



Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 62\_xullo-decembro 2021 | pp. 5-46  
Santiago de Compostela, 2021  
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i62.4782>  
© José Antonio Rodríguez Miguez  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 02/06/2021 | Aceptado: 16/06/2021

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

## Prácticas anticompetitivas e contratación pública: a visión dunha autoridade de competencia

Prácticas anticompetitivas y contratación pública: la visión de una autoridad de competencia

Anti-competitive practices and public procurement: the perspective of a competition authority

62 Regap

Regap



ESTUDIOS

JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MIGUEZ<sup>1</sup>

Responsable de Investigación (Subdirector de Investigación)  
Comisión Galega da Competencia

[jarmiguez@gmail.com](mailto:jarmiguez@gmail.com)

**Resumo:** A importancia que adquiriu a contratación pública veu unida á súa maior complexidade técnica e á súa vinculación á libre competencia, que son dúas das características máis evidentes da súa actual regulación, polo que, aínda que se trate de ámbitos normativos claramente diferenciados, están intimamente entrelazados entre si, como proba o feito de que un importante número de casos que resolven as autoridades de competencia se susciten en expedientes de contratación pública.

Este traballo pretende achegar ambas as dúas normativas ofrecéndolles tanto aos técnicos que se ocupan da contratación pública como aos potenciais licitadores a visión singular e igualmente especializada da normativa de competencia para facilitar unha aplicación coherente e harmonizada das dúas disciplinas xurídicas.

<sup>1</sup> Ao meu fillo Jacobo, no seu 18 aniversario. As opinións expresadas neste traballo son estritamente persoais do autor e non reflicten, necesariamente, a opinión do organismo no que presta os seus servizos.

**Palabras clave:** Prácticas anticompetitivas, contratación pública, colusión, restricción da competencia, colusión na contratación pública, abuso de posición dominante, competencia desleal.

**Resumen:** La importancia que ha adquirido la contratación pública ha venido unida a su mayor complejidad técnica y a su vinculación a la libre competencia, que son dos de las características más evidentes de su actual regulación, por lo que, aunque se trate de ámbitos normativos claramente diferenciados, están íntimamente entrelazados entre sí, como prueba el hecho de que un importante número de casos que resuelven las autoridades de competencia se suscitan en expedientes de contratación pública. Este trabajo pretende acercar ambas normativas ofreciendo tanto a los técnicos que se ocupan de la contratación pública como a los potenciales licitadores la visión singular e igualmente especializada de la normativa de competencia para facilitar una aplicación coherente y armonizada de las dos disciplinas jurídicas.

**Palabras clave:** Prácticas anticompetitivas, contratación pública, colusión, restricción de la competencia, colusión en la contratación pública, abuso de posición dominante, competencia desleal.

**Abstract:** The importance that public procurement has acquired has been linked to its greater technical complexity and its link to competition law, which are two of the most obvious characteristics of its current regulation, so that, although they are clearly differentiated regulatory areas, they are intimately intertwined with each other as evidence that a significant number of cases resolved by Competition Authorities arise in public procurement files.

This paper aims to bring both regulations closer together by offering both the technicians who deal with public procurements and the potential bidders the singular and equally specialized vision of the competition regulations to facilitate a coherent and harmonized application of both legal disciplines.

**Key words:** Anti-competitive practices, public procurement, collusion, restriction of competition Bid-Rigging, abuse of dominant position, unfair competition.

**SUMARIO:** 1 Presentación: dúas regulaci3ns e unha finalidade com3n. 2 As “pontes” ou “pasarelas” entre contrataci3n p3blica e competencia. 2.1 As pasarelas de e contrataci3n a competencia (arts. 1, 33, 64, 69, 70, 71-73, 99, 132, 139, 150, 285 e 321 LCSP). 2.2 De competencia a contrataci3n p3blica (disp. adic. 2.<sup>a</sup> e art. 65.3 LDC). 2.3 De libre competencia a competencia desleal (art. 3 LDC). 3 Algunhas ideas b3sicas sobre os ilícitos antitrust na contrataci3n p3blica. 3.1 Cárteles e clemencia. 3.2 O abuso de posici3n de dominio na contrataci3n p3blica. 3.3 O falseamento da competencia por actos desleais na contrataci3n p3blica. 4 Consideraci3ns finais e perspectivas de futuro.

## 1 Presentaci3n: dúas regulaci3ns e unha finalidade com3n

A importancia que adquiriu a contrataci3n p3blica<sup>2</sup> veu unida á súa cada vez maior complexidade técnica e á súa vinculaci3n cada vez máis intensa á libre competencia, que son dúas das características máis evidentes da súa actual regulaci3n, contida basicamente na actualidade na Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector

<sup>2</sup> Como afirmou recentemente a CNMC, a contrataci3n p3blica ten unha relevancia indubidable en Espa3a e, en xeral, no conxunto dos pa3ses da nosa contorna; segundo diferentes estimaci3ns, representa entre o 10% e o 20% do PIB nacional e o 14% do PIB da UE, engadindo que, segundo a OCDE, representou o 9,6% do PIB e o 23,4% do gasto total das administraci3ns p3blicas espa3olas en 2017 (OCDE, *Government at a glance 2019*, 2019). A CNMC cifrou no pasado o peso da contrataci3n p3blica no 18,5% do PIB [COMISI3N NACIONAL DOS MERCADOS E A COMPETENCIA (CNMC)], *Documento de an3lisis de la contrataci3n p3blica en Espa3a: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia*, 2015). O Observatorio da Contrataci3n P3blica cifrao no 20% do PIB. Por dar un dato da comunidade internacional, representa máis do 14% do PIB da UE, segundo o marcador de contrataci3n p3blica da CE. *Vid.* COMISION NACIONAL DOS MERCADOS E A COMPETENCIA (CNMC), *G-2019-02 Gu3a sobre contrataci3n p3blica y competencia fase 1: la planificaci3n de la contrataci3n p3blica*, 16 de decembro de 2020, en concreto, p. 23 e nota 1. Acceso web: [https://www.cnmc.es/sites/default/files/3334635\\_3.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/3334635_3.pdf).

público, pola que se traspoñen ao ordenamento xurídico español as Directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE e 2014/24/UE, do 26 de febreiro de 2014 (en diante, LCSP)<sup>3</sup>.

Tal vinculación, que responde tanto á propia natureza da contratación pública como á vontade expresa e explícita do lexislador europeo<sup>4</sup>, ten como misión esencial garantir a maior eficiencia posible na xestión dos recursos públicos empregados na satisfacción das necesidades públicas<sup>5</sup>.

Por iso, pode afirmarse que, aínda que libre competencia e contratación pública son dous ámbitos do noso ordenamento xurídico claramente diferenciados entre si, están non obstante intimamente entrelazados<sup>6</sup>, como proba o feito de que un importante número de casos que resolven as autoridades de competencia se susciten en expedientes de contratación pública<sup>7</sup>.

A este respecto, coincidimos co manifestado polo Tribunal Catalán de Defensa da Competencia (TCDC), no fundamento xurídico terceiro da súa Resolución do 23

<sup>3</sup> A versión consolidada da LCSP no BOE pode consultarse en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2017-12902>. Téñase en conta a estimación parcial polo Tribunal Constitucional do recurso de inconstitucionalidade interposto polo Goberno da Comunidade Autónoma de Aragón contra diversos preceptos da LCSP (vid. NOTA INFORMATIVA N. 26/2021, do 22 de marzo de 2021, acceso web: [https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP\\_2021\\_026/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%2026-2021.pdf](https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2021_026/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%2026-2021.pdf)). Resulta de especial utilidade a publicación do BOE *Código de Contratos del Sector Público*, dispoñible en formato electrónico actualizado e gratuito en: <https://boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=31&modo=2&nota=0&tab=2>. Resulta de interese, malia o seu actual carácter retrospectivo, a lectura do Informe relativo á contratación pública en España - 2017, de abril de 2019, recentemente feito público pola Comisión Europea e do que nos dá conta, co correspondente enlace, Guillermo Saiz Ruiz en [https://www.linkedin.com/posts/guillermo-saiz-ruiz-abogado\\_sugeridas-por-la-comisi%C3%B3n-europea-a-partir-activity-6805229814832758785-wlUr/](https://www.linkedin.com/posts/guillermo-saiz-ruiz-abogado_sugeridas-por-la-comisi%C3%B3n-europea-a-partir-activity-6805229814832758785-wlUr/).

<sup>4</sup> Esta afirmación fíxose máis evidente e explícita na nosa lexislación positiva de contratación pública a medida que esta veu estando infiltrada polo contido que deriva das directivas europeas en materia de contratación pública, a través das que se trata de garantir unhas regras comúns básicas na contratación pública nos Estados membros, no sobreentendido que a libre competencia é, desde a mesma fundación da actual Unión Europea, non só un dos seus principios fundamentais e unha das políticas europeas básicas, senón a garantía da efectividade do mercado interior, que é o instrumento esencial da propia construción europea e base esencial da economía de mercado, sobre a que se asenta a economía europea e, en xeral, a dos países máis desenvolvidos. Véxase tamén a recente Comunicación da Comisión Europea relativa ás ferramentas para combater a colusión na contratación pública e ás orientacións acerca de como aplicar o motivo de exclusión conexo (DOUE, C 91, do 18 de marzo de 2021, p. 1) e VÁZQUEZ, J., "La comunicación sobre prácticas colusorias en contratación pública", *Guías Prácticas con Recursos y consejos para luchar contra la colusión en contratación pública*, 26 de maio de 2021. Acceso web: <https://www.javiervazquezmatilla.com/la-comunicacion-sobre-practicas-colusorias-en-contratacion-publica/>.

<sup>5</sup> Sobre os beneficios da competencia, véxase a recentemente publicada pola CNMC *Guía sobre los beneficios de la competencia para los consumidores: preguntas y respuestas*, presentada o 21 de abril de 2021. Acceso web: <https://www.cnmc.es/guia-competencia-para-consumidores>.

<sup>6</sup> Un estudo amplo sobre este tema abórdase en MIÑO LÓPEZ, A.M., *La defensa de la competencia en la contratación del sector público*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019. Esta monografía recolle só unha parte da tese de doutoramento do autor, que á súa condición de experto en contratación pública une a súa experiencia como letrado da Xunta de Galicia e como primeiro responsable da Subdirección de Investigación do, por aquel entón, Consello Galego da Competencia.

<sup>7</sup> Como recolleu a prensa, no período 2015-2019, só a CNMC resolveu 16 expedientes relacionados con cárteles en licitacións públicas con multas que, sen contar as exencións para as empresas que delataron a existencia desas prácticas acolléndose ao denominado Programa de Clemencia, suman máis de 628 millóns de euros, e en sectores como o da subministración de material sanitario, electrificación ferroviaria, tratamento de residuos urbanos, montaxe e mantemento industrial, mensaxaría ou seguridade privada (VÉLEZ, A.M., "Competencia advierte de que los cárteles para repartirse contratos públicos copan la mitad de las multas que impone", *eldiario.es*, do 28 de abril de 2021. Acceso web: [https://www.eldiario.es/economia/competencia-advierte-carteles-repartirse-contratos-publicos-copan-mitad-multas-impone\\_1\\_7879944.html](https://www.eldiario.es/economia/competencia-advierte-carteles-repartirse-contratos-publicos-copan-mitad-multas-impone_1_7879944.html)). A título de exemplo, vid. a recente Resolución da CNMC, do 11 de maio de 2021, no Expediente S/DC/0627/18, CONSULTORAS (acceso web: [https://www.cnmc.es/sites/default/files/3493822\\_57.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/3493822_57.pdf)), na que a CNMC sancionou 22 firmas de consultoría e varios dos seus directivos, con multas que ascenden a un total de 6,3 millóns de euros, ao considerar acreditado que as empresas sancionadas intercambiarían información comercial sensible e se serviron de estratexias comúns para non competir cando participaban nas licitacións para ofrecer servizos de consultoría solicitados por distintas administracións públicas.

de decembro de 2019<sup>8</sup>, no Expediente 94/2018, Licitacións Servizo Meteorolóxico de Cataluña, cando sinala que garantir a concorrncia e a competencia nos procesos de compra pública, e en xeral nas licitacións públicas, constitúe unha das principais preocupacións de toda autoridade de competencia, tanto desde unha vertente xurídica-formal para dar cumprimento ás exixencias legais que imponen o artigo 119 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea (TFUE), os artigos 31 e 38 da Constitución española e o artigo 1 da Lei 9/2017, como desde unha vertente económica, pois a competencia favorece a eficiencia e a racionalidade económica na provisión pública de bens e servizos.

Así, e como se recolle de xeito expreso na citada resolución do TCDC:

*“A alteración da competencia por parte dos operadores económicos que toman parte nas licitacións públicas é unha conduta obxectivamente contraria á competencia, pois anula o comportamento autónomo e independente das empresas e reduce a incerteza en relación co comportamento do resto de licitadores. Este tipo de actuación restritiva da competencia, como a que se analiza no caso que nos ocupa, elimina os beneficios que achega a libre competencia en detrimento do interese xeral e favorece exclusivamente as empresas que forman parte do acordo. Son consecuencias directas da falta dunha auténtica competencia na contratación pública tanto sobre os custos no aprovisionamento público (prezo non competitivo, escasa calidade nos bens e servizos adquiridos, falta de innovación, etc.) como a fraude e a corrupción”.*

Sentada como premisa básica a íntima conexión entre materias, cómpre afirmar igualmente a necesidade de que os que xestionan a contratación pública deben coñecer e aplicar xunto á LCSP a normativa en materia de competencia, mesmo en circunstancias tan excepcionais como as que vivimos a causa da crise sanitaria e económica<sup>9</sup> provocada pola actual situación de pandemia xerada pola COVID-19<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Esta resolución do TCDC pode consultarse en [http://acco.gencat.cat/web/.content/80\\_acco/documents/arxiu/actuacions/20200121\\_Resolucion-exp.-94.18-PUB.pdf](http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/20200121_Resolucion-exp.-94.18-PUB.pdf).

<sup>9</sup> Resulta especialmente ilustrativo do papel que a competencia debe desempeñar para superar unha situación de crise o breve e claro pronunciamento da EUROPEAN COMPETITION NETWORK (ECN), adoptado ao comezo da presente crise, *Anti-trust: Joint statement by the European Competition Network (ECN) on application of competition law during the Corona crisis*, do 23 de marzo de 2020. Acceso web: [https://ec.europa.eu/competition/ecn/202003\\_joint-statement\\_ecn\\_corona-crisis.pdf](https://ec.europa.eu/competition/ecn/202003_joint-statement_ecn_corona-crisis.pdf), y junto a pronunciamientos posteriores en [https://ec.europa.eu/competition/ecn/index\\_en.html](https://ec.europa.eu/competition/ecn/index_en.html).

<sup>10</sup> Mesmo nestas circunstancias de pandemia, as autoridades non deixaron de estar vixiantes adoptando medidas singulares, do mesmo modo que a lexislación ordinaria en materia de contratación pública foi adaptada á excepcionalidade do momento. A este respecto, *vid.* COMISIÓN NACIONAL DOS MERCADOS E A COMPETENCIA (CNMC), *COVID-19 Competencia. La CNMC crea un buzón de consultas y denuncias relacionadas exclusivamente con las normas de competencia en el contexto actual de la pandemia*, 2020. Acceso web: <https://www.cnmc.es/covid-19/competencia>. A propósito das adaptacións excepcionais da nosa normativa de contratación pública, *vid.* ICCP. Contratación pública y COVID-19: Normativa estatal y autonómica, Informes y Dictámenes. Acceso web: <https://www.crisisycontratacionpublica.org>. No que se refire á Comisión Europea, podemos destacar: Marco temporal para avaliar cuestións de defensa da competencia relacionadas coa cooperación empresarial en resposta ás situacións de urxencia ocasionadas polo actual brote de COVID-19 (DOUE C 116 I, do 8.4.2020, p. 7) e marco temporal relativo ás medidas de axuda estatal destinadas a avalar a economía no contexto do actual brote de COVID-19, cuxa inicial versión foi obxecto de, polo menos, cinco revisións. A este respecto, *vid.* [https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/what\\_is\\_new/covid\\_19.html](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/covid_19.html), e RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “Pandemia, ayudas de Estado y ayudas a los estados: el reto de la eficiente asignación de recursos públicos en tiempos de crisis”, *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, n. 60, xullo-dicembro 2020, pp. 369 a 400. Acceso web: <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP/issue/view/289/PDF%20Galego>.

Este traballo pretende, en consecuencia, achegar ambas as dúas normativas ofrecéndolles tanto aos técnicos que se ocupan desta (no sector público ou privado) como aos potenciais licitadores a visión singular e igualmente especializada da normativa de competencia para facilitar unha aplicación coherente e harmonizada das dúas disciplinas xurídicas<sup>11</sup>.

Entendemos que para lograr este obxectivo é esencial a colaboración entre os órganos de contratación, as autoridades de competencia e os licitadores para que a contratación pública cumpra os seus obxectivos, considerando o papel das autoridades de competencia tan relevante como o que nos seus respectivos ámbitos desempeñan as mesas de contratación, as xuntas consultivas de contratacións administrativas, os órganos que resolven recursos especiais ou os tribunais e consellos de contas. Sen esquecer o papel que desempeñan os xuíces e tribunais no exercicio das súas respectivas xurisdicións.

Con esta finalidade, analizaremos as “pontes” ou “pasarelas”<sup>12</sup> existentes entre contratación e competencia, expondo da forma máis clara posible o alcance das respectivas remisións, así como os conceptos básicos que son propios da lexislación de competencia cuxo coñecemento polos que xestionan ou concorren a contratos públicos son esenciais para a boa fin destes<sup>13</sup>.

## 2 As “pontes” ou “pasarelas” entre contratación pública e competencia

Debemos comezar a nosa exposición resaltando como unha práctica habitual e case imprescindible a de que unhas normas se remitan a outras, pois iso responde á propia integridade do ordenamento xurídico que impide crear compartimentos estancos entre realidades que están materialmente interconectadas entre si dun ou doutro xeito. O que non sempre se consegue é que as remisións entre normas sexan o suficientemente claras, completas e coherentes para que faciliten unha aplicación coherente

<sup>11</sup> A finalidade declarada deste traballo lévanos a omitir numerosas referencias sen dúbida interesantes tanto á doutrina xeral acerca da normativa de contratación pública como ás numerosas resolucións adoptadas polos órganos administrativos especializados no seu control, principalmente xuntas consultivas de contratación administrativa e tribunais especializados nos recursos especiais, cuxo labor está a ser esencial para aplicar correctamente a LCSP. Optamos, por iso, en centrarnos nas referencias básicas, achegando, pola nosa parte, a experiencia no ámbito específico da defensa e promoción da competencia no ámbito específico da contratación pública alí onde as dúas disciplinas converxen.

<sup>12</sup> También se podría usar la de “puntos de encuentro”, empleada por SANZ DE LA ASUNCIÓN, J. y ARECES LÓPEZ, C., “Puntos de encuentro entre la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y el Derecho de la Competencia”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 47, 2017, pp. 106-110, p. 109. Acceso web: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5663/documento/esp05.pdf?id=7553>. Optamos pola de “pasarelas” ou “pontes”, habitualmente empregada para referirse ás remisións entre as leis de defensa da competencia e a de competencia desleal, que eran máis evidentes e intensas durante a vixencia da hoxe derogada Lei 16/1989, do 17 de xullo, de defensa da competencia, coas pasarelas do seu artigo 6, que incluía como suposto de abuso de posición dominante o que se denomina “abuso de dependencia económica” (suprimido da actual Lei de defensa da competencia e reconducido en exclusiva, polo menos en principio, ao ámbito da competencia desleal), e o seu artigo 7, que regulaba xa o “falseamento da competencia por actos desleais”, que se recolle no actual artigo 3 da vixente Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia (LDC).

