

PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS EN LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

Antonio Miño López

Tese de Doutoramento 2018

Directores: Dr. Manuel Areán Lalín

Dr. Fernando Cachafeiro García

PROGRAMA OFICIAL DE DOUTORAMENTO EN DEREITO.



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Don Manuel Areán Lalín e Don Fernando Cachafeiro García

CERTIFICAN:

Que a presente tese de doutoramento titulada: ***PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS EN LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO*** que presenta **Don Antonio Miño López**, foi realizada baixo a súa dirección e reúne as condicións necesarias para optar ao grao de Doutor, autorizándoa para a súa presentación perante o Tribunal correspondente.

E para que conste aos efectos oportunos, asinamos a presente na Coruña, a

Santiago de Compostela a 1 de novembro de 2018.

**AREAN LALIN
MANUEL -
DNI
33831271L**

Firmado digitalmente por AREAN LALIN MANUEL - DNI 33831271L
Nombre de reconocimiento (DN): c=ES, ou=UNIVERSIDAD DE A CORUÑA, ou=CERTIFICADO electrónico de empleado público, ou=DEREITO PRIVADO, ou=9899, serialNumber=33831271L, sn=AREAN LALIN, givenName=MANUEL, cn=AREAN LALIN MANUEL - DNI 33831271L
Fecha: 2018.10.22 21:57:57 +02'00'

**CACHAFEIRO
GARCIA
FERNANDO -
DNI 32829927A**

Firmado digitalmente por CACHAFEIRO GARCIA FERNANDO - DNI 32829927A
Nombre de reconocimiento (DN): c=ES, ou=UNIVERSIDAD DE A CORUÑA, ou=CERTIFICADO ELECTRONICO DE EMPLEADO PUBLICO, ou=DEREITO PRIVADO, ou=13947, serialNumber=IDCES-32829927A, sn=CACHAFEIRO GARCIA, givenName=FERNANDO, cn=CACHAFEIRO GARCIA FERNANDO - DNI 32829927A
Fecha: 2018.11.05 12:43:43 +01'00'

Fdo. Dr. Manuel Areán Lalín

Fdo. Dr. Fernando Cachafeiro García

MANUEL AREÁN LALÍN y FERNANDO CACHAFEIRO GARCÍA, Catedrático y Profesor Titular de Derecho Mercantil de la UDC, respectivamente, en su condición de codirectores de la tesis doctoral

INFORMAN FAVORABLEMENTE

de la tesis doctora elaborada por ANTONIO MANUEL MIÑO LÓPEZ a los efectos de que éste pueda solicitar al CAPD la autorización para su defensa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 *Reglamento de Estudos de Doutoramento da Universidade da Coruña* aprobado polo *Consello de Goberno* del 17 de julio de 2012.

Y para que conste a los efectos oportunos firman la presente en A Coruña, a 4 de octubre de 2018.

**AREAN LALIN
MANUEL -
DNI
33831271L**

Firmado digitalmente por AREAN LALIN MANUEL - DNI 33831271L
Nombre de reconocimiento (DN): c=ES, o=UNIVERSIDAD DE A CORUÑA, ou=certificado electrónico de empleado público, ou=DEREITO PRIVADO, ou=9889, serialNumber=33831271L, sn=AREAN LALIN, givenName=MANUEL, cn=AREAN LALIN MANUEL - DNI 33831271L
Fecha: 2018.10.05 19:48:15 +02'00'

Manuel Areán Lalín

**CACHAFEIRO
GARCIA
FERNANDO -
32829927A**

Firmado digitalmente por CACHAFEIRO GARCIA FERNANDO - 32829927A
Nombre de reconocimiento (DN): c=ES, serialNumber=IDCES-32829927A, givenName=FERNANDO, sn=CACHAFEIRO GARCIA, cn=CACHAFEIRO GARCIA FERNANDO - 32829927A
Fecha: 2018.10.04 17:54:34 +02'00'

Fernando Cachafeiro García

*Ao André e á Patricia,
que o son todo para min*

AGRADECIMIENTOS

Debo a mis directores la perseverancia y el estímulo intelectual imprescindibles para elaborar esta tesis doctoral. D. Manuel Areán, en su condición de profesor universitario, hizo nacer en mí el interés por el Derecho Mercantil, que nunca me ha abandonado, a pesar de que mi profesión está más vocada hacia el Derecho Público. Como director de tesis, su sabiduría y respeto sirvieron de incentivo en todo momento. D. Fernando Cachafeiro ha sido sucesivamente compañero en la Facultad de Derecho de la Universidade de A Coruña, compañero en el Consello Galego da Competencia y director de tesis. En esta última labor su implicación ha sido absoluta. Ambos directores se han volcado a fondo; todas sus sugerencias y propuestas mejoraron con mucho la redacción inicial. En propiedad, cabe decir que esta tesis doctoral me la debía a mí pero también se la debía a ellos.

El Presidente del Consello Galego da Competencia, D. Francisco Hernández Rodríguez y su Secretario General (y hoy Director de Investigación), D. José-Antonio Rodríguez Míguez han sido una fuente constante de conocimiento y de apoyo. Y trabajar durante casi cinco años con dos doctores en Derecho Mercantil una fortuna inmensa. Su profundidad y capacidad de reflexión sobre el Derecho de la Competencia me obligaban constantemente a intentar acercarme a su nivel. No menos significativa fue su predisposición absoluta a responder a mis preguntas y consultas. Quiero incluir en este agradecimiento a D. Modesto Rivas Fidalgo, mi compañero en la Dirección de Investigación: el colaborador perfecto.

Por último, pero tan importante, deseo manifestar el agradecimiento a mi esposa, Patricia y a mi hijo, André. Patricia Valcárcel Fernández es doctora en Derecho y acreditada a catedrática en Derecho Administrativo. Conoce el mundo académico a la perfección y me ha soportado y animado en los momentos de mayor desánimo o cansancio. André lo es absolutamente todo para mí.

RESUMEN

La investigación doctoral plamada en esta tesis se ha propuesto elaborar un estudio analítico, sistemático y en la medida de lo posible, omnicomprendivo, de las prácticas anticompetitivas en la contratación pública. Para ello se ha analizado la doctrina de las autoridades de competencia y tribunales a nivel comunitario, español y de otros estados, fundamentalmente europeos.

La obra se divide en cuatro capítulos. El Capítulo I, de carácter introductorio, aborda una serie de extremos comunes a toda la obra. De entre ellos, la mirada más intensa se centra en dos: la conceptualización de la colusión entre licitadores y de los cárteles en la contratación pública y la posición del ente contratante como cliente, consumidor y posible responsable de las conductas anticompetitivas, a título de facilitador o de autor. La atribución de responsabilidad *antitrust* a las entidades del sector público es una materia en ebullición, con sucesivos pronunciamientos cada vez más favorables a su imputación.

Los Capítulos II y III estudian los tres tipos de comportamientos anticompetitivos en la contratación pública (prácticas restrictivas, abusos de posición de dominio y conductas desleales que falsean la competencia). Para cada una de estas categorías se examinan los varios subtipos infractores con base en las resoluciones de las autoridades de defensa de la competencia así como en la jurisprudencia y la doctrina. El Capítulo II analiza las prácticas restrictivas – acuerdos y prácticas concertadas- considerados unanimemente los comportamientos más graves y perjudiciales. De entre ellos, se destacan los acuerdos sobre precios, reparto de mercados, boicot y las agrupaciones de licitadores (uniones temporales de empresas y agrupaciones de interés económico). El Capítulo III realiza el primer estudio sistemático de las prácticas abusivas y desleales en la contratación pública. En unas y otras pueden incurrir tanto los licitadores como los contratistas y concesionarios públicos (así como los entes contratantes). Las autoridades de competencia otorgan a ambos tipos de conductas un papel menos relevante que a los cárteles. Sin embargo, existe un corpus no despreciable de resoluciones y sentencias sobre prácticas predatorias, discriminación, boicot, compresión de márgenes y abusos explotativos

Por último, el Capítulo IV plantea un número significativo de mecanismos de prevención, disuasión y represión de estas prácticas. En él late una máxima: la colaboración entre los sistemas de contratación pública y de defensa de la competencia es imprescindible para minorar la producción e incidencia de los comportamientos anticompetitivos.

OBJETIVOS

Primero. Estudiar las conductas anticompetitivas en la contratación pública y la proliferación de resoluciones sancionadoras dictadas por las autoridades de defensa de la competencia españolas en la última década, así como sus precedentes.

Segundo. Poner de manifiesto, a través del análisis de casos significativos, como en la contratación pública hacen presa todos los tipos ordinarios de prácticas colusorias y abusos de posición dominante en la contratación pública.

Tercero. Analizar las peculiaridades de la colusión ejecutada por las uniones temporales de empresas y las asociaciones de interés económico y como determinadas características de los procedimientos de contratación facilitan la comisión de prácticas colusorias.

Cuarto. Estudiar la posición de los entes contratantes del sector público como clientes de los contratistas y como responsables de las prácticas anticompetitivas, ya como facilitadores ya como responsables.

Quinto. Examinar la insuficiencia del Derecho de la Contratación pública para prevenir y evitar las prácticas anticompetitivas a pesar de poseer una normativa prolija, de establecer procedimientos competitivos y de multiplicar los órganos de adjudicación, asesoramiento y fiscalización destinados a velar por la competencia en la asignación de los contratos públicos.

Sexto. Estudiar con detalle una serie de figuras útiles para los órganos de contratación y las autoridades de competencia en su labores de prevención, disuasión y represión de las prácticas anticompetitivas en la contratación pública: *screening* de prevención y de investigación, comunicación de la conducta por el órgano de contratación a las autoridades de competencia, nulidad de los contratos en cuya adjudicación hubiese concurrido una conducta anticompetitiva, prohibición de contratar para las empresas sancionadas y expulsión del procedimiento en marcha para los licitadores sospechosos de incurrir en tales prácticas.

Séptimo. Resaltar como la lucha efectiva contra las prácticas anticompetitivas en la contratación pública exige la acción conjunta del Derecho de la Competencia y del Derecho de la Contratación Pública y de todos los órganos públicos implicados en el ejercicio de ambas disciplinas.

METODOLOGÍA

Para los capítulos centrales de esta tesis, dedicados a las prácticas colusorias (Cap. II) y abusos de posición de dominio (Cap. III), es fundamental el tratamiento de casos significativos («*leading cases*») de prácticas anticompetitivas en la contratación pública. En el Derecho español, la base son las resoluciones dictadas por las autoridades estatal y autonómicas de competencia. Las decisiones administrativas se completan con la doctrina sentada por las sentencias de instancia y de casación, cuando es significativa. Respecto de otros ordenamientos jurídicos, europeos o internacionales, el estudio se centra casi en exclusiva en las decisiones tomadas por las autoridades de competencia. Para los asuntos comunitarios, se analizan las sentencias dictadas por el Tribunal General (antes, de Primera Instancia) y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (antes, de la Comunidad Europea), completadas, en ocasiones, con las aportaciones de los Abogados Generales en sus Conclusiones y las Decisiones de la DG.Comp.

Los capítulos inicial y final abordan instituciones jurídicas que muestran la imbricación entre el Derecho de la Competencia y el de la Contratación Pública para la lucha contra las prácticas anticompetitivas. Sin abandonar en absoluto el estudio de casos relevantes, el punto de partida es la regulación de figuras como el *screening*, la nulidad de los contratos y las prohibiciones de contratar.

Junto a resoluciones/sentencias y a la normativa, el tercer pilar de la tesis es la doctrina. Se han estudiado con atención un número muy elevado de manuales, monografías, artículos y *papers* de carácter jurídico (Derecho Mercantil, Administrativo e Internacional) y económico. Estas obras han servido tanto para desarrollar las figuras estudiadas como para de inspiración a la hora de adoptar posiciones personales del autor.

Por último, pero no menos importante, los tres vectores citados sirven para otorgar fundamentación, solidez y solvencia a las aportaciones personales de su autor. Los objetivos prioritarios de esta tesis son entender y explicar por qué los comportamientos anticompetitivos parecen tener una incidencia muy importante en la contratación pública. Y, acto seguido, proponer medidas que reduzcan la incidencia de las prácticas anticompetitivas en la contratación pública. Se ha procurado realizar aportaciones fundadas tanto en el ámbito de la explicación como en el de la propuesta.

RESULTADOS

Primero. Las prácticas anticompetitivas en la contratación pública no son un fenómeno marginal o extraordinario. El número de resoluciones y sentencias es ya considerable y las autoridades de competencia en reciben denuncias e inician expedientes con gran frecuencia. Todo ello hace pensar que se trata de comportamientos habituales.

Segundo. En el ámbito territorial estudiado (España, Unión Europea y ciertos estados) las autoridades de defensa de la competencia han dictado resoluciones sancionadoras por la comisión de prácticamente todos los subtipos de comportamientos colusorios y abusivos.

Tercero. Los extremos apuntados en los dos puntos precedentes llevan a concluir que el éxito en la lucha contra estas prácticas exige la combinación de esfuerzos de las autoridades de defensa de la competencia y de los órganos de contratación pública, actuando como «doble barrera» en los niveles preventivo, disuasorio y represiva.

Cuarto. Para ello ha de prestarse una atención especial a las formas de colusión más significativas en la contratación pública: reparto de mercados (en sus diversas formas); *price fixing*, y la practicada a través de las técnicas de asociación de licitadores admitidas por la normativa de contratos públicos (uniones temporales de empresas y agrupaciones de interés económico)

Quinto. Ha de promoverse la colaboración del personal de los órganos de contratación en la prevención y denuncia de las conducta anticompetitivas. Los programas de formación en Derecho de la Competencia aplicado a la contratación pública se estiman indispensables. También lo es el fomento de las denuncias instadas por los propios órganos de contratación y la investigación sin denuncia por las autoridades de competencia, a través del *screening*.

Sexto. Desde las perspectivas disuasoria y represiva, la imposición de multas a las empresas cartelizadas o incursas en comportamientos abusivos no se ha mostrado una fórmula desincentivadora en grado suficiente. Es preciso ampliar el campo, con medidas tales como adoptar la nulidad de los contratos públicos afectados, imponer prohibiciones de contratar a las empresas infractoras y sancionar personalmente a sus directivos.

Séptimo. Las medidas apuntadas en el punto precedente deben completarse con la aplicación desacomplejada de la normativa de competencia a los órganos de contratación que colaboren en la comisión de las prácticas anticompetitivas como facilitadores o como autores.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	39
CAPÍTULO I. ELEMENTOS COMUNES	43
1. Ente contratante y contratista	45
1.1. Comprador, cliente, consumidor.....	46
1.2. Responsabilidad <i>antitrust</i> de los entes contratantes del sector público	49
1.2.1. Derecho Comunitario: progresiva ampliación del concepto.....	50
1.2.2. Derecho español: desvinculación de la actividad económica	56
1.2.3. Autor y facilitador	61
2. Mercado	62
3. El precio como criterio de adjudicación	67
4. Conductas	68
CAPÍTULO II. COLUSIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	71
I. CONSIDERACIONES GENERALES	73
1. Prácticas colusorias en la contratación pública	73
1.1. Colusión y cártel de licitadores.....	73
1.2. Mercado	78
1.3. Restricciones por objeto o por efectos	78
1.4. Múltiples infracciones	83
1.5. Infracciones únicas y continuadas	84
1.6. Efectos sobre el mercado	87
1.7. Alcance del perjuicio	88
II. TIPOLOGÍA	89
1. Por su relación con la contratación pública: colusión directa e indirecta	89
2. Por su finalidad: colusión táctica, estratégica, disruptiva y negativa	94
3. Por su autoría: licitadores, contratistas, asociaciones y organizaciones representativas	95
4. Por su poder de mercado: cártel con fuerte poder de mercado	97
4.1. Capacidad expansiva del cártel de licitadores	97
4.2. Práctica restrictiva o abuso de posición de dominio colectivo.	104

5. Otros criterios clasificatorios.....	106
III. COLUSIÓN DIRECTA.....	106
1. Intercambios de información.....	109
1.1. Transparencia en la contratación pública	109
1.1.1. Transparencia legal, procedimental y extraprocedimental	111
1.1.2. Transparencia con efectos procompetitivos.....	113
1.1.3. Transparencia con efectos anticompetitivos	117
1.2. Intercambios de información anticompetitivos	119
1.2.1. Requisitos.....	119
1.2.2. Carácter instrumental, cártel o infracción auxiliar. <i>Agencias de medios</i>	124
1.2.3. Intercambio de información con no licitadores	128
1.2.4. Incidencia del procedimiento de contratación	130
1.2.5. Intercambios de información entre empresas vinculadas. <i>Alumbrado público de Canovelles</i>	131
2. Acuerdos sobre la oferta económica	134
2.1. Ofertas de cobertura.....	137
2.1.1. Concepto y requisitos.....	137
2.1.2. Relación con otras categorías.....	140
2.2. Ofertas económicas idénticas o similares.	143
2.2.1. Ofertas idénticas	143
2.2.2. Ofertas idénticas al presupuesto de licitación.....	150
2.2.3. Ofertas similares	153
2.2.4. Decisiones públicas que inducen comportamientos paralelos: <i>Ethicon</i>	155
2.2.5. Ofertas económicas superiores al presupuesto de licitación.....	157
a) Boicot.....	157
b) Materiales radiactivos.....	158
2.2.6. Ofertas técnicas de cobertura, idénticas o similares	163
2.3. Pagos compensatorios.....	164
3. Acuerdos para el reparto de mercados.....	166
3.1. Consideraciones generales	166
3.1.1. ¿Figura secundaria?	166
3.1.2. Principio de respeto al cliente preestablecido.....	167
3.1.3. Dominio del mercado de demanda por las entidades contratantes ...	171

3.1.4. Estabilidad del cártel.....	172
3.1.5. Licitadores pertenecientes a un grupo de empresas	173
a) El privilegio de grupo	173
b) En la contratación pública	175
3.2. Fases y técnicas colusorias	177
3.3. Tipos del reparto de mercados	178
3.4. Reparto de lotes	180
3.4.1. Regla general en la contratación pública	180
3.4.2. Práctica colusoria.....	181
a) Subtipos y técnicas colusorias	181
b) Casos destacados	182
3.5. Reparto de licitaciones.....	183
3.6. Reparto de entidades contratantes	185
3.7. Reparto de mercados geográficos	188
3.8. Diseño en cascada.....	191
4. Boicot	194
4.1. Concepto	194
4.2. Modalidades.....	196
4.2.1. Por el momento: boicot inicial y sobrevenido	196
a) Boicot inicial.....	197
b) Abandono del procedimiento de contratación	198
4.2.2. Por su intensidad: boicot total o parcial.....	200
4.2.3. Por su finalidad: boicot contractual y extracontractual.....	201
4.3. Constitución de cártel extracontractual para evitar la licitación.....	203
4.3.1. El cartel de los <i>pañales absorbentes (AIO)</i>	203
4.3.2. <i>Test diagnostici per diabete</i>	205
4.3.3. Alternativas del cártel: pacto con el ente contratante o boicot	206
a) Acuerdo con el órgano de contratación	206
a) Boicot a las licitaciones: recurso y ofertas inadmisibles.....	207
c) De boicot extracontractual a boicot en la contratación pública	207
4.4. Carácter anticompetitivo.....	208
4.4.1. Práctica restrictiva.....	208
4.4.2. Justificaciones objetivas	211
4.5. Supresión ‘constructiva’	213
5. Rotación de ofertas	214
5.1. Elementos	214
5.2. <i>Nevasa</i>	218

5.3. Otros casos	219
6. Técnicas contractuales que favorecen la colusión	222
6.1. Participación colectiva en la contratación pública.....	223
6.2. Las uniones de licitadores.....	226
6.2.1. Regulación y test de sujeción a la normativa de competencia.....	226
6.2.2. Práctica no anticompetitiva por naturaleza.....	229
6.2.4. La unión de licitadores colusoria	231
a) Vehículo de otras técnicas colusorias	231
b) Competidores reales o potenciales.....	233
c) Necesidad del consorcio: imposibilidad de participación independiente.....	234
1. Exigencias de capacidad y solvencia establecidas por los pliegos.....	237
2. Imposición de la participación colectiva por los pliegos	238
3. Necesidad objetiva de cooperación	238
4. Reparto de riesgos	240
5. Capacidad parcial	240
6. Capacidad reservada para otros contratos	241
7. Agrupación formada por más empresas de las necesarias.....	242
8. Necesidad limitada al procedimiento singular	242
9. Otros procedimientos de contratación.....	245
d) Presunciones de capacidad y solvencia	245
6.2.5. Exención de responsabilidad <i>antitrust</i>	249
a) Eficiencias compensadoras	249
b) Operatividad de los artículos 101.3 TFUE y 1.3 LDC.	252
6.2.6. Restricción por objeto o por efectos	256
a) Restricción por objeto	256
b) Restricción por efectos	258
c) Un modelo muy rígido	262
6.2.7. Prácticas anticompetitivas durante la licitación.....	263
6.2.8. Incentivos	265
6.2.9. Mercados oligopolísticos	265
6.2.10. Confianza legítima	266
6.2.11. Expulsión del procedimiento de contratación.....	267
6.2.12. Responsabilidad	269
6.3. Complemento de solvencia.....	271
6.4. Subcontratación	271
6.4.1. Acuerdo vertical entre el contratista y un licitador subcontratista....	273

6.4.2. Acuerdo horizontal entre el contratista y un licitador subcontratista	274
a) Papel de la subcontratación en los cárteles de licitadores	275
b) Expresiones de la subcontratación colusoria	277
c) Suspensión del procedimiento y suspensión del contrato	278
6.4.3. Acuerdo horizontal entre subcontratistas	280
6.5. Participación colectiva secreta	281
7. Encargos a medios propios	282
7.1. Exclusión de la normativa de contratos públicos	282
7.2. Conducta exenta y comportamientos anticompetitivos	283
7.2.1. Responsabilidad de ambas partes por simulación del encargo	286
7.2.2. Responsabilidad del medio propio al ejecutar la encomienda	288
7.2.3. Responsabilidad del medio propio en sus relaciones verticales	289
7.2.4. Responsabilidad del medio propio como operador ordinario	289
IV. COLUSIÓN INDIRECTA	290
1. Colusión en mercados conexos	291
1.1. Concepto y naturaleza jurídica	291
1.2. Colusión de proveedores o de subcontratistas	292
1.2.1. Cárteles de proveedores: insumos para contratos públicos	293
1.2.2. Cárteles de subcontratistas: <i>Postensado</i> y <i>Geotecnia</i>	297
1.3. Cadenas colusorias. El <i>cártel holandés del asfalto</i>	298
2. Cártel ordinario susceptible de ser activado en una licitación pública	301
2.1. Concepto y naturaleza jurídica	301
2.2. <i>Taxis Tenerife</i>	302
2.3. <i>Concesionarios Toyota</i>	302
3. Cártel de operadores privados que operan en el ámbito del ente contratante	303
V. HUB AND SPOKE Y COLUSIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	305
1. Una figura miscelánea	305
1.1. Como intercambio de información	306
1.2. El <i>hub</i> como organizador del cártel y partícipe de la infracción	308
2. El <i>hub & spoke</i> en la contratación pública	308
2.1. Hub & spoke con proveedores: Eli Lilly y ARC Brasov	309
2.2. <i>Hub & spoke</i> con el cliente público	312
2.3. Prueba del <i>hub & spoke</i>	314
2.4. En las consultas preliminares al mercado	315
2.5. Responsabilidad del ente contratante en concepto de <i>hub</i>	315

VI. ACUERDOS VERTICALES	316
1. Consideraciones generales	316
2. En la contratación pública.....	317
VII. CONSULTAS PRELIMINARES AL MERCADO Y COLUSIÓN.....	318
1. Carácter y objetivos de las consultas preliminares al mercado	318
2. Comisión de comportamientos anticompetitivos durante la consulta	320
3. Incentivos y obstáculos para cartelizarse durante la consulta	322
3.1. Riesgos para la competencia derivados del diseño de las CPM	323
3.2. Riesgos para la competencia generados por las empresas consultadas	324
3.3. Posición de la CNMC	325
4. Riesgo de cartelización en futuros procedimientos de contratación pública	326
5. Soluciones para evitar la colusión en las consultas preliminares al mercado	327
6. <i>Hub & spoke</i> en las consultas preliminares al mercado	328
CAPÍTULO III. ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO Y DESLEALTAD ANTICOMPETITIVA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	329
I. CONCEPTOS GENERALES	332
1. Mercado.....	332
2. Posición de dominio.....	333
3. Abuso	335
II. ABUSOS EXCLUSIONARIOS Y ABUSOS EXPLOTATIVOS.....	337
III. OFERTAS PREDATORIAS	340
1. Presupuesto de licitación y oferta económica excesivamente reducida	340
2. Ofertas anormalmente bajas	343
2.1. Prohibición de exclusión automática	343
2.2. Diferencias con las ofertas con pérdida y las ofertas predatorias	344
3. Ofertas con pérdida.....	345
4. Ofertas predatorias	345
4.1. Parámetros de coste	346
4.2. Su empleo contra los proveedores de medicamentos genéricos	350
4.3. Ofertas «con precio cero»	352
4.3.1. Admisibles para el Derecho de la Contratación pública.....	352

4.3.2. ¿Abusivas para el Derecho de la Competencia?	354
4.3.3. Predación	355
IV. DISCRIMINACIÓN	359
1. Principio de igualdad y no discriminación.....	359
2. Discriminación exclusionaria, de segundo grado, explotativa e inversa	360
3. Discriminación de un competidor directo (exclusionaria o de primer grado)	363
4. Discriminación de segundo grado	364
4.1. Un caso paradigmático: <i>Ayuntamiento de Cuéllar</i>	365
4.1.1. Conducta abusiva: discriminación injustificada entre los operadores	366
4.1.2. Requisitos del abuso discriminatorio en la gestión indirecta de SIEG.....	368
a) Posición de dominio.....	368
b) Condiciones del abuso discriminatorio.....	371
4.1.3. El contratista responsable de la discriminación de segundo grado...376	
4.1.4. Conclusiones	376
4.2. Discriminación de segundo grado en otros supuestos: <i>Servicios Funerarios La Gomera</i>	378
4.2.1. Pluralidad de conductas abusivas previstas en un contrato mercantil	378
4.2.2 Influencia del contrato administrativo para llegar a prácticas discriminatorias.....	381
5. Discriminación de no competidores (explotativa). <i>Tanatorios de Huelva, S.L.</i>	382
6. Discriminación, pluralidad de infracciones y <i>forum shopping</i>	385
6.1. Discriminación y denegación de acceso	388
6.1.1. Presencia de ambos abusos	388
6.1.2. Denegación de acceso pero no discriminación	389
6.1.3. Discriminación pero no denegación de acceso	390
6.2. Discriminación y precios excesivos.....	391
6.2.1. Sanción por precios excesivos: <i>Tanatorio Ciudad</i>	391
6.2.2. Sanción por discriminación: <i>Tanatorio de Catoira</i>	392
V. NEGATIVA DE ACCESO	396
1. Introducción.....	396
2. Requisitos	397

2.1. Indispensabilidad	398
2.1.1. Doctrina de las infraestructuras esenciales: tanatorios	398
2.1.2. Doctrina de la necesidad objetiva	402
2.1.3. Breve comparación de ambas doctrinas.....	403
2.1.4. Inversión insuficiente por motivos estratégicos.....	405
2.1.5. La doctrina de «los frutos reales de la propiedad»	406
2.2. <i>Foreclosure</i>	410
2.3. Falta de justificación objetiva.....	413
2.3.1. Importancia de las causas de justificación objetiva en el <i>refusal</i>	413
2.3.2. Causas de justificación previstas en las Orientaciones	414
2.3.3. Causas de justificación basadas en el interés general	416
2.3.4. Irresponsabilidad del contratista. Responsabilidad del ente contratante.....	417
2.3.5. Confianza legítima	420
2.4. Perjuicio para los consumidores	421
3. Conductas.....	422
3.1. Negativa del licitador.....	424
3.2. Negativa del contratista o concesionario frente al ente contratante.....	426
3.3. Negativa del contratista o concesionario público frente a terceros operadores.....	429
3.4. Negativa de venta de los proveedores o subcontratistas a los licitadores y contratistas	432
3.5. Negativa de proveedores o subcontratistas inducida por un cártel de licitadores: <i>Tubos preaislados</i>	434
3.6. Negativa de compra	436
4. Denegación de acceso constructiva	437
4.1. Denegación constructiva y <i>forum shopping</i>	439
4.2. Tests de denegación constructiva	441
4.3. La denegación de acceso constructiva en la contratación pública.....	442
4.3.1. Concesiones de servicio público.....	442
4.3.2. Concesiones de obras públicas	446
5. La denegación como infracción de la Ley de Unidad de Mercado	447
5.1. Denegación de acceso por empresas concesionarias de tanatorios.....	449
5.2. Ventajas e inconvenientes.....	451
5.2.1. Ventajas	451
5.2.2. Inconvenientes	452

VI. COMPRESIÓN DE MÁRGENES	453
1. Concepto y naturaleza jurídica	453
2. Compresión de márgenes en la contratación pública	460
2.1. La posición tradicional	461
2.1.1. En los mercados completamente regulados (<i>full regulation price squeeze</i>).....	463
2.1.2. Cuando el único regulado es el mercado ascendente (<i>Wholesale predatory price squeeze</i>).....	465
2.1.3. Cuando el único regulado es el mercado descendente (<i>discriminatory or refusal price squeeze in retail markets</i>).....	466
2.1.4. En los mercados parcialmente regulados.....	469
2.2. La posición actual. <i>TeliaSonera</i> y <i>Telefónica</i>	470
3. Estrechamiento de márgenes por los licitadores y por los contratistas.....	472
4. Estrechamiento de márgenes sobre el mismo o sobre productos diferentes.....	473
4.1. El estrechamiento sobre productos diferentes	474
4.1.1. Durante la licitación: <i>Transporte Televisión</i> y <i>Nokia</i>	474
4.1.2. Tras la adjudicación: los contratos y concesiones de servicios	477
4.2. El estrechamiento sobre el mismo producto: <i>Telefónica</i> y <i>Genzyme</i>	478
4.2.1. <i>Telefónica</i>	478
4.2.2. <i>Genzyme</i>	479
VII. TYING/BUNDLING.....	481
1. Concepto y tipos.....	481
2. La vinculación y el empaquetamiento puros en la contratación pública	483
2.1. Definición del objeto del contrato por el poder adjudicador	484
2.2. <i>Genzyme</i>	487
3. El empaquetamiento mixto en la contratación pública.....	488
3.1. Productos separados.....	490
3.2. Coerción económica y tests de anticompetitividad	491
VIII. PRÁCTICAS PREDATORIAS Y DESLEALES EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS	495
1. Aplicación del Derecho de la contratación pública y conductas abusivas	495
2. La negativa de las autoridades de competencia a admitir abusos predatorios	497
2.1. Primera etapa (2001-2002)	501

2.2. Segunda etapa (2003-2006). La conjunción de argumentos.....	502
2.3. Tercera etapa (2009-). Apoyo preeminente en la normativa <i>antitrust</i>	503
2.4. Sistemática de los argumentos liberatorios.....	510
2.5. Sin embargo, pueden existir prácticas predatorias y desleales	512
3. Especificidad de los servicios de interés económico general. <i>Emorvisa</i>	518
3.1. Sometimiento al Derecho de la Competencia.....	518
3.2. <i>Emorvisa</i>	520
4. La responsabilidad del contratista o de la entidad contratante	523
IX. OTRAS PRÁCTICAS EXCLUSIONARIAS	529
1. Innovación predatoria.....	529
1.1. Una contradicción aparente	529
1.2. En la contratación pública	531
1.2.1. Compra de productos farmacéuticos.....	532
1.2.2. Compra pública innovadora.....	533
1.2.3. Consultas preliminares al mercado	534
2. Oferta única y global.....	534
3. Denigración	536
4. Acuerdos exclusivos y descuentos por fidelidad	539
5. Oferta «con precio cero» no predatoria	540
5.1. Ofertas encadenadas	541
5.2. Denegación de acceso.....	543
5.3. Descuentos	543
X. ABUSOS EXPLOTATIVOS	544
1. PRECIOS EXCESIVOS	544
1.1. Reticencias del Derecho de la Competencia.....	544
1.2. Procedencia de los precios excesivos en la contratación pública.....	546
1.2.1. Parámetros doctrinales	546
1.2.2. Control de los precios excesivos por el órgano de contratación.....	552
1.3. Los precios excesivos durante el procedimiento de contratación.....	553
1.3.1. Las ofertas excesivas para el Derecho de la contratación pública: exclusión del licitador.....	554
1.3.2. Las ofertas excesivas para el Derecho de la Competencia: boicot a la licitación.....	555
1.3.3. El caso <i>Hospital Garrahan</i>	558
1.4. Precios excesivos durante la fase de ejecución del contrato.....	559

1.5. Criterios definitorios de los precios excesivos en la contratación pública.....	560
1.5.1. Criterios estructurales	563
1.5.2. Criterios de comparación: <i>Corinne Bodson</i>	565
1.5.3. Comparación con costes	565
1.5.4. Comparación con otros precios.....	566
a) La comparación con los precios aplicados por otros contratistas: Funerarias de Madrid 2.....	568
b) Comparación con tarifas oficiales	570
c) Comparación con los precios establecidos en los pliegos de condicion ...	573
1.5. Dos casos que resumen todo: <i>Sorea I y II</i>	574
1.5.1. <i>Sorea I</i>	574
a) La exclusividad sobre el contrato público otorga el monopolio sobre el mercado.....	575
b) Imposición de precios excesivos	575
c) Test de la comparación con los precios de mercado	576
d) Autonomía y margen de maniobra de <i>Sorea</i> . Responsabilidad especial del concesionario	576
e) Anulación de la resolución en sede judicial.....	576
1.5.2. <i>Sorea II</i>	577
1.6. Imputación de la responsabilidad	577
1.6.1. Responsabilidad del contratista público	578
1.6.2. Irresponsabilidad del contratista público	579
1.6.3. Responsabilidad universal del contratista: doctrina <i>Corinne Bodson</i>	582
2. OTROS ABUSOS EXPLOTATIVOS	583
2.1. Por parte de la entidad contratante.....	583
2.1.1. Abusos explotativos en precios.....	583
a) Presupuesto de contratación explotativo.....	584
b) Abuso de dependencia económica como falseamiento de la competencia por actos desleales	585
2.1.2. Abusos explotativos sobre condiciones comerciales: la cesión de derechos de propiedad industrial	588
a) Cesión incondicionada: Material móvil ferroviario.....	588
b) Cesión de derechos de propiedad intelectual e industrial en contratación pre-comercial	589
2.1.3. Exenciones legales	591
2.2. Por parte de licitadores y contratistas	591
2.2.1. Boicot por un proveedor monopolístico al procedimiento	591

2.2.2. <i>Tying</i> o <i>bundling</i>	594
2.2.3. Discriminación explotativa	595
2.2.4. Pasividad tecnológica	595
XI. PRÁCTICAS DESLEALES ANTICOMPETITIVAS	598
1. Falseamiento de la competencia e interés público	599
2. Conducta desleal	600
3. Infracción de normas	602
3.1. Infracción de una ley relacionada con el contrato público	602
3.2. Infracción de normativa reguladora de la actividad concurrencial	604
3.2.1. Deslealtad anticompetitiva por infracción de la LCSP o de los preceptos que regulan la actividad concurrencial	605
3.2.2. Deslealtad anticompetitiva por infracción del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales.	608
3.2.3. Deslealtad anticompetitiva por infracción de los PCAP	610
3.2.4. La infracción del apartado 2 subsume la del apartado 1	611
4. Oferta a pérdida	612
4.1. Requisitos e insuficiencias de esta figura	613
4.1.1. Reglas de fijación de la oferta	614
4.1.2. Inducción al error en los usuarios	615
4.1.3. Denigración	615
4.1.4. Estrategia	617
4.2. Oferta con precio cero	618
5. Utilidad del artículo 3 LDC en la contratación pública	619
CAPÍTULO IV. LUCHA CONTRA LAS PRÁCTICA ANTICOMPETITIVAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	621
I. SISTEMAS Y MÉTODOS DE PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	623
1. Sistemas unitarios y dualistas	623
1.1. Sistemas unitarios	626
1.2. Sistemas dualistas	627
1.2.1. Modelo general	627
1.2.2. Posición reforzada de los órganos de defensa de la competencia	628
1.3. Sistema español	629
1.3.1. Sistema dualista cualificado	629

1.3.2. Ruptura del monopolio de las autoridades de competencia.....	631
2. Métodos reactivos y proactivos	633
II. MÉTODOS REACTIVOS	637
1. Denuncia.....	638
1.1. Sujetos y mecanismos de denuncia.....	638
1.2. La comunicación por los órganos de la contratación pública	639
1.2.1. Ámbito de aplicación	641
1.2.2. Legitimación activa.....	641
1.2.3. Obligación legal de notificación	643
1.2.4. Metodología	644
1.2.5. Contenido de la notificación	646
1.2.6. Aspecto procedimental.....	649
1.2.7. Razones de su ineficacia	650
a) Formación del personal del órgano de contratación	652
b) Inconsciencia sobre el riesgo de las prácticas colusorias	653
1.2.8. Momento de ejercicio del deber de notificación.....	654
1.2.9. La pasividad de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales	659
1.2.10. El desbordamiento de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales	664
1.3. Otras fórmulas de colaboración entre entidades públicas.....	667
1.3.1. Comunicación por órganos administrativos	668
1.3.2. Comunicación por órganos jurisdiccionales	669
2. Clemencia	670
3. Impugnación de actos y disposiciones administrativas.....	673
III. MÉTODOS PROACTIVOS	674
1. POR Y PARA EL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN	674
1.1. Profesionalización e incorporación de expertos en «Derecho <i>Antitrust</i> » ...	675
1.2. Elaboración de estudios de mercado.....	676
1.3. Decisión sobre el procedimiento contractual.....	678
1.4. Factores e indicadores de la colusión	680
1.5. Registro de patrones de comportamiento o « <i>screening</i> »	680
1.6. Nulidad y resolución de los contratos públicos	682
1.6.1. Nulidad de la conducta colusoria.....	682
1.6.2. Ineficacia del contrato administrativo.....	684

1.6.3. Nulidad del contrato administrativo	685
a) Nulidad del procedimiento de contratación	686
b) Nulidad y prohibición de contratar	687
c) Nulidad por causas de Derecho Civil.....	689
1.6.4. Revisión de oficio	690
1.6.5. Resolución del contrato administrativo	691
1.6.6. Nulidad o resolución del contrato no adjudicado a los cartelistas	691
1.7. Prohibición de contratar por falseamiento de la competencia	693
2. POR EL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN Y PARA LOS LICITADORES.....	693
2.1. Cláusulas contractuales y fórmulas orgánicas	693
2.2. Diseño del procedimiento. Cláusulas anticolusorias en los pliegos	693
2.2.1. Aspectos de manipulación más sencilla.....	694
2.2.2. El protocolo de legalidad	695
a) Funciones del protocolo: informativa y disuasoria	696
b) Eficacia disuasoria y represiva	696
c) Disuasión en el ámbito de la contratación pública.....	696
d) Prohibición de contratar.....	697
e) ¿Qué prohibición de contratar?.....	698
f) Disuasión en el ámbito del Derecho Penal	699
g) Disuasión en el ámbito del Derecho de la Competencia	702
2.2.3. El <i>placet</i> comunitario a las cláusulas contracolusorias.....	702
a) La sentencia PC-WARE	702
b) El reconocimiento expreso: la sentencia Edilux	704
2.2.4. El documento europeo único de contratación (DEUC)	706
2.3. Fórmulas orgánicas de protección de la competencia	707
3. POR LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA	710
3.1. El «screening»	710
3.1.1. El <i>screening</i> como análisis econométrico de la contratación pública.....	710
3.1.2. Screening estructural y screening conductista	712
a) Screenings estructurales.....	713
b) Screenings conductistas	714
3.1.3. Ejemplos en Derecho comparado	716
a) Screenings estructurales: Países Bajos, Gran Bretaña y EE.UU.....	716
b) Screenings conductistas: Italia, Corea del Sur y Colombia	717
3.1.4. El <i>screening</i> como base de procedimientos de infracción	718
a) El cártel de los medicamentos licitados por el sector salud de Méjico.....	719
b) El cártel suizo de la construcción. Screening de la colusión parcial	720

3.2. Promoción de la libre competencia en la contratación pública	721
3.2.1. La acción informativa: recomendaciones y guías.....	722
3.2.2. La acción consultiva: informes y dictámenes	725
4. POR LOS LICITADORES.....	727
4.1. Programas de cumplimiento normativo (« <i>compliance programmes</i> »)	727
4.2. Políticas de <i>compliance</i> y contratación pública.....	728
4.3. El <i>compliance</i> como método preventivo	730
4.3.1. Preexistencia a la práctica colusoria	730
4.3.2. Inclusión de previsiones específicas <i>anticolusión</i>	731
4.3.3. Operatividad de los programas de cumplimiento preventivos.....	732
4.4. El <i>compliance</i> durante el procedimiento sancionador	733
4.4.1. En relación al Derecho de la Competencia: atenuante de la sanción	734
4.4.2. En relación al Derecho de la Contratación pública.....	736
a) Criterio de solvencia: certificado de calidad o modelo Edilux	736
b) Criterio de adjudicación.....	738
c) Condición especial de ejecución.....	738
4.4.3. Exención de la prohibición de contratar.....	739
IV. PROHIBICIÓN DE CONTRATAR Y EXPULSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN	739
1. Consideraciones generales	739
2. Prohibición de contratar: exclusión previa del procedimiento.	742
2.1. Antecedentes.....	743
2.1.1. Prohibición por «falta grave en materia profesional». <i>Forposta y Generali</i>	743
2.1.2. La Directiva 2014/24	747
2.1.3. <i>Generali</i> y el desbordamiento de la Directiva 2014/24	752
2.2. La Ley de Contratos del Sector Público	754
2.2.1. Carácter imperativo y no sancionador	755
2.2.2. Ámbito objetivo	756
a) Infracciones graves que suponen el falseamiento de la competencia	756
b) Extensión del concepto de «sanción firme» por infracciones graves al Derecho de la competencia.....	760
2.2.3. Ámbito subjetivo.....	761
2.2.4. Estándar probatorio e infracción desencadenante.....	762
2.2.5. Derecho Transitorio	764
2.2.6. Exención de la prohibición a los beneficiarios de clemencia	765

a) Argumentos contrarios a la exención.....	765
b) Argumentos favorables a la exención.....	766
2.2.7. Rehabilitación del licitador sometido a prohibición de contratar (« <i>self cleaning</i> »)	768
2.2.8. Duración de la prohibición de contratar	773
2.2.9. El DEUC y las prohibiciones de contratar	774
3. La expulsión del licitador durante el procedimiento de contratación	775
3.1. Antecedentes	775
3.2. La Ley de Contratos del Sector Público	776
3.2.1. Características	777
3.2.2. Procedimiento y competencia	781
3.2.3. Interacción entre prohibición y expulsión: comportamiento anticompetitivo afectado y entidad de las evidencias	784
3.2.4. Resistencia a la expulsión sobrevenida: <i>Becsa</i>	788
3.3. Soluciones en otros Estados miembros.....	790
3.4. La exclusión sobrevenida por prácticas colusorias anteriores a la licitación en curso: <i>Connexion Taxi Services</i>	791
4. Participación de los licitadores en la preparación del procedimiento contractual	793
4.1. Principio de no discriminación y vulneración de la competencia: <i>Fabricom</i>	793
4.2. Exclusión inicial o expulsión sobrevenida	794
4.3. Diferencia con las prohibiciones de contratar	795
V. COMPATIBILIDAD CON LA ACCIÓN PENAL.....	796
1. El principio <i>non bis in idem</i>	796
2. En el Derecho de la Competencia.....	798
2.1. Inaplicabilidad a las prácticas anticompetitivas en la contratación pública.....	799
2.1.1. El cuasi-monopolio de las autoridades de defensa de la competencia	800
2.1.2. El Derecho de la Contratación Pública como Regulación	801
2.1.3. La relación de sujeción especial	802
2.1.4. El diferente comportamiento antijurídico	803
2.1.5. El distinto bien jurídico protegido	803
2.1.6. Los diferentes sujetos intervinientes	805

2.2. Confluencia del enjuiciamiento penal y procedimiento <i>antitrust</i> . Prejudicialidad penal. Sujeto y bien jurídico protegido en el artículo 262 CP	805
CONCLUSIONES	811
CAPÍTULO I	813
CAPÍTULO II.....	816
CAPÍTULO III	841
CAPÍTULO IV.....	858
ABREVIATURAS	869
DOCTRINA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL.....	871
AUTORIDADES DE COMPETENCIA ESPAÑOLAS	873
Autoridad Nacional (TDC/CNC/CNMC).....	873
Informes	873
Resoluciones	873
Sala de Supervisión Regulatoria	879
Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía	879
Tribunal De Defensa De la Competencia de Aragón	880
Tribunal de Defensa de la Competencia de Castilla y León.....	881
Autoritat Catalana de la Competencia	882
Consejo de Defensa de la Competencia de la Comunidad Valenciana	883
Consello/Comisión Galega de Defensa da Competencia	884
Autoridad Vasca de la Competencia.....	884
TRIBUNALES ESPAÑOLES	885
Tribunal Constitucional	885
Tribunal Supremo	885
(Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3 ^a	885
(Sala de lo Civil).....	887
Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 6 ^a).....	887
Tribunales Superiores de Justicia (Sala de lo C-A)	890
Audiencias Provinciales.....	891
ORGANISMOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	891
Juntas Consultivas de Contratación Administrativa	891

Estado.....	891
Aragón	892
Baleares.....	893
Canarias	893
Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales	893
Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC)	893
Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía	894
Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón,.....	894
Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.....	894
Organismos Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco (OARCPV).....	895
OTRAS ENTIDADES ESPAÑOLAS	895
Consejo de Estado.....	895
AUTORIDADES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA INTERNACIONALES	895
Comisión Europea	895
Tribunal De Primera Instancia y Tribunal General	898
Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJCE y TJUE).....	900
Conclusiones del Abogado General.....	905
Argentina	906
Australia.....	906
Canadá	906
Chile.....	906
Dinamarca.....	907
Eslovenia.....	907
Estados Unidos	907
Finlandia	908
Francia	908
Irlanda.....	912
Italia	912
Méjico	914
Noruega.....	914
Polonia	914
Portugal.....	914
Reino Unido.....	915

Rumanía.....	915
Suiza	915
ORGANIZACIONES Y TRIBUNALES INTERNACIONALES	916
CECA (extinta)	916
OMC	916
OCDE	916
Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).....	918
Tribunal de la EFTA	918
UNCTAD.....	918
OTRAS	918
BIBLIOGRAFÍA	921
ÍNDICE DE TABLAS	967

INTRODUCCIÓN

En el año 2005 accedí por concurso interno a la plaza de letrado asesor de la Consellería de Política Territorial, Obras Públicas y Urbanismo -después Transporte- de la Xunta de Galicia (COTOPT). En aquel lejano tiempo, anterior a la Gran Recesión de 2008, la importancia de sus competencias y su potencia inversora la señalaban como Consellería «estrella». Tramitaba y gestionaba la COTOPT algunos de los contratos autonómicos más importantes: grandes obras obras públicas y concesiones de obras y de servicios públicos. Por ello, el desempeño de la plaza de letrado exigía el estudio constante, intenso y extenso de la normativa española y comunitaria sobre contratación pública. Conllevaba también el seguimiento de los pronunciamientos administrativos y jurisdiccionales y un apetito no pequeño por la doctrina administrativista en la materia.

Entre otras actividades, los letrados asignados a Consellerías forman parte de las mesas de contratación. En una de ellas, muy cercana a mi toma de posesión, los miembros de la mesa comprobamos como dos licitadores presentaban ofertas económicas separadas tan sólo por algunos céntimos de euro. Esta identidad era difícil de entender en un contrato de gran magnitud. Por ello, el Presidente de la mesa me solicitó que le asesorase acerca de si la coincidencia podía vulnerar la normativa de contratos y, en tal caso, qué medidas deberían adoptarse al respecto; por ejemplo, la expulsión de dichos licitadores. Asumí la tarea con ciertas reservas. Presumía, como después comprobé, que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del año 2000 no ofrecía mecanismos de actuación. Tampoco encontré documentos oficiales o doctrinales que calificasen estos hechos y arbitrasen soluciones satisfactorias. Me preocupaba que la falta de amparo legal y jurisprudencial a la adopción de medidas tajantes se tradujese en el éxito de los eventuales recursos planteados por los licitadores.

Puede decirse que en aquel momento nació esta tesis. Parecía existir un gran vacío sobre como abordar ciertos comportamientos de los licitadores que, sin vulnerar explícitamente la normativa contractual, dan lugar a que el contrato se adjudique al decidido por ellos y no a la oferta económica más ventajosa. Colmar un vacío tan gigantesco exigía acudir a una fuente ajena al Derecho de la contratación pública. En concreto, el Derecho de la Competencia sí ofrece preceptos en los que incardinar los

acuerdos y prácticas abusivas de las empresas. Además, su carácter transversal lo hace también aplicable a la contratación pública.

Hasta fechas recientes, el sistema español de defensa de la competencia no otorgó a la contratación pública una importancia equivalente a la que tiene para la economía nacional (16%-18% PIB entre 2012 y 2015)¹. Las actividades de investigación y promoción de las prácticas anticompetitivas llevadas a cabo por la autoridad nacional de competencia sólo alcanzaron un carácter sistemático, constante y creciente a principios de esta década. Desde entonces, se han incrementado de forma exponencial, secundadas por las agencias autonómicas. En consecuencia, las diversas instancias judiciales han intensificado sus resoluciones en este ámbito. En el Derecho de la contratación pública se advierte una evolución semejante desde la entrada en vigor del paquete de Directivas de contratación pública en 2014 y su transposición por la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) en 2017. La normativa contractual ofrece ya mecanismos específicos de denuncia de conductas anticompetitivas así como de expulsión y prohibición de contratar de los operadores implicados en ellas.

Salvo excepciones, el papel de la doctrina ha sido secundario y reactivo. Ello puede deberse a que administrativistas y mercantilistas no consideran a los comportamientos anticompetitivos en la contratación pública como un campo de investigación propio o primario. Para los primeros, la defensa de la competencia es una disciplina ajena. Por ello, su interés se centra en las materias cubiertas por la normativa de contratación (procedimiento contractual, ejecución y recursos); no en las acciones de los licitadores y contratistas externas a dichos ámbitos. La doctrina mercantilista está centrada en la actualidad en sectores innovadores y en la aplicación privada del Derecho de la Competencia. La contratación pública parece un ecosistema maduro, dotado de ordenamiento jurídico y entramado institucional propios así como de órganos administrativos y judiciales de consulta y fiscalización.

Con dicho marco, la investigación doctoral plamada en esta tesis tiene varios objetivos. En primer lugar, el propósito de elaborar un estudio analítico, sistemático y en la medida de lo posible, omnicompreensivo. Con carácter previo, este Capítulo I dedica a una serie de extremos comunes a toda la obra; en particular, la condición del ente contratante como cliente, consumidor y posible responsable de las conductas

¹ *Public Procurement Indicators 2015*, DG GROW G4 - Innovative and e-Procurement, 19 de diciembre de 2016, Tabla 8, p. 4.

anticompetitivas, a título de facilitador o de autor. Los Capítulos II y III abordan los tres tipos de comportamientos anticompetitivos en la contratación pública (prácticas restrictivas, abusos de posición de dominio y conductas desleales que falsean la competencia). En cada una de estas categorías se tratan individualmente los varios subtipos infractores con base en las resoluciones administrativas, jurisprudencia y doctrina. El Capítulo II estudia las prácticas restrictivas – acuerdos y prácticas concertadas- considerados unanimemente los comportamientos más graves y perjudiciales. El Capítulo III realiza el primer estudio completo de las prácticas abusivas y desleales en la contratación pública. Por último, el Capítulo IV plantea un número significativo de mecanismos de prevención, disuasión y represión de estas prácticas. En este último capítulo late una máxima: la colaboración entre los sistemas de contratación pública y de defensa de la competencia es imprescindible para minorar la producción e incidencia de los comportamientos anticompetitivos.

La ambición de los objetivos propuestos y la amplitud de los temas abordados da lugar a una obra muy extensa. En ella, el autor ha tratado de volcar con honestidad y humildad toda su pasión intelectual sobre las materias estudiadas. Lo ha hecho sin ignorar que esta obra es perfectible. Pero también con la consciencia plena de la importancia de dichas materias para la contratación pública y para el Derecho de la Competencia.

CAPÍTULO I.

ELEMENTOS COMUNES

1. Ente contratante y contratista

El criterio subjetivo es el primero y fundamental para conocer cuando un negocio jurídico bilateral y oneroso es un contrato público. Tanto el Derecho comunitario como el español precisan que sólo presentan dicha condición los contratos celebrados por uno o varios poderes adjudicadores (en España, las entidades del sector público) y uno o varios operadores económicos (artículos 2.1. 5) y 10) Directiva 2014/24 y 3 LCSP).

El ente contratante, los rivales en el procedimiento de contratación («licitadores» o «candidatos»; en adelante, identificados por el primer término) y el adjudicatario del contrato («contratista» o «concesionario») están sometidos a la normativa de contratos del sector público. El objeto de este estudio exige abordar, siquiera brevemente, su naturaleza jurídica y su forma de sujeción al Derecho de la competencia.

Licitadores y adjudicatarios son operadores económicos, pues desarrollan una «actividad económica» (proveen o suministran obras, bienes o servicios a las entidades contratantes). Se incluyen así en el concepto de «empresa»; lo cual significa su sometimiento al Derecho de la Competencia². Por lo tanto, las prácticas colusorias, abusivas o desleales cometidas por ellos en el ámbito de los procedimientos de contratación o durante la ejecución del contrato pueden ser investigadas y en su caso sancionadas por las autoridades de defensa de la competencia o por los tribunales.

La situación del ente contratante exige un mayor detenimiento. Hay que considerar, por una parte, su posición en el contrato. Por otra, analizar si está sujeto al Derecho de la competencia; y, en particular, si es dominante o monopsonista en el mercado en el que se enmarca el contrato. A uno y otro punto se dedican los dos subepígrafes siguientes.

² La jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de «empresa», «actividad económica» y «operador económico» a efectos de la aplicación del Derecho *antitrust* es extraordinariamente numerosa. Por todas, STJUE de 18 de junio de 1998, C 35/96, *Comisión/Italia*, apartado 37.

1.1. Comprador, cliente, consumidor

En la contratación del sector público el ente contratante es y sólo puede ser receptor de las obras, bienes o servicios³. Dado que los contratos públicos tienen carácter oneroso (artículo 1 LCSP), su posición real es la de comprador (*buyer*) y, por lo tanto, cliente (*customer*) del contratista. Pero, ¿es también consumidor (*consumer*)?. Para resolver esta cuestión, deben analizarse dos extremos: (1) la inclusión de los entes contratantes en el concepto legal de consumidor y (2) qué sucede cuando el contratante público no es el destinatario final de lo adquirido.

Cabe señalar, en relación con el primer punto, que el Derecho de la Competencia europeo no ofrece una noción autónoma de ‘consumidor’. Para encontrarla ha de acudir a las directivas de protección de los consumidores, que circunscriben esta condición a la concurrencia de dos requisitos: (1) el sujeto concernido ha de ser una persona física y (2) debe actuar «*con un propósito ajeno a su actividad profesional*»⁴. Así pues, el Derecho comunitario no acoge a las personas jurídicas entre los consumidores y, por ello, excluye a todos los entes contratantes del sector público.

Sin embargo, la noción de consumidor recogida en las directivas de consumo no es un concepto comunitario, imperativo para los Estados miembros. Por el contrario, tiene carácter ‘de mínimos’, ensanchable por las normativas nacionales. En España, el artículo 3 LGDCU incluye entre los consumidores a «*las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial*»⁵.

³ La cesión gratuita u onerosa por un ente público de la titularidad o del uso de sus bienes muebles e inmuebles y de sus propiedades incorpóreas se regula en las legislaciones de patrimonio estatal y autonómicas.

⁴ Artículo 2.1b) de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*. En relación con el concepto de ‘consumidor’ en las restantes directivas, ver ROMERO GARCÍA-MORA, GUILLERMO, «En torno al concepto de «consumidor» en el Derecho Comunitario. A propósito de la STJCE Gruber vs. Bay Wa», *Actualidad Civil*, Nº 22, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 31 Dic. 2005, pág. 2704, tomo 2, Editorial LA LEY (consultado en LaLeyDigital).

⁵ La doctrina dista de ser unánime sobre la consideración de las personas jurídicas como consumidores. En su favor se ha apuntado el artículo 35 CC. En contra, que una de las razones de la protección a las personas físicas es que carecen de una organización con la que autodefenderse, a diferencia de las personas jurídicas. Respectivamente, FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, PABLO y TORRES, FRANCISO, Comentario al Capítulo I LGDCU, en REBOLLO PUIG, MANUEL e IZQUIERDO CARRASCO, MANUEL (Dir.), *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, Iustel, 2011 y ALFARO

La LGDCU no excluye expresamente de la condición de consumidor a las entes integrantes del sector público, ya se sometan al Derecho público ya al derecho privado. A falta de jurisprudencia al respecto, cabe afirmar que aquellos satisfacen la primera condición (son personas jurídicas). Su inclusión definitiva entre los consumidores quedará supeditada al cumplimiento del segundo requisito: obrar sin ánimo de lucro y en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial; expresión esta última que debe estimarse sinónima de no la no comercialización de bienes o servicios en el mercado a título oneroso o bien a título gratuito con fines de promoción u otros objetivos propios de una actividad empresarial⁶.

El segundo requisito ha sido interpretado como aplicable tan sólo a las personas jurídicas que sean usuarias finales (*end users*) de los productos contratados⁷. Lo que sucederá cuando no los reviertan al mercado. Esta interpretación teleológica ha sido asumida por la jurisprudencia comunitaria dictada en relación con la sujeción de las entidades contratantes al Derecho *antitrust*. Como se estudia en el subepígrafe 1.2.1, la doctrina *FENIN* establece que el carácter no económico de la actividad de los contratantes del sector público viene determinado por el destino de las obras, servicios o suministros adquiridos. En la medida en que no los redirijan al mercado (con o sin transformaciones) sino a la satisfacción de necesidades de interés general, las compras públicas no suponen que un ente contratante desarrolle una actividad económica ni

ÁGUILA-REAL, JESÚS, *Las condiciones generales de contratación: estudio de las disposiciones generales*, Civitas, 1991.

⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, Comentario al artículo 3 LGDCU, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (Coord.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2009, p. 92.

⁷ En la ley de defensa de los consumidores de 1984 se hablaba de «destinatarios finales»; expresión que en el texto de 2007 se substituye por la de «sujetos que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional». Por ende, la Exposición de Motivos de la LGDCU señala que es consumidor quien «(...) *interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros*» (apartado III, párrafo tercero). Es por ello que Ruíz Muñoz afirma que «*Hablar de destinatarios finales o de actuaciones en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional debe ser interpretado en un mismo sentido, básicamente como actuaciones fuera de mercado*», RUIZ MUÑOZ, MIGUEL, «Consumidor y relaciones de consumo», en *Almacén de Derecho*, 8 de septiembre de 2017 <http://almacendederecho.org/consumidor-relaciones-consumo/>. En idéntico sentido, la doctrina citada por ROMERO GARCÍA-MORA, en «En torno al concepto de «consumidor» en el Derecho Comunitario...», *cit.*, (consultado en LaLeyDigital).

actúa como operador económico (empresa), por lo que no está sometido al Derecho de la Competencia⁸.

De acuerdo con las consideraciones anteriores no tendrán el carácter de consumidores los entes del sector público citados en el artículo 3 LCSP cuando operen en condiciones de mercado (es decir, sin reserva legal de actividad) y reintroduzcan en él lo adquirido. Los más proclives a ello son las sociedades mercantiles públicas. Pero también los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales; las actividades de ambos tipos son susceptibles de contraprestación (artículo 98 y 101 LRJAP); y las entidades públicas empresariales se financian mayoritariamente con ingresos de mercado (artículo 101 LRJAP). Por razones similares deben ser excluidas las fundaciones que realicen actividades económicas⁹ (artículo 24 LF) y actúen en el mercado¹⁰.

