

PUNTOS DE ENCUENTRO ENTRE LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Puntos de encuentro entre la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y el Derecho de la Competencia

La nueva Ley de contratos del sector público incorpora una serie de medidas en materia de defensa de la competencia que tienen como finalidad última la prevención de distorsiones competitivas en la contratación pública, en la que, según declaraciones de la CNMC, confluyen circunstancias que la convierten en un área relativamente más proclive a la existencia de prácticas anticompetitivas.

Este artículo pretende recoger una visión general de las principales novedades en materia de defensa de la competencia que ha introducido el legislador para garantizar un mejor funcionamiento del sistema de contratación pública.

Common grounds between the Law 9/2017, of 8 November, on Public Sector Contracts and Competition Law

The new Public Sector Contracts Law includes a series of measures on competition law that have as their ultimate goal the prevention of competitive distortions in public procurement, in which, according to statements from the CNMC, there are circumstances that make it an area that is more prone to anticompetitive practices.

This article aims at providing an overview of the new provisions concerning competition law introduced by the legislator in order to ensure better compliance with public procurement.

PALABRAS CLAVE

Contratos Públicos, Defensa de la Competencia, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, UTE.

KEY WORDS

Public Contracts, Protection of Competition, Spanish Competition Authority, Consortia for Tendering.

Fecha de recepción: 26-10-2017

Fecha de aceptación: 30-10-2017

INTRODUCCIÓN

El pasado día 9 de noviembre de 2017, se publicó en el *Boletín Oficial del Estado*, 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 (la «LCSP» y las «Directivas»).

La LCSP incorpora al ordenamiento jurídico español las Directivas aprobadas bajo la denominada «Estrategia Europa 2020», en la que la contratación pública desempeña un papel clave. Como indica la propia exposición de motivos de la LCSP, la contratación pública se configura como uno de los instrumentos basados en el mercado interior que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos.

Si bien la LCSP tiene como punto de partida la transposición de las Directivas, la norma persigue también diseñar un sistema de contratación pública más eficiente, transparente e íntegro, aclarando las normas vigentes, en aras de una mayor seguridad jurídica. Asimismo, busca que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas europeas y nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo,

de promoción de las pymes y de defensa de la competencia.

Efectivamente, uno de los pretendidos motivos de la reforma es la prevención de distorsiones competitivas. Así, los artículos 1 y 132 de la LCSP establecen la eficiente utilización de los fondos públicos a través de la salvaguarda de la libre competencia como uno de los principios informadores de la Ley, al que debe sujetarse imperativamente la contratación pública.

Para lograr este fin de salvaguarda de la libre competencia, la LCSP ha incorporado distintas medidas orientadas a disminuir la probabilidad de aparición de conductas anticompetitivas en la contratación pública.

La inclusión en la LCSP de medidas concretas destinadas a lograr avances efectivos en materia de defensa de la competencia resulta adecuado, a juicio de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia («CNMC»), en la medida en que en «la contratación pública confluyen circunstancias que la convierten, inherentemente, en un área relativamente más proclive a la existencia de prácticas irregulares desde el punto de vista de la competencia que perjudican, si no se corrigen, a la Administración Pública, a los potenciales competidores y, en último término, a los ciudadanos y contribuyentes» (vid. Informe sobre el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Públi-

co, de 16 de julio de 2015, pág. 8). Los motivos en los que sustenta dicha afirmación son las elevadas barreras de entrada, tanto informacionales como de dispersión y complejidad del sistema legal, multiplicidad de órganos de contratación o heterogeneidad de procedimientos previstos.

A continuación, hacemos una breve referencia a las principales novedades que en materia de defensa de la competencia ha incorporado la LCSP y las razones que han llevado al legislador a introducir las.

PRINCIPALES NOVEDADES DE LA LCSP EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y SU JUSTIFICACIÓN

- (i) Comunicación de indicios a la autoridad de competencia

Como se ha indicado, para las autoridades de competencia la colusión constituye una de las principales preocupaciones en relación con la contratación pública. Así se muestra por el hecho de que, en los últimos años, se ha incrementado el número de casos en los que la CNMC investiga los denominados acuerdos de *bid-rigging* o pujas fraudulentas. Algunos ejemplos de resoluciones en las que la CNMC ha sancionado a empresas por su participación en esta tipología de acuerdos restrictivos de la competencia son *Licitaciones de Carreteras*, de 19 de octubre de 2011; *Asfaltos*, de 26 de octubre de 2011; o *Construcciones Modulares*, de 3 de diciembre de 2015.