<sup>13</sup> Para unha visión resumida destas relacións, con referencia a instrumentos de promoción da competencia e de detección de cárteles con técnicas económicas, *vid.* REALP i CAMPALANS, M., “La lucha contra la colusión en la contratación pública”, *Economía Industrial*, n. 415, 2020, pp. 1-9. Acceso web: <https://www.mincotur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/415/REALP%20i%20CAMPALANS.pdf>. Aconsellamos a consulta deste monográfico.

e equilibrada de todas as normas que se relacionan explícita ou implicitamente entre si, especialmente cando se trata de aplicar normas que proceden de ámbitos e concepcións diferentes e sometidos a regras propias e singulares, como sen dúbida acontece coas regulacións en materia de contratación pública e de competencia.

En efecto, a LCSP remítese de forma expresa ou implícita en numerosas ocasións á regulación de competencia; isto é, á Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia (en diante, LDC)<sup>14</sup>, e, se é o caso, cando pode existir afectación do mercado intracomunitario (hoxe Mercado Interior Europeo), o seu equivalente no marco da Unión Europea, que son os artigos 101 e 102 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea (TFUE) e as súas normas e regras de desenvolvemento e aplicación<sup>15</sup>.

Pola súa parte, a LDC, aínda que efectivamente incorpora tamén algunha referencia puntual á contratación pública, o que si contén e desenvolve son os conceptos propios cuxa aplicación van ter que realizar os que accedan a ela por remisión da LCSP.

Antes de expor as claves das remisións respectivas contidas na LCSP e na LDC, que tamén se remite no seu artigo 3 LDC (“falseamento da competencia por actos desleais”) á regulación de competencia desleal contida basicamente na Lei 3/1991, do 10 de xaneiro, de competencia desleal (en diante, LCD), debemos destacar unha consideración básica relativa ás diferenzas na técnica normativa empregada na redacción da LCSP e a LDC.

En efecto, mentres a LCSP é unha norma especialmente prolixa, minuciosa e detallada, case con pretensión regulamentaria, a LDC distínguese, pola contra, polo carácter aberto co que se redactan as súas normas substantivas, como as que describen as condutas prohibidas<sup>16</sup> (arts. 1 a 3 LDC), as que definen conceptos propios ou tomados da normativa da Unión Europea como “concentración económica” (art. 7 LDC) ou “cártel” (disposición adicional cuarta. Definicións. 2.ª), danos por suposto, como o de “axuda pública” (art. 11 LDC), ou de conceptos comúns que adquiren un significado propio nesta disciplina, como o de “empresa” (disposición adicional cuarta. Definicións. 1.ª).

<sup>14</sup> Téñanse en conta as últimas modificacións introducidas na LDC e o seu regulamento de desenvolvemento, así como na Lei 3/2013, do 4 de xuño, de creación da Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia polo Real decreto-lei 7/2021, do 27 de abril, de transposición de directivas da Unión Europea nas materias de competencia, prevención do branqueo de capitais, entidades de crédito, telecomunicacións, medidas tributarias, prevención e reparación de danos medioambientais, desprazamento de traballadores na prestación de servizos transnacionais e defensa dos consumidores.

<sup>15</sup> Para unha visión básica pero completa do dereito e política da competencia da Unión Europea, resulta de grande utilidade a consulta da web oficial da Dirección Xeral de Competencia da Unión Europea (DXCOMP) en [https://ec.europa.eu/info/departments/competition\\_es](https://ec.europa.eu/info/departments/competition_es)

<sup>16</sup> Neste sentido, como se subliña no fundamento xurídico da STS n. 1497/2018, do 10 de outubro de 2018 (ROX: STS 3631/2018 - ECLI: ES:TS:2018:3631): “Como establece a Sentenza da Sala Terceira (Sección 3.ª) do 2 de novembro de 2015 (rec. 1523/2013), «fronte a esta técnica penalista da tipicidade ou de deslinde preciso do que está prohibido (e, por exclusión, o non penado), o dereito da competencia (nacional e comparado) utiliza a técnica da cláusula xeral prohibitiva, precisamente porque a utilización da técnica da tipicidade penal, nun ámbito como o mercado, atentaría ao principio de seguridade xurídica, atendida a dificultade ou imposibilidade de tipificar coa precisión exixida no dereito penal a multiplicidade de formas que pode adoptar o comportamento restritivo dos operadores económicos no mercado. Unha cláusula xeral prohibitiva da colusión (art. 1.1 LDC e 101.1 TFUE) que se define por relación aos destinatarios (todo operador económico), ao medio polo cal a conduta se establece (toda forma de concertación: acordos, decisións ou recomendacións colectivas, prácticas concertadas ou conscientemente paralelas) e, en particular, pola finalidade perseguida e prohibida (a causación actual ou potencial dun dano á competencia efectiva nos mercados). Polo tanto, unha cláusula xeral ou tipo aberto deliberadamente impreciso que constitúe, en certa forma, un mandato implícito do lexislador ás autoridades administrativas e xurisdiccionais encargadas da súa aplicación para elaborar de forma progresiva o dereito da competencia”.

Este trazo singular da LDC acentuouse ao sumarse a el unha sensible deterioración na calidade normativa que presidiu a redacción da versión orixinal da LDC (Lei 15/2007, do 2 de xullo), froito inequívoco do amplo e minucioso proceso de maduración, reflexión e consenso que presidiu a súa aprobación en 2007 e que desapareceu, en boa medida, ao noso xuízo, na tramitación da Lei 3/2013, do 4 de xuño, de creación da Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia, e que xa non foi posible nas posteriores reformas da LDC levadas a cabo por medio do instrumento necesariamente excepcional do real decreto-lei en que se regulaban diversas e heteroxéneas materias, ao expirar os respectivos prazos de transposición das correspondentes directivas aprobadas pola Unión Europea e que debían incorporarse á nosa lexislación<sup>17</sup> e, no caso da última reforma, a situación de pandemia creada pola COVID-19<sup>18</sup>.

Feitas estas necesarias consideracións iniciais, examinaremos a continuación as citadas remisións ou “pasarelas” existentes entre a LCSP e a LDC, así como esta última e a LCD, inclusive o contido e alcance das previsións substantivas básicas da lexislación de competencia que consideramos igualmente básicas para a correcta aplicación no ámbito da contratación pública da normativa da competencia, tomando como referencia a mellor doutrina e xurisprudencia<sup>19</sup> desenvolvida a partir da práctica das autoridades administrativas españolas e europeas de competencia (*public enforcement*); isto é, a CNMC e as autoridades autonómicas de competencia, como a Comisión Galega da Competencia<sup>20</sup> e a Comisión Europea aplicando os ar-

Regap



ESTUDIOS

<sup>17</sup> A primeira reforma foi a levada a cabo a través do Real decreto-lei 9/2017, do 26 de maio, polo que se traspoñen directivas da Unión Europea nos ámbitos financeiro, mercantil e sanitario, e sobre o desprazamento de traballadores, e Real decreto-lei 7/2021, do 27 de abril, de transposición de directivas da Unión Europea nas materias de competencia, prevención do branqueo de capitais, entidades de crédito, telecomunicacións, medidas tributarias, prevención e reparación de danos ambientais, desprazamento de traballadores na prestación de servizos transnacionais e defensa dos consumidores. A reforma, no que se refire a competencia, traspuña ao noso dereito interno a denominada “Directiva de danos”, a Directiva 2014/104/UE do Parlamento Europeo e do Consello, do 26 de novembro de 2014, que establece determinadas normas polas que se rexen, en virtude do dereito nacional, as accións de danos resultantes das infraccións do dereito da competencia dos Estados membros e da Unión Europea.

<sup>18</sup> Referímonos ao Real decreto-lei 7/2021, do 27 de abril, de transposición de directivas da Unión Europea nas materias de competencia, prevención do branqueo de capitais, entidades de crédito, telecomunicacións, medidas tributarias, prevención e reparación de danos ambientais, desprazamento de traballadores na prestación de servizos transnacionais e defensa dos consumidores. No que se refire á LDC, o seu obxectivo era a transposición da Directiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeo e do Consello, do 11 de decembro de 2018, encamiñada a dotar as autoridades de competencia dos Estados membros de medios para aplicar máis eficazmente as normas sobre competencia e garantir o correcto funcionamento do mercado interior, coñecida como “Directiva ECN plus”. Neste caso, a diferenza da anterior reforma da LDC (véxase nota anterior), coa súa validación (Resolución do 13 de maio de 2021, do Congreso dos Deputados) aprobouse tamén a súa tramitación como proxecto de lei. Esta tramitación pode seguirse en: [https://www.congreso.es/busqueda-de-iniciativas?p\\_p\\_id=iniciativas&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&\\_iniciativas\\_mode=mostrarDetalle&\\_iniciativas\\_legislatura=XIV&\\_iniciativas\\_id=130%2F000047](https://www.congreso.es/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XIV&_iniciativas_id=130%2F000047). No número anterior desta mesma revista publicouse unha nota que resulta moi interesante para coñecer o alcance potencial desta directiva, véxase NEIRA BARRAL, D., “Los efectos de la Directiva ECN+ en el sistema de competencia español”, *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, n. 61, febreiro/xuño 2021, pp. 467 a 472.

<sup>19</sup> Resultaría evidentemente presuntuoso, e desde logo inverosímil, pensar que nun traballo como este se poida expor algo máis que unha visión xeral da disciplina e mencionar a amplísima doutrina e xurisprudencia na materia. Por iso, e sen prexuízo das mencións que ás dúas fontes poidamos facer ao longo deste traballo, citaremos como obras de referencia pola súa vocación xeral e estar redactadas en español: BENEYTO PÉREZ, J.M. e MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, 2 vols., Bosch, Barcelona, 2017; e SALA ARQUER J.M., GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, A., MASSAGUER FUENTES, J. e FOLGUERA CRESPO, J. (dirs.), *Comentario a la ley de defensa de la competencia (Dúa)*, 2 vols., 6.ª ed., Civitas, Madrid 2020.

<sup>20</sup> Cómpre advertir que, aínda que unha lectura inicial da LDC puidese facer pensar que a súa aplicación corresponde só á CNMC, o no seu día denominado con acerto, ao noso xuízo, “Sistema español de defensa da competencia” configúrase mediante un sistema de competencias exclusivas e excluíntes entre a CNMC e as autoridades autonómicas de competencia (que non



tigos 1, 2 e 3 LDC e, se é o caso, os artigos 101 e 102 TFUE, así como a cada vez máis importante aplicación privada das ditas normas polos xuíces e tribunais nacionais (*private enforcement*), aos cales, en todo caso, corresponde en exclusiva a demanda de danos por infraccións antitrust.

## 2.1 As pasarelas de e contratación a competencia (arts. 1, 33, 64, 69, 70, 71-73, 99, 132, 139, 150, 285 e 321 LCSP)

Un exame detido da LCSP evidencia que, ademais dalgunha mención puntual na exposición de motivos<sup>21</sup>, a Lei 9/2017 contén numerosas e diversas remisións directas á LDC, cuxo contido non sempre é o suficientemente claro para facilitar a súa correcta interpretación e, con iso, unha coherente e homoxénea aplicación tanto por parte dos que o fan a partir da LCSP como desde a LDC (e o seu equivalente europeo xa citado)<sup>22</sup>.

Seguindo a orde e a propia sistemática da LCSP, a primeira mención á libre competencia no articulado da LCSP recóllese xa no seu artigo 1 LCSP cando, ao delimitar o seu obxecto, enumera os principios aos que a contratación pública debe someterse. Así, o artigo 1 LCSP dispón:

*“1. Esta lei ten por obxecto regular a contratación do sector público, co fin de garantir que esta se axusta aos principios de liberdade de acceso ás licitacións, publicidade e transparencia dos procedementos, e non discriminación e igualdade de trato entre os licitadores; e de asegurar, en conexión co obxectivo de estabilidade orzamentaria e control do gasto, e o principio de integridade, unha eficiente utilización dos fondos destinados á realización de obras, a adquisición de bens e a contratación de servizos mediante a exixencia da definición previa das necesidades a satisfacer, a salvagarda da libre competencia e a selección da oferta economicamente máis vantaxosa”.*

O primeiro que hai que sinalar é que o da libre competencia é un principio máis entre os que enuncia como reitores desta a LCSP; nin máis nin menos importante que os demais enunciados, pero cuxa incorporación expresa resulta, non obstante, ao noso xuízo, especialmente relevante e que por iso debe tomarse en consideración

---

deixou de suscitar certas críticas ao considerarse máis operativo o modelo europeo de “autoridade mellor situada”, recoñecendo a potestade de avocación da Comisión Europea), que se recolle na Lei 1/2002, do 21 de febreiro, de coordinación das competencias do Estado e as comunidades autónomas en materia de defensa da competencia.

<sup>21</sup> Na exposición de motivos, explícase e xustifícase, aludindo á competencia, a modificación que na propia LCSP se fai do número 8.º do artigo 7 da Lei do IVE (Lei 28/2014, do 27 de novembro, pola que se modifican a Lei 37/1992, do 28 de decembro, do imposto sobre o valor engadido; a Lei 20/1991, do 7 de xuño, de modificación dos aspectos fiscais do Réxime Económico Fiscal de Canarias; a Lei 38/1992, do 28 de decembro, de impostos especiais; e a Lei 16/2013, do 29 de outubro, pola que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidade ambiental e se adoptan outras medidas tributarias e financeiras), destacándose nela que “(...) se fai necesario excluír, desde a entrada en vigor desta modificación normativa, da consideración de subvencións vinculadas ao prezo das operacións que constitúen a base imponible das operacións suxeitas ao IVE aquelas achegas financeiras que as administracións públicas realizan ao operador de determinados servizos de competencia pública cando non existe distorsión da competencia, xeralmente porque, ao tratarse de actividades financiadas total ou parcialmente pola Administración, non se prestan en réxime de libre concorrència, por exemplo os servizos de transporte municipal ou determinadas actividades culturais financiadas con estas achegas”.

<sup>22</sup> A título de exemplo, *vid.* a recente Resolución da CNMC do 11 de maio de 2021, no Expediente S/DC/0627/18, CONSULTORAS. Acceso web: [https://www.cnmc.es/sites/default/files/3493822\\_57.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/3493822_57.pdf).



de forma específica á hora de interpretar e aplicar o texto da LCSP no seu conxunto. Por outra banda, a exigencia de salvagardar a libre competencia na contratación pública ao definir o propio obxecto da Lei 9/2017 revela claramente a vontade do lexislador europeo e, polo tanto, nacional, de que a contratación pública sexa, dentro das posibilidades que cada caso e circunstancia permitan, o máis aberta e competitiva posible, pois só así se satisfaría axeitadamente o interese xeral que mediante a apelación ao mercado se fai na LCSP.

O alcance desta apelación, incluíndo as posibles exclusións da propia LCSP, son decisións básicas que con carácter previo debe tomar a Administración pública cando necesite proverse dos bens e servizos que precisa para cumprir as misións que se lle encomendaron. A competencia é unha premisa, pero non absoluta nin ineludible, senón que debe ser ponderada polo contratante motivando suficientemente todas e cada unha das súas concretas e sucesivas decisións, conscientes de que a regra debe ser a de salvagardar todo o posible o funcionamento competitivo do mercado.

Esta avaliación e toma de decisións motivada resultan esenciais para o deseño dun contrato público ou para optar por calquera outra posible alternativa e debe realizarse xa desde a fase previa ou preparatoria do eventual contrato público. Esta cuestión é analizada con atención pola LCSP e a ela dedícase de forma específica e especializada desde a perspectiva da competencia a recente *Guía sobre contratación pública y competencia; fase 1: La planificación de la contratación pública*, aprobada pola CNMC en plena pandemia, o 16 de decembro de 2020, coa que se actualiza seguindo as fases habituais da contratación pública a celebrada *Guía sobre contratación pública y competencia*<sup>23</sup>, centrándose na que debe ser a primeira fase, a da planificación da contratación pública<sup>24</sup>, aínda que sexa identificada pola propia CNMC como *Guía actualización 2021*<sup>25</sup>.

Non debemos esquecer, como xa adiantamos, que é nesta fase previa cando se adoptan unha serie de decisións fundamentais, como a de se se decide acudir ao mercado mediante a celebración dun contrato público, un convenio ou acudir a medios propios, así como as condicións básicas de como facelo<sup>26</sup>.

A primeira das remisións expresas que a LCSP fai á competencia e que, polo tanto, debe interpretarse tomando en consideración o seu recoñecemento expreso como principio no artigo 1 LCSP xa citado aparece no artigo 33 LCSP, dedicado aos “*Encargos de entidades pertencentes ao sector público que non teñan a consideración de poder adxudicador a medios propios personificados*”.

<sup>23</sup> A versión orixinal desta guía pódese consultar en: <https://www.cnmc.es/guia-contratacion-publica-competencia>.

<sup>24</sup> Nesta guía, a CNMC destaca a importancia da planificación como ferramenta para promover a competencia e a eficiencia, o seu contido e fases, e ofrece unha serie de recomendacións relevantes desde a perspectiva da competencia dirixidas aos entes públicos contratantes. Esta actualización da guía pódese descargar en [https://www.cnmc.es/sites/default/files/3334635\\_3.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/3334635_3.pdf).

<sup>25</sup> Véxase: <https://www.cnmc.es/prensa/actualizacion-guia-contratacion-20210129>.

<sup>26</sup> No momento en que estabamos a facer a revisión final, a CNMC abría unha consulta pública sobre as alternativas á contratación pública: convenios e medios propios. Cfr. <https://www.cnmc.es/prensa/consulta-publica-contratacion-2021>.

Esta norma introdúcese a propósito das anteriormente denominadas “encomendas de xestión”<sup>27</sup>, polo que debemos recordar novamente que acudir ao mercado, en sentido amplo, ou a proverse mediante esta posibilidade é lexítimo, pero debe decidirse con carácter inicial, ponderando as súas vantaxes e inconvenientes. Trátase, en consecuencia, da primeira decisión que debe tomar unha Administración pública que se queira prover dos bens ou servizos que precisa, onde xa ten relevancia para a competencia, pois debe resolver se acode ao mercado para iso sacándoa a licitación pública ou pode satisfacela acudindo a outras vías, como a do convenio, a encomenda de xestión ou os medios propios (art. 6 LCSP. “Convenios e encomendas de xestión”<sup>28</sup>). Esta decisión debe tomarse atendendo a criterios de eficiencia económica, pero tamén sendo consciente de que a contratación pública xera unha loita polo mercado entre os licitadores que é positiva desde a perspectiva do desenvolvemento económico<sup>29</sup>.

