

Nº 28
Cuarto trimestre 2021

Gabilex

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA**



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

Gabilex
Nº 28
Diciembre 2021
<http://gabilex.castillalamancha.es>



Castilla-La Mancha

Número 28. Diciembre 2021

**Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo
Blanch**

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

DIRECCIÓN

D^a M^a Belén López Donaire

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Jaime Pintos Santiago

Profesor acreditado Derecho Administrativo UDIMA.
Abogado-Consultor especialista en contratación pública.
Funcionario de carrera en excedencia.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Director adjunto de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos.

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Álvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.
Secretaria de Gobierno Local

D. Jordi Gimeno Bevia

Vicedecano de Investigación e Internacionalización.
Facultad de Derecho de la UNED.

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y
Justicia. Gobierno de Cantabria.
Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La
Mancha.

D. José Joaquín Jiménez Vacas

Funcionario de carrera del Cuerpo Técnico Superior
de Administración General de la Comunidad de Madrid

D. Javier Mendoza Jiménez

Doctor en Economía y profesor ayudante doctor de
la Universidad de La Laguna.

SUMARIO

EDITORIAL	
El Consejo de Redacción.....	12

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN NOCIVA TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL CASO STRAWBERRY	
D ^a Ana María Valero Heredia.....	23
LAS CONDUCTAS COLUSORIAS DE LOS LICITADORES Y SU CONTROL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	
D ^a Irene Montagud Grau.....	69
EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y SUS PECULIARIDADES EN EL ÁMBITO LOCAL	
D. José Manuel Bejarano Lucas.....	149
CONSULTAS PRELIMINARES PARA UNA CONTRATACIÓN ESTRATÉGICA, EFICIENTE Y RESPONSABLE	
D ^a . Victoria Barbi Martínez	205

SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR JAIME PINTOS SANTIAGO

CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL NUEVO ABOGADO
PÚBLICO DEL SIGLO XXI
D^a Mónica Antinarelli
D. Elcio Nacur Rezende.....327

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

FINALIZACIÓN DE LA EFICACIA DE LA PROHIBICIÓN DE
CONTRATAR CON EL SECTOR PÚBLICO EN LOS
SUPUESTOS DE REVISIÓN
D. Jaime Pintos Santiago
D. Roberto Carrodegas Méndez.....365

NULIDAD DE CONDICIÓN ESPECIAL DE EJECUCIÓN DEL
CONTRATO RELATIVA A CRITERIOS LINGÜÍSTICOS
D. Jaime Pintos Santiago
D. Roberto Carrodegas Méndez.....375

BASES DE PUBLICACIÓN 386

EDITORIAL

IV Jornadas de la Revista Gabilex, Toledo 4 y 5 de noviembre de 2021.

Las jornadas han hecho honor a la vocación de una buena revista jurídica, repasando las principales cuestiones de actualidad en distintos ámbitos del derecho. Son un fiel reflejo del trabajo de los Servicios Jurídicos autonómicos que, muchas veces, tienen que “tocar todos los palos” en su quehacer.

El presente resumen no da cuenta de las aportaciones y explicaciones de los ponentes que pudimos seguir los asistentes a las jornadas, pero sí recoge unos apuntes de lo que se abordó en las respectivas ponencias con enlaces a algunas sentencias citadas, con objeto de poder profundizar en su estudio.

En algún caso se añaden novedades producidas con posterioridad a las ponencias.

4 de noviembre de 2021

**Primera ponencia: JURISPRUDENCIA
ACTUALIZADA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN
MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO.**

Vicente Magro Servet, Magistrado Sala II del T. Supremo.

Hizo un repaso exhaustivo de las últimas sentencias dictadas por el TS en la materia, con la correspondiente explicación del magistrado.

Exigencia de denuncia en delitos contra la intimidad se puede convalidar con la presencia y declaraciones de la víctima en el proceso. Asunto de La Manada STS 693/2020.

Impago de pensiones como violencia económica. STS 239/2021.

Acoso ilegítimo o Stalking, el TS fija 13 reglas para apreciar su concurrencia. STS 599/2021 (FJ 1 in fine).

Abecedario del maltrato habitual, el TS fija 27 reglas para apreciar la concurrencia del delito. STS 684/2021.

Victim impact statements, o declaración de impacto de la víctima, que puede tener importancia para el cálculo de la responsabilidad civil. STS 695/2020 (FJ 2).

Declaración progresiva de la víctima. La persistencia en la declaración de la víctima permite salvar contradicciones en sus declaraciones. STS 695/2020.

Segunda ponencia: EL CONTRATO DE INTERINIDAD EN EL ÁMBITO PÚBLICO.

Francisco Ramos Moragues, Profesor Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia.

El ponente hizo un repaso a la figura de la interinidad laboral (art. 15.1-c) TRLET y RD.2720/1998). Desde muy pronto se admitió la interinidad no sólo para sustituir a un trabajador con derecho de reserva, sino también para ocupar una vacante mientras dure el proceso de selección o provisión SSTS Contencioso administrativo rec. 140/1995 y rec. 76/1999.

También explicó la diferencia entre las sustituciones directas e indirectas, y que están, igualmente, admitidas por la jurisprudencia.

Dejando aparte el momento de nacimiento de la relación, el ponente explicó que la problemática mayor se produce respecto de la duración del contrato y los efectos de la terminación. Comenzó con un repaso de los vaivenes en materia de derecho a la indemnización, derivados de las sentencias De Diego Porrás I, STJUE de 14.09.2016 (asunto C-596/14) y De Diego Porrás II, STJUE de 21.11.2018 (asunto C-619/17).

Trató la pregunta de cuánto duran los procesos de selección o provisión en la Administración. Situación actual derivada de la STJUE IMIDRA de 3.06.21 (asunto C-726/19). Y recepción de esta por el Supremo en la STS 649/2021.

Finalmente, planteó la difícil situación de los trabajadores afectados por un rescate o por una cesión ilegal. En ambos casos hay un personal que tiene que integrarse en la Administración sin que esté claro el régimen en que deba hacerlo. Para el ponente parece claro que debe respetarse la regla de prohibición de modificar in peius la situación del personal, y dijo que está tratado en la STJUE Correira Moreira de 13.06.2019 (asunto C-317/18).

También dio cuenta de que estas cuestiones siguen planteando dudas con la cita de una cuestión prejudicial elevada desde un Juzgado de lo Social de Barcelona de la que da cuenta el prof. Ignasi Beltrán en su blog, en la que se plantea la interesante cuestión de si el indefinido

no fijo sigue siendo trabajador de duración determinada según el derecho comunitario (asunto C-464/21).

ÚLTIMA HORA: Al ritmo frenético que va el derecho hoy en día, es necesario dejar constancia de dos sentencias del Tribunal Supremo que afectan al problema de los interinos en el sector público. Una de la Sala de lo contencioso-administrativo relativa al derecho a la indemnización por cese STS de 15 de noviembre de 2021 RCA 6103/2018. Otra de la Sala de lo social en relación a la pretensión de fijeza de aprobados sin plaza STS de 16 de noviembre de 2021, número 1112/2021, CUD 3245/2019.

Tercera ponencia: LOS CANALES DE DENUNCIA A RAIZ DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1937 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO RELATIVA A LA PROTECCIÓN DELAS PERSONAS QUE INFORMEN SOBRE INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA UNIÓN.

José Luis Piñar Mañas, Catedrático de Derecho Administrativo de las Universidades de Castilla-La Mancha y S. Pablo CEU (excedente).

La Directiva se concibe como un instrumento de lucha contra la corrupción (whistleblowers).

Plazo de trasposición, art. 26: 17.12.2021

Hay un borrador entregado al Ministerio que elaboró la Comisión General de codificación. El ponente no pudo dar cuenta del borrador por el deber de confidencialidad. Tres canales de alerta: interna, externa; pública. Tienen que ser efectivos, confidenciales y seguros (Cdo 3).

Interno: obligación de las AAPP de establecer el canal con los requisitos que marca la Directiva.

Externo: necesidad de una autoridad independiente.

Revelación pública: vía subsidiaria.

Algunas CCAA están adaptando su normativa a la Directiva, en la medida de sus posibilidades. Así se hizo referencia a Baleares, por ejemplo, que tiene una Ley 16/2016 de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears, en la que dispone que se aprobará por parte de la Oficina un protocolo de actuación que garantice la protección y la salvaguarda de los derechos de los denunciantes; y ya lo ha hecho a través de una Resolución de 12 de febrero de 2021 por la que aprueba el protocolo de actuación para la protección y la salvaguarda de los derechos de las personas denunciantes o alertadoras. Se dio cuenta de la tramitación castellano manchega de una adaptación normativa, y recientemente se ha aprobado el Decreto 114/2021, de 16 de noviembre por el que se modifica el Decreto 77/2019, de 16-7-2019, de estructura orgánica y competencias de los órganos integrados en la Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, para atribuir competencias en el llamado canal interno.

Necesidad de proteger al delator. Posibles medidas de apoyo o recompensa. Binomio: deber de confidencialidad y exención de responsabilidad.

Problemas limítrofes con derecho penal y con protección de datos (art. 24 LO 3/2018). Necesidad de respetar los derechos del denunciado.

Conceptos muy amplios de infracción y de denunciante. En el turno de preguntas el ponente entendió que la

Directiva tendría efecto directo, a pesar de la amplitud de los conceptos que utiliza.

Entrega de premios. El secretario del jurado, D. Leopoldo Gómez Zamora dio lectura al acta en la que se premiaron en categoría, general, a D^a Ana M^a Valero Heredia por su trabajo: "La libertad de expresión nociva en el caso Strawberry". Y, en categoría, Masteres, TFG y similares, a D^a Irene Montagud Grau, por su trabajo: "Las conductas colusorias de los licitadores y su control en la contratación pública".

5 de noviembre de 2021

Primera ponencia: EL URBANISMO JUDICIAL: DE LOS ENSANCHES A LA CIUDAD COMPACTA.

Rafael Fernández Valverde, Magistrado de la Sala III del Supremo.

Partió de la evolución del sistema de ensanches, al de la renovación, la regeneración y la rehabilitación de la ciudad. El TS se va pronunciando sobre este nuevo modelo en el que el urbanismo se juega en la ciudad compacta y en las actuaciones de dotación, y las reformas para mejorar ciudad.

Así, citó la STS 1550/20 en un recurso del CNMC Vs Ayto Bilbao en el que se ponía en tela de juicio la potestad municipal de incidir indirectamente en el mercado (LGUM 20/2013 y LLAAC 17/2009, junto con la Directiva 2006/123/CE). Al no considerar las viviendas de uso turístico (VUT) como un uso urbanístico residencial,

limita el libre mercado. El Supremo confirma la sentencia de instancia, y legitima la potestad de ordenación urbanística de los Ayuntamientos en garantía del derecho a la vivienda de los residentes (vecinos) y del derecho al entorno urbano. Se previenen fenómenos como la gentrificación.

En parecidos términos citó el caso de Barcelona STS 75/2021.

También explicó la STJUE Cali contra Ayto de Paris C-727/18, y la incidencia de esta regulación sobre la escasez de vivienda y el encarecimiento de la misma.

Explicó el caso de la STS 1375/2020 de la que es ponente el propio Fernández Valverde. Se trata del asunto del Wanda Metropolitano, la sentencia trata del ius variandi en la ordenación urbanística, de la adaptación del modelo en ensanche al de renovación de la ciudad, de las actuaciones de dotación y la diferencia entre "hacer ciudad y mejorar ciudad" y del suelo urbano consolidado. También se refirió a la exigencia de reserva de viviendas de protección oficial en la ordenación de las ciudades, con cita de las SSTS 205 y 206/2021. En estas sentencias se impone la reserva prevista en la LRSU como un mínimo de obligado respeto en la ordenación urbanística, con independencia del tipo de suelo o del tipo de planeamiento que son materias propias de la legislación autonómica, pero que deben respetar las previsiones de la Ley estatal.

Finalmente, hizo una referencia a la denostada sanción de nulidad de los PGOU por vicios en el procedimiento de aprobación. Se refirió a la cuestión de su naturaleza reglamentaria, al movimiento doctrinal que propugna un cambio en el régimen de nulidad, a las matizaciones y ponderaciones que va introduciendo el Supremo, dentro de los corsés legales de obligado cumplimiento.

Así, citó las recientes STS 569/20 y la 1084/21 PGOU Chiclana, para terminar reconociendo la dificultad práctica que generan estas sentencias, y los intentos de la curia por limitar los efectos anulatorios, cuando es posible, por la vía de su estimación parcial, o por medio de sentencias abiertas (aquellas que posponen los efectos anulatorios del fallo, condicionándolo a un plazo o al dictado de una nueva regulación, se pueden traer como ejemplos las STS de 22.04.14, y la STJUE asunto Borealis C-191/14 y acumulados).

Segunda ponencia: LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO, POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA.

Carmen González Carrasco, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha.

La ponente hizo referencia al origen de la reforma en la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, ratificado por España en abril de 2008. Con especial atención a lo dispuesto en el artículo 12 que atribuye a las personas con discapacidad la misma capacidad jurídica que a las personas "capaces" (en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida).

Ese reconocimiento afecta a la distinción clásica entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. La Ley suprime las tutelas, salvo para los menores no sometidos a patria potestad, y diseña un sistema de apoyos en el que

prestar especial atención a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad.

La Ley 8/2021 objeto de estudio modifica el código civil, pero también la Ley del notariado, la Ley hipotecaria, la Ley de enjuiciamiento civil, la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, la Ley del Registro civil, la Ley de Jurisdicción voluntaria, y el código de comercio.

Insistió mucho en la paradoja de Lampedusa, de que todo cambie para que todo siga igual, sobre la base de la STS 589/2021 de 8 de septiembre de 2021, en un supuesto de una persona con el síndrome de Diógenes al que se imponen unas medidas de apoyo en su beneficio, y en contra de su voluntad.

ÚLTIMA HORA: Aunque de fecha anterior, no se conocía el día de la jornada la STS 706/2021 (19.10.21) en un procedimiento de fijación judicial de apoyos a personas con discapacidad. En esta sentencia se da total preferencia a la voluntad expresada por la persona con discapacidad sin que existan motivos para desvincularse de esta elección (vgr. FJ 4).

Tercera ponencia: LA LEY ORGÁNICA 3/2021, DE 24 DE MARZO, DE REGULACIÓN DE LA EUTANASIA.

D.Javier Sánchez Caro, Abogado, profesor honorario de la Escuela Nacional de Sanidad y Académico correspondiente de la Academia Nacional de Medicina.

Hizo un repaso a consideraciones ético-filosóficas, expuso los modelos horizontal y vertical, en uno el paciente decide, en otro obedece lo que "manda" el médico. Explicó que la LORE trata de evitar el turismo de eutanasia con los requisitos que impone.

Dijo que ya hay un documento de consenso del CISNS sobre el ejercicio del nuevo derecho, en el que se trata de resolver todos los problemas prácticos.

Planteó que los derechos fundamentales no son absolutos; ni siquiera el derecho a la vida, si se convierte en un deber de estar vivo.

Ejemplificó la situación de encarnizamiento terapéutico, de furor técnico, relacionados con supuestos de alargamiento de la vida con soportes vitales.

Expuso las posiciones de derecho comparado, con particular atención a la situación creada en Alemania con la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVG) de 26.02.2020 2BvR 2347/15 que declara inconstitucional penalizar la asistencia al suicidio, por contradecir el derecho de autodeterminación autónoma.

Y en Italia con la Sentencia de la Corte Constitucional número 242/2019 del caso Fabiano Antoniani (DJ Fabo). De la que criticó la "paradoja de la máquina", ejemplificando con el caso de Ramón Sampederro, ya que la solución italiana hace depender el derecho de la interposición de máquinas que alarguen la vida, pero descarta casos similares si no media una máquina.

