



HERBERT
SMITH
FREEHILLS

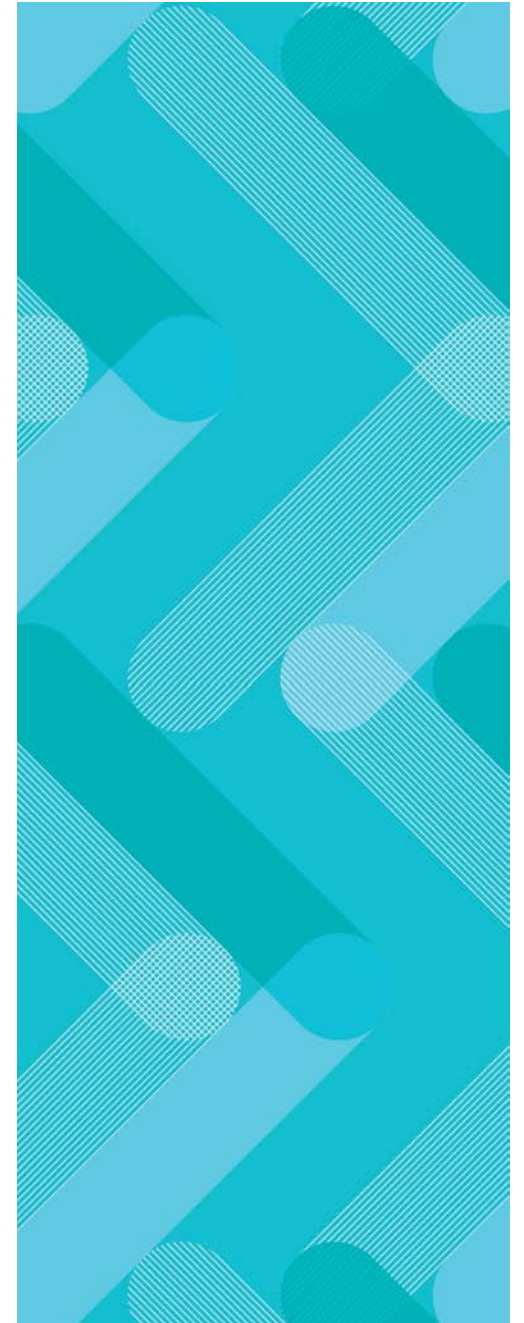
COMPETENCIA Y CONTRATACIÓN PÚBLICA

Panticosa, septiembre 2020

Javier Guillén Caramés - Catedrático de Derecho Administrativo URJC, Consultor Académico Herbert Smith Freehills.
(Javier.Guillen@urjc.es)

Cumplimiento normativo

¿Por qué es importante cumplir con las normas de competencia?



Cumplimiento normativo

- Las normas de competencia son **normas imperativas** de obligado cumplimiento **en cada país** que prohíben:

Los acuerdos entre empresas que limitan la competencia

Los comportamientos abusivos de empresas con poder de mercado

- Los especialmente graves o “per se”: **acuerdos de cartel**

*Atención
a las
UTES*

Fijación de precios

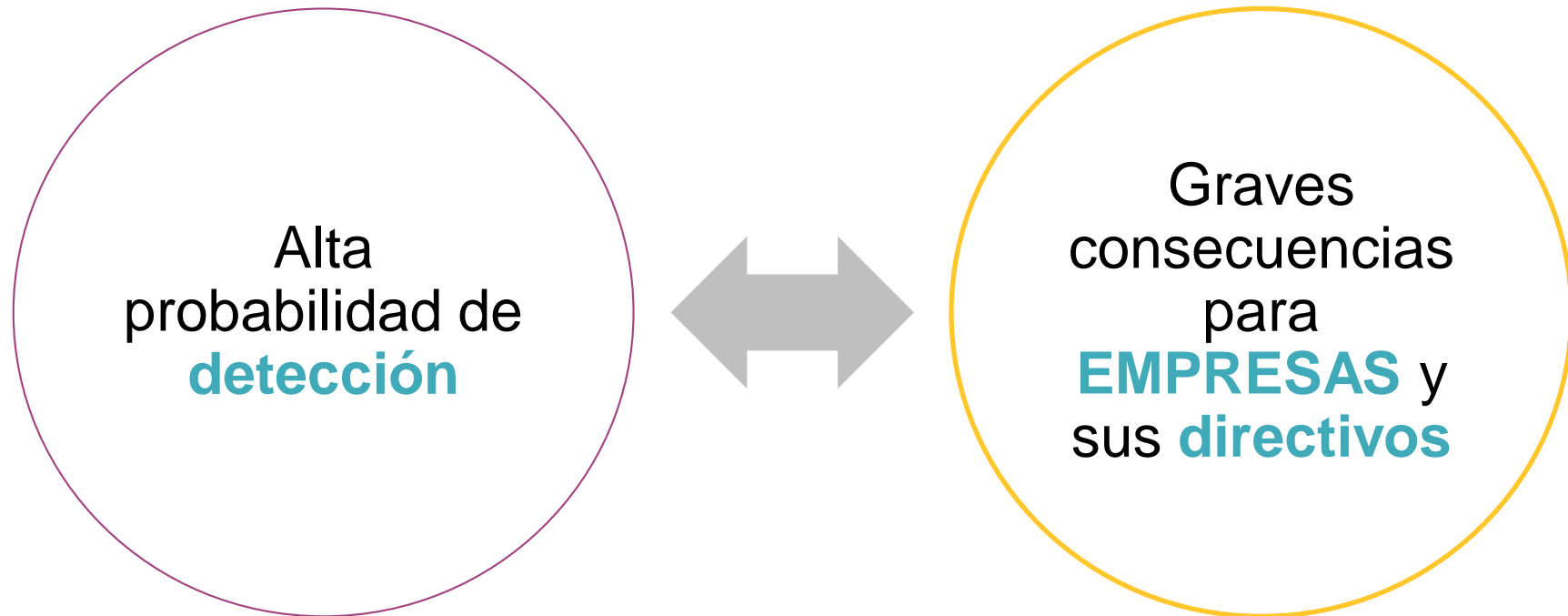
Limitación de la oferta

Reparto de mercado

- Los que no sean objeto de **exención** → *Autoevaluación
caso por caso*

Cumplimiento normativo

- ¿Por qué es importante cumplir con las normas de competencia?



Cumplimiento normativo

- Las autoridades de competencia cuentan con **instrumentos de detección cada vez más eficaces**



Cumplimiento normativo

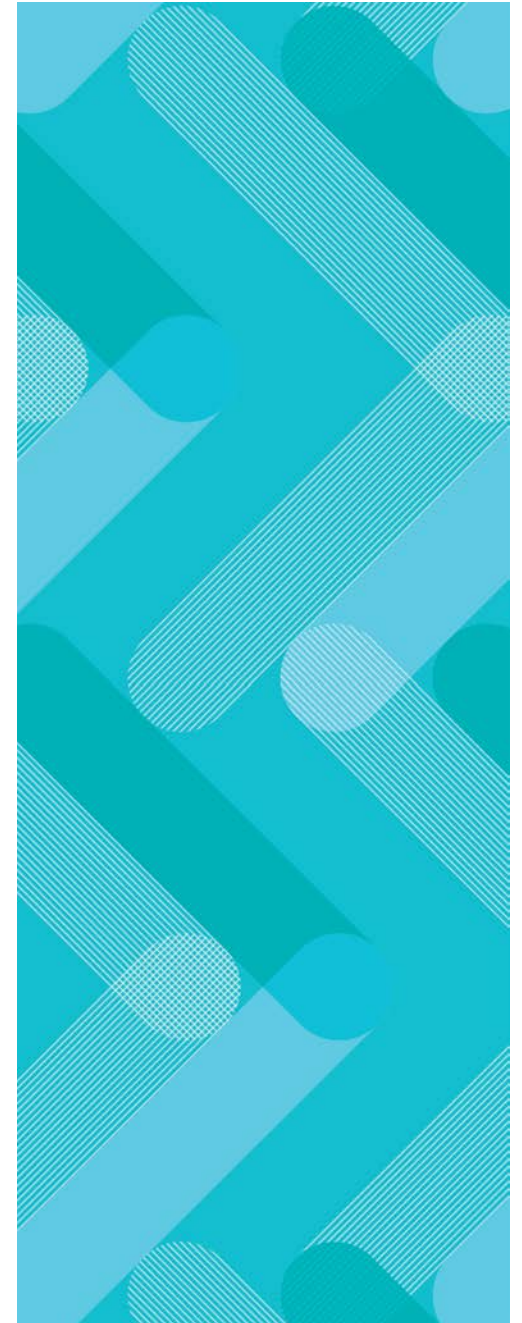
- La infracción de las normas de competencia puede conllevar **importantes consecuencias**