Conforme o artigo 33 LCSP:

<sup>27</sup> A esta singularidade da contratación pública fai xa referencia a propia exposición de motivos da LCSP cando sinala que: “No libro I, relativo á configuración xeral da contratación do sector público e elementos estruturais dos contratos, aparece en primeiro lugar unha nova regulación do chamado «medio propio» de Administración, encomendas de xestión ou aplicación práctica da técnica denominada «in house», que pasa agora a chamarse «encargos a medios propios». Así, atopámonos cos casos de encargos entre entidades do sector público, como supostos de execución directa de prestacións a través de medios propios personificados, distinguíndose entre o encargo feito por un poder adjudicador daquél que tivese sido realizado por outra entidade que non teña a consideración de poder adjudicador, manténdose os casos da execución directa de prestacións pola Administración pública coa colaboración de empresarios particulares ou a través de medios propios non personificados. Na lei, seguindo as directrices da nova Directiva de contratación, aumentaron as exigencias que deben cumprir estas entidades, co que se evitan adjudicacións directas que poden menoscar o principio de libre competencia. Atópanse aquí requisitos tales como que a entidade que teña o carácter de «medio propio» dispoña de medios persoais e materiais axeitados para cumprir o encargo que se lle faga, que solicítase autorización do poder adjudicador do que depende, que non teña participación dunha empresa privada e que non poida realizar libremente no mercado máis dun 20 por cento da súa actividade”. Este tema xa fora abordado pola extinta Comisión Nacional da Competencia (CNC), hoxe COMISIÓN NACIONAL DOS MERCADOS E A COMPETENCIA (CNMC), *Informe de 2013: Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia*, 2013. Acceso web: [https://www.cnmc.es/sites/default/files/1186066\\_1.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/1186066_1.pdf).

<sup>28</sup> Cfr. artigo 6. Convenios e encomendas de xestión. Para unha visión actualizada, véxase MIÑO LÓPEZ, A.M., “Prácticas anticompetitivas en el ámbito de los encargos a medios propios”, Díaz Bravo, E. e Moreno Molina, J.A. (dirs.), *Contratación pública global: Visiones comparadas*, Tirant lo Blanch, Universidad Santo Tomás (Chile), Chile, 2020, pp. 141-170.

1. Quedan excluídos do ámbito desta lei os convenios cuxo contido non estea comprendido no dos contratos regulados nesta lei ou en normas administrativas especiais celebrados entre si pola Administración xeral do Estado, as entidades xestoras e os servizos comúns da Seguridade Social, as universidades públicas, as comunidades autónomas e as cidades autónomas de Ceuta e Melilla, as entidades locais, as entidades con personalidade xurídica pública delas dependentes e as entidades con personalidade xurídica privada, sempre que, neste último caso, teñan a condición de poder adjudicador.

A súa exclusión queda condicionada ao cumprimento das seguintes condicións:

a) As entidades intervinientes non deben ter vocación de mercado, a cal se presumirá cando realicen no mercado aberto unha porcentaxe igual ou superior ao 20 por cento das actividades obxecto de colaboración. Para o cálculo desa porcentaxe, tomarase en consideración a media do volume de negocios total ou outro indicador alternativo de actividade apropiado, como os gastos soportados considerados en relación coa prestación que constituía o obxecto do convenio nos tres exercicios anteriores á adjudicación do contrato. Cando, debido á data de creación ou de inicio de actividade ou á reorganización das actividades, o volume de negocios ou outro indicador alternativo de actividade apropiado, como os gastos, non estivesen dispoñibles respecto dos tres exercicios anteriores ou tivesen perdido a súa vixencia, será suficiente con demostrar que o cálculo do nivel de actividade se corresponde coa realidade, en especial mediante proxeccións de negocio.

b) Que o convenio estableza ou desenvolva unha cooperación entre as entidades participantes coa finalidade de garantir que os servizos públicos que lles incumben se prestan de modo que se logren os obxectivos que teñen en común.

c) Que o desenvolvemento da cooperación se guíe unicamente por consideracións relacionadas co interese público.

2. Estarán tamén excluídos do ámbito desta lei os convenios que celebren as entidades do sector público con persoas físicas ou xurídicas suxeitas ao dereito privado, sempre que o seu contido non estea comprendido no dos contratos regulados nesta lei ou en normas administrativas especiais.

3. Así mesmo, quedan excluídas do ámbito desta lei as encomendas de xestión reguladas na lexislación vixente en materia de réxime xurídico do sector público.

<sup>29</sup> Neste sentido, RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “Compliance y Defensa de la Competencia: La Promoción de la Cultura del Cumplimiento Antitrust «en el Sector Público»”, Campos Acuña, M.ªC. (dir.) *Guía Práctica del Compliance en el Sector Público*, El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 357 a 383, onde destacamos que para poder celebrar

*“1. As entidades do sector público que non teñan a consideración de poder adxudicador poderán executar de xeito directo prestacións propias dos contratos de obras, subministracións, servizos, concesión de obras e concesión de servizos a cambio dunha compensación valéndose doutra persoa xurídica distinta a eles, logo de encargo a esta, con suxeición ao disposto neste artigo, sempre e cando a persoa xurídica que utilicen mereza a cualificación xurídica de medio propio personificado respecto deles, de conformidade co disposto no apartado seguinte. O encargo que cumpra estes requisitos non terá a consideración de contrato.*

*2. Terán a consideración de medio propio personificado respecto dunha entidade pertencente ao sector público que non teña a consideración de poder adxudicador, aquelas persoas xurídicas, de dereito público ou de dereito privado, que cumpran todos e cada un dos requisitos seguintes:*

*a) Que o ente que fai o encargo posúa control, directo ou indirecto, no sentido do artigo 32.2.a), primeiro e segundo parágrafos desta lei, sobre o ente destinatario deste.*

*b) Que a totalidade do capital social ou patrimonio do ente destinatario do encargo sexa de titularidade pública.*

*c) Que máis do 80 por cento das actividades do ente destinatario do encargo se leven a cabo no exercicio dos labores que lle foron confiados pola entidade que realiza o encargo e que o controla ou por outras persoas xurídicas controladas do mesmo modo pola entidade que realiza o encargo.*

*3. O apartado 2 deste artigo tamén se aplicará nos casos en que unha entidade do sector público estatal realice un encargo a outra do mesmo sector, sempre que a entidade que realiza o encargo e a que o reciba estean controladas, directa ou indirectamente, pola mesma entidade do dito sector e, ademais, a totalidade do capital social ou patrimonio da entidade destinataria do encargo sexa de titularidade pública. Neste suposto, o requisito do apartado 2.c) anterior, cuxa acreditación deberá reflectirse na forma disposta nel, entenderase cumprido por referencia ao conxunto de actividades que se fagan no exercicio dos labores que lle fosen confiados pola entidade que realiza o encargo, pola entidade que controla directa ou indirectamente tanto á entidade que realiza o encargo como á que o recibe, así como por calquera outra entidade tamén controlada directa ou indirectamente pola anterior. Nestes casos, a compensación a percibir pola entidade que reciba o encargo deberá ser aprobada pola entidade pública que controla á entidade que realiza o encargo e á que o recibe, debendo adecuarse esa compensación e as demais condicións do encargo ás xerais do mercado de forma que non se distorsione a libre competencia”.*

---

convenios ou encomendas de xestión deberán cumprirse os requisitos establecidos no artigo 6 LCSP, algo que debería recordar un programa de cumprimento.

Regap



ESTUDIOS

Resulta evidente, ao noso xuízo, tras a lectura do artigo 33 LCSP, reproducido na súa integridade para facelo máis evidente, que, ademais de cumprir os requisitos que exigen os artigos 6 e 33 LCSP, a Administración contratante deberá valorar o efecto incentivador ou desincentivador que, para a competencia, nas concretas circunstancias do caso, teña optar ou non polo mercado, sendo posible optar por un enfoque procompetitivo se o efecto incentivador así o xustificase.

Pola súa banda, o artigo 64.1 LCSP, dedicado á loita contra a corrupción e prevención dos conflitos de intereses, está igualmente relacionado coa libre competencia. Así, impón aos órganos de contratación que “1. (...) deberán tomar as medidas axeitadas para loitar contra a fraude, o favoritismo e a corrupción, e previr, detectar e solucionar de modo efectivo os conflitos de intereses que poidan xurdir nos procedementos de licitación co fin de evitar calquera distorsión da competencia e garantir a transparencia no procedemento e a igualdade de trato a todos os candidatos e licitadores”.

A lectura deste precepto pon en evidencia a íntima conexión entre a distorsión da competencia e outras prácticas contra as que o lexislador europeo e español trata de loitar denodadamente<sup>30</sup>, como é a fraude e a corrupción, sen que en ningún caso se deba identificar a colusión coa corrupción” aínda que en non poucas ocasións poidan ir unidas.

Outro dos preceptos importantes na relación entre LCSP e LDC é o artigo 69 LCSP<sup>31</sup>, dedicado ás unións temporais de empresas (UTE). Conforme ese precepto:

*“Artigo 69. Unións de empresarios.*

*1. Poderán contratar co sector público as unións de empresarios que se constituían temporalmente para o efecto, sen que sexa necesaria a súa formalización en escritura pública ata que se efectúe a adxudicación do contrato ao seu favor.*

*2. Cando no exercicio das súas funcións a mesa de contratación ou, no seu defecto, o órgano de contratación apreciase posibles indicios de colusión entre empresas que concorran agrupadas nunha unión temporal, estes requirirán estas empresas para que, dándolles prazo suficiente, xustifiquen de forma expresa e motivada as razóns para concorreren agrupadas”.*

---

<sup>30</sup> A este respecto, podemos citar o recente Real decreto-lei 7/2021, do 27 de abril, de transposición de directivas da Unión Europea nas materias de competencia, prevención do branqueo de capitais, entidades de crédito, telecomunicacións, medidas tributarias, prevención e reparación de danos ambientais, desprazamento de traballadores na prestación de servizos transnacionais e defensa dos consumidores.

<sup>31</sup> Como acertadamente destaca MIÑO, con quen coincidimos (agradecéndonlle que nos permitise consultar o seu traballo, aínda en imprenta, MIÑO LÓPEZ, A.M., “La comunicación de prácticas anticompetitivas a las autoridades de defensa de la competencia por los órganos de la contratación pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 212, 2021), “Os artigos 69 e 150 LCSP limitan o deber de notificación dos órganos e mesas de contratación ás prácticas restritivas («colusión», «condutas colusorias»). O teor literal de ambos os dous preceptos é moi preciso ao respecto. Pero os órganos de contratación e as mesas están sometidos tamén ao disposto no artigo 132.2 LCSP; por iso, están tamén obrigados a notificarlles ás autoridades de competencia calquera feito do que teñan coñecemento no exercicio das súas funcións que poidan constituír infracción á lexislación de defensa da competencia”.

As cautelas coas que se contemplan as UTE (criterio que entendemos que debe trasladarse igualmente ás agrupacións de interese económico ou figuras equivalentes<sup>32</sup>) reside en que empresas que poderían presentar ofertas de forma individual optarían por asociarse sen outra finalidade real que a de non competir, repartíndose dese modo o mercado, o que contraviría a esencia mesma da contratación pública.

Sen prexuízo do que poidamos sinalar máis adiante, este potencial perigo da constitución de UTE (preconstitución realmente, pois a UTE só se constitúe se resulta adxudicataria) para concorrer a licitacións públicas pode apreciarse con claridade, por exemplo, na RCNMC do 12 de novembro de 2019, no Expdte. S/0010/19, ITV COMERCIAIS EN ESTRADA<sup>33</sup>, onde a Sala de Competencia da CNMC resolveu non incoar procedemento sancionador e acordar o arquivo das actuacións seguidas como consecuencia da posta en coñecemento da DGT das circunstancias nas que se viñeron desenvolvendo os procedementos de contratación do servizo de inspección técnica en estrada para vehículos comerciais, por considerar que neste expediente non hai indicios de infracción do artigo 1 da LDC.

Esta resolución e o precepto que interpreta merece, polo menos, dúas reflexións básicas: a primeira é que a apreciación do carácter eventualmente colusorio da unión temporal debe apreciarse pola mesa de contratación *motu proprio* ou a instancia de calquera dos licitadores, e é sen dúbida esa mesa de contratación o órgano máis cualificado para esa avaliación, polo menos indiciaria, sen prexuízo de que se poida probar que a vontade única da UTE era precisamente falsear a competencia<sup>34</sup>.

Desde un punto de vista máis xeral e procompetitivo, atrevémonos a suxerir desde unha perspectiva estrutural dos mercados a necesidade de determinados sectores de que moitos dos seus operadores adquiren maior dimensión, principalmente a través de procesos de integración horizontal (concentracións horizontais), de forma que se configuren mercados máis contestables, máis competitivos, pois tal situación incrementaría a tensión competitiva e evitaría situacións de poder de mercado excesivo

<sup>32</sup> Respecto das AIE, *vid.* Lei 12/1991, do 29 de abril, de agrupacións de interese económico.

<sup>33</sup> Cfr. [https://www.cnmc.es/sites/default/files/2750229\\_38.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/2750229_38.pdf).

<sup>34</sup> Acerca do tema das UTE e da proba por indicios da existencia dunha práctica concertada colusoria polo seu obxecto na constitución de UTE, véxanse as recentes sentenzas do Tribunal Supremo (STS), dos días 15 de marzo de 2021 (casación 3045/2020), 16 de marzo de 2021 (casación 2040/2020), 17 de marzo de 2021 (casación 1363/2021) e 4 de maio de 2021 (casación 3333/2020), nas que o alto tribunal desestima o recurso interposto contra a Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña, n. 812/2019, do 15 de outubro, que anulou a Resolución do Tribunal Catalán de Defensa da Competencia (TCDC), da Autoridade Catalá da Competencia (ACCO), do 9 de febreiro de 2016 (Expediente n.º 57/2014, Fisioxestión). A citada sentenza do TSXC seguiría a senda marcada polas sentenzas da Audiencia Nacional que en 2018 anularían os recursos interpostos contra a Resolución da CNMC do 8 de xaneiro de 2015, no Expdte. S/0429/12 RESIDUOS (entre outras, SAN 22/02/2018 no recurso 115/2015). Con iso, consolidaríase a evolución da análise da capacidade das empresas para ir individualmente ás licitacións e a ilegalidade implícita da UTE na que participasen (denominada "test de capacidade" ou "indispensabilidade", que sería a utilizada pola CNMC e a ACCO) cara a unha baseada na "razoabilidade empresarial" da decisión (test da razoabilidade empresarial). Esta interesantísima e relevante cuestión é abordada por GONZÁLEZ DE ZÁRATE, P., "Los tribunales vuelven a cuestionar el «test de capacidad» utilizado por la CNMC y la ACCO a la hora de analizar la compatibilidad de las UTEs con el derecho de la competencia", *Blog Ramón y Cajal Abogados*, 17 de xuño de 2021. Acceso web: <https://www.ramonycajalabogados.com/es/noticias/los-tribunales-vuelven-cuestionar-el-test-de-capacidad-utilizado-por-la-cnmc-y-la-acco-la>.

froito da presenza simultánea de grandes operadores e dun número moi amplo de medianos e pequenos operadores<sup>35</sup>.

Outra interesantísima previsión desde a perspectiva da competencia –malia que non sexa citada pola LDC– é a contida no artigo 70.1 LCSP, dedicado ás “condicións especiais de compatibilidade”, expresión ambigua e imprecisa respecto do seu contido. Conforme este precepto:

*“1. O órgano de contratación tomará as medidas axeitadas para garantir que a participación na licitación das empresas que tivesen participado previamente na elaboración das especificacións técnicas ou dos documentos preparatorios do contrato ou tivesen asesorado o órgano de contratación durante a preparación do procedemento de contratación non falsee a competencia. Entre esas medidas poderá chegar a establecerse que as citadas empresas, e as empresas a elas vinculadas, entendéndose por tales as que se atopen nalgún dos supostos previstos no artigo 42 do Código de comercio, poidan ser excluídas das ditas licitacións cando non haxa outro medio de garantir o cumprimento do principio de igualdade de trato. (...)”*

*Entre as medidas ás que se refire o primeiro parágrafo deste apartado, atoparanse a comunicación aos demais candidatos ou licitadores da información intercambiada no marco da participación na preparación do procedemento de contratación ou como resultado dela, e o establecemento de prazos axeitados para a presentación de ofertas.*

*As medidas adoptadas consignaranse nos informes específicos previstos no artigo 336”.*

Este precepto enmárcase no contexto das denominadas “consultas preliminares de mercado” (art. 115 LCSP), que lles permiten aos órganos de contratación solicitar información adicional para preparar o contrato, aínda que non debe desdeñarse o perigo de que o órgano de contratación se poida ver influenciado en exceso polos operadores consultados, os cales poderían aproveitar a súa participación nesta fase preliminar do procedemento de contratación para influír no deseño dos pregos, de maneira que lles resulten máis favorables a estes. Esta posibilidade débeo levar a tomar certas cautelas, como ampliar as súas fontes de información, acudir, se fose preciso, a informes independentes ou mesmo á experiencia doutras autoridades, incluídas as de competencia, por exemplo, en expedientes de concentracións económicas recentes, pois neles analízase en detalle o mercado ou mercados afectados.

A relevancia do artigo 70.1 LCSP deriva do seu carácter cautelar, pois diríxese a evitar que os que colaboraron na preparación dun contrato o fixeran no seu exclusivo interese e non no da Administración contratante. Debemos mencionar neste punto a importancia da “neutralidade tecnolóxica” e o perigo de que unha opción inicial peche o mercado a futuras tecnoloxías alternativas ou configure exclusividades

<sup>35</sup> Son exemplos clásicos do que sinalamos o sector primario en xeral en España, onde o poder de mercado da distribución pode distorsionar a competencia ou o sector do transporte de viaxeiros por estrada.

perigosas desde a perspectiva da competencia e os valores que esta implica respecto do estímulo da innovación.

Outro dos ámbitos nos que a conexión entre a LCSP e LDC é intensa e que, ao noso xuízo, exemplifica perfectamente as dificultades que anticipamos para coonestar os dous ámbitos normativos (libre competencia e contratación pública, LDC e LCSP) é o das denominadas “*prohibicións de contratar*”<sup>36</sup>, reguladas nos artigos 71 a 73 LCSP, cuxa aplicación suscita aínda hoxe numerosas interrogantes, algunhas das cales están na actualidade pendentes de pronunciamentos xudiciais<sup>37</sup>.

Conforme o artigo 71 LCSP:

*“1. Non poderán contratar coas entidades previstas no artigo 3 desta lei, cos efectos establecidos no artigo 73, as persoas nas cales concorra algunha das seguintes circunstancias:*

*(...)*

*b) Ter sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia (...) de falseamento da competencia (...).”*

Pola súa banda, o artigo 72 LCSP, ao regular a apreciación da “competencia e procedemento” en relación con estas prohibicións de contratar, sinala que:

*“5. Cando, conforme o sinalado neste artigo, sexa necesaria unha declaración previa sobre a concorrencia da prohibición, o alcance e duración desta determinaranse seguindo o procedemento que nas normas de desenvolvemento desta lei se estableza.*

*Non procederá, non obstante, declarar a prohibición de contratar cando, en sede do trámite de audiencia do procedemento correspondente, a persoa incurso na causa de prohibición acredite o pagamento ou compromiso de pagamento das multas e indemnizacións fixadas por sentenza ou resolución administrativa das que derive a causa de prohibición de contratar, sempre e cando as citadas persoas fosen declaradas responsables do pagamento desta na citada sentenza ou resolución, e a adopción de medidas técnicas, organizativas e de persoal apropiadas para evitar a comisión de futuras infraccións administrativas, entre as que quedará incluído acollerse ao programa de clemencia<sup>38</sup> en materia de falseamento da competencia. Este parágrafo non resultará de aplicación cando resulte aplicable a causa de prohibición de contratar a que se refire o artigo 71.1, letra a). A prohibición de contratar, así declarada, poderá ser revisada en calquera momento da*

<sup>36</sup> As prohibicións de contratar recóllanse xa nos artigos 60 a 61 bis do Real decreto legislativo 3/2011, do 14 de novembro, polo que se aproba o Texto refundido da Lei de contratos do sector público (TRLRSP), incluíndose xa como causa no seu artigo 60.1.b) “ter sido sancionadas con carácter firme por infracción grave (...) de falseamento da competencia (...)”.