En los acuerdos de pujas fraudulentas, los participantes en un procedimiento de licitación deciden entre sí adjudicársela o repartírsela (intercambiando información y acordando las condiciones técnicas o comerciales de las ofertas a presentar). La OCDE distingue diversas tipologías de prácticas colusorias: (i) posturas encubiertas o *cover bidding*, (ii) supresión de posturas o *bid suppression*, (iii) rotación del ganador o *bid rotation* y (iv) acuerdos de reparto de mercado (*vid.* Recomendación del Consejo de la OCDE para combatir la colusión en la contratación pública, de 17 de julio de 2012).

La introducción de medidas dirigidas a reducir los riesgos de colusión en los procedimientos de contratación pública no resulta sorprendente. En *Mudanzas Internacionales* (Resolución de 6 de septiembre de 2016), la CNMC manifestó que «los perniciosos efectos de dichas prácticas, [constituyen] un plus de gravedad de la infracción, dado el encareci-

miento del coste de estas licitaciones que debe soportar la Administración y, en última instancia, los ciudadanos que a través de sus impuestos también resultan perjudicados, al requerir un mayor cargo presupuestario que asume el contribuyente. (...) Por su propia naturaleza, un cártel de la índole descrita produce automáticamente un falseamiento significativo de la competencia, que beneficia exclusivamente a las empresas participantes en el cártel al darles una ventaja competitiva respecto al resto de competidores en el mercado o a potenciales competidores que pudieran querer entrar en el mercado, siendo sumamente perjudicial para las entidades convocantes de dichas licitaciones, mayoritariamente Administraciones Públicas, repercutiendo por tanto el perjuicio realizado a los contribuyentes».

A la luz de lo anterior, se ha considerado adecuado introducir en la LCSP un mandato general a los órganos de contratación, los órganos consultivos y los órganos competentes para resolver el recurso especial, de velar en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia.

Al regular la clasificación de las ofertas y la adjudicación del contrato, la LCSP establece que si en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación tuviera indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia («LDC»), los trasladará con carácter previo a la adjudicación del contrato a la CNMC o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que, a través de un procedimiento sumarísimo que se regulará reglamentariamente, se pronuncie sobre aquellos.

La CNMC, en su informe al Anteproyecto de la Ley, consideró necesario incluir una mejora de esta medida consistente en la implementación de un procedimiento sumarísimo que permita a la autoridad de competencia apreciar la existencia de indicios de comportamientos anticompetitivos en la contratación, con efectos suspensivos sobre el procedimiento de adjudicación del contrato.

A pesar de que la paralización del procedimiento de tramitación de la licitación en caso de observarse indicios de conductas colusorias pueda suponer un desincentivo a la utilización de esta figura, se considera que la aplicación del Derecho de la Competencia resulta más efectiva si se aplica de manera previa a la adjudicación del contrato.

(ii) Uniones temporales de empresas

La constitución de uniones temporales de empresas («UTEs») con el objetivo de que varias empresas concurren a una licitación de manera conjunta puede ser considerada por la CNMC como una conducta colusoria en la contratación pública, en concreto, como una forma de instrumentar acuerdos de reparto de mercados o de licitaciones.

Han sido numerosos los casos en los que la autoridad de competencia ha apreciado la existencia de una conducta anticompetitiva en la constitución de UTEs para la presentación de una oferta conjunta en un procedimiento de contratación (por ejemplo, las Resoluciones en los asuntos *Terapias Respiratorias Domiciliarias 2*, de 1 de junio de 2005; *Creuers De Sòller*, de 10 de junio de 2008; *Ambulancias Conquenses*, de 23 de febrero de 2009; *Gestión de Residuos Sanitarios*, de 18 de enero de 2010; *Infraestructuras Ferroviarias*, de 30 de junio de 2016; u *Hormigones de Asturias*, de 23 de febrero de 2017, entre otros).

Cabe comenzar recordando que la UTE constituye una figura asociativa legalmente admitida y habitual en el sector empresarial de España. Así, las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del tratado de funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de Cooperación Horizontal señalan que los acuerdos de comercialización (como los acuerdos de constitución de UTEs) no suscitan problemas de competencia cuando son objetivamente necesarios para que una parte pueda introducirse en un mercado al que no hubiera podido acceder individualmente o con un número de partes menor que el que participa realmente en la cooperación, por ejemplo, debido a los costes implicados.

El test legal seguido por la CNMC para evaluar cuándo la constitución de una UTE supone un medio de reparto de mercado consiste en examinar la afectación de la constitución de la UTE a la competencia. Este examen se realiza sobre la base de las características de las empresas que lo forman y del contexto concreto en que se produce. En esencia, la CNMC considera que la concurrencia de varias empresas a un concurso en UTE respeta la normativa de defensa de la competencia cuando, en el momento de la licitación, no resulta posible para las empresas acometer de manera individual el contrato licitado por razón de su falta de capacidad tecnológica o productiva.