La estrecha relación entre competencia y la contratación pública

Las novedades de la Ley 9/2017 de
Contratos del Sector Público
(LSCP)



1. PRINCIPALES NOVEDADES

- La Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público (LCSP) introduce importantes novedades destinadas a la protección y aseguramiento de la libre competencia en los procedimientos de contratación pública
- Los órganos de contratación se convierten en colaboradores de las autoridades de competencia (art. 132.3 LCSP):
 - Deben velar en todo el procedimiento de licitación por la salvaguarda de la libre competencia
 - Deber de notificar a las autoridades de competencia cualquier indicio colusorio
 - Procedimiento específico: art. 1501.1 LCSP

2. PRINCIPALES NOVEDADES

- Se articula una nueva PROHIBICION DE CONTRATAR por falseamiento de la competencia (art. 71.1.b) LCSP)
 - Posibilidad de adoptar medidas de self cleaning para evitar o levantar la prohibición (art. 72.5 LCSP)
 - Pueden afectar tanto a empresas como a Directivos y a representantes de las empresas
 - Duración de hasta 3 años
- Se da una nueva regulación de las Uniones de Empresarios (UTES) (art. 69 LCSP)
 - Los órganos de contratación pueden apreciar indicios de colusión
 - Procedimiento sumarísimo
 - Suspende el procedimiento de licitación
 - Intervención de la CNMC y, en su caso, autoridad autonómica de competencia

3. PRIMERAS RESOLUCIONES APLICANDO LAS NOVEDADES

- La CNMC ha declarado por primera vez una prohibición de contratar con el sector público a las empresas sancionadas por falseamiento de la competencia (Resolución Electrificación y electromagnéticas ferroviarias, de 14 de marzo de 2019 (Expte. S/DC/0598/2016))
- Tendencia CONTINUADA:
 - Resolución Transporte escolar Murcia, de 20 de junio de 2019
 - Resolución Montaje y mantenimiento industrial, 1 de octubre de 2019
- **Igualmente la Autoridad Catalana de Competencia ha declarado la prohibición de contratar y fijado su alcance y duración:**
 - Resolución Licitaciones Servicio Meteorológico de Cataluña, 23 de diciembre de 2019.
 - - Resolución Aerobus, 21 de julio 2020



Las UTES desde la perspectiva de competencia y la contratación pública



Las UTEs desde la perspectiva de competencia

- Las UTEs son **acuerdos de cooperación entre empresas** que sometidas a las normas de competencia si **limitan la competencia**
- **¿Cuándo una UTE NO limita la competencia?** Cuando se trata de un acuerdo entre empresas que **NO son competidores reales o potenciales**
 - ✓ Acuerdos entre empresas del **mismo grupo**
 - ✓ Acuerdos entre empresas que **no están presentes en el mismo mercado de producto/servicio**
 - ✓ Acuerdos entre empresas **sin posibilidad real de estar presentes en el mismo mercado geográfico**
 - ✓ Acuerdos entre empresas **sin capacidad para licitar de forma individual**

Las UTEs desde la perspectiva de competencia

- **¿Cuándo una UTE que limita la competencia está permitida?**
Cuando
 - generen eficiencias (ej. ahorro de costes)
 - de las que se pueda beneficiar el órgano de contratación (ej. a través de ofertas con precios más competitivos)
 - que no conlleven otras restricciones que no sean necesarias (ej. intercambios de información que vayan más allá de lo necesario)
 - y no permitan la eliminación de la competencia (análisis de la estructura del mercado y posición competitiva de las empresas que forman parte de la UTE y otros competidores)

Las UTEs desde la perspectiva de competencia

- Novedad de gran calado: Intervención de las autoridades de competencia (art. 69.2 LCSP y 150.1 LCSP)
- Tres bloques fundamentales:
 - La solvencia y su acreditación
 - Modificaciones estructurales
 - Procedimiento sumarísimo

