas afectadas puedan conocer sin ambigüedad los derechos y obligaciones que derivan de esta y adoptar las medidas oportunas en consecuencia”⁵.

Las infracciones quedan sometidas, pues, a la necesidad de una suficiente predeterminación normativa.

⁵ Tribunal General de la Unión Europea, sentencia de 13 de julio de 2011, recurso n.º T-138/07.

Ya se ha señalado que en el caso de la defensa de la competencia la ley configura las prohibiciones anticompetitivas mediante un planteamiento tan genérico como escueto. El caso es que las empresas adoptan cotidianamente decisiones que afectan al mercado de una u otra forma, y es probable que sin un cierto grado de especialización y conocimiento de la jurisprudencia dictada no sea fácil para ellas predeterminar con claridad las que pueden ser calificadas como ilícitas.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha mantenido en el ámbito de la defensa de la competencia una posición poco exigente con la predeterminación normativa. Así, la sentencia de 22 de octubre de 2015 (recurso n.º 194/14) no entiende que se incumpla este principio por el hecho de que haya que acudir a la jurisprudencia para conocer los perfiles del ilícito, ni que la necesidad de previsión normativa sea contraria a la aclaración progresiva de las reglas de la responsabilidad penal de un asunto a otro. Considera asimismo que la previsibilidad de la ley no es incompatible con el hecho de que la persona afectada se vea obligada a recurrir a un asesoramiento jurídico apropiado, para valorar las eventuales consecuencias de un determinado acto⁶.

Naturalmente en todos los sistemas la jurisprudencia interpreta la ley, lo que supone añadirle un contenido específico. La cuestión está en determinar cuál es el grado de concreción que se debe exigir a la ley y cuál el margen creativo que es admisible en los actos de aplicación material y en la jurisprudencia; y el caso es que en materia de defensa de la competencia la ley es solo la punta del iceberg jurídico.

1.3.2

La presunción de inocencia

En segundo lugar, estamos en un sector en el que las imputaciones se basan habitualmente en pruebas de indicios; una situación que no es la mejor desde la perspectiva del principio de presunción de inocencia.

Sin embargo, se ha establecido ya de antiguo que en materia de defensa de la competencia resulta particularmente difícil probar plenamente la comisión del ilícito, la existencia de un acuerdo colusorio, de forma que la prueba de indicios ha quedado ampliamente admitida.

Razona en este sentido el Tribunal Supremo lo siguiente: “hay que resaltar que estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa

6. TJUE, sentencia de 22 de octubre de 2015, recurso n.º C-194/2014.

de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o conciertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda⁷.

De ahí que en materia de contratación se tomen en consideración circunstancias como el comportamiento del licitador en anteriores concursos, si se presentó a menos lotes de los que podía haber aspirado, o los paralelismos que pueda haber entre las ofertas de los diversos licitadores. Esto es, indicios relativamente significativos.

En ocasiones la imputación se basa en datos poco determinantes por sí mismos pero que, conjuntamente considerados, pueden sostener la acusación razonablemente. En tales casos toma una especial relevancia el descargo que pueda efectuar el imputado, en la medida en que sea capaz de aportar una justificación verosímil al indicio que se le opone. Este es un planteamiento que tradicionalmente ha venido admitiendo la jurisprudencia puesto que el indicio no debe dejar espacio para una justificación razonable del mismo⁸.

1.3.3

El principio de culpabilidad

Nuestro ordenamiento ha establecido la necesidad de que la sanción responda en todo caso a una acción culpable. Esto es, que la acusación constata una situación subjetiva de culpa o negligencia imputable al infractor. El Tribunal Constitucional ya desde la sentencia 76/1990, de 26 de abril, viene declarando que no cabe en el ámbito sancionador administrativo la responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpa.

Se trata de una exigencia directamente vinculada al principio de certeza del ilícito, de forma que mal se puede pedir responsabilidad por una infracción cuya determinación o perfil resultan dudosos.

En este marco, cabe técnicamente la exoneración de la responsabilidad en los casos en los que el inculpado haya actuado de acuerdo con una interpretación razonable del marco legal. Así lo ha entendido nuestra jurisprudencia⁹ y así lo ha recogido nuestro ordenamiento en algunos sectores¹⁰.

7. Tribunal Supremo, sentencia de 6 de marzo de 2000, recurso n.º 373/1993.

8. Tribunal Supremo, sentencia de 22 de mayo de 2015, recurso n.º 481/2013.

9. Tribunal Supremo, sentencia de 29 de octubre de 1999, recurso n.º 1411/1995.

10. Ley General Tributaria, artículo 179.2.d/.

La jurisprudencia en materia de defensa de la competencia ha venido rechazando habitualmente las alegaciones referidas a la ausencia de culpabilidad. En términos generales se resuelve la cuestión sobre la base de la diligencia debida; esto es, que la empresa que opera en el mercado debe ser muy consciente de los límites que impone el respeto a la libre competencia, de forma que debe actuar con plena prudencia y asesorarse cuando sea necesario¹¹.

También se ha rechazado en general la apelación al principio de confianza legítima, en el sentido de que la actuación sancionada habría sido auspiciada o al menos conocida y tolerada por la Administración¹².

En este sentido, las directrices de cooperación horizontal –Comunicación de la Comisión UE de 11 de enero de 2011– recuerdan que la empresa solo puede quedar eximida en el caso de que las autoridades ejerzan sobre la misma una presión irresistible.

En el ámbito de la competencia la jurisprudencia es similar a la desarrollada en otros ámbitos como el ambiental, en el sentido de que un resultado determinado –una restricción de la competencia comprobada– comporta una presunción de culpabilidad de su autor, presunción que desplaza al inculpado la carga de probar su falta de culpabilidad.

Son ilustrativas en este sentido las conclusiones del abogado general del Tribunal de Justicia de la Unión Europea presentadas en el caso 681/11: “toda empresa debe saber que ciertas prácticas restrictivas de la competencia están de por sí prohibidas por su propia naturaleza, y especialmente que nadie debe participar en las restricciones especialmente graves, como por ejemplo los pactos sobre precios o las medidas de reparto o compartimentación de los mercados. Además, a las empresas grandes y experimentadas se les puede exigir que tengan conocimiento de las correspondientes argumentaciones de la Comisión Europea en sus comunicaciones y directrices en materia de competencia”.

En resumen, las sanciones en materia de defensa de la competencia plantean dificultades de encaje en el sistema de garantías que tradicionalmente se ha establecido en materia sancionadora, aunque hasta ahora la jurisprudencia ha ido admitiendo esta situación sin dificultades significativas.