<sup>37</sup> Neste sentido, resulta elocuente BACHES OPI, S., “La prohibición de contratar con las administraciones públicas por infracciones del Derecho de la competencia: «*Setung a sale on a sea of doubts*»”, Canedo Arrillada, M.P. (dir.), *La competencia como motor de desarrollo económico*, Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 167-211.

<sup>38</sup> Ao denominado Programa de Clemencia faremos unha breve mención máis adiante.



*súa vixencia, cando a persoa que fose declarada en situación de prohibición de contratar acredite o cumprimento dos extremos a que se refire o parágrafo anterior. O órgano competente para coñecer da citada revisión será o mesmo que ditou a resolución de declaración de prohibición de contratar (...)*”.

Como xa tivemos ocasión de sinalar recentemente<sup>39</sup>, cómpre destacar, con SANZ DE LA ASUNCIÓN e ARECES LÓPEZ<sup>40</sup>, que a maior novidade da súa nova regulación sería a transposición das denominadas “*medidas de autocorrección*” ou *self-cleaning*, que permite a dispensa da prohibición de contratar mediante a adopción polo empresario de medidas correctivas. Trátase dos coñecidos programas de cumprimento (*compliance programmes*)<sup>41</sup>, malia que, a diferenza do previsto na Directiva 2014/24/UE, que condicionaba a dispensa a que a empresa presentase probas suficientes para demostrar a súa fiabilidade, consideran que tal apreciación é discrecional, aínda que queda sometida a tres requisitos: (i) demostrar que pagou ou se comprometeu a pagar a indemnización correspondente por calquera dano causado pola infracción penal ou a falta, (ii) que aclarou os feitos e circunstancias de xeito exhaustivo colaborando activamente coas autoridades investigadoras e (iii) que adoptou medidas técnicas, organizativas e de persoal concretas, apropiadas para evitar novas infraccións penais ou novas faltas. Non obstante, a LCSP, na súa transposición unicamente inclúe dous deses tres requisitos que consideran que se configurarían como automáticos para o outorgamento da dispensa en sede de trámite de audiencia do procedemento correspondente: (i) acreditar o pagamento da multa ou compromiso de pagamento da multa imposta; e (ii) a adopción de medidas técnicas, organizativas e de persoal apropiadas para evitar a comisión de futuras infraccións administrativas<sup>42</sup>.

Sen esquecer a importancia dos dous requisitos, o último dos cales se remite a un programa de cumprimento, queremos chamar a atención sobre a omisión do requisito relativo ao pagamento da indemnización correspondente por calquera dano causado pola infracción penal ou a falta. Entendemos que o seu mantemento, estendéndoo aos ilícitos anticompetitivos, tería sido fundamental para previr novas condutas infractoras.

<sup>39</sup> Neste sentido, *vid.* RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., PÉREZ FERNÁNDEZ, P. e SUDEROW, J., “Una visión integral de la prevención de los cárteles: análisis desde la perspectiva de las empresas, las Administraciones Públicas y las autoridades de competencia”, Beneyto Pérez, J.M. e Mailló González-Orús, J. (dirs.), *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 109-156; e MIÑO LÓPEZ, A.M., “Programas de cumplimiento y defensa de la competencia en la contratación pública: principios y modalidades”, *Diario La Ley*, n. 9813, 2021.

<sup>40</sup> Cfr. SANZ DE LA ASUNCIÓN, J. e ARECES LÓPEZ, C., “Puntos de encuentro entre la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y el Derecho de la Competencia”, *cit.*, p. 109.

<sup>41</sup> Para unha visión xeral dos programas de cumprimento en materia antitrust, véxanse, entre outros, RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “Capítulo 21: Prevención de cárteles, promoción de la competencia y programas de cumplimiento”, Beneyto Pérez, J.M. e Mailló González-Orús, J. (dirs.), *La lucha contra los cárteles en España*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 845-876; e RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “El reto de la implantación de los PDC en materia antitrust en España”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n. 17, 2015, p. 6.

<sup>42</sup> SANZ DE LA ASUNCIÓN, J. e ARECES LÓPEZ, C., “Puntos de encuentro entre la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y el Derecho de la Competencia”, *cit.*, p. 109.

Tamén se subliñou<sup>43</sup> a novidade relativa de que a LCSP se refire á posibilidade da empresa de acollerse ao “programa de clemencia”, como medida equivalente ao segundo dos aludidos requisitos (adoptar medidas técnicas, organizativas e de persoal concretas, apropiadas para evitar novas infraccións penais ou faltas)<sup>44</sup>.

A LCSP<sup>45</sup> introduce a previsión de que a decisión da compañía de acollerse ao programa de clemencia (exención do pagamento da multa *ex* artigo 65 LDC) permitirá tamén eludir a prohibición para contratar sen necesidade de acreditar ningún outro extremo. Pola contra, como subliñan SANZ DE LA ASUNCIÓN e ARECES LÓPEZ, *no caso de que á empresa incurso na prohibición se lle tivese concedido a dita redución conforme o artigo 66 LDC, será necesario que acredite o pagamento da multa reducida para que non se declare a prohibición ou para que sexa revisada se xa foi declarada*<sup>46</sup>.

En relación coas medidas de autocorrección (*self-cleaning*) e o deber de cooperación na aclaración dos feitos, debemos resaltar que a cooperación non se limita só á cooperación coas autoridades de competencia, senón que as empresas deben cooperar tamén co poder adxudicador para esclarecer de forma exhaustiva un posible falseamento da competencia. En efecto, o TXUE na Sentenza C124/17, do 24 de outubro de 2018, no asunto *Vossloh-Laeis vs. Stadtwerke München GmbH*, en contra do proposto polo avogado xeral nas súas conclusións do 16 de maio de 2018, conclúe que o operador económico non só debe colaborar coa autoridade de competencia, senón que tamén debe colaborar co poder adxudicador na aclaración exhaustiva dos feitos e circunstancias que garden relación coa infracción cometida<sup>47</sup>. O risco de que a transmisión do documento poida facilitar a acción de responsabilidade civil por

<sup>43</sup> Cfr. SANZ DE LA ASUNCIÓN, J. e ARECES LÓPEZ, C., “Puntos de encuentro entre la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y el Derecho de la Competencia”, cit., pp. 109 e 110. Para estes autores, a asimilación da adopción de medidas organizativas á decisión da compañía de acollerse ao Programa de Clemencia supón que, naqueles supostos en que se solicitase (e outorgase) a exención do pagamento da multa conforme o artigo 65 LDC, non se aplicará a prohibición para contratar sen necesidade de acreditar ningún outro extremo. Pola contra, no caso de que á empresa incurso na prohibición se lle concedese a redución do pagamento da multa de conformidade co artigo 66 da LDC, será necesario que acredite o pagamento da multa reducida para que non se declare a prohibición ou para que sexa revisada se xa foi declarada.

<sup>44</sup> Esta apelación directa a unha figura propia do dereito da competencia reafirmamos na idea de que as indemnizacións aludidas serían incluír tamén as derivadas de ilícitos antitrust. O anterior lévanos a pensar que sería positivo incluír nos pregos que a empresa dispoña dun programa de cumprimento que previse especificamente os ilícitos antitrust e tamén, se é o caso, un compromiso de asumir o pagamento dunha indemnización, que podería estar fixada de antemán, para reparar posibles prexuízos derivados de infraccións antitrust ou o compromiso de renuncia ao contrato en caso de infracción antitrust. Non obstante, a exixencia lóxica de que recaia sentenza firme podería facer esta última previsión.

<sup>45</sup> Cfr. artigo 72.5 (“Apreciación da prohibición de contratar. Competencia e procedemento”).

<sup>46</sup> A razón da inclusión do Programa de Clemencia como medida correctora residiría, a xuízo de SANZ DE LA ASUNCIÓN e ARECES LÓPEZ, en que, sen unha mención expresa, parecería difícil integrar a participación nun Programa de Clemencia no suposto de adopción de medidas técnicas, organizativas e de persoal (denominado, comunmente, como programa de *compliance*). En segundo lugar, a súa alusión fúndase no temor expresado pola CNMC no seu Informe ao Anteproxecto da Lei de que a non introdución dunha mención expresa a este respecto puidese afectar negativamente (no sentido de desincentivar) o Programa de Clemencia previsto na LDC. Asumen, en consecuencia, que resulta razoable pensar que a efectividade deste programa quedaría posto en dúbida se os solicitantes, malia lograr unha exención ou redución do pagamento da multa que se puidese impor e tras achegar probas da existencia dun acordo secreto entre competidores, se lles aplicase a prohibición de contratar co sector público. Debe terse en conta que, para moitas empresas, o sector público é o seu principal ou único cliente, de maneira que esta prohibición podería supor un dano ou prexuízo maior que o derivado da multa que a CNMC lle puidese impor á empresa en cuestión (SANZ DE LA ASUNCIÓN, J. e ARECES LÓPEZ, C., “Puntos de encuentro entre la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y el Derecho de la Competencia”, cit., p. 109).

<sup>47</sup> Véxase ao respecto SUDEROW, J., “Europa: STJUE 24.10.18, C 124/17, Vossloh laeis GmbH y Stadtwerke München GmbH Contratación pública, compliance y acciones de daños”, *osservatorioantitrust.eu*, 7 de novembro de 2018. Acceso web: <https://www.osservatorioantitrust.eu/es/europa-stjue-24-10-18-c-124-17-vossloh-laeis-gmbh-y-stadtwerke-munchen-gmbh-contratacion-publica-compliance-y-acciones-de-danos>.

parte do propio poder adxudicador non debe servir para eludir a obriga de colaborar. O propio TXUE recorda que a empresa, para demostrar a súa fiabilidade, debe achegar proba de que pagou ou se comprometeu a pagar a indemnización correspondente por calquera dano causado pola infracción.

Así mesmo, a entrega ao poder adxudicador da resolución sancionadora na que se constata a infracción cometida pola empresa licitadora basta para demostrarlle ao poder adxudicador que ese operador económico aclarou de xeito exhaustivo os feitos e circunstancias colaborando co poder adxudicador.

Debemos distinguir entre as dúas cuestións tratadas neste caso: a obriga de esclarecer os feitos pasados relacionados coa infracción e o alcance da información suficiente a achegar para restablecer a fiabilidade do operador económico.

Grazas a esta sentenza, queda claro que a exclusión é un mecanismo que pode resultar efectivo e facilitar, se é o caso, non só a selección do mellor licitador e a adopción de programas de *compliance* serios e efectivos, senón que tamén facilita a reparación do dano causado polo cártel á Administración pública.

A limitación do deber de cooperación e de esclarecemento fronte á autoridade de competencia tería suposto unha importante erosión do principio de cooperación e do alcance das medidas de autocorrección recollido na Directiva 2014/24, xa que, grazas ao programa de clemencia, a posición do solicitante e infractor tería quedado blindada fronte ao poder adxudicador. Por iso, esta sentenza debe ser benvinda e, en opinión dos autores, contén importantes avances tanto en relación coa exclusión como en relación coas accións de danos que formula a Administración pública. Así as cousas, debemos recordar que a protección do programa de clemencia se limita ao procedemento sancionador fronte á autoridade de competencia e non se debe estender a outros procedementos como poden ser a exclusión por falta de fiabilidade ou calquera acción de danos *follow on*. Esta última cuestión pode provocar, en boa medida, que o éxito que ata a data tiveron os programas de clemencia se poida ver resentido, pero iso non debe impedir que os danos antitrust sexan axeitadamente reparados.

A figura da prohibición de contratar é, en consecuencia e sen lugar a dúbidas, unha figura de singular relevancia práctica, posto que, aínda que se adoita descartar o carácter de “*sanción*” en sentido estrito desta prohibición, a súa relevancia e consecuencias fan dela un instrumento en mans das autoridades de competencia, cuxo temor supera, con frecuencia, as potenciais multas.

Entendemos que as cuestións que esta regulación non deixa de todo claras serán resoltas pola práctica e confirmadas polos tribunais. Nesta liña, debemos apuntar, por exemplo, o seu carácter automático, menciónese ou non na correspondente resolución sancionadora; que sexa aplicable en caso non só de infracción grave, senón coherentemente no caso de infracción moi grave; que a súa determinación pode facela directamente a autoridade de competencia (con ou sen proposta do órgano instructor) ou ser determinada pola xunta consultiva de contratación administrativa competente, así como as cuestións relativas ao denominado, seguindo a terminoloxía anglosaxoa, como *self-cleaning*, isto é, a posible enervación da prohibición mediante a

implantación de programas de cumprimento. Na actualidade, a CNMC<sup>48</sup>, a Autoridade Vasca da Competencia (AVC)<sup>49</sup> ou a Axencia de Defensa da Competencia de Andalucía<sup>50</sup> optaron por non proceder á dita determinación (a pesar dalgún voto particular no caso da CNMC<sup>51</sup>), mentres que autoridades autonómicas de competencia como a Autoridade Catalá da Competencia (ACCO)<sup>52</sup> e a Comisión Galega da Competencia<sup>53</sup> as fixaron nas súas resolucións. Entendemos que ambas as dúas vías son válidas.

En todo caso e no que respecta ao órgano de contratación e ao labor da mesa de contratación, deberán estar debidamente informados da vixencia da prohibición e das condicións na súa determinación para a súa efectividade en licitacións concretas.

Do que si temos constancia, que xa admitiu a trámite o Tribunal Supremo, polo seu interese casacional, é da eventual suspensión cautelar da prohibición de contratar, tomando especialmente en consideración se a súa previsión na resolución sancionadora ditada pola CNMC implica a súa execución inmediata (mesmo cando non estea determinada a duración e o alcance desa prohibición), ou se a executividade do acto resulta do procedemento administrativo posterior ante a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa, así como a incidencia que iso poida ter na peza separada de medidas cautelares, precisando que *“se trata de interpretar o artigo 130 LXCA en relación cos artigos 71.1.b) e 72 (apartados 2, 3, 5 e 7) LCSP, co fin de aclarar se a prohibición de contratar que inclúe a resolución sancionadora ditada pola CNMC debe entenderse inmediatamente executiva para os efectos da súa eventual suspensión cautelar ou, pola contra, a executividade da dita medida se produce nun momento posterior tras a tramitación do procedemento correspondente ante a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa”*<sup>54</sup>.

<sup>48</sup> No caso da CNMC, ademais das súas notas de prensa e o buscador, poden consultarse as súas memorias anuais, dispoñibles en <https://www.cnmc.es/sobre-a-cnmc/memorias>. Téñase en conta que non todas as comunidades autónomas dispoñen de órgano de resolución dos expedientes sancionadores, polo que, aínda que a instrución se desenvolva nestas, a resolución corresponde á Sala de Competencia da CNMC. A título de exemplo en materia de licitación pública, véxanse as resolucións do Consello da CNMC do 9 de marzo de 2017, no Expdte. S/DC/0512/14, Transporte Balear de Viaxeiros (acceso web: <https://www.cnmc.es/expedientes/sdc051214>), ou de 20 de xuño de 2019, Expdte. SAMUR/02/18, Transporte Escolar Murcia (acceso web: [https://www.cnmc.es/sites/default/files/2811227\\_92.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/2811227_92.pdf)) ou 9 de setembro de 2020, no Expdte. SANAV/02/19, Transporte Escolar de Viaxeiros Navarra (acceso web: <https://www.cnmc.es/sites/default/files/3136435.pdf>).

<sup>49</sup> Cfr. Resolución do 27 de decembro de 2017, no Expediente 130-SAN-2016, Transporte de Viaxeiros de Guipúscoa. Acceso web: [https://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/resoluciones/es\\_resoluci/adjuntos/130\\_RESOLUCION\\_TRANSPORTE\\_GIPUZKOA\\_web\\_es.pdf](https://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/resoluciones/es_resoluci/adjuntos/130_RESOLUCION_TRANSPORTE_GIPUZKOA_web_es.pdf).

<sup>50</sup> Cfr. Resolución do 16 de decembro de 2019, ditada no Expediente S/11/2019, Contratación Pública Vivenda. Acceso web: <http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/pdfs/Resolucion-S-11-2019.pdf>.

<sup>51</sup> Cfr. voto particular da conselleira María Pilar Canedo (apartado C. Sobre a prohibición de contratar, pp. 222 e ss.), á Resolución do 1 de outubro de 2019, no Expdte. S/DC/0612/17, Montaxe e Mantemento Industrial. Acceso web: [https://www.cnmc.es/sites/default/files/3408914\\_2.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/3408914_2.pdf).

<sup>52</sup> Cfr. Resolución do 23 de decembro de 2019, ditada no Expediente 94/2018, Licitacións Servizo Meteorolóxico de Cataluña. Cfr. [http://acco.gencat.cat/web/.content/80\\_acco/documents/arxiu/actuacions/20200121\\_Resolucion-exp.-94.18-PUB.pdf](http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/20200121_Resolucion-exp.-94.18-PUB.pdf).

<sup>53</sup> Cfr. Resolución 3/2020 - ARRIVA NOROESTE, S.L. (na actualidade, ARRIVA GALICIA, S.L.). Dispoñible na web oficial CGC no enderezo [https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/01/RES\\_3\\_2020\\_cast\\_0.pdf](https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/01/RES_3_2020_cast_0.pdf).

<sup>54</sup> Cfr. ROX: ATS 29/04/2021 - ECLI:ES:TS: 2021:2904A, do 18 de marzo de 2021. Durante a última revisión deste traballo, publicouse a Sentenza 1115/2021, do 14 de setembro de 2021 (recurso de casación 6372/2020), na que o Tribunal Supremo (TS) se pronuncia por vez primeira sobre a posibilidade de que a Audiencia Nacional (AN) suspenda a execución de resolucións sancionadoras da Sala de Competencia do Consello da CNMC non só no relativo ao pagamento da sanción económica imposta, senón tamén no atinente á prohibición para contratar. Para un comentario desta sentenza, véxase a nota do despacho

Outro ámbito no que se aprecia a interrelación entre as dúas normas é a regulación dos “lotes”, modificada na actual LCSP. Deste modo, o artigo 99 LCSP (“*Obxecto do contrato*”) dispón na actualidade:

*“3. Sempre que a natureza ou o obxecto do contrato o permitan, deberá preverse a realización independente de cada unha das súas partes mediante a súa división en lotes, podéndose reservar lotes de conformidade co disposto na disposición adicional cuarta”<sup>55</sup>.*

Esta previsión está pensada para a fase de preparación do contrato e está dirixida aos que preparan a licitación. Son eles os que deben decidir se procede definir lotes e cales se establecen. A idea é que, a maior número de lotes, máis opcións de que se presenten licitadores e que estes poidan ser peme. O poder adxudicador deberá valorar, non obstante, as súas necesidades, evitando caer no perigo de que o excesivo fraccionamento do contrato poña en perigo a finalidade deste ou poida considerarse un intento de fraccionar o contrato, malia que en última hipótese non se falaría, en puridade, de “lotes”.