Trató brevemente del problema de la objeción de conciencia, y las diferencias con el caso del aborto, y de la negación de asistencia médica. Dijo que la configuración de este derecho sigue pendiente en España, que el Tribunal Constitucional ha tenido una doctrina errática y poco clara, pero que la aplicación de la LORE no está planteando problemas de objeción.

Ignacio Serrano Blanco
Letrado de la Comunidad de La Rioja

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES

LAS CONDUCTAS COLUSORIAS DE LOS LICITADORES Y SU CONTROL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

D^a. Irene Montagud Grau¹

Letrada Universitat Politècnica de València

Resumen: Este trabajo tiene como objetivo el análisis de las conductas colusorias que pueden producirse en el ámbito de la contratación pública, por parte de los licitadores. El estudio se divide en tres partes, la primera de ellas hace referencia a la defensa de la competencia en el ámbito de la contratación pública, la influencia que el derecho europeo ha tenido en esta materia, los principios aplicables y la importancia de la defensa de la competencia. A continuación, se realiza un resumen de las distintas conductas colusorias tanto directas como indirectas que pueden llevar a cabo los licitadores en el ámbito de la contratación pública, habiendo excluido las de corrupción. En tercer y último lugar, se analiza el posible control de estas distintas conductas y la posible mejora del sistema actual, así como se efectúa una

¹Ganadora de la II edición de los Premios Gabilex 2021. Categoría, Masteres, TFG y similares

crítica a la transposición de la Directiva 2014/24/CE en el derecho español y una propuesta de mejora de redacción del artículo 150 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.

Palabras clave: Competencia, conductas colusorias, contratación pública, control, CNMC.

Abstract: The aim of this Project is to study the anticompetitive behaviour in the public procedure by the tenders. It is divided in three parts. The first of them is focused on the competitive rules in the public contracts procedure, the influence of the UE law and its main principles. The second part analyses the different anticompetitive behaviours of the bidders related with this field of law, it does not include corruption and another behaviours related to the civil servants implication. The last part of this Project is referred to the control of those behaviours, the incorporation into national law of the Directive 2014/24/CE and its effects in the national regulation of the anticompetitive control in the bidding procedures. Furthermore, this Project includes some proposals to improve the legislation and the conclusions about the three parts summed up above.

key words: Public contracts, anticompetitive behaviour, control, CNMC

SUMARIO:

1. Introducción
 - 1.1. Justificación del tema elegido
 - 1.2. Problema y finalidad del trabajo
 - 1.3. Objetivos

Capítulo I: Competencia y contratación pública

- 2.1. Las Directivas Europeas en materia de contratación pública
- 2.2. Importancia de la competencia en la contratación pública
- 2.3. Derecho español: principios reguladores de la competencia en la contratación pública
 - 2.3.1. El principio de igualdad de trato y no discriminación
 - 2.3.2. El principio de reconocimiento mutuo
 - 2.3.3. El principio de proporcionalidad
 - 2.3.4. El principio de transparencia
 - 2.3.5. El principio de proposición única
 - 2.3.6. El secreto de las proposiciones

Capítulo II: Conductas colusorias de los licitadores que afectan a la competencia en la contratación pública

- 3.1. Prácticas colusorias directas: bid rigging
 - 3.1.1. La problemática del bid rigging en los grupos de empresas
 - 3.1.2. Fijación de precios (price fixing)
 - 3.1.2.1. Descuentos
 - 3.1.2.2. Precios mínimos
 - 3.1.2.3. Empleo de la misma fórmula para el cálculo del precio
 - 3.1.2.4. Ofertas anormalmente bajas
 - 3.1.2.5. Posturas encubiertas
 - 3.1.3. Retirada de ofertas de un procedimiento en marcha (bid suppression)
 - 3.1.4. Rotación de ofertas (bid rotation)
 - 3.1.5. Reparto de mercado (market sharing)
- 3.2. Prácticas colusorias indirectas
 - 3.1.1. La colusión en los mercados conexos

3.1.2. Cártel susceptible de ser activado en la licitación

3.1.3. Cártel de empresas cuya actividad se integra en el ámbito de competencia del órgano de contratación

Capítulo III: Mecanismos de control de las conductas colusorias de los licitadores en la contratación pública

4.1. CNMC y órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas

4.1.1. La labor de control de la CNMC

4.1.2. La labor de control de los órganos de las Comunidades Autónomas

4.1.3. El procedimiento del artículo 150 de la Ley 9/2017

4.2. Medidas self-cleaning

4.2.1. Concepto y naturaleza jurídica

4.2.2. Crítica a la transposición del artículo apartado 6 de la Directiva 2014/24/CE

4.3. Sugerencias de mejora del sistema

CONCLUSIONES

Referencias bibliográficas

Listado de abreviaturas

1. Introducción

El presente Trabajo de Final de Máster se centra en el estudio de las conductas colusorias de los licitadores en la contratación pública, los mecanismos de control de éstas por los órganos competentes y la normativa nacional aplicable. Debe advertirse que, este estudio aborda exclusivamente el caso español y la transposición

de las Directivas europeas en esta materia, en tanto que se ha apreciado un vacío doctrinal desde este punto de vista.

1.1. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA ELEGIDO

La contratación pública presenta una gran importancia en el conjunto de gastos que llevan a cabo las Administraciones Públicas en su actuación diaria, siendo necesaria que la misma quede supeditada al principio de legalidad, y de los particulares principios que rigen las licitaciones públicas. Esta circunstancia tiene como efecto directo la necesidad de aplicar, junto con la normativa de la contratación pública, aquellas normas que rigen la defensa de la competencia. Esta dualidad normativa plantea, como se analizará, dificultades e incluso algunas contradicciones en el momento de su aplicación conjunta.

De un lado, la defensa de la competencia y su protección constituyen uno de los pilares de la Unión Europea, ex artículo 101 del TFUE, lo que ha derivado en un gran desarrollo normativo y jurisprudencial en esta materia. Ello, unido a la necesidad de reducir las prácticas colusorias en el mercado, y en concreto, en la contratación pública, ha derivado en la aprobación de una pluralidad de Directivas que en especial la regulan. La trasposición de estas Directivas al Derecho español, desde el año 2014, ha supuesto un gran avance en la defensa de la competencia en la contratación pública, sin embargo, se aprecian vacíos legales e imprecisiones terminológicas en esta labor, que exigen una revisión normativa, a fin de que se produzca un efectivo control y vigilancia de ella. De este modo, lo que se pretende es

que los ciudadanos –los beneficiarios, en última instancia, de la actuación de las Administraciones Públicas – obtengan bienes y servicios de mejor calidad a menor precio.

De otro lado, la existencia de esta normativa no impide que los licitadores no solo acudan a las tradicionales prácticas colusorias de fijación de precios y reparto de mercado, sino también a efectuar combinaciones de unas y otras que dificulten su control, y consecuentemente su sanción. Por lo que se hace necesario conocer cada una de estas prácticas y los mecanismos de control aplicables para poder detectarlas antes de que perjudiquen al mercado.

1.2. PROBLEMA Y FINALIDAD DEL TRABAJO

Aunque la competencia y su protección sea un elemento vertebrador del sistema de economía de mercado, siguen existiendo actuaciones que la perturban. Con este trabajo se pretende realizar una “fotografía” de la normativa aplicable y las distintas prácticas colusorias que pueden llevar a cabo los licitadores en la contratación pública exclusivamente desde el punto de vista de la normativa nacional, en tanto que es mucho más frecuente encontrar literatura relativa a la corrupción de las instituciones públicas y de la regulación europea o americana de las conductas colusorias de los licitadores. Ello unido al hecho de que apenas existan publicaciones relativas al derecho español reciente – sobre todo tras la transposición de las Directivas europeas del año 2014 – ni sobre el papel de los órganos de control, hace necesaria una revisión de esta materia.

El problema en el que se pretende incidir es en la dificultad de control que actualmente existe sobre esas prácticas, en tanto que la falta de desarrollo reglamentario del artículo 150 de la Ley 9/2017, carente de vigencia actual, no facilita el planteamiento de recursos ante la CNMC u órgano equivalente de las distintas Comunidades Autónomas, con los consecuentes problemas que para la economía en su conjunto, puede llegar a producir.

Adicionalmente se pretende poner en evidencia algunas de las imprecisiones en que se ha incurrido a la hora de transponer la Directiva 2014/24/CE a la Ley 9/2017, y en especial, en relación con las medidas self-cleaning.

1.3. OBJETIVOS

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, puede hacerse referencia a un objetivo general y otros más específicos. El objetivo general consiste en conseguir comprender la trascendencia que la competencia tiene en la contratación pública. De este objetivo general se pueden desglosar los siguientes más específicos:

- Analizar y entender la importancia de la competencia en la contratación pública y cuál ha sido la influencia de la Unión Europea en este ámbito.
- Conocer las conductas colusorias de los licitadores, así como el modo y los motivos por los que se aplicará una u otra actuación.

- Conocer la regulación de los sistemas de control de las conductas colusorias en el ámbito de la contratación pública.
- Estudiar la problemática de la ausencia de desarrollo normativo del artículo 150 de la Ley 9/2017, y la existencia de otras posibilidades de control de la competencia.
- El estudio de la transposición al derecho español de la Directiva 2014/24/CE y la presentación de alternativas de mejora a su desarrollo normativo.

Capítulo I: Competencia y contratación pública

La contratación pública en el Derecho español se ha visto fuertemente afectada por la normativa europea, en tanto que esta última siempre ha tenido como criterio vertebrador la maximización de la libre competencia y la minimización de las restricciones en el mercado.

2.1. LAS DIRECTIVAS EUROPEAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

La integración del Estado español, en 1986 en la Unión Europea trajo consigo, en prácticamente todos los ámbitos, la necesidad de adaptar nuestro ordenamiento jurídico a las exigencias europeas, sobre todo en relación con las normas vinculadas al sector económico. No puede olvidarse que precisamente la Unión Europea tiene como objetivo crear un mercado único y libre en el que se evite, entre otras, el falseamiento de la competencia².

² Exposición de Motivos del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, de 25 de marzo de 1957 y

En este sentido la doctrina aprecia actualmente una gran evolución en la materia, fundamentalmente, a partir del año 2014, gracias a la aprobación de un conjunto de Directivas denominadas de “cuarta generación”, cuyo objetivo es lograr una visión más estratégica en el ámbito contractual del sector público, frente al carácter meramente “armonizador” de las anteriores (GIMENO FELIU 2017). En concreto, las principales Directivas en esta materia son la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, modificada en el año 2020; Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014; Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014; Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 y la Directiva 2014/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014.

Este conjunto normativo supone un nuevo impulso a la competencia y a la transparencia en el ámbito de la contratación pública, fundamentalmente por la inclusión de los criterios de las sentencias del TJUE dictadas sobre ellas (GIMENO FELIU 2017). Estos criterios, unidos a la consideración de la contratación pública, no solo como una mera actividad de adquisición de bienes y servicios, sino también como una herramienta para el efectivo cumplimiento de los fines de los poderes públicos (PERNAS GARCÍA 2013), han conseguido una mejora

más concretamente su artículo 3 letra f), y que actualmente recogen los artículos 101 y 102 del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

sustancial en el binomio competencia-contratación pública, y sobre todo en la determinación de pautas para su posible control. Cuestión distinta es, como más adelante se analizará, si efectivamente este control acaba siendo o no real.

Ha de ponerse el acento en el hecho de que este conjunto de Directivas se traspuso completamente con el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales. Nuevamente y como viene siendo habitual en los últimos años, mediante una técnica legislativa cuestionable desde el punto de vista constitucional – ex artículo 86 apartado 2 de la Constitución española – en tanto que los Reales Decretos tan solo deben ser empleados en los casos de urgente y extraordinaria necesidad, circunstancia que con poco acierto queda justificada en la Exposición de Motivos de la citada norma, al expresar en pocas palabras que de no hacerlo a través de este mecanismo “llegaba tarde” a las exigencias europeas, olvidando el principio de planificación normativa que debe regir en el ordenamiento jurídico.

En cualquier caso, se hace imprescindible destacar que en el ámbito del Derecho de la Unión Europea, y en concreto en el de las Directivas anteriormente mencionadas, el mantenimiento de la competencia en el marco de la contratación pública es absolutamente necesario para cumplir con los principios intrínsecos a la Unión Europea, y en concreto los relativos a la libre

circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, configurados en el artículo 26 del TFUE (FERNÁNDEZ ASTUDILLO 2014). Estos principios también han trascendido a la normativa española, como más adelante se analizará, siendo imprescindible previamente hacer una referencia, siquiera sucinta, de la importancia de la competencia en el ámbito de la contratación pública en un sentido más genérico.

2.2. IMPORTANCIA DE LA COMPETENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La CNMC en su documento titulado *“La planificación como herramienta para impulsar la competencia y la eficiencia en el aprovisionamiento público”*, sometido a información pública en el año 2019 señalaba que la contratación pública supone entre el 10% y el 20% del PIB español, de lo que se deduce la importancia de esta actividad en el global de nuestra economía. Pero es más, la contratación pública, en tanto que es uno de los mecanismos en los que se manifiesta la inversión pública, debe desarrollarse bajo condiciones de eficacia, eficiencia y economía, circunstancias que solo pueden concurrir en un mercado competitivo. En un contexto de estas características, como indican las *“Recomendaciones para facilitar el acceso y promover la competencia en el ámbito de la contratación pública andaluza”* publicadas por la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía en Diciembre de 2010, se incitará a las empresas a innovar, ajustar el precio a las ofertas y a optimizar sus procesos de producción, lo que desde luego favorecerá que se logre un gasto público

eficiente conforme a las exigencias del artículo 31 de la Constitución Española y del Derecho de la Unión Europea.

En este sentido la CNC (actual CNMC) en su *"Guía sobre contratación pública y competencia"* del año 2010, establecía que en el ámbito internacional se estimaba que los precios podrían incrementarse hasta un 20% en aquellas licitaciones en las que se había falseado la competencia, lo que desde luego perjudicará el doble objetivo perseguido en el ámbito público de prestar servicios y facilitar productos, al mismo tiempo que se produce un gasto público eficiente.

Por otro lado, debe destacarse la disyuntiva de corte doctrinal relativa a la pregunta de si la defensa de la competencia en la contratación pública debe tener una regulación separada de la defensa de competencia en el sector privado o no. Así, aunque existen autores que sostienen que esta regulación debe desgajarse por entero atendiendo a si las conductas colusorias se producen en uno u otro ámbito, otros establecen una interpretación simbiótica de ambas normativas, entendiendo que "la legalidad administrativa y su aplicación consigue la realización misma de la regla de la competencia" (GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ 2010, p. 53).

Desde mi punto de vista, la legislación de defensa de la competencia debe ser aplicable sin distinción del carácter público o privado del mercado. Si bien, en el mercado público deben tenerse en cuenta otros principios, por lo que la norma reguladora de la defensa de la competencia deberá adaptarse a esta circunstancia. De este modo, será necesario incluir en la Ley 15/2007, un capítulo

específico que regule las conductas consideradas anticompetitivas en la contratación pública y las consecuencias de su ejecución.

En último lugar, cabe indicar que esta competencia, en el marco de la contratación pública puede verse vulnerada por dos vías, ya sea por la actuación de los poderes públicos, por lo que comúnmente se conoce como corrupción entre los funcionarios públicos y las empresas privadas; bien por las actuaciones colusorias de los licitadores que tratan de acceder a la contratación pública.

En el presente trabajo se abordarán estas últimas, así como aquellas medidas de control que pueden adoptarse para su evitación o para su sanción por los órganos correspondientes.