Conforme a la citada doctrina del destino del producto contratado, no ofrece discusión que los entes contratantes del sector público poseen la condición de consumidor en los contratos de obras, suministros y servicios, puesto que son los destinatarios últimos de lo adquirido. Su posición ofrece más dudas en los contratos de concesión de obras (artículo 14 LCSP), los de concesión de servicios (artículo 15 LCSP) y los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía (artículo 312 LCSP). Todos ellos se caracterizan porque el ente contratante ostenta la titularidad de la obra o el servicio pero su gestión corresponde a una empresa contratista o concesionaria que ejercita una actividad mercantil con ánimo de lucro. En ocasiones, la actividad contratada se desarrolla fuera del mercado, puesto que las administraciones públicas se reservaron la exclusiva de su prestación (ej., autopistas de peaje). Pero en otros supuestos, contratistas públicos y operadores privados compiten en un mismo

⁸ El hecho de que la celebración del contrato sí constituya una actividad económica para el adjudicatario no influye en absoluto a la hora de decidir si el ente contratante opera o no como empresa. La Comisión, el TPI y el TJUE coincidieron al afirmar que «*lo que caracteriza al concepto de actividad económica es la acción de ofrecer productos o servicios en un mercado determinado, y no la actividad de compra en cuanto tal. (...) Por consiguiente, no procede disociar la actividad de compra de un producto del uso posterior que se dé a éste para apreciar la naturaleza de tal actividad de compra, y que el carácter económico o no del uso posterior del producto adquirido determina necesariamente la naturaleza de la actividad de compra*». STJUE de 11 de julio de 2006, C-205/03 P, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN)*, apartados 24-27.

⁹ CÁMARA LAPUENTE, SERGIO, Comentario al artículo 3 LGDCU, en CÁMARA LAPUENTE, SERGIO (Dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex, 2011, p. 132.

¹⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, Comentario al artículo 3 LGDCU, cit., p. 94.

mercado de producto y geográfico (ej., hospital en concesión de obra pública frente a hospital privado). En tales casos, la doctrina *FENIN* decae si es interpretada estrictamente: puesto que las obras y servicios objeto del contrato público se insertan en un entorno de mercado, el contratante público carece del carácter de consumidor. El único consumidor es la persona física o jurídica usuaria final de la obra o servicio (p.ej., concesión de obras de autopistas de peaje, concesión o contrato de servicios de tanatorio).

Las posiciones de comprador y consumidor tienen para los entes contratantes y para otros destinatarios finales consecuencias en tres planos. En primer lugar, la exención de la responsabilidad por prácticas colusorias está supeditada a que en estas se reserven a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, (artículo 101.3 TFUE). En segundo lugar, un contratista dominante puede incurrir en abusos explotativos contra el ente contratante (como comprador)¹¹ y contra los usuarios finales (artículo 102.a) TFUE). En tercer lugar, ente contratante y usuario final gozan de legitimación activa para ejercitar la acción de responsabilidad por daños contra los licitadores y contratistas que incurriesen en prácticas anticompetitivas. Esta acción se atribuye a cualquier persona física y jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia (artículo 72 LDC)¹².

1.2. Responsabilidad *antitrust* de los entes contratantes del sector público

Procede advertir de inicio que este tema merece un tratamiento autónomo que lo aborde en su totalidad, de forma diacrónica y sistemática. Deben estudiarse la teoría de la *state action*¹³, la exclusión de determinadas materias del Derecho de la Competencia

¹¹ ROBLES MARTÍN-LABORDA, ANTONIO, «Exploitative Prices in European Competition Law», (15 de septiembre de 2015), en NIHOUL/TAKAHASI, *Abuse Regulation in Competition Law*, Proceedings of the 10th ASCOLA Conference Tokyo 2015, Forthcoming, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2660956>.

¹² Por ejemplo, el concesionario de una autopista de peaje decide, por su cuenta y riesgo, cobrar una tarifa muy superior a la fijada en contrato a los vehículos de ciertas empresas de transporte y a los particulares que recorran menos de 60 km., por la autopista. Esta conducta vulnera el contrato y, por lo tanto, atrae las medidas represivas dispuestas por la LCSP. Pero también puede ser investigado como abuso de posición de dominio explotativo. Estarían legitimados para accionar tanto la empresa como los usuarios afectados. Pero también la administración concedente, dado que el precepto citado no exige que el actor tenga una relación jurídica concreta con el presunto infractor (competidor, cliente, etc.). Tan sólo debe probar que se le ha producido un perjuicio y que este guarda una relación de causalidad con la conducta explotativa

¹³ AREEDA, PHILLIP, «Antitrust Immunity for “State Action” after Lafayette», *Harvard Law Review*, Vo. 95 nº 2, Diciembre 1981, pp. 435-455, EASTERBROOK, FRANK H., «Antitrust and the

con base en el principio de solidaridad o en el ejercicio del *ius imperii*¹⁴ o los distintos mecanismos de defensa previstos en la LDC frente a las restricciones de la competencia derivadas de la actuación de las administraciones públicas¹⁵.

Los subepígrafes siguientes analizan de forma sucinta la evolución de la jurisprudencia comunitaria y española hacia la ruptura del monopolio de los órganos jurisdiccionales en la exigencia responsabilidad *antitrust* a los entes públicos. En el momento actual, su intervención en los comportamientos anticompetitivos cometidos por operadores económicos los sitúa en el radio de acción sancionadora de las agencias de competencia.

El interés de esta materia radica en que sirve de base para epígrafes posteriores en los que se analiza y afirma la responsabilidad de los entes contratantes en dos ámbitos: su participación en las prácticas colusorias cometidas por licitadores y contratistas y los abusos de posición de dominio cometidos por los entes propios entes contratantes. Ahora bien, la mayoría de las resoluciones y sentencias se han pronunciado sobre el alcance anticompetitivo de la actividad administrativa general. Tan sólo *FENIN*, *SESCAM* y *Licitaciones de aplicaciones informáticas* se ciñeron al ámbito específico de la contratación pública.

1.2.1. Derecho Comunitario: progresiva ampliación del concepto

En el Derecho comunitario, la responsabilidad de los poderes adjudicadores por actos anticompetitivos en el ámbito de la contratación pública se condicionó inicialmente a su condición de operador económico. Al fin y al cabo, el artículo 81 TCE (artículo 101 TFUE) sanciona los «*acuerdos entre empresas*» y las «*decisiones de asociaciones de empresas*». Parece, pues, evidente, que un poder adjudicador sólo podría ser sancionado si responde al concepto comunitario de empresa, también

Economics of Federalism», *The Journal of Law & Economics*, Vol. 26, nº 1, abril 1983, pp. 23-50, POSNER, RICHARD, «The State Action Exemption and Antitrust Enforcement under the Federal Trade Commission Act», *Harvard Law Review*, Vol. 89, nº 4, febrero 1976, pp. 715-751, AREEDA, PHILLIP & TURNER, DAVID, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and their Application*, 1978, §§ 207-18.

¹⁴ LILLO ÁLVAREZ, CARMEN, «La normativa de competencia: su aplicación a la Administración Pública», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 22, julio/agosto 2011.

¹⁵ MARCOS, FRANCISCO, «El tratamiento de las restricciones públicas a la competencia. La exención legal en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia», *Diario La Ley*, nº 6977, Secc. Doctrina, La Ley, 27 de junio de 2008.

recogido en la disposición adicional cuarta LDC: «*se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación*». *FENIN* adoptó este criterio¹⁶.

En este asunto, la Comisión Europea desestimó la demanda interpuesta contra 23 entes gestores de la Seguridad Social española por abonar sistemáticamente las cantidades adeudadas a las empresas que comercializan productos sanitarios en España con un retraso medio de trescientos días, mientras que satisfacían en plazos mucho más razonables las deudas contraídas con otros prestadores de servicios. Para la denunciante (asociación nacional representativa de dichas empresas), la discriminación se explicaba por el hecho de que los organismos gestores son dominantes en el mercado español de productos sanitarios, lo que les permite retrasar el sin que sus acreedores puedan ejercer presión comercial alguna.

El TPI desestimó el recurso al considerar que los entes gestores no actúan operadores económicos en la contratación pública. La resolución arguye dos razones. Por un lado, su función de carácter exclusivamente social, basada en el principio de solidaridad nacional y carente de toda finalidad lucrativa. Por conexión, dichos organismos tampoco actúan como empresas cuando compran el material sanitario que venden otras empresas para prestar servicios sanitarios gratuitos a los afiliados del mencionado sistema nacional de salud¹⁷. Por otro lado, el destino de lo adquirido. Lo que caracteriza el concepto de actividad económica es la acción de ofrecer bienes o servicios en un mercado determinado y no la actividad de compra en cuanto tal. Así, «*no procede disociar la actividad de compra del producto del uso posterior que el comprador da al producto adquirido para apreciar la naturaleza de aquélla. En consecuencia, debe considerarse que el carácter económico o no del uso posterior del producto adquirido determina necesariamente el carácter de la actividad de compra*»¹⁸.

Así pues, *FENIN* supeditó la calificación de un poder adjudicador como operador económico a que los bienes o servicios adquiridos por él en el contrato público sean redirigidos al tráfico económico, con o sin transformación. Es decir, cuando el poder adjudicador adquirente no es su destinatario final, usuario último o consumidor

¹⁶ STPI de 4 de marzo de 1999, T-319/99, *FENIN*.

¹⁷ STPI *FENIN*, apartados 38-40. puesto que las prestaciones abonadas están previstas por la ley y son independientes de la cuantía de las cotizaciones.

¹⁸ STPI *FENIN*, apartados 35-37. Este fue el criterio defendido por el Tribunal de Justicia en la sentencia de recurso, STJUE *FENIN*, cit., párrafo 27.

definitivo. Tan sólo en este caso su conducta es enjuiciable por el Derecho de la Competencia¹⁹.

Intuitivamente, esta posición parece resolver la cuestión en un sentido negativo²⁰. Las entidades públicas tienen por finalidad exclusiva la realización de políticas públicas para satisfacer intereses colectivos (artículo 103.1 Constitución española), no la puesta a disposición de bienes en el mercado, sea en exclusiva o en concurrencia con operadores privados. Sin embargo, el criterio del destino como base de la negativa a admitir la responsabilidad *antitrust* de los entes públicos presenta dos brechas: (1ª) la presencia de sociedades mercantiles entre las entidades del sector público (artículo 3 LCSP); (2ª) las entidades públicas no son consumidores finales en todos los contratos del sector público.

En relación con la segunda falla, ya se advirtió al analizar la posición de los entes contratantes como clientes que cabe diferenciar dos tipos de contratos públicos respecto al destino de los bienes y servicios adquiridos. Por un lado, los contratos típicos más clásicos: obras, suministros y servicios. Por otro, las concesiones de obras y de servicios y los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía. Los entes contratantes no son consumidores últimos o usuarios finales de las obras, suministros y servicios adquiridos en los contratos homónimos. No actúan pues como operadores económicos, por lo que no les es exigible responsabilidad *antitrust* de ningún tipo. Sin embargo, en las concesiones (y contratos de servicios asimilados) la administración pública es titular de la obra o servicio, pero no su usuaria; ostenta la competencia y tiene la obligación de ponerlos a disposición de los ciudadanos, ya sea ella misma (gestión directa) ya a través de la empresa adjudicataria de la concesión (gestión indirecta). En ciertos casos, el concesionario actúa necesariamente en solitario, puesto que la ley ha reservado en exclusiva la actividad a las administraciones públicas (p.ej., autopistas de peaje). En ellos, no existen ni mercado ni operadores privados. Pero en no pocos supuestos, el concesionario opera en el mercado en competencia más o menos directa con operadores privados (hospitales, tanatorios, centros deportivos). En

¹⁹ En el mismo sentido, DREXL, JOSEF, «The Competition Dimension of the European Regulation of Public Sector Information and the Concept of an Undertaking», *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper* n.º. 14-03, p. 23.

²⁰ SÁNCHEZ GRAELLS, ALBERT, *Distortions of competition by contracting authorities- Bringing some of the pieces together*, Presentado a la conferencia 'Competition law and public procurement – two sides of the same coin', organizada por la *Polish Public Procurement Law Association* en Varsovia, 12 de junio de 2018, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3201198>.

uno y otro tipo, la administración pública no es consumidora o usuaria final de la obra o servicio. Cabría considerarla un intermediario legal entre el prestador y los usuarios, e incluso calificarla como empresa, si considera que ella ofrece los bienes y servicios al mercado, por vía de la concesión.

El caso *SELEX* partió de una denuncia formulada por la empresa homónima contra Eurocontrol (Organización Europea para la Seguridad de la Navegación Aérea) por incumplir la normativa de competencia en el ejercicio de sus funciones. La justicia comunitaria desestimó los recursos porque tanto la actividad principal de Eurocontrol (desarrollo de un sistema uniforme de gestión de la circulación aérea en Europa) como las accesorias (entre ellas, la asistencia a las autoridades nacionales de control del tráfico aéreo para establecer procedimientos de licitación sobre el suministro de equipos y de sistemas de control) están vinculadas al ejercicio de prerrogativas de poder público y que, en todo caso, no son de carácter económico, lo que excluye su carácter de empresa²¹.

El TPI recopiló los criterios jurisprudenciales que ayudan a definir cuándo la actividad de las entidades públicas tiene naturaleza económica: a) que pueda ser realizada por una empresa privada constituye un indicio suplementario de actividad empresarial; b) que se confíe normalmente a oficinas públicas no afecta a la naturaleza económica de esas actividades, en la medida en que no siempre han sido ni son realizadas necesariamente por entes públicos; c) que no sea retribuida o se realice con un objetivo de interés general pueden constituir indicios de la existencia de una actividad de carácter no económico, pero no impide que se considere económica una actividad consista en ofertar servicios en un mercado determinado²².

SELEX sirve de argumento para discutir la doctrina de las autoridades de competencia españolas que excluye del Derecho de la competencia los casos de prestación directa o contractual de ciertos servicios –fundamentalmente, actividades deportivas- por entidades locales en concurrencia con empresas privadas (Capítulo III, epígrafe 8 de este estudio). Como arriba se indicó, esta sentencia sostiene una actividad puede ser económica aunque persiga el interés general y se ejercite normalmente por entidades públicas, incluso a título gratuito, siempre que pueda ser desarrollada por

²¹ STJUE de 26 de marzo de 2009, C-113/07, *SELEX Sistemi Integrati/Comisión*, apartados 80, 82, 91, 92 y 96.

²² STPI de 12 de diciembre de 2006, T-155/04, *SELEX*, apartados 88-91.

operadores privados. Estas características están presentes en las actividades deportivas antedichas, lo que justificaría la aplicación del Derecho de la competencia y la responsabilidad del ente contratante o del adjudicatario del contrato o concesión.

Así pues, el criterio del operador económico por razón del destino de los bienes carece de la rotundidad necesaria para pronunciarse de forma incuestionable sobre la imputación de una conducta anticompetitiva a las entidades contratantes. A esto se sumó la sucesiva ampliación del ámbito de la responsabilidad *antitrust*, tanto en el ámbito comunitario (*AC-Treuhand I y II*) como en el español (*SESCAM, Puerto de Valencia, Uva de Jerez* y *Voto Particular en Licitaciones de aplicaciones informáticas*).

AC-Treuhand I y II amplían considerablemente el concepto de responsable de las conductas contrarias al artículo 101.1 TFUE (en su día, artículo 81.1 TCE). En ambos casos, la Comisión había sancionado a la empresa homónima, sociedad asesora con domicilio social en Zurich (Suiza), que había sido contratada por los miembros de sendos cárteles (productores de peróxidos orgánicos y de estabilizadores técnicos, respectivamente) para concertar y moderar los encuentros, recoger y circular datos, moderar tensiones y fomentar consensos entre ellos. *AC-Treuhand* no participaba en ninguno de los dos mercados cartelizados o en otros conexos o relacionados con ellos.

En *AC-Treuhand I*, el TPI es consciente de que por primera vez la justicia comunitaria se pronuncia sobre si el concepto de autor de una conducta anticompetitiva es único o debe diferenciarse entre este y el de cómplice. Y estima que la responsabilidad *antitrust* es imputable no sólo a los participantes en la infracción que operen en el mercado cartelizado sino en cualquiera de los mercados conexos afectados por ella. Su intervención puede darse en el mismo mercado o en mercados conexos, tener diversas formas, no extenderse a todos los actos o etapas e incluso ser de carácter menor. Es suficiente con que la empresa haya contribuido a su puesta en práctica, aun de forma subordinada, accesoria o pasiva, por ejemplo mediante la aprobación tácita y la omisión de denunciar dicho cartel a las autoridades, pudiendo tomarse en consideración la importancia eventualmente limitada de esa contribución al determinar la gravedad de la sanción. Además, debe acreditarse su voluntad incuestionable de participar en la práctica restrictiva. El operador que reúna estos requisitos, aun no estrictamente «autor» de la conducta colusoria, toma parte en la misma y responde de ella como «facilitador». Una definición tan laxa de responsabilidad significa que la

relación entre autores y cómplices -entre autores y facilitadores, en la terminología del propio Tribunal- es de «corresponsabilidad»²³.

AC-Treuhand II va más allá de los mercados conexos; el criterio para la imputación de responsabilidad estrictamente en concepto de facilitador es la relevancia de la empresa tercera para la comisión de la infracción, con independencia de que el mercado en el que aquella actúe. La base de esta conclusión se halla en que ni el artículo 101.1 TFUE ni la jurisprudencia limitan la responsabilidad *antitrust* a las empresas participantes en acuerdos o prácticas concertadas activas en el mercado afectado por las restricciones de la competencia o en los mercados anteriores, posteriores o similares²⁴. También son sancionables las empresas que contribuyan de manera decisiva y esencial a la realización de una conducta anticompetitiva, aún ajenas a los mercados concernidos por las conductas colusorias, cuando su conducta activa o pasiva (presencia en reuniones sin oposición expresa a los acuerdos y sin denunciarlos a las autoridades); se inscriba directamente en la actividad de los miembros del cártel, juegue un papel esencial y no constituya un mero servicio periférico, sin relación alguna con las obligaciones contraídas por los miembros del cártel y por las restricciones a la competencia²⁵. Con estos requisitos, dichas empresas «*pueden razonablemente prever que la prohibición del artículo 101 les es aplicable en principio, ya que no podían ignorar, o bien les era posible comprender*», que el fundamento de su responsabilidad se encuentra «ínsito» en la práctica decisoria de la Comisión y en la jurisprudencia comunitaria anteriores²⁶.

Ambas sentencias extienden la responsabilidad *antitrust* al facilitador, no perteneciente al cártel pero cuya actuación es significativa para su constitución y funcionamiento. A diferencia de lo que estima el Voto Particular en *Licitaciones de*

²³ STPI de 8 de julio de 2008, T-99/04, *AC-Treuhand*, apartados 117-123.

²⁴ STJUE, de 22 de octubre de 2015, C 194/14 P, *AC-Treuhand*, apartados 27, 30, 34 y 35. En sus Conclusiones, el Abogado General había solicitado al TJUE que anulase la sentencia de instancia (STG de 2 de febrero de 2014, T-27/10, *AC-Treuhand*), porque el concepto de «restricción a la competencia» citado en el artículo 81.1 TCE exige que la empresa sea capaz de ejercer alguna presión competitiva sobre los restantes participantes en el cártel en el mercado o mercados afectados antes de alcanzar el pacto colusorio y que haya renunciado total o parcialmente a hacerlo, Conclusiones del Abogado General NIELS WAHL, 21 de mayo de 2015, en el asunto C 194/14 P, *AC-Treuhand*, apartados 1, 47, 50, 51, 62 y 69. La empresa asesora, dado su objeto social, no podía de ningún modo ejercer ningún tipo de presión competitiva sobre los participantes en el cártel.

²⁵ STJUE *AC-Treuhand II*, apartados 31, 37 y 39. Algo ya señalado por el TPI en *AC-Treuhand I*, apartados 131-133.

²⁶ STG *AC-Treuhand*, apartado 44.

aplicaciones informáticas (estudiado más abajo), *Treuhand II* no permite sancionar por comportamiento anticompetitivo a las administraciones públicas y a sus entes dependientes de base institucional (sí a las empresas públicas). Ello es debido a que el TJUE cita reiteradamente las palabras “empresa” y “mercado” en relación con el facilitador²⁷. Ello implica que este debe realizar una actividad económica en algún mercado (en los casos comunitarios, en el mercado de asesoramiento empresarial).

1.2.2. Derecho español: desvinculación de la actividad económica

En el Derecho español, la doctrina de la autoridad nacional de competencia, ratificada por el Tribunal Supremo, ha desligado definitivamente la responsabilidad *antitrust* de la realización de actividades económicas. Por ello, puede aquella ser atribuida a entidades que no actúan como operadores económicos en su quehacer ordinario, como son las administraciones y otros entes públicos. Aunque no son pocas las resoluciones y sentencias que merecerían ser estudiadas, las más relevantes a la hora de demostrar el aserto anterior son *SESCAM*, *Uva de Jerez*, *Puerto de Valencia* y *Licitaciones de aplicaciones informáticas*.

El caso *SESCAM* versó sobre el carácter anticompetitivo de un acuerdo de colaboración celebrado por el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha y el Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de dicha comunidad autónoma. La CNC entendió que el convenio encubría un acuerdo de reparto de mercados geográficos entre las oficinas de farmacia para proveer a los centros socio-sanitarios existentes en la región. La Audiencia Nacional ratificó aquella decisión, pues estimó que una administración pública es responsable de la conducta anticompetitiva cometida por operadores económicos cuando formalmente actúa como regulador pero (1) se excede en su función regulatoria; (2) no fundamenta (suficientemente) sus actuaciones o (3) actúa con simulación. En los tres casos, la acción externamente regulatoria encubre una conducta materialmente anticompetitiva²⁸. El Tribunal Supremo insistió en que las normas que

²⁷ STJUE AC-*Treuhand II*, párrafos 30, 31, 35, 39.

²⁸ «La actuación del SESCAM como administración pública sanitaria en el ejercicio de sus funciones, más aún en el cumplimiento de las obligaciones que le impone la Ley y no como operador económico es evidente en el contenido del Acuerdo que, desarrollando una de las cláusulas del Concierto en vigor, busca la implementación y desarrollo de planes integrales de asistencia farmacéutica en los centros socio sanitarios de Castilla la Mancha para un uso racional del medicamento y un control en la prescripción y dispensación de los medicamentos (...) Para entender que el contenido del convenio discutido encuentra amparo en la facultad de planificación general y planes integrales de asistencia, es necesario acreditar, que el reparto del mercado de referencia, porque es incuestionable que el

regulan las funciones del SESCAM no amparan la exención del artículo 4.1 LDC para cualquier conducta realizada al amparo de una norma, sino de las conductas expresamente excluidas por mandato legal de la aplicación del Derecho de la Competencia²⁹. La sentencia de casación concluyó sus razonamientos con la frase, ya icónica:

«en el ámbito del Derecho de la competencia opera un concepto amplio y funcional de empresa, de manera que lo relevante no es el estatus jurídico económico del sujeto que realiza la conducta sino que su conducta haya causado o sea apta para causar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado».

En *Uva de Jerez*, la CNC sancionó a la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía por haber facilitado y firmado el Plan Estratégico para el vino de Jerez, que incorporaba un acuerdo de fijación de precios por las empresas de esta denominación de origen. La resolución no condenó a la Consejería como operador económico sino por haber auspiciado una conducta anticompetitiva al amparo de sus potestades reguladoras³⁰. La Audiencia Nacional anuló la resolución precisamente porque la Consejería no había obrado como operador económico³¹. Sin embargo, El TS anuló la sentencia de apelación y asumió el argumento de la CNC. En realidad, la sentencia de casación adoptó la doctrina *SESCAM* hasta el punto de reproducir sus fundamentos jurídicos esenciales. Su importancia radica en que admite de forma incondicionada la responsabilidad *antitrust* de los entes públicos ya actúen como operadores económicos ya como reguladores, más allá de los límites que imponían el

mismo se ha producido, eliminado en él la competencia es estrictamente necesario para el fin público de garantizar la debida asistencia farmacéutica en los centros socio asistenciales que nos ocupan, y no existen elementos fácticos de los que concluir esta necesidad. Por tanto las medidas anticompetitivas adoptadas no se justifican en la correcta satisfacción del interés público, quedado por ello al margen de las potestades públicas que le son propias», SAN de 6 de junio de 2012, Rec. 283/2009, SESCAM, F.J. 3º.

²⁹ STS de 9 de marzo de 2015, Rec.de casación 3528/2012, *SESCAM*, F.J. 2º.

³⁰ RCNC de 6 de octubre de 2011, Expte. S/167/09, *Productores de Uva y Vinos de Jerez*, F.J. 12ª, (i).

³¹ SAN de 16 de julio de 2013, Rec. 626/11, *Uva de Jerez*. En su F.J. 3º, la sentencia abunda en explicaciones sobre la exigibilidad del estándar ‘operador económico’. Por todas: *«El primer elemento relevante para que una conducta quede sujeta al derecho de la competencia es determinar en qué condición actúa la Administración Pública y sólo si interviene como un operador económico puede ser examinada dicha conducta por la CNC. El hecho de que hubiera existido extralimitación en el ejercicio de sus competencias públicas, no permite variar la calificación de su actividad y otorgarle el carácter de económica, es decir no adquiere en ese caso la Administración la condición de operador económico en el mercado y por tanto sigue estando fuera del ámbito de aplicación de la norma».*

contexto *SESCAM* (función regulatoria simulada). Por lo tanto, al reproducir la expresión arriba mencionada, la interpretación funcional y antiformalista de la autoría no debe interpretarse *ad casum*, sino como regla general³².

Entre los argumentos empleados para defender la sanción a la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía en *Uva de Jerez*, la CNMC aludió a la imposibilidad legal de acudir ante la jurisdicción contencioso-administrativa contra las acciones en las que consistió su participación como facilitador. El artículo 25 LJCA admite este recurso contra disposiciones generales y actos administrativos expresos y presuntos; no contra actuaciones materiales (tales como organizar o participar reuniones entre los miembros del cártel).

Es esta una tesis acertada pero que en ningún caso fundamentaría reducir la responsabilidad *antitrust* a intervenciones no jurídicas de los entes públicos facilitadores. Lo demuestra el caso *SESCAM*, donde las acciones de la consejería castellano-leonesa tuvieron su apoyo jurídico en un convenio de colaboración dotado de una lejana base legal³³. Y con más detalle, la resolución dictada por la CNMC en *Puerto de Valencia*. La Autoridad Portuaria de Valencia participó en la firma de los primeros acuerdos entre los operadores de transporte portuario, en la creación del registro de vehículos pesados y en las reuniones de creación y seguimiento de las Mesas de Transporte. La Consejería de Infraestructuras de la Generalitat de Valencia medió y buscó el acuerdo entre aquellos³⁴. Aunque las actuaciones de estos dos entes públicos eran de tipo material, no jurídico, la resolución se pronuncia sobre ambos extremos. Viene a sostener la autoridad de competencia que cuando el ente público facilitador combine resoluciones o actos administrativos con conductas fácticas, corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa revisar la conformidad de los primeros con el derecho administrativo y a las autoridades de competencia sancionar la contradicción

³² STS *Uva de Jerez*, F. J. 4º.

³³ Dos precedentes más lejanos se encuentran en las RTDC de 24 de julio de 1997, expte. 393/96, *Aporejadores Cadiz*, de 27 de julio de 2006, expte. 594/05, *Cines Campoo* y de 7 de mayo de 2008, expte. 632/07, *Ayuntamiento Peralta*. Ambos casos partieron de convenios de colaboración celebrados por las autoridades municipales con operadores privados en los que se concedía a estos el desarrollo de una actividad con carácter exclusivo.

³⁴ RCNC, de 26 de septiembre de 2013, S/314/10, *Puerto de Valencia*. F.J. 3º

con los artículos 1 y 2 LDC de las conductas ejecutadas en desarrollo de las disposiciones, resoluciones o actos administrativos³⁵.

En *Licitaciones de aplicaciones informáticas*, la CNMC descubrió un cártel que operaba en los procedimientos de contratación de servicios informáticos convocados por tres entes públicos contratantes (Agencia Estatal de Administración Tributaria, Gerencia de Informática de la Seguridad Social y Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal). La resolución sancionó a once empresas por haber incurrido en prácticas de fijación de precios, reparto de lotes e intercambio de información privilegiada. En su Voto Particular (V.P.), la Consejera Pilar Canedo discrepó de la posición mayoritaria al entender que la resolución había omitido indebidamente a las tres entidades contratantes de la relación de sancionados. En su opinión, participaron en la comisión de la conducta colusoria como facilitadores³⁶.

El V.P. citó múltiples conductas atribuidas a los entes contratantes en los hechos probados. Entre ellas, la colaboración entre el cártel y los clientes públicos para la elaboración de los pliegos; su remisión a los miembros del cártel antes de la publicación del anuncio de licitación; la preparación del concurso por el ente contratante a favor de la UTE ganadora o su deseo expreso de que concurren unidos, etc. La resolución no explica el porqué de la no imputación de las entidades contratantes. Simplemente, ignoró esta cuestión. Pero parece palmario que tales comportamientos estaban ordenados a la construcción del cártel o a favorecer su éxito. Los hechos reseñados reunían los requisitos que el TS exigió en *Uva de Jerez* para que sus autores fuesen considerados como facilitadores de las prácticas colusorias. De hecho, eran tanto o más

³⁵ RCNC *Puerto de Valencia*. F.J. 9º, (iv). En contra de esta solución, ABRIL FERNÁNDEZ, EDUARDO, RUBIO HERNÁNDEZ-SAMPELAYO, GONZALO, «¿Cuándo puede sancionarse a las Administraciones Públicas por conductas anticompetitivas?», en RECUERDA GIRELA, MIGUEL ÁNGEL (Dir.), *Anuario de Derecho de la Competencia 2017. Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia*, Thomson Reuters Civitas, 2017, pp. 66-68. En Derecho francés se aplica el principio de separabilidad de la conducta respecto del acto administrativo a la hora de atribuir las competencias. Las prácticas anticompetitivas que son indisociables de las decisiones adoptadas en el uso de prerrogativas públicas serán enjuiciables por el juez administrativo; las autoridades de competencia pueden conocer de los comportamientos separables de la apreciación de legalidad de un acto administrativo, Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Decisión de 23 de diciembre de 2004, 04-D-79, *relative à des pratiques mises en œuvre par la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée (RDPEV)*, párrafos 72 y 73.

³⁶ Para llegar a esta conclusión, el V.P. se apoya en la doctrina comunitaria (*AC-Treuhand I y II*) y nacional (*Uva de Jerez*) sobre el facilitador. Sostiene que ambas jurisdicciones han confirmado la posibilidad de declarar la responsabilidad de una entidad como facilitador en un cártel, aunque no opere en el mercado afectado ni en mercados conexos, o aunque no sea un operador económico. Es suficiente que su conducta tuviese aptitud para incidir en la comisión de la infracción. siempre que contribuya de manera decisiva y activa a la realización de una conducta anticompetitiva».

efectivos para lograr ambos objetivos que las conductas ejecutadas por los entes públicos en *SESCAM* o *Uva de Jerez*.

Así pues, *SESCAM*, *Puerto de Valencia*, *Uva de Jerez* y *Licitaciones de aplicaciones informáticas* declaran anticompetitivas las actividades de entidades públicas carentes de carácter económico sino adoptadas en ejecución de medidas regulatorias previas, derivadas de actos administrativos y normas reglamentarias y con posible pero lejana apoyatura legal (lo que hace inaplicable la exención contemplada en el artículo 4.1. LDC)³⁷. En su doctrina más reciente, la CNMC contempla ya un único – y obvio- requisito para instar un procedimiento sancionador contra los entes del sector público: «*resulta en todo caso necesario subsumir su actuación en alguna de las infracciones tipificadas en la LDC*». De no cumplirse este, el camino ha de ser «*la impugnación del acto o disposición ante la jurisdicción contencioso-administrativa conforme a lo previsto en los artículos 13.2 de la LDC o 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, por tratarse de una actuación de la que se derivan obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados, generando además la discriminación de unos operadores para beneficio de otros*»³⁸.

³⁷ En la doctrina española, la exigencia de responsabilidad a las entidades públicas por vulneración de la normativa de defensa de la competencia es defendida por COSTAS COMESAÑA, JULIO y HORTALÁ VALLVÉ, JOAQUIM, «*La tipificación de la actividad de la Administración como facilitadora de cárteles*», *Anuario de la Competencia*, nº 1, 2013, pp. 13-32 y HORTALÁ I VALLVÉ, JOAQUIM, «*La administración como facilitador en las infracciones de competencia*», en CANEDO ARRILLAGA, PILAR (Dir.), *La competencia como motor del desarrollo económico*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 131-135. Para una posición crítica, analizando pros y contras, en ORTEGA BERNARDO, JULIA, «*¿Se puede sancionar a la Administración en el ámbito del Derecho de la Competencia?*», en el blog *almacenederecho.org*, 31 de enero de 2017, almacenederecho.org/cuando-se-puede-sancionar-la-administracion-ambito-la-defensa-la-competencia/. La posición contraria ha sido sostenida en varios trabajos por MARCOS FERNÁNDEZ, FRANCISCO: «*¿Puede sancionarse a las Administraciones Públicas cuando no actúan como operador económico si restringen la competencia o promueven conductas anticompetitivas?*», *INDRET*, enero, 2018; «*Tribulaciones autonómicas frente a las restricciones públicas de la competencia (II)*», en el blog *Competencia y Regulación*, 8 de marzo de 2016, <http://derechocompetencia.blogspot.com.es/2016/05/tribulaciones-autonomicas-frente-las.html>; «*¿Pueden las administraciones públicas infringir la Ley de Defensa de la Competencia cuando adquieren bienes o contratan servicios en el mercado?: Comentario a la resolución de la Comisión Nacional de Competencia, de 14 de abril de 2009 (639/08, Colegio Farmacéuticos Castilla-La Mancha)*», *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 29, 2008-2009, pp. 839-866; «*El tratamiento de las restricciones públicas a la competencia: la exención legal en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*», *cit.*. En sus trabajos de 2016 y 2018, el autor parece excluir las restricciones de la competencia cometidas por las entidades contratantes cuando sean «*introducidas en el ejercicio de potestades públicas*».

³⁸ RCNMC de 30 de agosto de 2018, Expte. SAMAD/08/16, *Rutas Navidad Autobuses Madrid*, F. J. 4º.

1.2.3. Autor y facilitador

La ausencia en el Derecho de la Competencia de divisiones similares a las del Derecho Penal (autor, cooperador necesario, cómplice y encubridor) llevó a la doctrina comunitaria a expandir el concepto de responsable de las conductas antitrust. *Treuhand I y II* consideran como tales a las empresas autoras (responsables inmediatos) de las prácticas colusorias y a todas aquellos que auxilien o participen de forma activa y reseñable en su comisión y que estén presentes en cualquiera de los mercados concernidos por aquellas. Estos reciben el nombre de «facilitadores». *SESCAM, Puerto de Valencia y Uva de Jerez* expanden esta última figura, al incluir entre los facilitadores a los entes del sector público, sean o no operadores económicos y realicen o no actividades económicas que tengan el citado nivel de participación. La ampliación permite sancionarlos cuando ejercen funciones regulatorias, institucionales o cuando operan como entes contratantes. En las conductas colusorias, la doctrina *Treuhand* impone claramente la condición de autor a las entidades que operan en el mercado cartelizado o conexos al mismo, afectados también por aquellas. Dado que el órgano de contratación no actúa en dichos mercados, su condición será la de facilitador de las conductas. Esta misma condición ostentará en las prácticas *hub & spoke* (Capítulo II, epígrafe V.2) y en las restricciones verticales (Capítulo II, epígrafe VI).

Sin embargo, el ente contratante dominante o monopsonista en su mercado que dinamite la competencia en alguno de los mercados afectados y perjudique a los usuarios debe ser considerado como autor, no facilitador. Tras *Uva de Jerez*, le será exigible la responsabilidad *antitrust* con independencia de que sus prácticas abusivas sean actuaciones materiales, actos administrativos o normas jurídicas infralegales (ordenanzas fiscales). No es infrecuente que el ente contratante emplee indebidamente su potestad regulatoria o su posición privilegiada en los procedimientos de contratación para favorecer el abuso de posición de dominio del contratista público, sea en el mercado del producto contratado o en mercados conexos. Ahora bien, su condición de autor sólo se producirá cuando el ente contratante sea el cliente o usuario final. Así ocurre en los contratos de obras, suministros y servicios. Cuando el destinatario de lo contratado sean los ciudadanos, el aquel debe ser conceptuado como facilitador (concesiones). A efectos prácticos, las consecuencias sancionadoras son indiferentes.

En el presente estudio se contemplan cuatro supuestos en los que cabe imputar a los entes contratantes como autores o facilitadores de conductas abusivas en contratos o

concesiones: a) discriminación de segundo grado (Capítulo III, Epígrafe IV.4); b) negativa de acceso (Capítulo III, Epígrafe V.2.3.4); c) prácticas predatorias y desleales en la prestación de servicios públicos (Capítulo III, Epígrafe VIII); d) ciertos abusos explotativos (Capítulo III, Epígrafe X.2.1).

2. Mercado

Es criterio casi universal que la definición de mercado relevante es absolutamente esencial en la doctrina del abuso de posición de dominio. Su determinación es el primer paso y la *conditio sine qua non* para el éxito de cualquier procedimiento administrativo sancionador en este ámbito³⁹. Un error sustantivo en esta fase hará fracasar el procedimiento, bien porque se ha detectado un abuso inexistente (falso positivo o error tipo I) bien porque se ha obviado una conducta abusiva real (falso negativo o error tipo II)⁴⁰.

También se sostiene que la definición de los mercados de producto y geográfico no es necesaria para la investigación y sanción de las prácticas colusorias⁴¹. Como máximo, bastaría que «*el sector y los mercados han sido suficientemente identificados para calificar las prácticas observadas y atribuirlos a los operadores que las implementaron*»⁴². No obstante, la delimitación del mercado de referencia resulta importante para determinar que las conductas colusorias superan los límites de la Comunicación *de minimis* de 2014 y los porcentajes que delimitan el *safe harbour* en los reglamentos de exención por categorías⁴³. De hecho, en el ámbito de la contratación

³⁹ Sobre la artificiosidad de la definición de mercado, ver. KAPLOW, LOUIS., «Market definition: impossible and counterproductive», *Antitrust Law Journal*, 79, núm. 1, 2013, págs. 360 y ss.

⁴⁰ MIÑO LÓPEZ, ANTONIO, «Errores regulatorios y derecho de la competencia», *Estudios de derecho mercantil: Libro homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. GÓMEZ SEGADE*, Marcial Pons, 2013, ISBN 9788415664963, págs. 483–496.

⁴¹ Por ejemplo, la RCNMC de 3 de mayo de 2018, Expte. S/DC/0854/17, *Agencias de medios*, sancionó un cártel de licitadores sin ningún tipo de evaluación de los mercados de producto y geográfico.

⁴² Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Decisión n° 10-D-39 de 22 de diciembre de 2010, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale*, párrafo 198 y Decisión n° 11-D-13 de 5 de octubre de 2011 *relativa a las prácticas realizadas en los sectores de trabajos de electrificación y de instalación eléctrica en las regiones Midi-Pyrénées, Languedoc-Roussillon, Auvernia y limítrofes*, párrafo 268.

⁴³ RUÍZ PERIS, IGNACIO, Mercado relevante, Capítulo II, en RUIZ PERIS, IGNACIO (Dir.) y RODRIGUEZ DE QUESADA, CARMEN (Coord.), *Derecho Europeo de la Competencia. Proyecto Europeo. «Training of National Judges in European Competition Law»*, Tirant Lo Blanc Monografías, 2017, pp. 25 y 26.

pública algunas resoluciones de competencia delimitan el mercado en función de si este se circunscribe al procedimiento de contratación cuestionado o es más extenso. Cabría concluir que, a los efectos del artículo 101.1 TFUE, la definición del mercado relevante es necesaria para evaluar la infracción y sus efectos en el comercio entre los Estados miembros. Sin embargo, y contrariamente a lo previsto para el artículo 102 TFUE, el dominio sobre el mercado no es un requisito para que la conducta (colusoria) sea sancionable por infracción de la normativa de defensa de la competencia⁴⁴.

A la dificultad probatoria ínsita en cualquier conducta abusiva en el ámbito de la contratación pública se une la necesidad de fijar el ámbito material y territorial de referencia. *Prima facie*, la fijación del mercado no debiera presentar diferencias significativas respecto de los criterios seguidos en cualquier otro sector económico, establecidos en la *Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia*⁴⁵. De acuerdo con la este texto, a la hora de definir el mercado de producto se atenderá al grado en el que los bienes y servicios contratados son intersustituibles tanto en la demanda como en la oferta. El análisis de la sustituibilidad de la demanda exige precisar la serie de productos que el consumidor considera substitutivos. Desde un punto de vista conceptual, este enfoque implica que, partiendo del tipo de producto que las empresas afectadas venden y de la zona en que lo venden, otros productos y zonas se incluirán o excluirán de la definición del mercado según que la competencia de estos otros productos y zonas afecte suficientemente a la estrategia de fijación de precios de las partes a corto plazo o la restrinja.

Cuando de la contratación pública se trata, a estos principios seminales precede otro: la normativa contractual y los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas no sólo fijan el precio tipo o máximo de licitación y las reglas de competencia por el contrato entre los licitadores. También determinan los productos o servicios a contratar y, lo que es más importante para la definición de mercado, los criterios de sustitución entre ellos. Esta tarea corresponde a las especificaciones técnicas y funcionales contenidas en el pliego de prescripciones técnicas. Las especificaciones técnicas precisan el tipo de bien o servicio que se pretende contratar vinculadas por dos principios de Derecho europeo: la prohibición de imponer un producto específico (por

⁴⁴ LORENZ, MORITZ, *An Introduction to EU Competition Law*, Cambridge, 2013, p. 91.

⁴⁵ 97/C 372/2003, Diario Oficial núm. C 372 de 09/12/1997 págs. 5 y ss.

origen o marca); y el de aceptación obligada de los bienes y servicios que sean «equivalentes» a los definidos por el pliego en sus especificaciones. Ambos tienen su origen en la doctrina del TJUE y se plasman en el art. 42.4 de la Directiva 24/2014. Así pues, en relación con el mercado de producto relevante, el Derecho de la contratación pública acoge los principios de la Comunicación en su mayor amplitud e impone la regla de la sustituibilidad máxima en la demanda (equivalencia técnica y funcional).

Por el contrario, no resulta aplicable la Comunicación en lo referido a la sustituibilidad en la oferta. Dado que tan sólo se permite competir a aquellas empresas que presentaron sus proposiciones en el plazo legal (arts. 47, 49 y 51 Directiva 24/2014), con posterioridad a su vencimiento no se da acceso al procedimiento a otros empresarios que dispongan de productos idénticos o similares. Por ello, el cliente público no puede «*recurrir a suministradores situados en otro lugar*» ni a «*fuentes alternativas reales de suministro*» diferentes a los licitadores⁴⁶.

En definitiva, en la contratación pública el mercado de producto está integrado por los bienes y servicios definidos en las especificaciones técnicas y funcionales en el pliego de prescripciones técnicas y por sus equivalentes técnicos y funcionales. Ahora bien, introducir parámetros de contratación en el ámbito de la delimitación del mercado puede dar lugar a problemas de definición⁴⁷.

La definición del mercado geográfico no es idéntica para todos los tipos de contratos públicos⁴⁸. En los de obras públicas, suministros y servicios su determinación no plantea diferencias respecto a los negocios jurídicos idénticos celebrados entre particulares. Por el contrario, en los contratos de gestión de servicios públicos y contratos administrativos especiales o privados similares, el mercado se basa en el

⁴⁶ El criterio para medir la sustituibilidad en la oferta es precisamente la disponibilidad de dichos proveedores alternativos.

⁴⁷ CACHAFEIRO GARCÍA, FERNANDO, «Definición del mercado relevante por el Tribunal Supremo: a propósito de la Sentencia Excursiones Puerto de Sóller», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 31, Sección Artículos, Enero –Febrero 2013, pág. 55.

⁴⁸ Altzelai afirma que existe la tendencia a considerar a los mercados geográficos como de ámbito estatal. Pero las condiciones de competencia homogéneas que caracterizan a un mercado geográfico no se contemplan en abstracto sino en cada caso para cada producto o grupo de productos homogéneos. ALTZELAI ULIONDO, IGONE, «Algunas cuestiones del análisis *antitrust*: delimitación del mercado de referencia y efectos sobre el comercio intracomunitario», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Nº 9, Julio-Septiembre 2011, pp. 51 ss (formato laleydigital.com).

criterio del territorio donde el servicio público es utilizado⁴⁹, el bien concesional disfrutado⁵⁰ o los bienes ofrecidos por el prestatario de un servicio⁵¹. La extensión territorial de la gestión coincide con la extensión territorial de las competencias de la administración titular⁵².

En algunos casos, las autoridades de defensa de la competencia han definido mercados de producto y geográfico mucho más estrechos. La *Autorité de la Concurrence* francesa ha llegado a justificar que el mercado se constriñe al procedimiento de contratación pública⁵³. A esta solución puede llegarse cuando se diferencia entre mercado relevante y mercado afectado⁵⁴. Este último comprende cada uno de los acuerdos analizados y el ámbito geográfico en el que se proyectan sus efectos⁵⁵. También se ha afirmado que los contratos tramitados a través de procedimientos contractuales diferentes no pueden incluirse en el mismo mercado, porque las condiciones de competencia son muy distintas. En *Licitaciones de Carreteras* numerosas partes sostuvieron que no se debe considerar que subastas

⁴⁹ RTDCC –L, de 13 de diciembre de 2013, Expte TDC/San/2013, *Denuncia de [particular] contra el Ayuntamiento de Hoyocasero (Ávila)*, pág. 9.

⁵⁰ DAC, de 3 de noviembre de 2005, 05 –D –58, *relativa a ciertas prácticas descubiertas en el sector del agua potable en la Isla de Francia*.

⁵¹ RACCO, de 14 de julio de 2014, Expte. 45/2012, *IMPJB*, pág. 10.

⁵² Respecto a la vinculación entre los servicios públicos de titularidad del municipio y el término municipal, ver los art. 12.1, 25,26 y 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local.

⁵³ Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Décision 03 –D –29, de 13 de junio 2003, *relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Sorin Biomédica France et Dideco France dans le secteur du matériel médical de la circulation extracorporelle*, párrafos 116 –117 y Décision 05 –D –19, de 12 de mayo de 2005, *relative à relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre des marchés de construction des ouvrages d'art pour la réalisation de l'autoroute A84, dite "Route des Estuaires"*, dans le département de la Manche, párrafo 88.

⁵⁴ En palabras del Consejo de la CNC, «A través de la delimitación del mercado geográfico relevante la autoridad de competencia trata de establecer el territorio en el que las condiciones de competencia son relativamente homogéneas, y ello con el objeto de analizar el eventual impacto anticompetitivo de la conducta analizada. Por el contrario, el concepto mercado afectado por la conducta infractora, que puede o no coincidir con el mercado de producto y geográfico relevante, no viene determinado por el territorio en el que las condiciones de competencia son homogéneas sino por el espacio geográfico en el que la infracción analizada haya producido o sea susceptible de producir efectos sobre las condiciones de competencia efectiva. Por tanto, su delimitación es pertinente en la medida en que es uno de los factores que conforme al art. 64.1.a) de la LDC la autoridad de competencia debe tener en cuenta para determinar el importe de la sanción (...).». Ver RCNC, de 12 de enero de 2012, Expte. S/0179/09, *Hormigón y productos relacionados*, p. 109.

⁵⁵ Así lo afirman los recurrentes en *Licitaciones de Carreteras*, F.J. 3º, pág. 83. Aducen en su apoyo entre otras: RACM de 6 de diciembre de 2006 en el asunto 1657, procedimiento 16220, *Servizi Aggiuntivi del Trasporto Pubblico nel Comune di Roma* o la Decisión del Conseil de la Concurrence núm. 00 –D –38 de septiembre de 2009 relativo al *sector de la restauración de monumentos históricos*).

restringidas y abiertas formen parte de un mismo mercado dadas sus diferentes condiciones de competencia⁵⁶.

Un concepto tan estrecho choca con la lógica intrínseca del Derecho de la Competencia y es fuente segura de falsos positivos y de resoluciones sancionadoras perjudiciales tanto para la competencia como para la eficiencia dinámica en el mercado, por lo que no debe ser elevado a categoría general. Hacerlo así supone incurrir en el error denunciado por la Comunicación en su párrafo 3: confundir el mercado de referencia con otros conceptos de mercado utilizados con frecuencia en otros contextos. En este caso, la confusión se plantea con la necesaria definición del objeto del contrato, que forma parte del contenido mínimo de todo contrato del sector público (art. 35.1.c) LCSP) y que debe figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares (art. 122 LCSP) y en el anuncio de licitación (art. 49 y Anexo V, Parte B.I.7 de la Directiva 24/2014).

Desde un punto de vista económico, que una licitación conforme un mercado relevante depende fundamentalmente de la naturaleza del producto que se licita, su grado de diferenciación y la frecuencia con la que sale al mercado. Por ejemplo, cuando lo que se saca a concurso o subasta es un producto muy diferenciado y además de forma esporádica, las condiciones de competencia serán muy específicas o variables⁵⁷. En otras ocasiones, la equivalencia se justifica por las particulares condiciones del cliente público. Así ocurre en los celebrados por entes públicos en posición de monopsonio (Fuerzas Armadas) o de superdominio público sobre la demanda (productos y prestaciones sanitarias). Esta situación tiene un efecto decisivo sobre la posición de dominio⁵⁸.

En segundo lugar, la propia Comunicación apunta a la admisión de reducciones del mercado a nivel de licitación en función de dos elementos: la nula sustituibilidad de los productos y la decisión del cliente público. La Comunicación observa en su párrafo 15 que el análisis de la sustituibilidad de la demanda implica la determinación de la serie de productos que el consumidor considera sustitutivos. En la contratación pública

⁵⁶ RCNC, *Licitaciones de Carreteras*, pág. 83.

⁵⁷ SAN 4385/2013, de 7 de octubre, rec. 687/2011, contra la RCNC *Licitaciones de Carreteras*, pág. 13.

⁵⁸ La limitación del mercado a la licitación en el sector sanitario se encuentra, por ejemplo, en la RCDCA, de 5 de mayo de 2016, S/06/2016, *Alta Partners Capital SGEGR* y *Albia Capital Riesgo SGEGR (Alta Partners)*, pág. 16, y en la RACCO, de 9 de febrero de 2016, Expte. 57/2014, *Fisiogestión*, p. 17.

el consumidor o cliente público es el poder adjudicador, quien delimita de forma unilateral los bienes o servicios objeto del contrato, de acuerdo con unas especificaciones presididas por el principio de equivalencia. Los proveedores no toman parte en dicha decisión, ni pueden influir en la determinación de los productos, de forma que ello incremente o estreche el mercado. Si las condiciones de equivalencia son nulas, la concreción unilateral del objeto del contrato por el poder adjudicador puede suponer la reducción máxima del mercado.

3. El precio como criterio de adjudicación

Una vez finalizado la fase de selección, el procedimiento de contratación entra la de adjudicación. Los licitadores que reúnan los requisitos de capacidad y solvencia establecidos en el PCAP ven ahora puntuadas sus ofertas en función de su grado de adecuación a unos elementos de juicio, también fijados en el pliego. Estos elementos se denominan criterios de adjudicación. Su misión es determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa para el órgano de contratación. El adjudicatario del contrato o concesión será, pues, el participante que haya obtenido la mejor cualificación.

El precio es, sin duda alguna, el criterio de adjudicación más importante en la contratación pública. Salvo casos excepcionales, el precio ofertado debe tener un peso fundamental en la valoración de cada oferta, por ser el elemento de juicio objetivo y económicamente cuantificable que mejor suele revelar el grado de eficiencia de los licitadores⁵⁹. Hasta tal punto es así que la ley española ha impuesto que cuando sólo se utilice un criterio, éste ha de ser, necesariamente, el del precio o un criterio relacionado con la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida (artículo 146.1 LCSP).

Al amparo del artículo 122 LCSP, los PCAP (o las hojas de especificaciones adjuntas) explicitan una cantidad que sirve de guía a los licitadores en la labor de preparar sus ofertas económicas. Es el denominado presupuesto de licitación. Se denomina así a la suma más elevada que el ente contratante está dispuesto a abonar al adjudicatario para la ejecución del contrato. Cualquier oferta que exceda del

⁵⁹ GCC, p. 18. El TDCCYL explicó la importancia del precio como criterio de adjudicación pro-competitivo en su Resolución de 27 de abril de 2015, Expediente TDC/SAN/5/2015, *Contratación de Transporte Turístico Urbano*, p. 13-16.

presupuesto de licitación es automáticamente rechazada. Por ello, es conocido también con los nombres de ‘precio máximo’, ‘precio tipo’ o, simplemente, ‘tipo’. La fijación del precio máximo en el PCAP busca incentivar a los licitadores para que presenten una proposición económica inferior al tipo o que, como máximo, lo iguale.

El presupuesto de licitación ha de fijarse en función del precio de mercado del producto o licitado. Su importe condiciona la oferta de los licitadores. Si el precio tipo excede con mucho el precio de mercado, el órgano de contratación empleará más recursos públicos de los estrictamente necesarios para adquirir el bien o servicio. Pero si es demasiado bajo, se arriesga a que los recursos económicos destinados al contrato sean insuficientes para su ejecución. Por ello, conviene extremar el cuidado en la determinación del presupuesto. De ahí la importancia de técnicas como las consultas preliminares al mercado, los estudios comparativos, estudios de mercado y otras técnicas.

4. Conductas

La contratación pública padece todos los tipos de prácticas anticompetitivas: colusión, abuso de posición de dominio y falseamiento de la competencia por actos desleales.

El Capítulo II aborda la colusión en la contratación pública. En las Consideraciones Generales se presta atención a la noción y características del cártel de licitadores (Ep. I), a su frecuente consideración como infracción por objeto, única y continuada y a la entidad de sus perjuicios para el mercado y para el interés general. En el sector estudiado, la colusión admite diversas clasificaciones (Ep.II). La principal de todas distingue entre colusión directa (Ep.III) e indirecta (Ep. IV). En este trabajo se denomina colusión directa a los acuerdos o prácticas concertadas entre licitadores. Sucesivamente se estudian los intercambios de información, los acuerdos sobre la oferta económica (ofertas de cobertura, idénticas o similares y pagos compensatorios); los diversos tipos de acuerdos de reparto de mercados, el boicot inicial y sobrevenido y la rotación de ofertas. Se ha prestado una atención especial a técnicas que favorecen la colusión: las uniones de empresarios, complemento de solvencia, subcontratación, participación colectiva secreta y encargos a medios propios. La colusión indirecta tiene

lugar fuera del marco del procedimiento de contratación. Puede afectar a mercados conexos, tratarse de un cártel ordinario susceptible de ser activado en una licitación pública o que opera en el ámbito del ente contratante. El capítulo termina con el estudio del *hub&spoke* (Ep.IV) y de los acuerdos verticales en la contratación pública (Ep.V) y de la colusión en la fase preliminar conocida como consultas preliminares al mercado (Ep. VI).

El Capítulo III estudia las prácticas abusivas y desleales en la contratación pública. Tras el tratamiento de los conceptos generales (Ep. I), se aborda la distinción entre abusos exclusionarios y explotativos (Ep. II). Acto seguido, se desarrollan las ofertas predatorias (Ep. III), las conductas discriminatorias (Ep. IV), la negativa de acceso (Ep. V), la compresión de márgenes (Ep. VI), la vinculación y el empaquetamiento (Ep. VII). Se dedica un epígrafe especial a la doctrina de las autoridades de competencia sobre los precios impuestos por entidades públicas y concesionarios de establecimientos deportivos y similares (Ep. VIII); para finalizar con otros abusos exclusionarios en la contratación pública (Ep. IX). El estudio de los abusos explotativos se centra en la imposición de precios excesivos en el procedimiento y en la ejecución del contrato y, con mayor brevedad, en otros abusos explotativos imputables a los participantes en los procedimientos contractuales (Ep. X). El capítulo finaliza con el análisis de las prácticas desleales anticompetitivas (Ep. XI). En la contratación pública no son extrañas las resoluciones relativas a conductas desleales por infracción de normas o venta a pérdida.

El Capítulo IV goza de autonomía respecto de los anteriores, al versar sobre las políticas y acciones contra las prácticas anticompetitivas en la contratación pública. Comienza por diferenciar entre sistemas (unitarios y dualistas) y métodos (proactivos o reactivos) dirigidos a evitar y reprimir tales conductas (Ep. I). Los métodos reactivos o represivos más importantes son la denuncia, la comunicación por los entes participantes en el procedimiento de contratación y la clemencia (Ep. II). Los métodos proactivos o preventivos (Ep. III) pueden adoptarse por el órgano de contratación (*screening*, nulidad y resolución del contrato, protocolos de legalidad, fórmulas orgánicas); por las autoridades de competencia (*screening* y promoción) y por los licitadores (*compliance*). Especial atención se dedica a la prohibición de contratar y a la expulsión del procedimiento de contratación de los licitadores incurso en prácticas anticompetitivas. Ambas materias se abordan desde la perspectiva del Derecho de la Competencia, no del

Derecho administrativo (Ep. IV). Por último, se estudia la compatibilidad de la persecución administrativa de los comportamientos anticompetitivos con la acción penal así como el principio *non bis in ídem* (Ep. V).

CAPÍTULO II.

COLUSIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1. Prácticas colusorias en la contratación pública

1.1. Colusión y cártel de licitadores

Los comportamientos anticompetitivos a los que este capítulo presta atención se inscriben en los artículos 101 TFUE y 1 LDC y se producen en el ámbito de la contratación del sector público. El artículo 1 LDC califica expresamente como «conductas colusorias», prohíbe y declara nulas de pleno derecho a una relación ejemplificativa de prácticas imputables a los operadores económicos, en el ejercicio de una actividad económica y definidas por su forma («*todo acuerdo, decisión o práctica concertada o conscientemente paralela*»), su sentido («*que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia*») y su ámbito geográfico («*en todo o parte del territorio nacional*»), excepto que concurren los requisitos citados en el apartado 3 de este artículo.

En su «Diccionario de la Competencia», la CNMC da un concepto descriptivo de las conductas colusorias, que parte de la «*Coordinación del comportamiento competitivo de las empresas*». Señala que «*En el caso de las conductas colusorias es probable que el resultado de esa coordinación sea una subida de precios, una restricción de la producción y un aumento de los beneficios de las empresas participantes. El comportamiento colusorio no siempre se establece mediante acuerdos explícitos entre las empresas: también podría resultar de situaciones en que las empresas actúan por su cuenta pero, reconociendo su interdependencia con sus competidores, ejercitan conjuntamente el poder de mercado con los demás competidores en colusión. Esta práctica recibe el nombre de «colusión tácita»*⁶⁰.

La colusión en la contratación pública, manipulación de ofertas, puja fraudulenta o *bid rigging*, es el acuerdo o práctica concertada al que llegan los que participan o pretenden tomar parte en un procedimiento de contratación del sector público en

⁶⁰ <https://blog.cnmc.es/2015/07/10/diccionario-de-competencia-con-la-c/>.

concepto de licitadores o candidatos con el fin de predeterminar la adjudicación del contrato a su favor, por medio de la fijación del precio o de cualquier otra condición comercial o del reparto del mercado, limitando o eliminando tanto la competencia entre los miembros del grupo como la procedente de otros licitadores⁶¹.

Todo grupo colusorio se confabula para manipular un procedimiento con el fin de deprimir la competencia en él⁶² y transferir ilegalmente rentas desde el cliente público hacia el grupo⁶³. Un grupo colusorio merece la calificación de cártel cuando incurre en alguna de las conductas citadas en Disposición Adicional Cuarta de la LDC.