É máis explícita, porén, a mención que á libre competencia fai o artigo 285 LCSP ao regular os “*pregos e anteproxecto de obra e explotación*”, citando expresamente o artigo 99.3 LCSP:

*“1. Os pregos de cláusulas administrativas particulares e de prescricións técnicas deberán facer referencia, polo menos, aos seguintes aspectos:*

*a) Definirán o obxecto do contrato, debendo prever a realización independente de cada unha das súas partes mediante a súa división en lotes, sen mingua da eficacia da prestación, de acordo co disposto no artigo 99.3, coa finalidade de promover a libre concorrència”.*

Non obstante, constatando a importancia do xa exposto ata agora no repaso lineal da LCSP, o certo é que as dúas pontes ou pasarelas máis explícitas e directas que se

---

Clifford Chance en España: ALMENAR, J., ALCARAZ, C. e IRISSARRY, B., “El Supremo invita a pedir la suspensión cautelar de las prohibiciones para contratar, aunque no sean inmediatamente ejecutivas”, *Boletín Clifford Chance*, outubro, 2021. Acceso web: <https://www.cliffordchance.com/briefings/2021/10/el-supremo-invita-a-pedir-la-suspension-cautelar-de-las-prohibic.html>.

<sup>55</sup> A disposición adicional cuarta ten por obxecto os “contratos reservados” a favor de “1. (...) Centros Especiais de Emprego de iniciativa social e a empresas de inserción reguladas, respectivamente, no Texto refundido da Lei xeral de dereitos das persoas con discapacidade e da súa inclusión social, aprobada mediante o Real decreto lexislativo 1/2013, do 29 de novembro, e na Lei 44/2007, do 13 de decembro, para a regulación do réxime das empresas de inserción, que cumpran cos requisitos establecidos nesa normativa para ter esta consideración, ou unha porcentaxe mínima de reserva da execución destes contratos no marco de programas de emprego protexido, a condición de que a porcentaxe de traballadores con discapacidade ou en situación de exclusión social dos centros especiais de emprego, das empresas de inserción ou dos programas sexa a prevista na súa normativa de referencia e, en todo caso, polo menos do 30 por 100”. Sobre esta DA cuarta, véxase o Informe Función Consultiva FC 3/2020, CONSULTA SOBRE CENTROS ESPECIAIS DE EMPREGO, dispoñible na web da Comisión Galega da Competencia, [www.competencia.gal](http://www.competencia.gal), concretamente no enderezo: [https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/03/INFORME%20FUNCION%20C3%93N%20CONSULTIVA%20FC%203-2020%20CENTROS%20ESPECIALES%20DE%20EMPLEO\\_g%20\\_0.pdf](https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/03/INFORME%20FUNCION%20C3%93N%20CONSULTIVA%20FC%203-2020%20CENTROS%20ESPECIALES%20DE%20EMPLEO_g%20_0.pdf). Nesta mesma liña, véxanse as conclusións do avogado xeral, o señor EVGENI TANCHEV, presentadas o 29 de abril de 2021, no Asunto C-598/19, cuestión prexudicial formulada polo Tribunal Superior de Xustiza do País Vasco no caso Confederación Nacional de Centros Especiais de Emprego (CONACEE) contra a Deputación Foral de Guipúscoa e Federación Empresarial Española de Asociaciones de Centros Especiales de Empleo (FEACEM). Acceso web: <https://www.crisisycontratacionpublica.org/wp-content/uploads/2021/05/CONCLUSIONES-AG-29-04-2021.-Contratos-reservados.Centros-especiales-de-empleo.-Pais-Vasco.pdf>.

lanzan á LDC son as contidas nos artigos 132 e 150 LCSP<sup>56</sup>. Por seguir a orde da propia LCSP, referirémonos agora ao primeiro destes preceptos, o artigo 132 LCSP, abordando o segundo deles tras examinar o artigo 139 que se intercala entre ambos os dous.

O artigo 132 LCSP ocúpase do principio de igualdade, transparencia e libre competencia, dedicando a esta última o seu apartado 3.º, conforme o cal:

*“3. Os órganos de contratación velarán en todo o procedemento de adxudicación pola salvagarda da libre competencia. Así, tanto eles como a Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado ou, se é o caso, os órganos consultivos ou equivalentes en materia de contratación pública das comunidades autónomas, e os órganos competentes para resolver o recurso especial a que se refire o artigo 44 desta lei, notificaránlle á Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia ou, se é o caso, ás autoridades autonómicas de competencia, calquera feito do que teñan coñecemento no exercicio das súas funcións que poidan constituír infracción á lexislación de defensa da competencia. En particular, comunicarán calquera indicio de acordo, decisión ou recomendación colectiva, ou práctica concertada ou conscientemente paralela entre os licitadores, que teña por obxecto, produza ou poida producir o efecto de impedir, restrinxir ou falsear a competencia no proceso de contratación.”*

Este precepto, que en termos similares se recollía xa no TRLCSP de 2011<sup>57</sup> e nunha Lei de Galicia de 2013<sup>58</sup>, é un dos preceptos claves para a relación entre contratación pública e competencia. A súa redacción segue sendo ambigua e incompleta, pois parece centrarse unicamente nos acordos anticompetitivos de carácter colusorio, cando cabe que a conduta anticompetitiva poida encaixar, ademais de nos artigos 1 LDC/101 TFUE, cuxa redacción transcribe de forma case literal a LCSP, nos artigos 2 LDC/102 TFUE e, no caso de España, no singular artigo 3 LDC. Hai que recoñecer, no entanto, que os acordos colusorios son a práctica máis habitual das detectadas ata a data.

É preciso sinalar, respecto do seu contido, que a expresión “órganos de contratación” é, ao noso xuízo, deliberadamente ampla para incluír todos os que desde a Administración poidan detectar indicios dunha eventual práctica anticompetitiva

<sup>56</sup> Como acertadamente destaca MIÑO LÓPEZ, engadindo a estes dous preceptos o artigo 69 LCSP xa analizado: “Os tres artigos estudados impoñen a obriga de notificación sexa cal sexa o procedemento de licitación e a forma de adxudicación empregado polo órgano de contratación. A actuación da autoridade de competencia non entra a considerar as eventuais infraccións da normativa de contratación pública e desenvólvese á marxe e de forma paralela á licitación e ao recurso administrativo especial en materia de contratación pública, salvo que os órganos competentes suspendan a tramitación dos ditos procedementos” (MIÑO LÓPEZ, A.M., “La comunicación de prácticas anticompetitivas a las autoridades de defensa de la competencia por los órganos de la contratación pública”, cit.).

<sup>57</sup> Cfr. a disposición adicional vixésimo terceira (Prácticas contrarias á libre competencia), do Real decreto legislativo 3/2011, do 14 de novembro, polo que se aproba o Texto refundido da Lei de contratos do sector público (TRLCSPP).

<sup>58</sup> Cfr. o artigo 23.2 da Lei 14/2013, do 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico (de Galicia), conforme o cal: “2. Os órganos de contratación, a Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia, a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia e os órganos competentes para resolver o recurso especial referido no artigo 40 do Texto refundido da Lei de contratos do sector público lle notificarán á Comisión Galega da Competencia calquera feito, do que teñan coñecemento no exercicio das súas funcións, que poida constituír infracción da lexislación de defensa da competencia. En particular, comunicarán calquera indicio de acordo, decisión ou recomendación colectiva, práctica concertada ou conscientemente paralela entre os licitadores que teña por obxecto, produza ou poida producir o efecto de impedir, restrinxir ou falsear a competencia no proceso de contratación”.



(mesa de contratación, órgano de resolución de recursos especiais...<sup>59</sup>), aínda que, sen dúbida, adoita ser a mesa de contratación a que dispón de maior información. Así mesmo, o uso do plural “indicios”, a pesar de que non exclúe que un único indicio poida levar a apreciar a posible existencia da práctica, todo parece apuntar a que deban ser varios<sup>60</sup>, e o máis evidentes posible, posto que en moitos casos non vai poder disporse de probas directas (*smoking gun*)<sup>61</sup>, mesmo aínda que se verifique por parte da autoridade de competencia unha inspección domiciliaria cos poderes que se acaban de reforzar agora do seu órgano de inspección<sup>62</sup>.

Debe sinalarse, non obstante, que, sen prexuízo do que se dirá respecto do artigo 150 LCSP, a comunicación do órgano de contratación non afecta directamente ao expediente de licitación, salvo que este tome medidas de acordo coa propia LCSP<sup>63</sup> “CASO LACERA”, pois a eventual sanción só sería posible, se é o caso, tras finalizar o correspondente expediente sancionador incoado pola autoridade de competencia, que dispón para iso, unha vez incoado, de polo menos 18 meses. A vía do expediente de contratación e de competencia correrían vidas paralelas e a sanción tería unicamente carácter represivo e, se é o caso, disuasorio, pero non reparador. Os efectos anticompetitivos que se puidesen ter producido e probado deberían reclamarse en sede xudicial (aplicación privada), que, tratándose dunha Administración a que o sufriu, debería ser a que instase a esa reclamación<sup>64</sup>.

Outra norma relevante da LCSP para os efectos deste traballo, malia que non inclúa unha mención directa á lexislación de defensa da competencia, é a que consagra o denominado “*principio de proposición única*” (tamén coñecido como “*principio*

<sup>59</sup> No caso de Galicia, o Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia (TACGal) enviou diversas comunicacións ao abeiro do artigo 132.3 LCSP que deron lugar a expedientes sancionadores. A título de exemplo, Resolución 3/2019 - Licitación servizo salvamento e socorrismo nas praias da Coruña, do Pleno da Comisión Galega da Competencia, do 27 de xuño de 2019. Acceso web: [https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/01/Res3\\_2019\\_licitacion\\_salvamento\\_cast.pdf](https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/01/Res3_2019_licitacion_salvamento_cast.pdf).

<sup>60</sup> A CNMC publicou en 2017 nun sinxelo e útil folleto unha *Guía sobre la lucha contra el fraude en la contratación pública* que expón unha serie de indicios relevantes de colusión. Acceso web: <https://www.dipucuenca.es/documents/34525/36926/D.+SANT IAGO+P%C3%89REZ+OSMA.+Gu%C3%ADa+contra+el+fraude+CNMC.pdf/c94fea11-fc77-451e-eae3-79688f7f0690>.

<sup>61</sup> Na Resolución R 2/2017 - Contrato público de subministración de caldeiras, do PCGC, do 24 de xullo de 2017 (acceso web: [https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/01/R2\\_calderas2017\\_cast.pdf](https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/01/R2_calderas2017_cast.pdf)), as empresas sancionadas revelaran ao órgano de contratación a súa vontade de intercambiar entre si os contratos en que resultaran adjudicatarios, concorrendo os representantes das dúas empresas. Ao advertírselles que non era posible, as dúas renunciaron ao contrato que gañaran, deixando paso ao segundo clasificado, que eran elas mesmas pero intercambiada a súa posición, pois cada unha resultara segunda no lote no que a outra quedara primeira. A sanción foi confirmada polo TSXG na súa Sentenza 00470/2018, do 7 de novembro de 2018 (acceso web: [https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/01/Sentencia\\_TSJG\\_00470\\_2018\\_Calderas.pdf](https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/01/Sentencia_TSJG_00470_2018_Calderas.pdf)).

<sup>62</sup> Téñanse en conta as modificacións da LDC introducidas polo Real decreto-lei 7/2021, en especial, na nova redacción do artigo 40 LDC.

<sup>63</sup> A título ilustrativo, podemos destacar, por exemplo, como nun caso o órgano de contratación acordou, ao considerar que existira, ao seu xuízo, unha infracción non emendable das normas de contratación pública, en virtude do disposto no artigo 152.4 LCSP, a desistencia do procedemento de adjudicación do servizo en cuestión, así como, entre outros extremos, ordenar o inicio inmediato da tramitación dun novo procedemento de licitación para a contratación deste, ademais de trasladar os feitos, en virtude do artigo 132.3 LCSP, á autoridade de competencia correspondente.

<sup>64</sup> Así o afirmamos xa en RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., PÉREZ FERNÁNDEZ, P. e SUDEROW, J., “Una visión integral de la prevención de los cárteles: análisis desde la perspectiva de las empresas, las Administraciones Públicas y las autoridades de competencia”, cit., pp. 109-156.



independente”)<sup>65</sup>, que recolle na actualidade o artigo 139 LCSP. Así, conforme o artigo 139 LCSP:

“Artigo 139. *Proposicións dos interesados.*

(...)

3. *Cada licitador non poderá presentar máis dunha proposición, sen prexuízo do disposto no artigo 142 sobre admisibilidade de variantes e no artigo 143 sobre presentación de novos prezos ou valores no seo dunha poxa electrónica. Tampouco poderá subscribir ningunha proposta en unión temporal con outros se o fixo individualmente ou figurar en máis dunha unión temporal. A infracción destas normas dará lugar á non admisión de todas as propostas por el subscritas.*

4. *Na proposición deberá indicarse, como partida independente, o importe do imposto sobre o valor engadido que deba ser repercutido”.*

De novo atopámonos ante unha irregularidade propia da contratación pública que, se é o caso e baixo certas premisas, infrinxe a lexislación de competencia. Deste xeito, a exclusión dos licitadores, que é unha das medidas que pode tomar o órgano de contratación, pode dar lugar, como a Comisión Galega da Competencia evidenciou, a unha sanción por vulneración do artigo 1 LDC, mesmo con sanción persoal ao directivo no que concorran as condicións previstas no artigo 63.2 LDC<sup>66</sup>.

Un exemplo claro do indicado témolos na Resolución 3/2019 - Licitación servizo salvamento e socorrismo nas praias da Coruña, do Pleno da Comisión Galega da Competencia (PCCG), do 27 de xuño de 2019<sup>67</sup>, na que o TACGal remitiu unha resolución na que confirmaba a exclusión de dous licitadores que infrinxiran o principio de proposición única e, ao mesmo tempo, actuaran como un cártel, tal e como na citada resolución apreciou atendendo aos múltiples indicios concorrentes a citada CGC e confirmou o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia<sup>68</sup>.

A mesma situación deuse na Resolución 4/2020 - Licitación transporte escolar, do PCGC, do 15 de decembro de 2020<sup>69</sup>, na que, tras a remisión polo TACGal da súa resolución nun recurso especial, o PCGC chegou á conclusión de que as tres empresas,

<sup>65</sup> Acerca deste principio, *vid.* FERNÁNDEZ ESTUDILLO, J.M., “El principio de proposición única, la presentación de proposiciones por empresas vinculadas y los acuerdos colusorios”, *Observatorio de la Contratación Pública*, 7 de abril de 2014. Acceso web: <http://obcp.es/opiniones/el-principio-de-proposicion-unica-la-presentacion-de-proposiciones-por-empresas>. Moi interesante tamén INFONALIA, “Presentación de ofertas por empresas pertencentes al mismo grupo”, *INFONALIA. Consultoría de Licitación Pública*, 18 de decembro de 2020. Acceso web: <https://www.infonalia.es/presentacion-de-ofertas-por-empresas-pertencientes-al-mismo-grupo/>.

<sup>66</sup> Conforme o artigo 63.1 LDC, “2. Ademais da sanción prevista no apartado anterior, cando o infractor sexa unha persoa xurídica, poderase impor unha multa de ata 60.000 euros a cada un dos seus representantes legais ou ás persoas que integran os órganos directivos que interviñesen na conduta”.

<sup>67</sup> Acceso web: [https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/01/Res3\\_2019\\_licitacion\\_salvamento\\_cast.pdf](https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/01/Res3_2019_licitacion_salvamento_cast.pdf).

<sup>68</sup> STSXG do 26 de marzo de 2021, N.I.G.: 15030 33 3 2019 0001140.

<sup>69</sup> Esta resolución pódese consultar tamén na web oficial da CGC ([www.competencia.gal](http://www.competencia.gal)). Acceso web: [https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/03/Resolucion%204-2020%20Licitacion%20transporte%20escolar%20%20PAX%20WEB%20\\_0.pdf](https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/03/Resolucion%204-2020%20Licitacion%20transporte%20escolar%20%20PAX%20WEB%20_0.pdf).

que eran independentes entre si ao non constituír grupo ningún, decidiran coludir para presentarse á licitación controvertida.

O que debe quedar claro á vista destes e doutros numerosos exemplos é que a vulneración dese principio, que desde a perspectiva da contratación pública pode dar lugar a diversas consecuencias, como a aludida exclusión dos licitadores<sup>70</sup> afectados ou mesmo á anulación da adxudicación, pode, non obstante, desde a perspectiva estritamente antitrust, revelar a existencia dunha conduta prohibida polo artigo 1 LDC (ou mesmo 3 LDC) cando as empresas respecto das que se aprecie a vulneración de principio de proposición única non forman parte do mesmo grupo, pois no dito caso non podería falarse de colusión ao estar amparada a súa conduta polo coñecido como “*privilexio de grupo*”<sup>71</sup>, conforme o cal, ao non se tratar de empresas independentes entre si, senón vinculadas, de modo que non se pode falar de “*acordo*”, tal e como prevé o artigo 1 LDC (e o 101 TFUE), que sanciona condutas de cooperación entre competidores.

Como xa anticipamos, uns dos preceptos máis relevantes na relación LCSP e LDC é o artigo 150 LCSP<sup>72</sup>, que, non obstante, ten o pouco expresivo título de “*clasificación das ofertas e adxudicación do contrato*”.

A este respecto e anticipando o que advertiremos máis adiante, debemos destacar que a LCSP ten unha marcada tendencia a identificar práctica anticompetitiva con práctica ou conduta colusoria, o que non é de todo correcto e deberemos matizar máis adiante, posto que nunha licitación pública cabe tamén a eventual infracción do artigo 2 LDC (102 TFUE) ou do artigo 3 LDC.

A ampla casuística de acordos colusorios en materia de contratación pública permitiu extraer xa unha primeira serie de indicios desta, servindo como pauta de investigación e, ao mesmo tempo, para delimitar certos indicadores que revelarían a súa existencia<sup>73</sup>. Por iso, considerouse axeitado introducir cambios na LCSP na pre-visión contida xa no TRLCSP<sup>74</sup> respecto da comunicación de indicios ás autoridades

<sup>70</sup> Cfr. PÉREZ DELGADO, M. e RODRÍGUEZ PÉREZ, R.P., “Exclusión del licitador por prácticas colusorias”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 173, Sección: La administración opina, maio-xuño 2021, pp. 105-107; e a Lei 5256/2021.

<sup>71</sup> Como expón de forma breve e clara ALONSO SOTO, “[d]o denominado «privilexio do grupo», que consiste en que, ao ser considerado o grupo de empresas como un único suxeito, non existirá unha pluralidade de vontades independentes entre as sociedades ou empresas que forman parte do grupo, de modo que, desde un punto de vista técnico, non terán a consideración de acordos ou prácticas concertadas os pactos que se celebren entre a matriz e as súas filiais ou entre as distintas sociedades que forman parte do grupo”. (ALONSO SOTO, E., “La responsabilidad de la sociedad matriz por las prácticas anticompetitivas de sus filiales (1)”, *Noticias de Competencia*, Gómez-Acebo & Pombo, Madrid, 2012, pp. 18 a 23, p. 19. Acceso web: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/LA-RESPONSABILIDAD-DE-LA-SOCIEDAD-MATRIZ-POR-LAS-PRACTICAS-ANTICOMPETITIVAS-DE-SUS-FILIALES.pdf>).