2.3. DERECHO ESPAÑOL: PRINCIPIOS REGULADORES DE LA COMPETENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La contratación pública en el Derecho español se inspira en los principios del Derecho europeo de libre circulación de mercancías, establecimiento y prestación de servicios. La necesidad de dotar de un sentido específico a estos principios en relación con la contratación pública y la necesaria salvaguarda de la competencia en ella, ha originado el desarrollo de los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, transparencia, proposición única y el secreto de las proposiciones, tal y como expresamente recoge el primer considerando de la Directiva 2014/24/UE. (FERNÁNDEZ ASTUDILLO 2014). A

continuación se abordará el análisis sucinto de cada uno de estos principios:

2.3.1. El principio de igualdad de trato y no discriminación

Estos principios son inspiradores de todo el sistema normativo español en aplicación del artículo 14 de la Constitución española, sin embargo, encuentran especial relevancia en el ámbito de la contratación pública, puesto que no puede concebirse una libre concurrencia real sin que se garantice tanto el principio de igualdad de trato como el de no discriminación entre los distintos candidatos (MARTÍN BAUTISTA 2016, P. 7). Estos principios son esenciales para garantizar el libre acceso de los licitadores, de modo que no solo deberán fijarse condiciones no discriminatorias de acceso, sino también será necesario el establecimiento, por parte de las Administraciones, de unas medidas adecuadas para el ejercicio de la actividad, tal y como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (entre otras, la Sentencia de 26 de septiembre de 2019, Vitali, C-63/18, EU:C:2019:787, apartado 39) y se indicaba en el Acuerdo 2/2011, de 6 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

2.3.2. El principio de reconocimiento mutuo

Este principio, íntimamente arraigado en el ámbito de la contratación pública, ha sido definido por PINTOS en «Compliance: Principios aplicables en la contratación pública» como la obligación de reconocer y aceptar la participación de todos los licitadores que cumplan con los requisitos exigibles legalmente, y que por tanto, no

puedan las Administraciones Públicas establecer restricciones en el acceso a la contratación pública, como por ejemplo, la exigencia de una forma social concreta que deba asumir el licitador para acceder a un determinado contrato, entre otras. Es por tanto un principio que ante todo debe ser respetado por los órganos de contratación en el momento de fijar los requisitos en los pliegos, así como en el momento de aceptar las solicitudes presentadas.

2.3.3. El principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad encuentra su aplicación muy especialmente en el control del cumplimiento de las normas de defensa de la competencia en la contratación pública. En concreto, tendrá trascendencia para poder adoptar las decisiones adecuadas en torno a las medidas sancionadoras pertinentes, en tanto que las medidas a adoptar deberán mantener el criterio de proporcionalidad tanto con la cuantía del contrato como con la conducta que es objeto de sanción. En este sentido se pronuncia la Sentencia de 8 de febrero de 2018, C-144/17, EU:C:2018:78, apartado 38 en el que se hace hincapié en la necesidad de que el poder adjudicador examine y atienda cada uno de los hechos concurrentes en la infracción, de modo que se pueda ponderar si la relación entre los licitadores ha afectado a las ofertas presentadas en la misma licitación.

En consecuencia, no por cualquier motivo se podrá excluir a un licitador de un procedimiento de contratación pública, sino que el órgano de contratación habrá de ceñirse al principio de proporcionalidad. Este principio exige, siguiendo los criterios del TJUE, una

necesaria especificación legislativa – no sin cierta casuística –, pues de lo contrario, cada órgano de contratación podrá resolver casos idénticos con criterios dispares.

2.3.4. El principio de transparencia

El principio de transparencia es un principio vertebrador en el Derecho administrativo español, por aplicación del artículo 105.b) de la Constitución española, el cual ha sido desarrollado – siguiendo los precedentes legislativos anteriores – en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Este principio, sin embargo, se intensifica en el ámbito de la contratación pública, en el que será imprescindible que, conforme se vayan desarrollando las distintas fases contractuales, se haga pública la información facilitada por los licitadores, sin que en ningún caso pueda desvelarse esta información a priori, pues de lo contrario, y como señala el *Acuerdo revisado sobre contratación pública y textos legales adicionales de la Organización Mundial del Comercio, de 30 de marzo de 2012*, en su artículo 10.10.b), esto supondría una ventaja para el competidor.

Llama la atención, sin embargo, la discrepancia de criterios de las distintas guías de contratación publicadas en relación con el criterio de dotar de máxima difusión a la información relativa a los contratos celebrados. Así, la *Guía sobre Contratación pública y competencia publicada por la Comisión Nacional de la Competencia* (actual CNMC) en el año 2010, en sus páginas 32 y 33 recomienda como método para evitar la colusión, o al menos dificultarla, la adopción de aquellas medidas que

incrementen la incertidumbre en relación con el número y la identidad de los competidores que concurren en las licitaciones. Sin embargo, la propia OCDE en su *Recomendación del Consejo para combatir la colusión en la contratación pública del año 2012*, establece en el apartado A punto 4, que respetar la transparencia en los procedimientos de contratación pública es indispensable para paliar la corrupción. Pero al mismo tiempo, advierte – en cierta sintonía con lo recomendado por la CNMC – que este principio deberá respetarse “de manera equilibrada, para no facilitar la colusión al difundir información más allá de los requisitos legales”.

Este principio por tanto debe ser cumplido en los términos más amplios posibles, siempre y cuando la información facilitada no pueda beneficiar la celebración de acuerdos colusorios entre los interesados. Es por este motivo que el artículo 133.1 de la Ley 9/2017, recoge como excepción, la no publicación de los secretos técnicos o comerciales o cualquier otro dato que pueda falsear la competencia tanto en la licitación concurrente como en otras futuras. Nuevamente, y de forma evidente, el texto legal dota de la máxima transcendencia a la protección de la competencia competitiva.

2.3.5. El principio de proposición única

El principio de proposición única se consagra en el artículo 139.3 de la Ley 9/2017, en el que se prohíbe que el mismo licitador pueda presentar más de una proposición en la misma licitación, sin perjuicio de la posible presentación de variantes o nuevos precios o valores en una subasta electrónica, en los términos de

los artículos 142 y 143 del citado texto legal. Adicionalmente, este principio impide que una empresa que se haya presentado individualmente o a través de una Unión Temporal de Empresas pueda presentarse junto a otra.

Este principio está íntimamente ligado a la necesidad de mantener y proteger la libre competencia bajo el criterio de la igualdad de trato entre los distintos licitadores (FERNÁNDEZ ASTUDILLO 2014). La vulneración de este principio produciría un desequilibrio entre las posiciones de los distintos licitadores puesto que, aquel que presentó varias proposiciones, se encontraría en una posición de ventaja respecto de los demás, ya no solo por razones probabilísticas de acceso a la licitación, sino también porque serían conocedores de las condiciones presentadas por varias ofertas previamente a la apertura de los sobres, lo que les permitiría variar alguno de los aspectos tenidos en cuenta por el órgano de contratación.

Adicionalmente, este principio de proposición única facilita el cumplimiento del objetivo de adjudicación del contrato a la proposición económicamente más ventajosa, siendo que, en la práctica no es posible que un mismo licitador presente dos o más proposiciones que cumplan estos requisitos (FERNÁNDEZ ASTUDILLO 2014). De este modo y como será objeto de estudio más adelante, la vulneración de este principio lleva a los licitadores a mantener conductas anticompetitivas en el mercado que deberán ser objeto de control y en su caso, sanción.

2.3.6. El secreto de las proposiciones

El principio del secreto de las proposiciones supone *per se* una garantía del mantenimiento de la competencia en el ámbito de la contratación pública, en tanto que con ello no solo se evitarán conductas corruptas por parte de las Administraciones públicas, sino también privilegios de carácter informativo entre las empresas licitadoras.

Éste es un principio tan trascendente que su vulneración puede conllevar la nulidad del procedimiento de contratación pública. En este sentido cabe citar la Resolución 1077/2015, de 20 de noviembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en la que se acuerda la nulidad del procedimiento como consecuencia de la apertura de los sobres de las empresas licitadoras antes del tiempo legalmente establecido, lo que supuso la vulneración del principio del secreto de las proposiciones.

No obstante, presentan inicialmente mayores problemas aquellos casos en los que por error se introduce determinada información en un sobre siendo que debía conocerse en una fase posterior del procedimiento (como aquellos casos en que en el sobre 2, relativo a cuestiones técnicas, se incluyen presupuestos, elementos que deberían quedar integrados en el sobre 3).

En este sentido existen tesis contradictorias de la propia Junta Consultiva de Contratación del Estado: por un lado el Informe 20/07, de 16 de marzo – el cual se remite al Informe 43/02, de 17 de diciembre – establece que la inclusión de información técnica en el sobre de documentación personal implica necesariamente la imposibilidad de abrir el sobre de la oferta económica por

incumplimiento del artículo 80 apartado 2 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Por el contrario, la propia Junta Consultiva de Contratación del Estado, en su Informe 47/09, de 1 de febrero de 2010, entiende que en estos casos, en tanto que el error es subsanable, no puede suponer la automática exclusión del concurso. Esta última línea es la seguida, si bien tímidamente, por la Audiencia Nacional en su Sentencia de 6 de noviembre de 2012³, en la que reconocía que el principio del secreto de las proposiciones no implica que su incumplimiento lleve aparejado *ipso facto* la exclusión del licitador. De hecho indica que esa interpretación tan formalista puede llegar a ser contraria al principio de libre competencia, ya que atendiendo precisamente al principio de proporcionalidad, debe ponderarse si esta vulneración ha podido influir en la valoración de los elementos cuantificables.

A mi modo de entender, una interpretación excesivamente rigurosa de este principio puede acarrear una limitación de la competencia que en muchos casos puede llegar a ser insostenible, y en consecuencia devenir en un fracaso absoluto del procedimiento contractual. Entiendo adecuada la ponderación que efectúa esta última sentencia, puesto que el hecho de introducir por error algún documento en un sobre equivocado tan solo debiera suponer la exclusión si ha supuesto una perturbación en el propio procedimiento, en tanto que este principio tiene como objetivo último el

³ Sentencia de 6 de noviembre de 2012, de la Audiencia Nacional, ES:AN:2012:5035, fundamento quinto

de asegurar que las ofertas no se desvirtúan – y con ellas la competencia – por la información conocida de antemano. Teniendo en cuenta lo anterior considero que este principio debe ponerse en relación con el de proporcionalidad, para facilitar la ponderación de la trascendencia real de la información anticipada. En sentido análogo, y en el caso de prácticas colusorias, se ha pronunciado el TJUE como más adelante se analizará.

Capítulo II: Conductas colusorias de los licitadores que afectan a la competencia en la contratación pública

Las prácticas anticompetitivas, entre ellas la colusión, que pueden llevar a cabo los licitadores en el ámbito de la contratación pública, afectarán no solo a los precios, sino también a la calidad de los bienes y servicios contratados, poniendo en jaque al mercado y sus reglas de interacción, tal y como recoge las *Recomendaciones para facilitar el acceso y promover la competencia en el ámbito de la contratación pública andaluza* de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía titulada, publicadas en Diciembre de 2010.

Las conductas de los licitadores que pueden afectar a la competencia en este ámbito son tanto las restrictivas – las más perjudiciales en este ámbito – como las abusivas – menos perjudiciales, pero más abundantes (MIÑO LÓPEZ 2019). A continuación se expondrán tanto las prácticas colusorias directas como las indirectas, ambas integradas entre las denominadas prácticas restrictivas.

3.1. PRÁCTICAS COLUSORIAS DIRECTAS: BID RIGGING

Se definen como prácticas colusorias directas (MIÑO LÓPEZ, 2019) aquellos pactos concertados entre los licitadores, en contraposición a las indirectas. En tanto que este apartado se ciñe a la colusión directa, es necesario advertir que estas prácticas restrictivas se encuentran reguladas en el artículo 101 del TFUE y en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

El “Bid rigging” o colusión directa es definida generalmente como aquél acuerdo suscitado entre varios operadores económicos interesados en un procedimiento de licitación para, en vez de competir para ofrecer las mejores condiciones económicas o de calidad, cooperar o colaborar para obtener el mayor lucro posible, aumentando precios, reduciendo calidades o mediante el reparto del mercado, en definitiva, para realizar cualquiera de las conductas indicadas en la Disposición Adicional 4ª de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

No obstante, como quiera que estas estrategias son de fácil detección, los operadores económicos han empezado a dotarlas de una mayor complejidad, de modo que en la actualidad, el uso de un determinado esquema no implica la exclusión de los demás, como acertadamente indica la guía de *Recomendaciones para facilitar el acceso y promover la competencia en el ámbito de la contratación pública andaluza*, elaborada por la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Agencia de Defensa de la

Competencia de Andalucía, publicada en Diciembre de 2010.

Previamente a analizar las principales estrategias colusorias directas de carácter restrictivo – fijación de precios, reparto de mercado, retirada de ofertas o boicot y rotación de ofertas (OCDE 2009) – es imprescindible efectuar un análisis de los pactos colusorios en el ámbito de los grupos de empresas, en tanto que pese a que la normativa trata de fomentar la contratación con PYMES, lo cierto es que la gran parte de contratos públicos se conciertan con grupos de empresas.

3.1.1. La problemática del bid rigging en los grupos de empresas

Una cuestión trascendente, en torno a estos pactos colusorios, es la relativa a los grupos de empresas y la aplicación de las normas relativas a estos pactos cuando varias empresas del mismo grupo presentan ofertas a la misma licitación. Sobre esta cuestión MIÑO LÓPEZ (2019, p. 83 y siguientes), distingue entre sociedades de un mismo grupo que gozan de autonomía y aquellos casos en que dependen de la matriz en sus decisiones. Este autor resuelve que tan solo se aplicará esta normativa en el primer caso, esto es, cuando las sociedades son autónomas en la toma de decisiones. A esta solución llega también la Resolución de 3 de octubre de 2017, del Consejo Vasco de la Competencia en el caso *Auzo Lagun*, que asume como normal que las empresas de un mismo grupo presenten distintas ofertas en una misma licitación sin que se realice el mismo esfuerzo por todas, siendo agresivas tan solo en aquellos casos en los que puedan ser más competitivas.

Por tanto, en los casos en que existe un grupo de sociedades deben distinguirse dos situaciones, siendo que en cada una ellas se plantean cuestiones discutidas por la doctrina:

- De un lado, los grupos de sociedades en los que las empresas gozan de autonomía entre sí y a los que, como se ha indicado, les será de aplicación las prohibiciones de pactos colusorios. En relación con estos casos, la jurisprudencia europea – por todas la Sentencia de 19 de mayo de 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, apartado 28– indica que la exclusión automática de estas empresas por el simple hecho de formar parte de un grupo empresarial es contrario al Derecho de la Unión Europea, en tanto que este actuar produciría una reducción considerable de la competencia, y añade – Sentencia de 17 de mayo de 2018, Šiaulių, C-531/16, EU:C:2018:324, apartado 22 a 26– que ni siquiera existe obligación por parte de estas empresas de comunicar al poder adjudicador sus vínculos como grupo.

En estos casos considero que, si bien es acertado el criterio por el cual el hecho de formar parte de un grupo de empresas no es una causa de exclusión automática, no es admisible que no tenga carácter obligatorio el facilitar al poder adjudicador la información de sus vínculos empresariales. Esta crítica la sostengo sobre la base de que son empresas a las que sí que les serán de aplicación las prohibiciones de pactos

colusorios y que por tanto, el propio TJUE les reconoce capacidad para perturbar la competencia en el mercado, siendo que, en tanto que son empresas que forman parte de un grupo, tendrán no solo menores reparos a la hora de compartir información y crear estrategias afines, sino también mayores incentivos en hacerlo de este modo. Por tanto, el hecho de que no se les imponga la obligación de compartir este tipo de información supone crear un coladero de prácticas colusorias que, como anticipábamos, no solo perjudica a la propia licitación concreta, sino al mercado, y con ello a los ciudadanos y a todo el sector público en su conjunto. El hecho de facilitar esta información permitiría efectuar un control a priori, o al menos permitir al poder adjudicador tener ciertos datos que le pondría en preaviso para tener en cuenta especialmente las normas de defensa de la competencia.