El concepto de cártel no es una cuestión pacífica en la doctrina⁶⁴. En algunos Estados, su definición se encuentra en directrices, recomendaciones y documentos similares, lo que les otorga más flexibilidad a la hora de calificar las conductas concretas⁶⁵. El Derecho de la Competencia español ofrece una definición legal de cártel. La Disposición Adicional Cuarta de la LDC califica como tal a *«todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, (...), el reparto de*

⁶¹ MIÑO LÓPEZ, ANTONIO, «Prácticas anticompetitivas en la contratación del sector público», en BENEYTO, JOSÉ-MARÍA y MAÍLLO, JERÓNIMO. (Dir.), *Tratado de Derecho de la Competencia*, 2017, 2ª. Ed., Ed. Bosch, Barcelona, p. 843. En sentido amplio, el término «colusión» incluye no sólo los acuerdos (escritos o verbales) o las prácticas concertadas, sino también las decisiones y recomendaciones colectivas de las asociaciones de empresas. Decisiones y recomendaciones están sujetas a un eventual cuestionamiento si producen un «*impacto significativo en el proceso competitivo*», SLOT, PIER JAN y JOHNSTON, ANGUS, *An Introduction To Competition Law*, Bloomsbury, 2017, p. 57

⁶² Adaptado de ASKER, JOHN, «bidding rings» *The New Palgrave Dictionary of Economics. Online Edition*. Eds. Steven N. Durlauf and Lawrence E. Blume. Palgrave Macmillan, 2010. Online. http://www.dictionaryofeconomics.com/article?id=pde2010_B000345doi:10.1057/9780230226203.3822 .

⁶³ HENDRIKS, KEN, PORTER, ROBERT, TAN GUOFU, «Bidding rings and the winner's curse», *The RAND Journal of Economics*, Volumen 39, nº 4, Enero de 2008, p. 1019.

⁶⁴ Hüschelrath y Weigand recogieron tres definiciones de cártel. En primer lugar, como «la asociación de empresas que acuerda explícitamente coordinar sus actividades» (Carlton y Perloff, 2000, p. 121); en segundo lugar, la «asociación formada por empresas independientes que operan en la misma industria con el fin de incrementar los beneficios conjuntos por la vía de restringir sus actividades competitivas» (Lipczynsky y Wilson, 2001, p. 59); por último, «el grupo de empresas que han acordado explícitamente coordinar entre ellas sus actividades en orden a elevar los precios de mercado; es decir, han entrado en alguna forma de acuerdo de fijación de precios» (Pepall y otros, 2001, p. 345), Ha, p. 309.

⁶⁵ Ver RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, ALFONSO, «¿Qué es un cártel para la CNC?», *Documento de Trabajo, Serie Política de la Competencia*, Número 32/2012, Instituto de Estudios Europeos, Universidad San Pablo CEU, 2013.

mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones (...)»⁶⁶. El Diccionario de la CNMC lo define como «*Todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones*»⁶⁷. El Derecho comunitario no ofrece un concepto oficial de cártel. En su *Glossary*, la Comisión lo conceptúa como «*el acuerdo (arrangement) entre empresas competidoras diseñadas para limitar o eliminar la competencia entre ellas, con el objetivo de incrementar los precios y los rendimientos de las participantes y sin generar beneficios compensatorios objetivos. En la práctica, se verifica a través de la fijación de precios, limitación del producto, reparto de mercados, distribución de clientes o territorios, manipulación de licitaciones o de una combinación de estos tipos. Los cárteles son perjudiciales para los consumidores y para la sociedad en su conjunto debido al hecho de que los participantes en ellos cargan precios más elevados (u obtienen beneficios mayores) que los resultantes de un mercado competitivo*»⁶⁸.

Un cártel de licitadores es un grupo de licitadores («*bidding ring*») que ejecutan las prácticas colusorias mencionadas en las D.A. 4ª LDC durante el procedimiento de contratación pública o en la ejecución del contrato⁶⁹.

Desde una perspectiva interna, un cártel de licitadores tiene sentido cuando: (1) la colusión es más beneficiosa que la competencia para sus integrantes, (2) quienes mantienen lazos de lealtad y confianza entre ellos (3) y no contemplan como probable ni próxima la detección de sus comportamientos anticompetitivos por los entes contratantes o por las autoridades de defensa de la competencia.

⁶⁶ Este precepto fue redactado por el número tres del artículo tercero del R.D.-Ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores.

⁶⁷ <https://blog.cnmc.es/2015/07/10/diccionario-de-competencia-con-la-c/>.

⁶⁸ *Glossary of terms used in EU competition policy. Antitrust and control of concentrations*. Dirección General de la Competencia, Bruselas, julio 2002, p. 6.

⁶⁹ En sentido estricto, la expresión «prácticas colusorias» no es equivalente a comportamientos contrarios a los artículos 101 TFUE y 1 LDC. Señala Alfaro que «*decir que un acuerdo es colusorio no es una redundancia pero decir que un acuerdo colusorio es un acuerdo prohibido por el artículo 101.1 TFUE, sí que lo es. El Duden define kollusiv "unerlaubt zum Nachteil eines Dritten zusammenwirkend" y la RAE define colusión como "pactar contra un tercero", es decir, contra los consumidores*». ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS, «Prescripciones *off-label* y Derecho de la Competencia», en almacenederecho.org, 7 de febrero de 2018, <http://almacenederecho.org/prescripciones-off-label-derecho-la-competencia/>.

La definición legal de cártel cita las dos categorías que acogen el grueso de los acuerdos y prácticas concertadas entre licitadores y candidatos. A saber, la concertación sobre la oferta económica («*price fixing*») y el reparto de mercados, entendido como compartimentalización de los procedimientos de contratación, de los clientes públicos o de los mercados territoriales («*market sharing*»). Los acuerdos de fijación de precios y de reparto de mercado son anticompetitivos por objeto, en la medida en que tienen aptitud para restringir la competencia y suprimen la incertidumbre y la autonomía de comportamiento de los agentes económicos. En este sentido va encaminado el uso de la calificación jurídica de una conducta como cártel por parte de la autoridad de competencia⁷⁰. Cabe añadir otras conductas como la constitución de uniones horizontales, la subcontratación colusoria y el intercambio de información entre licitadores, directamente o por medio de asociaciones de empresas.

En la contratación pública se hallan presentes en grado apreciable un buen número de factores facilitadores de la colusión: una alta concentración de la oferta (número reducido de licitadores en cada procedimiento); demanda estable e inelástica (muchos procedimientos de contratación se repiten con frecuencia); homogeneidad de los productos y servicios licitados; elevada transparencia en la observación de las transacciones de empresas competidoras; barreras legales de entrada; presencia de asociaciones empresariales⁷¹; e innovación no preeminente en muchos contratos⁷².

La colusión en las licitaciones constituye una infracción muy grave para el artículo 62 LDC, sancionable con una multa que podría alcanzar el 10% de la cifra total de negocios de la empresa, o, cuando no fuera posible delimitarla, de más de 10 millones de euros (artículo 63 LDC). Los enormes perjuicios que causan estas prácticas

⁷⁰ IRÁCULIS ARREGUI, NEREA, «La lucha óptima contra los cárteles: expresión en el transporte de mercancías por carretera (1)», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, N° 14, Primer semestre de 2014, (formato LaLeyDigital.com).

⁷¹ CUERDO MIR, MIGUEL, «Subastas y contratación administrativa desde la perspectiva económica del derecho de la competencia», en GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER, (Dir.), *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*, Thomson Reuters-Civitas, 2011, pp. 330-331.

⁷² La colusión no resulta tan atractiva cuando las empresas son capaces de evitar la competencia mediante productos nuevos o variaciones tecnológicas susceptibles de generar rendimientos económicos potentes, SMYTH, ANDREW, *How Product Innovation Can Affect Price Collusion*, *Competition Policy International*, 6 de agosto de 2017, p. 1.

han movido en algunos casos a las autoridades de competencia a imponer sanciones personales a los directivos de las empresas infractoras⁷³.

En el Derecho español las pujas fraudulentas tienen también reproche penal específico en el artículo 262 CP («De la alteración de precios en concursos y subastas públicas») y genérico en el artículo 284.1 CP («alteración o manipulación de precios»). El artículo 262 dispone que quienes alteren los precios en concursos y subastas públicas pueden ser sancionados con pena de prisión de uno a tres años y multa de 12 a 24 meses, así como inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales entre tres y cinco años. Si se tratare de un concurso o subasta convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá además al agente y a la persona o empresa por él representada la pena de inhabilitación especial que comprenderá, en todo caso, el derecho a contratar con las Administraciones públicas por un período de tres a cinco años. El artículo 284.1 sanciona con pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses a los que, empleando violencia, amenaza o engaño, intentaren alterar los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores o instrumentos financieros, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiere corresponderles por otros delitos cometidos⁷⁴.

⁷³ Ver *Fisiogestión* (RACCO, de 9 de febrero de 2016, expediente 57/2014, p. 17 y *RCDCA, de 5 de mayo de 2016, S/06/2016, Alta Partners Capital SGEGR y Albia Capital Riesgo SGEGR*, p. 51. En la doctrina española, GONZÁLEZ DURÁNTEZ, HENAR, CONTRERAS ALFONSÍN, MANUEL, «Las sanciones a directivos y representantes legales por infracción de las normas de defensa de la competencia», en RECUERDA GIRELA, MIGUEL ÁNGEL, *Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la competencia. Anuario 2015*, Civitas, 2015, pp.389-404; GUERRA FERNÁNDEZ, ANTONIO y ARECES LÓPEZ, CRISTINA, «La potestad sancionadora de la CNMC frente a representantes legales o directivos de empresas infractoras de la normativa de defensa de la competencia», en RECUERDA GIRELA, MIGUEL ÁNGEL, *Anuario de Derecho de la Competencia 2017, Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la competencia*, Thomson Reuters, Civitas, 2017, pp.139-151.

⁷⁴ La bibliografía sobre la sanción penal a estas conductas es amplia. Por ejemplo, ver GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, MARÍA y ORTIZ DE URBINA GIMENO, ÍÑIGO, «Conductas restrictivas de la competencia y Derecho penal», en ROBLES MARTÍN-LABORDA, ANTONIO, *La lucha contra las restricciones de la competencia. Sanciones y remedios en el ordenamiento español*, Comares, 2017, pp. 79-123, MENDO ESTRELLA, ÁLVARO, «¿Es posible sancionar penalmente los cárteles económicos actualmente en España? Propuestas de futuro», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Núm. LXV, Enero 2012, pp. 225-251.

1.2. Mercado

El estudio de las particularidades del mercado en los procedimientos sancionadores por colusión en la contratación pública se verifica en el epígrafe 2 del Capítulo I. En concreto, se aborda si restringir el mercado geográfico al procedimiento de contratación en cuestión es procedente o excesivamente estrecho.

1.3. Restricciones por objeto o por efectos

La doctrina comunitaria clásica sostiene que para delimitar si un acuerdo es restrictivo por objeto o por sus efectos (alternativamente), ha de atenderse en primer lugar al objeto mismo del acuerdo, habida cuenta del contexto económico en el que se debe aplicar y a las alteraciones del juego de la competencia, que deben resultar de la totalidad o de algunas de las cláusulas del propio acuerdo⁷⁵. Los efectos de la conducta sólo constituyen un elemento entre otros que, si son determinables, puede permitir a la autoridad de competencia aumentar el importe de partida de la multa por encima del importe mínimo⁷⁶.

Las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 resumieron la doctrina judicial sobre las restricciones por objeto en su apartado 21: «... *aquellas que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia. Se trata de restricciones que, dados los objetivos de las normas comunitarias de competencia, presentan un potencial tan elevado de efectos negativos para la competencia que no es necesario aplicar el apartado 1 del artículo 81 para demostrar cualquier efecto real en el mercado. Dicha presunción se basa en la gravedad intrínseca de la restricción y en la experiencia, que demuestra que las restricciones de la competencia que lo sean por su objeto pueden surtir efectos negativos para el mercado y poner en peligro los objetivos de las normas comunitarias de competencia. Las restricciones por objeto, tales como la fijación de precios y el reparto de mercados, reducen la producción y aumentan los precios, lo que redundará en una mala asignación de recursos, pues no se producen los bienes y servicios que demandan los clientes. Suponen asimismo una*

⁷⁵ STJCE, de 30 de junio de 1966, asunto 56/65, *Société Technique Minière c. Maschinenbau Ulm*.

⁷⁶ STG de 16 de junio 2011, T-240/07, *Heineken Nederland*, apartado 325, STPI de 6 de abril de 1995, T-148/89, *Tréfilunion*, apartado 109.

reducción del bienestar de los consumidores, quienes se ven obligados a pagar precios más elevados por dichos bienes y servicios»⁷⁷.

Groupement de Cartes Bancaires ha concretado la jurisprudencia comunitaria a la hora de considerar a los cárteles de licitadores como restricciones por objeto. La sentencia entiende que ha de examinarse si revelan un grado de nocividad para la competencia suficiente para que pueda considerarse innecesario el examen de sus efectos. Para ello, debe atenderse al contenido de sus disposiciones, a los objetivos que pretende alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se inscribe. Al apreciar dicho contexto, se debe considerar también la naturaleza de los bienes o de los servicios afectados, así como las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado o mercados pertinentes⁷⁸.

En las jurisprudencia anterior a *Groupement de Cartes Bancaires* se apuntaban dos subtipos de restricciones por objeto⁷⁹. El primero comprende aquellos casos en los que bastará con examinar el contenido y finalidad del acuerdo para concluir que es una restricción por objeto. Son las conductas «*hard-core*»; limitaciones «*obvias*» de la competencia que vulneran automáticamente la normativa *antitrust* sin necesidad de medir el alcance de sus consecuencias reales. Son restricciones por objeto evidentes y por ello prohibidas salvo que reúnan los requisitos previstos en el artículo 101. 3 TFUE o con mayor laxitud, que «*no revelen una alteración evidente de la competencia*»⁸⁰.

⁷⁷ Comunicación de la Comisión — *Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado*, DOUE, nº C 101 de 27/04/2004, apartado 21. De forma más resumida, ver *Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal*, apartados 24 y 25.

⁷⁸ STJUE de 11 de septiembre de 2014, C-67/13 P, *Groupement de Cartes Bancaires*, apartados. 49, 51. La jurisprudencia comunitaria más clásica ya citaba el «grado de nocividad» de la conducta para delimitar si es una restricción por objeto o por sus efectos. Ver *Société Technique Minière c. Maschinenbau Ulm* *Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal*, apartado 25. Para un examen detallado de *Groupement*, ver PÉREZ OLMO, GERARD y MATÍA GARAY, CRISTINA, «Análisis y repercusión de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de septiembre de 2014 (ASUNTO C-67/13P): “Groupement des Cartes Bancaires”. Restricciones de la competencia por objeto», en RECUERDA GIRELA, MIGUEL ÁNGEL (Coord.), *Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia*, Anuario 2015, Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2015, pp. 182-198.

⁷⁹ COSTAS COMESAÑA, JULIO y HORTALÁ VALLVÉ, JOAQUIM, « La tipificación de la actividad de la Administración como facilitadora de cárteles», *Anuario de la Competencia*, nº 1, 2013, p. 172

⁸⁰ BLÁNQUEZ, LUZ y ROGERS, MEGAN, «Los asuntos Glaxo Wellcome e Irish Beef: ¿Qué acuerdos tienen por «objeto» restringir la competencia en Derecho Comunitario?», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Nº 12, Sección Comentarios de Actualidad, Noviembre-Diciembre 2009, pág. 55, Wolters Kluwer (Formato LaLeyDigital).

Entre ellas, los tribunales comunitarios señalaron que «*las prácticas colusorias horizontales de precios o de repartos de mercados*» pueden ser calificadas de infracciones muy graves sobre la mera base de su propia naturaleza, «*sin que la Comisión esté obligada a demostrar las repercusiones concretas de la infracción sobre el mercado*»⁸¹. En un segundo subgrupo se hallan las restantes restricciones por objeto, para cuyo examen ha de tenerse en cuenta el contexto y el comportamiento efectivo de las partes en el mercado⁸². Aquí encontrarían su asiento los acuerdos de intercambio de información que buscan fijar precios y cantidades⁸³; no así las usadas para controlar el cumplimiento del acuerdo colusorio.

Las pujas fraudulentas arquetípicas se incluyen en el primer subgrupo cuando instrumentan acuerdos de fijación de precios o de reparto de mercados y constituyen cárteles duros («*hardcore cartels*»). Como tales se hallan insertos *per se* en la prohibición de los arts. 1 LDC y 101 TFUE, tanto si no se han ejecutado como si no ha sido posible acreditar sus efectos restrictivos en el mercado, pues son conductas colusorias objetivamente no idóneas para generar mejoras sobre el bienestar de los consumidores y de la economía en general⁸⁴. La extinta OFT no albergó duda alguna sobre el carácter de restricciones por objeto de las prácticas colusorias en la contratación pública. Apelando a la doctrina comunitaria y con abundante cita jurisprudencial, la autoridad británica de la competencia afirmó que «*the European Commission and the European Court have decided that collusive tendering has the object of restricting competition*»⁸⁵.

En las restricciones por objeto, el alineamiento de comportamientos entre los licitadores sustituye su actuación autónoma, debilita o elimina la incertidumbre sobre cuál sería la conducta de las empresas imputadas y es un elemento esencial para

⁸¹ SSTPI, de 15 de septiembre de 1988, T-374, 375, 384 y 388/94, *European Night Services*, apartado 136.

⁸² STJCE de 28 de marzo de 1983, asuntos 29/83 y 30/83

⁸³ Comunicación de la Comisión- *Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal* (2011/C 11/01), DOUE, 14 de enero de 2011, apartado 59. RACCO, de 10 de febrero de 2014, Expediente 38/2011, *Alumbrado Público de Canovelles*, F.J. 7.

⁸⁴ STJUE de 11 de julio de 2013, C-440/11 P, *Gosselin*, apartados 95 y 98, RCNC, de 25 de marzo de 2013, Expte. S/0316/2010, *Sobres de papel*, p. 254

⁸⁵ OFT, Decision nº. CA98/1/2004 de 16 de marzo de 2004, *Collusive tendering in relation to contracts for flat-roofing services in the West Midlands*, (Case CP/0001-02), apartado 367.

implementar la coordinación en la licitaciones respectivas⁸⁶. La distorsión de la competencia tiene ya lugar con el acuerdo de reparto o de fijación de precios. No es exigible al órgano de defensa de la competencia que demuestre la realidad y la entidad de los efectos anticompetitivos para que se declare la existencia de una infracción. En la práctica, la no materialización de los efectos es ajena a la voluntad de los licitadores cartelizados. Depende de que la resolución de adjudicación no favorezca a ninguna de las empresas del cártel. Estas llevaron a cabo todos los actos necesarios para que la práctica tuviese efectos en el mercado, si bien de forma infructuosa⁸⁷.

La delimitación del mercado no es un requisito para la declaración de este tipo de infracciones, aunque servirá de base para el cálculo de la multa. Pero no son pocas las resoluciones que verifican un estudio del mercado para delimitar si se halla ceñido a la propia licitación⁸⁸. Las respuestas son, en general, negativas, tal como se estudia en el epígrafe inmediatamente posterior.

Cuando las prácticas colusorias en la contratación pública no son restricciones por objeto tan sólo serán sancionables si producen efectos anticompetitivos⁸⁹. Para proceder a la prohibición de estos acuerdos debe probarse que «*el juego de la competencia ha resultado de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible. Para ello, debe considerarse la situación real en la que se habría encontrado la competencia si no existiera el acuerdo objeto del litigio*»⁹⁰. Deben tomarse en consideración tanto los efectos reales como los potenciales (probables)⁹¹. No hay presunción de efectos anticompetitivos. Para que un acuerdo sea restrictivo por sus efectos, debe afectar a la competencia real o potencial en una medida tal que pueda

⁸⁶ RACCO, de 21 de diciembre de 2016, expediente 68/2015, *Alumbrado público (2)*, p. 21 y RCNMC, de 4 de diciembre de 2014, SDC/0453/12, *Rodamientos ferroviarios*, p. 59 (confirmada en el fondo por SAN de 25 de julio de 2018, Rec. 68/2015).

⁸⁷ RAVC, de 7 de septiembre de 2012, Expte. 7/2011, *Contrato telefónico Ayuntamiento de Bilbao*, p. 33.

⁸⁸ Por ejemplo, RCNC de 8 de marzo de 2013, Expte. S/0329/2011, *Asfaltos de Cantabria*, p. 60.

⁸⁹ Desde que la Comisión publicó sus *Guidelines* sobre el artículo 101 TFUE, en 2004, alrededor del 88% de las resoluciones sancionadoras afectaron a cárteles ‘duros’ y prácticamente todas consideraron que las infracciones eran restricciones por objeto, WITT, ANNE, «The Enforcement of Article 101 TFUE – What has happened to the Effects Analysis?», *Leicester Law School Research Papers*, nº 18-01, p. 8, (*forthcoming* para la *Common Market Law Review*, nº 2, 2018), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3131085.

⁹⁰ Société Technique Minière c. Maschinenbau Ulm.

⁹¹ JONES, ALISON, y SUFRIN, BRENDA, *EU Competition Law. Text, Cases and Materials*, 5ª ed., Oxford, 2014, p. 159.

preverse que tendrá efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la variedad o calidad de los productos y servicios en el mercado de referencia con un grado razonable de probabilidad. Los efectos negativos deben ser sensibles y no insignificantes. Para analizar los efectos restrictivos de un acuerdo, en principio es preciso definir el mercado de referencia. También debe en principio examinarse y evaluarse, entre otras cosas, la naturaleza de los productos, la posición de mercado de las partes, de los competidores y de los compradores, la existencia de competidores potenciales y el nivel de las barreras a la entrada⁹².

El carácter secreto ya no es un requisito constitutivo del cártel en la actual redacción de la Ley de Defensa de la Competencia⁹³. En realidad, ya había sido muy matizado por las autoridades de competencia⁹⁴. Carecería de cualquier lógica que, teniendo los mismos efectos anticompetitivos sobre el mercado y sobre el interés público que otros acuerdos prohibidos, dejaran de perseguirse tales conductas colusorias por no ser secretas⁹⁵. Como regla general, es esencial para el cártel mantener el secreto respecto del ente contratante y del resto de empresas licitadoras no participantes en el acuerdo colusorio⁹⁶. Por su propia naturaleza, el secreto no es posible en relación con las uniones de licitadores y demás figuras de participación colectiva en el procedimiento de contratación. En tales casos, la constitución, formalización y organización del

⁹² *Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado*, apartados 25 y 27. En relación con las barreras de entrada, es clásico el estudio de VELASCO SAN PEDRO, LUIS, «Las barreras de entrada y su relevancia para el Derecho de la Competencia», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Nº 6, Sección Estudios, Enero-Junio 2010, pág. 13, Wolters Kluwer (Formato LaLeyDigital).

⁹³ STS, Sala 3ª, Secc. 3ª, de 6 de noviembre de 2013, Rec. 2736/2010, KUTXA, F. J. Segundo, p. 16. El carácter relativo del secreto se explica en la SAN, Sala 3ª, Secc. 6ª, de 6 de noviembre de 2013, Rec. 494/2011, *Hidrotecar, S.A.*, F. J. Cuarto, p. 5). Sobre las variaciones en el concepto de cártel, ver DE LA VEGA GARCÍA, FERNANDO, «Nuevo concepto de cártel en España (modificación de la LDC por Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo)», en *Derecho de la Competencia*, <http://derechoycompetencia.blogspot.com.es/2017/06/nuevo-concepto-de-cartel-en-espana.html>

⁹⁴ Sobre el carácter secreto de los cárteles, ver STS 5343/2013, rec. 2736/2010 (KUTXA), p. 16. También en otras figuras colusorias se manifiesta la dualidad entre comportamiento explícito aparentemente legal y cártel secreto. Por ejemplo, en el boicot colectivo a licitaciones públicas; ver Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Décision. 07 –D –49 du 19 décembre de 2007, *relative à des pratiques mises en oeuvre par les sociétés Biotronik, Ela Medical, Guidant, Medtronic et Saint Jude Medical dans le cadre de l’approvisionnement des hôpitaux en défibrillateurs cardiaques implantables*. No es desconocido el anuncio del cártel en los medios de comunicación. En el caso *Contrato telefónico del Ayuntamiento de Bilbao*, ver <http://www.elcorreo.com/alava/v/20100309/vizcaya/telefonica-euskaltel-alian-primera-20100309.html>

⁹⁵ RCDCA, de 14 de octubre de 2015, S/08/2015, *Facto y Salcoa*, p. 32.

⁹⁶ RACCO, de 21 de diciembre de 2016, expediente 68/2015, *Alumbrado público (2)*, p. 23, RCNMC, de 3 de diciembre de 2015, Expte. S/0481/13, *Construcciones Modulares*, p. 77.

acuerdo son admitidas por la normativa de contratación pública y conocidas tanto por el órgano de contratación como –parcialmente– por los colicitadores (acuerdo no colusorio). El secreto se encuentra en el carácter ilícito de las cláusulas no puestas de manifiesto en el procedimiento de contratación (acuerdo colusorio).

La colusión en la contratación pública causa riesgos ciertos para bienes sustanciales al margen de la Competencia. Ello se debe a que genera efectos nocivos en el mercado (subepígrafe 1.4) y perjuicios para la contratación pública, los intereses generales y los ciudadanos en cuanto tales y como contribuyentes (subepígrafe 1.5). Constituye así un ‘delito de peligro’ cuyo carácter típico no requiere la lesión efectiva del bien jurídico protegido por el Derecho de la Competencia⁹⁷.

1.4. Múltiples infracciones

Las prácticas colusorias en la contratación pública son en la gran mayoría de los casos infracciones únicas y continuadas de carácter complejo⁹⁸, que engloban varios tipos (*price fixing, bid rigging, market sharing*, reparto de clientes, intercambio de información, etc.) y presentan acuerdos diferenciados entre los actores con distinta participación en los mismos⁹⁹. El elemento unificador es su doble finalidad. Un objetivo inmediato, táctico, de los cartelistas es el de predeterminar el resultado de cada licitación, haciendo ineficaz al procedimiento competitivo de contratación. Pero el objetivo estratégico es más amplio: «*distorsionar el mercado de la contratación y anular toda posible competencia entre ellos a la hora de ofertar a los contratos licitados por las distintas Administraciones Públicas*»¹⁰⁰.

⁹⁷ ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS y BAÑO FOS, JOSÉ M^a., «‘Cartes Bancaires’: Teoría del injusto en las infracciones del Derecho de la Competencia», en RECUERDA GIRELA, MIGUEL ÁNGEL (Coord), *Problemas prácticos actualidad del Derecho de la Competencia. Anuario 2015*, Civitas Thomson Reuters, 2015, pp.90-91.

⁹⁸ RCNMC, de 23 de febrero de 2017, S/0545/15, *Hormigones de Asturias*, p. 57, RCNMC, de 6 de septiembre de 2016, Expte. S/DC/0544/14, *Mudanzas Internacionales*, p. 77.

⁹⁹ Por ejemplo, *Mudanzas Internacionales* recoge un caso de reparto de mercados, fijación de precios y de otras condiciones comerciales y el intercambio de información comercial sensible en relación con el procedimiento de presentación de ofertas o presupuestos en el mercado español de prestación de servicios de mudanzas internacionales.

¹⁰⁰ RCNC, *Asfaltos de Cantabria*, p. 72.

1.5. Infracciones únicas y continuadas

El carácter estratégico de la colusión en la contratación pública explica que un número muy elevado de acuerdos, en múltiples licitaciones y a lo largo de muchos años se traduzca, sin embargo, en una infracción única y continuada¹⁰¹. No son pocos los casos en los que (1) todas las empresas investigadas participan en las mismas conductas, en el mismo mercado y tienen intereses comunes; (2) todos los contactos persiguen una estrategia común de reparto del mercado; (3) periódicamente consta la existencia de acuerdos y contactos entre las partes¹⁰².

Cuando la contratación pública es boyante y regular los cárteles de licitadores acostumbran a ser muy estables, pues la abundancia de negocio tiende a facilitar que las comunicaciones internas sean fluidas y los incentivos suficientes para no romper el pacto. Incentivos que básicamente consisten en «*la obtención de beneficios por encima de los que obtendrían en competencia*»¹⁰³. La participación discontinua, limitada o menos intensa en la coalición no impide dicha consideración, siempre que se mantenga la unidad de propósito¹⁰⁴. La contratación pública es un sector extraordinariamente estable de la economía nacional. La entrada y salida de un cártel de licitadores es muy habitual cuando la técnica colusoria es el reparto del mercado. Es raro que todos los integrantes tengan interés o posean solvencia y capacidad para concurrir a todos los procedimientos, lotes, clientes o territorios.

La exigencia de proveer de bienes y servicios a los entes públicos de forma continuada para que satisfagan necesidades públicas permanentes facilita la organización del cártel a largo plazo. De hecho, a mayor estabilidad en el ámbito de la contratación pública en el que opera el cártel mayor duración puede presumirse pues mayores serán los beneficios para los cartelistas y más completa la distorsión de la contratación pública,

¹⁰¹ Una exposición de los requisitos exigidos por la jurisprudencia española y la comunitaria para que pueda hablarse de infracción única y continuada se encuentra en ABRIL FERNÁNDEZ, EDUARDO, RUBIO HERNÁNDEZ SANPELAYO, GONZALO, SÁEZ BASCUÑANA, MARIO, «Flexibilización del concepto de infracción única y continuada. Análisis de la resolución de la CNMC en el expediente S/429/12, Residuos», en RECUERDA GIRELA, MIGUEL ÁNGEL (Coord.), *Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia, Anuario 2015*, Thomson Reuters, Civitas, 2015, pp. 45-63.

¹⁰² *Hormigones de Asturias*, pp. 56 y 57, *Comedores escolares*, p. 41, RCNMC de 30 de junio de 2016, Expte. S/0519/14, *Infraestructuras Ferroviarias*, p. 55, *Mudanzas Internacionales*, p. 77.

¹⁰³ RCNC, *Asfaltos de Cantabria*, p. 73.

¹⁰⁴ RCNC, de 2 de agosto de 2012, Expte S/0287/2010, *Postensado y Geotecnia*, p. 144, RCNMC, de 6 de septiembre de 2016, Expte S/DC/0544/14, *Mudanzas Internacionales*, p. 77, RCNMC, de 23 de febrero de 2017, Expte. S/0545/15, *Hormigones de Asturias*, p. 58.

lo que incrementará la resiliencia del bloque colusorio. Cuando un cártel llega a ser tendencialmente indefinido «(...) *se pierde cualquier referencia de mercado competitivo, lo que en el caso de las licitaciones públicas (...), supone que los poderes públicos pierdan las referencias de mercado a la hora de fijar los precios de salida, que de ese modo se situarán ya desde la convocatoria, por encima del precio competitivo (...)*»¹⁰⁵.

La naturaleza y estabilidad de las uniones de empresarios (agrupaciones de interés económico, uniones temporales de empresas) explica porqué sus prácticas colusorias son complejas y continuadas. Por ejemplo, en *Infraestructuras ferroviarias*, la unión temporal cartelizada actuó entre el 1 de julio de 1999 y el 7 de octubre de 2014¹⁰⁶. El cártel de *Sobres de papel* manipuló las compras públicas de sobres para las elecciones desde los mismos albores de la democracia.

Entre los indicios de infracción única y continuada cabe citar los siguientes: (1) participación de un mismo operador en (prácticamente) todas las conductas, que puede ser el organizado o el máximo beneficiario del cártel¹⁰⁷ o una asociación de empresarios¹⁰⁸; (2) el objeto evidente del grupo de licitadores sea el reparto de mercados y la asignación de los contratos entre sus miembros¹⁰⁹; (3) estabilidad del reparto de mercados; por ejecutar, por ejemplo, el principio de respeto al cliente preestablecido¹¹⁰; (4) repetición de conductas y técnicas colusorias en varias licitaciones y participación reiterada de todos o de un número habitual miembros del cártel¹¹¹; (5) estabilidad del cártel y mantenimiento o

¹⁰⁵ RCNC, *Asfaltos de Cantabria*, p. 72 *in fine*.

¹⁰⁶ RCNMC de 30 de junio de 2016, Expte. S/0519/14, *Infraestructuras Ferroviarias*. La duración de este cártel se explicaría por la actitud del comprador público, que llegó a participar directamente en los acuerdos y manifestó que deseaba una unión temporal de cuatro empresas al 25%. PETITBÓ, AMADEO, «CNMC: una caja de sorpresas», artículo para *El Economista* 18 de noviembre de 2016.

¹⁰⁷ *Sobres de papel*, p. 240.

¹⁰⁸ *Sobres de papel*, p. 243 y 245, RCNC, de 26 de septiembre de 2013, S/314/10, *Puerto de Valencia*, p. 78

¹⁰⁹ *Asfaltos*, p. 64. *Gestión de residuos sanitarios* afirma que los supuestos de reparto de mercado son normalmente infracciones continuadas, compuestos por una serie de actos o conductas que conforman un plan general y en el que los operadores económicos implicados no tienen porque participar en todas y cada una de las acciones para ser responsables del acuerdo distorsionador de la competencia (p. 59).

¹¹⁰ Decisión de la Comisión de 21 de octubre de 1998 relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 85 del Tratado CE (IV/35.691/E-4: *Cartel en el mercado de los tubos preaislados*) [notificada con el número C(1998) 3117], RCNMC, de 3 de diciembre de 2015, Expte. S/0481/13, *Construcciones Modulares*, RCNMC, de 6 de septiembre de 2016, Expte S/DC/0544/14, *Mudanzas Internacionales*, RAVC, de 4 de febrero de 2016, Expte. 6/20113, *Comedores Escolares*.

¹¹¹ *Asfaltos*, p. 64.

incremento de las cuotas de mercado; (6) ejercicio del cártel sobre los mismos clientes públicos, territorios, licitaciones o lotes a lo largo del tiempo¹¹².

En *Residuos*, la CNMC realiza una interpretación extensiva de los requisitos necesarios para que las infracciones sean únicas y continuadas. A pesar de que las empresas denunciadas habían celebrado múltiples acuerdos bilaterales, la resolución consideró que el «*entramado de relaciones entre las empresas*» y el papel de los grandes grupos verticalmente integrados en su vertebración y en la implementación de los acuerdos singulares permitía entender que la suma de todos los pactos conformaba el acuerdo global, dotado de unidad de propósito¹¹³. La imprecisión de la resolución motivó una cadena de sentencias anulatorias. La Audiencia Nacional sostuvo que la definición de una infracción única es muy difícil cuando intervienen un elevado número de empresas en sectores muy diversos, sin aparente ligazón entre unas y otros. La falta de conexión impide deducir la existencia de una actuación conjunta o un plan de acción único¹¹⁴.

En cuanto a la duración de la infracción, algunas resoluciones sancionadores la han igualado a la del contrato público subsiguiente por considerarse que los efectos de la colusión se manifestaban durante toda la vigencia del mismo¹¹⁵. En otras, sin

¹¹² *Gestión de residuos sanitarios*, p. 59. Quizás los casos más logrados de infracción única y continuada fueron *Sobres de papel* y sobre todo, *Agencias de viaje* (RTDC, de 25 de octubre de 2000, Expte. 476/99). En este último, las circunstancias del concurso, la actitud del ente contratante y la agrupación de todos los posibles licitadores convirtieron al cártel en un monopolio de facto que copó el mercado de viajes del INSERSO en todas las licitaciones: «(...), *En definitiva, si el acceso de nuevos operadores sólo es posible en el momento del concurso, si las cuatro únicas empresas que se presentan (pertenecientes a cuatro grupos de los más importantes del sector) no compiten de hecho entre sí sino que pactan con anterioridad el reparto del total del concurso, si en éste se concede una preferencia sustancial al adjudicatario anterior y si, en el periodo entre concursos, las empresas ya implantadas tienen posibilidades, que materializan con frecuencia, de extender los servicios concedidos sin necesidad de concursar, resulta evidente que los pactos colusorios constituyen una barrera de entrada adicional. Al quedar los tres lotes del concurso de manera continuada en manos, de hecho, de la misma agrupación de empresas, aumenta la posibilidad de su monopolio, con el deterioro de la competencia antes mencionado. El mercado se reduce y los potenciales entrantes ven así mermadas sus oportunidades de acceso*» (pp. 58 y 59).

¹¹³ ABRIL FERNÁNDEZ, EDUARDO y otros, «Flexibilización del concepto de infracción única y continuada...», cit., pp. 59-61.

¹¹⁴ Entre ellas, SAN de 4 de junio de 2018, Rec. 151/2015, SAN de 10 de enero de 2018, SAN de 27 de febrero de 2018, Rec. 111/2015, Rec. 144/2015, SAN de 28 de 12 de 2017, Rec. 348/2015.

¹¹⁵ RCNC de 25 de octubre de 2012, Expte. SA/CAN/0012/2011 *Transporte Ayuntamiento Las Palmas*.

embargo, se ha estimado que se trataba de una infracción puntual producida en el momento de concurrir al concurso público en cuestión¹¹⁶.

1.6. Efectos sobre el mercado

Cualquier cártel entre licitadores tiene carácter anticompetitivo por sus efectos sobre el mercado. La actuación del cártel malogra el procedimiento, único momento en el que se suscita la competencia en la contratación pública. Y ello con independencia de que la colusión haya o no concluido con la adjudicación del contrato al candidato elegido por el grupo. En ambos casos es muy probable que la manipulación del cártel influya en la correcta selección del licitador, en el incremento del precio de adjudicación o en el empeoramiento del producto o servicio contratado.

A mayor abundamiento, el daño se ve agravado porque las consecuencias de la conducta colusoria abarcarán todo el período de vigencia del contrato. La prolongada duración del acuerdo puede incluso afectar a la estructura del mercado de oferta. La permanencia del cártel mejora la posición relativa de sus miembros en el mercado frente a sus rivales, produce beneficios reputacionales, incrementa su «*deep pocket*», facilita su acceso a nuevos clientes públicos o privados o la expulsión de algunas empresas competidoras, etc). Este efecto será tanto más importante cuanto más reducido sea el número de oferentes y mayor el poder de mercado de los participantes en la colusión¹¹⁷.

Cuando la colusión infecta las formas de participación colectiva en las licitaciones (UTE/AIE, complemento de capacidad y subcontratación), reduce injustificadamente el número de licitadores potenciales en el mercado y las posibilidades de competir del resto de licitadores¹¹⁸.

¹¹⁶ RACCO, de 10 de febrero de 2014, Expediente 38/2011, *Alumbrado Público de Canovelles*, RCDCA, de 5 de mayo de 2016, S/06/2016, *Alta Partners*.

¹¹⁷ RACCO, de 9 de febrero de 2016, Expte. 57/2014, *Fisiogestión*, p. 20.

¹¹⁸ «(...), una menor presión competitiva limita las bondades que cualquier sistema competitivo genera, es decir, el esfuerzo de los operadores económicos por mejorar y conseguir ventajas competitivas (fundamentadas en méritos empresariales) que permitan rivalizar en mejores condiciones con el resto de competidores del mercado, en este caso, el resto de licitadores», RACCO, de 9 de febrero de 2016, Expte. 57/2014, *Fisiogestión*, p. 38.

1.7. Alcance del perjuicio

Los males de la manipulación de licitaciones en la contratación pública son obvios. Están, en primer lugar, los habituales de cualquier cártel: precios más altos, menor producción, la calidad y la innovación se reducen, en detrimento de los consumidores y de la economía en general. Los acuerdos causan resultados perniciosos sobre la competencia efectiva en el mercado afectado, al disminuir y eliminar la incertidumbre de las empresas incoadas en relación a las ofertas que podían formular sus competidoras en el mercado afectado, con efectos sobre los precios¹¹⁹.

Pero el *bid rigging* tiene sus propios males adicionales: el gasto público aumenta y, en consecuencia, los impuestos también deben incrementarse o no reducirse, con el efecto negativo en el crecimiento económico que esto conlleva. Además, la confianza del público en la capacidad del gobierno central y las autoridades locales para prestar servicios se ve socavada, lo que puede distorsionar la propia legitimidad de las instituciones políticas y administrativas¹²⁰.

En *Sobres de papel*, una vez finalizado el cártel, las empresas participantes en el mismo y presentes en el mercado de venta de sobres destinados a procesos electorales, realizaron bajas del 21, del 35 y hasta del 40%, respecto del presupuesto máximo de licitación cuando durante la vida del cártel eran, con carácter general y conforme a lo pactado, siempre inferiores al 10%, y en algunos casos puramente testimonial, es entre el 1 y el 4%. Quedó así acreditado que las empresas cartelizadas obtenían claramente un beneficio ilícito, en paralelo al perjuicio ocasionado a las Administraciones convocantes, así como a los grandes clientes, tanto públicos como privados, cuyas licitaciones se repartían, al margen del incremento de los precios y la limitación del desarrollo técnico en el mercado de los sobres en España, lo que en definitiva ha supuesto un perjuicio al conjunto de los ciudadanos¹²¹.

¹¹⁹ RCNMC, de 13 de julio de 2017, Expte. S/DC/0561/15, *Gases Medicinales*, p. 20, RCNMC, de 9 de marzo de 2017, Expte. S/DC/0512/14 *Transporte Balear de Viajeros*, p. 113, *Construcciones Modulares*, p. 85.

¹²⁰ NAZZINI, RENATO, «Extempore Observations on Bid-Rigging in Public Procurement: Towards a Virtuous Circle of Detection, Punishment and Compliance», *SSRN*, 8 de mayo de 2018: <https://ssrn.com/abstract=3112577> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3112577>.

¹²¹ RCNC, *Sobres de papel*, p. 300.

Los efectos nocivos de los cárteles de fijación de precios y reparto de las licitaciones públicas no se limitan, con ser importantes, a la afectación al presupuesto público sino que contribuyen a falsear los precios del mercado, pues el artículo 101 LCSP exige a los órganos de contratación que se ajusten a los precios habituales en el mercado¹²². Además, la colusión ocasiona un perjuicio doble para los ciudadanos: como consumidores, al reducirse o eliminarse la competencia en el mercado¹²³, y como contribuyentes, al suponer un mayor coste de la licitación y, con ello, un mayor cargo presupuestario, está afectando nada menos que a todos los contribuyentes¹²⁴. Las conductas más importantes también afectan a la economía (local, autonómica o estatal), pues provocan pérdidas de eficiencia general¹²⁵.

II. TIPOLOGÍA

1. Por su relación con la contratación pública: colusión directa e indirecta

En su *Guía sobre Contratación y Competencia* (2010), la extinta CNC adoptó una sencilla categorización de la colusión en la contratación pública. Diferenció entre los tipos de colusión y las técnicas empleadas para ejecutar las prácticas restrictivas. Finalmente, citó a la subcontratación como forma de compensación entre los miembros del cártel.

Tabla I. Prácticas colusorias en la Guía sobre contratación y competencia (CNC)

TIPOS	TÉCNICAS	COMPENSACIÓN
<i>Price fixing</i>	Supresión de ofertas	Subcontratación
<i>Market sharing</i>	Rotación de licitaciones	
	Posturas encubiertas	

¹²² *Sobres de papel*, p. 301.

¹²³ La *Guía sobre la contratación pública y la competencia* cifra el sobrecoste medio causado por la colusión en más de un 20% del precio en ausencia de manipulación, *Guía*, p. 28.

¹²⁴ RCNMC de 26 de diciembre de 2013, Expte. S/0423/12, *Munters*, p. 16.

¹²⁵ RCNMC de 23 de febrero de 2017, Expte. S/0545/13, *Hormigones de Asturias*, p. 59.

El presente estudio desarrolla una clasificación diferente sobre la base de la doctrina fijada por autoridades de competencia (españolas y extranjeras). Diferencia dos categorías, varios tipos y técnicas en cada categoría y ciertos mecanismos de compensación, entre los que se incluyen las propias técnicas colusorias.

Tabla II. Tipos de prácticas colusorias. Colusión directa

CATEG.	TIPO	TÉCNICA	COMPENSAC (comunes a c. directa)
Colusión directa	Market sharing	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Descuentos ✓ Precios mínimos ✓ Misma fórmula para el cálculo del precio ✓ Oferta anormalmente baja ✓ Posturas encubiertas 	Técnicas colusorias Abono de cantidad económica Subvenciones cruzadas Retribución fuera de la contratación pública
		<ul style="list-style-type: none"> ✓ Distribución directa de mercados geográficos, clientes, licitaciones o lotes ✓ Rotación de licitaciones ✓ Supresión de ofertas ✓ UTE ✓ Subcontratación 	Otras

Tabla III. Tipos de prácticas colusorias. Colusión indirecta

CATEG.	TIPO	TÉCNICA	COMPENSAC.
Colusión indirecta	Colusión en mercados aguas arriba y aguas abajo Cadenas colusorias Cártel ordinario activado en la licitación pública Cártel extracontractual Cártel tipo SINTRABI	(En todos los tipos): Las propias de los cárteles	(En todos los tipos y técnicas): Las propias de los cárteles

En primer lugar, cabe distinguir entre colusión *directa* (o *propia*) e *indirecta* (o *impropia*). La primera es equivalente a la colusión en la contratación pública; la segunda contempla otras prácticas ajenas pero con incidencia en aquella.

La colusión directa presenta un tipo único, el reparto de mercados (geográficos, clientes, licitaciones o lotes), coincidente con el objetivo final de los licitadores a la hora de cartelizarse: distribuir entre sí, de forma pactada, a los clientes públicos. El acuerdo colusorio que asigna contratos a uno sólo de sus miembros (a) responde a una situación puntual; (b) es un cártel inestable; (c) o un abuso de posición de dominio.

Dentro del tipo único, existen dos tipos de técnicas: acuerdos de fijación de precios (*price fixing*) y acuerdos de reparto de mercados (*market sharing*). Ambos tienen sus respectivas (sub-)técnicas. En particular, el reparto de mercados admite una modalidad *estricta* (distribución o división pura de los lotes, licitaciones, clientes o territorios entre los licitadores) y *otras* acciones susceptibles de alcanzar el mismo resultado (rotación, boicot, unión de licitadores y subcontratación). La ejecución de los acuerdos de reparto se instrumenta muy habitualmente a través de las formas de participación colectiva en la contratación pública: uniones de empresarios [uniones temporales de empresas (UTEs), agrupaciones de interés económico (ATIs)], subcontratación y complemento de capacidad y solvencia.

Dos técnicas colusorias merecen un comentario particular: la rotación y la subcontratación. La rotación de ofertas - en mejor terminología, rotación de licitaciones - es una técnica-marco dirigida al reparto de mercados que opera en los períodos entre licitaciones. En cada procedimiento contractual, la colusión se ejercita a través de otros comportamientos (normalmente, ofertas de cobertura). La subcontratación es una técnica de cartelización que une a dos licitadores cartelizados (uno como adjudicatario y otro como subcontratista). Pero también un mecanismo de compensación interna a favor del segundo, quien no ha obtenido el contrato.

Las fórmulas de compensación tienen por objeto garantizar la estabilidad - y por tanto la existencia prolongada- del cártel. Dentro de las mismas cabe hablar de compensación *interna* a la licitación (técnicas colusorias) y *externa* (abonos, subvenciones cruzadas y retribuciones ajenas a los contratos públicos).

Por último, se analizará el *hub & spoke* y su presencia entre las prácticas anticompetitivas en la contratación pública.

Tabla IV. Técnicas colusorias

Técnicas Casos	Reparto	Price fixing (o. de cobertura)	Boicot	Subcontratación	UTE colusoria	Rotación de ofertas
Asfaltos						
Asfaltos de Cantabria						
Comedores escolares						
Construcciones modulares						
Ecoambiente						
Gare Consip						
Gare di servizi di bonifica						
Gestión de residuos sanitarios						
Hormigones de Asturias						
Infraestructuras ferroviarias						
Mudanzas internacionales						
Planta Enfriadora						
Postes de hormigón						
Puerto de Valencia						
Residuos						
Residuos sanitarios						
Rodamientos ferroviarios						
Sintrabi						
Sobres de papel						
Suministro de calderas						
Transporte balear de viajeros						
Tubos preaislados						
Unidades móviles						

En primer lugar los licitadores coaligados acudieron a: (a) la asignación de cuotas/contingentación (9 casos); (b) los acuerdos de fijación de precios, normalmente a través de ofertas de cobertura (15 casos); (c) la supresión de ofertas (11 casos); (d) la subcontratación (4 casos), (e) las UTEs colusorias (6 casos)¹²⁶; y (4) la rotación de ofertas (1 caso)

En segundo lugar, los licitadores acudieron tanto formas puras como mixtas de reparto (7 y 17 casos, respectivamente). De las formas puras, la contingentación aparece en 3 casos, los acuerdos sobre precios en 5. La combinación de técnicas colusorias presenta tres supuestos. El principal es el [price fixing + boicot] en 2 casos. A la suma de ambas conductas se suma la contingentación en 2 resoluciones, la subcontratación en 1 y la UTE colusoria también en 1 caso. Por último, la [contingentación + UTE] aparece en un solo expediente.

En tercer lugar, los datos obtenidos revelan que las técnicas colusorias fundamentales fueron el *market sharing* (*asignación de cuotas*) con 9 casos, el *price fixing* (ofertas de cobertura), con 15 y el boicot, con 11. Estas conductas concurrieron tanto solas como combinadas. No obstante, la segunda técnica semeja más versátil. La contingentación apareció siempre ligada a los acuerdos sobre precios, mientras que los acuerdos de precios admitieron más combinaciones.

Por último, un caso de colusión indirecta, *Postes de hormigón*, ejemplifica como un cártel de proveedores emplea la rotación de forma muy flexible para instrumentar los acuerdos de reparto del mercado. Una vez decididas las ofertas económicas de forma aleatoria, la asignación de cada una a los miembros del cártel se hacía en función de los resultados del sorteo de la Lotería Nacional en las fechas de convocatoria de las licitaciones¹²⁷.

¹²⁶ La constitución de UTEs o AIEs de carácter colusorio siempre implica un reparto de mercados entre los miembros de la entidad colectiva. En este epígrafe se han seleccionado un número muy limitado de casos, con carácter meramente ejemplificativo. Para un estudio de estas figuras, ver epígrafe 3 (colusión directa), subepígrafe 5.2.

¹²⁷ RCNMC, de 15 de enero de 2015, EXpte. S/0473/13, *Postes de Hormigón*, p. 26.

2. Por su finalidad: colusión táctica, estratégica, disruptiva y negativa

En primer lugar, el cártel de licitadores persigue en ocasiones que su ‘caballo ganador’ se adjudique la licitación y al precio más elevado posible. Ambos objetivos – expresivos del reparto/asignación de licitaciones y de la fijación de precios- forman el nervio de la colusión táctica o coyuntural. Esta variedad existe cuando el cártel opera de forma circunstancial o en un procedimiento de contratación único. Pero también cuando la autoridad de competencia examina la colusión en casos aislados y no verifica una revisión diacrónica de los comportamientos cartelarios.

En segundo lugar, si el cártel prolonga su actuación en el tiempo para colonizar la contratación pública en uno o varios territorios y/o para uno o más clientes, la colusión se torna estratégica o estructural. La primera pretensión del grupo colusorio consiste en expulsar del mercado a sus rivales y así monopolizar las adjudicaciones. Pero su objetivo último es el reparto de mercados entre sus miembros. Para lograrlo, es habitual que combine diversas técnicas colusorias en las sucesivas licitaciones. La colusión estructural exitosa favorece la estabilidad del cártel, al que sólo debe preocupar satisfacer a todos sus integrantes, evitar ser descubierto e impedir el acceso a nuevos rivales.

En tercer lugar, la meta del grupo puede llegar a ser más extrema: que el poder adjudicador prescinda de los procedimientos competitivos y los reemplace por mecanismos de compra no concurrenciales más favorables a los intereses del cártel. A este tipo de colusión cabe definirla como disruptiva o sustitutiva. El desencadenante suele ser la incomodidad del cártel con el carácter piramidal de los procedimientos contractuales típicos, que tienen como adjudicatario al operador que realizó la oferta económica más ventajosa (*winner-takes-all principle*). El cártel tratará de sustituir este esquema de ganador único y perdedores colectivos por otro en el que (1) se beneficien todos sus miembros, (2) lo que se traduce en el reparto de mercados o clientes entre ellos. (3) El mecanismo negocial alternativo a la contratación pública suele ser el convenio de colaboración. La búsqueda de un reparto colectivo frente a la competencia

hace que este tipo colusorio esté abierto a organizaciones corporativas, como las asociaciones empresariales¹²⁸.

Una técnica usual en la colusión disruptiva o sustitutiva es el boicot a las licitaciones. Persigue que los procedimientos queden vacantes y de este modo forzar al ente público a negociar con los licitadores coordinados tanto la forma de provisión como su precio¹²⁹. Pero el cártel disruptivo puede acudir cualquier otra técnica, siempre que los participantes presenten ofertas inviables (ej., anormalmente bajas) o inadmisibles (ej., superiores al presupuesto de licitación)¹³⁰.

Por último, la colusión es negativa cuando el objetivo real del cártel es evitar la adjudicación del contrato a sus rivales. El cártel puede actuar de dos formas. Si decide luchar por el contrato deberá mejorar la proposición presentada por el *outsider*; una forma de hacerlo es acudir a las ofertas temerarias o directamente predatorias. Si persigue evitar la celebración del contrato acudirá a la colusión disruptiva o a otros medios, como la impugnación del procedimiento o de la adjudicación.

3. Por su autoría: licitadores, contratistas, asociaciones y organizaciones representativas

Por regla general, la responsabilidad por actos colusorios en la contratación pública recae en los licitadores o contratistas integrados en el cártel. Sin embargo, no faltan casos en los que asociaciones empresariales y organizaciones de base corporativa son autores directos o facilitadores de la infracción¹³¹. Tales entidades son en ocasiones el caldo de cultivo de acuerdos colusorios, como pactos sobre precios y condiciones comerciales entre sus asociados, intercambios de información comercial sensible,

¹²⁸ Ver Autorité de la Concurrence, *Établissements de santé*.

¹²⁹ Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, RAGCM, de 25 de marzo de 2015, procedimiento 25382, 1744, *Gare RCA per trasporto pubblico locale*, apartados. 196-198; RAGCM, de 3 de agosto de 2007, procedimiento 26705, 17135 *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, apartados. 1-4, 104-106.

¹³⁰ Ver epígrafe 3, sub-epígrafe 3.3, de este capítulo.

¹³¹ Entre los casos más destacados en Derecho español están *Sobres de papel, Puerto de Valencia*, RCNMC, de 8 de enero de 2015, Expte, S/0429/2012, *Residuos*, p. 33 y RCNMC, de 3 de diciembre de 2015, Expte. S/0481/13, *Construcciones Modulares*, p. 67, *RTDC, de 6 de septiembre de 1996 (Expte 364/95), Ortopédicos de Castilla y León y RADCA S/17/2014, de 17 de diciembre de 2014 Asociación Provincial de Empresarios Transportistas y Agencias de Málaga (APETAM)*. En Derecho francés, Autorité de la Concurrence, *aux Établissements de santé*

recomendaciones colectivas¹³². Su objetivo fundamental, como se explicó en el subepígrafe precedente, es sustituir la regla del ganador único por el reparto entre sus asociados. Y sus acciones van desde la coordinación fáctica del cártel -organización, reuniones, intercambios de información, etc- (*Biotronik, Sobres de papel*), la emisión de decisiones o recomendaciones colectivas (*Établissements de santé*)¹³³, la coordinación para la presentación de propuestas normativas sobre contratación pública que producen efectos anticompetitivos¹³⁴ y otras¹³⁵.

Établissements de santé plantea como dos organizaciones francesas representativas de profesiones colegiadas (el Sindicato Nacional de Médicos Citopatológicos y la Orden Nacional de Médicos) emitieron recomendaciones colectivas a los profesionales para que no participasen en la licitación de un contrato para la realización de exámenes citopatológicos. La finalidad de la medida era evitar la celebración de concursos públicos que – adjudicados a la oferta económicamente más ventajosa- supondrían una reducción de los precios de los análisis más allá del límite legal (el máximo autorizado es el 5% del precio base). La recomendación iba acompañada de la amenaza de procedimientos disciplinarios para aquellos médicos que no la respeten.

¹³² LORCA MORALES, TERESA, «El intercambio de información en las asociaciones empresariales, hasta dónde es posible llegar sin incurrir en una infracción del derecho de la competencia», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Nº 18, Sección Artículos, Noviembre-Diciembre 2010, Wolters Kluwer (Formato LaLeyDigital).

¹³³ MARSHALL, ROBERT, MARX, LESLIE, *The Economics of Collusion*, The MIT Press, 2012, p. 134. En general, sobre las conductas anticompetitivas más usuales de las organizaciones empresariales, ver NAVARRO, EDURNE y RAMBAL, MARCOS, «La aplicación de las normas de defensa de la competencia a las Administraciones Públicas que no actúan como operadores económicos en el mercado», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Nº 31, Enero-Febrero 2013, pp. 23 ss., (formato LaLeyDigital.com).

¹³⁴ «Las propuestas normativas que se acuerden y se eleven a la administración pueden contener elementos restrictivos de la competencia injustificados y/o desproporcionados, restringiendo las posibilidades de acceso al mercado en beneficio de los establecidos o el cambio de suministrador. Sin embargo, en el sentido (...) no se puede considerar que la mera concordancia de voluntades para elevar propuestas normativas (...) tenga aptitud para restringir la competencia en tanto en cuanto la Administración no convierta la propuesta en una norma o de tales propuestas se derive algún otro tipo de actuación pública o privada», RCNC de 13 de mayo de 2011, expediente S/0159/09, UNESA y Asociados, F. J. 5º, p. 52, ARAUJO BOYD, MARCOS, «La coordinación para la presentación de propuestas normativas como conducta prohibida» *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Nº 32, Sección La tercera de GJ, Marzo-Abril 2013, Wolters Kluwer (formato LaLeyDigital.com).

¹³⁵ LÖWHAGEN, FREDRIK, «Las asociaciones de empresas en el Derecho de la Competencia español: conceptos básicos y régimen sancionador», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Nº 14, Sección Artículos, Wolters Kluwer (Formato LaLeyDigital).

La *Autorité de la Concorrence* sancionó a estas entidades como autoras de tres conductas anticompetitivas: (1) recomendaciones colectivas de boicot a las licitaciones; (2) instrucción de procedimientos disciplinarios contra profesionales concretos que no habían seguido la recomendación; (3) remisión a los hospitales de propuestas para sustituir los contratos públicos por convenios de colaboración. A pesar de que ambas organizaciones no reunían a la totalidad de los médicos especialistas, las conductas citadas produjeron efectos anticompetitivos respecto a los médicos (apertura de procedimientos disciplinarios) y a los hospitales (algunos atendieron las propuestas de sustitución).

4. Por su poder de mercado: cártel con fuerte poder de mercado

4.1. Capacidad expansiva del cártel de licitadores

Todo grupo de licitadores «mira hacia adentro» a la hora de crear un cártel. Su finalidad inicial es la de reemplazar los riesgos de la competencia por los beneficios ciertos de la cooperación mutua en la porción del mercado por la que pugnan (*supresión de la rivalidad interna*). El segundo reto es consolidar el *status quo*; evitar desviaciones y engaños que rompan la cohesión ‘familiar’. El cártel de licitadores no puede acudir a los tribunales para hacer cumplir el pacto ilegal. Esto concede a sus integrantes incentivos para burlar ventajosamente al grupo, mientras mantienen la apariencia de unidad¹³⁶. La búsqueda de estabilidad responde, pues, tanto al principio del beneficio como al principio del riesgo.

Tan solo con el frente interno asegurado, se hallará el cártel en condiciones de ‘mirar hacia fuera’ y ocuparse de los contrincantes del grupo. El objetivo será ahora ejercer su poder de mercado y expandirse hasta copar el mercado por entero. El grado de poder de mercado que generalmente se requiere para determinar que existe una práctica restrictiva es inferior al exigido para la posición dominante (en el caso de acuerdos anticompetitivos por sus efectos)¹³⁷.

¹³⁶ MARSHALL, ROBERT, MARX, LESLIE, SAMKHARADZE, LILY, *Dominant-Firm Conduct by Cartels*, Working paper, Center for the Study of Auctions, Procurements, and Competition Policy (CAPCP), 15 de febrero de 2011, p. 2.

¹³⁷ *Directrices sobre acuerdos que contienen restricciones horizontales*, cit. apartado 42.

. La esencia anticompetitiva del grupo colusorio lo conducirá a ser agresivo con sus rivales. Cuando alcance poder de mercado suficiente se convertirá en un cártel dominante (colusión estructural o *supresión de la rivalidad externa*). En ese momento, el peligro del cártel para la competencia se duplica: a la comisión de prácticas restrictivas (artículo 101 TFUE) se añade su capacidad para agredir a sus rivales por la vía del abuso exclusionario de su posición de dominio. Todo comportamiento colusorio en la contratación pública posee una naturaleza explotativa, en cuanto tiende a dañar al cliente por la vía de imponer precios superiores o una calidad inferior a la que resultaría de una licitación competitiva¹³⁸.