Las UTEs en la Ley 9/2017

Aspectos relacionados con la solvencia de las UTES

1. Posibilidad de acumular las clasificaciones de los miembros de las UTES (desarrollo reglamentario, art. 69.6 LCSP)
2. La remisión reglamentaria se entiende hecha en la actualidad al RGLCAP. Regulación (art 69 LCSP y art 24 RGLCAP):
 - CAPACIDAD: Exigible a todos y cada uno de los miembros de la UTE
 - SOLVENCIA TECNICA: Se exige un mínimo de solvencia (criterio flexible)
 - SOLVENCIA ECONOMICA: Responsabilidad solidarias (criterio flexible)
 - o Los miembros de la UTE pueden acreditarla demostrando la capacidad económica de otra empresa perteneciente o no a la UTE con la que tengan vínculos jurídicos
 - o Hay que demostrar fehacientemente que se dispone de los medios económicos de la tercera empresa
4. Cuando la solvencia se acredite mediante la clasificación la LCSP (art. 69.6) exige que todos los miembros de la UTE estén previamente clasificados, pudiéndose sumar sus clasificaciones de acuerdo con lo previsto en el art. 52 RGLCAP.
5. Cambio de orientación por parte de los órganos de contratación en el examen de estos requisitos: la libre competencia empresarial

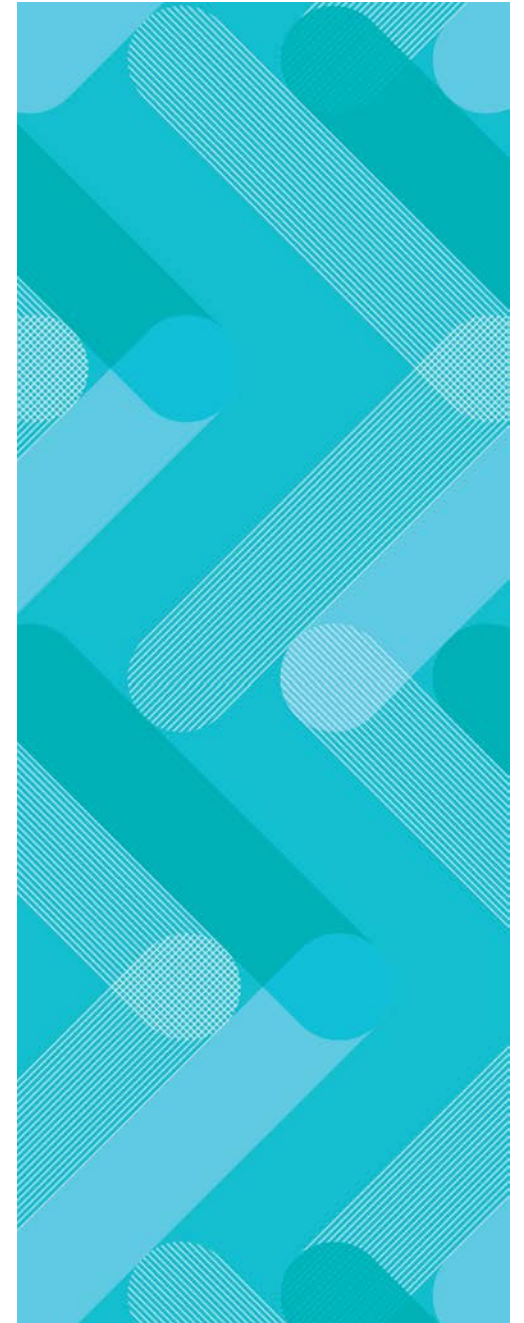
Las UTEs en la Ley 9/2017

Modificaciones estructurales en las UTES

- Durante el procedimiento de licitación:
 - ✓ Cambio en la composición ➡ **exclusión** (excepto cambios en la participación)
 - ✓ Prohibición de contratar ➡ **exclusión (medidas de self cleaning)**
 - ✓ Fusión, adquisición o transmisión de rama de actividad ➡ continua el procedimiento si se garantiza la solvencia
- Tras la firma del contrato:
 - ✓ Aumento, disminución o sustitución de miembros ➡ **cesión del contrato** (autorización, garantía de solvencia, ejecución 20%/ 1/5 del plazo)
 - ✓ Fusión, adquisición o transmisión de rama de actividad ➡ continua la ejecución del contrato si se garantiza la solvencia
 - ✓ Concurso de acreedores (aún en fase de liquidación) ➡ continua la ejecución del contrato con las restantes si se garantiza la solvencia