- De otro lado, existen grupos de sociedades en los que las mismas dependen entre sí, y que por tanto, siguiendo la tesis de MIÑO LOPEZ, no les será de aplicación las prohibiciones de pactos colusorios. Esta tesis la sostiene también la jurisprudencia europea, entre otras, la Sentencia de 25 de noviembre de 1971, Béguelin Import/G.L. Import Export, C-22/71, EU:C:1971:113 en sus apartados 7 y 8.

En estos casos, y desde mi punto de vista, la inaplicación de este conjunto normativo es tanto como omitir la realidad en el ámbito empresarial del mercado de la contratación pública, en el que

el riesgo empresarial es muy inferior al existente en otros mercados, circunstancia que incentiva la participación en los contratos públicos por sus particulares características. En este ámbito, se incrementan, por tanto, las ventajas para las empresas para querer participar en una licitación y resultar adjudicatarias, siendo que es posible plantearse que emplearán cualquier estrategia para ello, más aún si no les resulta de aplicación la normativa de defensa de la competencia. En estos casos, el hecho de que exista un grupo en el que se mantenga la dependencia entre sociedades, supondrá un "atajo" con el que no solo evitarán la aplicación de las normas de la competencia, sino también las más restrictivas de contratación pública por los siguientes motivos:

- De un lado establecerán un pacto interno por el que acordarán cuáles serán los precios o las condiciones por las que deberá presentar la oferta cada una de ellas, sin que la normativa de defensa de la competencia, por tanto, les sea de aplicación, viéndose perjudicada la competencia.
- De otro lado, atendiendo al artículo 65 en relación con el artículo 139 apartado 3 de la Ley 9/2017, cada una de las sociedades del grupo ostenta una personalidad jurídica independiente, por lo que teóricamente se cumplirá con el principio de proposición única, siguiendo una interpretación literal del precepto y omitiendo cualquier

interpretación teleológica o finalista del texto legal. Pero lo cierto es que, de facto, en tanto que ha existido un previo acuerdo *inter partes* de varias empresas que ostentan intereses alineados – y que forman parte de un mismo grupo, circunstancia que no debe olvidarse al albur del artículo 42 del Código de Comercio –, se estarán presentando varias proposiciones a la misma licitación, y con ello vulnerando el citado principio, sin que pueda ser sancionada esta conducta al no serles de aplicación las normas anteriormente citadas.

Una vez analizadas estas circunstancias, esenciales para entender la mecánica del control de la competencia en la contratación pública, cuando son grupos de sociedades los que en ella intervienen, procede analizar las conductas colusorias que, de un modo directo, perjudican a la competencia en este ámbito.

3.1.2. Fijación de precios (price fixing)

La fijación de precios es una de las técnicas que pueden ser empleadas por los licitadores para desvirtuar la competencia, y en concreto, como señala MIÑO LÓPEZ (2019, p. 87) esta fijación puede ser realizada a través de alguna de las siguientes metodologías: descuentos, precios mínimos, empleo de la misma fórmula para el cálculo del precio, presentación de ofertas anormalmente bajas, o planteamiento de posturas encubiertas (MIÑO LOPEZ 2019). Por ello, será imprescindible exponer brevemente cada una de ellas:

3.1.2.1. Descuentos

La práctica colusoria de fijación de precios por acuerdo de descuentos ofertados es aquella por la que los distintos licitadores integrantes del cártel acuerdan o pactan la baja o descuento que ofertarán cada uno de ellos en la licitación convocada. Con esta forma de proceder lo que se pretende es asegurar que el contrato público sea adjudicado a la sociedad acordada por el conjunto de licitadores implicados en el cártel, por lo que no solo se reduce, sino que se excluye la competencia.

En este sentido puede citarse la Resolución de la CNMC de 4 de diciembre de 2014, SDC/0453/12, *Asunto Rodamientos ferroviarios*, en la que se sanciona el cártel constituido por las empresas SCHAEFFLER IBERIA, S.L., SKF ESPAÑOLA S.A., y NSK SPAIN, S.A., NSK Europe Ltd., SCHAEFFLER AG y AB SKF en relación con las licitaciones de RENFE y RENFE-Operadora. En este asunto se sancionaron las conductas de fijación de precios por descuento, en las licitaciones de los años 2007 y 2011. Previamente a ambas, estas sociedades ya habían alcanzado un pacto colusorio para la licitación del año 2004, en la que se habían fijado precios mínimos.

Así, en la licitación de 2007, se acordó –y quedó probado – un incremento de los precios de entre el 14 y el 16% (por lo que el descuento ofrecido era pactado también), habiendo obtenido, el conjunto de los licitadores integrantes del cártel, 19 de las 26 matrículas que se licitaban. Esta práctica volvió a repetirse en el año 2011, en el que nuevamente se acordó un incremento de entre el 25 y el 30% en los precios. No obstante, en esta

segunda ocasión, esta práctica fue menos efectiva para el cártel puesto que uno de los competidores que no integraban este pacto colusorio, ofreció un precio muy inferior y obtuvo algunas de las licitaciones que históricamente habían sido adjudicadas a alguno de los cartelistas.

En este caso, llama la atención el hecho de que, al existir varios grupos de empresas (SCHAEFFLER IBERIA S.L. y SCHAEFFLER AG; SKF ESPAÑOLA S.A., y AB SK; NSK SPAIN, S.A. Y NSK Europe Ltd), la CNMC aplica la doctrina jurisprudencial europea por la que es necesario probar por parte de la matriz que ostenta el 100% del capital de la filial, que ejerce una influencia decisiva sobre ella, puesto que como anteriormente avanzábamos, de acreditarse la existencia de autonomía entre ellas, serán de aplicación las normas de competencia.

3.1.2.2. Precios mínimos

La fijación de precios en una licitación pública a través de la técnica de precios mínimos viene a significar que el conjunto de licitadores integrantes del cártel acuerdan los precios mínimos por los que se presentarán las ofertas.

Uno de los casos que ejemplifica esta técnica restrictiva de la competencia, la encontramos en la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, en el Expediente 364/95, Ortopédicos Castilla-León. En este caso se castigaron varias conductas restrictivas de la competencia.

La primera de ellas es la recomendación de la FEDOP (Federación Española de Ortesistas y Protesistas) de los precios que debían regir en las licitaciones públicas durante los años 1989, 1990 y 1991. Esta conducta, en tanto que es una recomendación que afecta a la competencia – tal y como menciona el artículo 1.1 de la Ley 15/2007– es sancionada, aun cuando en este caso, el propio Tribunal admite que no se siguieron estos precios y tuvieron carácter orientativo, bastando por tanto la existencia de una recomendación para imponer una sanción.

Existieron otras dos prácticas sancionadas, en concreto las llevadas a cabo por la Asociación de Ortopédicos de Castilla y León y por un conjunto de empresas, respectivamente. En ambos casos se acredita la existencia de un acuerdo para presentarse conjuntamente y al mismo precio a la licitación para la elaboración de corsés ortopédicos. En el caso de la Asociación, esta técnica se aplicó no solo para falsear los precios sino también para llevar a cabo un reparto posterior del mercado. Esta forma de proceder pone de manifiesto lo anteriormente indicado, esto es, que estas técnicas restrictivas de la competencia no son excluyentes, sino que pueden acumularse.

3.1.2.3. Empleo de la misma fórmula para el cálculo del precio

En este caso, MIÑO LÓPEZ (2019), entiende que esta técnica consistirá en que varios licitadores presenten el mismo precio o bien precios entre los que apenas existan diferencias. Además, son varias las características de esas ofertas coincidentes que pueden ser tenidas en

cuenta para iniciar un procedimiento de investigación, en concreto:

- El hecho de que los precios sean idénticos o muy similares. Esta circunstancia es contraria a la existencia de un mercado competitivo, en el que lo esencial es incrementar la cuota de mercado, bien a través de la diferenciación bien por la de la especialización, y siendo que en el caso del "mercado" de las licitaciones públicas lo predominante será el criterio calidad-precio – ex artículo 131 en relación con el 142 de la Ley 9/2017– será en este binomio en el que las empresas focalizarán sus esfuerzos.
- El principio de secreto de las proposiciones supone que dichas proposiciones y sus características no sean conocidas ni por el órgano de contratación ni por sus competidores sino hasta el momento de la apertura de los respectivos sobres. Por tanto, la coincidencia en precios y características, siendo múltiples los proveedores y las clases de servicios y productos que se pueden servir, sin omitir los diferentes márgenes que por cada uno de ellos pueden obtener las empresas, no deben sino suponer una alerta para el órgano de contratación acerca de la existencia de conductas colusorias.

Todo lo anterior, abocará a considerar las conductas de los licitadores cuyos precios son coincidentes o muy similares como actuaciones paralelas, que en aplicación del artículo 1.1 de la Ley 15/2007, son sancionables

desde el punto de vista de la competencia. No obstante, como acertadamente recuerda MIÑO LÓPEZ (2019), para que estas prácticas puedan ser sancionables desde el punto de vista del derecho europeo, será imprescindible acreditar que existe un concurso de voluntades, puesto que el artículo 101.1 del TFUE se refiere a las “prácticas concertadas”, omitiendo el carácter de “conscientemente paralelas” de nuestro articulado.

A la vista de todo ello se puede colegir que en el ámbito estatal será prácticamente imposible sancionar “prácticas conscientemente paralelas” en la contratación pública, en tanto que por virtud del principio de secreto de las proposiciones, los licitadores no pueden tener acceso a las ofertas presentadas por las demás empresas, al menos teóricamente. Por tanto, en el momento en que existe una similitud o equivalencia en los precios o en las condiciones, necesariamente deberá haber existido un previo pacto que dé lugar a una “práctica concertada”.

A título de ejemplo se puede citar, en este sentido, la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 25 de octubre de 2000, en el Expediente 476/99, el asunto *Agencias de Viajes*, que es objeto de análisis con mayor profundidad en el apartado relativo al reparto de mercado, y en cuanto a lo que interesa en este apartado, se refiere precisamente a la necesaria existencia de un pacto previo entre los licitadores integrantes del cártel por puro “sentido común, jurídico y económico”, puesto que siendo las ofertas tan amplias como eran, sin embargo ostentaban una gran similitud entre ellas. En dicha resolución se llama la atención no solo a la similitud

en los precios sino también en la práctica totalidad de las condiciones técnicas y de servicios, cuya identidad o similitud necesariamente exige un previo pacto.

3.1.2.4. Ofertas anormalmente bajas

Las ofertas anormalmente bajas son aquellas presentadas por los licitadores consistentes en presentar un precio inferior a los costes de prestación del servicio o del producto. No obstante, esta técnica suele aplicarse junto con la "cobertura de precios" que se expondrá a continuación. La mecánica de esta técnica consiste en que varios licitadores se conciertan para pactar un precio superior al normal del mercado, logrando doblemente restringir la competencia. De un lado, en tanto que supone excluir de la licitación a aquellos que hayan presentado precios más bajos; de otro, porque logran un incremento de los precios de modo artificial, beneficiando doblemente a los integrantes del pacto colusorio. En este sentido lo definió la Resolución de la CNMC, de 30 de abril de 2013, en el Expediente S/0385/11, CAMPEZO CONSTRUCCIONES. En este asunto las 11 licitadoras que se presentaron al contrato público mantuvieron reuniones en las que, una vez conocidas las ofertas de cada una de las empresas, resultaba ganadora en condiciones competitivas CONSTRUCCIÓN INTEGRAL DE FIRMES CPA S.A. Manteniendo a esta sociedad como adjudicataria, se establecieron pactos por los que ésta presentaría una baja del 8,15% y las restantes sociedades presentarían una baja inferior. Adicionalmente, la diferencia entre el presupuesto inicialmente establecido por la adjudicataria y el que finalmente se pactó, sería repartido entre los cartelistas.

3.1.2.5. Posturas encubiertas

Siguiendo a MIÑO LÓPEZ (2019) las posturas encubiertas son aquellas ofertas presentadas para lograr que uno de los integrantes del pacto colusorio sea el que presente la oferta más competitiva, bajo la apariencia de una efectiva competencia en la licitación.

En estos casos se entiende que la restricción es doble, pues, de un lado, todos los participantes del cártel supeditan su oferta al precio de aquél de ellos que han designado como el licitador que va a ser adjudicatario. De otra, porque el que va a resultar adjudicatario establece su oferta con información privilegiada, en tanto que sabe que las ofertas de los demás licitadores serán superiores a la suya.

Esta técnica es empleada en la mayor parte de prácticas colusorias, y suele estar muy vinculada al reparto de mercado. A título de ejemplo se puede citar la Resolución de la CNMC de 8 de enero de 2015, Expediente S/0429/2012, *Asunto Residuos*, p. 88. En ella se pone de manifiesto que en los contratos celebrados en la licitación del Ecoparque La Rioja, se concertaron precios entre Álvarez Torres, Saica Natur y Recirsa. En este caso la sociedad que debía resultar adjudicataria era Saica Natur, que por capacidad económica era la única que podía predeterminar las ofertas que podían presentar las demás. En este caso se observa una postura encubierta, en la que se acuerda cuál de las sociedades será la adjudicataria del contrato, siendo que además en el caso citado se establecía un reparto de mercado entre ellas,

pues las demás debían resultar adjudicatarias en otras licitaciones.

3.1.3. Retirada de ofertas de un procedimiento en marcha (bid suppression)

La OCDE en su guía titulada *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement. Helping governments to obtain best value for money* (2009) define el bid-suppression como aquella técnica por la cual los licitadores integrantes de un cártel alcanzan el acuerdo de que para lograr que se adjudique la licitación al ganador previamente designado, los demás cartelistas deban retirar su oferta o directamente se abstengan de pujar. En palabras de MIÑO LÓPEZ (2019, p. 173), esta práctica también puede recibir el nombre de “boicot”.

En relación a esta forma de proceder, si bien el artículo 1.1 de la Ley 15/2007, no recoge expresamente el boicot como conducta colusoria, son varios los pronunciamientos de la CNMC que han considerado esta práctica como sancionable.

A estos efectos cabe citar la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, del Expediente 429/1998, en el Asunto Espectáculos taurinos, de 12 de marzo de 1999, que si bien no se refiere a una licitación pública, sí que alude a las relaciones entre ciertas asociaciones taurinas y la Administración Pública. En este caso la conducta analizada como boicot, fue la realizada por un conjunto de asociaciones – CAPT, UCTL, ANOET, AMTRA y UPBE – quienes acordaron el cese de actividad en los festejos taurinos que debían de celebrarse en todo el territorio nacional (con excepción de País Vasco) desde

el 2 de marzo de 1997. No obstante, en ese caso no se consideró como una conducta anticompetitiva porque si bien afectó al mercado la ausencia de celebración de los festejos, en modo alguno tenía como objeto – ni de facto produjo – un perjuicio para la competencia, dado que se trató de una medida adoptada como protesta por la regulación establecida por la Administración Pública en relación con las astas de toro, y por tanto no concurrían los requisitos legales para poder referirse a la misma como una conducta anticompetitiva.

Por otro lado, y desde un punto de vista exclusivamente administrativista, esta práctica supondría la privación de la garantía provisional que se hubiera facilitado, así como podría llegar a suponer la prohibición para contratar en el sector público durante 2 años, ex artículos 106.1 y 71.2.a) de la Ley 9/2017. El hecho de que esta conducta pueda ser sancionada tanto por aplicación de la Ley 15/2007 – a pesar de no estar expresamente recogido en la ley – como por la de la Ley 9/2017, plantea dudas en relación con la prohibición del non bis in ídem, sin embargo, en tanto que ambas normas protegen bienes jurídicos distintos, este principio no se vería perjudicado.