Para un sector doctrinal, la conducta dominante es un estadio natural del cártel¹³⁹. Éste opera como un «mecanismo de dos etapas» (*two-stage mechanism*). La primera es la propia del cartel: eliminar la rivalidad interna para lograr el resultado colusorio (restringir la producción). La segunda consiste en adoptar un comportamiento exclusionario como vía para asegurar la efectividad de sus esfuerzos. En esta segunda etapa, el grupo puede incurrir en cualquier tipo de práctica exclusionaria. Y no sólo frente a sus rivales. Después de analizar múltiples decisiones de la Comisión Europea, estos autores establecen seis categorías de prácticas cartelizadas exclusionarias: a) agresión directa a los competidores; b) agresión indirecta a los competidores mediante ataques directos a clientes (lo sean o no del cártel); c) agresión indirecta a los rivales mediante ataques directos a proveedores (lo sean o no del cártel); d) agresión a rivales potenciales; e) agresión a los productos sustitutivos; f) adquisición de los rivales¹⁴⁰.

La estabilidad es, pues, el paso previo y necesario para que el cártel de licitadores se conduzca agresivamente y ejerza conductas de dominio¹⁴¹. Como se avanzó más arriba, el propio sistema de contratación pública favorece la creación y consolidación de los cárteles. Factores tales como la regularidad y reiteración de los procedimientos

¹³⁸ Sobre el ‘daño directo al cliente’ como elemento definitorio de los abusos explotativos, ver AKMAN, PINAR, «The role of exploitation in abuse under Article 82 EC», *Cambridge yearbook of European legal studies*, Volume 11, Number 1, 2008, pp. 165-188.

¹³⁹ HEEB, RANDAL, KOVACIC, WILLIAM., MARSHALL, ROBERT, MARX, LESLIE, «Cartels as Two-stage Mechanisms: Implications for the Analysis of Dominant-Firm Conduct», *Chicago Journal of International Law*, 10, 2009, pp. 221-223.

¹⁴⁰ *Dominant-Firm Conduct*, cit., p. 2.

¹⁴¹ Destruir la conducta abusiva puede conducir a desestabilizar del cártel y, por lo tanto a debilitarlo o destruirlo, MARSHALL, ROBERT C., MARX, LESLIE M., SAMKHARADZE, LILY, *Dominant-Firm Conduct by Cartels*, <http://capcp.psu.edu/papers/2011/dominantfirm.pdf>, p. 3.

contractuales, su financiación pública garantizada y su transparencia, coadyuvan a este resultado.

El comportamiento agresor o dominante de un cártel de licitadores se manifiesta en comportamientos no incluidos en el concepto de manipulación de la oferta, aunque puedan estar ordenados a ella. Las conductas anticompetitivas dirigidas a lograr la adjudicación del contrato deben considerarse formas de *bid rigging* y perseguirse como tal. Y ello porque: (1) son actos intragrupo; (2) están incluidas en la definición de cártel contenida en la DA 4ª LDC; (3) su objetivo inmediato es la adjudicación del contrato. Por el contrario, los comportamientos anticompetitivos del cártel dirigidos contra sus competidores con el ánimo de disciplinarlos o expulsarlos del procedimiento contractual son agresivos y, en su caso, constitutivos de abuso de posición de dominio¹⁴².

Consecuencia de lo anterior es la diferente incidencia de la explotación abusiva de posición de dominio por el cártel sobre los colicitadores (*cártel exclusionario*) y sobre el cliente público (*cártel explotativo*). Respecto de los primeros, aunque el cártel no esté en condiciones de impedir directamente la participación y victoria de sus competidores en el procedimiento de contratación -pues no le corresponde fijar los precios, ni las condiciones del producto ni los requisitos para participar en la licitación- sí puede hacerlo de forma indirecta; por ejemplo, atacando a los colicitadores en otros mercados, presionando a clientes o a proveedores comunes.

En las sentencias sobre *Tubos preaislados* (*pre-insulated pipes*), se analiza como un cártel de licitadores dispone de múltiples mecanismos exclusionarios frente a un rival incómodo. La justicia comunitaria sancionó a cuatro empresas danesas y dos alemanas por haber llegado en 1994 a un acuerdo para establecer cuotas de mercado a nivel europeo en el mercado de tubos preaislados, utilizados principalmente para la

¹⁴² Las prácticas abusivas del cártel poseen toda la variedad que admite el artículo 102 TFUE. Las formas más extremas de evitar la participación de terceros en un procedimiento de contratación son la adquisición de los competidores «*buy –out*» (Decisión de 10 de diciembre de 2003, COMP/E-2/37.857, *Peróxidos Orgánicos*) y el *counterpurchasing agreement*, o compra de su producción o servicios, a través de acuerdos de provisión o subcontratación (Decisión de 17 de diciembre de 2002, COMP/37.671, *Reforzadores del sabor de los alimentos*). *Tubos preaislados* es un buen ejemplo de «*buy –out*». En la época de las investigaciones de la Comisión, fracasados los demás actos de abuso, el cartel intentó adquirir Powerpipe a fin de eliminarla como competidora en el mercado (Decisión, 106).

calefacción urbana¹⁴³. Una de las actuaciones del cartel consistió en la adopción de una estrategia destinada a «perjudicar» «entorpecer» y por último «eliminar» del mercado a la única empresa importante que no formaba parte de aquél, la sueca Powerpipe. La circunstancia que precipitó la «guerra total» contra ella fue la entrada de esta empresa en el mercado alemán¹⁴⁴. Por tanto, la actuación del cártel contra Powerpipe tuvo inicialmente por objeto impedirle que desarrollara sus actividades en la Unión Europea¹⁴⁵.

El grupo adoptó la acción concertada de contratar al Director General de Powerpipe y presionar a algún proveedor para que retrasase la entrega de insumos a esta empresa. Además acordaron presionarla para que retirase su oferta a un procedimiento de contratación. La deriva exclusionaria alcanzó su clímax cuando Powerpipe resultó adjudicataria de un contrato que el cártel entendía reservado para él. En tal momento, el cártel se reunió y dispuso una serie de medidas caracterizadas por atacar todos los flancos de Powerpipe pero en sectores ajenos a la contratación pública.

En efecto, el grupo dirigió sus baterías a otros mercados e intimidó a todos los operadores implicados en ellos: el rival, los proveedores y los clientes. Así, acordó: a) no suministrar ningún producto a clientes comunes del cártel y de Powerpipe (boicot); b) coaccionar a los subcontratistas de las empresas del cártel para que trabajen con Powerpipe; «*si lo hacen, no habrá más cooperación en el futuro*»; c) presionar a los

¹⁴³ Decisión de 21 de octubre de 1998 (IV/35.691/E-4, DOUE L/24, de 30 de de enro de 1999), STG de 20 de marzo de 2002, T-9/99, *HFB y otros/Comisión*, STG de 20 de marzo de 2002, T-15/99, *Brugg Rohrsysteme/Comisión*, STG de 20 de marzo de 2002, T-16/99, *Lögstör Rör/Comisión*, STG, de 20 de marzo de 2002, T-17/99, *KE KELIT/Comisión*, STG, de 20 de marzo de 2002, T-21/99, *Dansk Rorindustri/Comisión*, STG, de 20 de marzo de 2002, T-23/99, *LR AF 1998/Comisión*, STG de 20 de marzo de 2002, T-31/99, *ABB Asea Brown Boveri/Comisión*, ratificadas por la STJ de 28 de junio de 2005, acumulados C 189/02 P, C 202/02 P, C 205/02 P a C 208/02 P y C 213/02 P.

¹⁴⁴ Decisión *Tubos preaislados*, 107. El cartel desarrolló una estrategia abusiva contra Powerpipe desde 1991 a 1996 en los mercados danés, sueco y alemán. Las conductas sancionadas son: a) exigir a cualquier participante que haya presentado ofertas por un valor inferior al ofrecido por el licitador «favorito» que retire o revise su oferta; b) planear la contratación sistemática de empleados clave de Powerpipe a fin de dañar a la empresa y la imagen de marca percibida por los clientes; c) tratar de presionar a Powerpipe para que retire su oferta ganadora en proyectos que el cartel había asignado a uno de sus miembros; d) tratar de influir en los contratistas y compradores a fin de que descalificaran a Powerpipe después de que la empresa ganara un proyecto importante asignado por el cartel a tres de sus miembros; e) acordar un boicot colectivo de los contratistas y proveedores relacionados con el proyecto mencionado anteriormente; f) ponerse en contacto con los proveedores de Powerpipe para persuadirles de que pararan o retrasaran la entrega de los suministros esenciales para que la empresa pudiera cumplir sus contratos a tiempo y de forma adecuada (Decisión, 107 *in fine*, 147).

¹⁴⁵ BREIT, INGRID, «The 'Pre-insulated pipes' judgment: the European Court of Justice confirms the legality of the Commission's Guidelines on fines», *Competition Policy Newsletter*, nº 3, otoño 2005, pp. 78-79.

proveedores de Powerpipe para que no le suministren plástico; d) estudiar la denuncia de la adjudicación del contrato a su rival por estar insuficientemente cualificado.

Para definir la posición del cártel con amplio poder de mercado respecto del órgano de contratación debe partirse del grado de dominio que ostenta aquel sobre el mercado y de la capacidad del órgano de contratación para garantizar la competencia en el procedimiento. El Capítulo III de este estudio demuestra que el abuso de posición de dominio en la contratación dista mucho de ser una rareza. Ahora bien, cuando el procedimiento contractual es exitoso en términos de competencia, el cártel de licitadores no ejercita su poder sobre el mercado. El desapoderamiento del cártel dominante en las licitaciones públicas trae su causa de la posición privilegiada que la normativa de contratos públicos otorga al órgano de contratación. La entidad contratante no posee un mero «*poder negociador de la demanda*»¹⁴⁶, concepto propio de los operadores privados. Ostenta una posición legal de dominio sobre la licitación. Está dotado de una prerrogativa o privilegio legal para fijar unilateralmente y hacer cumplir los términos del contrato: objeto, precio, características del producto y condiciones de participación. En sentido estricto, el cártel carece del poder de influir en los precios de mercado, la producción, la innovación, la variedad o calidad de los bienes y servicios u otros parámetros de la competencia en la licitación. No es capaz de fijar el precio por encima del nivel competitivo ni mediante la reducción de su propia producción ni forzando a sus rivales a hacer lo propio¹⁴⁷. Por lo tanto, el cártel dominante no debiera disponer de la capacidad necesaria para actuar en una medida apreciable, independiente de los competidores, clientes y consumidores¹⁴⁸.

Ausente el poder de mercado frente al cliente público, la conducta explotativa del cártel dominante se explica en términos de práctica colusoria, no de abuso de posición de dominio y se sujeta al artículo 101 TFUE, no al artículo 102 TFUE. No obstante lo anterior, un cártel ostentará poder sobre la licitación en un contexto oligopolístico cuando se contratan bienes o servicios carentes de sustitutos o faltan suministradores

¹⁴⁶ Comunicación de la Comisión — *Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*, (2009/C 45/02), DOUE de 24 de febrero de 2009, C45/7-20, apartado 12.

¹⁴⁷ Elementos del poder de dominio tomados del documento de la Dirección General de Competencia de la Comisión (DGComp.) *Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Diciembre, 2005, apartado 24.

¹⁴⁸ SSTJ, de 14 de febrero de 1978, asunto 27/76, *United Brands Company y United Brands Continental v. Comisión*, apartado 65; y de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. v. Comisión*, apartado 38.

rivales del cártel. Es decir, cuando el órgano de contratación tenga muy escasa o nula capacidad para buscar rápidamente proveedores rivales o para promover nuevas entradas en el mercado¹⁴⁹. En aquellos sectores con elevadas barreras de entrada y pocos productos sustitutivos, proveedores y clientes tienen escaso *bargaining power* frente a los oligopolistas. Dicha capacidad de negociación se ve reducida al mínimo cuando el oligopolio abandona la rivalidad y opta por la colusión¹⁵⁰.

En ciertos casos, el poder del cártel sobre el mercado es tan abrumador que se considera ‘institucionalizado’. Así ocurre en las UTEs de licitadores ‘*atrapalotodo*’. En tales casos, las autoridades de competencia dudan si calificar la conducta como colusión o abuso de posición de dominio colectiva.

En *Agencias de Viaje*, las cuatro agencias de viaje más importantes a nivel nacional constituyeron una agrupación de interés económico (Mundosocial, A.I.E.) para la presentación de cuatro ofertas idénticas a los sucesivos procedimientos de contratación del servicio «Programas subvencionados de Turismo en temporada baja», subvencionados por el INSERSO. La obligación de efectuar ofertas a nivel nacional, el elevado número de destinatarios de los viajes y la complejidad del procedimiento contractual constituían barreras de entrada sólo superables por las cuatro agencias coaligadas. El ente contratante carecía, pues, de licitadores alternativos. El control del mercado ejercitado por la A.I.E motivó que el pliego de concreción de hechos calificase la conducta como abuso de posición de dominio colectivo. No obstante, el Pleno del TDC recalificó la conducta como cártel¹⁵¹. Un caso con similares características (constitución de una A.I.E por todos los operadores) es *Servizi aggiuntivi*. De igual forma que en *Agencias de Viaje*, la agrupación licitadora era la anterior adjudicataria. Por ello, en el momento de incurrir en las conductas ilícitas, poseía la posición (colectiva) de dominio sobre el mercado¹⁵².

Análoga eficacia presenta el *boicot* promovido por un cártel capaz de forzar al órgano a modificar en su beneficio los términos del procedimiento o a aumentar los precios de adjudicación. La ausencia de ofertantes alternativos pone a aquel ante la disyuntiva de aceptar las condiciones del grupo en el diseño del nuevo procedimiento o

¹⁴⁹ *Orientaciones sobre las prioridades de control del artículo 82*, apartado 18.

¹⁵⁰ MARSHALL, ROBERT, MARX, LESLIE, *The Economics of Collusion*, The MIT Press, 2012, p. 23.

¹⁵¹ RTDC, de 25 de octubre de 2000, Expte. 476/99, *Agencias de Viajes*, pp. 5-8, 73.

¹⁵² *Servizi aggiuntivi di Trasporto pubblico nel Comuni di Roma, cit.*, apartado 224.

de desistir del mismo. Este es el caso de ciertas *commodities* como la energía eléctrica, el gas o los combustibles fósiles, mercados oligopolísticos por excelencia¹⁵³. En TGSS, la Tesorería General de la Seguridad Social denunció serias dificultades para contratar el suministro eléctrico en el mercado libre, pues en los procedimientos convocados o bien no recibían ofertas o bien recibían un número insuficiente. Raramente concurrían las filiales comercializadoras de grupos verticalmente integrados en zonas distintas de aquéllas en las que se extienden las redes de la distribuidora del grupo. Dado que sus centros no podían beneficiarse de la tarifa de último recurso (TUR), la falta de ofertas beneficiaba al grupo cuya distribuidora operase en cada zona, que se encargaría por defecto del suministro por un precio superior (TUR + 20%). Esta situación había incrementado su gasto en suministro eléctrico en el periodo 2002-2009 un 80,2%¹⁵⁴.

La resolución decretó el archivo del expediente por la ausencia de pruebas directas del boicot y la existencia de explicaciones alternativas. La principal es que la inflexibilidad del sistema español de contratación pública entra en contradicción con el régimen normativo para la compra de energía eléctrica en el mercado libre. Al tratarse de un mercado liberalizado, las empresas eléctricas no tienen obligación de hacer ofertas. Son las partes quienes deben pactar libremente las condiciones del suministro tal y como puso de manifiesto la RCNC S/213/10 *Iberdrola SUR*¹⁵⁵. Es dicha falta de sintonía la que motivaría las conductas idénticas de los licitadores, que no responden a acuerdos sino a prácticas paralelas no concertadas. Se trata, pues, de un ejemplo de exención legal a la normativa *antitrust* prevista en el artículo 4.1 LDC.

La resolución estudiada apela a la aplicación preferente de la legislación eléctrica sobre la de contratación pública -que deja sin objeto a la normativa de defensa de la competencia- para justificar que la negativa común a licitar de hipotéticos competidores no sea constitutiva de boicot en un mercado de demanda tan reducido. No pudiendo hablar de colusión expresa, falta también el proceso de aprendizaje hacía el resultado idéntico, propio de la colusión tácita. Además de ampararla en el artículo 4.1 LDC, cabe calificar la conducta pasiva de las operadoras eléctricas como un caso excepcional de

¹⁵³ Propiedades a las que suelen unirse la necesidad intensiva de capital para iniciar las actividades, el *learning-by-doing* y la escasa presión de proveedores y clientes.

¹⁵⁴ RCNC, de 11 de mayo de 2012, Expte. S/328/11, TGSS, p. 23.

¹⁵⁵ RCNC, de 24 de febrero de 2012, Expte. S/0213/10, *Iberdrola SUR*.

convergencia o resultado no cooperativo (*non-cooperative outcome*) en procedimientos concurrenciales¹⁵⁶.

Como arriba se dijo, el uso y abuso de su posición en el mercado es en muchos casos consustancial al cártel de licitadores. Su planteamiento de precios altos y calidades reducidas redundaría en mayores beneficios que la competencia entre sus miembros. Pero sólo es exitoso si conduce a la obtención de contratos. Sin embargo, la propia dinámica del procedimiento de contratación animará a participar a rivales con mejores ofertas, que vencerán al cártel cada vez con mayor frecuencia. Esto puede motivar traiciones internas y desestabilizar al grupo hasta su disolución. Para evitarlo precisa impedir que aquellos participen o que sus proposiciones prosperen. Por ello, el ejercicio de la posición de dominio manifiesta también el fracaso de la práctica colusoria. La incapacidad para ‘ocupar’ todo el mercado provoca que deba acudir a otros medios para frenar a sus competidores.

4.2. Práctica restrictiva o abuso de posición de dominio colectivo.

Una conducta exclusionaria planeada y ejecutada de forma coordinada por un grupo dominante de licitadores es perseguible por la vía del artículo 101 TFUE (artículo 1 LDC) o por la del artículo 102 TFUE (artículo 2 LDC). En el primero de los supuestos citados, el foco de atención se centra la concertación de sus acciones para manipular los procedimientos contractuales (acuerdo sobre precios, reparto de mercado en sus diferentes formas, intercambio de información, etc.). En resumen, nos hallamos ante un acuerdo horizontal entre competidores o cártel.

Al decidirse por el abuso de posición de dominio se valora un elemento diferente: la concurrencia de poder de mercado en los licitadores. En tal caso caben dos posibilidades: que un miembro del grupo sea operador dominante o que todos ellos se hallen en una posición de dominio colectivo o conjunto. En el primer escenario, el ofertante con poder de mercado impondrá a los demás miembros del cártel un acuerdo horizontal para adular la licitación. La disyuntiva entre proceder por práctica

¹⁵⁶ ABRANTES-METZ, ROSA. y METZ, ALBERT, «How far can screens go in distinguishing Explicit from Tacit Collusion?. New evidence from the Libor Setting», *CPI Antitrust Chronicle*, marzo 2012 (1), pp. 6-7. Los autores sostienen que cuando la competencia se articula a través de ofertas selladas – como en la contratación pública – es admisible como colusión tácita que la convergencia entre los ofertantes se produzca paulatinamente, a través de un aprendizaje y seguimiento mutuo.

restrictiva o por abuso (artículos 101 o 102 TFUE) se resuelve normalmente por la jurisprudencia comunitaria a favor de la primera¹⁵⁷.

Cuando la posición de dominio aprovecha a todos los integrantes del grupo, las conductas abusivas les son imputables por igual y todos ellos serán enjuiciables por posición de dominio colectiva o conjunta (*joint dominance*). La doctrina apunta que el artículo 101 TFUE también puede ser aplicado a estas empresas porque su comportamiento es también constitutivo de un cártel y cabe investigarlo por la comisión de una práctica colusoria¹⁵⁸. El dominio conjunto puede provenir de acuerdos entre las partes. El caso más significativo son las uniones de licitadores, ya en forma de unión temporal de empresas ya como agrupaciones de interés económico. En ambos casos, al pacto de actuación conjunta se añade una organización y estructura unificadas. Las uniones pueden copar la totalidad del mercado (*Contrato Telefónico del Ayuntamiento de Bilbao, Agencias de Viajes*)¹⁵⁹ o un porcentaje muy mayoritario del mismo (en *Ambulancias conquenses*, la UTE colusoria disponía del 80,67% de las ambulancias autorizadas en la provincia de Cuenca)¹⁶⁰. También es posible que el acuerdo constituya una práctica colusoria y su ejecución sea abusiva.

Diferente es el caso de aquellos licitadores que incurren en comportamientos exclusionarios sin (existir prueba suficiente de) colusión. En tales supuestos cabe examinar la posibilidad de posición de dominio conjunta o colectiva. Así lo hace el TDC en *Pañales Arbora y Ausonia*. En los años 1988 y 1989, ambas empresas copaban los concursos de suministros hospitalarios de pañales, alcanzando una cuota común del 70% del mercado de bragas-pañales desechables para la protección sanitaria de niños (y más de un 80% en el suministro hospitalario). Ambas empresas presentaron claras ofertas predatorias, incluso a cero pesetas, lo que constituye una forma de abusar de la posición de dominio conjunta lesiva para los restantes competidores, que se han visto

¹⁵⁷ ROUSSEVA, EKATERINA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart publishing, 2010, p. 434.

¹⁵⁸ JONES, ALLISON, SUFRIN, BRENDA, *cit.* p. 295.

¹⁵⁹ RAVC, de 7 de septiembre de 2012, Expte 07/2011, *Contrato Telefónico del Ayuntamiento de Bilbao* (anulada por la STS de 23 de mayo de 2017, Rec. Casación 3813/2014, por quebrantamiento de las formas esenciales del proceso al no admitir la prueba pericial solicitada por Telefónica), RTDC, de 25 de octubre de 2000, Expte. 476/99, *Agencias de Viajes*.

¹⁶⁰ RTDC de 20 de septiembre de 2006, Expte. 595/2005, *Ambulancias Conquenses*. Esta resolución sancionó un cártel generado en el mercado privado de transporte de ambulancias (ratificada por las SAN de 29 de febrero 2008, Rec. 501/2006 y de 26 de mayo de 2016, Rec. 438/2013).

privados de concurrir a los concursos excepto que aceptasen operar con importantes pérdidas¹⁶¹.

5. Otros criterios clasificatorios

Por su objeto, la colusión en la contratación pública puede recaer sobre los precios (*price fixing*) o sobre otras variables (reparto de mercados, supresión, rotación, UTEs y subcontratación).

Por el momento en el que se materializa el pacto colusorio, la colusión tiene lugar antes del inicio de la licitación, durante el desarrollo del procedimiento de contratación o en la ejecución del contrato. La colusión previa se produce en todos los casos, salvo en la subcontratación, que se adscribe al tercer tipo.

Por la relación existente entre el total de licitadores y los miembros del cártel, se distingue entre cártel total o parcial. En el primero, todos los participantes en la licitación forman parte del cártel. En situaciones extremas, estos comprenden a la totalidad de los operadores del mercado. La colusión parcial significa que concurren o pueden concurrir a la licitación otros operadores económicos capacitados para emitir ofertas viables. El grado de agresividad del grupo colusorio está en función del número y la calidad de sus rivales (reales o posibles).

III. COLUSIÓN DIRECTA

El elemento unificador de todo cártel en el ámbito de la contratación pública es la necesaria «unidad de propósito» de los integrantes del grupo colusorio. Esta expresión debe ser entendida con total amplitud: como deseo / voluntad / determinación / intención / proyecto / objetivo / finalidad / aspiración / empeño / interés / ánimo / idea / plan comunes. En realidad, el acuerdo o coordinación de posiciones entre los licitadores tiene una objetivo táctico y otro estratégico.

¹⁶¹ RTDC, de 7 de enero de 1992, Expte 291/90, *Pañales Arbora* y *Ausonia*, pp.11-13.

Tácticamente, el propósito del cártel es el de predeterminar el resultado de la adjudicación en favor de un miembro previamente seleccionado por aquél (*bid rigging*) y al mayor precio posible (*price fixing*), igual si cabe al establecido en los pliegos como importe máximo de licitación o precio de reserva¹⁶². Estratégicamente, la finalidad de la mayoría de los cárteles será estabilizar su posición de ventaja en un mercado geográfico y de producto, respecto de todos o del mayor número posible de licitaciones y/o de clientes públicos presentes en él (*market sharing*). En ambas vertientes, el instrumento es la exclusión anticompetitiva de los posibles rivales (*foreclosure*). Partiendo de todo ello, las modalidades de colusión son muy abiertas, pues sólo encuentran dos límites: el procedimiento de contratación y las relaciones internas en el cártel.

La mayor o menor facilidad que el procedimiento de contratación conceda para actuar de forma anticompetitiva influye en la elección de la modalidad colusoria. Desde los supuestos más «sencillos» (contrato menor y procedimiento negociado) hasta el más complejo (procedimiento abierto); pasando por figuras que nominalmente protegen la competencia pero que restringen el número de participantes (acuerdo marco).

En función de las circunstancias del grupo, el cártel adoptará la forma de organización y funcionamiento que se adapte mejor a la idiosincrasia de sus integrantes, procure unas relaciones internas pacíficas y cooperativas y sea más eficaz para la consecución del resultado colusorio. En un primer momento, el grupo buscará mantenerse y ganar en los procedimientos contractuales. Con el tiempo, el cártel habrá engrasado tanto la maquinaria que empleará en cada procedimiento, en cada mercado o con cada cliente los mecanismos que estime más adecuados para maximizar el beneficio y asegurar una compensación equitativa entre sus miembros. La estabilidad es fundamental porque genera elasticidad, incrementa las posibilidades de éxito y pacífica a la demanda.

En las distintas jurisdicciones nacionales se repite un racimo de formulaciones que la OCDE sintetizó y popularizó como «formas comunes de *bid rigging*»¹⁶³. Tomadas de la teoría general de las infracciones anticompetitivas en procedimientos de compra

¹⁶² En dicha vertiente táctica cabe diferenciar entre un objetivo estructural o necesario del cártel (ganar el concurso o la subasta para uno de sus integrantes) y otro secundario (percibir el mayor precio posible del órgano de contratación). Al primero no puede renunciar si quiere lograr su fin; del segundo deberá prescindir en ocasiones, con el fin de asegurar el triunfo.

¹⁶³ *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement. Helping governments to obtain best value for money*. OCDE, 2009, p. 2.

concurrenciales, bajo este nombre se catalogan cuatro tipos: el acuerdo sobre precios (*price fixing*), en sus diferentes formas; la no participación en la licitación o la retirada de ofertas de un procedimiento en marcha, que incluye el boicot al mismo (*bid suppression*); la rotación de ofertas (*bid rotation*); y la asignación o reparto de mercados (*market sharing* o *market allocation*). Esta clasificación ha sido asumida por las autoridades nacionales de defensa de la competencia (en España, la recogen las *Guías sobre contratación pública y competencia* de la CNC, la Autoritat Catalana de Competencia y la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía).

En todos los casos citados el cártel dispone a cuál de sus integrantes postula para ser adjudicatario del contrato (en adelante, el ‘miembro elegido’), el papel que jugarán en la licitación los restantes miembros del grupo (los ‘miembros secundarios’) y los mecanismos internos de compensación en favor de estos últimos.

Antes de proceder al estudio singular de cada figura hay que advertir que las citadas no son ni mucho menos las únicas modalidades presentes en la contratación pública. También son habituales el reparto de clientes (*public buyer allocation*); el reparto de lotes (*lot allocation*); el intercambio de información (*information sharing*); la subcontratación y las agrupaciones temporales de licitadores (UTES y AIEs). Es también muy usual que el cártel utilice conjuntamente varias técnicas en el mismo o en sucesivos procedimientos. Por ejemplo, el candidato del cártel presenta una oferta con precio muy elevado y mejoras de calidad nulas o escasas. Los miembros secundarios plantean ofertas de cobertura o incluso retiran su oferta antes de la fase de adjudicación del contrato. En períodos más amplios se observan en algunos cárteles estrategias flexibles, con vistas a dificultar su descubrimiento y facilitar la compensación: procedimientos con ofertas de cobertura, seguidos de acuerdos para no participar en otros procesos, y más allá, la determinación del ganador y de los subcontratistas. En tercer lugar, la rotación de ofertas no es en sentido estricto una técnica colusoria (intraprocedimental) sino un mecanismo de reparto y compensación entre los cartelistas a lo largo de diferentes procedimientos.

1. Intercambios de información

1.1. Transparencia en la contratación pública

Para el ordenamiento comunitario la importancia de la transparencia excede con mucho de la contratación pública. Se trata de un objetivo general de la Unión Europea, dirigido a los poderes públicos, a los que impone el deber de tomar las decisiones de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos (artículos 1 y 10 TUE)¹⁶⁴ y que emana directamente de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios (arts. 49 y 56 TFUE); así como de la igualdad de trato y no discriminación, con los que comparte el carácter de principios de la contratación pública (artículo 18.1 Directiva 2014/24).

Desde la perspectiva del Derecho *antitrust*, la elevada transparencia de un mercado no es un sinónimo perfecto de competencia restringida. En abstracto ocurre lo contrario. La falta de transparencia y su correlato – las informaciones asimétricas entre los agentes- son consideradas como fallo del mercados que deben ser corregidos por los reguladores y las autoridades de competencia¹⁶⁵. La transparencia se halla en el centro de la política de competencia porque es uno de los factores a tener en cuenta a la hora de calificar a un mercado como alta o escasamente competitivo¹⁶⁶. La teoría de la competencia perfecta se sustenta en que la transparencia del mercado es total, la información circula libremente y es de fácil acceso para los muchos operadores económicos presentes tanto en el lado de la oferta como en el de la demanda. En mercados altamente competitivos, la elevada transparencia mejora la eficiencia de clientes y consumidores, a quienes proporciona información sobre las características de los productos, les permite comparar precios y reducir los costes de búsqueda. La consecuencia es la adquisición de productos mejores al menor precio¹⁶⁷.

Por el contrario, las características de los mercados en competencia imperfecta u oligopolísticos (escaso número de oferentes y demandantes, elevadas barreras de

¹⁶⁴ CRAIG, PAUL, *EU Administrative Law*, 2ª edición. Oxford University Press, 2012. Capítulo 13: “Transparency”, p. 359.

¹⁶⁵ DEISS, JOSEPH, GUGLER, PHILIPPE, *Politique économique et sociale*, De Boeck, 2012, p. 90.

¹⁶⁶ GUGLER, PHILIPPE, «Transparency and Competition Policy in an Imperfectly Competitive World», en FORSBAECK, JENS, y OXELHEIM, LARS, *The Oxford Handbook of Economic and Institutional Transparency*, Oxford University Press, 2015, p. 144.

¹⁶⁷ MØLLGARD, PETER y OVERGAARD, PER, «Market transparency and competition policy», *Rivista di Politica Economica*, nº 91, 2001, p.2.

entrada, productos homogéneos, transacciones previsibles y regulares) incentivan la colusión expresa o tácita¹⁶⁸. La transparencia en este tipo de mercados es un prerequisite para la permanencia y estabilidad de los cárteles, al facilitar los mecanismos de control y disciplina internos, que juega en contra de los consumidores. La contratación pública es un ejemplo de competencia imperfecta. El número de clientes y proveedores es limitado, rige el principio de secreto de las ofertas y el órgano de contratación controla la información del procedimiento¹⁶⁹. Por ello, la transparencia más allá de los límites legales y nacida de las comunicaciones entre los licitadores genera sospechas de colusión¹⁷⁰.

En el ámbito de la contratación pública cabe clasificar la transparencia por su fuente y por sus efectos. En virtud de su fuente, la transparencia presenta tres manifestaciones: legal (publicidad), procedimental (acceso al expediente y confidencialidad) y extraprocedimental (intercambio de información). Por sus efectos, este principio puede examinarse desde la perspectiva de la demanda o de la oferta. En el primer caso, el incremento de la transparencia se traduce en un mayor número de licitadores, por lo que es beneficioso para los intereses del adquirente¹⁷¹.

Conviene al cliente público un cierto nivel de transparencia en los mercados, a fin de definir correctamente el objeto del contrato y los términos del procedimiento de contratación, así como adquirir al menor precio (transparencia desde la demanda)¹⁷². Sin embargo, su restricción cara a los licitadores es un elemento axial para asegurar la competencia en el procedimiento y para la obtención del mayor *value for money* (transparencia desde la oferta). La competencia procedimental se basa en el secreto de las proposiciones técnica y económica. Como garantía del secreto, las normas de

¹⁶⁸ OCDE, *Price transparency*, DAF/CLP(2001) 22, 2001, p. 9.

¹⁶⁹ *Infraestructuras ferroviarias* (p. 41) señala que la presentación de ofertas idénticas supone la ruptura del principio esencial del secreto de las ofertas (que se presentan en «sobre cerrado») y sólo cabe explicarlas por los intercambios de información, los cuales no se hubiesen producido «en un entorno de normal competencia. En igual sentido, *Comedores escolares*, p. 75.

¹⁷⁰ JONES, ALLISON, SUFRIN, BRENDA, *cit.*, p. 811.

¹⁷¹ SCHULTZ, CHRISTIAN, *Transparency and Tacit Collusion in a Differentiated Markets*, abril, 2002, pp.2-3, KÜHN, KAI-UWE, VIVES, XAVIER, *Information Exchanges Among Firms and their Impact in Competition*, junio 1994, p. 92ss.

¹⁷² La información convierte a los clientes en más sensibles a la variación de precios de los productos. Circunstancia que puede conducir a los miembros del cártel a desviarse del acuerdo colusorio. MØLLGARD, PETER y OVERGAARD, PER, «Transparency and competition policy», en *The Pros and Cons of Information sharing*, Konkurrensverket (Autoridad de Competencia de Suecia), 2006, p. 110.

contratación pública disponen que las proposiciones deben presentarse en «sobre cerrado», que no podrá ser abierto hasta el acto público¹⁷³. La LCSP parte de que los licitadores no han tenido conocimiento de su contenido con anterioridad a la presentación de sus oferta.

1.1.1. Transparencia legal, procedimental y extraprocedimental

En el Derecho contractual español, ni el principio de publicidad ni el de confidencialidad son absolutos. Las reglas básicas a este respecto son cuatro. Primera, la adjudicación del contrato está sujeta a los principios de publicidad y transparencia encarnados tanto en la exigencia de dar a conocer las licitaciones convocadas a través de los medios especificados en la Ley, como principalmente, y por lo que aquí interesa, en la publicación de las adjudicaciones y en la notificación a los licitadores de los motivos que han llevado preferir una oferta sobre los restantes. Segunda, el conocimiento de las características de la oferta puede ser imprescindible para que los licitadores no adjudicatarios ejerzan su derecho a interponer recurso. Tercera, la confidencialidad sólo procede cuando el empresario, al formular su oferta, haya expresado qué extremos de ésta están afectos a la exigencia de confidencialidad¹⁷⁴. Finalmente, el órgano de contratación no está vinculado por esta declaración; antes al contrario, debe verificar el mantenimiento de un adecuado equilibrio de los derechos de los licitadores y resolver el conflicto de forma motivada¹⁷⁵.

La transparencia legal se concreta en otro principio esencial de la contratación pública: el principio de publicidad. La LCSP incorpora el régimen comunitario de publicidad de los contratos establecidos en las Directivas de 2014. Entre sus diversas expresiones, sobresale la obligación de publicar los datos esenciales del procedimiento de contratación en los diarios oficiales (artículos 133 y 134 LCSP), en el perfil del contratante (artículo 63 LCSP), en la Plataforma de Contratación del Sector Público (artículo 347 LCSP) y en plataformas autonómicas similares. También destaca la

¹⁷³ *Infraestructuras ferroviarias*, p. 4.

¹⁷⁴ RTACRC, 710/2014, de 26 de septiembre.

¹⁷⁵ JCCA, informe 46/2009, de 26 de febrero de 2010, «*Confidencialidad de la documentación aportada por los licitadores*».

degradación del procedimiento negociado sin publicidad (artículo 168 LCSP) y la delimitación de los contratos menores (artículo 118.3 LCSP)¹⁷⁶.

La transparencia procedimental se proyecta sobre los datos de los licitadores que figuran en el expediente; en particular, sus proposiciones económica y técnica y la documentación complementaria. Sobre ellos recaen dos derechos contrapuestos: el de su titular, consistente en asegurar el secreto o reserva y el de otros licitadores, o derecho de acceso al expediente. La normativa contractual impone al órgano de contratación el deber de conciliar ambos derechos, siempre a favor del derecho de transparencia. También le corresponde garantizar el secreto de los documentos confidenciales y deslindar cuáles tienen esa condición, en caso de indefinición o falta de indicación por parte de su titular¹⁷⁷.

El artículo 138 LCSP establece los márgenes del derecho de los licitadores a obtener datos de sus competidores en el procedimiento de contratación. El punto de partida es un moderado principio de confidencialidad: el órgano de contratación no podrá divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. El precepto delimita la confidencialidad tanto positiva como negativamente. En el plano positivo, el carácter de confidencial afecta siempre, pero no exclusivamente, *«a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores»* (artículo 133.1 LCSP).

La limitación del acceso a estos datos se fundamenta en que su comunicación indiscriminada supone un exceso de transparencia por cuanto: (a) permite a cada licitador monitorizar el comportamiento de sus competidores; (b) favorece la estabilidad de los cárteles de licitadores, pues disuade a los presuntos cartelistas de presentar ofertas contrarias al acuerdo por temor a ser objeto de represalias; y (c) posibilita la acumulación de datos para la constitución de un cártel futuro. Si la excesiva opacidad

¹⁷⁶ Las dudas sobre el artículo 118.3 LCSP son constantes desde la entrada en vigor de la ley. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado le ha dedicado tres informes (41/2017, 42/2017 y 5/2018).

¹⁷⁷ STJUE de 14 de febrero de 2008, C-450/06, *Varec*, apartado 43. Sobre ambos deberes, ver ESCRIHUELA MORALES, FRANCISCO JAVIER, *«Vista del expediente, confidencialidad y recurso especial en materia de contratación»*, Contratación Administrativa Práctica, Nº 138, , Julio 2015, Editorial Wolters Kluwer (en La Ley Digital).

favorece la corrupción, la excesiva transparencia procedimental allana el camino a la colusión¹⁷⁸. La protección de la confidencialidad por motivos competitivos adquiere mayor relevancia en las nuevas modalidades contractuales basadas en la generación de ideas y tecnologías (en particular, la contratación pre –comercial)¹⁷⁹.

En el plano negativo, el deber de confidencialidad del órgano de contratación debe ajustarse a los parámetros de estricto secreto de la documentación y no universalidad de la prohibición de acceso. En concreto, no se atribuye carácter confidencial a «*los documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles*»¹⁸⁰. Tampoco podrá extenderse esta propiedad «*a todo el contenido de la oferta del adjudicatario ni a todo el contenido de los informes y documentación que, en su caso, genere directa o indirectamente el órgano de contratación en el curso del procedimiento de licitación*» (artículo 133.1 LCSP).

La transparencia extraprocedimental o intercambio de información entre los (futuros) licitadores es objeto de estudio en un epígrafe posterior.

1.1.2. Transparencia con efectos procompetitivos

Los principios de igualdad de trato y no discriminación entre los licitadores imponen una obligación de transparencia al poder adjudicador, que debe garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la

¹⁷⁸ BERGEMANN, DIRK, HÖRNER, JOHANNES, «Should auctions be transparent?», *Cowless Foundation Discussion Paper*, núm. 1764T, agosto 2010. En su documento de 2001, *Price transparency*, la OCDE recogió los argumentos de un número variado de países acerca del necesario *trade-off* entre colusión y corrupción en materia de transparencia. Entre sus conclusiones, destaca el papel de la confianza en la honorabilidad de los entes públicos a la hora de inclinarse a favor de una mayor o menor transparencia. *Cit.*, p. 9.

¹⁷⁹ BERNAL BLAY, MIGUEL ÁNGEL, «Principios de adjudicación de los contratos de servicios de investigación y desarrollo previos a la comercialización (o compra pública pre –comercial)», En *Observatorio de la Contratación Pública, 2013*, Thomson Reuters –Aranzadi, 2014, Capítulo 5, pp. 257 ss.; MIÑO LÓPEZ, A., «La contratación precomercial en el Derecho de la Unión Europea. El reparto de riesgos y beneficios y la cuestión de las ayudas de Estado», *Revista de la Escuela Jacobea de Postgrado*, nº. 2, junio 2012, p. 73 ss., p. 83 ss.

¹⁸⁰ Por ello, el artículo 138 LCSP dispone que el deber de confidencialidad tampoco podrá impedir la divulgación pública de partes no confidenciales de los contratos celebrados, tales como, en su caso, la liquidación, los plazos finales de ejecución de la obra, las empresas con las que se ha contratado y subcontratado, y, en todo caso, las partes esenciales de la oferta y las modificaciones posteriores del contrato, respetando en todo caso lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación¹⁸¹.

Para la jurisprudencia comunitaria, la obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad «*consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación*»¹⁸². Así pues, un grado importante de transparencia se traduce necesariamente en la mayor publicidad del procedimiento de contratación y, por lo tanto, en el incremento del número de licitadores (mayor competencia por el mercado).

La transparencia con efectos procompetitivos materializa el principio homónimo y se plasma en dos consecuencias. Primera, el órgano de contratación pone a disposición de los interesados en participar en el procedimiento de contratación y de los ya licitadores la información suficiente para presentar una oferta viable y en su caso, para formular un recurso contra su exclusión o contra la resolución de adjudicación (transparencia y publicidad internas). Segunda, el ente contratante concede acceso «*erga omnes*» a los datos fundamentales sobre el procedimiento de contratación, su objeto, los sujetos implicados, el contrato y su ejecución. La finalidad de esta medida es luchar contra la corrupción en la contratación pública (transparencia y publicidad externas).

Con este punto de partida en mente, las manifestaciones del principio de transparencia en el procedimiento de contratación que tienen un efecto pro-competitivo son múltiples: la elección del procedimiento; los requisitos de publicidad para licitaciones y avisos de adjudicación; el uso de especificaciones técnicas y la aplicación de los criterios de calificación y adjudicación- pero pueden resumirse en una sola máxima: el derecho de los interesados (principalmente, los licitadores) a acceder a información segura, cierta, relevante, completa y actualizada sobre las distintas fases y elementos del procedimiento (publicación de la convocatoria, pliegos, ofertas, selección, exclusión, adjudicación, recurso y resolución de éste) a través de una

¹⁸¹ STJUE, de 13 de septiembre de 2007, C-260/2004, *Comisión v. República de Italia*, pág. 24 *in fine*.

¹⁸² STJUE de 7 de diciembre de 2000, C-324/98, *Teleaustria*, apartados 61-62, STJUE de 15 de octubre de 2009, C 196/08, *Acoset*, apartado 46. Un estudio sobre el concepto de transparencia en la jurisprudencia comunitaria sobre contratación pública se encuentra en BROWN, ADRIAN; «EU Primary Law Requirements In Practice: Advertising, Procedures And Remedies For Public Contracts Outside The Procurement Directives», *Public Procurement Law Review*, 2010, 19, nº 5, pp. 169-181.

pluralidad de medios (boletines oficiales, perfiles del contratante, plataformas de contratación)¹⁸³.

En el derecho español, la regulación de la transparencia se hace en leyes diferentes en función del momento en que se halle la contratación. Durante el desarrollo del procedimiento de contratación, la transparencia es dominio de la ley 9/2017, de contratos del sector público¹⁸⁴. La importancia que la LCSP otorga a la transparencia se ejemplifica en que la considera uno de los dos objetivos que inspiran la regulación contenida en ella (junto con la consecución de una mejor relación calidad-precio)¹⁸⁵. El artículo 132 LCSP recuerda que se trata de uno de los tres principios de la contratación pública (junto con los de igualdad y competencia). Entre sus manifestaciones particulares, se encuentra la supresión del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía; la amplia publicidad en el perfil del contratante (artículo 63 LCSP); la imposición a los órganos de contratación del deber de luchar contra el fraude, el favoritismo, la corrupción y los conflictos de intereses (artículo 64 LCSP); la regulación del acceso al expediente y el tratamiento de la confidencialidad (artículos 133 y 138 LCSP); la obligación de solicitar informe al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno antes de decidir la no publicación de determinados datos relativos a la publicación del contrato (artículo 154 LCSP)¹⁸⁶; la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación verificará que se apliquen con la máxima amplitud las obligaciones y buenas prácticas de transparencia, en particular las relativas a los conflictos de interés, y detectará las irregularidades que se produzcan en materia de contratación (artículo 332.6.e LCSP)¹⁸⁷.

¹⁸³ TREPTE, PETER, «Transparency and accountability as tools for promoting integrity and preventing corruption in procurement: possibilities and limitations», *OCDE*, GOV/PGC/ETH(2005)1, 7 de junio de 2005, p. 3.

¹⁸⁴ Gimeno Feliu apunta que la LCSP de 2017 realiza una «*decidida apuesta por la transparencia frente a la opacidad denunciada en nuestra práctica contractual*». Entre las innovaciones, destaca la mejora de la transparencia en un procedimiento tan caracterizado por la opacidad como el contrato menor. Se rebajan cuantías y se imponen ciertas reglas para evitar que sirva de cobertura en la práctica de fragmentación del objeto para eludir los controles. Se obliga a notificar la información de los contratos menores asociado a cada contratista, GIMENO FELIU, JOSÉ MARÍA, «La nueva Ley de Contratos del Sector Público: hacia un modelo de contratación pública transparente y estratégica», *Contratación Administrativa Práctica*, Nº 153, Enero-Febrero 2018, Wolters Kluwer (consultado en LaLeyDigital).

¹⁸⁵ LCSP, Preámbulo, II.

¹⁸⁶ El informe apreciará si el derecho de acceso a la información pública prevalece o no frente a los bienes que se pretenden salvaguardar con su no publicación.

¹⁸⁷ Un estudio conciso de la transparencia en la LCSP de 2017 se encuentra en CAMPOS ACUÑA, M^a CONCEPCIÓN, «10 Novedades sobre Transparencia e Integridad en la Ley 9/2017, de 8 de

La trascendencia de este principio está basado en su papel en la lucha contra la corrupción en la contratación pública. Un procedimiento transparente deja poco margen de discrecionalidad al órgano de contratación, por lo que reduce los estímulos para sobornar a sus integrantes o para incurrir en colusión¹⁸⁸. Los procedimientos publicitados y transparentes permiten el escrutinio de las decisiones de los funcionarios públicos y su rendición de cuentas. La transparencia responsabiliza a los licitadores, facilita la detección y el castigo de la malversación, aumenta la probabilidad de que los licitadores denuncien actividades corruptas, ayuda a los postores a evitar el dilema del prisionero en los casos en que no se sabe si otros oferentes están sobornando o no y, finalmente, facilita que los auditores públicos descubran las conductas ilegales¹⁸⁹.

Respecto de la fase de ejecución del contrato, la ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno impone en el artículo 8 la obligación de publicar todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento, la identidad del adjudicatario, y las modificaciones del contrato; las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos; datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente.

Toda la suma de datos de la que disponen el órgano de contratación y la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, la publicada en los diarios oficiales, en el perfil de contratante y la contemplada por la normativa de

noviembre, de Contratos del Sector Público», en *El Consultor de los Ayuntamientos*, N° 22, quincena del 30 de noviembre al 14 de diciembre de 2017, p. 2718ss, Wolters Kluwer (consultado en LaLeyDigital).

¹⁸⁸ La doctrina ha estudiado incesantemente el efecto reductor de la transparencia sobre la corrupción en la contratación pública. Por todos, BERTÓK, JÁNOS, «The Role of Transparency in Preventing Corruption in Public Procurement: Issues for Consideration», Capítulo 9, en *Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement*, OECD, Paris, 2005, pp. 85-92. BOVIS, CHRISTOPHER, «The Effects of the Principles of Transparency and Accountability on Public Procurement and Public –Private Partnership Regulation», *European Public Private Law Review*, 1/2009, pp. 7-25. Un breve estudio sobre los restantes objetivos de este principio en OSEI–AFOAKWA, KOFI, How relevant is the principle of transparency in public procurement?, *IISTE*, Volumen 4, núm. 6, 2014, pp. 140-146, www.iiste.org.

¹⁸⁹ OCDE, *Collusion and corruption in public procurement*, 2010, p. 27.

transparencia constituyen un *corpus* muy útil para las autoridades de competencia. El acceso a esta información no precisa solicitud o comunicación a los operadores investigados; su veracidad es indiscutible y su objetividad también, al tratarse de datos estadísticos. Por lo tanto, constituyen un punto de partida interesante bien para el *screening* bien para iniciar una investigación.

1.1.3. Transparencia con efectos anticompetitivos

A pesar de los factores positivos, la relación del principio de transparencia con el Derecho de la Competencia es mixta o ambivalente¹⁹⁰. Y lo es más en la contratación pública. Por un lado, la transparencia excesiva está en la misma base de la colusión explícita en este sector. Especialmente, la publicación inicial del presupuesto de licitación puede incentivar los comportamientos paralelos de los licitadores. Sin embargo, el paralelismo de comportamientos ha sido interpretado como un rasgo natural de la contratación pública, explicado por el carácter esencial del binomio [transparencia + publicidad] en este sector¹⁹¹. De ahí que la sentencia de casación en *Materiales radiactivos* observase:

«(...) el comportamiento de las empresas que facilitan los productos puede venir, en buena lógica, determinado por su conocimiento de los precios de los demás ya que, dado el régimen de publicidad de los concursos, son conocidas por todas y cada una de ellas las ofertas precedentes de las demás (tras la apertura de las plicas) para los mismos productos, siendo igualmente conocidos los precios de adjudicación de cada uno de los hospitales que requieren el suministro. Circunstancia a la que se añade el hecho, ya reseñado, de que todas conocen o pueden conocer sin dificultad los precios de cada uno de los concursos de todo el territorio nacional, obteniendo de este modo una referencia valiosa para fijar los que ellas mismas ofertaran»¹⁹².

¹⁹⁰ NILSSON, ARVID, *Transparency and competition*, Stockholm School of Economics, 1999, p. 3.

¹⁹¹ Entre las conductas perturbadoras de los mercados oligopolísticos, Pascual Pons incluye además a las denominadas «prácticas facilitadoras». Las empresas, evitan los riesgos y los costes de transacción necesarios para llegar a acuerdos anticompetitivos, acometen «acciones deliberadas para “facilitar” que el mercado llegue a un resultado supra-competitivo», PASCUAL PONS, CARLOS, «Las prácticas facilitadoras de Resultados Anticompetitivos (1)», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, N° 5, septiembre-octubre 2008, Wolters Kluwer (consultado en Laleydigital).

¹⁹² STS de 5 de octubre de 2009, F.J. 8°.

Así pues, la transparencia legal y procedimental pueden generar ataques a la competencia cuando los datos publicados o a los que tienen acceso los licitadores incluyen información sensible de sus competidores. Esta situación supone un incentivo para adoptar comportamientos paralelos no cooperativos y por tanto no sancionables (colusión tácita) o acordar/concertar sus ofertas de forma contraria al artículo 1 LDC (o 101 TFUE).

Todas las características de la contratación pública que acentúan el riesgo de colusión en este sector lo hacen precisamente porque incrementan la transparencia. Cuando los procedimientos de contratación son reiterados y previsibles, así como relativos a productos homogéneos y estandarizados, un inteligente aprovechamiento de la publicidad legal y de los datos que figuran en el expediente de contratación facilita la ‘licuefacción’ de la rivalidad entre posibles licitadores. La transparencia excesiva procedimiento tras procedimiento posibilita la colusión tácita entre los licitadores¹⁹³. O bien ayuda a la creación, estabilidad y permanencia del cártel de licitadores dado que puede hacer innecesario acudir a una estructura colusoria estable. Bastará en ocasiones con revitalizar el cártel cuando se publique la convocatoria o se notifiquen las invitaciones a participar en la siguiente licitación¹⁹⁴. Así pues, la transparencia sustituye, al menos en parte, a la «interacción repetida» entre los licitadores coaligados, como requisito para la pervivencia del cártel¹⁹⁵.

Los órganos de contratación deben ser el principal apoyo de las autoridades de competencia para dilucidar en cada caso si la transparencia es pro- o anti-competitiva. En su *Guía sobre la contratación pública y la competencia*, la extinta CNC propone una serie de medidas para conciliar transparencia y competencia: evitar que la información sobre licitaciones ya terminadas pudiera ser utilizada para coordinar las ofertas de empresas competidoras; las reuniones con las empresas antes del procedimiento de licitación deben realizarse de forma individual; la presentación de las ofertas debe llevarse a cabo mediante medios no presenciales, y su gestión administrativa de forma

¹⁹³ JENNY FRÉDÉRIC, «Competition and Anti –Corruption Considerations in Public Procurement», en *Fighting corruption and promoting integrity in public procurement*, OCDE, 2005, Capítulo 3, pp. 34 –35. El autor plantea como solución posible una asimetría en la información: que el conocimiento de los datos totales sobre las ofertas y su destino en el procedimiento se limite a los órganos internos de control del poder adjudicador.

¹⁹⁴ RCNMC, de 4 de diciembre de 2014, S/0453/2012 *Rodamientos ferroviarios*, p. 14.

¹⁹⁵ Sobre el concepto de «interacción repetida», ver MARSHALL, ROBERT, MARX, LESLIE, *The Economics of Collusion*, The MIT Press, 2012, p. 3.

codificada; si la licitación fuese suspendida o declarada desierta, el órgano de contratación debe variar el diseño de la licitación y evitar, en particular, que el nuevo diseño incorpore procedimientos menos competitivos; prestar especial atención a los riesgos de comunicación entre los oferentes, antes y durante el proceso de licitación, cuando existen vínculos contractuales o estructurales entre ellos¹⁹⁶.

Más arriba se ha apuntado que la lucha contra la corrupción ha sido un factor esencial para la extensión del principio de transparencia en la contratación pública. Pero también la colusión genera daños significativos para los contribuyentes. Una y otra deben abordarse de manera coordinada para maximizar el efecto disuasorio de las leyes. El grado deseado de transparencia en la contratación pública es uno de los ejemplos de estas decisiones políticas difíciles. ¿Deberían los gobiernos optar por un nivel máximo de transparencia para reducir los riesgos de corrupción?, ¿o deberían optar por un nivel mínimo de transparencia para limitar las oportunidades de los licitadores para participar en prácticas colusorias?¹⁹⁷. Estas preguntas sólo pueden ser respondidas *ad casum*. Las autoridades de competencia y los órganos de lucha contra la corrupción deben cooperar tanto a nivel nacional como internacional así como ambos con los entes contratantes, con el fin de contribuir a la solución a ambos problemas. Optar por un criterio de transparencia en función de uno u otro sólo contribuirá a agravar el que no haya sido tenido en cuenta.

1.2. Intercambios de información anticompetitivos

1.2.1. Requisitos

La transmisión recíproca de datos entre operadores económicos no es necesariamente una conducta anticompetitiva. De hecho, puede ser perfectamente inocua o incluso beneficiosa para la estructura competitiva del mercado¹⁹⁸. Así ocurre, por ejemplo, cuando el intercambio se refiere a experiencias métodos de contabilidad,

¹⁹⁶ Guía sobre la contratación pública y la competencia, pp. 33-34.

¹⁹⁷ OCDE, *Collusion and corruption*, cit. p. 34.

¹⁹⁸ JONES, ALLISON, SUFRIN, BRENDA, *cit*, p. 811.

control de existencias, teneduría de libros, diseño de contratos estándar, nuevas tecnologías o *'benchmarking'*¹⁹⁹.

Sin embargo, el intercambio de información entre competidores infringe las normas sobre competencia cuando ataca un principio fundamental del Derecho *antitrust*: que cada operador debe determinar autónomamente la política que pretende seguir en sus relaciones comerciales²⁰⁰. La exigencia de autonomía no excluye el derecho de los operadores de adaptarse con habilidad al comportamiento que han comprobado o que prevén seguirán sus competidores. Pero se opone «a toda toma de contacto directo o indirecto entre los mismos que tenga por objeto o por efecto abocar a condiciones de competencia que no correspondería a las condiciones normales del mercado de que se trate, teniendo en cuenta la naturaleza de los productos entregados o los servicios prestados, la importancia y el número de las empresas así como el volumen del mercado»²⁰¹.

La situación descrita se produce cuando los intercambios comprenden información sensible o estratégica sobre el comportamiento de los rivales y son (potencialmente) capaces de debilitar o suprimir el grado de incertidumbre sobre el funcionamiento del mercado de que se trata, con la consecuencia de que restringe la competencia entre las empresas²⁰². En tales casos, constituyen una evidencia de práctica concertada (en particular, si se refieren a los u ofertas económicas)²⁰³.

En la contratación pública, la ilicitud de los intercambios de información sensible no se limita a la infracción de la normativa de defensa de la competencia. También quiebra algunos de los principios esenciales de la contratación pública: no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores y objetividad e imparcialidad en la adjudicación²⁰⁴. En la práctica, las comunicaciones recíprocas entre los licitadores pueden dejar sin efecto el secreto de las ofertas (artículo 139.2 LCSP), medio axial para asegurar la competencia en el procedimiento y para la obtención del mayor *value for*

¹⁹⁹ WHISH, RICHARD, «Information agreements», en *The Pros and Cons of Information sharing*, Konkurrensverket (Autoridad de Competencia de Suecia), 2006, p. 19.

²⁰⁰ STJUE de 28 de mayo de 1998, C-7/95 P, *John Deere*, apartado 86.

²⁰¹ STJUE de 2 de octubre de 2003, C-194/99 P, *Thyssen Stahl*, apartado 83.

²⁰² STJUE de 19 de marzo de 2015, C-286/139, *Dole/Comisión*, apartado 121.

²⁰³ STJCE de 31 de marzo de 1993, C-89/85, *Pasta de madera*, apartados 130-132.

²⁰⁴ ARANZABE PABLOS, GUILLERMO, «Contratación administrativa y Administración local en la Autoridad Vasca de la Competencia. El caso Pinosolo», *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, Vol. 63, Nº. 1, 2015, pp. 140-141.

money. Como garantía del secreto, las normas de contratación pública disponen que las proposiciones deben presentarse en «sobre cerrado», que no podrá ser abierto hasta el acto público²⁰⁵.

Para determinar si los intercambios de información tienen carácter anticompetitivo han de analizarse si en la conducta concurren tres circunstancias: primera, que el intercambio produzca la disminución o eliminación del grado de incertidumbre sobre el comportamiento futuro del mercado²⁰⁶; segunda, determinar el grado de probabilidad de que un determinado intercambio influya en las decisiones comerciales de las partes²⁰⁷; y tercera, proceder al examen casuístico de dicha conducta, su contenido, finalidad objetiva y el contexto económico y jurídico en el que se produce²⁰⁸.

Partiendo de este contexto global, el epígrafe 2 de las Directrices horizontales estableció una metodología para evaluar los intercambios de información basada en el tipo de información intercambiada y en la estructura del mercado afectado²⁰⁹. Será anticompetitiva la transmisión de la información capaz de restringir la libertad de las empresas para determinar independientemente su comportamiento en el mercado y/o la verificada en mercados oligopolísticos o propensos a la cartelización²¹⁰. La doctrina ha efectuado una clasificación más desagregada, conforme a la cual los factores de los intercambios de información anticompetitivos son²¹¹:

1. El objeto del intercambio.
2. Las características del mercado afectado.
3. La cuota de mercado agregada de los participantes.

²⁰⁵ *Infraestructuras ferroviarias*, p. 4.

²⁰⁶ RTDC de 6 de julio de 1992, Expte. 312/1992, , *Almacenistas Vino Guipúzcoa*, apartado 5, RTDC de 18 de febrero de 1999, Expte 434/1998, *Prensa Segovia*

²⁰⁷ Directrices Restricciones Horizontales, apartado 28.

²⁰⁸ Directrices Restricciones Horizontales, apartado 28.

²⁰⁹ ESTEBAN DE QUESADA, CARMEN, *Las prácticas facilitadoras. Control de la colusión en los mercados oligopolísticos*, Tirant lo Blanc, 2013, p. 193.

²¹⁰ JONES, ALLISON, SUFRIN, BRENDA, cit., p. 812.