11. TJUE, sentencia ya citada de 22 de octubre de 2015, recurso n.º C-194/2014.

12. Tribunal Supremo, sentencias de 14 de febrero de 2016 –recurso n.º 4628/03– y de 30 de diciembre de 2013 –recurso n.º 196/2012–.

2

Las infracciones de la competencia en la contratación pública

2.1

Casuística

La casuística de las infracciones de la competencia que pueden afectar a la contratación pública es muy variada.

Instituciones como la Comisión Nacional de la Competencia, la OCDE o la Autoritat Catalana de la Competència han elaborado guías para la prevención de comportamientos colusivos en la contratación pública. En ellas se identifican las actuaciones y los fraudes más habituales, como los siguientes:

- Las ofertas de resguardo, complementarias, de cortesía o simbólicas (*cover bidding*), diseñadas para simular una competencia auténtica, ya sea en forma de ofertas más elevadas que las del licitador convenido o de ofertas inaceptables para el órgano de contratación.
- La eliminación de ofertas (*bid suppression*), consistente en el acuerdo para que alguna empresa se abstenga de presentar una oferta en el proceso de licitación, o retire la oferta presentada para facilitar la adjudicación al ganador designado en el acuerdo previo. También la presentación de una oferta conjunta cuando se podría haber formulado por separado.
- La asignación de mercados (*market allocation*). Consiste en que los competidores acuerdan el reparto del mercado por áreas geográficas o por carteras de clientes (por administraciones públicas). Las empresas se asignan una cartera de clientes, de manera que los competidores no presentan ofertas o presentan ofertas de resguardo cuando la Administración asignada convoca la licitación. A cambio, la empresa ganadora no presenta ofertas en las licitaciones asignadas a otras empresas participantes del acuerdo.
- Rotación de ofertas (*bid rotation*). Las empresas que coinciden en diferentes procesos de licitación pueden decidir el reparto de cuál de ellas será la ganadora según diversos criterios.

La actividad de los órganos de control de la competencia en cuanto a la contratación pública ha sido y es relativamente intensa y variada. He aquí algunos ejemplos:

- Resolución del Tribunal Català de Defensa de la Competència de 20 de noviembre de 2019: sanciona una conducta colusoria de diversos licitadores, consistente en haber mantenido contactos y actuar de manera coordinada en la licitación municipal para la prestación de los servicios de temporada en las playas del municipio.

La imputación queda fundamentada en los siguientes indicios: la coincidencia de adjudicatarios respecto a los concursos anteriores; la tendencia generalizada de las ofertas a no incluir mejoras económicas o en la prestación del servicio; la capacidad que tenían los licitadores para presentarse a más de un lote sin haberlo hecho; la existencia de contactos entre el ayuntamiento y los adjudicatarios tradicionales para explicar el contenido de los nuevos pliegos y recabar sugerencias de los mismos, de forma que los contratistas históricos tenían pleno conocimiento de cuáles habían de ser las características de los citados concursos antes de que estos se hicieran públicos.

- Resolución del Tribunal Català de Defensa de la Competència de 23 de diciembre de 2019, que sanciona unos acuerdos o unas prácticas concertadas entre varias empresas respecto a diversas licitaciones públicas relativas a la instalación, el mantenimiento y el suministro de radares y estaciones meteorológicas, convocadas por el Servicio Meteorológico de Cataluña.

La imputación se basa en indicios como que históricamente las bajas ofrecidas por las empresas fueron disminuyendo en las sucesivas licitaciones; la rotación de las empresas en los contratos negociados; la presentación en forma de UTE en los contratos abiertos; o la existencia de contactos continuados entre las empresas concertadas.

- Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 7 de mayo de 2008. Se trata de una sanción al Ayuntamiento de Peralta por adjudicar la gestión de la totalidad del recinto ferial durante las fiestas locales a una asociación de feriantes mediante un contrato en exclusiva, comprometiéndose a no adjudicar instalaciones similares a terceros.
- Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 19 de octubre de 2011¹³. Dicha resolución sanciona la participación de diversas empresas en la organización de un sistema para acordar ofertas en las licitaciones públicas de conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas. Este sistema de coordinación operaba en licitaciones organizadas en base al procedimiento restringido. Las empresas invitadas mantenían contactos y reuniones previos que tenían por objeto analizar las ofertas que preveían presentar cada una de ellas. Conocidos los precios, se acordaba mantener a la vencedora, pero con una baja

13. Tribunal Supremo, sentencia de 11 de septiembre de 2015 –recurso n.º 720/2013–.

mucho más reducida que la que habría ofertado en condiciones de competencia. El resto de empresas realizarían ofertas con bajas inferiores a la acordada para la vencedora.

- Resolución del Tribunal Català de Defensa de la Competència de 10 de febrero de 2014, referida a la contratación del servicio de mantenimiento y conservación integral del alumbrado público del municipio. La resolución sancionó a dos licitadores por comunicarse información relativa a los precios, lo que se manifestó en coincidencias en la oferta de uno y otro.

2.2

El análisis de la situación

Como se ha adelantado, en un ámbito complejo como es el caso, un método de análisis bien pautado puede jugar como un elemento importante de estabilidad y seguridad jurídica.

Las directrices aprobadas mediante comunicación de la Comisión Europea el 11 de enero de 2011 referidas a los acuerdos de cooperación horizontal precisan que, en el proceso de evaluación de la restricción de mercado, hay que determinar en primer lugar si el acuerdo entre empresas tiene, o bien un objeto contrario a la competencia, o bien unos efectos reales o potenciales restrictivos de la competencia. En una segunda fase hay que considerar los eventuales beneficios para la competencia de dicho acuerdo y evaluar si tales efectos favorables compensan los efectos restrictivos de la competencia (apartado 20), como también hay que valorar si el acuerdo responde a una presión irresistible de las autoridades públicas (apartado 22). En esta fase se trata de determinar si concurren las circunstancias que establece el artículo 1.3 de la Ley de defensa de la competencia, que permiten eximir la actuación investigada de la prohibición general de prácticas colusorias.

Las directrices ponen de manifiesto que determinados acuerdos horizontales pueden producir beneficios económicos sustanciales si permiten a las empresas combinar actividades, conocimientos o activos complementarios, compartir el riesgo, ahorrar costes, incrementar inversiones, agrupar conocimientos técnicos, aumentar la calidad del producto o promover la innovación (apartado 3).

En tales casos la práctica restrictiva resulta admisible. Sin embargo, la exención requiere la concurrencia simultánea de las circunstancias señaladas en dicho apartado; esto es, que los beneficios que permite la practica restrictiva lleguen a los consumidores, que las restricciones no vayan más allá de

lo indispensable, y que estas no coloquen a las empresas favorecidas en una posición que les permita eliminar la competencia en una parte sustancial del mercado.