<sup>72</sup> Resulta de interese a lectura do Informe da CNMC, INF/CNMC/085/2018 sobre o artigo 150 da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público, pola que se traspoñen ao ordenamento xurídico español as directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE e 2014/24/UE, do 22 de novembro de 2018. Acceso web: [https://www.cnmc.es/sites/default/files/2216888\\_0.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/2216888_0.pdf).

<sup>73</sup> Resultan especialmente útiles os recollidos na *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*, publicada en 2010 (acceso web: <https://www.cnmc.es/file/123708/download>), e de forma máis sintética e específica no tríptico publicado pola CNMC en 2017, titulado *Guía contra a fraude na licitación pública* (acceso web: [https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor\\_contenidos/Competencia/2017/20170118\\_CNMC\\_licitaciones\\_01\\_2017.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Competencia/2017/20170118_CNMC_licitaciones_01_2017.pdf)).

<sup>74</sup> Cfr. a disposición adicional vixésimo terceira (“Prácticas contrarias á libre competencia”), do Real decreto lexislativo 3/2011, do 14 de novembro, polo que se aproba o Texto refundido da Lei de contratos do sector público, e o artigo 23.3, da Lei 14/2013, do 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico.

de competencia que, ademais de no actual artigo 1322.3 LCSP, xa citado, se engade a do artigo 150 LCSP.

En efecto, o artigo 150.1, parágrafo terceiro LCSP, dispón agora que:

*“Se no exercicio das súas funcións a mesa de contratación ou, no seu defecto, o órgano de contratación, tivese indicios fundados de condutas colusorias no procedemento de contratación no sentido definido no artigo 1 da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia, trasladaraos con carácter previo á adxudicación do contrato á Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia ou, se é o caso, á autoridade de competencia autonómica correspondente, para os efectos de que a través dun procedemento sumarísimo se pronuncie sobre aqueles. A remisión deses indicios terá efectos suspensivos no procedemento de contratación. Se a remisión a realiza a mesa de contratación, dará conta diso ao órgano de contratación. Regulamentariamente regularase o procedemento ao que se refire este parágrafo”.*

A norma está, en realidade, aínda pendente de desenvolvemento regulamentario, e resulta, desde a perspectiva da competencia, un tanto pretenciosa, posto que parece inducir que nun prazo sumario o órgano de competencia (obsérvase que cita, ademais da CNMC, as autoridades autonómicas de competencia) deberá anticipar o que na práctica adoita facerse tras unha información reservada (art. 49 LDC), se é o caso con inspección e, en todo caso, tras instruír un procedemento sancionador que pode durar ata 18 meses.

Con este precepto, preténdese dar un paso máis na imbricación entre contratación pública e competencia, ao abrir a posibilidade de que a autoridade de competencia se pronuncie de forma sumaria sobre os indicios que se lle trasladan. No entanto, permitiu que os órganos de contratación vexan nas autoridades de competencia unha posible axuda ante irregularidades que percibían pero que non sabían como xestionar axeitadamente.

Seguindo a orde da propia LCSP, a última remisión que esta fai á LDC é o artigo 321 LCSP, dedicado á adxudicación de contratos das entidades do sector público que non teñan o carácter de poderes adxudicadores.

*“2. Malia o indicado no apartado anterior, os órganos competentes das entidades a que se refire este artigo poderán adxudicar contratos sen aplicar as instrucións aprobadas por eles con suxeición ás seguintes regras:*

*a) Os contratos de valor considerado inferior a 40.000 euros, cando se trate de contratos de obras, ou a 15.000 euros, cando se trate de contratos de servizos e subministracións, poderán adxudicarse directamente a calquera empresario con capacidade de obrar e que conte coa habilitación que, se é o caso, sexa necesaria para realizar a prestación obxecto do contrato.*

*b) Os contratos ou acordos de valor considerado igual ou superior aos indicados na letra anterior ou os que se concerten para a selección de provedores suxeitaranse,*

*como mínimo, ás seguintes regras, respectándose en todo caso os principios de igualdade, non discriminación, transparencia, publicidade e libre concorrencia:*

*1. O anuncio de licitación publicarase no perfil de contratante da entidade, sen prexuízo de que poidan utilizarse outros medios adicionais de publicidade. Toda a documentación necesaria para a presentación das ofertas deberá estar dispoñible por medios electrónicos desde a publicación do anuncio de licitación.*

*2. O prazo de presentación de ofertas será fixado pola entidade contratante tendo en conta o tempo razoablemente necesario para a preparación daquelas, sen que en ningún caso ese prazo poida ser inferior a dez días contados desde a publicación do anuncio de licitación no perfil de contratante.*

*3. A adxudicación do contrato deberá recaer na mellor oferta, de conformidade co disposto no artigo 145. Excepcionalmente a adxudicación poderá efectuarse atendendo a outros criterios obxectivos que deberán determinarse na documentación contractual.*

*4. A selección do contratista, que deberá motivarse en todo caso, publicarase no perfil de contratante da entidade (...)<sup>75</sup>.*

## **2.2 De competencia a contratación pública (disp. adic. 2.ª e art. 65.3 LDC)**

Como sinalamos, ademais das remisións que a LCSP fai ás normas de competencia, a propia LDC fai algunha mención á contratación pública.

Ata datas moi recentes, a única mención atopábase na definición de cártel, cuxa redacción inicial foi modificada polo Real decreto-lei 9/2017, do 26 de maio, polo que se traspoñen directivas da Unión Europea nos ámbitos financeiro, mercantil e sanitario, e sobre o desprazamento de traballadores, ofrezca hoxe unha nova definición de cártel dando nova redacción á disposición adicional cuarta. 2.ª (Definicións), da vixente LDC. Concretamente no seu apartado 2:

---

<sup>75</sup> A disposición derradeira 40.5 da Lei 11/2020, do 30 de decembro, de orzamentos xerais do Estado para o ano 2021, engade a este artigo 321 LCSP un apartado 6 co seguinte teor:

“6. Estarán excluídos da aplicación desta lei os contratos entre dúas sociedades mercantís pertencentes ao sector público que non posúan o carácter de poder adxudicador, sempre e cando se cumpran todas e cada unha das seguintes condicións:

a) Que a sociedade contratante posúa de xeito directo ou indirecto a totalidade do capital social da contratista ou viceversa, ou que unha terceira sociedade, tamén do sector público, que tampouco teña o carácter de poder adxudicador posúa de xeito directo ou indirecto a titularidade do 100 por 100 do capital social das dúas primeiras.

b) Que os contratos teñan por obxecto a adquisición de bens ou a prestación de servizos que sexan necesarios para a realización da actividade mercantil propia do obxecto social da entidade contratante.

c) Que os contratos non distorsionen a libre competencia no mercado.

Para os efectos do establecido no parágrafo anterior o Departamento ministerial ou organismo ao que corresponda a tutela da sociedade contratante solicitará un informe previo da Comisión Nacional dos Mercados e da Competencia ou, se é o caso, da autoridade de competencia autonómica correspondente que analice os contratos concretos ou categorías xerais de contratos de similares características que as sociedades prevexan subscribir. O informe será tramitado no prazo máximo de vinte días hábiles”.

*“2. Para os efectos do disposto nesta lei enténdese por cártel todo acordo ou práctica concertada entre dous ou máis competidores cuxo obxectivo consista en coordinar o seu comportamento competitivo no mercado ou influír nos parámetros da competencia mediante prácticas tales como, entre outras, a fixación ou a coordinación de prezos de compra ou de venda ou outras condicións comerciais, mesmo en relación cos dereitos da propiedade intelectual e industrial; a asignación de cotas de produción ou de venda; a repartición de mercados e clientes, incluídas as colusións en licitacións<sup>76</sup>, as restricións das importacións ou exportacións ou as medidas contra outros competidores contrarias á competencia”<sup>77</sup>.*

Para os efectos deste traballo, podemos anticipar que o cártel é o acordo, práctica concertada ou conscientemente paralela de carácter colusorio que, de forma máis ou menos expresa ou, máis comunmente, intercambiando entre si información sensible, lles permite coordinar as súas ofertas falseando a competencia na licitación ou licitacións afectadas eludindo deste xeito concorrer entre si ao obxecto de repartir entre si o mercado, fixar prezos ou calquera outra circunstancia esencial da licitación.

A esta única e xenérica referencia directa, aínda que sen dúbida importante, engadiu a recente modificación da LDC levada a cabo para adaptala á coñecida como “Directiva ECN Plus”<sup>78</sup>, ao dar unha nova redacción ao artigo 65 LDC, que regula a “exención do pagamento da multa”, denominación técnica elixida no seu día por esta lei para regular na nosa disciplina o que se coñece como “política de clemencia”. En efecto, a nova redacción deste precepto incorpora a este unha previsión específica para as prohibicións de contratar reguladas na LCSP, ao afirmar no seu apartado 4 que queda agora do seguinte teor:

*“4. A exención prevista no apartado 1 comprenderá tamén a da prohibición de contratar prevista no artigo 71 da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público”.*

<sup>76</sup> A redacción deste apartado 2 foi modificada polo Real decreto-lei 9/2017, do 26 de maio, polo que se traspoñen directivas da Unión Europea nos ámbitos financeiro, mercantil e sanitario, e sobre o desprazamento de traballadores (art. terceiro. Modificación da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia, en materia de exercicio das accións de danos e perdas por infraccións do dereito da competencia), que engadiu tamén o apartado 3 a esta DA. A redacción da versión orixinal da LDC era máis lacónica e imprecisa, aínda que xa aludía a “poxas fraudulentas”: “2. Para os efectos do disposto nesta lei enténdese por cártel todo acordo secreto entre dous ou máis competidores cuxo obxecto sexa a fixación de prezos, de cotas de produción ou de venda, a repartición de mercados, incluídas as poxas fraudulentas, ou a restrición das importacións ou as exportacións”.

<sup>77</sup> A redacción orixinal da Lei 15/2007 era: “2. Para os efectos do disposto nesta lei enténdese por cártel todo acordo secreto entre dous ou máis competidores cuxo obxecto sexa a fixación de prezos, de cotas de produción ou de venda, a repartición de mercados, incluídas as poxas fraudulentas, ou a restrición das importacións ou as exportacións”. Acerca do concepto de cártel e desta primeira definición, *vid.* RINCÓN GARCÍA DE LOIGORRI, A., “¿Qué es un cártel para la CNMC?”, Beneyto Pérez, J.M. e Mailló González-Orús, J. (dirs.), *La lucha contra los cárteles en España*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 69-105.

<sup>78</sup> Trátase do xa citado Real decreto-lei 7/2021, do 27 de abril, de transposición de directivas da Unión Europea nas materias de competencia, prevención do branqueo de capitais, entidades de crédito, telecomunicacións, medidas tributarias, prevención e reparación de danos ambientais, desprazamento de traballadores na prestación de servizos transnacionais e defensa dos consumidores.

Deste xeito, complétase unha lagoa que a LCSP non alcanzara a cubrir satisfactoriamente respecto a un dos instrumentos da política da competencia, a clemencia<sup>79</sup>, que máis eficaces viñeron sendo, pero cuxa aplicación práctica pode resultar en ocasións comprometida pola falta de coordinación con outras previsións, mesmo da propia LDC (*pénsese, por exemplo, nas reclamacións de danos antitrust causados aos beneficiarios da clemencia*).

### 2.3 De libre competencia a competencia desleal (art. 3 LDC)

A vixente LDC contén aínda hoxe, “*contra vento e marea*”<sup>80</sup>, unha interesante ponte entre a LDC e a LCD, isto é, entre a lexislación de defensa da competencia e a de competencia desleal, regulada na Lei 3/1991, do 10 de xaneiro, de competencia desleal, á que implicitamente se remite o artigo 3 LDC ao regular o “*falseamento da competencia por actos desleais*”. Conforme o dito precepto:

“Artigo 3. Falseamento da libre competencia por actos desleais.

*A Comisión Nacional da Competencia ou os órganos competentes das comunidades autónomas coñecerán nos termos que esta lei establece para as condutas prohibidas dos actos de competencia desleal que por falsear a libre competencia afecten o interese público”.*

Como xa afirmou a Comisión Galega da Competencia, na súa Resolución 3/2020 –ARRIVA NOROESTE, S.L. (na actualidade, ARRIVA GALICIA, S.L.<sup>81</sup>):

*“O artigo 3 da LDC establece a prohibición de actos de competencia desleal que por falsear a libre competencia afecten o interese público. Do teor literal do precepto dedúcese que incorren nesa prohibición as condutas que cumpren, acumulativamente, os tres requisitos seguintes: a) constitúan un acto de competencia desleal;*

<sup>79</sup> Esta figura recóllese nos artigos 65 e 66 LDC, baixo os títulos de “Exención do pagamento da multa” e “Redución do importe da multa”, respectivamente afectados pola reforma introducida polo Real decreto-lei 7/2021, xa mencionado.

Neste sentido, na nota de Uría/Menéndez, “O Consello de Ministros reforma a Lei de defensa da competencia para traspor a Directiva ECN+”, do 30 de abril de 2021, p. 3 (acceso web: <https://www.uria.com/documentos/circulares/1401/documento/12284/UM-nota.pdf?id=12284>), sinalábase que “(...) no caso das empresas que soliciten clemencia e obteñan unha exención completa da multa (normalmente, as empresas que proporcionan en primeiro lugar información sobre un cártel non coñecido pola CNMC), a lei aclara agora –en liña coa práctica previa á reforma– que estas tamén obteñen unha exención da prohibición de contratar coa Administración que podería derivar da resolución sancionadora da CNMC. No caso de empresas que obteñan só unha redución da multa (xa sexa porque non foron as primeiras en solicitar clemencia ou porque a CNMC xa contaba con información sobre o cártel con anterioridade), a lei indica que nestes casos o beneficio da clemencia «poderá comprender» a exclusión da prohibición de contratar coa Administración, sen indicar en que casos o fará e en que casos non”.

<sup>80</sup> Durante a tramitación da vixente LDC, cuestionouse a necesidade de manter unha norma como o que é agora o artigo 3 LDC e era o artigo 7 da Lei 16/1989, do 17 de xullo, de defensa da competencia. Acerca deste debate que, finalmente, mantivo esta previsión, véxase, DÍAZ ESTELLA, F., “¿Réquiem por el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia?”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 5, 2005, pp. 1284-1296. Acceso web: [http://www.fernandodiezes-tella.com/otras\\_publicaciones/el\\_art\\_7\\_idc\\_\(2005\).pdf](http://www.fernandodiezes-tella.com/otras_publicaciones/el_art_7_idc_(2005).pdf); DÍAZ ESTELLA, F., “Las complicadas relaciones entre la Ley de defensa de la competencia y la Ley de competencia desleal”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, n. 213, 2001, pp. 11-28; e, menos crítico con ese precepto, en DÍAZ ESTELLA, F., “El artículo 3 LDC: falseamiento de la competencia por actos desleales”, *Noticias de la Unión Europea*, n. 330, 2012 (exemplar dedicado a dereito da competencia), pp. 83-94; e en DÍAZ ESTELLA, F., “El art. 3 LDC falseamiento de la competencia por actos desleales”, Beneyto Pérez, J.M. e Maillo González-Orús, J. (dirs.), *Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España*, vol. 1, tomo 1, Bosch, Barcelona, 2017 (tomo I), pp. 505-553.

<sup>81</sup> Cfr. o punto 6.3. Falseamento da competencia por actos desleais, desta resolución, dispoñible na web oficial CGC no enderezo [https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/01/RES\\_3\\_2020\\_cast\\_0.pdf](https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/01/RES_3_2020_cast_0.pdf).

*b) que falsee a libre competencia; e c) afecte ao interese público. A doutrina maioritaria considera que, desde un punto de vista substantivo, é necesaria a presenza de dúas condicións: a) un acto de competencia desleal, b) afecte ao interese público por falsear significativamente a competencia no mercado. En definitiva, este artigo non tutela outro interese público que a competencia efectiva nos mercados”.*

Engadindo máis adiante que:

*“En moitas ocasións considerábase que para apreciar a concorrencia do ilícito do artigo 3 da LDC se debería cualificar en primeiro lugar se se trataba dun acto de competencia desleal, para a continuación pasar a ver se afectaba ao interese público, de tal maneira que non concorrendo o primeiro xa non se analizaba o segundo. Emporiso, desde hai anos tanto as resolucións da autoridade da competencia estatal (Resolución do TDC do 4 de decembro de 1998, Expdte. R 332/98 Porvasal; Resolución da CNC do 13 de marzo de 2008, Expdte. R 718/07 Portos de Andalucía; Resolución da CNC do 11 de marzo de 2008, Expdte. S/0041/08 O Teu billete; Resolución da CNC do 15 de decembro de 2011, Expdte. S/0350/11 Asistencia en estrada, entre outras) como sectores da doutrina científica consideran que se debe analizar en primeiro lugar se a conduta investigada é apta para afectar o interese público por falsear significativamente a competencia para despois analizar se é un acto de competencia desleal, sistemática que utilizaremos nesta resolución”.*

Esta mesma resolución fai unha exhaustiva análise da concorrencia da afectación do interese xeral que resulta, na maioría dos casos, unha das cuestións máis difíciles de apreciar dado o carácter restritivo co que debe interpretarse<sup>82</sup>.

### 3 Algunhas ideas básicas sobre os ilícitos antitrust na contratación pública

A finalidade deste traballo é facilitarlles, na medida do posible, aos que deben aplicar a LCSP a interpretación dos preceptos dos que se infiren os conceptos básicos do dereito da competencia aos que se remite a LCSP. Por iso, e tras expor os enlaces e pontes que o lexislador estableceu entre as dúas normativas, imos expor, aínda que de forma breve, os conceptos esenciais que permitirán interpretar os citados preceptos da forma máis homoxénea e harmonizada posible.

Así, empezaremos por enmarcar os cárteles no seu contexto na LDC, que non é outro que a prohibición das “*condutas colusorias*” que tipifican o artigo 1 LDC, que deberá aplicar de forma conxunta co artigo 101 TFUE cando se aprecie a posible afectación do mercado interior europeo ou unha parte significativa deste. O mesmo faremos respecto do abuso de posición de dominio, recollido nos artigos 2 LDC e, se é o caso, 102 TFUE; ou un caso no que se aprecie un posible falseamento da competencia por acto desleal, que é o que tipifica o artigo 3 LDC e que non ten equivalente no TFUE.

<sup>82</sup> Remitímonos expresamente á lectura do extenso e minucioso apartado 38 da citada resolución ARRIVA.



Antes de expor as liñas básicas da vixente interpretación dos ditos preceptos, obra en gran medida da xurisprudencia europea e española, debemos anticipar dúas cuestións esenciais.

A primeira é que a aplicación dos artigos da LDC e, se é o caso, do TFUE é unha cuestión que unicamente afecta ao órgano de contratación para os efectos da remisión das comunicacións que no seu caso efectúe ao órgano que considere competente para coñecer da posible conduta anticompetitiva, o que non fai máis que abrir o trámite interno de asignación para determinar a efectiva atribución de competencia para coñecer os feitos<sup>83</sup>.