²¹¹ VALDÉS BURGUI, ÁNGEL y FAURA ENRÍQUEZ, PABLO, « Intercambios ilícitos de información entre competidores: límites y conexión con los cárteles y la clemencia», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Nº 32, Marzo-Abril 2013, (formato LaLeyDigital.com), ROQUES, CHRISTIAN, «L'échange d'informations en droit communautaire de la concurrence», *Degré d'incertitude et jeu répété*, *Concurrences*, Nº 3-2009, pp. 5-9, WHISH, RICHARD, «Information agreements», cit., LORCA MORALES, TERESA, «El intercambio de información en las asociaciones empresariales», cit.

4. El grado de participación en la conducta.
5. El nivel de individualización de los datos
6. Los medios por los que se realiza el intercambio.
7. La antigüedad de los datos intercambiados.
8. El nivel de detalle de la información.
9. El carácter público de los datos intercambiados.
10. La accesibilidad de terceros a los datos.

En primer lugar, es ilícita la transmisión recíproca de información estratégica. Esta es la «*que no se entregaría a un competidor si realmente compitieran entre sí, ya que constituye un elemento esencial de su estrategia competitiva*»²¹². Especialmente sensibles resultan los intercambios que afectan a precios, condiciones comerciales y/o volúmenes, que pueden llegar a configurar un cártel (Directrices, 59). Se incluyen, por lo tanto, las comunicaciones entre los licitadores de sus ofertas económicas y técnicas y, en general, todos los documentos que pudieren incidir en la decisión de adjudicación. En segundo lugar, existe más riesgo de ilicitud cuando los mercados son altamente concentrados, sencillos, estables y simétricos (Directrices, 77). Así ocurre en un gran número de mercados en los que la contratación pública es preeminente (niveles local, autonómico o específico de organismos y empresas públicas). En tercer lugar, los intercambios de información son más peligrosos cuanto mayor es el porcentaje de operadores que toman parte²¹³. En cuarto lugar, la participación en el intercambio puede ser activa o pasiva. En ambos casos, la responsabilidad del operador es idéntica, salvo que acredite su ‘autoexclusión’ del acuerdo o práctica de intercambio²¹⁴.

En quinto lugar, los datos estadísticos agregados tienen menos posibilidades de generar una conducta ilícita (Directrices, 89). La información suministrada al órgano de contratación es necesariamente desagregada y detallada, en los términos que establezcan los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas. En sexto lugar, los medios para realizar el intercambio pueden ser directos (entre los miembros del

²¹² *Residuos*, p. 122.

²¹³ RCNC, de 7 de febrero de 2011, Expte S/0155/09, *STAMPA*.

²¹⁴ RCNC, de 24 de junio de 2011, Expte. S/0185/09, *Bombas de Fluidos*.

cártel)²¹⁵ o indirectos (notario, tercero independiente, asociación profesional o empresarial, etc.). El papel de las asociaciones empresariales es muy relevante en cuanto cauce para la comunicación entre los licitadores, la formación del material documental, la transmisión de los datos y su uso como vehículo para otras prácticas colusorias.²¹⁶

En *Agencias de viaje*, la agrupación de interés económico, MUNDOSOCIAL, A.I.E., estaba integrada por cuatro operadores económicos que presentaron ofertas económicas idénticas a los procedimientos de adjudicación. Los cuatro miembros se intercambiaban información entre ellos sobre sus posiciones y las condiciones del concursos. El intercambio de información se suma a otras prácticas colusorias: integración en un unión de empresarios, imposición de precios idénticos y los pactos de no competencia con otros posibles licitadores. Todas ellas juntas hacen muy difícil que se presenten otros operadores con posibilidades de ganar el concurso²¹⁷.

En séptimo lugar, la comunicación de datos relativos a los licitadores o a su participación en licitaciones presentes o del pasado reciente presenta más indicios de ilicitud que el intercambio de datos históricos. El carácter 'histórico' de los datos depende de la duración de los contratos públicos y de su cercanía al procedimiento de contratación²¹⁸. De ser muy amplia, la comunicación relativa a un contrato inmediatamente anterior no está exenta de sospecha. Los datos futuros que tienen vocación de permanencia son muy probablemente colusorios, porque permiten prever la actuación inmediata de los operadores²¹⁹.

En octavo lugar, el riesgo es más elevado cuando las informaciones intercambiadas por los licitadores recogen datos concretos y detallados, o como dicen las Directrices, "individualizados", que ofrecen un reflejo exacto de un aspecto estratégico de la acción de sus competidores (por ejemplo, precios y características de la oferta). Por el contrario, el nivel de sospecha se reduce para los datos aportados 'en bruto', cuya utilización requiere de análisis y decantación por el destinatario.

²¹⁵ *Rodamientos ferroviarios*, p. 46, *Licitaciones de carreteras*, pp. 21, 86, *Sobres de papel*, p. 63.

²¹⁶ *Sobres de papel*, p. 245.

²¹⁷ *Agencias de viaje*, p. 65

²¹⁸ Ver *infra*, *Alumbrado público de Canivelles*.

²¹⁹ RCNC, de 19 de enero de 2012, Expte S/0280/10, *SUZUKI-HONDA*.

En noveno lugar, si la información intercambiada es pública, la infracción de la norma *antitrust* es menos probable. Las autoridades de competencia tienen un concepto de información pública muy restringido. La Comisión (Directrices, 92) exige no sólo que la información no sea confidencial sino que su obtención no deba implicar costes relevantes (debe ser menos costosa que la obtenida a través del intercambio entre competidores). Por último, el riesgo de ilicitud se reduce cuando los datos intercambiados son accesibles de forma asequible a terceros ajenos al procedimiento. Como ejemplo de información pública, de acceso sencillo y gratuito, destacan los datos relativos a los procedimientos de contratación (presentes y pasados), publicados en los perfiles de los contratantes. y en las plataformas de contratación.

Los intercambios de información destinados a implementar acuerdos o prácticas concertadas de fijación de precios o de reparto de mercados en los que concurren los rasgos citados son infracciones por objeto, tanto si son conductas autónomas como si forman parte de un acuerdo horizontal más amplio²²⁰. En este último caso, su evaluación como tal debe realizarse ‘en el interior’ del acuerdo²²¹. La necesidad de analizar el tipo de información transmitida y el mercado afectado no obsta a esta conclusión, cuando dicho análisis revela que el intercambio generó una transparencia artificial entre las partes apta para alterar su comportamiento competitivo²²².

1.2.2. Carácter instrumental, cártel o infracción auxiliar. Agencias de medios

A tenor del apartado 59 de las Directrices sobre restricciones horizontales, los intercambios de información pueden tener por objeto, en particular, la fijación de precios o de cantidades (en cuyo caso son cárteles) o facilitar la implementación de un cártel (se consideran parte de este). En ambos supuestos, los intercambios son instrumentales de otras prácticas colusorias²²³. Este carácter medial es la regla general,

²²⁰ STG de 15 de marzo de 2000, T-25, 26, 30-32, 34-39, 42-46, 48, 50-71, 87, 88, 103 y 104/95, *Cimentieros CBR c. Comisión*, apartado 1531.

²²¹ RCNC de 21 de enero de 2010, Expte S/0084/08, *Fabricantes de gel*, FJ 13.

²²² COSTAS COMESAÑA, JULIO, «*El concepto de restricciones...*», *cit.*, pp. 177 y 179 y FERNÁNDEZ, CANI, «Los intercambios de información», en MARTÍNEZ LAGE, SANTIAGO y PETITBÓ JUAN, AMADEO (Dir.), *Los acuerdos horizontales entre empresas*, Fundación Rafael del Pino, 2009, pp. 191 a 212.

²²³ En fecha 11 de octubre de 2018, la CNMC abrió un expediente contra siete grandes empresas muy importantes en el sector de la obra pública. En particular, se les achaca haber constituido de un grupo «estable y formal» que decidía semanalmente sobre la contratación conjunta de obras de construcción y rehabilitación de infraestructuras y edificios (Nota de prensa, <https://www.cnmc.es/node/371805>).

puesto que la formación de un cártel en la contratación pública presupone la ruptura del secreto de las ofertas. Y para ello es imprescindible la comunicación recíproca de información sobre las proposiciones económica y/o técnica entre los licitadores cartelizados. Los intercambios de información previos o coetáneos a otras conductas colusorias, instrumentales y necesarios para su implementación son prácticas facilitadoras concertadas o colectivas. Son en sí mismos acuerdos, por lo que se las puede enjuiciar bajo las normas prohibitivas de la colusión²²⁴.

Este papel facilitador de otras prácticas colusorias es tan significativo que la *Autorité de la Concurrence* ha estimado que dos empresas que se han comunicado datos sobre sus ofertas económicas no pueden presentarse separadamente al procedimiento de contratación, porque en tal caso sus ofertas no son independientes y la competencia habrá sido falseada²²⁵. Además, la acreditación del intercambio es prueba suficiente del acuerdo colusorio²²⁶.

El carácter instrumental no significa que el intercambio no pueda ser una infracción autónoma en forma de acuerdo, una práctica concertada o una decisión de una asociación de empresas. La D.A. 4ª LDC establece un concepto funcional de cártel, no definido por su forma sino por su finalidad. De acuerdo con este precepto, el intercambio de información constituirá un cártel si implica un acuerdo entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones²²⁷. En tales casos, el intercambio de información «*es en sí mismo una infracción tipificada como muy grave por la legislación vigente en materia de Defensa de la Competencia porque es «apto para producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia», con independencia de que dicha*

²²⁴ ESTEBAN DE QUESADA, CARMEN, «Prácticas facilitadoras unilaterales y competencia desleal», en *Estudios de Derecho Mercantil. Liber Amicorum Profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, 2013, pp. 784 y 785.

²²⁵ Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Décision n° 07-D-47, de 18 de diciembre de 2007, *relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'équipement pour la navigation aérienne*, apartado 243.

²²⁶ Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Decisión n° 09-D-34 du 18 novembre 2009 *relative à des marchés de travaux publics d'électricité et d'éclairage public en Corse*, apartado 97.

²²⁷ STS de 8 de junio de 2015, rec. de casación 3253/2014, F.J. 2º.

información sea o no utilizada para llevar acabo otras prácticas infractoras de dicha legislación»²²⁸.

La autoridad de competencia francesa ha prestado especial atención a los requisitos necesarios para que el intercambio sea considerado un acto anticompetitivo independiente (cártel). En varias resoluciones exige que la transmisión recíproca de información entre los licitadores (1) presupone que el acuerdo colusorio es anterior al plazo que el pliego de cláusulas administrativas específicas marca para la presentación de las proposiciones, dada la naturaleza secreta de las ofertas; (2) sea probable que reduzca la incertidumbre de los licitadores implicados en relación con el comportamiento de sus competidores; (3) y tenga un efecto sensible sobre la determinación de las ofertas por cada miembro del grupo²²⁹. Es decir, que los licitadores cartelizados no deciden sus proposiciones económicas de forma independiente sino en función de los datos ofrecidos por el cártel²³⁰. Por lo tanto, para que el intercambio de información conforme una práctica anticompetitiva autónoma no es necesario que las comunicaciones entre los licitadores determinen las características esenciales de sus ofertas individuales. Basta con que sirvan para identificar datos cualificados sobre ellos (la decisión de participar en el procedimiento, su nombre, importancia, solvencia económica y técnica, etc)²³¹. Esta conducta es punible incluso cuando una de estas empresas no ha presentado una oferta o el contrato se ha adjudicado a otra empresa ajena al cartel²³².

Cuando se reúnen las condiciones anteriores, la jurisprudencia francesa es clara y concluyente al considerar como peculiaridad propia de los contratos públicos que

²²⁸ *Postes de hormigón*, Voto particular, p. 101.

²²⁹ Esta incertidumbre es de hecho la única restricción que probablemente empujará a los competidores para hacer el máximo esfuerzo en términos de calidad y precio para obtener el contrato. Por el contrario, cualquier limitación de esta incertidumbre debilita la competencia entre proveedores y penaliza al comprador público, obligado a pagar un precio superior al que como resultado de una competencia no distorsionada. Ver *Marchés de travaux publics d'électricité et d'éclairage public en Corse*, apartados. 81 y 118, con cita de Decisiones No. 89-D-42, No. 01-D-17, No. 07-D-47,06-D-08). Ver también la *Décision 05 -D -19*, de 12 de mayo de 2005, relativa a las *pratiques mises en œuvre dans le cadre des marchés de construction des ouvrages d'art pour la réalisation de l'autoroute A84, dite "Route des Estuaires", dans le département de la Manche*, apartado 89.

²³⁰ Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, *Décision n° 11-D-07* de 24 de febrero de 2011, relativa a las *prácticas ejecutadas en el sector de los trabajos de pintura de infraestructuras metálicas*.

²³¹ *Décision n° 11-D-13*, cit., apartado 271.

²³² *Décision n° 05-D-19*, de 12 de mayo de 2005, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre des marchés de construction des ouvrages d'art pour la réalisation de l'autoroute A84, dite "Route des Estuaires", dans le département de la Manche*, apartado 107.

cualquier intercambio de información entre los posibles licitadores sobre la conducta que deben adoptar durante una licitación tiene por objeto y por efecto reducir o eliminar la incertidumbre en este mercado. Esta práctica concertada puede caracterizarse como un acuerdo en el sentido de los artículos L.420-1 del Código de Comercio francés y el artículo 101 TFUE sin necesidad de demostrar que el pacto entre los licitadores se refería a la ejecución de un plan en particular²³³.

En *Agencias de medios*, la CNMC sancionó a varios operadores que participaron en una licitación de un Acuerdo Marco, celebrada en mayo de 2014, para la materialización de las campañas de publicidad institucional de la Administración General del Estado y que fueron seleccionados para la participación en los contratos derivados. Dichas empresas intercambiaron entre sí información relevante no pública en ambas fases del procedimiento: acuerdo marco y contratos derivados. En muchos casos, la transferencia de datos afectaba a las ofertas económica y técnica que presentarían a los negocios derivados del acuerdo marco. Las comunicaciones tenían lugar antes de la fecha límite para la presentación de las proposiciones. Además de los intercambios, los licitadores coordinaron sus ofertas en lo relativo a los precios y descuentos, cobertura y planes estratégicos de comunicación, lo que en muchos casos conllevó la no participación de algunos de estos operadores en las licitaciones.

La resolución entendió que los intercambios de información tenían por objeto y efecto la materialización de un reparto y la alteración de las licitaciones. Por ello, los calificó como acuerdos restrictivos por objeto y constitutivos de un cártel²³⁴.

Pero la transmisión recíproca de información también puede facilitar la materialización de un cártel cuando permite a las empresas controlar si los participantes cumplen con las condiciones acordadas. Esos tipos de intercambios de información se evalúan como parte del cártel²³⁵. En este caso, el intercambio puede ser considerado como una práctica favorecedora de la colusión²³⁶. En la contratación pública, tienen esta

²³³ *Biotronik*, apartado 242. Este argumento es reproducido, casi literalmente, por la Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, RAGCM, de 25 de marzo de 2015, procedimiento 25382, 1744, *Gare RCA per trasporto pubblico locale*, apartado 201. Esta doctrina no es en realidad sino la traslación de lo establecido por las Directrices sobre la aplicación del artículo 101 TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal (*Hormigones de Asturias*, p. 53 y *Alumbrado público*, pp. 21-22).

²³⁴ *Agencias de medios*, F.D. 3º, I.B.c, p. 61.

²³⁵ *Directrices sobre acuerdos de coordinación horizontal*, apartado 59.

²³⁶ WHISH, RICHARD, *Competition Law*, Butterwords, 4ª edición, 2001, p. 469. El autor se pronuncia en términos generales sobre la incidencia de los intercambios de información a la hora de incrementar

naturaleza los acuerdos de coordinación previos a las convocatorias de licitaciones y el intercambio de información sobre sus ofertas de precios y condiciones de oferta específicas que tienen por objeto y permiten a los participantes en el cártel restringir la competencia por comparación al nivel que se habría alcanzado en ausencia de los acuerdos²³⁷.

En no pocos casos, el intercambio de información posee la doble naturaleza de cártel y actividad auxiliar. Por ejemplo, en *Hormigones de Asturias*, «Se comprueba que los intercambios de información entre los participantes han formado parte también del *modus operandi* de las empresas hormigoneras en el marco del acuerdo, tanto con carácter previo al reparto, poniendo en común las obras disponibles y las solicitudes de presupuestos recibidas, como a posteriori, de cara a controlar si los participantes cumplen las condiciones acordadas, mediante la comunicación de las ofertas realizadas y de las cantidades producidas para cada una de las obras asignadas, y de cara a efectuar las compensaciones correspondientes. A pesar de esta detallada contabilidad y seguimiento, para alcanzar los porcentajes asignados era preciso efectuar ajustes posteriores»²³⁸.

1.2.3. Intercambio de información con no licitadores

El cártel que no incluye a todos los licitadores en un procedimiento de contratación concreto o a todos los participantes en el mercado carece de garantías de éxito. Este dependerá del número y de la calidad de las restantes ofertas. El acierto de su táctica/estrategia colusoria exige pues la aquiescencia activa o pasiva de los licitadores no cartelizados o su exclusión de los procedimientos contractuales. La primera opción presupone que el cártel debe alcanzar pactos de no competencia con sus rivales. Tales acuerdos exigirán de los ‘outsiders’ la inactividad (no presentación de ofertas) o la acción favorable al cártel (ofertas irregulares o inadmisibles). La segunda manifiesta el

la transparencia en el mercado y facilitar los comportamientos paralelos. En el caso de que el paralelismo no sea tácito sino derivado de una práctica concertada, el intercambio se inscribe en la dinámica de la colusión expresa.

²³⁷ *Construcciones modulares*, p. 85.

²³⁸ *Hormigones de Asturias*, p. 103. En idéntico sentido, *Asfaltos de Cantabria*, pp. 36 y 39. Sobre la importancia de los intercambios de información y de las reuniones entre competidores antes, durante y después del procedimiento de contratación, ver Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Decisión de 19 de diciembre de 2007, relativa a las *prácticas cometidas por las sociedades Biotronik, Ela Medical, Guidant, Medtronic y Saint Jude Medical en el marco del suministro de desfibriladores cardíacos implantables a hospitales*, apartado 180 ss.

éxito del cártel tanto a nivel interno (organización y pervivencia) como externo y se traduce en la disuasión de rivales presentes y futuros a competir con el cártel en los procedimientos de contratación (*entry deterrence*)²³⁹.

Un paso previo a la colaboración de otros licitadores con el cártel es la transmisión recíproca de información entre ellos. El cártel necesitará conocer si los terceros tienen la intención de participar y la entidad de sus ofertas. Los terceros habrán de valorar si su interés se satisface con la propuesta hecha por el cártel.

En *Gare RCA per trasporto pubblico locale*, en virtud del intercambio de información entre el cártel y las empresas terceras, estas últimas incurrieron en la misma práctica concertada que el cártel (boicot al procedimiento), pues decidieron no participar en la licitación en connivencia con el cártel. Por el contrario, en *Agencias de Viaje*, los eventuales competidores del cártel se abstuvieron de participar en las licitaciones, a cambio de beneficiarse de los contratos de comercialización de los viajes del Inerser. Alcanzado el pacto, los miembros de Mundosocial. A.I.E procedieron al reparto de las licitaciones y a las adjudicaciones por precios idénticos a los presupuestos de licitación.

La resolución concluye señalando:²⁴⁰

«Las conductas arriba señaladas, consistentes en la no participación de Generali, Fondiaria y Unipol en los procedimientos de contratación y en la sucesiva ejecución del servicio de las empresas de TPL en cuestión en ausencia de cualquier confrontación concurrencial, configuran una coordinación que tenía por objeto la no participación de ninguna empresa en una licitación, en este caso con la conciencia de que las otras empresas no perturbarán (disturbare) ese mecanismo, al no intervenir en los procedimientos de las empresas no clientes (del cártel)».

Y más explícitamente, el TDC en *Agencias de Viaje*²⁴¹:

« (...) firmaron también con anterioridad al Concurso varios contratos con las empresas citadas anteriormente, en los que se pacta y acuerda una

²³⁹ La acción disuasoria de un cártel en la contratación de asfalto, ver CLARK, ROBERT, COVIELLO, DECIO y GAUTHIER, JEAN-FRANÇOIS, «Bid rigging and entry deterrence into collusion and corruption in Quebec», *Queen's Economics Department Working Paper* n° 1401.

²⁴⁰ Gare RCA, apartado 177.

²⁴¹ *Agencias de Viaje*, p. 64.

cláusula por la que la agencia se obliga a no competir con Mundosocial A.I.E., directa o indirectamente, comprometiéndose a no presentarse al Concurso ni a colaborar con ninguna otra candidatura de otra empresa. Estos pactos, firmados con importantes empresas del sector, alguna con un volumen de facturación parecido al de cada una de las partícipes de Mundosocial A.I.E. y otras con importancia relativa en distintos ámbitos que hubiesen podido presentarse al concurso aliados con otras de menor importancia que las imputadas (alguna lo hizo así en concursos anteriores) fueron una pieza clave para que los cuatro partícipes de Mundosocial A.I.E., a los que ya se les habían adjudicado los concursos en años anteriores, pudieran asegurarse el cierre del mercado y la práctica seguridad de que no iban a tener competidores en el acceso al concurso. Con ello, se posibilitaba la presentación de ofertas idénticas entre ellos por el precio máximo sin apenas riesgo de perder el Concurso por la presentación de ofertas mejores alternativas».

En casos como los descritos, los terceros no forman parte del cártel pero sí son autores de las prácticas colusorias en las que hubiesen incurrido para favorecer a aquel.

1.2.4. Incidencia del procedimiento de contratación

Los intercambios de información tienen lugar en el marco de un procedimiento administrativo cuyas peculiaridades y, en particular, su transparencia, asignan ciertas características a las transmisiones recíprocas de datos entre los licitadores. El procedimiento enmarca la información a suministrar (p.ej. especificaciones técnicas, precio de adjudicación). Los documentos contractuales aclaran que información merece la pena intercambiarse y cuál es intrascendente para el órgano de contratación.

Las normas contractuales públicas favorecen que la relación entre los licitadores sea calificada como colusión tácita, porque permiten disfrazar como casual la conexión coordinada entre las ofertas. En particular, si todas o la mayor parte de las proposiciones igualan o se acercan poderosamente al tipo o coinciden en sus características técnicas, bastaría al cártel con designar al licitador, sin necesidad de coordinar los demás parámetros de la colusión. Se entenderá que todas las ofertas excepto la del designado coincidirán (por ejemplo, serán iguales al precio de adjudicación).

El procedimiento de contratación facilita que el grupo asigne a uno de sus miembros o a un tercero la labor de coordinación del cártel y la transferencia de información. También reduce los obstáculos para la estructuración de los intercambios. Si las licitaciones son regulares, habituales y semejantes entre sí, puede que baste al grupo con intercambiar información una sola vez, y fijar en un único acto las variaciones de los siguientes procedimientos contractuales. Existe un doble peligro para esta estrategia del grupo: la traición por algún miembro y la entrada de nuevos licitadores, atraídos por los resultados de las licitaciones precedentes.

El riesgo de que el intercambio de información estratégica entre los licitadores sea constitutivo de un cártel es ínsito a todo procedimiento de contratación; pero se acentúa en el caso del acuerdo marco. La CNMC explicó, en *Agencias de medios*, que la existencia de un Acuerdo Marco determina las empresas que pueden competir por las licitaciones derivadas, los precios máximos que pueden ofertar y el contenido mínimo de sus ofertas técnicas²⁴². La limitación de los oferentes y la transparencia en cuanto a su identidad, genera una barrera absoluta a la entrada de otras empresas. Al no estar sometidas a la presión competitiva de terceros operadores, la competencia entre las adjudicatarias se ve condicionada²⁴³. Además, todas las adjudicatarias del Acuerdo Marco conocen los precios máximos que cada una ofertará en cada licitación derivada – al ser los que presentados en el Acuerdo Marco- y de las fórmulas de valoración de las distintas ofertas. Ambas circunstancias contribuyen de una manera especial a la eficacia de las conductas distorsionadoras la competencia²⁴⁴.

1.2.5. Intercambios de información entre empresas vinculadas. Alumbrado público de Canovelles

En el año 2011, el Ayuntamiento de Canovelles convocó una licitación para adjudicar un contrato del servicio de mantenimiento y conservación integral de diversas

²⁴² *Agencias de medios*, F.D. 3º, 1.A.a, p. 44.

²⁴³ *Agencias de medios*, F.D. 3º, 1.A.c., p. 56.: ««(...)», el contexto de transparencia, la limitación del número de posibles oferentes en los contratos derivados del acuerdo marco y el contenido de los intercambios de información acreditados (relativos a las ofertas económicas y técnicas que las adjudicatarias presentarían a las licitaciones en curso y otros aspectos citados) tienden a la materialización de un reparto y alteración de las pujas y deben por tanto ser calificados como un acuerdo restrictivo constitutivo de cártel».

²⁴⁴ *Agencias de medios*, F.D. 3º, 1.A.a, p. 44.

instalaciones de alumbrado del término municipal²⁴⁵. Un licitador presentó una denuncia ante la Autoridad catalana de Competencia contra otros dos participantes (SECE y CITELUM) y una tercera no licitadora (ECB). Argumentó que las denunciadas deberían ser excluidas de la licitación por haber infringido las normas que prohíben la presentación de ofertas por parte de empresas vinculadas, con valoraciones claramente anormales, desproporcionadas y coordinadas. La resolución examinó dos extremos concurrentes en el caso: la posible influencia de las relaciones entre las sociedades en su participación en el procedimiento y el carácter anticompetitivo de los intercambios de información entre las mismas.

En relación con el primer extremo, SECE y CITELUM eran propietarias al 50 % del capital social de ECB. ECB disponía de un gerente único e independiente de las otras dos empresas, y SECE y CITELUM, el mismo número de consejeros en ECB. El TCDC del ACCO estimó que las tres sociedades denunciadas concurren como operadores de mercado independientes a la licitación. No obstante, añadió que la existencia de vínculos estructurales entre las empresas participantes en el mercado es uno de los elementos que puede facilitar su coordinación y la adopción de un mismo comportamiento.

Respecto de los intercambios de información, quedó acreditado que, al menos desde el año 2009, SECE y ECB compartían una misma tabla «de precios históricos», según la denominación de la propuesta de resolución. Las dos empresas reconocieron que SECE proporcionó esta tabla a ECB como herramienta para una mejor gestión de la empresa. También resultó acreditado que ambas actualizaron dicha tabla con el fin de obtener la tabla resumen de precios base justificativos que formaba parte de las respectivas ofertas económicas presentadas a la licitación.

El Tribunal concluyó que SECE y ECB compartieron información relativa a costes unitarios necesaria para presentar la oferta económica global, correspondiente al primer criterio de puntuación. Tales intercambios reunían todos los requisitos para ser anticompetitivos. En primer lugar, era información sumamente estratégica para una empresa: los costes unitarios a partir de los cuales se calculaba la oferta económica y que reflejaban la estructura de costes interna de la empresa, que incluía, entre otros, los costes laborales, los vehículos, los locales y el material. La coincidencia de las

²⁴⁵ RACCO, expediente nº 38/2011, *cit.*

magnitudes que aparecían en este cuadro sólo sería posible si las dos empresas tuvieran una estructura de costes idéntica, hipótesis inverosímil. En segundo lugar, ambas empresas compartían los datos de costes unitarios referidos al año 2009. Si tenemos en cuenta que la licitación se convocó en julio de 2010, la información compartida era manifiestamente reciente. En tercer lugar, se trataba de una información muy específica referida al coste unitario que, según SECE, correspondía a cada tipo de lámpara. En cuarto lugar, la información tenía carácter estrictamente privado pues contenía datos que habitualmente entrarían en lo que se denomina secretos de negocio. En ningún caso se trataba de precios de referencia de acceso público, sino de costes unitarios de la empresa, como los costes salariales, vehículos, material y otros.

La autoridad catalana de competencia estimó que el suministro por SECE a ECB de los datos relativos a los costes unitarios necesarios para calcular la oferta económica constituyó una práctica concertada *ex art.* 1.1 de la LDC, dado que tuvo por sí misma capacidad para reducir la independencia de los operadores en el mercado y sus objetivos para competir. Por este motivo, supuso una infracción por objeto. Añadió que en un proceso de licitación abierto en que los participantes compiten por el mercado, no hay ningún motivo que pueda justificar una toma de contacto entre ellos en relación con los parámetros de la licitación, ya sea por un acuerdo, intercambio de información o cualquier otra finalidad. Si el mero acceso o la mera tenencia de información comercial sensible aportada o comunicada por un competidor puede dar lugar a situaciones anticompetitivas, con más razón puede resultar anticompetitivo el uso de esta información, sobre todo cuando este uso se produce en un mismo proceso de licitación pública.

En realidad, la resolución estudiada acogió punto por punto todos los parámetros establecidos por las Directrices sobre restricciones horizontales para decidir si los intercambios de información son anticompetitivos (información sensible, desagregada...). Sin embargo, se apartó en dos extremos a esta resolución de la práctica comunitaria. Por un lado, si bien una de las sociedades sancionadas (SECE) fue la propuesta como adjudicataria del contrato, lo cierto es que concurrieron con otras nueve empresas a la licitación. El Tribunal no examinó el mercado (de producto y geográfico) relevante ni la importancia del municipio de Canivelles a la hora de definir aquel. En consecuencia, no valoró el poder que las sociedades sancionadas ostentaban en el mercado. Por otro, la resolución obvió que la conducta restrictiva había sido cometida

en una sola licitación. En su texto tampoco se advierte con rotundidad que las tres entidades hubiesen incurrido en comportamientos colusorios al amparo de sus relaciones estructurales.

Por último, el Tribunal de la ACCO no entró a considerar si las tres sociedades denunciadas debía aplicárseles el privilegio de grupo y quedar exentas, por tanto, de sanción. El único dato que aporta la resolución es la cotitularidad del 50% del capital social de una de ellas por otras dos. Lejos, pues, del estándar de titularidad (próxima) del 100% del capital social de las filiales por la matriz (ver epígrafe «Licitadores pertenecientes a un grupo de empresas»).

2. Acuerdos sobre la oferta económica

En la contratación pública, el precio suele ser el criterio de adjudicación decisivo²⁴⁶. Los contratos se asignan normalmente a la oferta más reducida (enfoque del mejor precio) o a la económicamente más ventajosa (enfoques de coste-efectividad y relación precio-calidad)²⁴⁷. Para ser adjudicatarios, los participantes en un procedimiento de contratación deben presentar una proposición económica dotada de tres propiedades. En primer lugar, ha de ser admisible, es decir, no superior al presupuesto de licitación (el precio máximo establecido por el organismo adjudicador para que una oferta sea admitida a licitación). En segundo lugar, ha de ser viable y competitiva: a juicio del licitador, su oferta tiene posibilidades de ser la ganadora. Por último, la oferta debe ser autónoma respecto de las formuladas por los restantes candidatos.

²⁴⁶ La Guía de la CNC sobre Contratación y Competencia destaca la importancia del precio como criterio de contratación. Este énfasis ha sido criticado por SÁNCHEZ GRAELLS, ALBERT, «Una visión crítica de la Guía sobre contratación pública y competencia publicada por la CNC», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Nº 21, Mayo-Junio 2011, (formato LaLeyDigital.com).

²⁴⁷ El pliego de prescripciones técnicas es el documento en el que el órgano de contratación establece las prescripciones mínimas de funcionamiento y de calidad del producto o servicio. Su incumplimiento es causa de exclusión del licitador. La contratación pública es una de las razones de interés público que justifican las intervenciones públicas para fijar parámetros de calidad, a los que se refiere RUIZ MUÑOZ, MIGUEL, «La calidad, el precio justo y la fijación del precio en función de los clientes», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Nº 12, Primer semestre de 2013, pp. 15 ss, (formato LaLeyDigital.com).

Los acuerdos de fijación de precios (*price fixing*) o, en mejor terminología, los acuerdos sobre [la fijación de] las ofertas económicas (*bid fixing*) se definen como aquellos mediante los cuales el cártel de licitadores concierta el importe de las proposiciones económicas que sus miembros presentarán al procedimiento de contratación y decide cuál competirá en nombre del grupo para ser adjudicatario del contrato. Además, el cártel busca que la oferta ganadora sea lo más alta posible y siempre mayor de la que resultaría de una competencia real entre los participantes. El ideal es que la proposición ganadora coincida con el presupuesto de licitación.

Para el Derecho de la competencia, los acuerdos de fijación de precios son las conductas colusorias y las restricciones horizontales por antonomasia, así como el paradigma de cártel y de restricción por objeto²⁴⁸. Su papel paradigmático es todavía mayor en el ámbito de la contratación pública, hasta el punto de subsumir en ellos a todas las prácticas colusorias («*Collusive tendering is a form of price-fixing*»)²⁴⁹. Su gravedad nace de que este tipo de acuerdos o prácticas concertadas suprimen la competencia en un elemento esencial para diferenciar las ofertas e impiden así a los ciudadanos que se beneficien de menores precios²⁵⁰. No obstante, como se estudia en el epígrafe destinado al reparto de mercados, los licitadores, con independencia de sus estrategias colusorias, tienen como objetivo último el reparto de lotes, licitaciones, clientes o territorios. Los acuerdos o prácticas concertadas sobre precios son instrumentales para la consecución de dicho objetivo, pero esenciales en cada licitación, dado el papel del precio como criterio de adjudicación.

De la definición ofrecida más arriba se deduce que el objetivo primario de los pactos de *bid fixing* es táctico y limitado a la licitación en curso. También pueden

²⁴⁸ RCNC, de 19 de octubre de 2011, Expte. S/0220/10, *Licitaciones de Carreteras*, p. 41. La extinta OFT observó que el análisis de si una práctica colusoria constituye una restricción por objeto o por defecto «*debe realizarse generalmente en relación con el contexto económico en el que operan las empresas, a menos que, como en este caso, los acuerdos se refieran a "restricciones obvias de la competencia, como la fijación de precios (...)*no es necesario que el OFT realice un análisis detallado de sus efectos económicos», OFT, Decision n.º. CA98/1/2004, cit., apartado 366, RCNC de 12 de noviembre de 2009. Expte S/0037/08, *Compañías de seguro decenal*, p. 70 (anulada por la Audiencia Nacional, entre otras, por la SAN de 4 de enero de 2013, rec. 864/2009, porque no había quedado acreditada la total eliminación de la competencia, F.J. 9).

²⁴⁹ OFT, Decision n.º. CA98/1/2004, cit., apartado 386.

²⁵⁰ RTDC de 22 de julio de 2004, Expte. 565/03, *Materiales Radiactivos* p. 15. Entre las circunstancias que Posner considera evidencias de «*price fixing*», algunas son relativamente frecuentes en la contratación pública: cuotas de mercado relativamente estables; intercambios de información sobre precios y ofertas idénticas; POSNER, RICHARD, *Antitrust Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2ª ed. 2001, nota 4, pp. 69-80.

centrarse en los competidores del cártel, su nombre, su importancia, o su interés por el mercado considerado²⁵¹. Tan sólo cuando el grupo colusorio reglamenta los criterios de fijación de precios está en condiciones de extender la conducta a un número mayor (potencialmente indefinido) de licitaciones posteriores.

La imposición o recomendación de ofertas económicas entre licitadores afecta a la competencia porque permite a todos los participantes conocer (o predecir con un grado razonable de certeza) cuál será la política de precios seguida por sus competidores²⁵². Al margen de que el tipo previsto en los artículos 101 TFUE y 1 LDC no requiere la existencia de perjuicios concretos para el cliente o el interés público, lo cierto es que un acuerdo de precios que impide una oferta más económica, supone un perjuicio, al menos, para la entidad convocante²⁵³. Por ende, el *price fixing* afecta a políticas y servicios financiados con los presupuestos públicos.

El paralelismo de comportamientos sobre las ofertas económicas puede no deberse a la comisión de conductas colusorias sino a la colusión tácita²⁵⁴. Al definirse el ganador y los perdedores en cada licitación singular, los rivales ‘aprenden’ de las experiencias pasadas y van acercando sus proposiciones a las del licitador más eficiente. De extenderse a futuros procedimientos de contratación, adquiere una entidad estratégica para el cártel²⁵⁵. Además de este objetivo principal, los licitadores pueden tratar de conseguir otros, relacionados con aquel. Por ejemplo, evitar una guerra de precios entre los licitadores para conseguir ser adjudicatarios de contratos públicos²⁵⁶.

El presente epígrafe centra su estudio en cuatro subcategorías de los acuerdos (o prácticas concertadas) de fijación de precios entre licitadores: las ofertas de cobertura,

²⁵¹ *Marchés de travaux publics d'électricité et d'éclairage public en Corse*, apartado 80.

²⁵² STJCE de 17 de octubre de 1972, Caso 8/72, *Vereeniging Van Cementhandelaren*, apartado 21.

²⁵³ SAN de 12 de marzo de 2015, Rec. 703/2015, F.J. 5º (caso *Licitaciones de Carreteras*).

²⁵⁴ La detección del *bid rigging* (en particular, en mercados oligopolísticos) puede resultar de pruebas directas e incontrovertibles o de evidencias indirectas (indicios). En el segundo caso, el comportamiento paralelo de varios licitadores es insuficiente para dilucidar si la colusión es expresa o tácita. Para ello son precisas evidencias más sólidas, logradas a través de la prueba de presunciones o del empleo de ‘plus factors’ y ‘super plus factors’ (en la doctrina norteamericana), KOVACIC, WILLIAM, MARSHALL, ROBERT, MARX, LESLIE y WHITE, HALBERT, «Plus Factors and Agreements in Antitrust Law», *Michigan Law Review*, Volumen 110, nº. 3, 2011, pp. 395-396.

²⁵⁵ En *Residuos*, CESPAs y VERINSUR prestaban servicios integrales a clientes teniendo en cuenta la oferta que su competidora tenía previsto presentar y pactando los precios que cada una de ellas presentaba. La CNMC observa que «*las relaciones entre van más allá de lo que exige el intercambio de servicios comerciales alegado por ambas y es una evidencia de la interrelación estratégica entre ellas, que renuncian a competir por la captación de clientes finales*», pp. 76-77.

²⁵⁶ *Residuos*, p. 73.

las ofertas económicas idénticas o similares, las ofertas económicas idénticas al presupuesto de adjudicación y los acuerdos de compensación. Todas ellas, en cuanto acuerdos de *price fixing*, son restricciones por objeto (en el Derecho Europeo) e infracciones *per se* (en el Derecho estadounidense)²⁵⁷. Por su conexión con estas figuras, se abordan brevemente las ofertas técnicas de cobertura, idénticas o similares.

2.1. Ofertas de cobertura

2.1.1. Concepto y requisitos

Las ofertas de cobertura (*cover bids*, *sham bids*) son presentadas por uno o varios participantes en el procedimiento de contratación para permitir que un candidato previamente designado presente la oferta más competitiva mientras se preserva la apariencia de una competencia efectiva frente al propietario²⁵⁸. La hoy extinta OFT analizó con amplitud esta figura en su resolución *Bid rigging in the construction industry in England*. A juicio de la OFT, el *cover bidding* tiene lugar cuando uno o varios licitadores presentan ofertas en un procedimiento de contratación con la intención de no ser adjudicatarios, sino de que lo sea un tercero, pues el importe de aquellas proposiciones económicas (ofertas de cobertura) excede al de la formulada por este (oferta protegida), quien además ha decidido la cantidad o los parámetros de fijación de las primeras²⁵⁹.

En las prácticas de cobertura, la competencia en precios está restringida de dos maneras. Primero, los licitadores de cobertura presentan precios determinados directa o indirectamente por el licitador protegido por el cártel. En segundo lugar, este determina su precio sabiendo que los licitadores de cobertura presentarán una oferta alta que no tiene la intención de ganar la licitación. La comunicación entre estos y aquel así como la diferencia en el importe de sus ofertas respectivas prueba que estas prácticas distorsionan de propósito el desarrollo normal del procedimiento de contratación, puesto

²⁵⁷ HOVENKAMP, HERBERT, *The Antitrust Enterprise. Principle and execution*, Harvard University Press, 2005, p. 55.

²⁵⁸ Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Décision 05-D-19, cit. apartado 107 y Décision n° 01-D-20, de 4 de mayo de 2001, relativa a las *pratiques relevées concernant plusieurs marchés de travaux de peinture et d'étanchéité dans le département de l'Indre-et-Loire* (traducción del autor).

²⁵⁹ OFT, Decision No. CA98/02/2009 *Bid rigging in the construction industry in England*, 21 de septiembre de 2009 (Case CE/4327-04), III.89, p. 360.

que (1) quiebran el principio de independencia de las ofertas y con ello la competencia por el procedimiento y (2) sustituyen conscientemente los riesgos de la competencia por la cooperación práctica entre los licitadores. En concreto, «*el licitador [de cobertura] evita el riesgo de ganar un contrato que no quiere, así como los que derivan de no concurrir al procedimiento o de presentar unilateralmente una oferta muy elevada con la esperanza de que fracasase. Por su parte, el licitador beneficiario reduce o elimina el riesgo de no ser adjudicatario*»²⁶⁰.

Para que pueda hablarse de prácticas de cobertura, las ofertas implicadas deben satisfacer una serie de requisitos. Por un lado, la proposición protegida debe ser admisible (no superior al presupuesto de licitación) y viable (susceptible de resultar adjudicataria). La oferta protegida inviable conlleva la exclusión del licitador elegido por el cártel. En tal caso, el comportamiento de los implicados no se adscribe a los acuerdos de fijación de precios, sino a los de boicot (inicial) al procedimiento de contratación. Si faltase el segundo, el cártel fracasaría en su complot para ganar el contrato. Por otro, la OFT limitó el concepto de ‘oferta de cobertura’ a aquella cuyo importe es más elevado que el de la oferta protegida. Pero cabe ampliarlo a todas las proposiciones económicas inadmisibles o de otro modo completamente inadecuadas para competir con la oferta principal. Esta interpretación extensiva se compadece mejor con el significado de todas las denominaciones que ha recibido esta figura (pujas de cortesía, ofertas de cobertura, simbólicas, fantasma y ficticias).

Los acuerdos de precios con ofertas de cobertura admiten tantas modalidades como fórmulas de articular unos precios perdedores (licitadores de cobertura) con un precio destinado a ganar el concurso (licitador protegido). La más básica consiste en la determinación del importe numérico de la oferta económica protegida y, en función de ella, el importe de las ofertas de cobertura, o viceversa²⁶¹. Ambos precios pueden ser diseñados conjuntamente por los licitadores implicados (*Residuos*)²⁶², por algunos de ellos que se las notifican a los demás (*Rodamientos ferroviarios*)²⁶³ o por una de las partes (*Centre pénitentiaire de Perpignan*)²⁶⁴. En *Travaux de peinture industrielle* antes

²⁶⁰ *Bid rigging in the construction industry*, III.90, III. 91, p. 361.

²⁶¹ Décision n° 01-D-20, cit., p. 7.

²⁶² *Residuos*, pp. 67, 69, 88.

²⁶³ *Rodamientos ferroviarios*, p. 34.

²⁶⁴ En *Centre pénitentiaire de Perpignan*, esta tarea se asignó al licitador de cobertura. Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Décision n°13-D-09, de 17 de abril de 2013, *relative à des*

de presentar sus ofertas, las empresas se informaban mutuamente sobre sus precios por fax, teléfono o medios electrónicos. Las ofertas ficticias se presentaron a las entidades contratantes con el fin de aparentar una competencia genuina y para asegurar proyectos favorables a la que ofrecía el mejor precio. Los compradores públicos fueron engañados a través de estas prácticas de reparto de mercados y fijación (al alza) de los precios. Cuando algunas licitaciones resultaron infructuosas, se tuvieron que organizar otras, que implicaron nuevos costos²⁶⁵.

Quizás el método de funcionamiento más significativo es aquel en el que el cártel establece los distintos niveles de descuento (en cantidad o porcentaje) que hará cada uno de sus miembros al presupuesto de licitación. El descuento máximo corresponderá al licitador protegido. En *Signalisation routière verticale*, los licitadores cartelizados formalizaron unas “reglas” de actuación, entre las cuales estaba la fijación de los porcentajes de descuento, pero también una «lista negra» de clientes, criterios del reparto del mercado a nivel nacional, así como medidas de disciplina (sanciones financieras) y acuerdos de compensación cuando los contratos fuesen adjudicados a empresas ajenas al cártel²⁶⁶. En *Rodamientos ferroviarios*, dos empresas intercambiaron información en relación con los precios mínimos que tenían intención de ofertar para cada tipo de rodamiento a suministrar a RENFE- Operadora. Posteriormente por teléfono se informó a una tercera, a la que se le trasladó la intención de incrementar los precios ofertados entre un 25-30%²⁶⁷.

Saint-Pierre-et-Miquelon sancionó un caso de colusión indirecta en el que una agrupación de interés económico explotaba y vendía en exclusiva un insumo necesario para la ejecución de obras públicas. Sus integrantes reconocieron la existencia de un baremo común de precios del insumo, fijado de manera concertada entre los miembros, con plena consciencia de la existencia de una estructura de costos específica para cada miembro. La autoridad francesa consideró que el objetivo de este comportamiento era eliminar la competencia de precios entre las empresas que formaban parte de la

pratiques mises en œuvre sur le marché de la reconstruction des miradors du centre pénitentiaire de Perpignan.

²⁶⁵ Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence Décision n° 11-D-07 de 24 de febrero de 2011, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux de peinture d'infrastructures métalliques*, apartados 72 y 149.

²⁶⁶ Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Décision n° 10-D-39 de 22 de diciembre de 2010, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale*, apartado 66 ss

²⁶⁷ *Rodamientos ferroviarios*, pp. 34, 35.

agrupación, y probablemente condujera a la rigidez y la alineación de las tarifas de los servicios presentadas por los licitadores a los contratos de obras públicas²⁶⁸.

En ocasiones, se encarga a una sola empresa la tarea de ‘inventar’ tanto las ofertas ficticias como la protegida²⁶⁹. El encargo puede limitarse a una licitación singular o ampliarse indefinidamente. También cabe rotar la asignación de esta función entre todas o varias de las empresas integrantes del cártel de licitadores. Una variedad singular del reparto de mercados son los acuerdos de intercambio de ofertas. En virtud de los mismos, el licitador que hubiese presentado la oferta económicamente más ventajosa la transfiere al escogido por el cártel, quien a su vez le entrega la suya²⁷⁰.

2.1.2. Relación con otras categorías

A la hora de definir la naturaleza jurídica de esta figura, *Bid rigging in the construction industry in England* explicó concienzudamente varios extremos de las ofertas de cobertura: su carácter de infracciones por objeto, su relación con los intercambios de información; cómo y por qué son una forma de prácticas concertadas, de manipulación de ofertas y de fijación de precios; y su conexión con los pagos compensatorios.

En primer lugar, la resolución estudiada considera a las ofertas de cobertura como infracciones por objeto, pues su «consecuencia obvia es la obstaculización, restricción o distorsión de la competencia»; lo cual se traduce en la reducción del número de ofertas - tanto en número total como en su nivel competitivo- y en la falsa impresión que crea en el ente contratante acerca del grado de competencia existente en el mercado, lo que provocará efectos perniciosos para futuros procedimientos de contratación²⁷¹. La OFT consideró que:

« (...) la oferta de cobertura es como mínimo capaz de conducir a una reducción del bienestar del consumidor, ya que suprime el proceso competitivo que de otro modo

²⁶⁸ Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Décision n° 12-D-06, de 26 de enero de 2012, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des agrégats et des marchés aval à Saint-Pierre-et-Miquelon*, apartados 173 y 176.

²⁶⁹ Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence Décision n° 11-D-02, de 26 de enero de 2011, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques*, apartado 59ss.

²⁷⁰ *Residuos*, p. 147.

²⁷¹ *Bid rigging in the construction industry*, III.97, III. 99-III.101, pp. 362-363.

existiría (bien porque la oferta de cobertura ha sido estimada adecuadamente [es admisible y viable], o si se retiró del proceso de licitación y le permitió al cliente buscar una oferta de reemplazo). También engaña al cliente haciéndole creer que los precios de las ofertas se han determinado independientemente, cuando no lo han hecho, lo que le da una visión distorsionada del mercado»²⁷².

Respecto de los extremo segundo y tercero, la OFT estimó que la comunicación de las ofertas protegidas y de cobertura entre los licitadores es un ejemplo de intercambio de información sensible sobre los precios. Puesto que la divulgación de las ofertas de cobertura busca asegurar que sus proponentes no tienen intención de competir en el procedimiento, reduce sustancialmente la incertidumbre del licitador protegido acerca de la adjudicación del contrato²⁷³. De faltar (la prueba de) el acuerdo colusorio, el evidente carácter anticompetitivo de dichos intercambios permite incluir a las ofertas de cobertura entre las prácticas concertadas. Los intercambios muestran que la conducta de los licitadores no es unilateral sino que infringe el principio de participación independiente en los procedimientos contractuales y tiene como objeto o efecto influir en el comportamiento de los restantes participantes²⁷⁴. Por ende, la propia dinámica de las ofertas fantasma permite presumir que tanto el licitador protegido como los de cobertura han usado la información proporcionada por sus (aparentes) rivales para determinar. Sin embargo, la resolución aclara que no es necesario que el licitador protegido utilice la información recibida sobre las ofertas de cobertura para que el comportamiento constituya una práctica concertada²⁷⁵.

En segundo lugar, para la OFT las ofertas de cobertura son una forma de *bid rigging* por sí mismas, sin necesidad de que concurra con otras prácticas colusorias (en el caso se mencionan la rotación de ofertas, el reparto de licitaciones y los pagos entre licitadores) o de que englobe a la totalidad de los participantes en el procedimiento de contratación²⁷⁶. También son un subtipo de *price fixing*, incluso aunque el licitador

²⁷² *Bid rigging in the construction industry*, III.110, p. 366.

²⁷³ *Bid rigging in the construction industry*, III.125, III.126, p. 369.

²⁷⁴ *Bid rigging in the construction industry*, III.92-III.95, p. 36-363y III.125, p. 369,

²⁷⁵ *Bid rigging in the construction industry*, III.95, III.96, p. 362. La resolución se remite a la sentencia del Competition Appeal Tribunal de 19 de mayo de 2004, Caso 1032/1/14 *Apex Asphalt and Paving Co v. OFT*, apartados 221 ss.

²⁷⁶ *Bid rigging in the construction industry*, III.115, III.116, p. 367.

protegido no gane el contrato o su oferta lo sea por un precio diferente al pactado con los miembros del grupo colusorio²⁷⁷.

En último lugar, la OFT considera infracciones agravadas los casos de ofertas fantasma que llevan consigo acuerdos de pagos compensatorios (*compensation payment arrangements*) del licitador adjudicatario a los de cobertura. La distorsión del proceso competitivo empeora porque a la reducción de la competencia derivada de la oferta de cobertura se añade el incentivo «*al licitador responsable del pago compensatorio a recuperar el costo por la vía de aumentar el importe de su oferta económica(...)*»²⁷⁸. Cuando este pacto se mantiene oculto se simplifica la atribución de responsabilidad a los implicados, dado que «*es evidente que las partes eran evidentemente conscientes de que el acuerdo para efectuar pagos compensatorios no era legítimo y (...) fueron cuidadosas para dar los pasos necesarios para cubrir el acuerdo compensatorio*»²⁷⁹.

A nivel de gestión del cártel, el método de las ofertas de cobertura presenta un claro ganador así como evidentes perdedores. La continuidad y estabilidad del cártel no soportarían que esta situación se repitiese sin que el grupo complementa las ofertas de cobertura con mecanismos de compensación a favor de los miembros secundarios. Entre ellos, destaca la imposición al adjudicatario del deber de subcontratar servicios a los miembros secundarios. Sin embargo, el cártel corre el peligro de ser descubierto en el caso de que el pliego de cláusulas administrativas haya impuesto a cada licitador el deber de identificar en su propuesta a los posibles subcontratistas (artículo 215.2 a) LCSP). Otra fórmula muy eficaz de compensar a los miembros excluidos es la rotación de ofertas. En ambos casos, el cártel evita los riesgos y dificultades de gestionar las indemnizaciones entre sus integrantes, cuyo abono se traslada a los entes públicos contratantes

Estas características hacen que las ofertas de cobertura sean una garantía de éxito para aquellos cárteles capaces de controlar el desarrollo del procedimiento de contratación y sus resultados. Un primer tipo de control se produce en los procedimientos de contratación cuyos miembros son los únicos (o la mayoría de los oferentes) en un procedimiento de contratación. De lo contrario, el licitador elegido por el cártel corre el riesgo de perder el premio a manos de otro postor no cartelizado. Si

²⁷⁷ *Bid rigging in the construction industry*, III.119, III.123, pp. 368-369.

²⁷⁸ *Bid rigging in the construction industry*, III.130, p. 370.

²⁷⁹ *Bid rigging in the construction industry*, III.131, p. 370.

esta circunstancia se repite demasiadas veces y no se compensa con la rotación de las ofertas, puede convertirse en un factor de corrosión para el grupo. Los miembros colaterales con una posibilidad real de ganar una pelea justa no encontrarían ningún incentivo para participar en un esquema de colusión cuyos beneficiarios habituales son terceros postores que no están en carteles.

Un segundo tipo de situación de control tiene lugar cuando el órgano de contratación ostenta la capacidad de decidir qué empresas presentarán ofertas. El caso paradigmático es el procedimiento negociado sin publicidad. La entidad contratante debe seleccionar un mínimo de tres ofertas, que competirán ente sí. El acuerdo o concertación de un número tan reducido de participantes no se presenta como particularmente complejo²⁸⁰. Y se ve facilitado cuando la cooperación ilícita ha sido promovida o respaldada conscientemente por el ente contratante.

2.2. Ofertas económicas idénticas o similares.

2.2.1. Ofertas idénticas

Esta variedad de acuerdo de fijación de precios tiene lugar cuando las proposiciones económicas de los miembros del cártel presentan el mismo precio o sus diferencias son despreciables²⁸¹. Tres motivos explican que la identidad o similitud de las proposiciones económicas de dos o más participantes en un procedimiento de contratación atraigan la atención del Derecho de la Competencia. En primer lugar, esta situación casa mal con la idea fuerza de cualquier licitador: *‘creo que mi propuesta es mejor y que puede ganar a las de mis rivales’*. En segundo lugar, la imposición legal de que las ofertas sean secretas hace esa coincidencia más difícil de explicar. Por último, se trata de un caso de paralelismo de comportamientos. Por todo ello, la identidad o

²⁸⁰ En 2018, la autoridad catalana de competencia sancionó a un bufete y a dos abogados particulares por haberse concertado para que uno de ellos presentase la única oferta viable en un procedimiento negociado sin publicidad convocado por la Agencia de Consumo de Cataluña. Los dos letrados formularon ofertas económicas idénticas y peores que la primera; presentaron ofertas técnicas, también idénticas, y no adecuadas a las prescripciones técnicas; y carecían de solvencia técnica suficiente para que sus proposiciones fueran admitidas, RACCO, de 10 de julio de 2018, expediente 75/2015, *Contratación pública servicios jurídicos ACC*.

²⁸¹ Hemphill y Wu diferencian entre *parallel pricing*, equivalente a la adopción de precios idénticos por varios competidores y *parallel exclusion*, cualquier otra conducta desarrollada por varias empresas y que bloquea o retrasa la entrada de nuevos operadores en el mercado, HEMPHILL SCOTT C., y WU, TIM, “Parallel exclusion”, *The Yale Law Journal*, 2013, pp. 1182-1253

similitud de las proposiciones económicas parecen contradecir los principios de autonomía, competencia y secreto de las proposiciones y constituyen un indicio de colusión, débil o fuerte, según los casos.

El paralelismo de comportamientos, primer componente de una práctica restrictiva, es insuficiente para hablar de colusión. Incluso si la conducta de alineamiento pudiese tener el mismo objeto o efecto restrictivo de la competencia que un acuerdo anticompetitivo, todavía falta el segundo requisito, el concurso de voluntades -concertación, coordinación y cooperación- entre los licitadores- para que exista la infracción del artículo 101 TFUE²⁸². Por lo tanto, la existencia de ofertas idénticas o similares no es una prueba directa e irrefutable de una práctica concertada (ni de acuerdo colusorio), pero puede inducir a la autoridad de competencia a comprobar si es casual o causal (si la concertación es la ‘única explicación plausible de esta conducta).

A la hora de hacer dicha comprobación, la ausencia de una prueba directa del acuerdo colusorio obliga a la autoridad de competencia a investigar una posible práctica concertada. Debe acudir para ello a la prueba de presunciones. La adecuación de esta prueba al artículo 25 CE ha sido admitida reiteradamente por el Tribunal Constitucional. En abundante jurisprudencia, el Alto Tribunal justifica su empleo porque *«en los supuestos como los de conductas conscientemente paralelas, dichas pruebas pueden ser inexistentes por no existir acuerdos formales entre los sujetos afectados. En consecuencia, si el órgano instructor entendió suficiente la constatación de la evolución paralela durante un largo período de tiempo de los precios establecidos por las empresas sancionadas para considerar acreditada la concertación de los mismos, ello no supone por sí mismo que se haya vulnerado el principio de presunción de inocencia por la falta de práctica de otra actividad probatoria»* Por el contrario, el Tribunal sólo considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando *«la inferencia [entre los hechos probados y los que se quiere demostrar] sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada»*²⁸³.

²⁸² Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Decisión nº 06-D-19, de 6 de julio de 2006, relativa a la *licitación convocada por la sociedad TNC Distribution para el comercio mayorista de repuestos para automóviles*, apartado 36

²⁸³ Por todas, STC 175/2012, de 15 de octubre, F.J. 4º.

A la hora de acudir a la prueba indirecta, la *Autorité de la Concorrence* estimó bastante la demostración del intercambio de información sobre los precios²⁸⁴. En España, *Vacunas Antigripales* partió del triple test del que el TDC ya había hecho uso en dos casos precedentes de precios idénticos²⁸⁵. En tales supuestos, el Tribunal consideró que la simple coincidencia de precios no era suficiente para la apreciación de una conducta colusoria porque existían otras explicaciones que, una vez analizadas, resultaron verosímiles para explicar esta coincidencia.

Vacunas Antigripales examinó las conductas colusorias que presuntamente se cometieron en los concursos convocados por el Servicio Andaluz de Salud (SAS) para el suministro de estos productos entre los años 1991 y 1995. En todos los procedimientos contractuales, la totalidad de los licitadores presentaron el mismo precio. Por ello, los contratos se adjudicaron a quienes presentaron las ofertas complementarias más ventajosas para el SAS.

Para pasar del paralelismo a la concertación y concluir que la coincidencia de precios en las ofertas conduce a la conclusión de que los licitadores incurren en prácticas colusorias, la resolución examinó los tres requisitos de la prueba de presunciones. El primero («*que los indicios estén plenamente demostrados*») no plantea problemas de importancia. Exige probar la identidad o similitud de los precios y, en su caso, que coinciden con el presupuesto de licitación.

En la demostración del segundo requisito («*que la relación causal entre los hechos y los indicios esté suficientemente razonada*») se encuentra la dificultad para la autoridad de la competencia. Debe acreditar que la identidad de precios no responde a un comportamiento paralelo de los licitadores sino a su acuerdo o cooperación. Y ha de desvirtuar el tercero de los requisitos de toda prueba de presunciones, la existencia de razones alternativas capaces de explicar la conducta (justificaciones objetivas). A la hora de examinar el segundo requisito, la autoridad habrá de atender a las características del mercado en el que se inscribe el producto contratado, a las de la licitación y a las diferencias entre los licitadores y sus ofertas.

²⁸⁴ *Marchés de travaux publics d'électricité et d'éclairage public en Corse*, apartado 97,

²⁸⁵ RTDC, de 23 de diciembre de 1997, Expte. 404/97, *Servicios Funerarios de Madrid*, RTDC, de 11 de mayo de 1998, Expte. 387/96. *Películas Vídeo*

En puridad, el mercado no puede justificar la presentación de precios idénticos salvo que no exista competencia porque al procedimiento se presenta un sólo empresario. En el caso de que la coincidencia en los precios se produzca entre licitadores pertenecientes al mismo grupo, si carecen de autonomía negocial, la responsabilidad *antitrust* se imputa a su matriz; si la poseen, deben competir entre ellos²⁸⁶. Cuando los licitadores son empresas independientes y uno es proveedor del otro, el paralelismo (cuasi-) perfecto de sus ofertas se deberá normalmente al concierto entre ellos incluso cuando el proveedor impone precios al licitador, en la medida en que tal "imposición" pueda explicarse como una práctica colusoria o abusiva.