3.1.4. Rotación de ofertas (bid rotation)

La rotación de ofertas es aquella técnica mediante la cual los distintos integrantes de un pacto colusorio acuerdan presentar ofertas a distintas licitaciones, adoptando el acuerdo de que por turnos presentará cada uno de ellos la oferta más interesante, de modo que sea ésta la que venza en la adjudicación previamente acordada por ellos. Es una técnica que suele aplicarse en conjunción con la

técnica de “posturas encubiertas” anteriormente analizada.

Para que pueda tener lugar esta rotación de ofertas es necesario que los cartelistas estén en disposición de presentarse a varias licitaciones y acepten llevar a cabo actividades coordinadas, de modo que todos perciban que obtienen ventajas de esta forma de proceder. Por ello, y como consecuencia de la complejidad de esta técnica, no podrá ser considerada como conducta anticompetitiva de forma aislada en una única licitación, sino que será necesaria una importante labor de investigación por parte de los órganos de control.

Un claro ejemplo de esta conducta colusoria la encontramos en el *Asunto Rodamientos Ferroviarios* anteriormente analizado, en el que solo se apreció la existencia de una conducta anticompetitiva una vez transcurridas las licitaciones de 2004, 2007 y 2011. En ellas las empresas implicadas acordaron los precios que ofertaría cada una de ellas y así facilitarían la rotación de ofertas.

3.1.5. Reparto de mercado (market sharing)

El reparto del mercado es otra de las técnicas por las que se pueden configurar los pactos colusorios, siendo que como señala MIÑO LOPEZ (2019) estos pactos a su vez pueden formularse como una distribución directa de mercados geográficos, clientes, licitaciones o lotes; como una UTE; o como subcontratación. Si bien, estas dos últimas técnicas más que técnicas de reparto de mercado se consideran por la doctrina como mecanismos con los que llevar a la práctica esta distribución de

mercados, razón por la cual nos centraremos exclusivamente en la técnica de la distribución directa de mercados geográficos, clientes, licitaciones o lotes.

Normalmente esta técnica de restricción de la competencia suele ir vinculada a la fijación de precios o condiciones. Con ella lo que se garantizará es que todas las sociedades integrantes del cártel sean adjudicatarias en algún momento, lugar geográfico o lote dentro de la misma o distinta licitación. Con ello realmente lo que se impondrán son barreras de entrada a otras sociedades ajenas a estos pactos, restringiendo la competencia y vulnerando con ello la normativa.

Uno de los casos más trascendentes en el derecho español y con mayor importancia fue el de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 25 de octubre de 2000, en el Expediente 476/99, el asunto *Agencias de Viajes*. En este asunto las 4 empresas más importantes del sector pactaron la distribución del mercado de los Programas de vacaciones para personas de la tercera edad gestionadas por el IMSERSO. Este acuerdo incluía también la presentación de ofertas idénticas – supone por tanto la aplicación de técnicas de fijación de precios analizadas anteriormente – con lo que se aseguraban la obtención de estos contratos. Estas conductas fueron sancionadas puesto que en cuanto se adoptaron estos acuerdos, siendo las sociedades más importantes del sector, la licitación dejó de tener eficacia y en la práctica quedó desprovista de virtualidad fáctica, en tanto que la competencia fue totalmente suprimida.

Este asunto fue recurrido por las implicadas ante la Audiencia Nacional (Sentencia de 12 de febrero de 2003,

fundamento 3º) y el Tribunal Supremo (Sentencia de 14 de febrero de 2006, fundamento 2º) , que acabaron confirmando el criterio seguido por el Tribunal de Defensa de la Competencia.

En último lugar no puede omitirse que, como señala MIÑO LÓPEZ (2019), la entrada y salida de un cártel en el caso de la contratación pública es habitual cuando se produce el reparto de mercado, precisamente porque no todos los operadores implicados tendrán ni los mismos intereses ni las mismas capacidades concurrenciales para todos los procedimientos. Razón por la cual son estas características las que deben ser tenidas en cuenta para determinar si efectivamente la conducta investigada tiene el carácter de conducta colusoria de reparto de mercado o no.

3.2. PRÁCTICAS COLUSORIAS INDIRECTAS

Entre las prácticas restrictivas pueden distinguirse las prácticas colusorias directas y las indirectas, siendo que éstas últimas se definen como aquellas que se producen fuera del propio procedimiento de contratación pública (MIÑO LÓPEZ 2019), esto es, serán acuerdos colusorios que si bien han tenido su origen al margen del procedimiento de contratación, los interesados aprovechan las sinergias creadas previamente, para traerlas a estos procedimientos administrativos, con el correspondiente perjuicio que supone para la contratación pública.

El citado autor distingue tres formas de prácticas colusorias indirectas: colusión en los mercados conexos,

cártel ordinario susceptible de ser activado en la licitación y cártel de empresas cuya actividad se integra en el ámbito de competencia del órgano de contratación.

3.1.1. La colusión en los mercados conexos

La colusión en los mercados conexos es una práctica por la cual se mediatiza el resultado de la licitación como consecuencia de los acuerdos colusorios entre los proveedores o los subcontratistas afectos al producto o servicio licitado. Esto es, los pactos que cualquiera de estos dos grupos lleven a cabo, afectará sustancialmente al precio y/o a las condiciones por las que finalmente será adjudicado el contrato público, en tanto que condicionan las ofertas de los licitadores.

El efecto sobre la contratación pública que esta forma de proceder tiene dependerá fundamentalmente de si estas prácticas afectaron a la totalidad de los licitadores o solo a una fracción de los mismos. Siendo, como es lógico, el primer caso más perjudicial, en tanto que este pacto colusorio inicialmente ajeno a la contratación determinará finalmente que no se cumpla el fin último de la contratación pública, esto es, la adjudicación a la mejor oferta.

En cuanto al control de estas actuaciones, si bien no presenta mayor complejidad que la de cualquier otro tipo de acuerdo colusorio, se advierte, a la vista de distintas Resoluciones de la CNMC, que en ellas no se hace alusión al perjuicio que este tipo de prácticas produce en el ámbito de la contratación pública.

En efecto, en estos casos, el efecto en la contratación pública es más que evidente, prueba de ello, y a mero título de ejemplo, debe hacerse referencia a la Resolución de la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia del Expediente S/DC/0562/15, en el *Asunto Cables BT/MT*, de fecha 21 de noviembre de 2017, en la que expresamente se hace referencia a la influencia que este tipo de prácticas tiene en la adjudicación de contratos públicos. En ella se sancionó a un conjunto de fabricantes y distribuidoras de cables por haber acordado precios y haberse repartido el mercado. En este caso se apreció que el producto “cables” sobre el que se habían acordado los precios era un suministro frecuentemente utilizado para obras o servicios públicos. En este sentido lo recoge expresamente la citada Resolución, cuando indica que: “Así, del conjunto de los citados 332 proyectos, al menos, repartidos por el cártel de fabricantes, prácticamente la mitad se refieren a infraestructuras públicas o instalaciones de comunicación y transporte”.

Este caso es peculiar porque los clientes podían acudir tanto al fabricante como al distribuidor para obtener los cables BT/MT, de manera indistinta, por lo que no se trataría tanto de una relación vertical entre ellos sino de efectiva competencia al mismo nivel, sin perjuicio de que los acuerdos alcanzados entre fabricantes afectaran necesariamente a las licitaciones en las que intervinieron las distribuidoras.

Otra cuestión relevante es lo que la doctrina denomina como *hub&spoke*, es decir aquellos acuerdos colusorios en los que no solo intervienen los proveedores o subcontratistas, sino también los propios licitadores y

potenciales adjudicatarios de la licitación. En estos casos, se produce un acuerdo vertical entre aquellos que ostentan una posición dominante en el mercado con sus proveedores o sus clientes, y generalmente éste viene referido al intercambio de información en el ámbito de la contratación pública. En estos casos, como señala MIÑO LÓPEZ (2019) existen dos relaciones diferenciadas. De un lado, la relación horizontal entre las empresas que aspiran a ser adjudicatarias, y de otro, una relación vertical con un tercero, el cuál canalizará la información entre los distintos licitadores. Este tercero será o bien un cliente o bien un proveedor de los licitadores.

Un ejemplo de estas prácticas colusorias, aunque ajena a la contratación pública pero vinculada a un producto ampliamente controlado por la Administración, lo encontramos en la Resolución de la CNMC, S/DC/607/2017, en el *Asunto Tabacos*, de fecha 10 de abril de 2019. En ella se impusieron sanciones a un conjunto de empresas fabricantes de tabaco por haber pactado con la mayor distribuidora nacional (LOGISTA) el intercambio de información. Dicho intercambio se producía de un modo indirecto entre los distintos fabricantes, siendo que estos eran los que facilitaban la información de ventas diarias a LOGISTA, quien subía un archivo a su plataforma con esta información, siendo que cada uno de los fabricantes debía acceder a dicha plataforma para conocer los datos de las demás empresas implicadas. Es evidente por tanto la existencia de esta relación triangular entre las empresas interesadas por conocer los datos de la competencia y la distribuidora principal, siendo incluso que en el momento en que una de las sociedades decidió poner fin a su participación en el pacto, otra de las empresas exigió el

cumplimiento de la cláusula de reciprocidad, para que aquélla no volviera a recibir información de las demás. Esta conducta fue sancionada por aplicación del artículo 1 de la Ley 15/2007.

En el ámbito de la contratación pública podría entenderse que esta práctica se producirá en aquellos casos en los que uno de los proveedores de suministros facilita información a los distintos licitadores sobre las condiciones de los demás interesados en el procedimiento contractual, en relación con los costes de estos productos, por ejemplo, a fin de poder afectar a las condiciones o precios ofertados al órgano de contratación.

3.1.2. Cártel susceptible de ser activado en la licitación

Esta forma de proceder se refiere a aquellos casos en los que preexistiendo un pacto colusorio, los integrantes del mismo aprovechan la publicación de una licitación pública para aplicar su estrategia colusoria en el mercado de los contratos públicos. Con esta práctica lo que se pretenderá es, ante todo, obtener un beneficio adicional al cártel, en tanto que éste, originariamente no se constituyó para intervenir en una licitación pública.

Esta clase de prácticas necesariamente se deben producir en aquellos contratos públicos celebrados en mercados donde el producto o servicio licitado también es prestado por entidades privadas, puesto que es requisito imprescindible que el cártel se haya celebrado con anterioridad y sin relación, al menos inicial, con la contratación pública.

Este tipo de mercado se caracteriza por su grado de “organización, estabilidad interna, flexibilidad y adaptación al entorno jurídico y económico” (MIÑO LÓPEZ 2019, p. 268). Todo ello sobre la base siempre de la estabilidad de la permanencia del cártel, puesto que su pervivencia facilitará la creación de sinergias y ventajas para todos los integrantes del mismo.

Un ejemplo que pudo dar origen a esta práctica, por el mercado sobre el cual se establecieron comportamientos colusorios, es la sanción impuesta por la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia (actual CNMC), en el Expediente 648/08, *Asunto Hormigones*, de fecha 22 de julio de 2009, en la que se sancionó a un conjunto de 8 empresas de producción de hormigón premezclado en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria, en tanto que las mismas pactaron el reparto del mercado del hormigón en dicho territorio. De este modo, el pacto colusorio establecido con carácter previo a cualquier licitación pública, pudo ser empleado por estas empresas en el caso de que la Administración Pública hubiera iniciado una licitación en la que hubiera sido necesario este material. Es más, incluso se podrían haber concertado para realizar una suerte de *hub&spoke*, del cual se ha hecho sucinta referencia anteriormente, a través del intercambio de información del precio de los materiales con los constructores-licitadores de un contrato público.

3.1.3. Cártel de empresas cuya actividad se integra en el ámbito de competencia del órgano de contratación

Este es un caso muy particular, en el que incide el estudio efectuado por MIÑO LÓPEZ (2019). En concreto esta práctica consiste en que, como consecuencia del pacto colusorio de empresas cuya actividad se realiza en un ámbito de control y competencia del órgano de contratación – generalmente de servicio público o dentro del dominio público – se verá minorada la competencia en todas las licitaciones convocadas por dicha entidad. Esta reducción de la competencia se producirá como consecuencia de que las sociedades que potencialmente pudieran estar interesadas en los contratos en dicho ámbito, conocen de la existencia de un pacto colusorio que de un modo u otro, restringe o impide el acceso de estas empresas en el mercado.

A título de ejemplo cabe citar la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, en el Expediente S/060/08, en el *Asunto Sintrabi*, de 26 de octubre de 2011, en la que se sancionó al Sindicato de Transportistas autónomos de Bizkaia (Sintrabi) y a un conjunto de empresas, por constituir un cártel en los servicios de transporte de mercancías en el Puerto de Bizkaia. El acuerdo adoptado por estas entidades consistía en imponer barreras de entrada a la posible competencia, tales como impedir el acceso a las instalaciones del puerto, imponer tarifas y el reparto del mercado entre los cartelistas. La característica diferenciadora de este tipo de conducta colusoria es que se circunscribe al ámbito de un lugar de dominio público, en el que la Administración tiene un control esencial. Por ello, el hecho de que se realicen prácticas colusorias en su ámbito perjudicará gravemente a la competencia, y de un modo en el que, de celebrarse un contrato público, no exista una competencia real, puesto que las

conductas colusorias preexistentes impedirán que cualquier empresa ajena al cártel tenga interés en la licitación. Consecuencia de todo ello será que la adjudicación no será eficiente, y que, desde luego, no se llegue a adjudicar a la más competitiva, viéndose perjudicados los objetivos fundamentales de la contratación pública, esto es, la mayor eficiencia en el gasto público y la prestación de productos y servicios a los ciudadanos con una calidad-precio óptima.

Capítulo III: Mecanismos de control de las conductas colusorias de los licitadores en la contratación pública

Una vez analizadas las conductas colusorias que pueden ser llevadas a cabo en el ámbito de la contratación pública es imprescindible estudiar los distintos mecanismos que pueden ser empleados para el control de las mismas. Para ello debe indicarse, en primer lugar, que en tanto que las conductas colusorias analizadas lo han sido siempre desde el punto de vista del derecho nacional, se omitirá toda referencia al control de estas conductas desde el punto de vista del derecho europeo. Por tanto se hará referencia tanto a los organismos de control a posteriori como a las propias medidas a implementar por los licitadores para evitar las conductas colusorias, sin olvidar las dificultades que entraña el control de estas conductas desde el punto de vista de la normativa aplicable.

4.1. CNMC Y ÓRGANOS EQUIVALENTES DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Actualmente, el control de la competencia dentro del Estado español se distribuye entre la CNMC y los órganos equivalentes de las respectivas Comunidades Autónomas. El ámbito de actuación de cada uno vendrá determinado por el ámbito territorial de afectación de la conducta que se trata de investigar. Esta diferenciación normativa encuentra su base constitucional en el artículo 149.1.13ª de la Constitución Española, en tanto que en él se reconoce como competencia exclusiva del Estado la regulación de las “bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica”.

De este modo, la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ya en su artículo 1 apartado 2 establece como objetivo fundamental “garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios”. Además, esta labor de garantía, preservación y promoción de la libre competencia se deberá llevar a cabo en todos los mercados, y en todo el territorio nacional, tal y como apostilla el apartado 2 del citado precepto.