Así mesmo, é tamén preciso sentar con carácter preliminar, como xa recoñeceu no seu día o noso Tribunal Supremo, a singularidade destas prohibicións, pois, como estableceu a Sentenza da Sala Terceira (Sección 3.<sup>a</sup>) do 2 de novembro de 2015 (rec. 1523/2013), *“fronte a esta técnica penalista da tipicidade ou de deslinde preciso do que está prohibido (e, por exclusión, o non penado), o dereito da competencia (nacional e comparado) utiliza a técnica da cláusula xeral prohibitiva, precisamente porque a utilización da técnica da tipicidade penal, nun ámbito como o mercado, atentaría ao principio de seguridade xurídica, atendida a dificultade ou imposibilidade de tipificar coa precisión exigida no dereito penal a multiplicidade de formas que pode adoptar o comportamento restritivo dos operadores económicos no mercado. Unha cláusula xeral prohibitiva da colusión (art. 1.1 LDC e 101.1 TFUE) que se define por relación cos destinatarios (todo operador económico), ao medio polo cal a conduta se establece (toda forma de concertación: acordos, decisións ou recomendacións colectivas, prácticas concertadas ou conscientemente paralelas) e, en particular, pola finalidade perseguida e prohibida (a causación actual ou potencial dun dano á competencia efectiva nos mercados). Xa que logo, unha cláusula xeral ou tipo aberto deliberadamente impreciso que constitúe, en certa forma, un mandato implícito do lexislador ás autoridades administrativas e xurisdicionais encargadas da súa aplicación para elaborar de forma progresiva o dereito da competencia”*<sup>84</sup>.

A que entendemos “singularidade” das normas de competencia determina igualmente como trazo propio que se admita en maior medida que noutros ámbitos normativos a proba indiciaria ou de presuncións<sup>85</sup> como medio para dar como probada a comisión do ilícito anticompetitivo.

<sup>83</sup> Vid. Lei 1/2002, do 21 de febreiro, de coordinación das competencias do Estado e as comunidades autónomas en materia de defensa da competencia, respecto da aplicación da LDC e o Regulamento (CE) n. 1/2003 do Consello, do 16 de decembro de 2002, relativo á aplicación das normas sobre competencia previstas nos artigos 81 e 82 do Tratado CE (hoxe artigo 101 e 102 TFUE), publicado no DOUE L 1, do 4 de xaneiro de 2003, p. 1. A este respecto, entre outras moitas publicacións, vid. RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “Capítulo 4. Autoridades responsables de la lucha contra los cárteles en España y la Unión Europea”, Beneyto Pérez, J.M. e Mailló González-Orús, J. (dirs.), *La lucha contra los cárteles en España*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 131 a 171.

<sup>84</sup> Cfr. FX 4.º da STS 3631/2018, do 10/10/2018 (ECLI: ES:TS:2018:3631)

<sup>85</sup> Como lembra o Pleno da Comisión Galega da Competencia (en diante PCGC), na súa recente Resolución 4/2020 - Licitación transporte escolar, do 15 de decembro de 2020, con ampla cita xurisprudencial, a aplicación desta proba de presuncións no ámbito do procedemento sancionador non é algo estraño e está admitida pola doutrina do Tribunal Constitucional, como a STC 76/1985, do 26 de xuño (BOE n. 170, do 17 de xullo de 1985) e a STC 174/1985, do 17 de decembro (BOE n. 13, do 15 de xaneiro de 1986), sendo igualmente admitida polo Tribunal Supremo en materia sancionadora por infraccións das normas de defensa da competencia (STS do 6 de marzo de 2000, recurso 373/1993, na que afirma que “hai que resaltar que estas probas teñen unha maior operatividade no campo de defensa da competencia, pois dificilmente os autores de actos colusorios deixarán pegada documental da súa conduta restritiva ou prohibitiva, que unicamente poderá extraerse de indicios ou

### 3.1 Cárteles e clemencia

Conforme o artigo 1.1 LDC (e en termos equivalentes, que non idénticos, o artigo 101.1 TFUE), a prohibición das condutas ou prácticas colutorias esténdese a todo acordo, decisión ou recomendación colectiva, ou práctica concertada ou conscientemente paralela, que teña por obxecto, produza ou poida producir o efecto de impedir, restringir ou falsear a competencia, sendo o modelo da Unión Europea ou en todo ou en parte do territorio nacional<sup>86</sup>.

Os dous preceptos ofrecen unha lista exemplificativa dos supostos máis graves de acordos colutorios, tanto entre competidores (acordos horizontais) como entre operadores que actúan en fases diferentes da cadea produtiva (acordos verticais).

Cítanse así, entre os primeiros, os que teñan por obxecto ou efecto (mesmo potencial):

a) A fixación, de forma directa ou indirecta, de prezos ou doutras condicións comerciais ou de servizo.

b) A limitación ou o control da produción, a distribución, o desenvolvemento técnico ou os investimentos.

c) A repartición do mercado ou das fontes de aprovisionamento.

E entre os segundos (restricións verticais).

d) A aplicación, nas relacións comerciais ou de servizo, de condicións desiguais para prestacións equivalentes que coloquen uns competidores en situación desvantaxosa fronte a outros.

e) A subordinación da celebración de contratos á aceptación de prestacións suplementarias que, pola súa natureza ou conforme os usos de comercio, non garden relación co obxecto de tales contratos.

Esta enumeración carece por completo de carácter exhaustivo, malia que identifica as condutas que tradicionalmente foron consideradas máis graves, o que se predicou, polo xeral, dos acordos horizontais fronte aos verticais. Os acordos, entendido en sentido amplo que son relevantes desde a perspectiva da aplicación da LCSP, son, sen dúbida, os horizontais, entre os que se sitúan os cárteles.

A interpretación duns preceptos redactados en termos tan abertos suscita indubidables problemas prácticos, só en parte solucionados pola xurisprudencia e pola adopción de regulamentos de exención que exclúen da prohibición xeral determinados tipos ou categorías de acordos (art. 103 TFUE e 1. 4.º e 5.º LDC), baixo determinadas

presuncións. Negar validez a estas probas indirectas conduciría case á absoluta impunidade de actos derivados de acordos ou concertos para restringir o libre funcionamento da oferta e a demanda”.

<sup>86</sup> Nunha moi recente comunicación (Comunicación relativa ás ferramentas para combater a colusión na contratación pública..., cit., apartado 1.1.), a Comisión Europea afirma: “O concepto de colusión na contratación pública (tamén denominado licitación colutoria) fai referencia aos acordos ilegais entre operadores económicos destinados a falsear a competencia nos procedementos de adjudicación. Estes acordos entre operadores económicos con fins de colusión poden adoptar diversas formas; por exemplo, poden consistir en fixar previamente o contido das súas ofertas (especialmente o prezo) co obxecto de influir no resultado do procedemento, absterse de presentar unha oferta, asignar o mercado baseándose na localización xeográfica, o poder adjudicador ou o obxecto da contratación pública ou establecer sistemas de rotación para unha serie de procedementos. O obxectivo de todas estas prácticas é permitir que un licitador predeterminado obteña un contrato mentres se crea a impresión de que o procedemento é realmente competitivo”.

condicións, estendendo a posible excepción individual que consagran os artigos 101.3 TFUE e 1.3 LDC.

A clarificación dos conceptos esténdese non só ao alcance da conduta (acordo, decisión/recomendación, práctica concertada, ou “conscientemente paralela”), senón tamén, de forma especialmente relevante, á cuestión das denominadas infraccións “por obxecto” ou “por efecto” (teñan como obxecto restrinxir a competencia ou cuxos efectos sexan efectivamente restritivos da competencia), distinción clave, xa que cando unha conduta se cualifica como anticompetitiva polo seu obxecto, non se fai preciso un exame exhaustivo dos seus efectos, aínda potenciais, sobre a competencia<sup>87</sup>.

Esta distinción adquire así un valor crucial, posto que o excesivo formalismo priva os operadores da posibilidade de acudir a novas fórmulas cuxo efecto restritivo se vexa compensado cos seus efectos procompetitivos, posibilidade que recolle de forma individual o artigo 101.3 TFUE e o seu equivalente, o artigo 1.3 LDC.

A prohibición non se aplicará aos acordos, decisións, recomendacións e prácticas que contribúan a mellorar a produción ou a comercialización e distribución de bens e servizos ou a promover o progreso técnico ou económico, sen que sexa necesaria decisión previa ningunha para tal efecto, sempre que: a) Permitan aos consumidores ou usuarios participar de forma equitativa das súas vantaxes; b) Non lles impongan ás empresas interesadas restricións que non sexan indispensables para a consecución daqueles obxectivos, e c) No lles consintan ás empresas partícipes a posibilidade de eliminar a competencia respecto dunha parte substancial dos produtos ou servizos contemplados.

Esta excepcionalidade individualizada *case-by-case* viuse axiña completada coas xa aludidas exencións por categorías das regras dos acordos de importancia menor.

Non obstante, determinar cando estamos ou non ante unha práctica prohibida converteuse nunha tarefa especialmente complexa que recae agora sobre as empresas ao transformarse, desde a aprobación do Regulamento (CE) n. 1/2003 do Consello, do 16 de decembro de 2002, relativo á aplicación das normas sobre competencia previstas nos actuais artigos 101 e 102 TFUE<sup>88</sup>, o inicial sistema de notificación previa e autorización, se é o caso, por parte da Comisión Europea ou a autoridade de competencia correspondente, polo de autoavaliación, que exige que a empresa valore a licitude da súa práctica ou a súa eventual posibilidade de exención se se cuestiona a súa corrección<sup>89</sup>.

<sup>87</sup> Acerca desta fundamental cuestión na xurisprudencia española e europea, véxase o fundamento xurídico terceiro da recente STS 356/2021, de 15/03/2021 (ROX: STS 1011/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1011). Acceso web: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/47c54a4d73e1a196a95bb5076f88477c49a319365802d218>. Consideramos igualmente de interese a lectura de IBÁÑEZ COLOMO, P., “Persistent myths in competition law (II): «the analysis of the counterfactual is not relevant when a practice is restrictive by object»”, *Chilling Competition*. Acceso web: <https://chillingcompetition.com/2019/05/30/persistent-myths-in-competition-law-ii-the-analysis-of-the-counterfactual-is-not-relevant-when-a-practice-is-restrictive-by-object/>.

<sup>88</sup> DOUE L 1 do 4 de xaneiro de 2003, p. 1.

<sup>89</sup> Na actualidade existen exencións por categorías en materia de acordos de cooperación horizontal no eido da investigación e desenvolvemento e de especialización e respecto dos acordos verticais, que amparan, entre outros, a figura das franquías, a distribución exclusiva ou a selectiva, aínda que a xurisprudencia considerara ilícita, con carácter xeral, a restrición da limitación das vendas por Internet. Acerca desta cuestión, véxase, entre outros moitos, pola súa visión xeral e didáctica o noso

Aínda que en sede de competencia a proba por presuncións adquiriu un valor substancial, pois, mesmo tras unha inspección na sede das empresas, analizando a súa documentación e material informático, é infrecuente atopar unha proba directa e incuestionable do acordo, a xurisprudencia non dubida en rexeitar a evidencia de colusión recoñecida polas autoridades de competencia. Resulta ilustrativa desta situación a recente Sentenza da Audiencia Nacional, do 18 de decembro de 2020<sup>90</sup>, que anula a Decisión da CNMC do 5 de setembro de 2016, no Expediente S/DC/0525/14, CEMENTOS<sup>91</sup>. Sen prexuízo do que poida resolver no seu día o Tribunal Supremo nun eventual recurso de casación, para a Sección 6.<sup>a</sup>, da Sala do Contencioso da Audiencia Nacional:

*“OITAVO.- (...) A xuízo da Sala, algúns dos correos analizados, aínda que sexan de referencia, reflicten, efectivamente, a existencia de contactos indebidos entre empresas desde o punto de vista da necesidade de manter unha conduta independente entre elas, pero a mera referencia de terceiros a condutas realizadas pola actora sen datos obxectivos que o avalen non permite telas por acreditadas.*

*Debe terse en conta, ademais que, como recorda a Sentenza do Tribunal Xeral do 6 de febreiro de 2014, no asunto T-27/10, AC-Treuhand AG: o concepto de infracción única refírese a unha situación na que varias empresas participan nunha infracción constituída por un comportamento continuado que ten unha única finalidade económica, dirixida a falsear a competencia, ou tamén por infraccións individuais relacionadas entre elas por unha identidade de obxecto (a mesma finalidade de todos os elementos) e de suxeitos (a identidade das empresas de que se trata, conscientes de participar no obxectivo común) (sentenzas do Tribunal do 8 de xullo de 2008, BPB/Comisión, T-53/03, Rec. p. II-1333, apartado 257, e Amann & Söhne e Cousin Filterie/Comisión, antes citada, apartado 89)”.*

Agora ben, CEMEX é sancionada por participar nunha infracción única e continuada respecto da que non se acreditou, polas razóns expostas, que aquela coñecese o obxectivo ilícito anticompetitivo e que contribuíse á súa realización. Procede, en consecuencia, “a estimación do recurso e a anulación da resolución impugnada”.

Noutras ocasións, non obstante, os indicios obtidos do propio expediente resultan tan evidentes que a presunción de inocencia cede ante estes. Tal é o caso da confirmación polo Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (TSXG), na súa Sentenza 00131/2021, do 26 de marzo de 2021<sup>92</sup>, a Resolución 3/2019 - Licitación servizo salvamento e socorrismo nas praias da Coruña do Pleno da Comisión Galega da Competencia, do

traballo: RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A. “Una primera aproximación a lo lícito y lo ilícito en materia de prácticas colusorias”, *Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, vol. 12, n. 18, xaneiro-xuño 2020, pp. 155 a 182.

<sup>90</sup> ROX: SAN 4177/2020 - ECLI:ES:AN:2020:4177.

<sup>91</sup> Esta resolución pódese consultar na web oficial da CNMC no enderezo [https://www.cnmc.es/sites/default/files/960603\\_351.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/960603_351.pdf).

<sup>92</sup> Cfr. N.I.G.: 15030 33 3 2019 000114.

27 de xuño de 2019<sup>93</sup>, na que a Sección 3 da Sala do Contencioso do dito TSXG rexeita a indefensión alegada por non se ter practicado a proba solicitada polas sancionadas en vía administrativa ante os múltiples indicios existentes, afirmando no seu fundamento xurídico quinto que:

*“QUINTO.- (...) en efecto, a práctica daquelas probas segundo o artigo 51.1 da Lei 15/2017, non obstante, ese precepto deixa claras varias consideracións esenciais para resolver a cuestión formulada no caso que nos ocupa, como que a práctica da proba é potestativa e non obrigatoria e que esas probas deben referirse a probas distintas das xa practicadas ante a Dirección de Investigación na fase de instrución (efectivamente eses documentos xa foron tidos en conta) e precisamente os documentos pretendidos pola Federación refírense ao expediente de contratación do Concello da Coruña e ao expediente relativo ao recurso n. 34/2018, tidos en conta pola subdirección de investigación para elaborar o prego de concreción de feitos (así se recolle no EA no folio 908).*

(...)

*Non toda denegación, pois, ou silencio sobre as probas propostas pode dar lugar á nulidade da resolución, senón só aqueles casos cuxa súa omisión produza indefensión, cousa que no caso presente non ocorreu e, por outra parte, o artigo 24.2 CE non establece un dereito hipotético de poderse realizar unha actividade de proba ilimitada, e, como anticipamos, neste caso o artigo 51 da Lei 15/2007 sinala que a súa práctica será potestativa e sempre que se trate de probas que non fosen xa practicadas en fase de instrución, como o caso que nos ocupa.*

*Por último, sinalar como a xurisprudencia destaca que a denegación dunha proba en vía administrativa non causa indefensión, mesmo nos casos en que a denegación sexa tácita, por exemplo, cando resultase inútil e impertinente”.*

Aínda nunha exposición tan sintética como esta debemos facer referencia á denominada “política de clemencia”<sup>94</sup>, que lles permite aos que participaron nun cártel eludir a sanción que lles correspondería ou unha boa parte dela ou a terminación convencional<sup>95</sup> se a práctica non chegou a producir danos significativos, en espera

<sup>93</sup> Esta resolución pódese consultar na web oficial da Comisión Galega da Competencia, no enderezo [https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/01/Res\\_3\\_2019\\_CGC\\_gal.pdf](https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/01/Res_3_2019_CGC_gal.pdf).

<sup>94</sup> Para unha visión básica da clemencia, ademais da lectura dos artigos 65 e 66 LDC, dedicados respectivamente á “exención do pagamento da multa” e á “redución do importe da multa”, véxase MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., “Capítulo 7. Prohibición de prácticas colusorias (II): cárteles, clemencia y daños”, Beneyto Pérez, J.M. e Maílo González-Orús, J. (dirs.), *Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España*, vol. 1, Bosch, Barcelona, 2017, pp. 285 a 329.

<sup>95</sup> Cfr. o artigo 52 LDC. OLMEDO PERALTA, E., *Las decisiones de compromisos (commitment decisions) y la terminación convencional de los procedimientos en el Derecho de la competencia europeo y español*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2020.

de que a tramitación como proxecto de lei<sup>96</sup> do Real decreto–lei 7/2021 incorpore a LDC, ademais doutras reformas necesarias, a figura da transacción<sup>97</sup>.

### 3.2 O abuso de posición de dominio na contratación pública

Pero a LDC e o TFUE consideran, ademais das condutas colusorias, igualmente prohibidas outras prácticas restritivas da competencia que poden darse tamén, aínda que en menor frecuencia, na contratación pública. Referímonos ao abuso de posición de dominio (art. 2 LDC e 102 TFUE) e ao falseamento da competencia por actos desleais que recolle o artigo 3 LDC.

O “*abuso de posición dominante*” (art. 102 TFUE e o seu correspondente nacional, o artigo 2 LDC) esténdese á explotación abusiva por unha ou varias empresas da súa posición de dominio en todo ou en parte do mercado europeo ou nacional.

Igual que en materia de acordos, a norma, tanto europea como nacional, ofrece exemplos de condutas abusivas, pero non define nin que é posición de dominio nin cando se pode afirmar que se abusa dela. Porén, ambos os dous preceptos ofrecen unha lista exemplificativa e non exhaustiva de supostos de abuso de posición dominante, tanto de exclusión ou de expulsión de competidores como explotativas, nas que o abuso pretende maximizar o poder de mercado á custa de provedores, clientes, etc.

Cítanse, así, como supostos de abuso de posición dominante:

a) A imposición, de forma directa ou indirecta, de prezos ou outras condicións comerciais ou de servizos non equitativos; b) a limitación da produción, a distribución ou o desenvolvemento técnico en prexuízo inxustificable das empresas ou dos consumidores; c) a negativa inxustificada a satisfacer as demandas de compra de produtos ou de prestación de servizos; d) a aplicación, nas relacións comerciais ou de servizos, de condicións desiguais para prestacións equivalentes que coloque uns competidores en situación desvantaxosa fronte a outros; ou e) a subordinación da celebración de contratos á aceptación de prestacións suplementarias que, pola súa natureza ou conforme os usos de comercio, non garden relación co obxecto deses contratos.

A prohibición aplicarase tamén nos casos en que a posición de dominio no mercado dunha ou varias empresas fose establecida por disposición legal.

O concepto de “*abuso*” dunha “*posición dominante*”<sup>98</sup> en dereito da competencia non se define na norma, que usa os conceptos de “*abuso*” e de “*posición dominante*” sen definilos en ningún momento. Por iso, como en xeral nos conceptos básicos do dereito da competencia, foi a xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión

<sup>96</sup> Para máis información: [https://www.congreso.es/busqueda-de-iniciativas?p\\_p\\_id=iniciativas&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&\\_iniciativas\\_mode=mostrarDetalle&\\_iniciativas\\_legislatura=XIV&\\_iniciativas\\_id=130%2F000047](https://www.congreso.es/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XIV&_iniciativas_id=130%2F000047).