En *Baxter*, la firma del mismo nombre ostentaba el derecho de representación exclusiva de AUTOMED en Portugal, incluido un sistema automático para suministrar medicamentos intrahospitalarios²⁸⁷. Baxter otorgó a Glintt el derecho de comercialización exclusiva de este sistema. Ambas firmas presentaron ofertas a una licitación. Obviamente, ofrecían el mismo sistema automático. Incluso el precio fue idéntico. Una vez que comenzó la investigación antimonopolio, Glintt protestó por su inocencia alegando que carecía de libertad para fijar el precio, que fue impuesto por Baxter. La autoridad de competencia portuguesa desestimó este argumento y declaró que ambas empresas habían llegado a un acuerdo vertical para manipular la oferta en juego y todas las futuras. Baxter estaba interesado en fijar el precio para que Glintt no compitiera con el primero en compras públicas. Glintt permitió a Baxter fijar el precio ya que deseaba ingresar a otro mercado (análisis hospitalario)²⁸⁸.

Tampoco justificaría la concertación el que el mercado de producto estuviese regulado o sometido a fuerte intervención administrativa (fármacos). Incluso aunque su venta estuviese sometida a precios máximos o autorizados, dado que «*si se convoca un*

²⁸⁶ Si bien la doctrina de las autoridades de competencia ha sido muy permisiva en estos casos. Ver en este mismo capítulo el subepígrafe relativo a “*Licitadores pertenecientes a un grupo de empresas*” en el epígrafe dedicado al reparto de mercados.

²⁸⁷ Autoridade da Concorrência, Decisión de 10 de diciembre de 2010, PRC 2006/13, *Baxter*.

²⁸⁸ En casos como *Baxter*, el carácter anticompetitivo de las conductas encontraría mejor acomodo en el ámbito del artículo 102 TFUE (o artículo 1 LDC), ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS, «Gippini sobre el concepto de acuerdo en el Derecho de la competencia», en el blog *Derecho Mercantil*, 3 de enero de 2012, <http://derechomercantilesana.blogspot.com.es/2012/01/gippini-sobre-el-concepto-de-acuerdo-en.html>

*concurso es para obtener el precio más bajo posible sobre el autorizado»*²⁸⁹. Que el ente contratante promoviese o facilitase la concertación no priva a la conducta de su carácter colusorio ni elimina la responsabilidad de los licitadores, aunque podría atenuarla²⁹⁰.

Es muy poco probable que las similitudes entre los licitadores expliquen la identidad de las ofertas. Cada uno cuenta con sus propias y diversas estructuras de producción y costes. En *Agencias de Viaje*, el TDC desarrolló de forma prolija la idea de la individualidad de cada licitador y consideró una falacia sustentar que los precios son prácticamente iguales en todas las empresas del sector porque se basan en estudios sobre los costos reales, objetivos y generales para todos²⁹¹.

El análisis de las características de la licitación es esencial para discernir si el paralelismo o no colusorio. El respeto por los licitadores de las reglas de la LCSP y de los pliegos del procedimiento crea una fuerte presunción-difícilmente refutable- de que las ofertas económicas han de ser diferentes. Sin lugar a dudas, la piedra angular es el secreto de las ofertas como la principal forma de fomentar la competencia. El sistema de presentación de ofertas secretas dentro de sobres cerrados se ha elaborado para garantizar el comportamiento independiente de los candidatos en una licitación competitiva. El secreto total debe suponer que las ofertas no pueden ser idénticas, ya que ofrecen productos o servicios de naturaleza diferente o en algunas características, y por lo tanto con diferentes precios y costos. Dado que ni el ente contratante ni los demás licitadores pueden conocer el precio de la oferta, la única posibilidad de que las proposiciones económicas sean idénticas es que haya habido concertación²⁹².

Los candidatos tienen que ofrecer una justificación objetiva capaz de romper la presunción legal. Esta es una tarea complicada para cualquier licitador, por dos razones. En primer lugar, la identidad entre las precios es incompatible con el secreto de las proposiciones. Dado que la ley prohíbe la comunicación de ofertas entre los licitantes, la alineación de precios sólo podría deberse a consultas previas. Solo en condiciones excepcionales, el paralelismo perfecto respondería a razones aleatorias. En segundo lugar, la identidad de los precios es incompatible con la rivalidad entre licitadores.

²⁸⁹ *Vacunas antivirales*, pp. 13-14.

²⁹⁰ *Vacunas antivirales*, p. 14.

²⁹¹ *Agencias de Viaje*, pp. 48-51.

²⁹² *Vacunas antivirales*, p.14.

La competencia dentro del procedimiento necesita que los aquellos presenten ofertas económicas y/o técnicas diferentes. Lo contrario equivale a la ausencia de competencia. La imposibilidad fáctica de contradecir el binomio [secreto/diferencia entre ofertas] llevó al Tribunal Supremo, en su sentencia de casación en el asunto *Vacunas Antigripales*, a convertir este binomio en una presunción irrefutable y entender así que el paralelismo absoluto y universal, traducido en la identidad en los precios de todas las ofertas concurrentes a la licitación, es equivalente a la práctica colusoria. Dicho de otro modo, al concretar que «*de los datos suministrados (...) ello podría producir precios homogéneos con cortas diferencias, pero nunca una igualdad absoluta en la de todos los oferentes*», el Alto Tribunal marcó la línea de la irrefutabilidad en dos criterios: la igualdad no absoluta entre los precios o la identidad de las ofertas siempre que no alcance a todos los licitadores²⁹³.

A la misma conclusión llegó la Autoridade da Concorrência de Portugal en *Abbot Laboratórios*. Sancionó a cinco laboratorios por presentar ofertas idénticas en un sólo procedimiento de contratación (suministro de reactivos de glucosa en la sangre). La resolución consideró que el carácter secreto de la licitación impedía el alineamiento casual de los precios²⁹⁴.

La *Autorité de la Concurrence* ha considerado explicable la coincidencia en las ofertas cuyos precios hubiesen sido fijado por un acuerdo lícito entre los licitadores. Es el caso de una unión de licitadores que presentó una oferta conjunta en una primera licitación. En un procedimiento posterior sus componentes participaron de forma individual pero establecieron sus sus nuevas ofertas sobre la base de precios unitarios idénticos y evaluaciones de cantidad comunes. La autoridad francesa consideró que, a

²⁹³ «(...), que existe el dato de que las ofertas presentadas en sobre cerrado por todos los laboratorios concursantes eran idénticas, hasta el extremo de que en alguno de los concursos aparecen cifras decimales iguales. La conjunción de elementos tales como pluralidad de oferentes y presentación en sobre cerrado que imposibilitaría el conocimiento mutuo, hace impensable, que se pueda llegar a una identidad de precios sin un concierto previo entre los concursantes; pues aún en el supuesto, invocado por el recurrente, de que en el mercado de productos zoonosanitarios los precios son resultado de unos costes económicos que en gran medida están determinados por exigencias muy concretas y detalladas, con márgenes comerciales muy cortos, de que en este sector son frecuentes los contactos entre los funcionarios de la Administración sanitaria y los laboratorios, que permite conocer cuáles van a ser los precios que se van a abonar, y de que éstos resultan de los datos suministrados por aquélla, ello podría producir precios homogéneos con cortas diferencias, pero nunca una igualdad absoluta en la de todos los oferentes», STS de 31 de marzo de 2005, Rec. Casación 4574/2002, F.J. 3º.

²⁹⁴ Autoridade de Concorrência de Portugal, Decisión de 28 de diciembre de 2004, PRC 2003/06, *Abbot Laboratórios*, apartados 8, 43-45. En igual sentido, la Decisión de 10 de enero de 2008, PRC 2005/04, *Abbot Laboratórios*.

falta de otras pruebas o pruebas, ese elemento es insuficiente por sí solo para establecer que las dos empresas intercambiaron información antes de la presentación de sus ofertas²⁹⁵.

En casos muy groseros, la mera identidad de precios (primer elemento del test de presunciones) subsume al segundo (relación de causalidad entre indicios y hechos) y es suficiente para descartar el paralelismo casual²⁹⁶. En *Transporte Ayuntamiento de Las Palmas*, la Dirección de Investigación de la CNC acreditó la identidad de precios entre las tres empresas imputadas en los 902 precios correspondientes a los 902 servicios objeto de licitación. La resolución consideró *«indiscutible que el hecho base, la identidad de precios como indicio de la concertación de precios, está plenamente demostrado, lo que lleva al cumplimiento del primero de los requisitos de la citada prueba de presunciones»*²⁹⁷.

En aquellos procedimientos de contratación que tienen al precio como criterio único de adjudicación y salvo que el PCAP hubiese previsto criterios de desempate (artículo 147 LCSP), la identidad de ofertas imposibilita la adjudicación del contrato. En tal caso, la identidad de ofertas se transmuta en otra práctica colusoria: el boicot constructivo a la licitación. Si los pliegos hubiesen previsto otros criterios de adjudicación, la coincidencia de precios anula la función selectiva de las proposiciones económicas²⁹⁸. Lo decisivo para ganar el contrato será obtener la mejor puntuación en los restantes criterios, *«pues a igualdad de precios, los menos competitivos en la parte cualitativa quedan situados en peor posición»*²⁹⁹. Que el precio no sea el criterio de adjudicación dominante tampoco ha sido admitido como justificación objetiva de esta conducta. En su resolución confirmatoria de *Vacunas Antigripales*, la Audiencia Nacional afirmó que *«el establecimiento de un precio idéntico elimina a este como elemento integrante de la adjudicación y determina la misma en base a los restantes*

²⁹⁵ *Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Decisión 04 –D –20, de 14 de junio de 2004, relativa a las prácticas realizadas sobre los contratos públicos de señalización de tráfico horizontal en las regiones de Aquitania y Midi-Pyrénées*, apartado 65.

²⁹⁶ RCNC de 25 de octubre de 2012, Expte. SA/CAN/0012/2011, *Transporte Ayuntamiento Las Palmas*, p. 23.

²⁹⁷ *Transporte Ayuntamiento Las Palmas*, pp. 36-37.

²⁹⁸ En expresión de la Audiencia Nacional, *«hace desaparecer al precio como elemento integrante de la adjudicación»*, SAN de 6 de mayo de 2002, Rec. 1913/98 (*Vacunas Antigripales*), F. J. 3º, confirmada por la STS de 31 de mayo de 2005, Rec. Cas. 4574/02.

²⁹⁹ *Transporte Ayuntamiento Las Palmas*, p. 27.

elementos. Esta eliminación del precio supone la restricción de la competencia respecto al mismo, pues su incidencia desaparece en la adjudicación del concurso»³⁰⁰.

La elección por el cártel de licitadores de un esquema de precios idénticos como mecanismo colusorio puede parecer errónea. En primer lugar, es un ‘faro’ muy perceptible para las autoridades de competencia. En segundo lugar, el test de las presunciones ha sido interpretado por las autoridades de competencia española de forma muy amplia. En tercer lugar, pronunciarse a favor de la colusión tácita sobre la explícita se ve dificultado en los procedimientos de selección en los que las ofertas se presentan en sobre cerrado y son secretas para los otros participantes; como es el caso de la contratación pública. Cuando los operadores se conciertan una y otra vez – especialmente si presentan ofertas económicas idénticas- es dudoso hablar de colusión tácita³⁰¹. Sin embargo, optar por esta técnica colusoria no es infundado desde una perspectiva interna al cártel. La identidad de las ofertas facilita el proceso de formación de precios, la gestión del cártel y la disciplina interna.

2.2.2. Ofertas idénticas al presupuesto de licitación

No es inusual que la mesa de contratación descubra, en el momento de abrir los sobres presentados por los licitadores, que algunas e incluso todas las ofertas económicas son idénticas entre sí y coincidentes además con el presupuesto de licitación. Como ya se ha dicho, el presupuesto o precio de reserva es el importe máximo de las ofertas admitido por el pliego de cláusulas administrativas particulares, por encima del cual serán rechazadas de plano y sus proponentes expulsados del procedimiento de contratación.

Como en los restantes supuestos de identidad de precios, está presente el primer elemento de las prácticas colusorias: el paralelismo de comportamientos. Pero a diferencia de ellos, los licitadores no sólo equiparan sus respectivas ofertas sino que las vinculan al presupuesto. Esta es una cifra objetiva y conocida por todos ellos desde el momento de la convocatoria del procedimiento de contratación.

³⁰⁰ SAN de 6 de mayo de 2002, F.J. 3º.

³⁰¹ ABRANTES-METZ, ROSA. y METZ, ALBERT, «How far can screens go in distinguishing Explicit from Tacit Collusion? New evidence from the Labor Setting», *CPI Antitrust Chronicle*, marzo 2012 (1), p. 7.

En el multifacético caso *Ortopédicos Castilla-León*, la autoridad española de competencia abordó varias prácticas colusorias capaces de destruir una licitación lanzada para la provisión de prótesis ortopédicas. El tercero de los comportamientos fiscalizados consistió en un acuerdo alcanzado por cinco participantes para hacer las mismas ofertas económicas, que coincidían con el precio de reserva en todos los casos. Uno de los licitadores argumentó que la equiparación con el precio de reserva se debía a la imposibilidad de competir en el precio en tales productos, ya que la entidad contratante había establecido los precios máximos. La resolución sostuvo que las licitaciones competitivas con precios máximos pretenden precisamente que los licitadores hagan ofertas más bajas que el presupuesto de licitación menor. Este tipo de comportamientos fomenta la homogeneización de las ofertas, desnaturaliza el concurso y causa un daño monetario a la autoridad contratante. Pero es otro el razonamiento fundamental de esta resolución a efectos de sancionar una conducta tan específica como esta: la pura coincidencia de precios es una evidencia cualificada de que las partes habían incurrido en una práctica concertada que no fue contradicha por ninguna otra justificación objetiva³⁰².

Demostrar que el paralelismo de las ofertas se debe al acuerdo o concertación entre los licitadores resulta más difícil cuando las ofertas coinciden con el precio de reserva que en cualquier otro caso de identidad de proposiciones económicas. En primer lugar, puesto que todas las empresas conocen el presupuesto de licitación, el argumento del secreto de las ofertas o prueba de sobre cerrado carece de valor en sí mismo. En segundo lugar, las decisiones del ente contratante pueden servir de justificación objetiva de la conducta. Por ejemplo, cuando la autoridad contratante ha reducido el precio de reserva en tal medida que no puede haber ninguna diferencia (significativa) entre las ofertas. Así lo entendió la *Autorité de la Concurrence* francesa en su resolución *Ethicon*, estudiada en el subepígrafe 2.2.4.

No fue este el criterio adoptado por la autoridad española de competencia en *Agencias de Viaje*. Los licitadores fundaron su defensa en que su comportamiento paralelo no estuvo ligado a la colusión sino que fue consecuencia inevitable de las decisiones adoptadas por el ente contratante al fijar el presupuesto de licitación. Así, la igualdad de las ofertas obedeció, en concreto, a que los pliegos fijaron unos precios máximos de licitación inferiores a los de mercado. Esta decisión dejó a los oferentes sin

³⁰² RTDC de 12 de diciembre de 1996, Expte. 364/95, *Ortopédicos Castilla-León*.

margen para bajar los precios fijados por el ente contratante, salvo que renunciase a toda rentabilidad; es decir, que hiciesen ofertas con pérdidas (la resolución emplea la expresión «baja temeraria») por lo que cualquier licitador tendría que presentar una oferta igual al presupuesto de licitación³⁰³.

Sin embargo, la resolución sostuvo que la identidad de precios entre todas las ofertas y con el presupuesto de licitación tuvo por causa única los «*contactos previos y premeditados*» entre los participantes. Y sustentó esta afirmación en tres razones: En primer lugar, la identidad no afectaba únicamente a los precios, sino también a la práctica totalidad de las condiciones comerciales y técnicas de prestación del servicio. En segundo lugar, no cabe sostener el comportamiento paralelo en el argumento de la igualdad de condiciones en la que se encuentran los licitadores, dado que esto no es posible. A juicio de la autoridad de competencia, es «*una temeridad (...) suponer que todas las empresas del sector, posibles ofertantes al concurso poseen exactamente los mismos costes financieros, laborales, informáticos, de funcionamiento, fiscales, de inmovilizado material e inmaterial, de morosidad..., etc*»³⁰⁴. Por último, pero no menos importante, porque constituye el indicio más cercano a la prueba directa de la conducta, la coincidencia en los precios máximos se basa en que la AIE en la que se integraban los operadores cartelizados habían firmado contratos con otras agencias de viaje, algunas con un volumen de negocios similar a la propia agrupación, para que no se presentasen a los concursos. Con ello, eliminaban la competencia potencial y podían ir al tipo³⁰⁵. En casación, el Tribunal Supremo afirmó que el principio de legalidad se opone a que el conocimiento de la identidad de las ofertas por el ente contratante sea una causa de justificación de su conducta o mueva a aplicar el principio de confianza legítima³⁰⁶.

Un remedio inequívoco para reducir el riesgo de falsos positivos o negativos sería no establecer precios máximos en las licitaciones. Esa medida elimina este parámetro objetivo; por ello dificulta a los licitadores justificar sus comportamientos paralelos.

Los casos de doble identidad de las ofertas - entre sí y con el presupuesto de licitación- ejemplifican la inoperancia práctica del principio de competencia por el mercado, el perjuicio económico - a modo de lucro cesante- para el ente contratante

³⁰³ *Agencias de viaje*, p. 18

³⁰⁴ *Agencias de Viaje*, pp. 48-51.

³⁰⁵ *Agencias de Viaje*, p. 64.

³⁰⁶ STS de 14 de febrero de 2006, Rec. de casación 4628/2003, F.J. 5 y 6.

(que no obtendrá ningún descuento), y el fracaso relativo del procedimiento de contratación. Su gravedad ha sido verbalizada en *Agencias de Viaje*³⁰⁷:

«Tal conjunto de conductas se encuadran entre las infracciones más graves de la LDC tal como ha recordado en innumerables ocasiones este Tribunal. Si ya la concertación horizontal de precios es grave, la gravedad se acrecienta cuando tal concertación se produce para ofertar los mismos precios en un concurso, ya que en este supuesto, tal y como se señala en la Resolución (...) Vacunas Antigripales, la sustitución de la competencia se realiza en un terreno en el que la afectación del interés público resulta especialmente relevante. "Si una Administración pública convoca un concurso para obtener precios más bajos en los suministros, y esa finalidad es vetada por el acuerdo entre los concursantes, el interés público resulta dañado doblemente ya que, por un lado, se distorsiona el funcionamiento del mercado, al igual que en cualquier otra conducta colusoria y, por otro, se evita el ahorro público perseguido por la convocatoria del concurso, al impedir ofertas más bajas de las convenidas".».

2.2.3. Ofertas similares

La cercanía en los importes de las proposiciones económicas presentadas en un mismo procedimiento es muy habitual. Para que ese comportamiento sea anticompetitivo es preciso, en primer lugar, que la diferencias cuantitativas sean mínimas. En segundo lugar, la coincidencia parcial ha de tener por causa el acuerdo o la concertación de los licitadores; no responder a otras razones justificadas, como costos, ahorros, conocimientos técnicos, uso de tecnologías o similares. La falta de identidad dificulta discernir si la variedad de ofertas es una táctica fraudulenta para ocultar la cartelización. Para su comprobación, las autoridades de Competencia - a falta de prueba directa- han de acogerse a las reglas de la prueba por presunciones, al modo de *Vacunas Antigripales*³⁰⁸.

³⁰⁷ *Agencias de Viaje*, p. 70.

³⁰⁸ Un indicio de colusión puede encontrarse en el súbito alejamiento de los precios por los miembros del cártel cuando otros operadores participan en el procedimiento de contratación. En el *cártel de la insulina*, seis empresas cartelizadas rotaron entre sí las adjudicaciones entre los años 2002 y 2009. La distancia entre sus ofertas económicas no excedió nunca del 1.5%. A mediados del año 2006, las posturas cayeron de manera dramática ante la entrada de un nuevo participante con una postura agresiva a la baja. Comisión Federal de Competencia (COFECE), Resolución de 15 de agosto de 2010, Expte. IO-003-2006, *Medicamentos licitados por el sector Salud*.

En *Materiales Radiactivos*, el TDC sancionó a cuatro empresas por incurrir en acuerdos de fijación de precios relativos a dos concursos convocados por el Hospital Gregorio Marañón en 2001 para el suministro de radiofármacos. Las denunciadas presentaron ofertas para determinados productos cuyos niveles de precios fueron idénticos o similares, acordaron un incremento similar en los precios de suministro de varios productos respecto a los de licitación, y ofrecieron precios superiores a los máximos de licitación, que fueron fijados en base a los de adjudicación del año anterior.

La resolución administrativa mantuvo el criterio adoptado en *Vacunas Antigripales*. Acreditada la identidad total o parcial de los precios, el análisis del segundo requisito de la prueba de presunciones demostraba la presencia de colusión. Por una parte, las ofertas eran secretas y se presentaron en sobres cerrados, lo que hacía “difícil creer que la identidad de comportamientos se produjera espontáneamente” e impedía una estrategia de tipo líder-seguidor. Por otra, no es admisible la justificación de la conducta con base en las decisiones del ente contratante, pues corresponde a este, como único comprador, definir los suministros requeridos y los precios de compra correspondientes. Son los oferentes quienes deben determinar sus ofertas en función de dichas condiciones³⁰⁹.

La Audiencia Nacional respaldó la resolución sancionadora³¹⁰. Pero no así el Tribunal Supremo que estimó los recursos de casación³¹¹. La posición del Alto Tribunal está definida por dos circunstancias. Primera, no procede aplicar ‘en bruto’ a las coincidencias parciales entre las ofertas la doctrina de la identidad de precios al modo *Vacunas Antigripales*. Segunda, en el caso enjuiciado el supuesto pacto colusorio no vendría constituido por la similitud de precios, sino por el hecho de que buena parte de las ofertas de los cuatro licitadores formularon excedieron el presupuesto de licitación³¹².

Estas dos circunstancias pueden explicar que los pronunciamientos del Tribunal Supremo distasen de los vertidos en *Vacunas Antigripales*. El Tribunal consideró que si la autoridad de competencia emplea la prueba de presunciones para lidiar con ofertas

³⁰⁹ RTDC de 22 de julio de 2004, Expte. 565/03, *Materiales Radiactivos*, pp. 9-10.

³¹⁰ SAN de 11 de abril de 2006, Rec. 467/04, SAN de 17 de abril de 2006, Rec. 468/04, SAN de 10 de mayo de 2006, Rec. 454/06 y SAN 23 de mayo de 2006, Rec. 466/04.

³¹¹ STS de 5 de octubre de 2009, Rec. casación 3556/2007, STS de 5 de octubre de 2009, Rec. casación 3984/2006.

³¹² STS de 5 de octubre de 2009, Rec. casación 3984/2006, F.J. 10.

parcialmente coincidentes (a) le será útil definir el mercado y (b) no debe centrarse únicamente en el primer elemento de esta prueba (la concertación de los precios basada en su identidad o parecido). Ha de examinar las demás circunstancias concurrentes, en particular los restantes criterios de adjudicación³¹³.

Las sentencias de casación entienden que la transparencia presente en la contratación pública es tan elevada que sirve de una explicación del paralelismo alternativa a la colusión. Los licitadores conocen el presupuesto y, una vez abiertas las plicas, también las ofertas de sus rivales. La comunicación de estos datos se reproduce en todas las licitaciones. Las mismas sentencias califican '*obiter dicta*' a la conducta como de escasa entidad, «*ocasional y episódica*», puesto que afectó a dos concursos convocados por un único hospital en un solo año³¹⁴.

La posición del Tribunal Supremo presenta dos puntos discutibles. En primer lugar, la circunstancia de que la decisión de la adjudicación tuviese en cuenta otros elementos de la oferta, no implica la inexistencia de un acuerdo de precios prohibido³¹⁵. En segundo lugar, los acuerdos de *price fixing* no se benefician de la exención legal prevista para los acuerdos de menor importancia en el artículo 5 LDC y 3 RDC.

En dos casos la coincidencia parcial de precios sirvió de táctica para instrumentar a nivel de licitación la rotación de ofertas como técnica colusoria principal. En *Nevasa II*, las propuestas ganadoras de las empresas de marmolistería que operaban en cementerios vallisoletanos distaban un 0'29%³¹⁶. En el *cártel de la insulina*, la distancia entre las ofertas económicas no excedió del 1'5 %³¹⁷.

2.2.4. Decisiones públicas que inducen comportamientos paralelos: *Ethicon*

Los pronunciamientos del Tribunal Supremo en los casos *Vacunas antigripales* y *Materiales radiactivos* poseen grados de rigidez muy diferentes acerca de si la identidad o similitud en los precios de las proposiciones económicas puede explicarse por razones distintas a la colusión.

³¹³ STS de 5 de octubre de 2009, F.J. 8 y 6.

³¹⁴ STS de 5 de octubre de 2009, F.J. 8.

³¹⁵ SAN de 12 de marzo de 2015, Rec. 703/2015, F.J. 5º (caso *Licitaciones de Carreteras*).

³¹⁶ RTDCCYL de 31 de octubre de 2012, Expte. TDC/SAN/2/2012, *Nevasa II*, p. 21.

³¹⁷ Comisión Federal de Competencia (COFECE), Resolución de 15 de agosto de 2010, Expte. IO-003-2006, *Medicamentos licitados por el sector Salud*.

Una de los supuestos más polémicos es si ciertas decisiones del ente contratante pueden ser causa eficiente de la identidad de precios y justificación objetiva del comportamiento paralelo de los licitadores. El problema se plantea en las reducciones de los presupuestos de licitación que colocan a estos de las licitaciones anteriores o por debajo de los precios de mercado o los equiparan al precio de adjudicación de licitaciones precedentes. Estas decisiones vienen motivadas por las políticas públicas que reducen el gasto público en los sectores sobre los que se proyecta la contratación pública. En la última década, la recesión económica ha agudizado tales medidas de tal forma que los presupuestos públicos han sido diezmados. Los entes contratantes se han visto obligados a reducir los presupuestos para la provisión de bienes y servicios, lo que obligó a bajar el precio de reserva por oferta, a veces drásticamente. Cuando esta reducción alcanza el punto más bajo, por debajo del cual los licitadores no obtendrán ganancias ni correrán el riesgo de incurrir en pérdidas, la tentación de igualar sus precios respectivos parece razonable. En casos como este, es posible que la identidad (casi) total en las ofertas económicas no responda al pacto o concierto entre los licitadores, sino a un comportamiento paralelo no colusorio.

Como arriba se expuso, el TDC rechazó en *Agencias de Viaje* que la fijación del presupuesto de licitación por debajo de los precios de mercado explique por sí sólo la identidad de las ofertas económicas. Con ello, apunta a que las decisiones del órgano de contratación sobre los importes de los precios máximos operan como causas de justificación.

En *Ethicon* la autoridad de competencia francesa llegó a otra conclusión³¹⁸. En 2001, las empresas Ethicon y Tyco fueron investigadas bajo cargos de manipulación de licitaciones y abuso colectivo de dominio en contratos de suministro de dispositivos para implantes de sutura y de ligaduras internas. Presuntamente habían presentado ofertas económicas idénticas a las licitaciones para el suministro de material de sutura utilizado en la cirugía digestiva. Los precios eran también idénticos a la tasa máxima de reembolso, que asumió el papel de precio de reserva en las licitaciones. Ambas empresas alegaron que las continuas reducciones de la tasa desde 1996 las llevaron a descartar descuentos y a alinear sus ofertas con los precios de reserva.

³¹⁸ Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Decisión n° 09-D-38 de 17 de diciembre de 2009, relativa à las *prácticas ejecutadas por las sociedades Ethicon SAS, Tyco Healthcare France y el Sindicato Nacional de Industrias de Tecnologías Médicas*.

La Decisión concluyó que ambas empresas habían sido inducidas por decisiones administrativas a adoptar comportamientos paralelos, que no implicaban colusión. Si la similitud de las dos empresas en términos de precio era indiscutible, debe señalarse que la conducta paralela no fue suficiente en sí misma para demostrar la existencia de un acuerdo anticompetitivo. En este caso, los cambios en la regulación tarifaria-consistentes en bajadas sucesivas de las tarifas de reembolso al adjudicatario, que alcanzaron el 25%- modificaron el funcionamiento del mercado y dieron a ambas empresas incentivos suficientes para modificar su comportamiento en paralelo. Por lo tanto, Ethicon y Tyco se vieron doblemente alentados a alinear sus precios con respecto a las instituciones públicas sobre la tasa máxima de reembolso: en primer lugar, este precio fue un punto focal para facilitar la adopción de una posición estratégica similar de ambas compañías; en segundo lugar, CEPS justificó repetidamente la nueva disminución de la tasa por el diferencial entre los precios del sector público y el sector privado, empujando mecánicamente a las dos empresas a cancelar este diferencial.

2.2.5. Ofertas económicas superiores al presupuesto de licitación

Para el Derecho de la contratación pública, que los pliegos de cláusulas administrativas particulares fijen numéricamente el presupuesto de licitación significa que las ofertas superiores a este son automáticamente excluidas. Para el Derecho de la competencia, que dos o más licitadores incurran en la conducta descrita podría adscribirse a las prácticas de fijación de precios (si el acento se pone en la inclusión colectiva de un importe inadmisibles) o de boicot (de atender al propósito de los licitadores y al resultado de su conducta). En ambos casos, la falta de prueba del acuerdo se subsana con la aplicación de la prueba de presunciones. Pero también puede ser entendido como un comportamiento autónomo, cuyo análisis excedería de las reglas del *price fixing* (*Materiales radiactivos*).

a) Boicot

Como se apuntó más arriba, las ofertas de cobertura (*cover bidding*) admiten múltiples variaciones. Su único elemento común es la presentación coordinada por uno o más licitadores de proposiciones económicas conscientemente destinadas a perder el contrato para favorecer la presentada por un miembro del cártel. Su tipo básico se resume en que las ofertas de cobertura tienen un importe superior al de la oferta

protegida. La evaluación de la oferta económica– en cuanto criterio de adjudicación- no depende de un juicio de valor, sino de la aplicación de fórmulas que deben favorecer al precio menor sobre el mayor (artículo 146 LCSP). Por ello, las ofertas de cobertura obtendrán necesariamente una puntuación inferior a la oferta protegida.

Si las ofertas de cobertura no sólo exceden de la protegida sino también del presupuesto de licitación (precio máximo) la citada ponderación no tiene lugar, pues aquellas son automáticamente excluidas del procedimiento de contratación. Será adjudicatario el licitador protegido si es el único que permanece en el procedimiento u obtiene mayor puntuación que los ‘outsiders’. El caso extremo se produce cuando los miembros del grupo colusorio son los únicos licitadores y todos ellos presentan ofertas superiores al precio máximo o combinan esta táctica con otros tipos de ofertas inadmisibles (presentadas fuera de plazo, con errores insalvables, anormalmente bajas etc.,).

Estas conductas no responden a un acuerdo (o práctica concertada) de fijación de precios (*price fixing*), dado que ningún miembro del cártel presenta una oferta viable, sino que todos serán expulsados del procedimiento. Su objetivo no es procurar que el cártel obtenga para uno de sus miembros la adjudicación del contrato a un precio elevado; si es posible, equivalente al presupuesto de licitación. El cártel busca evitar que se celebre un procedimiento de contratación en los términos previstos en los pliegos o sustituir el contrato por fórmulas no competitivas, como la adjudicación directa o el convenio de colaboración. Por ello, nos hallamos en el dominio de la colusión disruptiva. Las conductas deben adscribirse al boicot (inicial) a la licitación.

b) Materiales radiactivos

El TDC conoció de una denuncia presentada con ocasión de dos concursos convocados en el año 2001 por el Hospital Universitario “Gregorio Marañón” para el suministro de radiofármacos. La Dirección de Investigación estimó que cuatro empresas licitadoras incurrieron en tres conductas anticompetitivas: presentación de ofertas cuyos niveles de precios fueron idénticos o similares, incremento similar en los precios de suministro de varios productos respecto a los de la licitación e incremento de los precios ofrecidos sobre los presupuestos de licitación³¹⁹.

³¹⁹ *Materiales Radiactivos*, TDC, Hecho 1, p. 3.

La resolución estimó que las conductas citadas se incluyen en la categoría del *price fixing*. Al faltar la prueba directa del acuerdo sobre fijación de las ofertas económicas, el Tribunal acude a la prueba de presunciones para comprobar si aquellas constituían una práctica concertada. La conclusión es afirmativa porque se acreditan los indicios (ofertas idénticas o similares con incrementos similares y superiores a los precios máximos); su enlace preciso y directo con los hechos y la falta de cualquier otra explicación lógica alternativa de los hechos (la presentación de las ofertas en sobres cerrados hace «difícil de creer que la identidad de comportamientos se produjera espontáneamente»³²⁰).

El TDC abordó la tercera de las conductas. Consideró inadmisibles que las empresas presentasen ofertas económicas superiores al presupuesto de licitación, a sabiendas de que conllevaría la exclusión automática de los proponentes. Hasta en tres ocasiones mencionó la falta de lógica de este comportamiento, al que califica expresamente como «acuerdo de precios»:

«Cuando una empresa acude a una licitación trata de ser la adjudicataria y, sin embargo, las imputadas en este expediente, a pesar de considerar que los precios de licitación fijados por el Hospital eran inaceptables por ser demasiados reducidos, no se negaron a participar, sino que optaron por presentar ofertas muy superiores a los precios máximos fijados, lo que significaba su exclusión inmediata³²¹ (...), lo lógico hubiera sido no acudir a la licitación, pero no ofrecer todos simultáneamente precios muy superiores a los de licitación y en porcentajes de incremento muy similares³²² (...). Lo lógico en libre competencia, es acudir a un concurso a precios inferiores o como máximo iguales a los fijados por el demandante o bien no presentar oferta, pero las imputadas reaccionaron en este caso sustituyendo la libre competencia por un acuerdo de precios que forzara al Hospital a pagar precios más elevados»³²³.

³²⁰ *Materiales Radiactivos*, TDC, F. J. 2 y 3, pp. 8-10.

³²¹ *Materiales Radiactivos*, TDC, F. J. 7, pp. 11.

³²² *Materiales Radiactivos*, TDC, F. J. 8, pp. 11.

³²³ *Materiales Radiactivos*, TDC, F. J. 9, pp. 12.

La Audiencia Nacional ratificó íntegramente la resolución del TDC³²⁴. Pero no así el Tribunal Supremo, que estimó íntegramente los recursos presentados por las empresas sancionadas³²⁵. Dos razones explican que sentencia de casación corrigiese la dictada por la Audiencia Nacional (e indirectamente, la resolución del TDC). Por un lado, el TS entendió que la sanción no se basa tanto en la identidad de precios como en que todas las ofertas superaban el presupuesto de licitación. Por otro, el Tribunal examinó (y admitió) extremos menos valorados (o directamente desestimados) en las instancias anteriores³²⁶.

Las circunstancias determinantes para el TS fueron las siguientes: a) el Hospital fijó precios máximos para los concursos de 1998 y 1999 mayores que los fijados en los de 2001 y 2002; b) en casos anteriores se presentaron ofertas superiores al presupuesto de licitación; c) la contratación pública es un mercado muy transparente. Los licitadores conocen los precios de sus competidores debido a la participación en sucesivos procedimientos; d) el Hospital estableció un presupuesto de licitación anormalmente bajo respecto al de otros hospitales públicos y privados. Con ello, incumplió la obligación legal de fijarlo con arreglo al mercado (artículo 14.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Pública del año 2000); e) al frustrarse el concurso, el Hospital empleó su poder de mercado al acordar la prórroga de los contratos anteriores e iniciar un procedimiento negociado para la adjudicación; f) la oferta económica no tenía carácter preponderante para la adjudicación; g) en 7 de 17 lotes no hubo imputación de conductas colusorias; h) los dos concursos afectados representaban una parte «*ínfima*» del mercado; en concreto, el 1,8%³²⁷.

El Tribunal Supremo considera que estas ocho circunstancias justifican el comportamiento paralelo de los licitadores y son una «*explicación alternativa*» a la práctica concertada resultante de la prueba de presunciones. La doctrina de esta sentencia invita a que las autoridades de competencia alcancen su conclusión tras examinar todos los extremos concurrentes en las conductas – en particular los alegados

³²⁴ SAN de 11 de abril de 2006, rec. 467/2004, SAN de 17 de abril de 2007, rec. 468/04, SAN de 10 de mayo de 2007, rec. 454/04, SAN de 23 de mayo de 2007, rec. 466/04.

³²⁵ STS de 5 de octubre de 2009, rec. casación 3984/06, STS de 5 de octubre de 2009, rec. casación 315/08, STS de 5 de octubre de 2009, rec. casación 3556/07.

³²⁶ CUERDO MIR, MIGUEL, «Subastas y contratación administrativa desde la perspectiva económica del derecho de la competencia», en GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER, (Dir.), Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas, Thomson Reuters-Civitas, 2011, p. 342

³²⁷ CUERDO MIR, cit., pp. 342-343.

por las partes- además de los necesarios para articular la prueba de presunciones. Tiene particular importancia admitir la justificación fundada en que el órgano de contratación no fijó el presupuesto de licitación con arreglo al mercado. Parece imponer a las autoridades de competencia el deber de extender a las prácticas del artículo 1 LDC el deber de analizar el mercado con el grado de precisión exigido para el artículo 2 LDC³²⁸.

Los puntos de apoyo del TS admiten una doble crítica de carácter general. Por un lado, el comportamiento competitivo de las empresas presupone que sus movimientos son racionales. Y lo son cuando se guían por su interés a la hora de ejecutar operaciones comerciales. Pero no si coordinan sus comportamientos sin otro motivo que perjudicar a su cliente sin obtener un beneficio. Por ello, cuando un licitador estima que las condiciones impuestas por el órgano de contratación para participar en una licitación son perjudiciales o no rentables, la decisión razonable es abstenerse de tomar parte. En nada le aprovecha asumir los costes de participación si carece de toda posibilidad de obtener el negocio debido al exceso en su oferta. Además, el procedimiento de contratación ha sido diseñado para que presenten ofertas las empresas capaces de ejecutar el contrato público. Segunda, la presentación de ofertas inaceptables por los licitadores motivó la celebración de una licitación condenada al fracaso y fue causa de gastos y pérdidas de tiempo para el órgano de contratación, que hubo de avanzar en el procedimiento hasta llegar a la última fase (presentación de la oferta económica) en la que se descubrió la inviabilidad de las ofertas. Su oferta económica bloqueó el concurso, obligó al órgano de contratación a prorrogar el contrato anterior y a convocar un procedimiento (negociado) para adjudicar el nuevo contrato. Todo ello redundó en retrasos y perjuicios para los intereses públicos, en un sector tan sensible como la sanidad.

Partiendo de estas censuras generales. Los ocho argumentos citados son susceptibles de ser contradichos a título individual. En primer lugar, el carácter «*anormalmente bajo*» de los precios máximos fijados por el Hospital en los dos concursos de 2001 respecto de procedimientos anteriores (a) o en relación con otros hospitales públicos o privados (d) sólo debe ser juzgado si las partes demuestran que el importe del presupuesto de licitación justifica la decisión autónoma de no participar en el procedimiento (porque lo hace imposible, no rentable o antieconómico). A la

³²⁸ CUERDO MIR, cit., p. 344.

autoridad de competencia corresponde investigar la veracidad y suficiencia de esta justificación y que fue adoptada de forma individual. El ‘precio a pagar’ por un ente contratante que fija un precio máximo inaceptable para cualquier licitador potencial debe ser única y exclusivamente el fracaso del procedimiento, no la cooperación.

En segundo lugar, la sentencia de casación considera los antecedentes de ofertas superiores al presupuesto de licitación (b) sin ampararlas en el principio de confianza legítima. Si existiesen otras ofertas admisibles y viables, el órgano de contratación podría no haber percibido el carácter colusorio de las ofertas excesivas.

En tercer lugar, la transparencia de la contratación pública (c) puede explicar que las ofertas sean similares, pero no idénticas (sobre cerrado). Tampoco justifica que la coincidencia se produzca en el exceso sobre el precio máximo, que conlleva la expulsión de todos los licitadores. Si todos los licitadores tienen una idea bastante precisa de sus posibles proposiciones, el principio de racionalidad exige que se retiren los incapaces de hacer una oferta admisible y los restantes compitan entre sí con mayor intensidad.

En cuarto lugar, la prórroga del contrato vigente y la convocatoria de un procedimiento negociado (e) no son una manifestación del poder de mercado del órgano de contratación. Si bien forman parte de los privilegios o poderes exorbitantes que la LCSP otorga a los órganos de contratación, en la práctica constituyen cláusulas de salvaguarda y remedios últimos para evitar que la declaración de desierto del procedimiento de contratación en marcha paralice las actividades y servicios públicos.

En quinto lugar, aunque la oferta económica tenga menos peso que la técnica a la hora de adjudicar el contrato (f), es decisiva cuando supera el presupuesto de licitación, porque conlleva la exclusión automática del procedimiento de contratación.

Por último, la escasa entidad de los contratos afectados por la colusión [(g), (h)] sólo permite dejar sin sanción a la coordinación de ofertas por encima del precio máximo cuando esta conducta no se considera una práctica de fijación de precios. Esta última categoría está excluida de la exención reconocida a las conductas de menor importancia (artículo 5 LDC).

2.2.6. Ofertas técnicas de cobertura, idénticas o similares

Cuando los pliegos del procedimiento eligen el precio más bajo (subasta) como forma de adjudicación del contrato, la colusión sólo recae sobre él. Pero si optan por la oferta económicamente más ventajosa (antiguo concurso), al precio se unen otros criterios de adjudicación, comprendidos en la llamada «oferta técnica». En tal caso, la acción del cártel de licitadores puede incidir sobre una de ellas o sobre ambas. El mismo operativo necesario para la predeterminación de la oferta económica puede ser empleado por el cártel para concertar las ofertas técnicas de sus integrantes.

El empleo de ofertas técnicas de cobertura significa que todos los integrantes del cártel, excepto uno, presentarán una proposición inadmisibile o insuficiente para ser adjudicatarios. Ese ‘uno’ es el licitador seleccionado por el cártel para optar al contrato con posibilidades de éxito. Sus opciones dependerán en gran medida de que participen terceros ajenos al cártel y de la entidad de sus ofertas³²⁹.

La colusión debida a la identidad de ofertas técnicas comparte dos rasgos fundamentales con el *price fixing*: el uso de la prueba de las presunciones³³⁰ y la mayor dificultad para acreditar la coincidencia substancial que la identidad total. Cuando las ofertas técnicas de todos los licitadores son idénticas o muy parecidas, la adjudicación se hará al que presente la oferta económica más reducida, salvo que la diferencia encubra un acuerdo de precios.

Servizi di supporto sancionó un cártel constituido en Italia por cuatro grandes empresas de auditoría para un procedimiento de contratación único. Los licitadores coaligados presentaron ofertas técnicas sustancialmente similares en todos los lotes. Las ofertas económicas fueron diferentes pero encubrían un acuerdo de precios. Los miembros del cártel pactaron los descuentos sobre el presupuesto de licitación. En cada lote, la oferta ganadora rondaría el 30-35% de descuento, mientras que las perdedoras

³²⁹ Para un análisis de la influencia que los ‘outsiders’ tienen en el éxitos de los cárteles, ver MOORE, JOHN, «Cartels Facing Competition in Public Procurement: An Empirical Analysis», Chaire Epp, *EPPP DP* No. 2012-09, 11 de octubre de 2012, http://chaire-eppp.org/files_chaire/moore_2013_-_cartels_facing_competition.pdf. El número de firmas externas es un determinante significativo de que los cárteles presentes en la contratación pública rebajen sus ofertas; en cuyo caso no tiene un impacto significativo en las probabilidades de que los cárteles se adjudiquen contratos. Por ello, las políticas destinadas a estimular la entrada de pequeñas empresas en el mercado pueden tener un efecto positivo en el bienestar social, especialmente cuando se sospecha un esquema colusorio,

³³⁰ RCDCA, de 5 de mayo de 2016, S/06/2016, *Alta Partners Capital SGECR* y *Albia Capital Riesgo SGECR*, p. 40.

bajarían sólo entre un 10-15%³³¹. La suma de ambos pactos era instrumental del reparto de mercados, pues tenía por objetivo que cada entidad mantuviese en la licitación sus clientes y territorios³³².

En *Facto y Salcoa*, las empresas homónimas alegaron que la identidad de la oferta técnica estaba justificada porque ambas encargaron por separado la redacción de la documentación técnica al mismo estudio de arquitectura. Además firmaron por separado un documento en el que se comprometían en encargarle la redacción de los proyectos si eran adjudicatarios. Sin embargo, en la investigación las partes no aportaron dicho documento y se demostró que el personal del estudio actuó indistintamente en nombre de Facto y Salcoa. En consecuencia, la sanción alcanzó a ambos licitadores (como autores) y al estudio de arquitectura (como licitador)³³³.

Las autoridades de competencia ha sido tajantes en la equiparación de la responsabilidad de este tipo de acuerdos con los pactos sobre precios. La identidad de las ofertas técnicas, sea total o substancial, equivale a la presentación de una única oferta y, por tanto, a la participación de dos o más empresas como un único licitador³³⁴. Ello implica la ruptura del principio de competencia y la consiguiente imputación de la responsabilidad *antitrust* por objeto³³⁵. Esta conclusión no padece por el hecho de que los efectos reales de la conducta sean mínimos. El cártel será sancionado aunque en la licitación participen muchos otros licitadores y haya sido otro el adjudicatario («outsider»)³³⁶.

2.3. Pagos compensatorios

La estabilidad y supervivencia de un cártel de licitadores depende de que sus miembros estimen su lealtad y permanencia más beneficiosa que la traición y el

³³¹ Autorità garante della Concorrenza e del Mercato RAGCM, de 18 de octubre de 2017, procedimiento 26815, 1796 *Servizi di supporto e assistenza tecnica alla pa nei programmi cofinanziati dall'UE*, apartados 4 y 232.

³³² *Servizi di supporto*, apartados 60-63.

³³³ RCDCA, S/08/2015, de 14 de octubre de 2015, *Facto y Salcoa*, pp. 17 y 20.

³³⁴ RCDCA, de 5 de mayo de 2016, S/06/2016, *Alta Partners Capital SGEGR y Albia Capital Riesgo SGEGR*, p. 32.

³³⁵ *Servizi di supporto*, apartado 205, *Alta Partners*, p. 38, *Facto y Salcoa*, p. 37

³³⁶ En *Servizi di supporto*, un licitador ajeno al cártel presentó una oferta económica más agresiva que los miembros del cártel y obtuvo mayor puntuación en su oferta técnica (apartado 206). En el procedimiento de contratación investigado en *Facto y Salcoa* participaron otras 14 empresas. De no haberse presentado la oferta de Salcoa, Facto hubiera mantenido la adjudicación del concurso (p. 34).

abandono. Los procedimientos de contratación imposibilitan que todos los licitadores cartelizados sean adjudicatarios del contrato (salvo que constituyan una asociación de empresarios). Por ello, la satisfacción de los miembros perdedores se persigue a través de vías indirectas de compensación contractuales y extracontractuales. En las primeras, el resarcimiento a los licitadores no adjudicatarios se verifica en el mismo contrato (subcontratación) o en contratos diferentes (rotación de ofertas). En las segundas, los miembros alcanzan arreglos privados fuera de la contratación pública.

Entre las fórmulas indirectas de resarcimiento ocupan un lugar destacado los pagos compensatorios o de indemnización entre los licitadores (*compensation payment arrangements*). Como en las ofertas de cobertura, *Bid rigging in the construction industry* realizó un análisis pormenorizado de esta figura, la cual:

«(...) ocurre cuando dos proveedores preparan y presentan sus propias ofertas, pero pactan que la parte ganadora abonará a la perdedora una suma acordada de dinero, a menudo expresada por las partes como un pago para compensar los costos de licitación. A diferencia del pago compensatorio complementario de las ofertas de cobertura, el pago compensatorio autónomo presupone que los dos proveedores no conocen la identidad de la parte ganadora al momento de celebrar el acuerdo de compensación»³³⁷.

En los arreglos para realizar pagos de compensación, los licitadores manifiestan su intención de condicionar un pago a la adjudicación de la licitación. En algunos casos, también divulgan detalles sobre el nivel de sus ofertas y/o acuerdan expresamente que uno o más participantes incluirán en sus ofertas el importe del pago compensatorio pactado. En tales casos, el arreglo reduce el nivel de incertidumbre ínsito a la contratación pública y reduce la competencia por el mercado. Independientemente de si existe o no un acuerdo expreso sobre el nivel de compensación y sobre la obligación de pagar, puede presumirse que el arreglo influye en la conducta de los licitadores en el procedimiento de contratación en una dirección diferente a la que resultaría de las condiciones normales del mercado. En concreto, en el nivel de riesgo asumido por cada parte al hacer una oferta y en la formulación de un precio de oferta final³³⁸.

³³⁷ *Bid rigging in the construction industry*, III.139, p. 371.

³³⁸ *Bid rigging in the construction industry*, III.140, p. 372.

Al igual que en la subcontratación y la rotación de ofertas, la finalidad compensatoria no excluye que estos arreglos constituyan acuerdos o prácticas concertadas entre operadores que debieran competir por el mismo contrato. En cuanto tales, la resolución estudiada los considera restricciones por objeto. Al pactar el pago de una compensación, los participantes evitan los riesgos de la competencia al recuperar los costes nacidos de presentar una oferta infructuosa. Al comunicarse de esta manera, distorsionan a sabiendas el proceso de licitación normal en el que cada oferta se formularía independientemente, ya que no pueden dejar de tener en cuenta la obligación de pagar, o la posibilidad de recibir el pago, al participar en el proceso de licitación (incluso en ausencia de un acuerdo expreso para agregar el monto del pago a sus precios de oferta)³³⁹.

3. Acuerdos para el reparto de mercados

3.1. Consideraciones generales

Los acuerdos de reparto del mercado incurren en la prohibición prevista en el artículo 1.1.c) LDC y 101.1.c) TFUE. Son susceptibles de asignación concertada tanto los mercados geográficos, los clientes públicos, diferentes licitaciones o cada procedimiento singular (si está dividido en lotes).

3.1.1. ¿Figura secundaria?

La importancia del factor ‘precio’ en las relaciones comerciales acentúa la importancia de los acuerdos sobre las ofertas económicas sobre los de reparto de mercados³⁴⁰. La OFT ha concluido que la colusión en la contratación pública es un tipo de *price fixing*. En ocasiones, el reparto de mercados (*market sharing*) fue tratado como mera alternativa al *price fixing*³⁴¹. Sin embargo, aquellos no son subsidiarios e instrumentales de estos. En realidad, constituyen el objetivo principal y el tipo básico de

³³⁹ *Bid rigging in the construction industry*, III.144, p. 374.

³⁴⁰ BELLEFLAMME, PAUL, BLOCH, FRANCIS, «Market sharing agreements and collusive networks», *International Economic Review*, mayo de 2004, Volumen 45, nº. 2, p. 387.

³⁴¹ IRISH COMPETITION AUTHORITY, *Cartel Watch. Competition Authority Guidelines on Cartels: Detection and Remedies*, 1999.

los cárteles duros (*hardcore cartels*) en la contratación pública³⁴². Por ello, son restricciones de la competencia por objeto³⁴³. Los caracteres citados se acentúan cuando el acuerdo de reparto son exitosos e impiden la entrada de otros operadores, cierran el mercado y hacen la competencia imposible³⁴⁴.

La Disposición Adicional cuarta, apartado segundo de la LDC reconoce la importancia de estos acuerdos en la definición de cártel. Así, (1) cita separadamente las prácticas de fijación de precios y las de manipulación de ofertas; y (2) sitúa el reparto de mercados como categoría general de estas últimas.

No obstante, *price fixing* y *market sharing* presentan características diferentes. En cuanto técnicas colusorias, pueden adoptarse de forma alternativa, si bien se emplean conjuntamente en no pocas ocasiones (Tabla V).

Tabla V. Relación entre el *price fixing* y el *market sharing*

Price fixing	Market sharing
Necesariamente ligada a cada licitación	Diferentes niveles: lotes, licitación, clientes y mercados geográficos
Técnica colusoria	Objetivo final, tipo y técnica colusoria
Recae sobre el presupuesto de adjudicación ('precio del contrato')	Recae sobre la asignación o distribución de lotes, licitaciones, clientes o mercados geográficos
Aplica (sub-)técnicas colusorias ligadas al precio del contrato	Aplica gran variedad de (sub-)técnicas colusorias; el <i>price fixing</i> entre ellas.

3.1.2. Principio de respeto al cliente preestablecido

En múltiples casos, el pacto de no competencia en el que consiste todo reparto de mercados busca cocinar una 'tarta común' y distribuir sus porciones entre los miembros del cártel. En otros, las cuotas individuales están ya predeterminadas, por lo que el

³⁴² Sobre su mayor utilidad para el cártel frente al *price fixing*, ver MARSHALL, ROBERT, MARX, LESLIE, *The Economics of Collusion*, The MIT Press, 2012, p. 50.

³⁴³ Sobre el carácter de restricción por objeto de los cárteles de reparto de mercado en las licitaciones públicas, ver *Rodamientos Ferroviarios*, p. 59 y ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS, «Prescripciones *off-label* y Derecho de la Competencia», en almacenederecho.org, 7 de febrero de 2018, <http://almacenederecho.org/prescripciones-off-label-derecho-la-competencia/>.

³⁴⁴ RACCO, de 25 de noviembre de 2014, Expte. 40/2011, *Servicios funerarios del Llobregat*, p. 29.

objetivo principal de sus miembros será (a) la conservación total o parcial de las porciones - territorios o entidades contratantes- que cada miembro controlaba en la fecha de constitución del grupo colusorio; (b) la asignación exclusiva de los ganados por el cártel con posterioridad a su constitución.

Esta reserva de clientes se ajusta al «*principio del mercado propio o del cliente preestablecido*» conforme al cual cada licitador limita su radio de acción (a) a aquellos territorios o clientes que aquel considera ‘suyos’ (y que el grupo acepta como tales); o (b) a los que están libres del cártel (salvo que este haya decidido otra forma de reparto). Un cártel de esta naturaleza tiene como principio rector el reconocimiento mutuo de las respectivas esferas de influencia o zonas de actividad de sus miembros. Su objetivo prioritario es preservar la situación existente en interés de todos sus miembros (*status quo ex ante*)³⁴⁵. A pesar de su aparente rigidez, este tipo de cárteles pueden expandirse tanto como se desee. El único requisito para su estabilidad es la no intromisión en los clientes o territorios ajenos.

Tubos pre-aislados es un ejemplo palmario. El cártel comenzó sus actividades en 1991 como reparto de clientes públicos limitado al mercado nacional danés con la finalidad de no compartir las licitaciones con los entes contratantes previamente ‘captados’ por sus integrantes (denominados «clientes establecidos»). Casi simultáneamente, se expandió a nueve estados europeos, mutando en un reparto de mercados geográficos. A nivel transnacional, el respeto al cliente establecido era la precondition para que el acuerdo colusorio operase en cada licitación. Para la mayor parte de los proyectos se designaba al proveedor tradicional «favorito»; los demás productores debían abstenerse de presentar ofertas, o bien ofrecer precios «de protección» más altos, a fin de garantizar que el contrato se adjudicaría al favorito. En los proyectos importantes, susceptibles de recibir varios proveedores, los productores que normalmente abastecieran al cliente presentarían ofertas y compartirían el contrato³⁴⁶.

Cuando el mismo contrato se repite en el tiempo, es racional que el contratista incumbente esté en condiciones de confeccionar ofertas ganadoras frente a los restantes

³⁴⁵ Decisión de la Comisión, de 19 de diciembre de 1990, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/33.133-A: *Ceniza de sosa - Solvay, ICI*)

³⁴⁶ *Tubos Pre-aislados*, apartado 68. En relación a la doctrina comunitaria sobre el reparto destinado a los clientes 'tradicionales', ver FAULL & NIKPAY, pp. 1040-1041.

licitadores. El *learning-by-doing* sugiere que un incumbente eficiente puede hacer valer su experiencia en la ejecución del contrato y el conocimiento del ente contratante para adaptar sus ofertas económica y técnica a las necesidades de aquel. En particular, le permite calcular con mayor precisión que sus rivales los costes de prestación del servicio. Estas ventajas conforman la prima del contratista actual (*incumbent premium*) y explicarían que gane sucesivos negocios futuros, en los que sus rivales presentan ofertas peores (por ejemplo, más cara). Pero la reiteración en este tipo de comportamientos en varios procedimientos atrae la sospecha fundada de colusión por reparto de licitaciones o de lotes a través de ofertas de cobertura³⁴⁷. Así sucedió en *Comedores Escolares*, donde los licitadores aplicaron un esquema de ofertas de cobertura en las licitaciones convocadas en los años 2003, 2005 y 2008. Cada uno presentó su oferta más competitiva al mismo lote en todas las convocatorias; por lo general, aquel que le había sido adjudicado en las licitaciones precedentes. Para la Autoridad Vasca de Competencia, la prueba de la colusión se encontraba en la unanimidad de este comportamiento, adoptado por todos los licitadores en todas las convocatorias:

«(...) en un mercado realmente competitivo no es creíble que, a falta de concertación, las empresas que pueden presentar más ofertas que las que efectivamente presentan sigan licitando exclusivamente en los lotes en que tradicionalmente lo venían haciendo. Del mismo modo no resulta verosímil que, en defecto de concertación, todas las empresas hayan siempre elegido en los dos cursos escolares afectados por esta práctica el lote en que tradicionalmente venían prestando el servicio»³⁴⁸.

El cártel dominante sancionado en *Rodamientos Ferroviarios* empleó el criterio del «suministrador histórico» a la hora de manipular las licitaciones divididas en lotes³⁴⁹. En *Mudanzas Internacionales*, el reparto del mercado siguió las reglas del denominado ‘Acuerdo de mudanzas’. Este texto imponía a los coaligados respetarse

³⁴⁷ La autoridad de competencia de Corea del Sur empleó la prima del incumbente a título de *screening* conductista para investigar la colusión en las subastas de obras públicas locales desde 1995. Ver KWON LEE, IN y HAHN, KYUNG DONG, «Bid-Rigging in Auctions for Korean Public-Works Contracts and Potential Damage», *Review of Industrial Organization*, 21, 2002, Kluwer Academic Publishers, pp. 73-88.

³⁴⁸ *Comedores escolares*, apartado 84.

³⁴⁹ RCNMC, de 4 de diciembre de 2014, S/0453/12, *Rodamientos ferroviarios*, p. 14

mutuamente ciertos clientes³⁵⁰. De los hechos narrados por esta resolución se deduce que el boicot repetido de licitaciones por todos los licitadores excepto por los incumbentes ofrece un indicio sólido de colusión. Sin embargo, ha de demostrarse que la no presentación de las ofertas responde a la acción cartelaria, no a la libre actuación de los operadores económicos (paralelismo de comportamientos no concertado)³⁵¹.

Las resoluciones analizadas se subdividen en dos categorías, según que el cártel pretenda mantener la situación previa a su constitución [p.ej., *Tubos preaislados*, *Renfe Operadora*³⁵², *Planta Enfriadora*³⁵³] o la existente en licitaciones anteriores [*Gare RCA per trasporto pubblico locale*³⁵⁴, *Construcciones Modulares y Transporte Balear de Viajeros*].

En *Construcciones Modulares*, dos empresas (ALGECO y DRAGADOS) alcanzaron en 2008 un pacto de no agresión respecto a la asignación de las licitaciones del servicio de traslado de módulos escolares de colegios públicos respecto de los concursos convocados por el Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos. Para aquellas licitaciones en las que ALGECO estaba interesada DRAGADOS ofrecía un descuento mínimo y viceversa³⁵⁵. Las empresas participantes en el cártel sancionado en *Transporte Balear de Viajeros* se repartieron en el seno de su

³⁵⁰ «(...) habitualmente si (i) un determinado cliente había realizado una mudanza anterior con una empresa del Acuerdo o (ii) si una empresa del Acuerdo había presupuestado inicialmente uno de los tres presupuestos aportados por el cliente o (iii) un interesado en un traslado manifestaba interés por realizarlo con una empresa de mudanzas, en cuyo caso esa empresa del Acuerdo lo comunicaba directamente a otras empresas del Acuerdo, las cuales realizaban las comprobaciones oportunas para verificarlo», *Mudanzas Internacionales*, p. 71. El principio del respeto al cliente establecido se mantuvo y trató (infructuosamente) de imponer nuevos requisitos con el fin de reaccionar contra la falta de competencia (como solicitar de forma aleatoria un cuarto presupuesto a otra empresa en los contratos menores).