Corresponde al imputado acreditar la concurrencia de las anteriores circunstancias eximentes¹⁴.

2.3

Infracciones objetivas e infracciones por sus efectos sobre el mercado

La Ley distingue entre restricciones de la competencia por razón de su objeto y las que lo son por razón de los efectos que producen en el mercado.

De acuerdo con las directrices de cooperación horizontal, las restricciones de la competencia por razón de su objeto son aquellas que, por su propia naturaleza, poseen el potencial de restringir la competencia. Se trata de acuerdos intrínsecamente perjudiciales para el juego normal de la competencia, independientemente de que también puedan perseguir otros fines legítimos.

La jurisprudencia ha ido decantando algunas prácticas que por su naturaleza tienen un objeto anticompetitivo. Este es el caso de los acuerdos sobre el reparto de los mercados o de la clientela, los acuerdos sobre precios, o el intercambio de información entre competidores destinado a coordinar las condiciones económicas que ofrecen en el mercado¹⁵. También son prácticas restrictivas por su objeto los acuerdos de compartimentación del mercado¹⁶. En términos generales, se pueden incluir en esta categoría las actividades mencionadas en el artículo 2 del Real Decreto 261/2008.

La infracción objetiva es independiente de los efectos que haya podido tener en el mercado, de forma que la infracción no requiere constatar un resultado concreto en el mercado de la práctica restrictiva¹⁷.

Para identificar un acuerdo anticompetitivo por su objeto hay que atender al contenido de sus disposiciones, los objetivos que pretende conseguir y el contexto económico y jurídico en el que se inserta, considerando al mismo

14. Artículo 2 del Reglamento UE 1/03 y apartado 48 de las directrices de cooperación horizontal.

15. TJUE, sentencia de 16 de julio de 2015, asunto C-172/2014, y Tribunal Supremo, sentencia de 26 de junio de 2017, recurso n.º 2403/2014.

16. Directrices de cooperación horizontal, apartado 236.

17. TJUE, sentencia de 13 de diciembre de 2012, asunto C-226/11, y Tribunal Supremo, sentencia de 21 de enero de 2019, casación n.º 4323/2017.

tiempo la naturaleza de los bienes o servicios afectados, las condiciones reales de funcionamiento del mercado y su estructura¹⁸.

En caso de que la práctica concertada no deba ser considerada como intrínsecamente perjudicial para la competencia como tal práctica, corresponde entonces examinar el resultado de la misma con el fin de determinar si ha tenido algún efecto restrictivo sobre la competencia, o si podía haberlo tenido.

Se trata de determinar la existencia efectiva o la posibilidad de un impacto negativo apreciable en, al menos, alguno de los parámetros de la competencia como son el precio, la producción, la calidad de los productos, su variedad o la innovación¹⁹. Una circunstancia que se cumple no solo cuando la práctica permite aumentar el precio, sino también cuando posibilita una reducción de la producción o de la innovación, o cuando tiene el efecto de limitar la independencia de algunos de los operadores para tomar decisiones²⁰.

El análisis de las infracciones por el efecto requiere determinar la posición relativa de los afectados en el mercado, la cuota que ostentan y su poder de mercado y, a partir de ahí, comparar la situación existente con la situación probable del mercado en el caso de que no hubiera existido la práctica restrictiva²¹.

2.4

La delimitación del mercado

La delimitación del mercado es, pues, un aspecto esencial en el análisis de la práctica eventualmente restrictiva.

En el caso de las infracciones por sus efectos, la constatación de una repercusión de la práctica en el mercado requiere obviamente la identificación del mercado de referencia. Un dato sin el cual no es posible determinar la posición relativa de los investigados en el mismo, su poder de mercado y la repercusión que la práctica restrictiva haya podido tener en dicho mercado.

La identificación del mercado de referencia es también un paso obligado en el caso de las infracciones objetivas. En efecto, aunque la infracción objetiva no dependa de los efectos prácticos que haya podido tener, ello no excluye la necesidad de identificar tal mercado de referencia. Se trata de un dato necesario en aspectos determinantes como es constatar la efectiva con-

18. TJUE, sentencia de 16 de julio de 2015, asunto C-172/2014.

19. Directrices de cooperación horizontal, apartado 47.

20. Directrices de cooperación horizontal, apartados 26 y 27.

21. Directrices de cooperación horizontal, apartado 29.

dición de los imputados como competidores en el mismo mercado²²; o la identificación del contexto económico en el que se produce la restricción analizada. Esta última es una información obligada según el apartado 25 de las directrices de cooperación horizontal. Una información que requiere analizar la estructura y las condiciones reales de funcionamiento del mercado o de los mercados pertinentes²³.

Por otro lado, la identificación del mercado de referencia es un dato que resulta igualmente indispensable para verificar o descartar la concurrencia de las exenciones del artículo 1.3 de la Ley de defensa de la competencia, que como se ha dicho es una fase obligada en el análisis de la práctica restrictiva.

Por consiguiente, la identificación del mercado relevante en el que se proyecta la práctica restrictiva en cuestión es un aspecto del análisis que resulta necesario con independencia del tipo de infracción de que se trate.

Pues bien, este es uno de los elementos del análisis que tradicionalmente presenta más dificultad.

La determinación del mercado relevante responde esencialmente a dos parámetros: el producto o servicio y el ámbito geográfico.

Respecto al primero, el mercado incluye los productos o servicios que son fácilmente intercambiables, de forma que al consumidor le cuesta poco sustituir uno por otro cuando se siente presionado.

El mercado geográfico de referencia se refiere a la zona en la que las empresas desarrollan sus actividades. El área en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas por comparación con otras zonas limítrofes.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea lo expresa en los siguientes términos²⁴:

50. El mercado de productos de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos (véase la sentencia de 28 de febrero de 2013, Orden de los Técnicos Oficiais de Contas, C-1/12, EU:C:2013:127, apartado 77).

51. El concepto de mercado de referencia implica que pueda existir una competencia efectiva entre los productos que forman parte del mismo, lo que supone un grado suficiente de intercambiabilidad, a efectos del mismo uso, entre todos los productos o servicios que forman parte de un mismo mercado (sentencia de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La

22. Directrices de cooperación horizontal, apartado 22.

23. TJUE, sentencia de 14 de marzo de 2013, recurso n.º C-32/11.

24. TJUE, sentencia de 23 de enero de 2018, asunto C-179/2016.

Roche/Comisión, 85/76, EU:C:1979:36, apartado 28). La intercambiable o la sustituibilidad no se aprecian únicamente en relación con las características objetivas de los productos y servicios relevantes. Es preciso, asimismo, tomar en consideración las condiciones de competencia y la estructura de la oferta y la demanda en el mercado (...).