Por otro lado, en relación a la competencia de las Comunidades Autónomas, por aplicación del artículo 149.1.13ª de la Constitución quedan habilitadas para ejecutar la legislación en materia de defensa de la competencia, y por ello constituir sus propios órganos de control, siempre que sus Estatutos de Autonomía así lo recojan. En este sentido lo entendió el Tribunal Constitucional en su Sentencia 208/1999, de 11 de

noviembre⁴, en la que indicaba que la competencia de la ejecución de la defensa de la competencia a las Comunidades Autónomas viene determinada por su vinculación al comercio interior.

4.1.1. La labor de control de la CNMC

La CNMC, como se indicaba anteriormente, tiene como misión fundamental la garantía, promoción y preservación la transparencia, el correcto funcionamiento y la existencia de la competencia en el mercado. Este objetivo se ve concretado por el artículo 5 de la Ley 3/2013, en el que se le atribuyen tanto funciones consultivas como instructoras y resolutorias.

En el ámbito de la contratación pública, si bien la CNMC podrá intervenir también mediante la emisión de informes o propuestas normativas, este trabajo centra su estudio en su labor de instructor y de órgano de resolución de cuestiones vinculadas a la defensa de la competencia, por lo que se omitirá toda referencia a las demás funciones que tiene asignadas.

En cuanto al procedimiento sancionador, éste se instruye, conforme los artículo 49 y 50 de la Ley 15/2007, por la Dirección de Investigación de la CNMC, de oficio o a instancia del Consejo de la CNMC o por denuncia, siendo que esta última modalidad es conflictiva, como se abordará más adelante. La Dirección de Investigación incoará expediente siempre que se aprecien indicios razonables de la existencia de

⁴ Sentencia de 11 de noviembre de 1999, del Tribunal Constitucional, ES:TC:1999:208, fundamento sexto

conductas prohibidas, y potestativamente podrá iniciar un trámite de información reservada, con visita a los domicilios de las empresas si fuera necesario. Una vez realizadas estas actuaciones los hechos que potencialmente puedan ser constitutivos de infracción se plasmarán en el pliego de concreción de hechos, el cual se trasladará a los interesados para que el plazo de 15 días, remitan la prueba que estimen conveniente.

Una vez realizadas estas actuaciones, la Dirección de Investigación formula una propuesta de resolución, la cual notificará a los interesados para que, en un plazo de 15 días presenten alegaciones. Concluido este trámite, se dará traslado de toda esta documentación al Consejo de la CNMC, iniciándose con ello la fase resolutoria, y en su caso, sancionadora.

4.1.2. La labor de control de los órganos de las Comunidades Autónomas

El sistema de control de la competencia en el ámbito de las Comunidades Autónomas no es uniforme y depende del desarrollo normativo que en cada una de ellas se haya producido. Así, atendiendo al *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, de la OIRescon de Diciembre 2019, se pueden distinguir tres categorías de Comunidades Autónomas atendiendo al control de la defensa de la competencia:

1. Comunidades Autónomas con órgano de instrucción y resolución: bloque integrado por Galicia, País Vasco, Aragón, Cataluña, Comunidad Valenciana, Castilla y León, Extremadura y Andalucía. Dentro de este grupo cabe distinguir

dos bloques, según tengan un único órgano que realice las funciones de instrucción y resolución o se hayan establecido dos órganos:

- Con un único órgano: Galicia, País Vasco, Cataluña y Andalucía.
 - Con dos órganos: Aragón, Comunidad Valenciana, Castilla y León y Extremadura.
2. Comunidades Autónomas que solo tengan órganos de instrucción: bloque integrado por Navarra, Murcia, Canarias y Madrid.
 3. Comunidades Autónomas sin órgano de control de la competencia: bloque integrado por Asturias, Cantabria, La Rioja, Castilla La Mancha e Islas Baleares.

En el caso de las Comunidades Autónomas que tan solo tengan órgano de instrucción, la resolución de los asuntos corresponderá a la CNMC, mientras que en aquellas otras en las que no exista órgano de instrucción ni de resolución, toda la tramitación, desde la instrucción a la resolución, le corresponderá a la CNMC.

En relación con estas funciones atribuidas a las Comunidades Autónomas, del artículo 4 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, se deduce que la coordinación de los mecanismos de control para garantizar la unidad del mercado le corresponde al Estado. Por tanto el citado precepto establece la posibilidad de adoptar acuerdos de colaboración del Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia para que las Comunidades Autónomas puedan instruir y resolver los procedimientos

de defensa de la competencia. Este carácter meramente potestativo, permite que las Comunidades Autónomas puedan establecer órganos con ambas funciones, una única de ellas – la de instrucción – o ninguna.

En cuanto a la efectividad en el control de la competencia por los órganos de las Comunidades Autónomas, y siguiendo el *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, de la OIREscon, publicada en Diciembre 2019, la labor de investigación de prácticas colusorias o anticompetitivas en el ámbito de la contratación pública fue muy limitada, al menos en comparación con las llevadas a cabo por la CNMC. Atendiendo a estos datos se aprecia que mientras que ésta última instruyó un total de 32 asuntos en el conjunto de órganos autonómicos esta cifra fue de tan solo 8 expedientes.

De estos datos puede desprenderse el restringido uso que los órganos de contratación realizan del procedimiento de puesta en conocimiento de los órganos de control de la competencia de potenciales maniobras anticompetitivas, más aún cuando se trata de procedimientos vinculados a la defensa de competencia en el ámbito autonómico. Esta circunstancia será objeto de estudio en profundidad en el siguiente apartado

4.1.3. El procedimiento del artículo 150 de la Ley 9/2017

El artículo 150 apartado 1 de la Ley 9/2017, es el procedimiento pensado por el legislador para servir de bisagra entre la defensa de la competencia y la contratación pública. De este modo, este precepto determina que, en aquellos casos en que la mesa o el

órgano de contratación tengan sospechas o indicios de prácticas colusorias en una licitación pública, deben ponerlo en conocimiento de la CNMC (u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma) antes de que se produzca la adjudicación de los contratos, para que, estos órganos, por medio de un procedimiento sumarísimo se pronuncien al respecto.

En aquellos casos en que se evidencie la existencia de prácticas colusorias, serán sancionables, y en el caso de la contratación pública estas conllevarán la exclusión o incluso la prohibición de contratar – ex artículo 70 y 71 de la Ley 9/2017 – lo que podrá ser salvado, como más adelante se analizará, a través de las medidas self-cleaning.

Por tanto, del literal del artículo 150 apartado 1 de la Ley 9/2017 se desprende que en el ámbito de la contratación pública, será también la CNMC (u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma) la que deba pronunciarse en materia de defensa de la competencia, manteniéndose con ello la competencia en esta materia unificada. Sin embargo, en este precepto se hace referencia a un procedimiento sumarísimo que debía ser desarrollado reglamentariamente para llevar a cabo este control, de lo que a su vez se desprende que las particularidades del mercado de los contratos públicos exigen un procedimiento particular e independiente del regulado propiamente en la normativa de defensa de la competencia hasta ahora analizada.

La complejidad de esta materia se ha visto notablemente incrementada por la ausencia total de desarrollo reglamentario, que ha dado lugar a un sinfín de

resoluciones contradictorias en relación con la competencia para resolver sobre la existencia de posibles prácticas colusorias en la contratación pública y muy especialmente, en lo relativo a la suspensión del procedimiento de contratación. La ausencia de desarrollo reglamentario no es banal ni puede superarse fácilmente, como ya puso de manifiesto el propio Consejo de Estado en el Dictamen de 10 de marzo de 2016, relativo al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, en el que ya señaló en relación con el artículo 148 (actual artículo 150 en la Ley 9/2017), que podrían plantearse problemas prácticos en la aplicación de este procedimiento sumarísimo por los órganos de control de la competencia. La preocupación del Consejo de Estado fue tal en esta cuestión que incluso animó al legislador – aunque sin éxito – a establecer un régimen transitorio para la aplicación de este procedimiento, en tanto que se desarrollara reglamentariamente.

En este sentido, el Informe 1/2019, de 6 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, recuerda que este precepto sigue sin haber entrado en vigor, en tanto que la Disposición Final 16ª de la Ley 9/2017, así lo contempla. Si bien, llama la atención que este Informe tan solo menciona como carente de vigencia la suspensión del procedimiento de contratación, sin que la obligación de remisión de la información de prácticas potencialmente colusorias quede fuera de aplicación. Esta circunstancia puede producirse como consecuencia de que el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, anteriormente vigente, recogía la posibilidad de incoar este

procedimiento, con la única salvedad de no pronunciarse acerca de la suspensión del procedimiento de contratación, como consecuencia de remitir la información a los órganos de control de la competencia. Además de que el artículo 132 de la actual Ley 9/2017 recoge la obligación de dar conocimiento de esta información a los órganos de control de la competencia.

Tal y como se avanzaba anteriormente, la ausencia de desarrollo normativo ha dado lugar a criterios contradictorios en la interpretación de este precepto. De un lado, como señala ROBLES CALVO (2019) existen multitud de resoluciones que mantienen el criterio literal del artículo 150 apartado 1 de la Ley 9/2017, según el cual, el descubrimiento de prácticas que potencialmente pueden ser anticompetitivas, deben ser puestas en conocimiento de la CNMC. Tal es el caso de la Resolución 1108/2017, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 24 de noviembre de 2017, que a su vez se remite a la Resolución 252/2013, del mismo Tribunal, de 4 de julio, en las que de un modo tajante se indica que los órganos de contratación solo tienen competencia para comprobar que los pliegos, y la aplicación que de ellos se haga, no beneficien a ninguno de los licitadores, y que en modo alguno esto supondrá la vigilancia de la competencia en éste ámbito. De estas resoluciones, por tanto, se desprende la necesaria resolución del órgano de control de la competencia, para que se pueda resolver el recurso especial de contratación acerca de estas conductas, lo que de un modo tácito implica la suspensión de este último procedimiento.

En sentido contrario, sin embargo, se pronuncia la Resolución 74/2018, del Tribunal Administrativo de

Contratación Pública de Madrid, reiterada por la Resolución 28/2018, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia. En ambos casos, se llega a la conclusión de que estos Tribunales, con independencia de haber remitido la información a la CNMC (u órgano autonómico equivalente), pueden resolver los recursos especiales de contratación sin obligación de suspender el procedimiento hasta que la CNMC (u órgano equivalente) resuelva sobre la posible existencia de prácticas colusorias, si bien, en ambos casos la normativa aplicable era el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en cuya Disposición Adicional Vigésimo tercera se hacía referencia al contenido actual del artículo 150 apartado 1 de la Ley 9/2017, con la única salvedad de que no contenía la obligada suspensión del procedimiento en estos casos, circunstancia que, sin embargo, el artículo 150 sí que contempla.

En conclusión, la falta de desarrollo reglamentario del artículo 150 apartado 1 de la Ley 9/2017 supone un grave riesgo para la defensa de la competencia en la contratación pública, produciéndose un perjuicio a dos bienes jurídicos protegidos: de un lado, en el ámbito de la contratación pública se pone en peligro la eficiencia en el gasto público; y de otro, en el ámbito de la defensa de la competencia, es el propio equilibrio del mercado y la competencia los que se verán puestos en entredicho.

Este procedimiento sumarísimo es fundamental, no solo en sentido genérico para garantizar la defensa de la competencia en todos los procedimientos de contratación pública, sino muy especialmente en

aqueños en los que intervienen UTE's, ex artículo 69 apartado 2 de la Ley 9/2017, puesto que en estos casos, también procederá acudir al citado procedimiento. En este sentido debe recordarse que, en tanto que en la economía española el mayor número de empresas se integran en las tradicionalmente denominadas PYMES, el uso – y en ocasiones abuso – de las UTE's para cumplir con los requisitos de solvencia técnica y financiera que exigen los contratos públicos pueden ser un campo de cultivo de prácticas colusorias. El hecho de que este procedimiento sumárisimo no haya sido desarrollado y por tanto existan dudas doctrinales acerca de la obligatoriedad de la suspensión del procedimiento de contratación hasta la resolución a adoptar por la CNMC (u órgano autonómico equivalente), supone que pueda resolverse el recurso especial de contratación en sentido favorable a la adjudicación y que, posteriormente, en la resolución de la CNMC - órgano encargado del control de la competencia - se demuestre la existencia de prácticas colusorias. De este modo, se producirán perjuicios ya no solo por una perversión jurídica por la que el infractor se beneficie de la adjudicación, sino porque probablemente se vea suspendido o paralizado el servicio o producto prestado, y que muy previsiblemente todo ello dé pie a reclamaciones de responsabilidad patrimonial por parte del infractor-adjudicatario cuyas inversiones no se verán compensadas con los beneficios que el contrato adjudicado debía reportarle.

4.2. MEDIDAS SELF-CLEANING

4.2.1. Concepto y naturaleza jurídica

Las medidas de self-cleaning, son aquél conjunto de medidas que tienen como finalidad la acreditación de la fiabilidad del licitador ante el órgano de contratación para lograr ser exceptuado de la prohibición de contratar por hechos anteriormente ejecutados. Estas medidas se introdujeron por primera vez en el ordenamiento europeo con la Directiva 2014/24/CE, y, tal y como señala un sector de la doctrina, entre ellos AYMERICH CANO (2019), recuerdan a los programas de clemencia en el ámbito de la defensa de la competencia, en tanto que en ambos casos lo que se pretende es lograr que los operadores económicos rediman sus actuaciones infractoras. Sin embargo, como más adelante se analizará, sus diferencias son más que evidentes.

En concreto es en el artículo 57 apartado 6 de la antedicha Directiva 2014/24/CE en el que se recogen estas medidas de self-cleaning, por medio de las cuales el operador económico tiene atribuida la capacidad de demostrar su fiabilidad en el caso de que haya incurrido en conductas que supongan el falseamiento de la competencia en el ámbito de la contratación pública (artículo 57 apartado 4 letra d)), para de esta manera evitar su exclusión del procedimiento de contratación. En este sentido, la fiabilidad se demostrará presentando pruebas por las que:

- Se acredite que los daños causados por la infracción cometida han sido abonados o se haya comprometido a ello;
- Conste que ha cooperado activamente con las autoridades para que los hechos y circunstancias de su conducta queden suficientemente aclarados;

- Se acredite que ha adoptado las medidas técnicas, organizativas y de personal adecuadas para evitar la reincidencia en la infracción.

La doctrina, y en concreto AYMERICH CANO (2019) y SCHOENMAEKERS (2018), ponen de manifiesto que las medidas de self-cleaning y los programas de clemencia ostentan ciertas similitudes pero también algunas diferencias. En primer lugar, en cuanto a las circunstancias que las asemejan, señalan las siguientes:

- De una parte, ambas son potestativas, en tanto que los licitadores no están obligados ni a iniciar programas de clemencia ni a presentar pruebas que acrediten su fiabilidad en el ámbito de la contratación pública, sin perjuicio de que si no se adoptan se mantendrán o impondrán la sanción correspondiente.
- Por otro lado, la adopción de las medidas de self-cleaning y el acogimiento de un programa de clemencia, llevará consigo ciertos beneficios para los licitadores. En el caso de las medidas self-cleaning, la adopción de las medidas señaladas en la Directiva 2014/24/CE llevará consigo que el licitador no quede excluido del contrato; mientras que en el caso de acogimiento de un programa de clemencia, conllevará la reducción o supresión de las multas derivadas de las infracciones anticompetitivas.

No obstante, desde el punto de vista del derecho español, la similitud de estos efectos se convierte en identidad, en tanto que el artículo 72 apartado 5 de la Ley 9/2017 – a diferencia de lo que dispone

la Directiva 2014/24/CE – reconoce entre las medidas self-cleaning los programas de clemencia. La consecuencia directa será que, en caso de que se adopte uno de estos programas, no solo se evitará la multa que le correspondería en el ámbito de la defensa de la competencia, sino también en el levantamiento de la prohibición de contratar en el de la contratación pública.