³⁵¹ Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, RAGCM, de 25 de marzo de 2015, procedimiento 25382, 1744, *Gare RCA per trasporto pubblico locale*, apartados. 184, 185, 190, 193. El respeto al cliente preestablecido llega al extremo de que los restantes licitadores no presentan ofertas aunque los incumbentes se abstuviesen de participar en el procedimiento. Este comportamiento fue calificado de «irracional» por la Autorità, apartados. 200, 208.

³⁵² En *Renfe Operadora*, la CNMC sancionó a la empresa pública homónima y a su principal competidor en los mercados españoles de transporte de mercancías por ferrocarril (Grupo Transfesa). Ambos rivales celebraron acuerdos recíprocos de subarriendo de locomotoras., cuya única finalidad era la de repartirse el mercado y mantener el status quo existente antes de la liberalización del transporte ferroviario de mercancías, RCNMC, de 28 de febrero de 2017, Expte. S/DC/0511/14, *Renfe Operadora*, pp. 58 ss.

³⁵³ RCDCA S/02/2016, de 9 de febrero de 2016, *Contratación de Planta Enfriadora-Recuperadora de Climatización*, p. 48.

³⁵⁴ Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, RAGCM, de 25 de marzo de 2015, procedimiento 25382, 1744, *Gare RCA per trasporto pubblico locale*.

³⁵⁵ RCNMC, de 3 de diciembre de 2015, Expediente S/0481/13, *Construcciones Modulares*, p. 62.

Federación las rutas ofertadas por la Consejería de Educación Balear y, en cumplimiento de dicho acuerdo, presentaban ofertas únicamente respecto de las rutas/zonas asignadas, con el fin de mantener el reparto de rutas y zonas ajustándose al precio máximo de licitación fijado por dicha Consejería o presentando una baja mínima (en algún caso de un céntimo)³⁵⁶.

El principio de asignación al cliente preestablecido está relacionado con el reparto de mercados como objetivo principal de los cárteles en la contratación pública. Muy probablemente, las resoluciones que no sancionan prácticas expresas de reparto o las consideran accesorias a otras prácticas colusorias – principalmente *price fixing*- se hallen ante casos en los que los miembros del cártel respetan sus clientes tradicionales o asignados en licitaciones precedentes³⁵⁷.

3.1.3. Dominio del mercado de demanda por las entidades contratantes

Cuando un ente contratante dispone de poder de compra sustancial en un mercado pueden producirse – incluso de forma simultánea- dos situaciones paradójicas. Por una parte, la capacidad de un cártel de reparto se ve limitada por el (super-) dominio o monopsonio del cliente público. Por otra, la práctica de las autoridades de competencia demuestra que, en caso de pugna entre un cliente público dominante y cártel de reparto dominante, este último puede vencer con facilidad y distribuir el mercado entre sus integrantes³⁵⁸.

En primer lugar, cuando la entidad pública contratante es monopsonista, el reparto de clientes se torna imposible. Pero el cártel puede acudir a los otros tres tipos (reparto geográfico, de licitaciones y de lotes). En la medida en la que aquella sea menos dominante, los licitadores estarán en condiciones de incluirla entre las víctimas del reparto, al lado de los restantes demandantes del producto o servicio.

³⁵⁶ RCNMC, de 9 de marzo de 2017, Expte S/DC/0512/14, *Transporte Balear de Viajeros*, p. 75

³⁵⁷ En *Avitrans*, la Autoridad de Competencia del País Vasco observó que «Los acuerdos de fijación de precios de AVITRANS se han acompañado de un acuerdo de reparto de mercado. Este acuerdo se ha instrumentado a través de una suerte de adscripción o «pertenencia» de los servicios a cargo del transportista que los viniera realizando en el pasado», RAVC, de 27 de diciembre de 2017, Proyecto LEA/AVC no 130-SAN-2016, pp. 53-54.

³⁵⁸ Ver epígrafe 2.5 de este Capítulo («Cártel con fuerte poder de mercado»).

En segundo lugar, cabría suponer que el poder de mercado de los entes contratantes monopsonistas o (super) –dominantes sumado a las prerrogativas que la normativa de contratos públicos reconoce al sector público se bastan y sobran para impedir el éxito de los cárteles dominantes en la contratación pública. En la práctica existen ejemplos que demuestran lo contrario. Quizás el más significativo es *Rodamientos Ferroviarios*³⁵⁹.

Frente a un cártel de reparto de licitaciones y de lotes se hallaba RENFE, cliente casi monopsonista, puesto que copaba un 85% del mercado español de rodamientos ferroviarios. Sin embargo, las importantes barreras de entrada (necesaria homologación de los productos) causaban que el mercado de oferta era un oligopolio estrecho: tan sólo cuatro posibles licitadores, de los cuales SKF poseía una cuota del 40%. Por ende, todos ellos eran miembros del cártel (monopolio de oferta) y operaban bajo la égida de SKF, cuyo control interno y modelo de organización del grupo colusorio no eran discutidos³⁶⁰.

De este caso cabe deducir que un cártel estable y unido, que ocupe la (práctica) totalidad del mercado de oferta está en condiciones de imponer el reparto de mercados a un cliente público monopsonista, salvo que este logre deshacerse del abrazo de aquel y amplíe el número de licitadores.

3.1.4. Estabilidad del cártel

En cuanto técnica colusoria, el reparto de mercados une a su objetivo principal - la eliminación de los licitadores terceros - un cometido interno: la supresión de la competencia dentro del cártel de licitadores por medio de la asignación de clientes o territorios a cada uno de sus miembros. Por lo tanto, esta técnica favorece la estabilidad (y durabilidad) del grupo colusorio, siempre que (a) el reparto sea equilibrado y/o (b) que todos los integrantes lo perciban así. En caso contrario, la asignación inequitativa sirve de incentivo a los licitadores descontentos para abandonar el cártel si con ello aumentan sus posibilidades de obtener un ‘trozo mayor del pastel’.

³⁵⁹ También cabe citar los casos *Munters* y *Transporte Balear de Viajeros*.

³⁶⁰ *Rodamientos ferroviarios*, pp. 10, 12, 16 y 29.

3.1.5. Licitadores pertenecientes a un grupo de empresas

a) *El privilegio de grupo*

La prohibición de prácticas colusorias alcanza exclusivamente a las relaciones entre operadores económicos capaces de competir entre sí. Pero no a los acuerdos o prácticas concertadas entre entidades pertenecientes al mismo grupo si no forman una unidad económica. Dos o más empresas forman un mismo grupo (*single economic unit*) cuando las filiales (*subsidiaries*) no gozan de autonomía real e independencia económica para determinar el curso de su acción en el mercado, sino que ejecutan las instrucciones dadas por la matriz (*parent company*). En tal caso, las conductas del grupo no caen en el ámbito de actuación de los artículos 101 TFUE o 1 LDC, sin perjuicio de que sean aplicables los artículos 102 TFUE o 2 LDC si ostentase posición de dominio³⁶¹.

Determinar si existe privilegio de grupo o acuerdo (colusorio) exige definir si la matriz ejerce de hecho una influencia decisiva sobre las otras empresas de forma que estas no gozan de autonomía real e independencia económica entre sí y respecto de la matriz. El test aplicado por la jurisprudencia comunitaria emplea una pluralidad de factores: la composición del órgano de administración, el grado de influencia de la matriz sobre las filiales, la vinculación de éstas a las órdenes de aquella o los beneficios obtenidos por la matriz de la actividad económica de las filiales³⁶².

El dato más obvio es el grado de participación de la matriz en el capital de la filial. Cuando alcanza el 100%, concurre una presunción *iuris tantum* (*rebuttable presumption*) de que la matriz ostenta una influencia decisiva sobre la filial y de que la ejerce de hecho³⁶³. Corresponde desvirtuar la presunción únicamente a la sociedad

³⁶¹ STJCE de 25 de noviembre de 1971, *Béguelin Import c. GL Import-Export*, apartado 8, STJCE de 24 de octubre de 1996, *Viho Europe BV c. Comisión*, apartados 16 y 17.

³⁶² STJUE de 29 de septiembre de 2011, C-521/09 P, *Elf Aquitaine*, apartado 58. *Viho* señaló como factores a tener en cuenta: la titularidad del 100% del capital social, que las ventas y las actividades de marketing de las filiales son dirigidas por un equipo nombrado por la matriz y que controlaba los objetivos de ventas, los márgenes brutos, los costes, el flujo de caja y las existencias. La matriz decide los productos comercializados, controla la publicidad y emite directrices sobre los precios y descuentos. JONES, ALLISON y SUFFRIN, BRENDA, *cit.*, p. 125. WHISH, RICHARD y BAILEY, DAVID, *Competition Law, cit.*, p. 97.

³⁶³ No es necesario que la prueba aportada por la matriz sea irrefutable (STJUE de 29 de septiembre de 2011, C-520/09 P, *Arkema*, apartado 17). Una visión crítica del funcionamiento de esta presunción se encuentra en DÍAZ ESTELLA, FERNANDO, y PÉREZ FERNÁNDEZ, PATRICIA, «Problemas derivados de la atribución europea de responsabilidad a las sociedades matrices por los ilícitos

matriz propietaria de «*la totalidad o casi totalidad*» del capital de su filial³⁶⁴. Para ello, debe aportar pruebas de todo elemento relativo a los vínculos organizativos, económicos y jurídicos existentes entre ella y su filial que puedan demostrar que no constituyen una única entidad económica³⁶⁵.

Cuando el porcentaje se reduce es más importante el examen del caso concreto. El criterio fundamental es si el titular minoritario controla efectivamente a la otra empresa³⁶⁶. En algún caso fue admitido el privilegio de grupo³⁶⁷. El Tribunal de la ACCO no consideró la aplicación del privilegio de grupo en *Alumbrado público de Canovelles*. Se trataba de un caso de *bid rigging* por intercambio colusorio de información entre tres sociedades, dos de ellas licitadoras en un mismo procedimiento, que participan en un 50% en el capital social de la tercera (ese caso es objeto de estudio en el epígrafe dedicado a los intercambios de información anticompetitivos)³⁶⁸.

anticompetitivos de sus filiales de *Stora* a *Portielje*, pasando por *Akzo Nobel* y *Elf-Aquitaine*», *Anuario de la Competencia 2013*, Fundación ICO–Marcial Pons, pp. 7-44. La sociedad matriz no responde siempre y en toda su extensión ante los tribunales civiles de los daños causados por las filiales, en opinión de CONTRERAS DE LA ROSA, ISABEL, «La responsabilidad por daños de la matriz por conductas anticompetitivas de su filial», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, N° 19, Segundo semestre de 2016, (formato LaLeyDigital.com).

³⁶⁴ STJUE de 10 de septiembre de 2009, C-97/08 P, *Azko Nobel*, apartado 63.

³⁶⁵ STJUE de 16 de junio de 2016, C-155/14 P, *Evonik Degussa*, apartados 31 y 32, STJUE de 20 de enero de 2011, C 90/09 P, *General Química y otros/Comisión*, apartado 51. En un artículo publicado a raíz de *Elf Aquitaine*, Hernández Rodríguez observó que «*Parece que en esta materia se ha instaurado una especie de “gatekeeper liability” en la que se hace responsable a la matriz de las conductas anticompetitivas de su filial no tanto por haber participado en ellas aunque sea de forma indirecta como por no haberlas evitado . El establecimiento de un mecanismo de “gatekeeper liability” implicaría que podrían exonerarse aquellas empresas que hubiesen implantado programas adecuados de cumplimiento en el seno del grupo . Sin embargo tras la doctrina establecida en los casos “Akzo” y “Química” lo que la matriz tiene que probar es que no tiene ningún tipo de vínculo funcional con su filial mientras que la existencia de un programa de cumplimiento es un vínculo que confirmaría que estamos ante una entidad económica única y por lo tanto, la matriz podría ser sancionada por la conducta de su filial*», HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, FRANCISCO, «La determinación de la responsabilidad de la sociedad matriz por conductas anticompetitivas realizadas por una filial: ¿de vuelta al buen camino? Comentario de la STJUE de 29 de septiembre de 2011, ‘Elf Aquitaine contra Comisión Europea’» *Revista Deloitte News*, n° 67, 2012, p. 50.

³⁶⁶ WHISH, RICHARD y BAILEY, DAVID, *Competition Law*, cit., p. 98.

³⁶⁷ En la STG de 13 de diciembre de 2013, *Holding Slovenske elektrane doo* (HSE) la participación de la matriz (HSE) en la otra empresa era del 74%. En la STG de 12 de julio de 2011, T-132/07, *Fuji*, la titularidad del 30% del capital social, sumada a la representación en el órgano de administración y a otros vínculos convencieron al Tribunal de que el accionista minoritario controlaba a la otra empresa (apartados 183 y 184). Ver también, JONES, ALLISON y SUFFRIN, BRENDA, cit., p. 125

³⁶⁸ *Alumbrado público de Canovelles*, cit., antecedente de hecho 17.2. En *Dow Chemical*, el Tribunal de Justicia señaló que cuando una *joint venture* infringe el artículo 101 TFUE y dos compañías matrices ejercen una influencia decisiva y poseen un 50% de participación en aquella, las tres entidades constituyen una sola empresa. Ahora bien, la autoridad de competencia (la Comisión en este caso),

b) En la contratación pública

La asignación de responsabilidad por comportamientos anticompetitivos a los licitadores integrados en un mismo grupo y que participan en procedimientos de contratación pública dependerá de la autonomía de las sociedades filiales respecto de la matriz³⁶⁹. El comportamiento infractor de una filial se imputa a la sociedad matriz, aunque aquella tenga personalidad jurídica separada, cuando la filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte la matriz, teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades jurídicas³⁷⁰.

A esta conclusión llegó la Autoridad Vasca de la Competencia en *Auzo Lagun*. Dos empresas del mismo grupo (*Auzo Lagun* y *Magui*) presentaron ofertas muy parecidas a la adjudicación de un lote del contrato de catering en colegios públicos vascos. *Auzo Lagun* es la sociedad matriz de un grupo y ostenta la titularidad del 99,98 % capital social de *Goñi*. A su vez, el capital social de *Magui* está dividido entre *Goñi* (99,98%) y la propia *Auzo Lagun* (0,02%). Por lo tanto, la matriz, de forma directa o indirecta, tiene el control absoluto de la filial. La autoridad vasca no examinó la relación estructural entre ambas empresas, algo que ya había hecho en una decisión precedente (*Comedores Escolares*, apartado 24). Pero el privilegio de grupo aparece implícitamente en la resolución, pues motivó que la Autoridad fuese comprensiva con el ejercicio de una competencia menos agresiva entre dos integrantes del grupo³⁷¹.

En el caso de que las sociedades del grupo posean autonomía frente a la matriz y la ejerciten a la hora de participar en los procedimientos de contratación, quedan

debe aportar pruebas bastantes de la existencia y ejercicio de la influencia decisiva, que no se presume en absoluto, STJUE de 26 de septiembre de 2013, C-179/12 P, *Dow Chemical*, apartado 58.

³⁶⁹ La normativa de contratación nacional y/o los pliegos de cláusulas administrativas particulares deben imponer expresamente a las sociedades del mismo grupo la obligación de comunicar su participación independiente en un procedimiento de contratación. De no existir esta previsión explícita, «los licitadores vinculados entre sí, que presenten ofertas separadas a un mismo procedimiento, no están obligados a comunicar, por propia iniciativa, sus vínculos al poder adjudicador», STJUE de 17 de mayo de 2018, C-531/16, *Šiauliy*, apartado 40.

³⁷⁰ *Azko Nobel*, apartadoS 58-59 y STCE de 4 de mayo de 1989, 30/87, *Bodson*, apartado 19.

³⁷¹ «(...) es lógico que las empresas no realicen el mismo esfuerzo en todas sus ofertas; al contrario, su oferta será más agresiva en aquellos lotes en los que considere que tiene que ser más competitivo para resultar adjudicatario. Es decir, es lógico que AUZO LAGUN no realice ese esfuerzo competitivo en aquellos lotes en los que sólo participan empresas de su grupo y también es razonable que no realice fuertes bajadas en precios en aquellos lotes donde este esfuerzo competitivo lo hace una empresa de su grupo, la que conoce el lote y además le resulta más rentable por proximidad», RAVC, de 3 de octubre de 2017, Proyecto AVC nº 184-SAN-2016, *Auzo Lagun*, apartado 13, p. 7.

sometidas al Derecho de la Competencia. Tomando como presupuesto esta autonomía negocial, dos escenarios son posibles: (1) que las sociedades del grupo participen en procedimientos diferentes o (2) que concurran a la misma licitación. Cuando los miembros del cártel toman parte en licitaciones distintas no compiten directamente entre sí. Por ello, la colusión no puede articularse vía acuerdos sobre los precios, sino por técnicas compatibles con la no participación en un mismo procedimiento. Por ejemplo, el boicot inicial por los licitadores no elegidos por el cártel.

En el caso de que dos o más empresas del grupo dotadas de autonomía comercial presenten ofertas a un mismo procedimiento, su vinculación no es causa de exclusión automática del mismo³⁷². Tampoco serán excluidas cuando estén garantizadas tanto la independencia como la confidencialidad de las proposiciones³⁷³. Por lo tanto, las empresas que tienen entre ellas vínculos legales o financieros pero que poseen una autonomía comercial pueden legalmente proponer ofertas distintas y competitivas, siempre que no pacten o se concierten entre sí antes de su presentación. Las ofertas múltiples no son independientes cuando han sido concertadas o producto de intercambio de informaciones. Presentarlas como tales induce a error al órgano de contratación en cuanto a la naturaleza, el alcance o la intensidad de la competencia y, por lo tanto, la conducta tiene un objeto o, potencialmente, un efecto anticompetitivo. Que el órgano de contratación conozca los vínculos legales entre las empresas afectadas no exime que sean sancionada por colusión, dado que la existencia de dichos vínculos no implica necesariamente la concertación o el intercambio de información. El acuerdo interno pueden remitir a cualquier técnica colusoria para decidir cuál de sus miembros es el ‘elegido’ como adjudicatario.

La *Autorité de la Concurrence* ha admitido que las empresas del mismo grupo dotadas de autonomía comercial pueden renunciar, general u ocasionalmente, a ella y concertarse entre sí para decidir qué empresa presentará una oferta o concertarse para establecer la oferta (de todas ellas). Esta doctrina rechaza el carácter colusorio de una decisión del grupo que desemboque en la no presentación inicial de ofertas por alguno

³⁷² El derecho de las empresas vinculadas entre sí a participar en un mismo procedimiento de adjudicación fue reconocido por la STJUE de 19 de mayo de 2009, C 538/07, *Assitur*, EU:C:2009:317. Confome a su apartado 28: «*la exclusión sistemática (...) sería contraria a una aplicación eficaz del derecho comunitario. En efecto, dicha solución reduciría considerablemente la competencia en el ámbito comunitario*».

³⁷³ *Facto y Salcoa*, pp. 26-37.

de sus miembros o en la conformación de una oferta conjunta³⁷⁴. El único límite que impone es que el grupo presente una única oferta³⁷⁵.

Abundando en la presunción de legalidad de la participación separada, la justicia comunitaria ha declarado que la normativa nacional – en la que debe incluirse a los pliegos - que establezca la exclusión automática de un consorcio estable (agrupación de interés económico o similar) y de uno de sus miembros por presentar dos ofertas rivales en el mismo procedimiento contractual es contraria a los principios de igualdad de trato y proporcionalidad (porque diferencia entre uniones estables y uniones temporales) y de competencia por el procedimiento (por ejercer una influencia disuasoria a la participación de operadores económicos)³⁷⁶.

3.2. Fases y técnicas colusorias

El desarrollo de esta práctica colusoria presenta dos fases. La primera se sustancia en el interior del cártel y es anterior al inicio de los procedimientos de contratación afectados por el reparto. Se resume en la planificación - sobre el papel- de los contratos señalados para cada miembro (reserva virtual) y de las técnicas colusorias empleadas en cada licitación. En la segunda etapa, el cártel actúa en los procedimientos de contratación singulares y los manipula en favor de los miembros predeterminados en la fase anterior.

La ejecución del acuerdo de reparto puede hacerse a través de todas las técnicas colusorias que el cártel tenga a su disposición. En la Tabla IV (p. 91) pueden observarse las empleadas en algunas de las resoluciones estudiadas, así como sus diversas combinaciones.

³⁷⁴ Aunque la *Autorité* nada diga, esta oferta conjunta será anticompetitiva si reúne los requisitos de las uniones colusorias de licitadores.

³⁷⁵ *Autorité de la Concurrence*, Conseil de la Concurrence, Decisión de 14 de junio de 2004, 04 –D –20, relativa a las *prácticas realizadas sobre los contratos públicos de señalización de tráfico horizontal en las regiones de Aquitania y Midi-Pyrénées*, apartado 43. La resolución se remite a la Decisión nº 03-D-01, 14 de enero de 2003, relativa *al comportamiento de las sociedades del grupo L’Air liquide en el sector del gas médico*.

³⁷⁶ STJUE de 23 de diciembre de 2009, C-376/08, *Serrantoni*, apartados 34, 40, 42 y 46.

3.3. Tipos del reparto de mercados

Una lectura atenta de los diversos casos conocidos por las autoridades de competencia muestra que este tipo colusorio se divide en cuatro subcategorías de reparto: (a) de lotes (*lot sharing*); (b) de procedimientos de contratación (*tender sharing*); (c) de clientes públicos (*client sharing*); (d) de mercados geográficos (*geographic sharing*)³⁷⁷. En el primer caso, la división colusoria tiene lugar en el interior de cada licitación singular. En el segundo, el objeto de la distribución son las licitaciones convocadas por cualesquiera entes contratantes con jurisdicción sobre un territorio³⁷⁸. En el tercer supuesto, el cártel divide entre sí varios clientes públicos. Cuando el ámbito de la partición es un territorio, el reparto se hace por mercados geográficos, ya se correspondan con la jurisdicción de un sólo ente contratante ya con la de varios³⁷⁹.

Son habituales tanto la presencia de formas puras como la combinación de distintos subtipos de reparto en un mismo caso de colusión. De las resoluciones analizadas no puede extraerse una regla general al respecto (ver Tabla VI).

³⁷⁷ Las clasificaciones internas del *market sharing* no son pacíficas en la doctrina. Marshall y Marx diferencian entre «*asignación de clientes, geográfica y de cuotas de mercado*». Se corresponde *grosso modo* con el reparto de clientes públicos, de mercados geográficos y de licitaciones/lotes, respectivamente; MARSHALL, ROBERT C., y MARX, LESLIE M., *The economics of collusion. Cartels and bidding rings*, The MIT Press, 2013, p. 123ss, FAULL & NIKPAY diferencia entre reparto de mercados, de territorios, de clientes (o grupos de clientes) y de fuentes de suministro, cit. p.1042.

³⁷⁸ En el reparto de mercados, la conducta de un cártel de licitadores se resume en dos palabras: 'distribución' y 'asignación'. El cártel distribuye ítems entre sus miembros y asigna cada uno a su destinatario. Ambos términos son pues complementarios. Ahora bien, uno y otro se presentan de forma diferente en cada subtipo. En los repartos geográfico y de clientes, el objetivo final es la reserva de territorios y entes contratantes, respectivamente. La distribución es el instrumento y la asignación es el fin. En los repartos de licitaciones y de lotes: (1) no existe reserva de espacios o clientes a favor de cada miembro del cártel; (2) el carácter reiterado y sucesivo de las licitaciones y de los lotes hace que el objetivo sea la distribución.

³⁷⁹ Por ejemplo, en *Asfaltos de Cantabria*, los diversos operadores se distribuyeron las licitaciones convocadas por todos y cada uno de los entes contratantes que operaban en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria. Por el contrario, tanto *Asfaltos* como *Licitaciones de Carreteras* resuelven sendos cárteles de licitadores que operaban en todo el territorio español, pero no como un conjunto geográfico. Efectuaban subdivisiones coincidentes con el territorio de una o más comunidades autónomas. En cada una de ellas, operaban algunos miembros de los cárteles.

Tabla VI. Subtipos de reparto de mercado

Casos \ Reparto	Territorial	Clientes	Licitaciones	Lotes
Asfaltos				
Asfaltos de Cantabria				
Comedores Escolares				
Construcciones modulares				
Ecoambiente				
Gare Consip				
Gare di servizi di bonifica				
Gestión de Residuos Sanitarios				
Hormigones de Asturias				
Infraestructuras Ferroviarias				
Mudanzas Internacionales				
Planta Enfriadora				
Postes de hormigón				
Puerto de Valencia				
Residuos				
Residuos sanitarios				
Rodamientos ferroviarios				
Sintrabi				
Sobres de papel				
Suministro de calderas				
Transporte balear de viajeros				
Tubos preaislados				
Unidades móviles				

El tratamiento de las uniones colusorias de licitadores (UTES y AIEs) se realiza en el subepígrafe 6 de este capítulo. Pero conviene adelantar que el reparto producido por esta forma de participación colectiva en las licitaciones es sustancialmente diferente a los subtipos de cártel de reparto. En estos últimos, es cada licitador individual quien obtiene el mercado geográfico, el cliente público, la licitación o el lote decidido por el cártel. En las uniones, el lote o contrato es adjudicado a la unión temporal en su

conjunto. En su interior se produce un reparto puramente interno y en función de la participación de cada miembro en la unión.

Este carácter inescindible de las uniones de licitadores se explicita en el artículo 69 LCSP, en términos como «*los empresarios que concurran agrupados en uniones temporales quedarán obligados solidariamente*», «*los empresarios que deseen concurrir integrados en una unión temporal deberán indicar los nombres y circunstancias de los que la constituyan y la participación de cada uno, así como que asumen el compromiso de constituirse formalmente en unión temporal en caso de resultar adjudicatarios del contrato*» (apartado 3); «*La duración de las uniones temporales de empresarios será coincidente, al menos, con la del contrato hasta su extinción*» (apartado 4).

3.4. Reparto de lotes

3.4.1. Regla general en la contratación pública

En el derecho español de la contratación pública, la regla tradicional era la prohibición de fraccionamiento de los contratos públicos, debido a que su objeto ha de ser determinado y único. La división en lotes - que implica la realización independiente de cada una de las partes del contrato- sólo era legal cuando: (1) el objeto del contrato admita fraccionamiento (2) se justifique debidamente en el expediente y (3) los lotes sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado, constituyan una unidad funcional o así lo exija la naturaleza del objeto (artículo 86 TRLCSP).

La subversión de dicha regla y la elevación de la división del objeto del contrato en lotes a categoría general fue realizada por la Directiva 2014/24/CE, con el objetivo de favorecer la participación de las PYMES en la contratación pública (Considerandos 78 y 79 y artículo 46). En transposición de la norma comunitaria, el artículo 99. 3 LCSP considera a la división en lotes como una obligación para el órgano de contratación, quien «deberá» disponerla en los pliegos de condiciones «*siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan*». Esta regla general admite presentas limitaciones y excepciones.

En primer lugar, el órgano de contratación podrá limitar el número de lotes a los que un mismo candidato o licitador puede presentar oferta o que le puedan ser

adjudicados. En este último caso, deberán incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares los criterios o normas que se usarán cuando, como consecuencia de la aplicación de los criterios de adjudicación, un licitador pueda resultar adjudicatario de un número de lotes que exceda el máximo indicado en el anuncio y en el pliego. Estos criterios o normas en todo caso deberán ser objetivos y no discriminatorios.

En segundo lugar, el órgano de contratación puede no aplicar la división en lotes, justificándolo en el expediente, cuando existan motivos válidos. Entre ellos, el mismo artículo cita en su apartado 4a) *«el hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia»*. El órgano de contratación deberá solicitar informe previo, preceptivo y no vinculante *«a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia»*.

La imposición normativa de la división en lotes hace prever que su presencia se multiplicará exponencialmente con la LCSP de 2017. La previsible generalización de las licitaciones con lotes permite aventurar que los cárteles de licitadores señalarán a la división de los lotes como técnica colusoria habitual para el reparto del mercado.

3.4.2. Práctica colusoria

a) Subtipos y técnicas colusorias

En algunos casos examinados, los cárteles sumaron acuerdos de reparto de lotes y de licitaciones, si bien como conductas separadas. En otros no ocurrió así bien porque el procedimiento de contratación era único (*Ecoambiente*) bien porque todas las licitaciones estaban divididas en lotes (*Comedores Escolares*). Cuando las partes en las que subdivide el contrato se ejecutarán en varias áreas territoriales, el reparto de lotes se une al geográfico (*Unidades Móviles*). En todos ellos se empleó como técnica principal el acuerdo de fijación de precios, en su variedad de ofertas de cobertura. Con carácter complementario, los cárteles emplearon muchos (*Sobres de Papel, Gare consip*) o algunos otros (*Comedores escolares*) comportamientos colusorios.

b) Casos destacados

Sobres de Papel contempla un caso de pluralidad de técnicas empleadas como fórmulas colusorias y mecanismos de compensación intra-cártel. El sancionado en esta resolución es un cártel con gran poder en el mercado de suministro de sobres de papel a las administraciones públicas. Dado su poder de mercado, emplea como técnica colusoria la distribución/asignación de cuotas a sus miembros en todos los procedimientos contractuales divididos en lotes, de acuerdo con las reglas de división establecidas en una lista.

Cuando no todos obtenían un lote en las mismas licitaciones, el pacto preveía tres sistemas sucesivos de compensación. En primer lugar, cada adjudicatario encargaría a sus coaligados la fabricación de sobres en un porcentaje equivalente al 3-5% del precio de adjudicación (subcontratación). Cuando el procedimiento anterior no era posible, esta compensación se dejaba pendiente para la adjudicación de licitaciones posteriores (rotación) o la compensación se realizaba mediante la subcontratación de producción de sobre blanco³⁸⁰.

Gara consip recoge un supuesto más complejo y refinado de rotación de lotes³⁸¹. En 2012, Consip, la central de compras de la Administración italiana, convocó un procedimiento para la contratación de los servicios de limpieza y otros complementarios destinado a las escuelas públicas. El contrato fue segmentado en 13 lotes, definidos por criterios territoriales. Los licitadores tan sólo presentaron ofertas para los ocho lotes correspondientes a las regiones del norte de Italia, pero sólo existió competencia real en dos de ellos; no en los restantes seis. Por ende, el mayor adjudicatario no presentó ofertas a los lotes centrados en Emilia Romagna, región donde tenía su sede y plaza fuerte de su negocio. Las cinco licitaciones restantes, relativas a las regiones del Sur, quedaron vacantes. La Autorità garante della Concorrenza e del Mercato entendió que estas conductas se integraban en una estrategia común (reparto del mercado) constituída

³⁸⁰ RCNC, de 25 de marzo de 2013, Expte S/0316/10, *Sobres de Papel*, apartados 425 a 427.

³⁸¹ ACM, Resolución de 22 de diciembre de 2015, Procedimiento nº 25802, 1785 *Gara Consip Servizi di pulizia nelle scuole*.

por técnicas colusorias diversas (ofertas de cobertura, UTE colusoria, supresión de ofertas, división territorial) y una fórmula de compensación (subcontratación)³⁸².

Ecoambiente decidió un cártel de reparto de lotes formado por cuatro empresas para una sola licitación; la convocada en 2013 por la provincia de Rovigo (Italia) para la gestión del servicio recogida y gestión diferenciada de residuos orgánicos³⁸³. Las técnicas colusorias empleadas por el cártel para la efectividad del reparto de mercados fueron la supresión de ofertas (para evitar la concurrencia de miembros del cártel en algunos lotes) y el *price fixing*. El interés del caso se halla en el incentivo de las empresas para coaligarse: el procedimiento de contratación en cuestión presentaba un presupuesto de licitación inferior al precio real de los contratos anteriores. Tal reducción las movió a repartirse los lotes y presentar ofertas de cobertura, prácticamente idénticas y con una rebaja mínima respecto al presupuesto. Frente a sus alegaciones - escaso interés del procedimiento y precio muy bajo para la ejecución del contrato, la autoridad comprobó que el presupuesto de licitación no estaba en absoluto fuera del mercado³⁸⁴.

3.5. Reparto de licitaciones

En sentido estricto, este tipo sólo existe cuando los miembros del cártel tienen un único cliente público y se distribuyen los procedimientos de contratación convocados por él. Dado que el cliente único es una excepción, en la mayoría de las ocasiones el reparto de licitaciones es una subcategoría del reparto de entidades contratantes.

Un ejemplo puro de reparto de las licitaciones se encuentra en *Infraestructuras Ferroviarias*³⁸⁵. El mercado, formado por el suministro de desvíos ferroviarios a nivel nacional, es oligopolístico en la oferta, pero monopsonístico en la demanda. ADIF (Agencia de Infraestructuras Ferroviarias) es el único cliente de estos equipos³⁸⁶. El oligopolio acordó que la constitución de una UTE era el mejor modo de copar el mercado (de modo similar a *Agencias de Viajes*). El reparto de licitaciones se decidió a

³⁸² GIANINO, MICHELE, «Collusion in Public Contracts Procurement: Suppliers of School Cleaning Services Fined for Bid Rigging (Italy)», *Journal of European Competition Law & Practice*, Volumen 8, n.º. 4, 1 de abril de 2017, pp. 247–252.

³⁸³ ACM, Resolución de 29 de julio de 2015, Procedimiento nº 25589, 1784 *Ecoambiente- Bando di gara per lo smaltimento dei rifiuti da raccolta differenziata*.

³⁸⁴ *Ecoambiente*, apartados 138-173.

³⁸⁵ RCNMC, de 30 de junio de 2016, Expte. S/0519/14, *Infraestructuras Ferroviarias*.

³⁸⁶ *Infraestructuras Ferroviarias*, p. 11.

instancias de ADIF y con carácter subsidiario. El cártel no adoptó un sistema de rotación de ofertas, sino de sorteo. La adjudicación interna se decidía dependiendo del número agraciado con el primer premio en el sorteo de la lotería nacional³⁸⁷. En algunas licitaciones, la distribución no siguió el criterio de la división de adjudicaciones sino, el reparto interno o la subcontratación a otros miembros del grupo³⁸⁸.

Suministro de calderas sancionó el reparto de dos licitaciones por la vía de la rotación de ofertas basada en criterios territoriales. El Instituto Galego da Calidade Alimentaria (INGACAL) tramitó y adjudicó de forma simultánea dos procedimientos para la contratación del suministro, instalación y puesta en funcionamiento de calderas de pellet en dos centros de trabajo. Cada adjudicataria obtuvo la segunda posición en el otro procedimiento. Ambas empresas renunciaron a la adjudicación al no presentar en plazo la documentación requerida y se reunieron con el responsable de la contratación para informarle de la intención de renunciar, las razones para ello y la preferencia por obtener la adjudicación de la licitación no ganada. De este modo, cada una de las empresas resultó adjudicataria de un contrato pero no de aquel en el que hizo la mejor oferta sino a la que quedó en segundo lugar, con el consiguiente sobrecoste para la Administración gallega³⁸⁹.

En *Lycées d'Ile-de-France*, la Autorité de la Concurrence resolvió un caso de reparto de licitaciones en el que colaboró una entidad dependiente del poder adjudicador (Patrimoine Ingénierie)³⁹⁰. En 1990, el Conseil régional d'Ile-de-France lanzó un amplio programa para renovar las escuelas públicas. El mal estado de los edificios llevó a las autoridades locales a asignar 241 contratos de obras públicas por un costo total de 23.300 millones de francos franceses, la cantidad más alta jamás involucrada por las autoridades públicas para este tipo de operación. Pero desde 1989, antes incluso del lanzamiento del primer conjunto de mercados, las empresas se habían reunido y acordado el reparto de todos los mercados futuros.

El *modus operandi* fue siempre el mismo y permitió que el acuerdo operara a largo plazo. En primer lugar, las compañías fueron preseleccionadas por un comité

³⁸⁷ *Infraestructuras Ferroviarias*, pp. 13, 21, 29.

³⁸⁸ *Infraestructuras Ferroviarias*, p. 31.

³⁸⁹ RCGC 2/2017, de 21 de julio, Expediente, S 16/2016, *Contrato público de suministro de calderas*.

³⁹⁰ Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Décision n° 07-D-15 de 9 de mayo de 2007, *relative à des pratiques mises en œuvre dans les marchés publics relatifs aux lycées d'Ile-de-France*.

oculto en el que Patrimoine Ingénierie tenía el papel de favorecer la participación de las PYMES en los procedimientos. Para ello, debía distribuir los contratos entre estas y los grupos de empresas en un porcentaje 1/3 y 2/3, respectivamente. Esta división que fue respaldada por Consejo regional. En segundo lugar, de acuerdo con el plan de distribución acordado, cada empresa preseleccionada logró obtener la asignación del mercado revelando a sus "competidores" los mercados que había seleccionado y comunicando sus precios, o bien renunciando a la asignación al ofrecer una oferta superior al presupuesto de licitación

En este caso todos los participantes en las licitaciones se integraron en el cártel, cuyo buen funcionamiento fue asegurado por Patrimoine Ingénierie. Para ello, esta entidad dio información de antemano a las empresas sobre los procedimientos futuros, y luego aseguró que la empresa preseleccionada obtuviera el mercado.

3.6. Reparto de entidades contratantes

La importancia de este subtipo no debe ser minusvalorada. Cierta doctrina considera que el *bid rigging* es una forma específica de reparto de clientes entre proveedores³⁹¹. El criterio distintivo de esta práctica colusoria respecto a los demás tipos de reparto consiste en la pluralidad de entidades perjudicadas. Un cártel de reparto de clientes públicos ha de actuar necesariamente sobre dos o más entes contratantes. Cuando el órgano de contratación concernido es uno, el cártel se distribuirá sus procedimientos contractuales y/o sus lotes (reparto de licitaciones o de lotes). Puede incluso trocear el territorio en el que opera el comprador público o asignarlo a uno de sus miembros (reparto geográfico). Pero como tal cliente, es indivisible. Por este motivo, las resoluciones estudiadas consignan casos de reparto de licitaciones convocadas por una pluralidad de entidades contratantes, a nivel regional (*Asfaltos de Cantabria*), nacional (*Sobres de Papel*) o europeo (*Mudanzas Internacionales, Tubos*

³⁹¹ *Faull & Faull & Nikpay*, cit., p. 1042.

preaislados)³⁹². En las restantes decisiones, el comprador del cártel es un sólo órgano de contratación³⁹³.

La elección de este criterio de división por un cártel de licitadores obedece en no pocas ocasiones a parámetros de racionalidad. Por ejemplo, (1) en un mismo mercado existe un número elevado de entes contratantes de pequeño tamaño; (2) los miembros del cártel se comprometen a respetar a sus (principales) clientes públicos o a consultarse mutuamente sobre aquellos clientes que podían ser transferidos de unos a otros³⁹⁴; (3) en un cártel de reparto por mercados geográficos se distribuyen los clientes de cada demarcación entre un subgrupo de licitadores.

Los casos (1) y (3) tienen un amplio campo de juego en la contratación pública. La razón es el elevado número de entes contratantes existentes sobre un territorio: administraciones territoriales e institucionales, empresas y fundaciones del sector público y cualesquiera entidades comprendidas en alguno de los supuestos previstos en el artículo 3 LCSP. En las administraciones estatal y autonómica no es extraño que la competencia para contratar esté muy desagregada. Ejemplos de ello son los sectores sanitario y educativo en los que algunas compras públicas se realizan a nivel de hospital o centro de enseñanza. También la contratación municipal está muy atomizada, debido a la existencia de 8.127 municipios en España (año 2017).

El reparto de clientes implica que un grupo de licitadores deciden conjuntamente que determinadas entidades tendrán a uno u otro miembro del cártel como proveedores exclusivos; quizás por un largo tiempo. De no ser obstaculizado, el cártel repetirá su estrategia tantas veces como le sea posible. La consolidación de este tipo de práctica restrictiva ocasiona que los clientes públicos pierdan su libertad para contratar y sean incapaces de hacer valer tanto las prerrogativas como las garantías previstas en la normativa de contratos públicos. En el interior del grupo colusorio, la asignación permanente de clientes derivará en la ‘petrificación’ del cártel. En principio,

³⁹² Además de las citadas, *Asfaltos, Hormigón de Asturias, Residuos Sanitarios, Postes de Hormigón, Sintrabi*.

³⁹³ Es el caso de *Comedores Escolares* (Gobierno Vasco), *Ecoambiente* (provincia de Rovigo-Italia), *Gare consip* (Consip-Italia), *Gare di servize de bonifica* (Ministerio de Defensa-Italia), *Infraestructuras Ferroviarias* (ADIF), *Munters* (Ministerio de Defensa), *Rodamientos Ferroviarios* (Gobierno Vasco), *Transporte Balear de Viajeros* (Gobierno balear), *Suministro de Calderas* (Xunta de Galicia).

³⁹⁴ Conseil de la Concurrence (France), Decisión nº 03-D-01, 14 de enero de 2003, *relativo al comportamiento de las sociedades del grupo L’Air liquide en el sector del gas médico*, par. 128, y Autoridad de la Competencia de Eslovenia, caso *Salus* (en cita posterior).

inamovilidad es sinónimo de estabilidad. El cártel sólo recuperará dinamismo si se alteran las bases del reparto (p.e., aumento/reducción de licitadores o clientes) o implosiona total o parcialmente. Con independencia del grado de consolidación del cártel y del reparto interno la dinámica de la contratación pública conlleva la reiteración de licitaciones. El cártel deberá actualizar el reparto de clientes en cada una de ellas. Las técnicas normalmente habituales no varían respecto de los demás tipos de reparto: ofertas de cobertura y boicot; ambas en sus distintas variantes.

En el sector de las compras hospitalarias el caso *Salus* ejemplifica todos los rasgos precedentes³⁹⁵. En 2013, la Autoridad de defensa de la Competencia de Eslovenia sancionó a cuatro laboratorios farmacéuticos por haber incurrido en acuerdos colusorios y prácticas concertadas en la venta de medicinas a farmacias públicas (hospitalarias). Las prácticas consistían en la fijación de precios al por mayor, la manipulación de licitaciones y la asignación de las ventas a diferentes hospitales. La Autoridad eslovena encontró que las cuatro empresas habían presentado ofertas idénticas en términos de precios y descuentos en un número elevado de licitaciones. La legislación eslovena establece unos precios máximos de venta de medicamentos al sistema nacional de salud pero no impide que los proveedores ofrezcan descuentos. Los laboratorios investigados emplearon esta posibilidad como técnica colusoria aneja al reparto de farmacias públicas. El cártel tenía por objetivo esencial la preservación de las cuotas de mercado previamente obtenidas por cada uno de los laboratorios. La resolución consideró que ambas prácticas habían vulnerado el artículo 6 de la ley eslovena de defensa de la competencia y el artículo 101 TFUE.

Como muestra el caso anterior, en mercados como el farmacéutico el reparto de clientes puede verse favorecido por la normativa sectorial, que establece límites estrictos para la venta de medicamentos y restringe la capacidad de actuar de las empresas, produciendo un ‘efecto soga’. Para atender los requisitos de la licitación, cada participante dispone de solo uno o (rara vez) varios medicamentos. Las características del mercado hacen que cada oferta sea rígida e inelástica. Ninguna empresa será capaz de ofrecer un producto diferente en caso de que el suyo carezca de la calidad o del precio para ganar el contrato. Los medicamentos patentados son una de las restricciones.

³⁹⁵ Resolución de 14 de octubre de 2013, Autoridad de Defensa de la Competencia de Eslovenia, *Kemofarmacija, Salus, Farmadent and Gopharm*, ECN Competition Brief, 5, 2013, http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/05_2013/pharma_sl.pdf

Como resulta de *Prodotti disinfettanti*, cambiar de un producto a otro, incluso si ambos son reemplazables o están relacionados con la misma sustancia activa, a menudo implica para el nuevo proveedor un gasto adicional de capacitación del personal en el establecimiento de salud contratante. Ese hecho sería adecuado para comprimir los márgenes de las empresas en esta área, especialmente en los casos bastante comunes de pequeños contratos³⁹⁶. Al compartir clientes, el cártel ‘ató’ a un cierto número de entes contratantes al medicamento proporcionado por los proveedores cartelizados. Además, el número generalmente escaso de compañías farmacéuticas simplificó el esquema de distribución a pesar del gran número de compradores públicos. Esta característica permitió que el cártel se extendiera sobre una base territorial, uniendo así el reparto geográfico del mercado con el del cliente.

Cuando concurren estos factores, los cárteles pueden construir una posición sólida para desafiar el poder adquisitivo de las agencias públicas, incluso aunque estas sean monopsonistas. Para combatir eficazmente ese peligro cabe adoptar dos medidas: desde la perspectiva de la normativa de competencia, potenciar una política activa de investigaciones anti-cártel; desde la contratación pública, el poder de compra de los clientes públicos debe aumentarse mediante el fomento de la adquisición conjunta.

3.7. Reparto de mercados geográficos

Los licitadores que obtienen un acuerdo para el reparto de mercados geográficos pactan: (a) la segmentación del territorio en el que fueron competidores - reales o potenciales - en procedimientos de contratación pretéritos (*cancelación de la competencia pasada*); o (b) la organización de la competencia entre rivales que operan en ámbitos geográficos menores, para evitar que algunos se extiendan a demarcaciones vecinas o alcancen un ámbito (supra-)nacional (*prevención de la competencia futura*). En múltiples casos, este tipo de reparto busca respetar el equilibrio y mantener intacto el *status quo ex ante*, dando libertad de acción a cada miembro del cártel en ‘su propio territorio’; definido como aquel en el que concentre la mayor parte de su negocio³⁹⁷.

Una descripción precisa de este segundo subtipo se encuentra en *Asfaltos*, caso en el que el acuerdo de reparto del mercado está acompañado por el «*reparto geográfico*

³⁹⁶ Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, RAGCM de 26 de abril de 2006 en el asunto 1657, procedimiento 15393, *Prodotti disinfettanti*. p. 50.

³⁹⁷ RCNC, de 18 de enero de 2010, Expte. S/0014/07, *Gestión de Residuos Sanitarios*, p. 66.

del mercado de forma que cada empresa debía limitarse a ofertar a aquellas obras de su zona y debía abstenerse de montar plantas asfálticas en lugares donde pudiese comprometer el liderazgo de otra empresa del cártel, ya fuera en el ámbito de dicha Comunidad Autónoma o en zonas limítrofes y también respecto a empresas integrantes de las otras Mesas objeto de investigación en este expediente»³⁹⁸.

La división del grupo colusorio en ramas regionales o locales es una forma habitual de diseñar un cártel de distribución geográfica del mercado. En *Tanatorios Belalcázar*, dos sociedades titulares de tanatorios celebraron un acuerdo de arrendamiento y opción de compra a favor de una de ellas. La arrendataria, ya titular de uno de los dos tanatorios existentes en la localidad cordobesa de Belalcázar, obtuvo la gestión del segundo; y con ello, el 100% de la cuota de mercado. El contrato contenía un pacto de no competencia, por el cual ambas se obligaban a no prestar servicios funerarios en aquella localidad donde operaba la otra. En caso de incumplimiento, la sociedad infractora debía abonar a la otra 15.000 euros por cada servicio indebidamente prestado. El pacto (negativo) de no competencia encubría un verdadero reparto geográfico a nivel local, y tenía carácter instrumental y preparatorio de la segunda infracción (denegación de acceso). Una vez obtenido el monopolio del mercado local, la sociedad arrendataria impidió que las empresas rivales de servicios funerarios accediesen a ambas instalaciones, cerrando así el mercado³⁹⁹.

El reparto territorial es el campo natural para la manipulación de licitaciones por cárteles formados por operadores económicos multinacionales. Por ejemplo, en los contratos para la adquisición de medicamentos y productos relacionados. Las compañías farmacéuticas tienen importantes recursos financieros, numeroso personal y suficientes habilidades técnicas para presentar ofertas en todas y cada una de las licitaciones de todos los poderes nacionales de adjudicación; incluso si el poder de contratación se atribuye a cada hospital público.

En el sector farmacéutico, el intercambio de clientes implica una previa división de mercado geográfico. Generalmente, la ‘rivalidad’ entre hospitales públicos es escasa o nula dentro de sus propias áreas de influencia (establecidas por la normativa). Dos situaciones pueden surgir de ese escenario. La primera presupone que el cártel

³⁹⁸ RCNC, de 26 de octubre de 2011, Expte. S/00192/09, *Asfaltos*, apartado 45.

³⁹⁹ RCDCA S/05/2018, de 1 de junio de 2018, *Tanatorios Belalcázar*.

distribuye entre sus miembros los centros emplazados en un área local (reparto geográfico). Luego, tratará de distribuir el conjunto de hospitales situados en el territorio entre los miembros del cartel (reparto de clientes).

La segunda situación supone que la partición abarca áreas más amplias que la puramente local y se superpone a las divisiones administrativas generales (municipio, provincia, región, etc.). Por ejemplo, en *Groupe L'Air Liquide*, un conjunto de empresas acordó compartir el mercado francés para el suministro de gases medicinales. La división se refería a hospitales en ciudades tan distantes entre sí como París, Lyon, Estrasburgo y sus alrededores. Parte del cartel estaba formado por compañías pertenecientes al mismo grupo, pero dotadas de autonomía financiera y comercial⁴⁰⁰. Este escenario se da en otros sectores, como el de la construcción (*Licitaciones de Carreteras, Asfaltos, Asfaltos de Cantabria*) o la gestión de servicios públicos (*Residuos*) en los que operan grandes empresas especializadas en la contratación pública.

Esta última opción se adapta mejor a las capacidades de los grandes licitadores - quienes concurren a procedimientos de contratación a escala nacional e internacional - y permite que un cártel vaya más allá del perímetro local hacia la conquista de mercados supra-regionales. Además, el aumento del 'área de trabajo' concede al cártel más elasticidad pues le permite aplicar todo tipo de técnicas colusorias para resolver los problemas de distribución intra-grupo. Un grado significativo de flexibilidad fomenta la estabilidad del cártel, ya que facilita la gestión, la disciplina interna y la resolución de disputas intestinas.

Del mismo modo que cualquier otra práctica restrictiva, los acuerdos de reparto de mercado «*que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior*» son incompatibles con este último, al amparo del artículo 101 TFUE. Por ejemplo, en *Pre-insulated pipes (Tubos preaislados)*, el cártel asignó cuotas de ventas a nivel nacional y europeo. La cuota de ABB fue del 37%, la de Løgstør del 20% y la de los otros tres productores, un 10% cada uno. Los gerentes de estas empresas se reunían cada dos o tres semanas para negociar los contratos. Para cada proyecto, un

⁴⁰⁰ Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Decisión nº 03-D-01, de 14 de enero de 2003, relativo al comportamiento de las sociedades del grupo *L'Air liquide* en el sector de los gases médicos, apartado 50.

productor era seleccionado como "favorito" e informaba a los demás de su oferta; los otros debían poner ofertas de cobertura más altas. Un programa de ordenador examinaba todas las ofertas para garantizar el cumplimiento⁴⁰¹. El estudio de este y otros cárteles de nivel internacional, llevó a apuntar que la frecuencia de las reuniones es más alta para los cárteles de reparto de clientes y más baja para los territoriales⁴⁰².

La diferencia con las restantes conductas colusorias - incluida el *price fixing*- radica en que estas producen la fragmentación del mercado interior como efecto indirecto, a veces no buscado, del objetivo central de los licitadores coaligados: el cumplimiento de los pactos internos del cártel. Por el contrario, el reparto tiene por objeto inmediato la ruptura del mercado afectado por dicha práctica. Cuando afecta a grandes clientes públicos o a territorios significativos, causa y busca causar la fractura del mercado interior⁴⁰³.

3.8. Diseño en cascada

Es presumible que un cártel de licitadores tipo definirá la estrategia de reparto en función de los niveles en los que aquel tiene lugar. Suponiendo que el reparto de mercados geográficos englobe el de clientes públicos y ambos el de licitaciones y lotes, este supuesto contempla tres niveles que, enumerados de forma descendente, son:

1. Nivel superior. Diseño del cártel de reparto geográfico: (1) delimitación del territorio global y de las subdivisiones en las que opera el cártel; (2) determinación de sus miembros; (3) señalamiento de las zonas abiertas o vedadas a su participación en licitaciones públicas; (4) organización del cártel en este nivel.
2. Nivel intermedio. Diseño del cártel de reparto de clientes públicos: (1) fijación de los criterios para asignar a cada miembro los entes contratantes y los contratos públicos en los que 'jugará' como ganador o perdedor; (2) indicación

⁴⁰¹ Decisión de 21 de octubre de 1998, cit., JULIAN, JOSHUA, «The District Heating Price Cartel», *Competition Policy Newsletter*, febrero de 1999, nº 1, pp. 27 y 28.

⁴⁰² HARRINGTON, JOSEPH E. Jr., «How do cartels operate?», *Foundations and Trends in Microeconomics*, Volumen. 2, nº 1 2006, p. 75.

⁴⁰³ MONTI, GIORGIO, *EC Competition Law*, pp.198 ss. El autor estudia los abusos con capacidad para fragmentar el mercado interior. Debe presumirse la misma potencialidad a las conductas del artículo 101 TFUE, a tenor de la literalidad de este precepto.

de las técnicas colusorias empleadas en las licitaciones y de los mecanismos de compensación intra-grupo; (3) organización del cártel en este nivel.

3. Nivel inferior. Materialización de los acuerdos colusorios en las diferentes licitaciones: (1) ejecución de los acuerdos alcanzados en los dos niveles precedentes; (2) uso de las técnicas colusorias y de los mecanismos de compensación intra-grupo; (3) organización del cártel en este nivel.

Conforme al esquema anterior, las empresas integradas en el cártel se reparten el mercado de producto en un territorio determinado. El ámbito geográfico admite todas las variantes: internacional, estatal, regional, provincial o local. Para ello crean una organización global que delimita las zonas de influencia y precisa qué miembros del cártel operarán en cada una. En segundo lugar, la organización global o diferentes subestructuras en cada territorio detallarán qué clientes públicos serán distribuidos y a qué miembro del cártel se asigna. Cabe también que esta distribución se realice a nivel de (tipo de) contratos; por ejemplo, cuando un mismo cliente es atribuido a dos o más miembros. Por último, el cártel estructura su funcionamiento en cada licitación. La organización en este último nivel pacta las técnicas colusorias más capaces para alcanzar su fin y el resarcimiento de los perdedores (o aplica los acuerdos adoptados en un nivel superior). Dentro de esta estructura general, las posibilidades son múltiples.

La CNC detalló en su resolución del caso *Asfaltos* el plan de un cártel formado por proveedores de las empresas adjudicatarias de obras públicas. Las investigadas se repartieron el mercado de las Mezclas Bituminosas en Caliente (MBC) y productos relacionados en las provincias de Burgos, León y País Vasco. Para conseguir dicho reparto se reunían por mesas geográficas y se distribuían la provisión de MBC a las obras que se iban a realizar. El cártel funcionaba en un doble nivel:

Primero. El área de influencia de las empresas facilitó que los acuerdos y el reparto del mercado se negociaran a nivel local. Algunas empresas con implantación en varias provincias o comunidades autónomas participaron al tiempo en varios de estos acuerdos locales. El principio rector de todos los acuerdos fue el respeto a los clientes y mercado de los participantes en el cártel.

Segundo. Los acuerdos de reparto del mercado se ejecutaban en las zonas a través de técnicas diversas: el establecimiento de cupos, el intercambio de información

sensible, la fijación de las tarifas base para los productos y los servicios, el reparto de las obras o el control sobre las plantas de asfaltos.

Este diseño en cascada significa que los pactos de reparto de mercados son «*acuerdos multiformes, compuestos por una serie de actos o conductas que conforman un plan general y en el que los operadores económicos implicados no tienen porque participar en todas y cada una de las acciones para ser responsables del acuerdo distorsionador de la competencia*»⁴⁰⁴. El funcionamiento de un cártel de reparto se repite en todos los espacios geográficos o respecto de todos los clientes o licitaciones⁴⁰⁵. La multiplicidad de fases y de conductas no oculta que se trata de un solo cártel, conformado por acuerdos de ámbito delimitado, que generan repartos de clientes y la aplicación de técnicas de reparto colusorio en cada licitación concreta.

Por lo tanto, en estos tipos la ejecución de técnicas colusorias en licitaciones diferentes no significa que cada uno de los casos deba ser considerado de forma aislada y sancionada como un cártel independiente. La ilicitud de las prácticas restrictivas singulares es calificado como «*una de las estrategias de concertación*» o «*una de las piezas del acuerdo entre competidores para el reparto del mercado*» o «*una multiplicidad de acciones que forman parte de una estrategia de concertación con un objetivo único*»⁴⁰⁶. Desde el plano del procedimiento sancionador, un único cártel significa que la infracción es única (y continuada).

En relación con este último punto, no es bastante con que la acción de los licitadores cartelizados responda a una sistemática común (las empresas imputadas están en contacto, intercambian información y sobre esta base hacen un reparto prospectivo de las posibles solicitudes o peticiones de oferta que van a recibir para la ejecución de los trabajos). Lo relevante para afirmar la existencia de un único cartel es que la unidad

⁴⁰⁴ *Gestión de Residuos Sanitarios*, p. 59.

⁴⁰⁵ «*Por tanto la sistemática es la misma, atribución entre ellas de las obras que prevén que van a ser licitadas o que ya lo han sido por las Administraciones Públicas, y que van a ser realizadas por las constructoras que han ganado la licitación pública, o por las subcontratas de dichas constructoras, de forma que cuando cada una de las empresas de asfalto reciba la solicitud de ofertas por parte de dichas constructoras, sabrá el precio al que debe ofertar para no competir entre sí y que se cumpla lo acordado y se lleve el contrato la empresa previamente designada*», *Asfaltos*, F. J. Cuarto.

⁴⁰⁶ *Gestión de Residuos Sanitarios*, pp. 60-61.

de propósito no se traduzca exclusivamente en acciones concertadas, sino que estas respondan a un plan común obtenido del contacto entre las partes⁴⁰⁷.

4. Boicot

4.1. Concepto

El boicot a la licitación pública, también conocida como supresión de ofertas (*bid-suppression*) tiene lugar cuando los proveedores acuerdan entre ellos abstenerse de pujar o retirar pujas⁴⁰⁸. La División Antimonopolio del Departamento de Justicia de los Estados Unidos (DOJ) definió a la «supresión de ofertas» como «*aquella práctica por la que uno o más competidores que previsiblemente participarán en un procedimiento de contratación, o que ya lo hubiesen hecho en previos procedimientos, acuerdan abstenerse de pujar o retiran una oferta ya presentada con la finalidad de que se acepte la proposición del competidor designado por el cártel*»⁴⁰⁹. La OCDE ofrece una definición similar en sus Guidelines⁴¹⁰.

La supresión de ofertas es un verdadero boicot colectivo a los procedimientos de contratación. Su equivalente a nivel individual se corresponde con el abuso de posición de dominio por negativa de acceso o denegación de suministro (*refusal to deal or to supply*), estudiado en el epígrafe 5 del Capítulo III. El carácter anticompetitivo del boicot a las licitaciones es predicable (1) de la tentativa y de la acción consumada; (2)

⁴⁰⁷ En palabras de la Audiencia Nacional, «*Esta Sala considera que el hecho de que la sistemática sea la misma, y el sector empresarial el mismo, no basta para entender que se trata de un único cártel que se ha dividido en tres zonas geográficas por las características del producto (...) puesto que lo relevante es la toma de contacto directa entre competidores para desvelar las conductas a adoptar y modificarlas en beneficio de los miembros del cártel, solo por el hecho de que una determinada empresa presuntamente participara en las reuniones independientes relativas a tres zonas geográficas distintas (...) los cárteles son tres y no uno. No se ha acreditado la existencia de un plan conjunto integrador de las distintas conductas colusorias subyacentes, León, Burgos, País Vasco, ni se ha acreditado que las empresas conocieran ese supuesto plan conjunto (...)*», SAN, de 3 de mayo de 2013, rec. 559/2011, *Excavaciones y transportes ORSA, S.L.*, p. 13.

⁴⁰⁸ OFT, CA98/1/2004, *cit.*, apartado 18.

⁴⁰⁹ Departamento de Justicia de los Estados Unidos, *Price Fixing & Bid Rigging—They Happen: What They Are and What to Look For, An Antitrust Primer for Procurement Professionals*, <http://www.usdoj.gov/aatr/public/guidelines/pfbrprimer.pdf>.