El caso es que en el control de la competencia con ocasión de contrataciones públicas no es infrecuente que, implícita o explícitamente, el órgano de control identifique el mercado relevante con la concreta licitación analizada.

Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2007, recurso n.º 1634/2005, se refiere a un acuerdo colusorio con ocasión de la licitación del programa de vacaciones para personas de la tercera edad durante la temporada 1995/1996, un programa gestionado por el IMSERSO. El Tribunal asocia el mercado relevante a dicha licitación, tanto en lo que se refiere al producto o servicio —que queda determinado por las bases del concurso— como en lo referente al mercado geográfico —que se asocia al ámbito territorial del órgano de contratación y del contrato—.

Igual ocurre de forma más o menos explícita en otras resoluciones de los órganos de control de la competencia.

En el caso del IMSERSO no se puede descartar que la licitación de un servicio con unas características diferenciales significativas respecto al mercado turístico general, como es el caso, pueda generar un mercado autónomo identificado con la propia licitación. Sin embargo, la situación no es la misma en el caso de licitaciones más modestas o menos específicas en cuanto al servicio licitado.

Una licitación es, en sí misma, una concreta operación económica que se efectúa en el ámbito del mercado. Por ejemplo, en el caso de la recogida y del tratamiento de residuos, en el caso del abastecimiento de agua a poblaciones, o en el de una licitación de obras de cierta envergadura, suelen concurrir grandes operadores o grupos empresariales que compiten en el ámbito español, incluso internacional, de forma que difícilmente se puede identificar el mercado relevante en el que compiten cotidianamente con una licitación puntual.

Otra cosa es que en un supuesto determinado el mercado de referencia esté de por sí muy fragmentado y pueda coincidir más o menos con el ámbito local independientemente del concreto contrato.

Por consiguiente, debemos pensar bien si admitimos sin más la identificación del mercado de referencia con una concreta licitación pública, como parece que acriticamente se ha ido admitiendo.

Ciertamente una conducta colusoria pactada con ocasión de una licitación afecta la competencia. Se trata de un vicio que corrompe las ofertas; defrauda tanto a la Administración como a los demás licitadores y cuestiona

seriamente el resultado de la licitación. Pero en principio esta situación debe encontrar respuesta en el ordenamiento contractual, no necesariamente en el de defensa de la competencia. Un ordenamiento éste pensado para alteraciones de mercados generales, no para operaciones puntuales de contratación pública, generalmente modestas.

En este ámbito el método y el objeto del análisis de la práctica colusoria son complejos y están pensados para un mercado de carácter general y abierto, para localizar prácticas que tengan repercusión significativa en el orden público económico. En consonancia, la respuesta punitiva es artillería pesada, las sanciones están pensadas para fraudes que afectan significativamente todo un mercado, y se calculan en millones de euros o en puntos porcentuales del volumen de negocios total de la empresa. Una penalización que puede resultar claramente excesiva en casos como el de un fraude efectuado con ocasión de una licitación modesta.

2.5

Restricciones no sensibles

En principio las prohibiciones de prácticas colusorias no afectan a las que no sean susceptibles de tener un efecto significativo en el mercado. Estas son las denominadas prácticas *de minimis*.

Las directrices de cooperación horizontal lo establecen de la siguiente forma:

44. Si las partes tienen una pequeña cuota de mercado conjunta, es improbable que el acuerdo de cooperación horizontal dé lugar a efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, y, por lo general, no será necesario ningún otro análisis. El significado de la expresión “pequeña cuota de mercado conjunta” depende del tipo de acuerdo y se puede deducir a partir de los umbrales de las salvaguardias regulatorias establecidos en diferentes capítulos de las presentes directrices y, de forma más general, a partir de la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible a tenor del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (de minimis), (“la Comunicación de minimis”). Si solo hay dos partes y una no tiene más que una cuota de mercado insignificante y no posee recursos importantes, normalmente ni siquiera una alta cuota de mercado conjunta podrá considerarse como indicio de un probable efecto restrictivo de la competencia en el mercado. Dada la diversidad de los acuerdos de coope-

ración horizontal y de los efectos que pueden producir en las diferentes situaciones de mercado, es imposible definir un umbral general de cuota de mercado a partir del cual se pueda suponer que existe un poder de mercado suficiente como para causar efectos restrictivos.

El artículo 5 de la Ley de defensa de la competencia reproduce el anterior planteamiento. Un planteamiento que es relativamente abstracto puesto que queda referido a las conductas que “no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia”, sin mayor precisión.

No obstante, el Reglamento aprobado mediante Real Decreto 261/2008 sí que precisa el anterior enunciado y lo hace en los siguientes términos:

ARTÍCULO 1. CONDUCTAS DE MENOR IMPORTANCIA ATENDIENDO A LA CUOTA DE MERCADO

A efectos de lo establecido en el art. 5 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, se entenderán de menor importancia, sin que sea necesaria una previa declaración a tal efecto:

a) Las conductas entre empresas competidoras, reales o potenciales, cuando su cuota de mercado conjunta no exceda del 10 por ciento en ninguno de los mercados relevantes afectados.

b) Las conductas entre empresas que no sean competidoras, ni reales ni potenciales, cuando la cuota de mercado de cada una no exceda del 15 por ciento en ninguno de los mercados relevantes afectados.

c) En los casos en los que no resulte posible determinar si se trata de una conducta entre competidores o entre no competidores, se aplicará el porcentaje del 10 por ciento de cada uno en los mercados relevantes afectados.

d) Cuando, en un mercado de referencia, la competencia se vea restringida por los efectos acumulativos de acuerdos paralelos para la venta de bienes o servicios concluidos por proveedores o distribuidores diferentes, los porcentajes de cuota de mercado fijados en los apartados anteriores quedarán reducidos al 5 por ciento. No se apreciará la existencia de un efecto acumulativo si menos del 30 por ciento del mercado de referencia está cubierto por redes paralelas de acuerdos.

Tal regulación queda matizada en el artículo 2, que establece ámbitos en los que no opera la anterior exención *de mínimos*. En lo que aquí interesa cabe citar las siguientes situaciones, en las que continúan operando las prohibiciones con independencia de la afectación que puedan tener en el mercado:

a) la fijación de los precios de venta de los productos a terceros;

b) la limitación de la producción o las ventas;

c) el reparto de mercados o clientes, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones.