La LCSP establece que, cuando el órgano de contratación aprecie posibles indicios de colusión entre empresas que concurren agrupadas en una UTE,

requerirá a las empresas para que justifiquen las razones para concurrir agrupadas.

Si, a la vista de los motivos expuestos por las empresas, el órgano de contratación considera que existen indicios fundados de colusión entre estas, lo pondrá en conocimiento de la CNMC o, en su caso, de la autoridad de competencia autonómica correspondiente para que se pronuncie sobre los hechos, previa sustanciación de un procedimiento sumarísimo que se regulará reglamentariamente.

La nueva medida introducida por la LCSP persigue, con ello, adelantar el examen de la legalidad al momento de presentación de la oferta.

(iii) División en lotes del objeto del contrato

Para facilitar el acceso a la contratación pública a un mayor número de empresas, la LCSP ha invertido la regla de la división en lotes de los contratos que se aplicaba hasta el momento. De esta forma, salvo en el contrato de concesión de obra, el órgano de contratación deberá explicar en el expediente los motivos que justifican la no división del contrato en lotes.

La LCSP entiende que está justificada la no división en lotes del objeto del contrato cuando la división conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación debe solicitar informe previo a la CNMC —o autoridad de competencia autonómica— para que se pronuncie sobre la concurrencia de esta circunstancia.

Esta medida facilita el acceso al mercado de empresas que, de licitarse el proyecto en un único contrato, no dispondrían de la capacidad productiva para acometerlo de manera individual y que, por tanto, no podrían presentarse al concurso. Ante esta situación, dichas empresas podrían entablar contactos para negociar una posible concurrencia al concurso en UTE con otras empresas que dispusieran de los recursos de los que las primeras careciesen.

Habida cuenta de que esta posibilidad entraña, a la luz de la reciente práctica de la CNMC, ciertos riesgos colusorios (de intercambio de información sensible o reparto de mercados) y que el examen del cumplimiento del test legal que justifica la concurrencia de varias empresas a un concurso en UTE requiere un complejo análisis económico o técnico, la LCSP introduce la regla general de división del contrato en lotes.

Se considera, en términos generales, que esta medida (como la utilización de la figura de la subcontra-

tación) supone una apertura del mercado a pequeñas empresas y puede ser positiva para el impulso de las pymes en el mercado de los aprovisionamientos y que contribuye a minorar los riesgos de surgimiento de prácticas anticompetitivas.

(iv) Prohibiciones para contratar

Otra medida relacionada con la prevención (o disuasión) de prácticas anticompetitivas es la referida a la prohibición de contratar con el sector público por haber sido sancionado con carácter firme por una infracción grave en materia de falseamiento de la competencia.

Las causas de exclusión han sido armonizadas en el sentido de que solo pueden incluirse en la legislación de los Estados miembros aquellas causas que hayan sido previstas en el Derecho Europeo. La Directiva 2014/14/UE, que regula esta cuestión, establece causas de exclusión obligatorias y otras facultativas (entre ellas, la comisión de infracciones en materia de competencia), impidiendo la adopción por los ordenamientos nacionales de causas de exclusión no previstas en la Directiva. Pues bien, el legislador español ha optado por mantener la comisión de infracciones en materia de falseamiento de la competencia como prohibición específica de contratar con el sector público, que ya introdujo la disposición final novena de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Las prohibiciones de contratar, en su conjunto, pueden considerarse como medidas de protección de la Administración y del interés de terceros (públicos o privados), medidas de carácter preventivo y no represivo. La finalidad de la norma no es sancionadora, sino que opera como una segunda consecuencia de la infracción, lo que permitiría su aplicación retroactiva.

La decisión del legislador español de incluir la sanción firme por infracción en materia de falseamiento de la competencia como prohibición de contratar puede justificarse en atención al fuerte carácter disuasorio atribuido a esta previsión legal. Si bien, tradicionalmente, las multas a las empresas se consideraban la principal herramienta para la prevención y castigo de las prácticas contrarias a la competencia, algunos estudios ponen de relieve que la imposición de sanciones a las empresas infractoras no es considerada como la medida de mayor carácter disuasorio.

A este respecto, la CNMC ha venido realizando declaraciones en los últimos años en las que muestra su voluntad de aplicar la prohibición de contratar a sujetos sancionados por prácticas anticompetitivas.