En cuanto a las características que diferencian las medidas self-cleaning de los programas de clemencia, son las siguientes:

- En primer lugar, por las finalidades perseguidas por ambas medidas, así como por el momento de su adopción. En este sentido, mientras que los programas de clemencia se basan en la dificultad de descubrir los pactos anticompetitivos y en la necesidad de incentivar la cooperación con los órganos de investigación antes de que estos mismos tengan conocimiento de las conductas infractoras; las medidas self-cleaning, se adoptan una vez iniciada la labor investigadora, y no antes del inicio del procedimiento de exclusión, siendo su objetivo principal evitar la reincidencia en este tipo de conductas.
- En segundo lugar, SCHOENMAEKERS (2018) se refiere a los distintos órganos que conocerán de unas y otras. Por un lado, sobre la correcta adopción de las medidas self-cleaning se pronunciará el Ministro de Hacienda, ex artículo 18 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones

Públicas; mientras que, en relación con los programas de clemencia, deberá pronunciarse el órgano de competencia, esto es, la CNMC u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma, ex artículo 46 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

- En tercer lugar, debe recordarse que las medidas self-cleaning tienen una naturaleza perdurable en el tiempo e intrínseca a la propia cultura empresarial, mientras que en el caso de los programas de clemencia tienen un carácter coyuntural y que, en ningún caso puede ser entendido como una medida preventiva, sino más bien redimitoria de las conductas antijurídicas realizadas.
- En último lugar, también destaca SCHOENMAEKERS (2018) una diferencia fundamental en cuanto a sus respectivos efectos. Así, mientras que en los programas de clemencia sus efectos son inmediatos, bastando para ello ser el primer cartelista en poner en conocimiento de la autoridad competente las pruebas que acrediten la existencia de una práctica colusoria, no sucede lo mismo en el caso de las medidas de self-cleaning. Estas últimas precisan de una intervención activa del licitador, en la que deberá demostrar haber efectuado los pagos de las indemnizaciones y haber colaborado con la labor investigadora, así como haber adoptado medidas concretas para prevenir nuevamente estas conductas anticompetitivas, siendo que los efectos de esta conducta quedarán a la decisión discrecional del órgano encargado.

En conclusión, aun cuando las medidas self-cleaning presentan ciertas semejanzas con los programas de clemencia, éstas no son suficientes para identificar ambos tipos de medidas, en tanto que ni el modo en el que operan ni sus finalidades son las mismas, razón por la que se hace imprescindible efectuar una crítica a la transposición de la normativa europea a la legislación española en este sentido.

4.2.2. Crítica a la transposición del artículo 57 apartado 6 de la Directiva 2014/24/CE

Partiendo de la diferencia anteriormente apuntada, ha de iniciarse la crítica a la transposición de la Directiva 2014/24/CE al derecho español, en concreto al artículo 72 apartado 5 de la Ley 9 /2017. En esta crítica no puede olvidarse hacer una referencia a la omisión, en el derecho nacional, de la referencia a la actividad colaborativa con el órgano de investigación por parte del infractor en el ámbito de la contratación pública que si que recoge la citada Directiva.

Desde mi punto de vista, la inclusión en la normativa española de los programas de clemencia entre las medidas de self-cleaning, y en concreto, entre las medidas técnicas, organizativas y de personal cuyo objetivo es evitar que se cometan en el futuro estas infracciones, supone un grave error de concepto del legislador tal y como se ha tenido oportunidad de apuntar con carácter previo.

Los programas de clemencia son definidos por la propia CNMC en su *Comunicación sobre el programa de*

clemencia (2013) como aquellos que tienen por objeto detectar cárteles o bien ser más eficientes en la investigación de los que ya hayan sido detectados. De este modo, lo que se pretende es apoyar la labor investigadora de la CNMC “y su capacidad para acreditar, de acuerdo con el nivel de prueba requerido legalmente, los hechos y conductas investigadas”. Por tanto, siendo el objeto de las medidas self-cleaning garantizar la fiabilidad del licitador y evitar la reiteración de las conductas anticompetitivas, los objetivos de los programas de clemencia no son plenamente coincidentes con el objetivo de estas medidas.

Es más, la definición de medidas de autocorrección o de self-cleaning se asemeja más a la acepción de los programas de cumplimiento o compliance que a la de los programas de clemencia. En este sentido se desprende de la *Propuesta de guía de programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia* (2020) de la CNMC, sometido a consulta pública, en la que señala que los programas de cumplimiento (compliance) “deberían constituirse en una manifestación de la cultura de trabajo respetuosa con la normativa de la persona jurídica, traducida en forma de protocolos, procedimientos internos, códigos éticos, sistemas de denuncia interna y externa, etc...que, en su conjunto, reflejen el propósito firme de cumplimiento en la forma de trabajar del conjunto organizativo”. Esta definición se asemeja en lo sustantivo a la de las medidas self-cleaning en tanto que tienen vocación de permanencia y su destino prioritario es mantener y respetar las normas de la competencia.

En el citado documento expresamente se indica que se reforzará la colaboración entre los licitadores y la CNMC en el marco de los programas de clemencia gracias a los programas de cumplimiento, lo que desde luego evidencia los objetivos dispares de estos programas.

De todo ello se desprende, a mi juicio, que los programas de clemencia y los programas de cumplimiento o compliance – integrados en las medidas self-cleaning – no son lo mismo, ni por tanto uno no puede sustituir a otro, sin perjuicio de que puedan coexistir.

En este sentido, el legislador español ha transpuesto la Directiva 2014/24/CE con un cierto desajuste en su literalidad y con un claro error de concepto, en tanto que de las expresiones utilizadas en el artículo 72 apartado 5 de la Ley 9/2017, pudiera parecer que bastan como medida preventiva – y por tanto como condición suficiente para evitar la prohibición de contratar – que se haya acogido el infractor a un programa de clemencia, cuando lo cierto, como acaba de indicarse, es que la naturaleza de estas instituciones difiere en lo sustancial e imposibilita que sean medidas alternativas de los programas de cumplimiento o compliance.

En consecuencia, la única interpretación ajustada a la Directiva 2014/24/CE del artículo 72 apartado 5 de la Ley 9/2017 para no confundir la naturaleza de las figuras antes analizadas, debe pasar por entender que el programa de clemencia se considera como una medida de self-cleaning, en la medida en que se pone de manifiesto la voluntad de colaboración por parte del licitador infractor con las autoridades – en el sentido que recoge la Directiva 2014/24/CE -, y que además de ello, será necesario que el licitador haya adoptado otras

medidas preventivas, tales como los programas de cumplimiento.

En todo caso, lo más adecuado será introducir una modificación en el literal del precepto, como más adelante se analizará.

4.2.3.La eficacia de las medidas self-cleaning para reducir las conductas anticompetitivas

Partiendo de la cuestionable transposición de la Directiva 2014/24/CE en este punto y el difícil encaje que los programas de clemencia tienen como medidas self-cleaning, es fundamental, como indica RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ (2017), que las medidas implementadas cuenten con una programación solvente que acredite que las causas que dieron origen al ilícito han desaparecido y que asegure que no volverán a ocurrir.

Como acierta a indicar el citado autor, y siguiendo las ideas de PEREIRA y WALLABACH-SCHWIND, estas medidas de self-cleaning tienen como objetivo fundamental lograr que no se produzca la exclusión de las empresas de las licitaciones, para permitir un incremento de la competencia en el mercado y en consecuencia el cumplimiento de los principios inspiradores de este ámbito normativo.

No obstante, la aplicación de las medidas de self-cleaning como causa exonerante de exclusión debe atender siempre al principio de proporcionalidad, por lo que será necesaria una resolución discrecional pero motivada, en la que se determine si las medidas adoptadas son suficiente para evitar que se pueda

reiterar la conducta ilícita que determina la prohibición de contratar, tal y como señala RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ (2017). En este sentido, indica SCHOENMAEKERS (2018), las medidas de self-cleaning a adoptar – al margen del pago de la indemnización que en su caso correspondiera – son tan amplias que puede producirse la circunstancia de que no siempre las implementadas se consideren suficientes para prevenir la reincidencia en las conductas infractoras. En este sentido, la citada autora gradúa las medidas suficientes atendiendo a la gravedad de la infracción. De este modo cuando:

- Las infracciones sean leves, se sugiere el establecimiento de sistemas de compliance mejorados, canales de denuncia internos, o la formación de los empleados.
- Las infracciones sean más graves y por las que se hayan obtenido beneficios para la sociedad, aconseja que la medida más adecuada sea la de auditar la actividad de la sociedad.
- Las infracciones sean muy graves, la medida sugerida será la de reemplazar la totalidad de la dirección de la sociedad.

Sin embargo, como se puede apreciar, y señala la citada autora, es imposible determinar a priori, por parte de la sociedad que va a implementarlas, la efectividad de las medidas self-cleaning. De este modo no podrá saberse si estas medidas se considerarán suficientes por el órgano encargado de eximir al licitador de la prohibición, o por el contrario, si se considerarán inadecuadas, caso en el que habrán supuesto un esfuerzo económico y temporal infructuoso. Esta circunstancia se verá

agravada en aquellos casos en los que el órgano que primigeniamente impone la sanción no identifique la infracción como leve, grave o muy grave, y ni tan siquiera identifique las medidas correctoras que asegurarían al interesado la efectividad de las medidas self-cleaning.

Es más, RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ (2017) siguiendo a BERNAL BLAY, indica que, mientras que la Directiva 2014/24/CE se refiere a la adopción de “medidas apropiadas” para evitar la reincidencia en las infracciones, omite toda referencia a la efectividad de éstas; en el ámbito penal (artículo 31 bis apartado 5 del Código Penal) – el precursor en este ámbito del compliance en derecho español –sí que se refiere a esta efectividad, por lo que en el ámbito de la contratación pública, se valoran más las declaraciones de intenciones, que la efectividad que a ellas se pueda dar, todo en aras de la defensa de la competencia.

En este sentido, y ahondando más en la duda de si estas medidas cumplirán con el objetivo perseguido, que no es otro que el de servir de freno en la reiteración de conductas anticompetitivas, es lógico pensar que con ellas las empresas no encontrarán ningún incentivo en evitar la reiteración de este tipo de conductas por dos motivos fundamentalmente:

- De un lado, porque como acaba de indicarse, la normativa no exige la efectividad de las medidas adoptadas sino tan solo que sean apropiadas para el fin perseguido, siendo éste un concepto indeterminado. El hecho de ser apropiadas no siempre significará que se han implementado para

que sean dotadas de efectividad y se cumpla con el fin perseguido, que no es otro que el de reducir las conductas anticompetitivas al mismo tiempo que se incrementa la competencia al aplicar la excepción de la prohibición de contratar.

- De otro, porque la adopción de estas medidas no supondrá automáticamente que les sea de aplicación la excepción de la prohibición de contratar, ni tan siquiera les asegura que el sentido de la resolución del órgano resolutorio sea favorable, en tanto que las medidas a adoptar no han sido identificadas ni concretadas por la normativa aplicable.

Desde mi punto de vista, y a la vista de lo anterior, esta excepción a la prohibición de contratar mediante la adopción de medidas de self-cleaning, no impedirá que los licitadores puedan reincidir en sus comportamientos, puesto que, al margen de las indemnizaciones a que estén obligados a pagar por una resolución anterior, no tendrán otra obligación más que establecer medidas que sean apropiadas pero no necesariamente que sean conducentes a evitar la reiteración de estas conductas. Por ello, si bien si que tendrán un gran incentivo para adoptar este tipo de medidas para evitar la exclusión durante el periodo establecido, sin embargo, no los tendrá para no reincidir en esas conductas anticompetitivas, más aún cuando la norma tan solo supedita la excepción a la regla general por la adopción de estas medidas, sin que se establezcan salvedades por la reiteración en ellas. Es más, podría incluso llegar a entenderse que el establecimiento de estas medidas puede ser un caldo de cultivo de conductas colusorias, en tanto que su adopción puede interpretarse por las

empresas como una carta blanca a este tipo de comportamientos que, desde este punto de vista, quedarían impunes en la contratación pública.

4.3. SUGERENCIAS DE MEJORA DEL SISTEMA

Las sugerencias de mejora del sistema pasan necesariamente por dos medidas consistentes en el desarrollo reglamentario del artículo 150 apartado 1 de la Ley 9/2017, así como por la reforma del artículo 72 apartado 5 del citado texto legal, en relación a las medidas self-cleaning.

4.3.1. Sugerencias para el desarrollo reglamentario del artículo 150 apartado 1 de la Ley 9/2017

La falta de desarrollo normativo del artículo 150 apartado 1 de la Ley 9/2017 dificulta enormemente el respeto y control de los principios de libre competencia y de eficiencia en el gasto público, por ello se hace imprescindible abordar sucintamente aquellos extremos que se consideran fundamentales para que este precepto alcance su plena vigencia. Para ello, se parte de la base del *Informe 085/2018 sobre el artículo 150 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE* aprobado por la CNMC.

En primer lugar, y como acertadamente plantea este Informe, será necesario que los plazos de resolución del procedimiento sumarisimo deban ser breves, puesto que no puede olvidarse que el procedimiento de contratación,

entre tanto quedará en suspenso, con el correspondiente perjuicio para la prestación de servicios o entrega de bienes.

En segundo lugar, este Informe incluye la posibilidad de incluir un sistema ágil de comunicación entre la CNMC y las mesas y órganos de contratación, precisamente para agilizar este procedimiento y evitar dilaciones innecesarias e infructuosas por la remisión de la información a los órganos de control de la competencia. Considero acertada esta medida, si bien, plantea el riesgo de que de este modo se esté “prejujgando” el resultado de las consultas sin todas las garantías – de transparencia y de prueba – que exige nuestro ordenamiento jurídico.

En tercer lugar, es imprescindible que la normativa reguladora imponga la suspensión del procedimiento de contratación en tanto que los órganos de control de la competencia son la CNMC u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma y por tanto serán estos los que deban resolver sobre la cuestión formulada por las mesas u órganos de contratación. La no suspensión automática del procedimiento de contratación conllevará que el traslado de la información a la CNMC (u órgano equivalente) carezca de eficacia dentro del procedimiento de contratación, puesto que podrán darse casos, como el de la Resolución 28/2018, del Tribunal Administrativo de Contratación de Galicia, en los que este órgano decisor no espere a la respuesta de la CNMC y resuelva antes de obtener sus consideraciones.

En cuarto lugar, entiendo fundamental incluir entre los sujetos intervinientes en este procedimiento sumarísimo, a otros operadores económicos que se

hayan presentado a la licitación pública en la que presumiblemente existe una conducta colusoria, en tanto que en muchas ocasiones son los propios competidores los que conocen a las empresas del sector, y en muchas ocasiones son los que mejor conocen el mercado y las disrupciones que en él se producen. Esta medida no ha sido contemplada en el referido Informe, si bien considero que la inclusión de esta posibilidad deberá realizarse con todas las cautelas, para evitar que sea una fuente de retrasos y dilaciones en el procedimiento de contratación, derivados del uso torticero de esta opción. De este modo, quizá se podría abrir este trámite a los demás licitadores para que remitieran sus sospechas a la CNMC u órgano autonómico equivalente, siendo estos últimos los que a la vista de estas denuncias, requirieran a la mesa u órgano de contratación para que se iniciara este procedimiento sumarisimo. Todo ello porque en muchas ocasiones a la mesa y al órgano de contratación no les interesa, por cuestiones temporales o económicas, paralizar un procedimiento de contratación ante la existencia de meras sospechas o indicios de conductas anticompetitivas, en tanto que son los primeros interesados en que el contrato se resuelva con agilidad. De este modo se lograría una doble vigilancia de la competencia, obteniéndose beneficios para todas las partes implicadas.