Así pues, si bien es cierto que la determinación del mercado relevante es un dato necesario en el proceso de análisis de las actuaciones eventualmente colusorias, no es menos cierto que ese no es un dato que determine la infracción en los casos citados en este precepto, que son supuestos que coinciden *grosso modo* con la infracción objetiva antes mencionada.

El Tribunal Supremo lo ha expresado en los siguientes términos²⁵:

el requisito de la restricción sensible se aplica en principio tanto a las medidas que tengan por objeto como a las que tengan por efecto restringir la competencia.

Ahora bien, la prueba de esa afección sensible sobre la competencia no puede ser la misma en las “infracciones por objeto” y las “infracciones por efecto”, pues únicamente cuando no existen indicios suficientes para apreciar la existencia de una “infracción por objeto” se exige que se acrediten los efectos concretos de un acuerdo contrarios a la competencia. En cambio, cuando quede acreditado que el acuerdo en cuestión tiene un objeto contrario a la competencia, no es necesario acreditar en concreto los efectos perjudiciales de dicho acuerdo sobre la competencia y consecuentemente sobre el mercado que se aplican. En tal caso será suficiente exponer que dicho acuerdo es concretamente apto para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado interior.

2.6

El caso de las empresas vinculadas

Las relaciones entre empresas vinculadas son una excepción a las prohibiciones de defensa de la competencia.

Las directrices de cooperación horizontal lo expresan en los siguientes términos en su apartado 11:

Las presentes directrices consideran que las compañías que formen parte de una misma “empresa” a tenor del artículo 101, apartado 1, no son competidoras a efectos de las presentes directrices. El artículo 101 solamente se aplica a los acuerdos entre empresas independientes. Cuando una empresa ejerce una influencia decisiva sobre otra empresa, forman una única entidad económica y, por lo tanto, forman parte de la misma empresa. Esto es también aplicable a las empresas hermanas, es decir,

25. Tribunal Supremo, sentencia de 21 de enero de 2019, recurso n.º 4323/17.

las empresas sobre las que ejerce una influencia decisiva la misma sociedad matriz. Por lo tanto, no se considera que sean competidoras incluso aunque operen en los mismos mercados de productos y geográfico de referencia.

Por consiguiente, el dato determinante para la exención es que las empresas formen parte de una misma unidad económica, entendida ésta como una unidad en la toma de decisiones.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró en su sentencia de 4 de mayo de 1988, recurso n.º 30/87, que el entonces artículo 85 del Tratado no se aplicaba cuando la concertación de que se trate sea llevada a cabo por empresas que pertenezcan a un mismo grupo en calidad de matriz y filial, siempre que las empresas constituyan una unidad económica en la que la filial no disponga de una autonomía real en la determinación de su línea de acción en el mercado.

Precisamente esa misma unidad de decisión impide que las empresas vinculadas se presenten simultáneamente a la misma licitación, puesto que ello vulneraría el principio de proposición única. En este sentido, a efectos de la competencia el concepto de empresa no es tanto el de una unidad jurídica como el de una unidad económica.

No obstante, sí resulta admisible que ambas empresas vinculadas concurren por separado a una misma licitación pública si sus ofertas son autónomas, independientes y confidenciales entre sí. Esto es, si responden a los principios de competencia efectiva y libertad de tratamiento de la oferta. Una situación que sí respetaría el principio de competencia efectiva.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dispuesto en este sentido que no se puede excluir de la licitación a las empresas vinculadas por esa sola circunstancia. Considera en este sentido que en los grupos de sociedades éstas pueden adoptar formas y objetivos diferentes, y no se debe descartar sin más que la empresa controlada disponga de cierta autonomía en el ejercicio de su política comercial y en sus actividades económicas, específicamente en lo que se refiere a la participación en licitaciones públicas. Una autonomía que es susceptible de garantizar la independencia y confidencialidad de sus ofertas²⁶.

El Real Decreto Legislativo 3/11 incluía una referencia a las empresas vinculadas en su artículo 145 a propósito de las proposiciones de los licitadores. En dicho precepto se admitía la posibilidad de proposiciones presentadas por empresas vinculadas excepto en el caso del contrato de concesión de obras. Tal limitación ha desaparecido en la Ley 9/17, que no entra en la

26. TJUE, sentencia de 8 de febrero de 2018, asunto C-144/17.

cuestión; se limita a descartar la oferta más baja de las presentadas por empresas vinculadas a los efectos de la declaración de oferta anormalmente baja –artículo 149–.

De acuerdo con la sentencia europea citada, el órgano de contratación está facultado para excluir las ofertas presentadas por empresas vinculadas si llega a la conclusión de que las ofertas no fueron independientes y confidenciales, pero no por el mero hecho de que las empresas estén vinculadas entre sí. Es más, la misma sentencia determina que, en ausencia de previsión específica en las bases, ni siquiera resulta exigible a las licitadoras que declaren su carácter de empresas vinculadas.

Así pues, no se aplica la normativa de defensa de la competencia si efectivamente las empresas constituyen una unidad económica, aunque sí se aplica la normativa de contratos si las ofertas presentadas por las empresas vinculadas están coordinadas o no se ha respetado el secreto de las mismas.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se planteó esta cuestión a propósito de una transferencia de información acreditada entre dos licitadoras en el mismo concurso, una de las cuales ostentaba el 50 % de la otra. Se trataba de un supuesto límite puesto que el artículo 42 del Código de Comercio, que es el parámetro que se utiliza en derecho español para identificar una situación de vinculación entre las empresas, establece dicha vinculación si la matriz dispone de la mayoría de los derechos de voto de la filial; sin embargo, en aquel caso los derechos quedaban repartidos al 50 % entre dos empresas²⁷.

2.7

El caso de las uniones temporales de empresas

La unión temporal de empresas supone un acuerdo de cooperación horizontal que, ya de antiguo, se ha venido admitiendo en nuestro ordenamiento, específicamente en la normativa sobre contratación pública.

Sin embargo, aun siendo una posibilidad inicialmente lícita, no siempre resulta admisible.

Según las directrices de cooperación horizontal, los acuerdos entre competidores no son lícitos cuando, con arreglo a factores objetivos, los socios podrían llevar a cabo individualmente el proyecto o la actividad cubierta por la cooperación, o cuando dicho acuerdo comporta más restricciones a la com-

²⁷. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sentencia de 9 de julio de 2019, recurso n.º 163/2014.

petencia de las necesarias; por ejemplo, cuando el número de socios es superior al que sería necesario para afrontar el contrato al que licita la UTE²⁸.

De acuerdo con las mismas directrices, este tipo de acuerdos solo pueden producir efectos restrictivos de la competencia si las partes implicadas poseen un cierto grado de poder de mercado. Por consiguiente, es poco probable tal afectación si conjuntamente las partes no superan un poder de mercado del 15 %²⁹.