Recomendaciones

Medidas a adoptar por las empresas que contraten con el sector público



1. CON CARÁCTER PREVIO A UN PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

- Disponer de un PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO
- Debe ser EFICAZ
- En el caso de UTES disponer de un conjunto de medidas que justifiquen la concurrencia al procedimiento de licitación mediante esta fórmula colaborativa
- En el supuesto de que pueda haber un problema en torno a una posible PROHIBICIÓN DE CONTRATAR:
 - DEUC
 - Posible suspensión por el órgano judicial
 - Efectos de la suspensión

2. DURANTE EL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

2.1 INCIDENCIAS EN EL CASO DE UTES

- Activación por los órganos de contratación del art. 69.2 LCSP en conexión con el 150.1 LCSP
- Qué debe entenderse por INDICIOS DE COLUSIÓN
- Deben afectar los INDICIOS al procedimiento de contratación
- Modus operandi de los órganos de contratación:
 - Requerimiento de información a las empresas: JUSTIFICACIONES
 - Qué plazo tienen las empresas para contestar -“Plazo suficiente”-

2. DURANTE EL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

2.1 INCIDENCIAS EN EL CASO DE UTES

- Una vez recibidas las justificaciones de las empresas:
 - Qué pueden hacer los órganos de contratación:
 - Aceptarlas
 - NO aceptarlas: TRANSFORMACIÓN DE MEROS INDICIOS EN INDICIOS FUNDADOS
 - Tienen los órganos de contratación competencia??
 - SUSPENSION del procedimiento de licitación
 - Traslado a la CNMC o autoridad de competencia autonómica (posible problema competencial)

2. DURANTE EL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

2.1 INCIDENCIAS EN EL CASO DE UTES

- PROCEDIMIENTO SUMARÍSIMO
 - No se ha desarrollado reglamentariamente
 - A pesar de ello ¿podría activarse?
 - Naturaleza de la resolución:
 - Informe: ¿vinculante o no vinculante?
 - Resolución

2. DURANTE EL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

2.1 INCIDENCIAS EN EL CASO DE UTES

- CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA INTERVENCIÓN DE LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA
 - Inicio de INSPECCIONES
 - Incoación de un PROCEDIMIENTO SANCIONADOR
 - Posibilidad de acogerse a un PROGRAMA DE CLEMENCIA

2. DURANTE EL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

2.2 PROHIBICIONES DE CONTRATAR

- Qué ocurre si la CNMC ha activado la prohibición de contratar
- Puede la CNMC declarar una prohibición de contratar:
 - ¿En qué PROCEDIMIENTO?
 - ¿y fijar su ALCANCE y DURACIÓN?
- En caso AFIRMATIVO: ¿se puede solicitar la suspensión de la prohibición de contratar? ¿ante quién?:
 - Órgano judicial
 - Junta Consultiva de Contratación
 - Organo de contratación

2. DURANTE EL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

2.2 PROHIBICIONES DE CONTRATAR

- POSIBILIDAD DE ADOPTAR MEDIDAS DE SELF CLEANING O AUTOCORRECTORAS
 - Ante qué organismo: CNMC, autoridad autonómica, JCCA, órgano de contratación
 - Tipología de medidas de self cleaning
 - En caso de denegación de las medidas de self cleaning ¿qué puedo hacer?

3. MEDIDAS A ADOPTAR DESPUES DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN PUBLICA

- En el caso de prohibiciones de contratar:
 - Medidas de self cleaning
- En el caso de UTES : Posibles medidas de impugnación:
 - Tribunales especiales de contratación administrativa
 - Recursos administrativos
 - Recursos contencioso-administrativo

For a full list of our global offices visit [HERBERTSMITHFREEHILLS.COM](https://www.herbertsmithfreehills.com)