4.3.2.Sugerencias para la reforma del artículo 72 apartado 5 de la Ley 9/2017

Como ya se tuvo ocasión de indicar, la transposición de la Directiva 2014/24/CE no ha sido del todo acertada en

lo referente al artículo 72 apartado 5 de la Ley 9/2017, y en concreto en lo relativo a las medidas self-cleaning, por dos motivos fundamentalmente.

De un lado, porque entre estas medidas, y a diferencia de lo que literalmente dispone la Directiva 2014/24/CE, no se incluye la colaboración con el órgano investigador. Así, si el sentido de estas medidas self-cleaning es precisamente evitar la reiteración de esta conducta y la acreditación de la fiabilidad del licitador, debería ser valorable por el órgano competente, la existencia de esta predisposición por parte del infractor, puesto que, de esta forma se establecería una cierta equivalencia con las normativa de la defensa de la competencia, en la que, la colaboración con el órgano de control es premiada con la reducción o incluso la exclusión de la sanción que de otro modo, se le impondría.

De otro lado, es imprescindible que se rectifique la literalidad del precepto en relación a los programas de clemencia, puesto que aunque pueda ser acertada la inclusión de estos programas entre las medidas self-cleaning, la referencia a ellos entre las medidas técnicas, organizativas y de personal, no es coincidente con la naturaleza jurídica de estos programas. Como se tuvo ocasión de analizar en el epígrafe correspondiente, las medidas técnicas, organizativas y de personal tienen como objetivo fundamental evitar que en el futuro se repita la infracción administrativa sancionada, siendo que éste no es el objetivo perseguido por los programas de clemencia, sino en todo caso en los programas de compliance. Por ello, es imprescindible o bien la introducción de la expresión de los "programas de compliance" donde pone "programas de clemencia", o

esta medida unida a la introducción de los programas de clemencia justo antes de la referencia que se hace a las medidas técnicas, organizativas y de personal. Siendo por tanto que el párrafo segundo, apartado 5, artículo 72 de la Ley 9/2017, debiera quedar desarrollado del siguiente modo:

“No procederá, sin embargo, declarar la prohibición de contratar cuando, en sede del trámite de audiencia del procedimiento correspondiente, la persona incurso en la causa de prohibición acredite el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa de las que derive la causa de prohibición de contratar, siempre y cuando las citadas personas hayan sido declaradas responsables del pago de la misma en la citada sentencia o resolución, y el acogimiento de programas de clemencia en materia de falseamiento de la competencia, la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, entre las que quedará incluido el acogerse al programa de compliance. Este párrafo no resultará de aplicación cuando resulte aplicable la causa de prohibición de contratar a que se refiere el artículo 71.1, letra a)”.

Desde mi punto de vista, la inclusión en la normativa española de los programas de clemencia entre las medidas de self-cleaning, y en concreto, entre las medidas técnicas, organizativas y de personal cuyo objetivo es evitar que se cometan en el futuro estas infracciones, supone un grave error de concepto del legislador tal y como se ha tenido oportunidad de indicar con carácter previo y debe ser subsanado en el sentido referido.

5. CONCLUSIONES

Primera. La defensa de la competencia en la contratación pública está fuertemente afectada por el Derecho de la Unión Europea y en especial por el conjunto de Directivas denominadas “de cuarta generación”, cuyo objetivo principal es lograr una visión más estratégica de la contratación pública.

Segunda. La regulación de la defensa de la competencia en la contratación pública no cuenta actualmente con ninguna norma específica. Si bien, una parte de la doctrina reclama una regulación diferenciada cuando las conductas colusorias se producen en el ámbito de las licitaciones públicas. Desde mi punto de vista, es más adecuada la introducción de reglas especiales en la normativa vigente atendiendo a los principios especiales que rigen el mercado de la contratación pública.

Tercera. La contratación pública queda especialmente salvaguardada por el principio de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, transparencia, proposición única y secreto de las proposiciones. Siendo todos ellos importantes, tienen una especial transcendencia para la defensa de la competencia el de proporcionalidad, proposición única y secreto de las proposiciones, todos ellos sobre la base de la igualdad.

Cuarta. El principio de transparencia implica facilitar toda la información relativa al contrato administrativo, sin embargo, este principio no es absoluto y se verá

mediatizado por el principio del secreto de las proposiciones, para de esta manera evitar los pactos colusorios.

Quinta. El principio de secreto de las proposiciones y los efectos de su vulneración ha llevado a resoluciones contradictorias, siendo que algunas entienden que necesariamente conllevará la exclusión del licitador, en tanto que otras sostienen que deberá atenderse al principio de proporcionalidad. Desde mi punto de vista entiendo más adecuada esta última postura en tanto que permitirá una mejor ponderación atendiendo a las circunstancias del caso.

Sexta. Las prácticas colusorias de los licitadores en la contratación pública pueden ser directas o indirectas. Las primeras, también denominadas bid-rigging, presentan una especial complejidad en el caso de los grupos de empresas. Esto se debe a que la jurisprudencia del TJUE ha determinado que las normas de defensa de la competencia solo serán aplicables a aquellos grupos en los que las empresas sean autónomas entre sí.

Si bien considero adecuada esta conclusión, no comparto que estas empresas no estén obligadas a indicar al poder adjudicador su condición de grupo, puesto que el hecho de compartir esta información, facilitaría el control del respeto de la competencia.

Por otro lado, discrepo con esta doctrina en relación con los grupos de sociedades en los que las empresas no son autónomas entre sí, en tanto que la ausencia de sumisión a las normas de defensa de la competencia pervierte el propio sistema de la contratación pública. En

estos grupos de empresas, cada una de ellas mantendrá una personalidad jurídica independiente, siendo que les estará permitido pactar los precios o las condiciones de las ofertas que presenten, y con ello, se verá vulnerado tanto el principio de proposición única como el del secreto de las proposiciones.

Séptima. Las conductas colusorias directas se podrán llevar a cabo a través de la fijación de precios. Dentro de ésta, a su vez, han sido sancionadas en nuestro derecho los descuentos, los precios mínimos, empleo de la misma fórmula para el cálculo del precio, la presentación de ofertas anormalmente bajas o las posturas encubiertas. Además de las anteriormente mencionadas son sancionables el bid-supression, la rotación de ofertas y el reparto del mercado.

Octava. Las conductas colusorias indirectas que pueden llevarse a la práctica son la colusión a través de los mercados conexos, los cárteles susceptibles de ser activados en la licitación y aquellos que se producen entre empresas cuya actividad se integra en el ámbito de contratación de un órgano de contratación.

Novena. El control de la competencia en el Estado español se realizará por la CNMC o los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas, atendiendo a criterios geográficos. Sin embargo, existen Comunidades Autónomas que carecen de estos órganos o que, aun teniéndolos, no asumen la competencia de resolución, por lo que en estos casos la competencia también recaerá en la CNMC. En relación con ello, y atendiendo a los datos estudiados, la labor que los órganos autonómicos de control realizan es muy limitada

en comparación con la que es llevada a cabo por la CNMC.

Décima. En cuanto al procedimiento de control en el ámbito de la contratación pública, la falta de desarrollo reglamentario del artículo 150 apartado 1 de la Ley 9/2017 ha dado lugar a una pluralidad de resoluciones contradictorias, sobre todo en lo relativo a la suspensión del procedimiento de contratación pública y su obligatoriedad en tanto que no se haya resuelto la consulta a los órganos de control de la competencia.

Por ello, este desarrollo reglamentario debería realizarse cuanto antes e incluir los siguientes elementos: establecimiento de plazos breves de tramitación; establecer un sistema de comunicación ágil entre la CNMC y las mesas y órganos de contratación consultantes; imprescindible suspensión del procedimiento de contratación hasta que no sea resuelta la consulta relativa a la defensa de la competencia; e incluir como sujetos denunciantes a otros licitadores intervinientes en la licitación.

Décimo primera. Las medidas self-cleaning, de reciente inclusión en nuestro derecho por la transposición de la Directiva 2014/24/CE, facilitan la exclusión de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia. Entre ellas se encuentra el establecimiento de medidas técnicas, económicas u organizativas para evitar la reiteración de estas conductas, y mencionan erróneamente los programas de clemencia. Como consecuencia de la disparidad de objetivos, tiempo de adopción y efectos temporales debería ser reformado este precepto y sustituir esta

expresión por la de “programas de cumplimiento o compliance”, sin perjuicio de que se mantenga como medida self-cleaning los programas de clemencia, pero al margen de las de carácter técnico, económico y organizativo.

Décimo segunda. La eficiencia de las medidas self-cleaning para reducir las prácticas colusorias se ve limitada como consecuencia de la incertidumbre sobre su suficiencia ante los órganos decisorios. A ello se añade que el único requisito exigido sea el de que sean apropiadas sin que se les exija eficiencia alguna, por lo que, aunque se adopten no serán medidas que en la práctica desincentiven la reiteración en las conductas anticompetitivas.

Bibliografía básica

- MIÑO LÓPEZ, A, *La defensa de la competencia en la contratación del sector público* 1ª ed.1ª Pamplona. Thomson Reuters Aranzadi, 2019. [consulta: en marzo-abril 2020].
- SCHOENMAEKERS, S. «Self-Cleaning and Leniency: comparable objectives but different levels of success?». *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*; Berlin Tomo 13, N.º 1, 2018: 3-17 DOI:10.21552/epppl/2018/1/4 [consulta: en mayo 2020].
- GIMENO FELIU, J.M., «La transposición de las directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades».

- DA Nueva Época*. Enero-Diciembre 2017, pp. 7-30. ISSN: 1989-8983. [consulta: en febrero 2020].
- AYMERICH CANO, C. «*Las prohibiciones para contratar en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017*». *Revista Aragonesa de Administración Pública*. Nº 53, 2019. ISSN: 1133-4797, págs. 306-343 [consulta: en mayo 2020].
 - MARTÍN BAUTISTA, M.T. «*El principio de libre competencia en la contratación pública: influencias, restricciones y defensas (I)(1)*». *Práctica Contratación Administrativa*, Editorial Wolters Kluwer. Marzo-Abril 2016, nº 142 [consulta: en febrero 2020].
 - FERNANDEZ ASTUDILLO, J.M., «*El principio de proposición única, la presentación de proposiciones por empresas vinculadas y los acuerdos colusorios*», *Revista Contratación Administrativa Práctica*, 2014, pp. 13 – 21. ISSN 1579-3036, Nº. 132, [consulta: en marzo 2020].
 - GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, S. «*La normativa europea procesal de contratación pública y el sistema actual de recursos contractuales*». *DA Revista Documentación Administrativa*. Septiembre-Diciembre 2010, nº 288. Septiembre-Diciembre 2010, pp. 43-63. ISSN: 0012-4494. [consulta: en febrero 2020].
 - PINTOS, J. «Compliance: Principios aplicables en la contratación pública». *Jaime Pintos, consultoría en contratación pública*, 30 de marzo de 2020, 21:01. Disponible en: <https://www.jaimepintos.com/compliance-principios-aplicables-en-la-contratacion->

[publica/#Principio de reconocimiento mutuo](#)

[consulta: en marzo 2020].

- *La planificación como herramienta para impulsar la competencia y la eficiencia en el aprovisionamiento público (G-2019-02). Documento preliminar de trabajo*, CNMC, 2019, p.1 [consulta: en marzo 2020].
- *Acuerdo revisado sobre contratación pública y textos legales adicionales de la OMC*. Organización Mundial del Comercio. 30 de marzo de 2012. [consulta: en marzo 2020].
- *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*. Comisión Nacional de la Competencia, 2010. [consulta: en febrero 2020].

Bibliografía complementaria

- ROBLES CLAVO. A. «*Las ofertas anormalmente bajas. El procedimiento de justificación y ejemplos*». *Contratación Administrativa Práctica*, Editorial Wolters Kluwer. Septiembre-octubre 2019, Nº 163 [consulta: en mayo 2020].
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J, «*Compliance y self-cleaning en la contratación pública europea*», *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Vol. 21 (2017), pp. 277-299, ISSN: 1138-039X [consulta: en mayo 2020].
- Propuesta de guía de programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia, CNMC, 2020, https://www.cnmc.es/sites/default/tmp/202002_Guia_Compliance_Final_2.pdf [consulta: en mayo 2020].

- Dictamen del Consejo de Estado, Expediente 1106/2015, de 10 de marzo, relativo al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público [consulta: en abril 2020].
- *Comunicación sobre el programa de clemencia, CNMC, 2013* <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/competencia/programa-de-clemencia> [consulta: en mayo 2020].
- *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement. Helping governments to obtain best value for money*, OCDE, 2009, p.2. [consulta: en abril 2020].
- *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, OIRescon, Diciembre 2019 [consulta: en mayo 2020].
- Informe 1/2019, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, de 6 de marzo de 2019 [consulta: en mayo 2020].
- INF/CNMC/085/2018 sobre el artículo 150 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE [consulta: en mayo 2020].
- *Informe 47/09, «Competencia de la Junta Consultiva. Régimen de la subsanación de defectos u omisiones en el examen de la documentación acreditativa de las empresas candidatas a la adjudicación de un contrato»*, Junta Consultiva de Contratación del Estado, 1 de febrero de 2010. [consulta: en febrero 2020].
- *Informe 20/07, «Inclusión en el sobre de la documentación administrativa de aspectos que*

corresponden a la proposición del licitador. Defectos insubsanables», Junta Consultiva de Contratación del Estado, 26 de marzo de 2007. [consulta: en febrero 2020].

- *Informe 43/02, «Posibilidad de admisión de una proposición en la que los aspectos técnicos se han incluido en el sobre que contiene la documentación general a que se refiere el artículo 79.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas»,* Junta Consultiva de Contratación del Estado, 17 de diciembre de 2002. [consulta: en febrero 2020].
- Acuerdo 2/2011, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de 6 de abril de 2011. [consulta: en febrero 2020].
- Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, Expediente S/DC/607/2017, *Asunto Tabacos*, de fecha 10 de abril de 2019 [consulta: en abril 2020].
- Resolución de la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia, Expediente S/DC/0562/15, *Asunto Cables BT/MT*, de fecha 21 de noviembre de 2017 [consulta: en abril 2020].
- Resolución de la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia, Expediente S/0429/2012, *Asunto Residuos*, de 8 de enero de 2015 [consulta: en abril 2020].
- Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, Expediente SDC/0453/12, *Asunto Rodamientos ferroviarios*, de 4 de diciembre de 2014 [consulta: en abril 2020].

Listado de abreviaturas

- **TJUE**: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- **CNMC**: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
- **OCDE**: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.
- **IMSERSO**: Instituto de Mayores y Servicios Sociales.
- **OIREscon**: Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación
- **TFUE**: Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versiones consolidadas. Protocolos. Anexos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Declaraciones anejas al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007, *Diario Oficial de la Unión Europea*, , de 7 de junio de 2016, núm. 202, p. 1 a 388.
- **Directiva 2014/25/CE**: Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE Texto pertinente a efectos del EEE, *Diario Oficial de la Unión Europea*, 28 de marzo de 2014, núm. 94, pp. 243 a 374.
- **Directiva 2014/24/CE**: Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, *Diario Oficial de la Unión Europea*, 28 de marzo de 2014, núm. 94, pp. 65 a 242.

- **Directiva 2014/23/CE:** Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión Texto pertinente a efectos del EEE; *Diario Oficial de la Unión Europea*, 28 de marzo de 2014, núm. 94, pp. 1-64.
- **Ley 9/2017:** 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, *Boletín Oficial del Estado*, 9 de noviembre de 2017, núm. 272.
- **Ley 3/2013:** Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *Boletín Oficial del Estado*, de 5 de junio de 2013, núm. 134
- **Ley 15/2007:** Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, *Boletín Oficial del Estado*, 4 de julio de 2007, núm. 159.
- 4 de julio de 2007, núm. 159.