No obstante, la viabilidad de esa exención de mínimos queda cuestionada en nuestro derecho interno por el artículo 2 del Real Decreto 261/2008, que no incluye mención al respecto.

En el caso de que efectivamente estemos ante un acuerdo entre empresas que, considerando individualmente su capacidad y recursos, podían haber asumido por separado el contrato, o si el acuerdo incluye más socios de los que son necesarios para ello, habrá que valorar si dicho acuerdo produce eficiencias susceptibles de beneficiar al consumidor³⁰.

No son extrañas las investigaciones efectuadas por los órganos de control de la competencia a propósito de la concurrencia de uniones temporales de empresa en licitaciones públicas. Es el caso, por ejemplo, de la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 31 de mayo de 2005, o la resolución del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia de 9 de febrero de 2016.

La unión temporal de empresas es, pues, un acuerdo de cooperación horizontal, normalmente un acuerdo de comercialización en el caso de la contratación pública. Se trata de un acuerdo expresamente admitido por la normativa de contratos, aunque en la práctica dicha admisibilidad dependerá de diversos factores. Unos factores que, a su vez, requerirán de un análisis complejo y a menudo de resultado incierto.

De ahí que la mera admisibilidad sin más de las uniones temporales de empresas por parte de la legislación de contratos haya podido ser un factor de confusión e inseguridad.

Una situación que, en parte, ha mejorado a partir de la Ley 9/17, cuyo artículo 69.1 advierte que la licitación mediante unión temporal de empresas puede suponer un pacto colusorio.

Ahora bien, más allá de dicha advertencia, los parámetros esenciales que condicionan la admisibilidad jurídica de la concurrencia mediante unión temporal de empresas continúan sin haber aflorado al ordenamiento positivo.

28. Directrices de cooperación horizontal, apartados 30 y 237.

29. Directrices de cooperación horizontal, apartados 240 y 241.

30. Directrices de cooperación horizontal, apartado 256.

Solo acudiendo al *soft law* europeo, a la doctrina de los órganos de control y a la jurisprudencia es posible conocer el alcance de lo permitido y lo prohibido en esta cuestión.

2.8

Infracciones inducidas por la Administración

En ocasiones la propia Administración participa o induce la infracción. El ámbito funerario es uno de los más recurrentes en este sentido, donde se han identificado en ocasiones prácticas municipales tendentes a establecer posiciones de dominio abusivas respecto a sus concesionarios. Este es el caso, por ejemplo, de la resolución adoptada por la Comisión Nacional de la Competencia en fecha 3 de marzo de 2009 en relación con la empresa municipal y el Ayuntamiento de Palma de Mallorca.

La intervención de una Administración pública en conductas restrictivas de la competencia puede adoptar formas muy diversas, desde la introducción de tales restricciones en una norma (Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia, resolución de 10 de febrero de 2014) hasta la práctica de actividades económicas (Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia, resolución de 2 de febrero de 2009, referida al ejercicio directo por parte de la Diputación Provincial de Lugo de los servicios de transporte fluvial de viajeros) o actuaciones materiales de toda índole (v. gr. resolución del Consejo de Andalucía de Defensa de la Competencia de 18 de junio de 2014, referida a convenios suscritos por el Ayuntamiento de Granada con los Colegios Oficiales de Arquitectos y Aparejadores sobre la inspección técnica de edificios).

También la gestión de una licitación puede incidir en alguna restricción ilícita de la competencia. Ese fue el caso de la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 26 de julio de 2018, referida a un concurso para la contratación del suministro de servicios de informática y tratamiento de datos a diversos órganos administrativos y organismos del sector público, según parece a consecuencia del interés de estos en mantener a las personas que venían prestando sus servicios hasta el momento.

Las sanciones impuestas por los órganos de control de la competencia a administraciones y entes administrativos en calidad de inductores no son una excepción. Así, por ejemplo, en el caso de las resoluciones adoptadas por la Comisión Nacional de la Competencia el 6 de octubre de 2011 o el 27 de septiembre de 2013.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado en este sentido que también terceros pueden ser sancionados como consecuencia de la

concertación de pactos colusorios, aunque no formen parte del acuerdo, como por ejemplo puede ser el caso de los asesores³¹.

Así pues, el hecho de que la Administración intervenga como poder público y no como sujeto empresarial o económico no excluye su responsabilidad en una actividad restrictiva de la competencia.

Ahora bien, una cosa es que las administraciones puedan colaborar, incluso protagonizar, restricciones de la competencia, y otra cosa es la capacidad de los órganos de control para imponer sanciones a las mismas.

En este punto el Tribunal Supremo ha establecido una doctrina en el sentido de que los órganos de control de la competencia no tienen capacidad para anular disposiciones administrativas, de forma que, si consideran que alguna resolución infringe la legalidad, han de reaccionar interponiendo la correspondiente acción jurisdiccional de acuerdo con la legitimación que la Ley de defensa de la competencia les confiere. En consecuencia, el Tribunal Supremo no admite la imposición de sanciones a las administraciones en relación con disposiciones formalmente vigentes. Un planteamiento que, sin embargo, no opera cuando la Administración no actúa como tal sino a través de una iniciativa empresarial³².

3

Consecuencias de la infracción

3.1

La prohibición de contratar

La Ley 9/17, de contratos del sector público, incluye en su artículo 71 una prohibición de contratar respecto a las empresas que hayan sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia profesional que ponga en entredicho su integridad, en materia de disciplina del mercado o de falseamiento de la competencia.

El artículo 72 de la Ley de contratos permite al órgano de contratación aplicar esta prohibición cuando la sentencia o la resolución administrativa sancionadora haya impuesto específicamente dicha prohibición, y asimismo haya precisado su alcance y duración. En el caso de que la resolución sancionadora no haya precisado dichos extremos, la competencia para hacerlo corresponde bien al Ministerio de Hacienda y Función Pública a propuesta de

31. TJUE, sentencia de 22 de octubre de 2015, recurso n.º C-194/201.

32. Tribunal Supremo, sentencia de 14 de junio de 2013, recurso n.º 3282/10.

la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, o bien a los órganos competentes en las comunidades autónomas.

La Ley admite la posibilidad de eximir de la prohibición de contratar cuando la infractora acredite el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas en la resolución, y se comprometa asimismo a la adopción de las medidas técnicas, organizativas o de personal apropiadas para evitar futuras infracciones, incluyendo su adscripción a un programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia. En este sentido, tanto la Comisión de los Mercados y la Competencia como los órganos autonómicos de control ofrecen dichos programas de clemencia.