<sup>97</sup> A transacción, que xa existe no marco da UE, era unha das novidades que con motivo da transposición da Directiva ECN Plus incorporaba o malgrado que aparecía no anteproxecto de lei, do 31 de xullo de 2020. Cfr. [https://www.mineco.gob.es/stffs/mineco/ministerio/participacion\\_publica/audiencia/ficheros/ECO\\_Pol\\_AP\\_20200731\\_MAIN\\_APL\\_ECN.pdf](https://www.mineco.gob.es/stffs/mineco/ministerio/participacion_publica/audiencia/ficheros/ECO_Pol_AP_20200731_MAIN_APL_ECN.pdf).

<sup>98</sup> Seguimos neste punto a BAENA, R., “Capítulo 10. Prohibición del abuso de posición dominante (I): aspectos generales y análisis de la posición de dominio individual y colectiva”, Beneyto Pérez, J.M. e Mailló González-Orús, J. (dirs.), *Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España*, vol. 1, Bosch, Barcelona, 2017, pp. 429-456.

Europea (TXUE) e do noso Tribunal Supremo as que o configuraron como unha noción “obxectiva”.

En concreto, para a xurisprudencia do TXUE, o concepto de “*abuso*” é “*un concepto obxectivo*” que se refire ás actividades dunha empresa en posición dominante que poden influír na estrutura dun mercado no que, debido xustamente á presenza da empresa de que se trate, a intensidade da competencia se atopa xa debilitada, e que producen o efecto de obstaculizar, por medios diferentes dos que rexen unha competencia normal de produtos ou servizos conforme as prestacións dos axentes económicos, o mantemento do nivel de competencia que aínda exista no mercado ou o desenvolvemento desa competencia<sup>99</sup>.

Deste xeito, un abuso será calquera comportamento inxustificado dunha empresa dominante no mercado consistente en aproveitar esa posición de dominio para acadar vantaxes que serían inaccesibles en condicións de maior competencia.

Cómpre puntualizar que o prohibido non é a posición de dominio, senón que desde esa posición se realicen comportamentos que poidan reputarse abusivos. En consecuencia, a apreciación deste suposto exige determinar dúas cuestións básicas:

1) Delimitar un mercado relevante (de produto ou servizo, territorial e, se é o caso, temporal), dentro do que a empresa ou empresas concretas (“*posición de dominio conxunta ou colectiva*”) posúan un poder económico ou poder de mercado, entendido como aquel que lle permite impedir o mantemento dunha competencia efectiva no mercado relevante, facéndolle posible actuar, en boa medida, de xeito independente con respecto aos seus competidores, aos seus clientes e, en definitiva, aos consumidores (poder de mercado).

Fixada a posición dominante no mercado ou mercados de referencia porque se acredite ese poder no mercado ou mercados de referencia, a prohibición só se estende a aqueles comportamentos que, como confirmou a xurisprudencia, ademais de realizarse desde unha posición de poder de mercado: 1) poidan afectar a estrutura de mercado; 2) se fagan empregando métodos distintos da competencia baseada nos méritos que non serían posibles ou efectivos de non existir a posición dominante, 3) impidan ou dificulten o mantemento do nivel de competencia existente ou o seu incremento, e 4) provoquen un prexuízo a consumidores, clientes, provedores ou competidores.

A práctica recente recolle un interesante exemplo dos que poderían, se é o caso, reputarse un abuso de natureza explotativa (“*prezos excesión*”) nunha investigación acabada de iniciar pola CNMC, no mercado da fabricación e subministración en España do medicamento CDCA-Leadiant®.

Como informa a CNMC<sup>100</sup>, este fármaco utilízase para o tratamento dunha anomalía metabólica que produce danos irreparables no organismo. Trataríase dun

<sup>99</sup> Por todas, STXUE do 13 de febreiro de 1979 no caso Hoffmann-La Roche (ECLI:EU:C:1979:36), punto 91.

<sup>100</sup> Vid. CNMC (nota de prensa) “A CNMC inicia un expediente sancionador contra Leadiant Biosciences Spa e Leadiant Biosciences Ltd por presuntas prácticas prohibidas pola Lei de defensa da competencia”, 22 de decembro de 2020. Acceso web: <https://www.cnmc.es/prensa/inocacion-leadiant-20201222>.



medicamento dos coñecidos como “orfos” xa que, como explica a CNMC, carece de alternativa terapéutica equivalente. Este expediente, aínda en curso, foi ampliado pola CNMC<sup>101</sup>.

A CNMC ampliou ese expediente en curso para incluír a Leadiant GmbH e Sigma Tau Arzneimittel GmbH no expediente sancionador do mercado do medicamento “orfo” CDCA-Leadiant®.

### 3.3 O falseamento da competencia por actos desleais na contratación pública

A nosa lexislación interna (LDC) inclúe tamén, como xa anticipamos, unha conduta prohibida singular; isto é, que non recolle nin o dereito europeo da competencia (o Tratado de Funcionamento da Unión Europea ou TFUE) nin a Sherman Act norteamericana. Referímonos ao falseamento da competencia por actos desleais, cuxa aplicación ao campo da contratación pública foi evidenciada no seu día polo Consello Galego da Competencia e hoxe pola Comisión Galega da Competencia, que en diversas resolucións sancionou a ilicitude competitiva do incumprimento por parte dun licitador incumbente; é dicir, titular da concesión que sae novamente a licitación, da información que o órgano de contratación lle require (pois é ese operador quen a coñece), respecto do persoal adscrito á concesión que, se é o caso, debería subrogarse.

Referímonos ao cumprimento efectivo do actual artigo 130 LCSP, relativo á “información sobre as condicións de subrogación en contratos de traballo”. Conforme o primeiro dos seus apartados:

*“1. Cando unha norma legal, un convenio colectivo ou un acordo de negociación colectiva de eficacia xeral lle impoñan ao adxudicatario a obriga de subrogarse como empregador en determinadas relacións laborais, os servizos dependentes do órgano de contratación deberán facilitarlles aos licitadores, no propio prego, a información sobre as condicións dos contratos dos traballadores aos que afecte a subrogación que resulte necesaria para permitir unha exacta avaliación dos custos laborais que implicará tal medida, debendo facer constar igualmente que tal información se facilita en cumprimento do previsto neste artigo.*

*Para estes efectos, a empresa que viñese efectuando a prestación obxecto do contrato a adxudicar e que teña a condición de empregadora dos traballadores afectados estará obrigada a proporcionarlle a referida información ao órgano de contratación por requirimento deste. Como parte desta información, en todo caso deberanse achegar as listaxes do persoal obxecto de subrogación, indicándose: o convenio colectivo de aplicación e os detalles de categoría, tipo de contrato, xornada, data de antigüidade, vencemento do contrato, salario bruto anual de cada traballador, así como todos os pactos en vigor aplicables aos traballadores aos*

<sup>101</sup> Cfr. CNMC (nota de prensa), “A CNMC inclúe Leadiant GmbH e Sigma Tau Arzneimittel GmbH no expediente sancionador do mercado do medicamento “orfo” CDCA-Leadiant®”, 11 de febreiro de 2021. Acceso web: <https://www.cnmc.es/novedad/ampliacion-incoacion-leadiant-medicamento-huerfano-cnmc-20210211>.

*que afecte a subrogación. A Administración comunicalle ao novo empresario a información que lle fose facilitada polo anterior contratista”.*

Primeiro o Pleno do Consello Galego da Competencia (antecesor da actual Comisión Galega da Competencia), no Expdte. S 10/2014, que foi a súa Resolución do 6 de xuño de 2016, Licitación pública seguridade Concello de Lugo, que, aínda que foi anulada polo Tribunal Superior de Xustiza de Galicia na súa Sentenza 128/2018, do 28 de marzo de 2018, na que o tribunal considerou que a información achegada pola sancionada non incorrera na exixencia legal, sen cuestionar en ningún caso a posible aplicación do artigo 3 LDC.

Posteriormente, o PCGC aplicou igualmente o artigo 3 LDC ao apreciar que ao incumprir o deber de achegar a información solicitada se afectaba deslealmente a competencia, no sentido do artigo 15 LDC. Referímonos ao xa citado caso Arriva, e á súa Resolución 3/2020 - ARRIVA NOROESTE, S.L. (na actualidade, ARRIVA GALICIA, S.L.<sup>102</sup>).

## 4 Consideracións finais e perspectivas de futuro

Chegados a este punto, son plenamente consciente das cousas que me quedan por explicar. Non obstante, creo ter ofrecido unha panorámica xeral das relacións entre contratación pública e competencia que, lonxe de diminuír, se incrementarán en breve.

A razón non vai estar no desenvolvemento futuro do artigo 150 LCSP, que tarde ou cedo se producirá, senón na cada vez mellor formación que no ámbito da competencia están a adquirir os xa expertos en contratación pública e na percepción que estes teñan de que os obxectivos que perseguen as autoridades de competencia son, en gran medida, coincidentes e, en todo caso, complementarios dos seus.

As sancións de competencia tratan de disuadir os que tratan de sacar vantaxe ilegalmente da contratación pública á custa do erario e dos seus rivais honestos. Os técnicos de competencia e as autoridades de competencia formamos parte do mesmo equipo, como a sempre leal infantaría e a non menos nobre artillaría pesada. Usar unhas ou outras armas dependerá do caso e o éxito do resultado, da habilidade para combinar os dous instrumentos, a LCSP e a LDC. Ás autoridades de competencia correspóndelles ademais un labor que non abordamos neste traballo e talvez fagamos no futuro, a promoción da competencia ou “*advocacy*”, non menos relevante que a defensa da competencia, pero, a diferenza desta, máis cargada de futuro.

Ánimo a todos.

---

<sup>102</sup> Cfr. o punto 6.3. - Falseamento da competencia por actos desleais, desta resolución, dispoñible na web oficial CGC no enderezo [https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/01/RES\\_3\\_2020\\_cast\\_0.pdf](https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/01/RES_3_2020_cast_0.pdf).

## Bibliografía

- ALMENAR, J., ALCARAZ, C. e IRISSARRY, B., “El Supremo invita a pedir la suspensión cautelar de las prohibiciones para contratar aunque no sean inmediatamente ejecutivas”, *Boletín Clifford Chance*, octubre, 2021. Acceso web: <https://www.cliffordchance.com/briefings/2021/10/el-supremo-invita-a-pedir-la-suspension-cautelar-de-las-prohibic.html>.
- ALONSO SOTO, E., “La responsabilidad de la sociedad matriz por las prácticas anticompetitivas de sus filiales (1)”, *Noticias de Competencia*, Gómez-Acebo & Pombo, Madrid, 2012. Acceso web: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/LA-RESPONSABILIDAD-DE-LA-SOCIEDAD-MATRIZ-POR-LAS-PRACTICAS-ANTICOMPETITIVAS-DE-SUS-FILIALES.pdf>.
- BACHES OPI, S., “La prohibición de contratar con las administraciones públicas por infracciones del Derecho de la competencia: «Setung a sale on a sea of doubts»”, Canedo Arrillada, M.P. (dir.), *La competencia como motor de desarrollo económico*, Aranzadi, Pamplona, 2018.
- BAENA, R., “Capítulo 10. Prohibición del abuso de posición dominante (I): aspectos generales y análisis de la posición de dominio individual y colectiva”, Beneyto Pérez, J.M. e Maíllo González-Orús, J. (dirs.), *Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España*, vol. 1, Bosch, Barcelona, 2017.
- BENEYTO PÉREZ, J.M. e MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, 2 vols., Bosch, Barcelona, 2017.
- DÍAZ ESTELLA, F., “Las complicadas relaciones entre la Ley de defensa de la competencia y la Ley de competencia desleal”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, n. 213, 2001.
- DÍAZ ESTELLA, F., “¿Rèquiem por el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia?”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 5, 2005.
- DÍAZ ESTELLA, F., “El artículo 3 LDC: falseamiento de la competencia por actos desleales”, *Noticias de la Unión Europea*, n 330, 2012 (exemplar dedicado a: derecho da competencia).
- DÍAZ ESTELLA, F., “El art. 3 LDC falseamiento de la competencia por actos desleales”, Beneyto Pérez, J.M. e Maíllo González-Orús, J. (dirs.), *Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España*, vol. 1, tomo 1, Bosch, Barcelona, 2017 (tomo I).
- FERNÁNDEZ ESTUDILLO, J.M., “El principio de proposición única, la presentación de proposiciones por empresas vinculadas y los acuerdos colusorios”, *Observatorio de la Contratación Pública*, 7 de abril de 2014. Acceso web: <http://obcp.es/opiniones/el-principio-de-proposicion-unica-la-presentacion-de-proposiciones-por-empresas>.
- GONZÁLEZ DE ZÁRATE, P., “Los tribunales vuelven a cuestionar el «test de capacidad» utilizado por la CNMC y la ACCO a la hora de analizar la compatibilidad de las UTEs con el derecho de la competencia”, *Blog Ramón y Cajal Abogados*,

- 17 de xuño de 2021. Acceso web: <https://www.ramonycajalabogados.com/es/noticias/los-tribunales-vuelven-cuestionar-el-test-de-capacidad-utilizado-por-la-cnmc-y-la-acco-la>.
- IBÁÑEZ COLOMO, P., “Persistent myths in competition law (II): «the analysis of the counterfactual is not relevant when a practice is restrictive by object»“, *Chilling Competition*. Acceso web: <https://chillingcompetition.com/2019/05/30/persistent-myths-in-competition-law-ii-the-analysis-of-the-counterfactual-is-not-relevant-when-a-practice-is-restrictive-by-object/>.
- INFONALIA, “Presentación de ofertas por empresas pertenecientes al mismo grupo”, *INFONALIA. Consultoría de Licitación Pública*, 18 de decembro de 2020. Acceso web: <https://www.infonalia.es/presentacion-de-ofertas-por-empresas-pertenecientes-al-mismo-grupo/>.
- MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., “Capítulo 7. Prohibición de prácticas colusorias (II): cárteles, clemencia y daños”, Beneyto Pérez, J.M. e Mailló González-Orús, J. (dirs.), *Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España*, vol. 1, Bosch, Barcelona, 2017.
- MIÑO LÓPEZ, A.M., *La defensa de la competencia en la contratación del sector público*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019.
- MIÑO LÓPEZ, A.M., “Prácticas anticompetitivas en el ámbito de los encargos a medios propios”, Díaz Bravo, E. e Moreno Molina, J.A. (dirs.), *Contratación pública global: Visiones comparadas*, Tirant lo Blanch, Universidad Santo Tomás (Chile), Chile, 2020.
- MIÑO LÓPEZ, A.M., “La comunicación de prácticas anticompetitivas a las autoridades de defensa de la competencia por los órganos de la contratación pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 212, 2021.
- MIÑO LÓPEZ, A.M., “Programas de cumplimiento y defensa de la competencia en la contratación pública: principios y modalidades”, *Diario La Ley*, n. 9813, 2021.
- NEIRA BARRAL, D., “Los efectos de la Directiva ECN+ en el sistema de competencia español”, *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, n. 61, febreiro/xuño 2021.
- OLMEDO PERALTA, E., *Las decisiones de compromisos (commitment decisions) y la terminación convencional de los procedimientos en el Derecho de la competencia europeo y español*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2020.
- PÉREZ DELGADO, M. e RODRÍGUEZ PÉREZ, R.P., “Exclusión del licitador por prácticas colusorias”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 173, Sección: La administración opina, maio-xuño 2021.
- REALP i CAMPALANS, M., “La lucha contra la colusión en la contratación pública”, *Economía Industrial*, n. 415, 2020. Acceso web: <https://www.minetur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/415/REALP%20i%20CAMPALANS.pdf>.
- RINCÓN GARCÍA DE LOIGORRI, A., “¿Qué es un cártel para la CNMC?”, Beneyto Pérez, J.M. e Mailló González-Orús, J. (dirs.), *La lucha contra los cárteles en España*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “Pandemia, ayudas de Estado y ayudas a los estados: el reto de la eficiente asignación de recursos públicos en tiempos de crisis”, *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, n. 60, xullo–decembro 2020. Acceso web: <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP/issue/view/289/PDF%20Galego>.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “El reto de la implantación de los PDC en materia antitrust en España”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n. 17, 2015.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “Capítulo 4. Autoridades responsables de la lucha contra los cárteles en España y la Unión Europea”, Beneyto Pérez, J.M. e Maillo González-Orús, J. (dirs.), *La lucha contra los cárteles en España*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “Capítulo 21: Prevención de cárteles, promoción de la competencia y programas de cumplimiento”, Beneyto Pérez, J.M. e Maillo González-Orús, J. (dirs.), *La lucha contra los cárteles en España*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “Una primera aproximación a lo lícito y lo ilícito en materia de prácticas colusorias”, *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, vol. 12, n. 18, xaneiro–xuño 2020.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “Compliance y Defensa de la Competencia: La Promoción de la Cultura del Cumplimiento Antitrust «en el Sector Público»”, Campos Acuña, M.<sup>ª</sup>C. (dir.), *Guía Práctica del Compliance en el Sector Público*, El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., PÉREZ FERNÁNDEZ, P. e SUDEROW, J., “Una visión integral de la prevención de los cárteles: análisis desde la perspectiva de las empresas, las Administraciones Públicas y las autoridades de competencia”, Beneyto Pérez, J.M. e Maillo González-Orús, J. (dirs.), *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- SALA ARQUER J.M., GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, A., MASSAGUER FUENTES, J. e FOLGUERA CRESPO, J. (dirs.), *Comentario a la Ley de defensa de la competencia (Dúo)*, 2 vols., 6.<sup>ª</sup> ed., Civitas, Madrid 2020.
- SANZ DE LA ASUNCIÓN, J. e ARECES LÓPEZ, C., “Puntos de encuentro entre la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y el Derecho de la Competencia”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 47, 2017. Acceso web: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5663/documento/esp05.pdf?id=7553>.
- SUDEROW, J., “Europa: STJUE 24.10.18, C 124/17, Vossloh laeis GMBH y Stadtwerke münchen GMBH Contratación pública, compliance y acciones de daños”, *observatorioantitrust.eu*, 7 de novembro de 2018. Acceso web: <https://www.observatorioantitrust.eu/es/europa-stjue-24-10-18-c-124-17-vossloh-laeis-gmbh-y-stadtwerke-munchen-gmbh-contratacion-publica-compliance-y-acciones-de-danos>.
- VÁZQUEZ, J., “La comunicación sobre prácticas colusorias en contratación pública”, *Guías Prácticas con Recursos y consejos para luchar contra la colusión en contratación*

*pública*, 26 de maio de 2021. Acceso web: <https://www.javiervazquezmatilla.com/la-comunicacion-sobre-practicas-colusorias-en-contratacion-publica/>.  
VÉLEZ, A.M., “Competencia advierte de que los cárteles para repartirse contratos públicos copan la mitad de las multas que impone”, *eldiario.es*, 28 de abril de 2021. Acceso web: [https://www.eldiario.es/economia/competencia-advierte-carteles-repartirse-contratos-publicos-copan-mitad-multas-impone\\_1\\_7879944.html](https://www.eldiario.es/economia/competencia-advierte-carteles-repartirse-contratos-publicos-copan-mitad-multas-impone_1_7879944.html).