La novedad que introduce la LCSP con respecto al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público es la transposición de las denominadas «medidas de autocorrección», que permiten la dispensa de la prohibición de contratar mediante la adopción por el empresario de medidas correctivas.

No obstante, la LCSP difiere de lo previsto en la Directiva 2014/24/UE en la medida en que la Directiva condiciona la dispensa a que la empresa presente pruebas suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión aparente. Además, la apreciación de la fiabilidad parece ser discrecional y exige, en todo caso, el cumplimiento de tres requisitos para el otorgamiento de la dispensa: (i) demostrar que ha pagado o se ha comprometido a pagar la indemnización correspondiente por cualquier daño causado por la infracción penal o la falta, (ii) que ha aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva colaborando activamente con las autoridades investigadoras y (iii) que ha adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas.

En cambio, la LCSP únicamente incluye dos requisitos que, incluso, parece que se configuran como automáticos para el otorgamiento de la dispensa en sede de trámite de audiencia del procedimiento correspondiente: (i) acreditar el pago de la multa o compromiso de pago de la multa impuesta; y (ii) la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas.

Además, como novedad, la LCSP se refiere a la posibilidad de que la empresa se acoja al programa de clemencia como medida equivalente a la (ii) anterior.

La asimilación de la adopción de medidas organizativas a la decisión de la compañía de acogerse al programa de clemencia supone que, en aquellos supuestos en los que se haya solicitado (y otorgado) la exención del pago de la multa conforme al artículo 65 de la LDC, no se aplicará la prohibición para contratar sin necesidad de acreditar ningún otro extremo. Por el contrario, en el caso de que a la empresa incurra en la prohibición se le haya concedido la reducción del pago de la multa de confor-

midad con el artículo 66 de la LDC, será necesario que acredite el pago de la multa reducida para que no se declare la prohibición o, para que sea revisada, si ya ha sido declarada.

La razón de la inclusión del programa de clemencia como medida correctora reside en que, sin una mención expresa, parecería difícil integrar la participación en un programa de clemencia en el supuesto de adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal (denominado, comúnmente, como programa de *compliance*). En segundo lugar, su alusión se funda en el temor expresado por la CNMC en su Informe al Anteproyecto de la Ley de que la no introducción de una mención expresa a este respecto pudiera afectar negativamente (en el sentido de desincentivar) al programa de clemencia previsto en la LDC.

Parece razonable pensar que la efectividad de este programa quedaría en entredicho si los solicitantes, pese a lograr una exención o reducción del pago de la multa que se pudiera imponer y tras aportar pruebas de la existencia de un acuerdo secreto entre competidores, se les aplicara la prohibición de contratar con el sector público. Ha de tenerse en cuenta que, para muchas empresas, el sector público es su principal o único cliente, de manera que esta prohibición podría suponer un daño o perjuicio mayor al derivado de la multa que la CNMC pudiera imponer a la empresa en cuestión.

(v) Composición de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado

Al regular la composición de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (órgano específico de regulación y consulta en materia de contratación pública del sector público estatal), la LCSP incorpora a un representante de la CNMC como vocal nato, con voz pero sin voto, como medida de cooperación entre instancias administrativas.

CUESTIONES PENDIENTES

Si bien la LCSP refuerza las previsiones para garantizar la efectividad del principio de libre competencia en el desarrollo de los procedimientos de contratación pública, son muchas las propuestas formuladas por la CNMC en su informe al Anteproyecto de la Ley que no han sido finalmente incorporadas en el texto definitivo. Destacamos a continuación algunas de estas sugerencias:

- La colaboración de las autoridades de competencia con aquellas mesas de contratación de licitaciones que pudieran considerar de interés, bien por el montante del bien o servicio licitado, bien por tratarse de sectores de especial sensibilidad desde el punto de vista de la competencia.
- La inclusión dentro de la información contenida en los pliegos, perfiles de contratación y en la Plataforma de Contratación de un inciso que mencione de manera somera la definición de qué se consideran prácticas anticompetitivas en la contratación pública, la normativa de aplicación, así como las consecuencias que pudieran derivarse de su incumplimiento.
- La inclusión en la declaración responsable de un inciso en el que los licitadores hicieran constar de manera expresa su compromiso de no participar ni haber participado en prácticas anticompetitivas en la licitación a la que opten.
- La inclusión en las memorias iniciales de los expedientes de contratación de unas consideraciones básicas sobre la posible existencia de ayudas de Estado y, en su caso, su compatibilidad con los artículos 106 y 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

JULIA SANZ DE LA ASUNCIÓN Y
CRISTINA ARECES LÓPEZ*

* Abogadas del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).