El mismo artículo 72 dispone que el plazo para concretar la prohibición de contratar no podrá exceder de tres meses contado desde la adjudicación, o tres años desde la firmeza de la resolución.

En principio la prohibición de contratar no puede superar tres años y afecta al sector público correspondiente al ámbito autonómico o estatal según la autoridad que lo declare.

Así pues, la transposición de las directivas de contratación ha optado por no dejar al órgano de contratación la aplicación directa de la prohibición de contratar, facultad que sí prevén los apartados 4/, 5/ y 6/ del artículo 57 de la Directiva 24/14. En principio la aplicación de la prohibición de contratar por parte del órgano de contratación depende de una decisión previa por el órgano competente al efecto.

La regulación de la prohibición de contratar plantea desde luego bastantes dudas. Entre ellas, la naturaleza sancionadora de esta medida y la competencia para su imposición.

Se trata de debates que están abiertos y habrá que ver cuál es la respuesta de la jurisprudencia.

En lo que se refiere a la naturaleza sancionadora de tal medida, se trata de un debate que tiene importancia en aspectos procedimentales y también sustantivos, como el sistema de garantías de los imputados; la necesidad de una habilitación competencial explícita para imponer la medida; o la aplicación de la misma no solo a las faltas graves, que son las únicas mencionadas por la Ley, sino también a las muy graves.

Cabe señalar que la prohibición de contratar derivada de sanciones tributarias o sanciones impuestas en materia de subvenciones tiene la consideración de medida sancionadora³³.

33. Artículos 186.1 de la Ley 59/03 y 63.2.b/ de la Ley 38/03.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en alguna ocasión al respecto. La sentencia de 2 de octubre de 2000, recurso n.º 1546/1995, establece que las prohibiciones de contratar son medidas de garantía del interés público. La sentencia de 31 de mayo de 2007, recurso n.º 9762/2004, afirma abiertamente que la prohibición de contratar no tiene carácter sancionador, “si bien al ser un acto limitativo de derechos según la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1990, de 29 de marzo, deben aplicarse a estas prohibiciones ciertos principios y garantías propios del procedimiento sancionador”.

Posteriormente, en la sentencia de 30 de abril de 2014, recurso n.º 1530/2013, el Tribunal Supremo manifestó que la prohibición de contratar se corresponde con el ejercicio de una potestad sancionadora. Y luego volvió en la sentencia de 17 de marzo de 2015, recurso n.º 1228/2012, a su posición anterior; esto es, a considerar que estamos ante una medida híbrida “a la que hay que aplicar algunos principios propios del derecho sancionador, sin que ello signifique la aplicación del mismo régimen en su integridad”.

Así pues, el debate sobre la naturaleza de la prohibición de contratar está abierto.

También se cuestiona la competencia de los órganos de control de la competencia para imponer esta medida a las empresas sancionadas. El debate se debe a que la Ley de defensa de la competencia no cita explícitamente la prohibición de contratar entre los pronunciamientos que puede abordar la resolución de dicho órgano.

La Junta Consultiva de Contratación consideró en su resolución de 19 de abril de 2002 que el procedimiento ha de consistir en todo caso en la comunicación del órgano sancionador a la Junta, para que esta efectúe la correspondiente propuesta al Ministerio.

En sentido contrario, el Tribunal Catalán de la Competencia asumió la competencia en su resolución de 23 de diciembre de 2019, una sanción referida al fraude en unas licitaciones convocadas por el Servicio Meteorológico de Cataluña. En este caso el órgano catalán de control incluyó en la resolución una prohibición para contratar durante 18 meses. Considera la misma resolución que tal prohibición no debe quedar limitada a las infracciones graves, sino que ha de afectar también a las infracciones muy graves.

La Comisión Nacional de la Competencia parece entender que la prohibición es implícita a la constatación de la infracción y a la imposición de la sanción. En su resolución de 20 de junio de 2019 considera probada una infracción consistente en el reparto de las licitaciones del servicio de transporte escolar en la región de Murcia, y remite la decisión sobre la prohibición de contratar a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado de acuerdo con el artículo 72.2 de la Ley 9/17.

La posición de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia no es unánime. En la resolución de 1 de octubre de 2019 consta un voto particular en el que se argumenta que la prohibición de contratar es una sanción, de forma que la competencia para su declaración ha de corresponder a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Invoca en este sentido el artículo 5 del Reglamento UE 1/2003, que establece lo siguiente: “Las autoridades de competencia de los Estados miembros son competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado en asuntos concretos. A tal efecto, ya sea de oficio, ya previa denuncia de parte, podrán adoptar las decisiones siguientes: (...) – imposición de multas sancionadoras, de multas coercitivas o de cualquier otra sanción prevista por su derecho nacional”.

3.2

La posición del órgano de contratación

Como se ha adelantado, nuestro ordenamiento ha optado por atribuir al Ministerio o al correspondiente órgano autonómico la competencia para declarar la prohibición de contratar, eventualmente también a los órganos de control de la competencia.

Parece que al órgano de contratación solo le corresponde aplicar la prohibición una vez declarada y precisada ésta en cuanto a su duración y alcance.

La Ley 9/17 prevé en este sentido que el órgano de contratación habrá de notificar al correspondiente órgano de control los hechos que puedan constituir infracción en materia de defensa de la competencia –artículo 132.3–.

A su vez, el artículo 150.1 dispone que cuando la mesa o el órgano de contratación observe indicios fundados de conductas colusorias deberá suspender la licitación, para trasladar dichos indicios al órgano de control de la competencia a los efectos de que informe con carácter sumarísimo. Nada se dice sobre el carácter vinculante de dicho informe.

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 69.2 de la Ley para el caso de que las sospechas se refieran a una posible colusión en la constitución de una unión temporal de empresas para licitar.

Por consiguiente, parece que el órgano de contratación queda desplazado a una posición subalterna.

Sin embargo, el margen de maniobra no es tan limitado como parece. Por de pronto, cabe entender que el artículo 150 lleva consigo la facultad del órgano de contratación para inadmitir la oferta afectada por una conducta colusoria si el informe del órgano de control confirma las sospechas de la

mesa. De otra forma no tendría sentido suspender el procedimiento antes de la adjudicación.

De la misma manera, la existencia de una resolución sancionadora no firme que afecte a un licitador, o una sanción pendiente de concretar la prohibición de contratar, son datos que han de ser relevantes en cuanto a la admisión de su oferta. Sería absurdo ignorar tal situación.

En términos generales, la mesa o el órgano de contratación han de tener la capacidad para reaccionar si constatan comportamientos en los licitadores que resulten contrarios a los imperativos de secreto de las proposiciones o de proposición única, o fraudes que afecten a la igualdad de los licitadores. Estos son comportamientos que cuestionan el orden público de la licitación, con independencia de que puedan suponer además un ilícito en materia de defensa de la competencia.

Como se ha apuntado, la Directiva 24/14 de contratación pública establece una responsabilidad del órgano de contratación en este ámbito. La exposición de motivos de dicha Directiva establece en este sentido lo siguiente:

101. Además, se debe dar a los poderes adjudicadores la posibilidad de excluir a los operadores económicos que hayan dado muestras de no ser fiables, por ejemplo debido a que han incumplido las obligaciones medioambientales o sociales, entre ellas las normas sobre accesibilidad para las personas con discapacidad, o a que han cometido otras formas de falta profesional grave, como infracciones de las normas sobre competencia o de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Es preciso aclarar que una falta profesional grave puede poner en tela de juicio la integridad de un operador económico y por tanto hacerle no apto para ser adjudicatario de un contrato público, con independencia de si, en otros aspectos, pueda disponer de capacidad técnica y económica para ejecutar el contrato.

Teniendo presente que el poder adjudicador será responsable de las consecuencias de una posible decisión errónea por su parte, los poderes adjudicadores deben seguir gozando de libertad para considerar que se ha cometido una falta profesional grave cuando, antes de que se haya dictado una resolución definitiva y vinculante sobre la existencia de motivos obligatorios de exclusión, puedan demostrar por algún medio adecuado que el operador económico ha incumplido sus propias obligaciones, incluidas las obligaciones relacionadas con el pago de impuestos o de cotizaciones a la seguridad social, salvo que se disponga de otro modo en derecho nacional. Asimismo, deben poder excluir a los candidatos o licitadores cuya actuación en anteriores contratos públicos haya mostrado graves deficiencias en lo que se refiere al cumplimiento de los

requisitos de fondo, como la no realización de una entrega o prestación, la existencia de deficiencias significativas en el producto entregado o el servicio prestado que los hagan inutilizables para el fin perseguido, o una conducta indebida que haga dudar seriamente de la fiabilidad del operador económico. El derecho nacional debe establecer la duración máxima de dichas exclusiones.

Un planteamiento que se reproduce en los apartados 4/, 5/ y 6/ del artículo 57 de la misma Directiva, y también en la Directiva de concesiones. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea alude específicamente esta responsabilidad del órgano de contratación en su sentencia de 18 de diciembre de 2014, recurso n.º C-470/2013.

A su vez, en la sentencia de 24 de octubre de 2018, asunto C-124/17, el citado Tribunal ha establecido lo siguiente:

procede tener en cuenta las funciones respectivas, por una parte, de los poderes adjudicadores y, por otra, de las autoridades investigadoras. Mientras que estas últimas están encargadas de determinar la responsabilidad de determinados actores por la comisión de una infracción de una norma, constatando con imparcialidad la realidad de los hechos que pueden constituir tal infracción, y de sancionar el comportamiento contrario a derecho adoptado por esos actores, los poderes adjudicadores deben apreciar los riesgos a los que podrían verse expuestos al atribuir un contrato a un licitador de dudosa integridad o fiabilidad.

Ciertamente no se puede predicar un efecto directo de la Directiva cuando esa aplicación resulta *contra cives*, pero ello no excluye una interpretación conforme de la normativa de transposición a propósito de las facultades del órgano de contratación.

Si el fraude se constata una vez adjudicado el contrato, lo que se impone es la declaración de nulidad de la adjudicación, y también del contrato si fuera el caso.

No cabe duda que la prohibición de contratar declarada con posterioridad a la adjudicación del contrato no tiene efectos retroactivos. Así lo impone el principio general de irretroactividad de los actos desfavorables y así lo ha establecido el Tribunal Supremo³⁴.

En consecuencia, la situación exige la tramitación de una declaración formal de nulidad de la adjudicación y del contrato; esto es, la revisión de oficio de los mismos.

34. Tribunal Supremo, sentencia de 6 de marzo de 2018, recurso n.º 2566/2015.

La Ley 9/17 no incluye ninguna causa de nulidad específicamente referida a la constatación sobrevenida de conductas colusorias del licitador, aunque en algún supuesto se ha invocado la causa establecida en el artículo 39.2.a/ de dicha Ley en cuanto a la falta de capacidad de la licitadora.

En todo caso cabe entender que la situación podría admitir encaje en la causa de nulidad establecida en el artículo 47.1.a/ de la Ley 39/15; esto es, la referida a los actos que lesionen derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, concretamente en este caso la lesión del principio de igualdad de los licitadores. Quizás también se podría invocar la causa del apartado f/, en cuanto a los actos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos, cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

4

Conclusiones

Las anteriores reflexiones proponen dos conclusiones:

- En primer lugar, la escasa densidad normativa del derecho positivo de la competencia deja amplios márgenes a los actos de aplicación y a la jurisprudencia, en el momento de perfilar el alcance de las prohibiciones y de los ilícitos. Una circunstancia que tensiona al límite el principio de seguridad jurídica en el contexto de un sistema jurídico basado en el liderazgo de la Ley como es el nuestro.
- En segundo lugar, conviene pensar si es adecuado que, en el ámbito contractual, el control de la competencia quede canalizado esencialmente a través de la normativa de defensa de la competencia y la intervención de los órganos especializados en la misma o, como prevé el derecho europeo, convendría que el órgano de contratación disponga de un margen de maniobra adecuado para reaccionar frente a conductas colusorias.

En el ámbito de defensa de la competencia el método de investigación y decantación de las infracciones responde a una compleja tecnología de análisis económico y jurídico, que frecuentemente es innecesaria para identificar prácticas colusorias en licitaciones públicas. Se trata de un método pensado para un mercado de carácter general y abierto, para localizar prácticas que tengan repercusión significativa en el orden público económico.

En consonancia, la respuesta punitiva es en materia de defensa de la competencia de calibre muy grueso. Las sanciones están pensadas

para fraudes que afectan significativamente todo un mercado, y se calculan en millones de euros o en puntos porcentuales del volumen de negocios total de la empresa. Una penalización que puede resultar claramente excesiva en casos como el de un fraude efectuado con ocasión de una licitación modesta.

En definitiva, una vez acreditado razonablemente un intercambio de información entre licitadores, la coordinación de sus ofertas o un reparto de las licitaciones, no hace falta ir más lejos. Conveniría perfeccionar una respuesta adecuada desde el mismo ordenamiento contractual en cuanto al restablecimiento del orden jurídico alterado y a la sanción de los infractores, sin perjuicio de que paralelamente se instruya un expediente de defensa de la competencia si fuera el caso.