⁴¹⁰ «*Los esquemas de supresión de ofertas implican acuerdos entre competidores en los que una o más empresas acuerdan abstenerse de pujar o retirar una oferta presentada anteriormente para que se acepte la oferta del ganador designado. En esencia, la supresión de ofertas significa que una empresa no presenta una oferta para su consideración final*».

de la supresión inicial (negativa a participar en la licitación) y de la sobrevenida (retirada de las ofertas); (3) de la conducta por su objeto o por sus efectos⁴¹¹.

La CNMC ha situado la supresión de ofertas como una forma de ejecución de un pacto de no competencia celebrado entre un grupo de licitadores, que se disfrazaba apelando a expresiones falsamente legitimadoras («respeto a los clientes», «obligación de exclusividad»)⁴¹². Su objetivo último es como en todo esquema de *bid rigging*, el reparto de mercados⁴¹³.

Cuando el cártel boicoteador es monopolista/dominante, se añade a la anterior una finalidad inmediata, la mayor recompensa para cualquier cártel: que el precio de adjudicación obtenido por el miembro escogido sea muy próximo o igual al precio de licitación⁴¹⁴. Precisamente, la ausencia de una real y efectiva concurrencia de empresas licitadoras con voluntades libres y autónomas, permite al cártel ajustar –y en ocasiones agotar en su oferta– el presupuesto de licitación, de suerte que entre éste y el precio de adjudicación o bien no hay diferencia alguna, o bien es una diferencia insignificante, lo que maximiza los márgenes comerciales del adjudicatario. El pingüe margen comercial obedece precisamente a la certeza de poder ofertar en los concursos precios muy aproximados, si no iguales, a los presupuestos, de forma que en ausencia de

⁴¹¹ La RTDC de 24 de octubre de 2001, Expte. 503/00, *Feriantes Huesca*, expresó que «los acuerdos de boicot y las amenazas de boicot, aunque no estén expresamente contemplados en los supuestos específicos del antes descrito art 1.1 LDC, deben considerarse incluidos en su cláusula general al atacar directamente la libertad empresarial del operador boicoteado que se ve forzado a tomar, contra su voluntad, ciertas decisiones por la coacción ejercida colectivamente que no puede justificarse incluso en el caso hipotético de que lo que se pretende imponer no fuera injusto», también existen precedentes en los que habiéndose acreditado la existencia de boicot, dichas conductas no han sido sancionadas, por no tener objeto anticompetitivo ni ser capaz de generar dichos efectos (...). En el mismo sentido, las RRTDC de 18 de febrero y 12 de marzo de 1999, (expedientes 434/98, *Prensa Segovia* y 429/1998, *Espectáculos taurinos*); citadas por la RADCA S/17/2014, de 17 de diciembre, *Asociación Provincial de Empresarios Transportistas y Agencias de Málaga (APETAM)*, p. 23.

⁴¹² RCNMC de 8 de enero de 2015, Expte. S/0429/12, *Residuos*, pp. 28 y 91.

⁴¹³ *Residuos*, cit. p. 29.

⁴¹⁴ «Dichos pactos de no concurrencia permiten a las entidades denunciadas concurrir a los concursos públicos y a las contrataciones privadas sin temor a que otro licitador pueda ofertar los mismos servicios por sumas inferiores a las por ellas ofertadas, de suerte que las diferencias sistemáticamente, entre los precios de licitación y los precios de adjudicación son –si no idénticos– significativa y sindrónicamente similares», RCNMC, de 4 de febrero de 2014, Expte S/0415/12, *ABH-ISMA*, p. 14. En *Residuos*, la empresa Saica Natur, miembro del cártel y adjudicataria de una línea de contratos era preeminente en el mercado afectado por las licitaciones. Empleó su poder de mercado para encauzar los acuerdos colusorios en su provecho. Una vez garantizado el respeto a sus clientes públicos estratégicos, favoreció los acuerdos comerciales entre los demás miembros. Operó así como organizador y componedor de la estabilidad del grupo; cit. pp. 86-87.

competencia efectiva, estos no presentan diferencias sustanciales –o, en ocasiones, ninguna– con los precios finales de adjudicación⁴¹⁵.

Para que la supresión tenga éxito, el cártel debe evitar que empresas no cartelizadas hagan ofertas susceptibles de ganar el contrato. Tal objetivo es alcanzable por varios caminos. Como se expuso en el párrafo precedente, el mejor escenario es el del cártel monopolista o dominante que impone el boicot por la fuerza de su número o posición en el mercado⁴¹⁶. Cuando el cártel es más débil y cuenta con rivales capaces de presentar ofertas exitosas debe adoptar medidas indirectas, bien conciliatorias, como pagar compensaciones por no licitar (en cuyo caso, el rival se incorpora al cártel), bien agresivas, como amenazas o batallas comerciales en otros sectores. El cártel puede presentar proposiciones fraudulentas para engañar a los terceros u obligar a los proveedores y subcontratistas a no hacer negocios con otros licitadores para proteger su monopolio. Los funcionarios corruptos también facilitan los esfuerzos de la supresión de ofertas; por ejemplo, descalificando a otros licitadores legítimos durante el procedimiento a cambio de sobornos.

4.2. Modalidades

4.2.1. Por el momento: boicot inicial y sobrevenido

Las dos formas principales del boicot son (a) la no presentación inicial de ofertas y (b) su retirada durante la tramitación del procedimiento de contratación. El abandono inicial y el sobrevenido se diferencian por el momento en que el cártel decide «pasar a la inacción». Pero ambos coinciden en que la presunta conducta ilícita consiste en la negativa a tomar parte en el procedimiento de contratación.

Los miembros del cártel pueden ejercitar la retirada sobrevenida (b₁) antes de la adjudicación, como licitadores, o (b₂) antes de la firma del contrato, ya como adjudicatarios. El pacto que provoca la retirada previa a la adjudicación (b₁) busca dejar la licitación desierta o encauzarla para que el contrato sea adjudicado al licitador que mantuvo su propuesta y se encuentra en una mejor posición cualitativa. La renuncia al

⁴¹⁵ *ABH-ISMA*, p. 15.

⁴¹⁶ En el subepígrafe de este capítulo dedicado al «cártel agresivo y dominante» se analizan dos resoluciones de boicot dictadas por la CNC en los casos *TGSS* e *Iberdrola Suministros*, así como el expediente comunitario *pre-insulated pipes*.

contrato (b₂), de tener naturaleza colusoria, pretenderá que aquel no sea ejecutado o que sea adjudicado al postor elegido por el cártel.

a) Boicot inicial

La negativa inicial a participar en una licitación responde a múltiples motivaciones: evitar conflictos entre los miembros, falta de interés colectivo, atender a la petición de abstención formulada por otro licitador⁴¹⁷ o respetar acuerdos entre varios cárteles para el reparto de clientes o de mercados geográficos⁴¹⁸. Más extremo es el rechazo concertado a presentarse a licitaciones correctamente formuladas por el órgano de contratación tanto en términos jurídicos como económicos (el presupuesto del contrato no es tan bajo que impida o haga antieconómica la formulación de proposiciones por las empresas).

La supresión inicial de ofertas es una conducta medial o instrumental para la consecución de otros fines. El objetivo primario de la no participación en la licitación es forzar al órgano de contratación a que adopte una decisión beneficiosa para el cártel. Por ejemplo: (a) adjudique el contrato a otro miembro del grupo colusorio; (b) modifique las condiciones del procedimiento, de forma que estas favorezcan el éxito de la práctica colusoria elegida por el cártel para la licitación en cuestión⁴¹⁹; (c) abandone el procedimiento en curso e inicie otro «respetuoso» con los intereses del cártel o cambie a un tipo menos exigente en términos de competencia (por ejemplo, pasar de un

⁴¹⁷ *Construcciones Modulares*, p. 70.

⁴¹⁸ RCNC, *Asfaltos de Cantabria* p. 20.

⁴¹⁹ En *Transporte Balear de Viajeros*, el cártel defendió sus intereses colectivos presionando a la Administración balear con no prestar el servicio público de transporte escolar. El `órdago` consiguió su propósito: que el órgano de contratación incrementase los precios máximos para cada lote en la licitación de 2005. Tras lo cual, los miembros del cártel acordaron el reparto de las rutas escolares ofertadas en tal licitación y en la subsiguiente de 2013. En cada una de ellas, para la distribución de los lotes (rutas escolares) emplearon a las ofertas de cobertura o la no participación de miembros diferentes al elegido. RCNMC, de 9 de marzo de 2017, Expte S/DC/0512/14, *Transporte Balear de Viajeros*, pp. 106-107.

En este caso se observa claramente la diferencia entre boicot medial y boicot final. El primero es previo al procedimiento de contratación y su objetivo es ‘motivar’ al órgano de contratación para que defina el procedimiento de contratación o sus condiciones en función de los intereses del cártel. El segundo es una técnica colusoria ejercitada en cada licitación para materializar el resultado deseado por el grupo colusorio.

abierto a un negociado)⁴²⁰; (d) sustituya la contratación pública como mecanismo de compra en favor de negocios jurídicos donde la competencia juega un papel residual, reemplazada por la asignación directa (convenio de colaboración)⁴²¹. Es el boicot disruptivo⁴²².

En otras ocasiones, el boicot opera como la represalia contra el ente contratante por no atender a las reclamaciones de sus miembros. Aunque los motivos de fondo estén justificados, el instrumento empleado es ilegal. En *Residuos*, ASELIP (Asociación de Empresas de Limpieza Pública y Cuidado del Medio Ambiente Urbano) era el instrumento utilizado por sus asociadas para presentar una reclamación frente a toda licitación que incluya el pago por la nueva concesionaria de las cantidades adeudadas al anterior contratista, o el pago de un “canon” anticipado. En caso de que la reclamación no fuese atendida, ASELIP emitía recomendaciones colectivas para que ningún asociado participará en la licitación. Si el contrato era adjudicado a un no asociado, ASELIP recurrirá antes los tribunales la adjudicación⁴²³.

b) Abandono del procedimiento de contratación

La retirada sobrevenida de la oferta, en cuanto ilícito *antitrust*, presupone que las proposiciones presentadas por los licitadores cartelizados son viables (regulares, admisibles y de contenido posible). En caso contrario, sus proponentes serán excluidos

⁴²⁰ RCNC, de 16 de julio de 2011, Expte 01/2011, *COAM –Viviendas públicas de municipios de Madrid, SAMAD 01/2011*. El Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid (COAM) en su página desaconsejó la participación en dos concursos convocados por la EMSV de Boadilla del Monte. El COAM fundó la recomendación en que los pliegos presentaban aparentes defectos técnicos y presuntas infracciones a la normativa de competencia desleal (supuestos honorarios y formas de pago abusivas). La Resolución afirma que la medida del COAM «*Es una infracción tipificada como muy grave, al ser una recomendación colectiva prohibida por el falseamiento de la competencia que implica, ya que mediante la recomendación a sus colegiados de no acudir a determinados concursos (...), la administración pública ha podido ver reducido el grado de competencia en dichas licitaciones y consecuentemente haber visto reducido su universo de elección con un posible incremento del coste del proyecto licitado. Se trata de una recomendación colectiva de no asistencia a un concurso con el fin de modificar las condiciones del mismo, o lo que es lo mismo un boicot*» (F.J. 5º, p. 22). En el mismo sentido, pero sólo como amenaza, *Infraestructuras ferroviarias*, p. 15.

⁴²¹ En *Test diagnostici per diabete*, importantes laboratorios italianos dedicados a la realización de analíticas para la detección de la diabetes, coordinados por su asociación nacional, adoptan un esquema complejo de acuerdos colusorios para evitar que las autoridades sanitarias italianas sustituyan la contratación directa por procedimientos competitivos. En caso de fracaso de la *trattativa*, el «arma definitiva» sería la abstención colectiva a participar en los concursos, con el fin de buscar la tramitación de procedimientos negociados sin publicidad; RACM, de 30 de abril de 2003, *provvedimento* n. 11946.

⁴²² Sobre la colusión disruptiva o sustitutiva, ver el epígrafe II.2 de este Capítulo.

⁴²³ *Residuos*, p. 33.

en la fase de calificación de su capacidad y solvencia, por lo que sus ofertas no contarán para la adjudicación.

El abandono de la licitación es una táctica ganadora si (a) otro miembro del cártel permanece como único licitador o (b) sus rivales no son competitivos. Es decir, cuando el cártel tiene el control de la licitación y garantías de éxito. De no concurrir una de ambas alternativas, el riesgo de fracaso y eventual ruptura del cártel es similar al que padecen las ofertas de cobertura. Pero a diferencia de estas, la facilidad de cada licitador para traicionar al grupo boicoteador es mayor; basta con mantenerse en el procedimiento. Por ello, es común que el compromiso interno de retirada se explicita durante la licitación a través de posturas perdedoras inequívocas (por ejemplo, ofertas de cobertura o de menor calidad que las del elegido o la fijación de un plazo o término para el abandono).

Un ejemplo obvio de abandono sobrevenido es la retirada de su oferta por el licitador en mejor posición a favor de un miembro del cártel posicionado en segundo lugar. El ganador de la licitación se retracta de su oferta, de modo que la autoridad contratante se vea obligada a seleccionar la siguiente (y por lo tanto más costosa) oferta presentada por la segunda de las dos empresas colusorias. La retirada puede ser directa (renuncia a la contratación) o sobrevenida (conductas equivalentes) y extenderse más allá del segundo licitador en puntuación⁴²⁴. Cuando el acuerdo de renuncia se toma de forma recíproca entre los favoritos o adjudicatarios de dos procedimientos diferentes, más que ante la supresión de ofertas nos hallamos ante el reparto de licitaciones a través de la rotación (caso *Suministro de calderas*)⁴²⁵.

En su Guía sobre Contratación y Competencia, la CNC no incluyó la retirada en el concepto de supresión de ofertas. Bajo esta rúbrica, la CNC explicó el boicot a partir de dos elementos: (a) la selección interna del adjudicatario y (b) la presentación de esta única oferta, mientras que el resto de las empresas se abstienen participar en la licitación⁴²⁶. Las explicaciones precedentes muestran que un concepto tan limitado es incompleto y ha sido desmentido por la OCDE en los sucesivos documentos emitidos para luchar contra la colusión en la contratación pública. En ellos se concluye que en

⁴²⁴ A finales del 2017, la Autoridad de Competencia de Polonia (UOKIK) inició la investigación contra dos empresas – Bieleccy y FHU Bielawa – por un presunto acuerdo colusorio de este cariz, https://uokik.gov.pl/news.php?news_id=13714.

⁴²⁵ Ver epígrafe 3.2.4 de este capítulo.

⁴²⁶ *Guía sobre contratación y competencia*, p. 37.

esencia, la supresión de ofertas significa que una empresa no presente una oferta «*para su consideración definitiva*»⁴²⁷; lo cual admite tanto la abstención inicial como la retirada antes de la adjudicación o la renuncia a la misma.

4.2.2. Por su intensidad: boicot total o parcial

La supresión de ofertas puede ser total o parcial. En el primer caso, todo el cártel se abstiene de participar en el procedimiento de contratación (*Gare consip*). En el segundo, algunos miembros sí toman parte en el mismo (*Gare RCA per trasporto pubblico locale*). El grado absoluto de supresión total concurre cuando el cártel engloba a la totalidad de los operadores susceptibles de participar en el procedimiento de contratación. El éxito del boicot disruptivo sólo está garantizado en este último caso, puesto que deja al órgano de contratación sin otras alternativas que negociar con el cártel.

En *Biotronik*, la *Autorité de la Concorrence* consideró «impresionante» (*frappant*) que el representante de una de las empresa cartelizadas no manifestó preocupación por las consecuencias negativas que para ella hubiese tenido el no responder a la convocatoria si las otras hubiesen presentado sus oferta. Por el contrario, tan sólo contempló la hipótesis de la ausencia de respuesta de las otras cinco empresas. Para la *Autorité*, esta actitud sólo es explicable si la supresión de ofertas ha sido pactada por todas ellas⁴²⁸. En *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, el cártel tiene el convencimiento de que el boicot evitará que se materialicen las licitaciones; lo que en efecto sucede.

Los efectos disruptivos o sustitutos del boicot no se producirán en dos casos. Primero, si el grupo colusorio no tiene garantías de éxito porque cuenta con rivales capaces de presentar ofertas viables a los procedimientos de contratación (*Établissements de santé*)⁴²⁹. Segundo, no existe limitación a la participación de

⁴²⁷ Ver la *Guía «Luchando contra la colusión en la contratación pública»* (2009), p. 2, y la *Recomendación* del mismo título (2012), p. 6.

⁴²⁸ *Biotronik*, apartados 245 y 281.

⁴²⁹ *Autorité de la Concorrence, Établissements de santé*

operadores en el procedimiento, lo que presupone la inexistencia de barreras de entrada (*Asfaltos Moldeables Chile*)⁴³⁰.

4.2.3. Por su finalidad: boicot contractual y extracontractual

El boicot es una reacción a (1) la elección de un procedimiento de contratación competitivo (normalmente el abierto), (2) que finaliza con un solo ganador, y en el que (3) no hay espacio para las ‘tratativas’ entre el órgano de contratación y los licitadores. A la hora de decidirse por esta técnica colusoria el cártel tiene por objetivo prescindir de uno o más de las características precedentes.

El grupo colusorio puede pretender la sustitución del procedimiento abierto o restringido por un procedimiento con negociación, en el que la selección del ganador incluye una fase de negociación entre el contratante y los licitadores. El procedimiento negociado – con o sin publicidad- supone la derogación total del elemento (3) y parcial del (1), mientras que el (2) se mantiene incólume⁴³¹. Pero su objetivo también podría ser sustituir la contratación pública por el convenio de colaboración o por la adquisición directa (cártel disruptivo y derogación total de los tres elementos precedentes). En el primer caso, el boicot es contractual, dado que el negocio sustitutivo se tramita por los cauces previstos en la normativa de contratos del sector público. En el segundo, el boicot es extracontractual.

La viabilidad del boicot contractual queda supeditada a aquellos supuestos en los que sea admisible la aplicación de los procedimientos con negociación. La LCSP diferencia entre la procedencia del procedimiento negociado con publicidad y sin publicidad. En primer lugar, los órganos de contratación podrán adjudicar contratos utilizando el procedimiento de licitación con negociación – y con publicidad- en los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios cuando en los procedimientos abiertos o restringidos seguidos previamente no hubiera ofertas admisibles y viables. En terminología de la LCSP, «*solo se hubieren presentado ofertas irregulares o inaceptables*». La LCSP considera irregulares, en particular, «*las ofertas que no correspondan a los pliegos de la contratación, que se hayan recibido*

⁴³⁰ RTDLC de Chile, de 10 de diciembre de 2008, *Asfaltos Moldeables Chile*, F.J. 26º y 40º.

⁴³¹ *Infraestructuras Ferroviarias*, p. 15. Las tres empresas licitadoras no estaban de acuerdo con los plazos establecidos en los pliegos y forzaron la aprobación de nuevos expedientes, esta vez mediante un procedimiento negociado sin publicidad.

fuera de plazo, que muestren indicios de colusión o corrupción o que hayan sido consideradas anormalmente bajas por el órgano de contratación». Son inaceptables, en particular, «las ofertas presentadas por licitadores que no posean la cualificación requerida y las ofertas cuyo precio rebase el presupuesto de licitación» (artículo 167 e) LCSP).

En segundo lugar, el procedimiento negociado sin la previa publicación de un anuncio de licitación es admisible cuando en un procedimiento abierto o restringido previamente convocado no se hubiera presentado ninguna oferta o solicitud de participación; o las presentadas fueran inadecuadas. La ley entiende que una oferta no es adecuada si resultase «manifiestamente insuficiente para satisfacer, sin cambios sustanciales, las necesidades y los requisitos del órgano de contratación especificados en los pliegos que rigen la contratación». Una solicitud de participación no es adecuada si se presenta por el empresario que *«ha de ser o puede ser excluido en virtud de los motivos establecidos en la presente Ley o no satisface los criterios de selección establecidos por el órgano de contratación».*

El carácter anticompetitivo del boicot contractual nace de sustituir los riesgos de la competencia por la colaboración colusoria. Cuando es exitoso, sus perjuicios para los intereses defendidos por el órgano de contratación son parciales y probables. Parciales, porque el procedimiento negociado es un sistema que asegura un mínimo de competencia entre las empresas invitadas; probables, porque su entidad depende de los resultados de la negociación. Ahora bien, cabe presumir que el cártel ha propiciado el fracaso de un procedimiento abierto o restringido porque para aprovechar su posición común en la fase de negociaciones y obtener un resultado anticompetitivo.

Dado que el procedimiento negociado sin publicidad tiene carácter excepcional, es preciso que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente. La ley exige que en ningún caso se pueda incrementar el presupuesto base de licitación ni modificar el sistema de retribución, y que se envíe un informe a la Comisión Europea cuando esta así lo solicite (artículo 168 a) LCSP).

El boicot extracontractual pretende la sustitución de la contratación pública por la asignación de la prestación al cártel de forma directa y no competitiva. Por ello, es una agresión radical contra el principio de articulación de las compras públicas a través de un sistema no discriminatorio, transparente y competitivo.

4.3. Constitución de cártel extracontractual para evitar la licitación

4.3.1. El cartel de los *pañales absorbentes* (AIO)

En 2016, la CNMC sancionó un cártel constituido en el mercado de suministro de absorbentes para la incontinencia grave de la orina en adultos (AIO) en el canal farmacéutico⁴³². Cuando los destinatarios de los AIO son pacientes no hospitalizados (domiciliarios o residentes en centros socio-sanitarios), estos productos sanitarios son financiados por el sistema nacional de salud y su comercialización se realiza, desde la entrada en vigor del RD 9/1996, a través de dos canales: el institucional y el farmacéutico. En el canal institucional, las propias administraciones sanitarias adquieren los AIO a través de licitaciones públicas y los entregan directamente a los pacientes domiciliarios (en los centros de salud) o residentes (en los centros socio-sanitarios).

En el canal farmacéutico, los restantes pacientes acuden a su oficina de farmacia con una receta médica. En este canal son tres los operadores que intervienen sucesivamente en el mercado: fabricantes/importadores, mayoristas y oficinas de farmacia. La prestación farmacéutica se garantiza mediante la firma por parte de las Administraciones Sanitarias Autonómicas de concierto con los Colegios Oficiales de Farmacéuticos. Los conciertos, que son instrumentos de naturaleza jurídico-pública, establecen el régimen de colaboración entre las oficinas de farmacia y los servicios de salud de las distintas CC.AA.

La Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, dispuso en su artículo 90.1 que corresponde al Consejo de Ministros establecer el precio de los productos sanitarios, incluidos, por tanto, los AIO. El precio se divide en tres fases: precio industrial cobrado por el fabricante, margen de distribución y margen de dispensación (cobrado por la farmacia). Esta segmentación del PVP se condicionaba a la aprobación de una normativa estatal que regulase ambos tipos de márgenes. Dado que dicha norma no ha sido aprobada, los márgenes comerciales son libremente fijados por los agentes económicos.

El origen del cártel del AIO se halla en la importancia para los tres operadores económicos citados de evitar la eliminación del canal farmacia y su reemplazo por el

⁴³² RCNMC, de 28 de mayo de 2016, AIO, Expte. S/DC/0504/14.

canal institucional. El primero les garantiza obtener precios más elevados en cada fase y les confiere mayor facilidad para pactarlos. Únicamente para el AIO dispensado en este canal existe un precio regulado por la Administración (PVP IVA), uniforme para todo el territorio nacional. Sobre dicho PVP IVA los agentes de la cadena de distribución de los AIO pactaron sus márgenes desde 1997. En el canal institucional, sin embargo, los comercializadores de AIO tienen que competir en el marco de las licitaciones públicas convocadas por las Administraciones sanitarias, donde el precio es fijado en cada licitación por la Administración convocante y suele ser un importante criterio de adjudicación. En este canal los comercializadores de AIO venden sus productos con un precio considerablemente más bajo, aproximadamente un 50% de media, como se ha constatado en las contestaciones remitidas a los requerimientos de información realizados por la Dirección de Competencia de la CNMC a las Administraciones sanitarias competentes.

Con la finalidad antedicha, los agentes económicos implicados constituyen un cártel integrado por tres tipos de acuerdos⁴³³: 1) acuerdos secretos de fijación de márgenes que les permitan ofrecer a las administraciones sanitarias un descuento en el precio de los AIO que las incentive para renovar los Concierdos; 2) estrategia de interposición de recursos administrativos y/o contencioso-administrativos frente a las licitaciones públicas convocadas por las Autoridades Sanitarias para la adquisición y posterior entrega directa de AIO a pacientes no hospitalizados con el objetivo de evitar o al menos retrasar el suministro de AIO a pacientes no hospitalizados a través del canal institucional, en sustitución del canal farmacéutico; 3) estudio de la negativa concertada al suministro de AIO a los Servicios de salud⁴³⁴. El cártel se dirigió primero contra el INSALUD y, una vez transferidas las competencias en Sanidad a las Comunidades Autónomas, se transformó en un acuerdo multi-regional. El cártel fue tremendamente eficaz a la hora de mantener los márgenes artificialmente elevados (un 50% más

⁴³³ El cártel estaba integrado originariamente por los fabricantes (a través de su asociación FENIN), los distribuidores mayoristas y las oficinas de farmacia. No obstante, los hechos atribuidos a estos dos últimos operadores prescribieron, por lo que la sanción recayó únicamente en las fabricantes/importadoras, en FENIN y, por primera vez, se impuso una sanción personal a directivos de empresas fabricantes.

⁴³⁴ El boicot no se llevó a la práctica ante el éxito de las otras medidas; en particular, de los pactos de fijación de márgenes, *AIO*, p. 31.

oneroso que en el canal institucional); y muy duradero. Estuvo vigente entre 1996 y 2010 y su fractura se produjo por discrepancias internas⁴³⁵.

4.3.2. *Test diagnostici per diabete*

El diagnóstico de la diabetes en los hospitales públicos italianos presupone que el paciente se somete a unos análisis. El material (*test*) para su realización puede ser obtenido por el paciente de dos maneras: a) indirecta; el paciente lo recoge en una oficina de farmacia, que es reembolsada por el hospital; los precios y los márgenes de beneficios son fijados por convenio entre los proveedores y las regiones; b) directa; el hospital lo adquiere a través de procedimientos de contratación pública. La primera era la forma tradicional y más extendida de obtención de los tests. Pero en los últimos años del siglo pasado (a partir de 1995), los hospitales italianos fueron potenciando progresivamente las licitaciones de test diagnósticos. El objetivo para favorecer la competencia a través de la contratación pública era el de reducir los precios en la medida de lo posible.

Esta política de licitaciones preocupó a las empresas suministradoras del material diagnóstico. Consideraron que los ingresos que obtendrían participando en una licitación (competencia en precio y un único ganador) serían menores que los derivados de los márgenes previstos en la vía indirecta. A través de su organización representativa (*Assobiomédica*) dichas empresas se concertaron con el propósito de volver a la situación anterior y eliminar en lo posible la contratación pública de este material. Para ello, adoptaron dos tipos de medidas: 1) Boicot a las licitaciones; 2) Presentación de ofertas con precios significativamente elevados, sea muy superiores a los de las licitaciones anteriores (entre un 42% y un 70%); sea iguales a los precios pactados por la vía indirecta⁴³⁶.

Las medidas adoptadas fueron tremendamente eficaces. La reacción de muchos órganos de contratación fue la paralización de las adjudicaciones y la prórroga de los contratos preexistentes. Pero los contratistas *incumbentes* - integrados en el cártel-

⁴³⁵ La salida de la resolución en vía jurisdiccional fue dispar. La Audiencia Nacional la confirmó en la mayoría de los casos (SAN de 26 de junio de 2018, Rec. 364/2016, SAN de 6 de abril de 2018, Rec. 363/2016, SAN de 20 de marzo de 2018, Rec. 374/2016, SAN de 14 de marzo de 2018, Rec. 352/2016, SAN de 27 de febrero de 2018, Rec. 5/2016) y anulada para otros (SAN de 29 de mayo de 2018, Rec. 369/2016).

⁴³⁶ *Test diagnostici*, apartado 207.

rechazaron la prórroga por el mismo precio y exigieron precios similares a los pactados en los convenios⁴³⁷. En otras ocasiones, se convocaron nuevas licitaciones, ya por un precio muy superior al del procedimiento inicial o se volvió a la vía de adquisición indirecta⁴³⁸.

4.3.3. Alternativas del cártel: pacto con el ente contratante o boicot

A diferencia de los dos epígrafes precedentes, ni *AIO* ni *Test Diagnostici* son supuestos de cartelización que busquen manipular a favor del cártel los procedimientos de contratación a los que concurran sus miembros. Su relación con ella es de signo negativo. En ambos casos, los participantes en el cártel buscan evitar que las compras públicas se sujeten a la disciplina competitiva de la contratación pública. Su objetivo es que se mantenga la vigencia de un sistema de compras no contractuales de alcance general y sin excepciones (colusión disruptiva). Para ello, el cártel utiliza un mecanismo incentivador de la situación actual (acuerdo o convenio) y dos disuasorios de la mutación a la contratación pública (boicot a la licitación y presentación de recursos contra el procedimiento).

a) Acuerdo con el órgano de contratación

El instrumento incentivador del *status quo* empleado por el cártel extracontractual en *AIO* y en *Test Diagnostici* es el acuerdo -se llame convenio o concierto- concluido entre el ente público adquirente y la industria. En ambos casos, el pacto poseía alcance nacional, ya sea por la competencia estatal del ente público firmante, ya por la suma de pactos regionales. Los intereses de la industria requerían que el acuerdo tuviese vigencia global y sin excepciones. Por ambas causas, el sector se cartelizó por entero. *Conditio sine qua non* para alcanzar un acuerdo satisfactorio es la unidad de acción del cártel en sus negociaciones con el comprador público. A esta exigencia responden los pactos secretos entre sus miembros. Por último, tanto el carácter global del acuerdo como la necesidad de pactos previos internos se vieron facilitados cuando organizaciones empresariales (FENIN y Assobiomedica, respectivamente) coadyuvan a la organización interna del cártel y a las negociaciones con el comprador público.

⁴³⁷ *Test diagnostici*, apartado 209.

⁴³⁸ *Test diagnostici*, apartados. 219, 240.

a) Boicot a las licitaciones: recurso y ofertas inadmisibles

En los casos estudiados, los cárteles acudieron al mismo instrumento disuasorio de la contratación pública: el boicot a las licitaciones, con dos modalidades. Por una parte, el boicot directo o negativa a presentarse a los procedimientos de contratación. Por otra, el boicot indirecto o «constructivo»: la interposición de recursos administrativos y jurisdiccionales contra las licitaciones o la presentación de ofertas anormalmente elevadas⁴³⁹. En ambos casos, el objetivo del boicot es impedir que los procedimientos de contratación se materializaran, ya haciendo inviable la contratación pública por falta de participantes ya procurando del órgano de recurso la suspensión de la licitación en tanto no se resuelve el recurso o por lo elevado de la retribución reclamada. *Prima facie*, la falta de participación parece más eficaz. En realidad, sólo será así cuando el cártel reúne a la (práctica) totalidad de los posibles licitadores. Por ende, exige que el cártel se arriesgue caso por caso. Las mismas críticas son ciertas para la presentación de ofertas excesivas. La vía de recurso da a la conducta una apariencia de legalidad en la que la decisión final se deja a un órgano jurisdiccional imparcial y es por ello susceptible de ser generalizable.

c) De boicot extracontractual a boicot en la contratación pública

La interposición de recursos administrativos y jurisdiccionales contra una licitación exige la legitimación del recurrente. En términos generales, sólo están legitimadas para recurrir las empresas cartelizadas que hubiesen presentado una oferta en el procedimiento contractual⁴⁴⁰. Este requisito apunta a que una de las posibles estrategias de un cártel extracontractual es la creación de un cártel (contractual) que participará en el procedimiento de contratación que pretenda impugnar.

⁴³⁹ El mismo efecto que las ofertas excesivas se produce si estas son irregulares o inadmisibles por cualquier otro motivo.

⁴⁴⁰ Se considera así, que la empresa que pudiendo participar en el mismo no lo hace de manera efectiva, no se encuentra legitimada para interponer el recurso especial, dado que de prosperar el recurso, ello no produciría ningún beneficio ni la evitación de perjuicio al recurrente. Si bien no es exigible que aquél que presenta el recurso manifieste su voluntad de participar en el procedimiento de contratación, sí habrá de quedar acreditado, o al menos no desacreditado, que quién pretenda impugnar los actos previos a la presentación de las ofertas, no carece de aptitud para participar en la convocatoria -correspondencia objeto social y objeto del contrato, posesión de la clasificación exigida, habilitación profesional o empresarial, etc (TACRC, Resolución 181/2013, de 23 de mayo, MARTÍNEZ, CENTRO DE GESTIÓN, Recurso n° 195/2013, Resolución 279/2012, de 5 de diciembre, MUÑIZ Y ASOCIADOS, Recurso n° 275/2012).

La creación de un cártel contractual no es necesaria en dos casos. Primero, cuando la contratación tenga lugar por procedimiento negociado y la recurrente no haya sido invitada a presentar una oferta⁴⁴¹. Segundo, cuando el cártel opte porque el recurso contra la licitación sea presentado por una organización representativa de los intereses empresariales. Así ocurre en *AIO*, donde FENIN actúa como recurrente⁴⁴². La presentación de ofertas excesivas, irregulares o inadmisibles por un cártel, con el objetivo de obstruir una licitación es otro caso de transmutación en cártel contractual; aún más evidente que el anterior. La estrategia sobre los precios se ejecuta en el procedimiento de contratación, en el que las empresas concertadas han presentado proposiciones.

4.4. Carácter anticompetitivo

4.4.1. Práctica restrictiva

La normativa de contratos del sector público no contempla la no participación en la licitación. Pero la retirada injustificada de la oferta trae para su autor dos consecuencias penosas, la incautación de la garantía provisional y la imposición de una prohibición de contratar⁴⁴³. Desde la perspectiva del Derecho de la Competencia, la principal duda que plantea el boicot colectivo a las licitaciones es cómo puede presumirse anticompetitivo el no participar o el retirarse de un procedimiento de contratación cuando ninguna ley lo prohíbe.

La cuestión planteada muestra que la supresión de ofertas es un tipo enormemente evanescente, cuya prueba exigirá seguramente una actividad de inspección por las

⁴⁴¹ STS, Sala 3ª, Sección 4ª, de 12 de marzo de 2008, Rec. 2897/2005. Ausonia Higiene, S.L., empresa participante en el cártel AIO, interpuso recurso contencioso-administrativo contra el pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación de pañales absorbentes, aprobado por la Dirección General de Salud del gobierno balear.

⁴⁴² *AIO*, p. 82. Ver STS, Sala 3ª, Sección 4ª, de 26 de octubre de 2004, Rec. 3652/2000.

⁴⁴³ En primer lugar, la retirada injustificada previa a la adjudicación conlleva la incautación de la garantía provisional y puede suponer la declaración de prohibición para contratar con el sector público durante dos años (arts. 106.1 y 71 LCSP), y en todo caso, la indemnización de daños que procediera (Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda, Informe 30/2008, de 2 de diciembre de 2008). En segundo lugar, si el ya adjudicatario no cumple los requisitos establecidos en el artículo 150.2 LCSP se entiende que ha retirado su oferta y se le incautará la garantía provisional (artículo 106.1 LCSP). Por último, el adjudicatario que no formaliza el contrato por causas imputables al mismo puede perder la garantía definitiva si así lo decide la Administración (artículo 110.a) LCSP).

autoridades de competencia. Como en cualquier otra modalidad de comportamiento colusorio, el boicot a las licitaciones es sancionable única y exclusivamente cuando concurren tres elementos: (1º) la existencia de un acuerdo o práctica concertada entre un grupo de licitadores; (2º) que sea restrictiva por objeto o por efecto; (3º) que no exista alguna explicación objetiva y razonable, alternativa de la anticompetitividad.

En ocasiones, demostrar la concurrencia del primer elemento es un reto para la autoridad de competencia, salvo que obtenga pruebas o evidencias sólidas de que la supresión trae causa de un acuerdo o práctica concertada. Por una parte, no existe ninguna obligación legal ni comercial de participar en licitaciones públicas y la retirada de las ofertas es justificable por múltiples razones. Por otra, los licitadores tienen en su mano aducir que la no presentación o retirada colectivas son un mero paralelismo de comportamiento, fundado en razones técnicas, jurídicas o económicas que sin duda documentarán con profusión. La supresión y la presentación de ofertas idénticas son los dos únicas técnicas colusorias que incluyen el paralelismo total entre los miembros del cártel. La identidad no concierne tan sólo al uso de la misma técnica colusoria, sino a la conducta en sí: no hay diferencias de ningún tipo entre los comportamientos de los licitadores coaligados⁴⁴⁴.

La fórmula más adecuada para ‘levantar el velo’ del paralelismo de comportamiento es acreditar que los licitadores han incurrido en intercambios de información estratégica acerca de los comportamientos boicoteadores. La comunicación recíproca de información entre los licitadores tiene por objeto o como efecto atenuar o suprimir la incertidumbre derivada del mercado⁴⁴⁵. Cualquier intercambio cuyo objetivo sea la restricción de la competencia es considerada una conducta restrictiva de la competencia por su objeto⁴⁴⁶. La comunicación es, pues, en sí misma una práctica colusoria sin necesidad de demostrar que el acuerdo de voluntades de los licitadores está

⁴⁴⁴ Autorità garante della Concorrenza e del Mercato RAGCM, de 3 de agosto de 2007, procedimiento 26705, 17135 *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, p. 55.

⁴⁴⁵ Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, RAGCM, de 25 de marzo de 2015, procedimiento 25382, 1744, *Gare RCA per trasporto pubblico locale*, apartados. 201 y 202, RAGCM, de 3 de febrero de 2015, procedimiento 25302, 1765, *Gare gestione fanghi in Lombardia e Piemonte*, apartado 15.

⁴⁴⁶ *Hormigones de Asturias*, p. 43, tomado de las *Directrices de la Comisión Europea sobre la aplicabilidad del artículo 101 TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal*.

en relación con la ejecución de un plan particular⁴⁴⁷. Si además los intercambios pretenden coordinar su participación en la licitación, la supresión anticompetitiva de ofertas se suma a la infracción anterior.

Algunas resoluciones han contestado la legitimidad de la abstención colectiva afirmando que la respuesta racional en caso de ilegalidad manifiesta de una licitación no está en boicotearla sino en presentar el oportuno recurso contra ella (*Biotronik*)⁴⁴⁸. Este argumento, además de limitado a la supresión por razones jurídicas es muy débil para desvirtuar la presunción de legalidad de comportamientos abstencionistas colectivos. Implica exigir a operadores económicos que asuman una carga positiva, a su costa, para restaurar la legalidad de un concurso en el que no tienen seguridad de ganar⁴⁴⁹. *Gare per la forniture* se expresó con más solvencia que *Biotronik*, al afirmar que «*la eventual presencia de condiciones poco razonables en una licitación no puede constituir una razón válida para adoptar comportamientos anticompetitivos*» (apartado 109). Este párrafo encauza perfectamente de la no presentación o retirada de ofertas, conductas que no son anticompetitivas *per se*, sino sólo cuando responden a un acuerdo o práctica concertada entre licitadores (o al abuso de posición de dominio).

En su sentencia de apelación en el caso *Transporte horizontal*, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco no sancionó a los promotores del boicot por haber sido desconvocado con anterioridad a su materialización. Entendió que la conducta colusoria no había sido consumada⁴⁵⁰. Esta posición ha sido criticada con base en que la amenaza de boicot, cuando es creíble, puede provocar un daño a la competencia, si tiene capacidad para disuadir a los competidores⁴⁵¹.

⁴⁴⁷ AC, Conseil de la Concurrence, Decisión de 19 de diciembre de 2007, relativa a las *prácticas cometidas por las sociedades Biotronik, Ela Medical, Guidant, Medtronic y Saint Jude Medical en el marco del suministro de desfibriladores cardíacos implantables a hospitales*, apartado 242.

⁴⁴⁸ *Biotronik*, apartado 308.

⁴⁴⁹ *Gare per la forniture* se expresó mejor que *Biotronik*, cuando afirma que «*la eventual presencia de condiciones poco razonables en una licitación no puede constituir una razón válida para adoptar comportamientos anticompetitivos*» (apartado 109). Este apartado encauza perfectamente de la no presentación o retirada de ofertas, conductas que no son anticompetitivas *per se*, sino sólo cuando responden a un acuerdo o práctica concertada entre licitadores (o al abuso de posición de dominio).

⁴⁵⁰ SSTJPV 149/2017, de 5 de abril, 215/2017, de 17 de mayo y 221/2017, de 19 de mayo. Asunto RAVC, de 14 de enero de 2016, Expte. 2/2016, *Transporte Horizontal*.

⁴⁵¹ PUETZ, ACHIM, «*Prácticas colusorias en el transporte horizontal: de boicots y cooperativas de transportistas*», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Nº 21, Segundo semestre de 2017, (formato LaLeyDigital.com).

4.4.2. Justificaciones objetivas

Una vez que la investigación obtenga evidencias de boicot, extraídas por ejemplo de los intercambios de información entre los miembros del cártel, la carga de la prueba pasa a los conspiradores, quienes deberán aportar una explicación alternativa satisfactoria, más convincente que la obtenida por la autoridad de competencia. Para demostrar la ausencia de concertación, deberán acreditar que su decisión no ha estado influenciada por las discusiones en el grupo o asociación y que no han utilizado las discusiones sobre la licitación para revelarse recíprocamente la oportunidad de boicotearla⁴⁵².

Un primer grupo de justificaciones a disposición de los licitadores investigados contempla argumentos de índole jurídica, económica o técnica. Entre los primeros, uno muy obvio es denunciar que las condiciones establecidas por los pliegos de condiciones hacen inviable la participación en el procedimiento⁴⁵³. Las justificaciones de carácter económico son, básicamente, de dos tipos: (a) ausencia de solvencia económica de los licitadores y (b) carácter antieconómico (no rentabilidad) del contrato para el que resultase adjudicatario⁴⁵⁴. Las causas técnicas se resumen en la falta de solvencia técnica de los licitadores, en sus muy diversas variantes⁴⁵⁵.

Al margen de los tres tipos citados, cabe concebir cualquier argumentación por parte de los licitadores. Por ejemplo, las de naturaleza laboral. El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco estimó el recurso presentado por el Centro de Contratación de Transportes de Vizcaya, S. Coop., contra la resolución de la Autoridad Vasca de Competencia que lo había sancionado por negarse a prestar el servicio de transporte

⁴⁵² *Biotronik*, apartados. 176, 279, 280. Cuando la alegación exculpatoria no es la inexistencia de boicot sino el apartamiento del mismo, la empresa ha de probar que dicho distanciamiento de la conducta competitiva fue indubitado, claro e inequívoco y que trató de evitar su producción, STS 1052/2018, de 19 de junio, Rec. Casación 3055/2017, F.J. 6º. Respecto del distanciamiento suficiente, ver STJCE de 7 de enero de 2004, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P (acumulados), *Aalborg Portland, Irish Cement, Ciments français, Italcementi-Fabbriche Riunite Cemento, Buzzi Unicem y Cementir – Cementeirie del Tirreno*, párrafo 84 y RCNC de 29 de junio de 2011, Expte. S/0224/10, *Colomer*, F.J. 6º, pp.20-23, y RCNC, de 24 de junio de 2011, Expte. S/0185/09, *Bombas de Fluidos*, F.J. 7ª, pp. 129-134.

⁴⁵³ En *Residuos*, las empresas denunciadas citan como causas de la no presentación de ofertas la rebaja del 25% en el canon que debe abonar el ente contratante, la asunción del personal de la contrata anterior, la ausencia de revisión del contrato y la normativa que debe cumplir la maquinaria, p. 41.

⁴⁵⁴ La empresa Consenur adujo que la ejecución del contrato era compleja y costosa, *ABH-ISMA*, p. 10

⁴⁵⁵ *ABH* negó su pertenencia al cártel sobre la base de que no operaba en el mercado sobre el que recaía la licitación y, por lo tanto, carecía de infraestructura y de medios para la gestión del contrato, *ABH-ISMA*, p. 7.

horizontal en el Puerto de Bilbao a los buques de la compañía Maersk Lines. El Tribunal entendió que la resolución no probó adecuadamente (a) la connivencia entre las empresas de transporte; (b) que los hechos fuesen debidos a un boicot. Por el contrario, sostuvo que cada transportista individual adoptó la decisión de no prestar el servicio de forma individual y por miedo al sabotaje de sus vehículos, «*como represalia por prestar el servicio a la naviera con la que subyacía un determinado conflicto comercial o laboral*»⁴⁵⁶. El Tribunal Supremo anuló la sentencia de instancia porque la cooperativa no se distanció públicamente de la actitud conocida de sus socios, y no buscó alternativas eficaces para evitar el boicot anunciado por estos⁴⁵⁷.

En *APETAM*, la Asociación homónima había enviado un escrito a la Administración autonómica andaluza ‘amenazando’ con «*no efectuar transporte escolar público en la provincia de Málaga*» durante un período si no se atendían sus reclamaciones respecto a la contratación de los servicios de transporte. El Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía resolvió que el objeto de este escrito no era vulnerar la competencia sino ejercitar una «*medida de presión*». El boicot, además, no se había materializado (ausencia de efectos). Esta posición es criticable, en primer lugar, porque da a entender que la amenaza de boicot no es sancionable por sus efectos; en segundo lugar, porque parece legitimar la conducta investigada conceptuándola como cierre patronal. Pero este último sólo es legal en los casos *numerus clausus* citados en el artículo 12 del Real Decreto 12/1977, de 4 de marzo (huelga de trabajadores, notorio peligro de violencia para las personas o daño para las cosas, ocupación ilegal del centro de trabajo o de alguna de sus dependencias, impedimento de del proceso normal de producción)⁴⁵⁸.

La justificación del licitador presuntamente boicoteador ha de ser objetiva y razonable, propia de un operador económico racional. *Gara Consip* es buen ejemplo de ello. La Autoridad italiana consideró irracional que una empresa no participe en licitaciones públicas en la región donde tiene la mayor parte de su negocio y convocadas

⁴⁵⁶ STSJ. País Vasco, 149/2017, de 5 de abril, S. C-A., F.J. 1º, que estimó el recurso contencioso-administrativo nº 87/2016, interpuesto contra la Resolución de la Autoridad Vasca de la Competencia, de 14 de enero de 2016, Expet. 2/2016, *Transporte Horizontal*. Un estudio doctrinal de la resolución y de la sentencia de instancia se encuentra en PUETZ, ACHIM, «Prácticas colusorias en el transporte horizontal: de boicots y cooperativas de transportistas», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Nº 21, Segundo semestre de 2017.

⁴⁵⁷ STS 1052/2018, de 19 de junio, Rec. Casación 3055/2017.

⁴⁵⁸ *APETAM*, cit., p. 23.

por entes públicos que ya fuesen clientes suyos con anterioridad⁴⁵⁹. Este último punto adquiere importancia a la hora de desvirtuar las justificaciones de boicot inicial. La no participación en una licitación cuyas condiciones no varían (sustancialmente) de otras a las que el no-licitador se hubiese presentado es un indicio de colusión. Corresponde a la autoridad de competencia probar que un operador económico racional y que atiende diligente en la atención a sus intereses económicos hubiese participado en la licitación cuestionada. Incumbe a este último demostrar que su comportamiento pasivo es justificable desde las coordenadas de un operador eficiente. En este contexto, el silencio ante los requerimientos de información o una alusión genérica a las motivaciones para no presentar una oferta es insuficiente.

El boicot inicial tiene un fundamento muy sólido en los procedimientos de contratación del suministro de energía eléctrica a entidades del sector público. Como ejemplo significativo, el caso *TGSS*. La CNC estimó las alegaciones de las empresas denunciadas, basadas en que la no presentación de ofertas a las licitaciones no se debía a un boicot sino al nulo atractivo de los entes públicos como clientes y a que el riesgo por impago es más elevado que en el caso de los clientes privados⁴⁶⁰.

4.5. Supresión ‘constructiva’

La adopción de ciertos comportamientos por un cártel de licitadores es equivalente a la supresión si comparte su mecanismo de funcionamiento general: (1) los miembros secundarios del grupo no presentan/retiran sus proposiciones; (2) el miembro elegido presenta está en condiciones de presentar una opción ganadora; (3) se evita la participación (exitosa) de otros rivales.

Entre las conductas que cabe incluir en esta subcategoría se encuentra la presentación de ofertas desahoradas o por otro motivo inadmisibles, así como

⁴⁵⁹ ACM, Resolución de 22 de diciembre de 2015, Procedimiento n.º. 25802, *Gara Consip Servizi di Pulizie nelle Scuole*, apartado 280.

⁴⁶⁰ *TGSS*, estudiada en el subepígrafe dedicado al «Cártel agresivo y dominante». La resolución precisa que «*La problemática específica de las AAPP para contratar el suministro eléctrico, el Informe considera que obedece a dos factores: «i) la rigidez de los procedimientos de contratación de las Administraciones Públicas derivada de las exigencias normativas impuestas a dichos procedimientos; y ii) la escasez, cuando no ausencia, de ofertas por parte de los comercializadores» (folio 217). Los comercializadores independientes de ACIE se deduce que no consideran que las AAPP sean clientes atractivos desde el punto de vista comercial. Las AAPP tienen poco interés como clientes para las comercializadoras de electricidad entre otros motivos por la regulación de los suministros esenciales y el riesgo de impago o retrasos en los pagos de algunos de ellos».*

interposición o amenaza de presentación recursos administrativos y contencioso-administrativos contra las licitaciones. En este segundo caso, el cártel ‘tira por elevación’: (1) acuerda que sus miembros no participen en el procedimiento de contratación (boicot); además, (2) persigue evitar que cualquier otro licitador lo haga, por la vía de impedir su celebración y lograr su reemplazo por otro que le favorezca frente a rivales no cartelizados (supresión constructiva). Ejemplos de estas conductas se encuentran en los expedientes *AIO* y *Test diagnostici per diabete* (epígrafe 4, subepígrafes 3.1 y 3.2 de este capítulo).

5. Rotación de ofertas

5.1. Elementos

La rotación de ofertas (*bid rotation*) en la contratación pública es el tipo de esquema colusorio en el que todos los conspiradores presentan ofertas, pero se turnan para ser el licitador que presente la proposición más ventajosa y con opciones de ganar el contrato. La OFT la definió como un proceso mediante el cual el proveedor preseleccionado envía la oferta más baja de manera sistemática o rotativa⁴⁶¹. Terminológicamente, el anglicismo «rotación de ofertas» no es del todo preciso. La figura se resume en los turnos pactados entre los licitadores cartelizados para ganar contratos públicos. Lo que rota no son las ofertas en sí, sino las ofertas potencialmente ganadoras; es decir, las licitaciones adjudicables. Por ello, sería más preciso denominar a esta figura como «rotación de licitaciones».

Esta figura presenta un carácter complejo. A la par que modalidad de acuerdo colusorio, la rotación incorpora en muchas ocasiones un mecanismo de reparto y compensación entre los licitadores. La manipulación del cártel se extiende a múltiples procedimientos de contratación, en los que el grupo busca adjudicaciones sucesivas en favor de sus miembros.

El primer elemento de la rotación es su tracto sucesivo. Los licitadores que pactan un sistema de turnos: (1) parten de que el cártel está en condiciones de tomar parte en una pluralidad de licitaciones, simultáneas o sucesivas; (2) deciden, expresa o

⁴⁶¹ OFT, Decision n°. CA98/1/2004, cit., apartado 18.

tácitamente que el cártel coordinará su participación en varios procedimientos de contratación; y (3) entienden que esta es una fórmula favorable para que todos los coaligados ganen algún contrato.

Un acuerdo en el que los operadores se turnan las licitaciones a ganar no puede identificarse si sólo se analiza una de ellas. Esta conducta exige un juego repetido, canales de comunicación desarrollados y la fijación de patrones de posturas ganadoras en las que las empresas se alternan para compartir el beneficio indebido. Para desvelar estos patrones se acude a técnicas de *screening*⁴⁶². Lo fundamental es revisar los datos de las licitaciones analizadas durante el procedimiento de investigación. La identificación de patrones de comportamiento parte de la evaluación de los resultados del conjunto de las licitaciones tramitadas por la entidad contratante. En dicha evaluación se identifican los comportamientos asociados con el establecimiento, concertación o coordinación de posturas. Después, esos patrones son verificados de licitación por licitación⁴⁶³.

Dada su naturaleza de tracto sucesivo, la puesta en práctica en una licitación singular no genera automáticamente la comisión de esta conducta anticompetitiva. Ahora bien, sí será sancionable (en cuanto restricción por objeto) cuando el cártel prevé mantener el sistema de turnos en el futuro. También lo serán los comportamientos instrumentales, como las ofertas de cobertura o el boicot parcial a una licitación.

La rotación admite variaciones en su ejecución. En todas ellas debe estar presente la fijación de un sistema de turnos entre los participantes. Cierta doctrina económica escogió un modelo en el que los licitadores coluden mediante la coordinación de sus ofertas en cada licitación, dirigidos por una entidad – interna o externa al cártel – conocida como *centro*. En cada licitación o período, el centro obtiene datos de los miembros del cártel y les instruye acerca de la oferta que han de presentar⁴⁶⁴. Con ciertas variantes, este es el tipo de rotación presente en *Nevasa*, a cuyo estudio se procede más abajo. Será decisión del grupo que el reparto sea igualitario (todos obtienen el mismo número de contratos, ej., *Nevasa*), proporcional a la posición relativa de sus

⁴⁶² El Capítulo IV, epígrafe 6, de esta tesis está dedicado al estudio del screening para la detección temprana y la investigación de prácticas anticompetitivas en la contratación pública.

⁴⁶³ Comisión Federal de Competencia (COFECE), Resolución de 15 de agosto de 2010, Expte. IO-003-2006, *Medicamentos licitados por el sector Salud*.

⁴⁶⁴ AOYAGI, MASAKI, «Bid rotation and collusion in repeated auctions», *CMPO Working Papers Series*, 00/29, mayo 2000, pp. 3-4.

miembros en el grupo (*Medicamentos licitados por el sector Salud*) o claramente beneficioso para alguno de los licitadores⁴⁶⁵.

La segunda característica de la rotación de ofertas radica en que tanto su mecanismo de funcionamiento como su objetivo coinciden con el de otra práctica colusoria: el reparto de mercados, lotes o clientes entre la totalidad de los miembros del grupo (*rotación como reparto*). Los miembros del cártel establecen un sistema de turnos para repartirse licitaciones entre ellos; de modo que todos ellos obtengan su ‘pedazo del pastel’⁴⁶⁶.

La tercera característica es el establecimiento de fórmulas de compensación interna como cláusula de salvaguarda en los sistemas de rotación. En sí misma, rotación esta es ya un mecanismo de resarcimiento a medio o largo plazo entre los licitadores coaligados. La forma pura de rotación significa que la retribución a los miembros secundarios consistirá en la adjudicación de contratos a todos los conspiradores (*rotación como compensación*). La distribución pacífica de las adjudicaciones se basa en la admisión de su valor equivalente por los beneficiarios próximos y los más remotos, lo que puede hacer innecesario un reparto posterior de las ganancias⁴⁶⁷. Cuando ello no sea posible, el cártel deberá adoptar medidas alternativas, tales como la participación en los contratos públicos ya ganados por algunos de sus miembros (por

⁴⁶⁵ El caso más famoso de rotación colusiva en la contratación pública es el «cártel del equipamiento eléctrico», también conocido como «cártel de las fases de la luna». Durante toda la década de 1950, más de cuarenta firmas incurrieron en prácticas de fijación de precios y manipulación de las licitaciones en tres mercados (interruptores, generadores y transformadores). Lo más singular del cártel era que para determinar el ganador de cada licitación, se atendía a la fase en que estuviese la Luna el día de la solicitud de las ofertas por la entidad contratante. El modelo era azaroso y garantizaba la equidad dentro del cártel, dado que la fijación de dicha fecha no dependía en absoluto de sus integrantes. El mecanismo fue tan exitoso que incluyó a la práctica totalidad de la industria y llegó a considerarse como estándar de actuación en ella (LECLAIR, MARK S., *Cartelization, Antitrust & Globalization in the US and Europe*, Routledge, 2011, p. 72).

Su éxito también demostró lo sencillo que es fijar un parámetro de rotación. Pueden ser las fases de la Luna, pero también la temperatura que haga el día de convocatoria en la sede de la entidad contratante, o los dos últimos dígitos de las acciones negociadas en la Bolsa de Nueva York el día anterior. (Ejemplos tomados de BLAIR, ROGER D. y SOKOL, DANIEL D., *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Volumen 2, Oxford University Press, 2015, p. 485).

⁴⁶⁶ La Guía sobre la Contratación Pública y la Competencia de la CNC observó que «*al presentar la oferta ganadora de forma rotatoria, todas las empresas resultan adjudicatarias de algún contrato (...)*», p. 37.

⁴⁶⁷ VERGOTE, WOUTER observa que las alternativas deben obtener la evaluación más alta de todos los postores respecto del período en el que se acuerda la distribución; ver *Collusion in auctions: between bid rotation and efficiency*, p. 2, octubre, 2004
<http://centres.fusl.ac.be/CEREC/document/people/vergote/AuctionsMarch20.pdf>.

ejemplo, a través de la subcontratación) o la compartición de negocios ajenos a la contratación pública.

El cuarto elemento de un esquema puro de rotación es que constituye una expresión de confianza entre los licitadores colusorios; especialmente a la hora de fijar y respetar el orden de los turnos. Los miembros del cártel situados en los últimos lugares cometen una o varias conductas anticompetitivas ciertas a la espera de un beneficio futuro (*incertus an incertus quando*). Además, su consecución no depende siempre de la decisión del grupo colusorio. Pueden influir factores ajenos al mismo (cancelación o modificación de las licitaciones, presencia de licitadores no cartelizados muy competitivos, descubrimiento de la conducta colusoria por los órganos de contratación o por las autoridades de competencia, etc).

Aceptar un daño actual y cierto a cambio de un lucro hipotético exige la concurrencia de tres factores (1) la estabilidad del cártel; (2) la certidumbre sobre la efectividad del cártel rotatorio; y (3) la superioridad del provecho sobre el riesgo. Todos ellos no son estrictamente indispensables para la creación de un cártel rotatorio, pero sí para su pervivencia

En primer lugar, resulta difícil que este mecanismo colusorio prospere en cárteles inestables. La rotación entre competidores exige buenos términos entre los participantes, la fijación de reglas claras y una instancia de equilibrio y sanción intra-grupo. Por regla general, la ‘traición’ al cártel es tentadora y factible, dado el elevado número de procedimientos de contratación existentes. En segundo lugar, la certidumbre del cártel depende de factores externos, ligados principalmente a la participación de licitadores terceros. Un número elevado y/o competitivo de participantes honestos minora las posibilidades de adjudicaciones reiteradas en favor del grupo. Por eso, la técnica rotatoria prosperará mejor en los cárteles dominantes, puesto que los miembros del grupo ocupan la (práctica) totalidad del mercado. El tercer factor depende en gran medida del segundo. La mera prospectiva de ser premiados en el futuro puede proporcionar incentivos suficientes para lograr la cooperación de los licitadores⁴⁶⁸. La

⁴⁶⁸ HENDRIKS, KEN, PRESTON MCAFEE, P., WILLIAMS, MICHAEL, A. «Auctions and bid rigging», en BLAIR, ROGER y SOKOL, DANIEL, *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Oxford University Press, 2015, p. 509.

combinación de los tres factores para hacer eficaz la rotación colusoria puede resumirse en una sola palabra: paciencia⁴⁶⁹.

Cuando los elementos configuradores de un cártel rotatorio puro no existen o son débiles, aparecen dos tipos de variantes. Por una parte, los ya citados mecanismos de compensación. Por otra, la combinación de la rotación con otras prácticas anticompetitivas, para asegurar un mayor grado de éxito y reducir con ello el riesgo al que se ven expuestos los licitadores emplazados en los últimos puestos del grupo.

Como quinta característica, la rotación es una técnica colusoria marco o cuadro que opera en el período inter-licitaciones. Cuando se convoca cada licitación singular, los licitadores agrupados no ejercitan ninguna conducta rotatoria sino una o varias modalidades de manipulación de ofertas; en particular, ofertas de cobertura (*Nevasa, Medicamentos licitados por el sector Salud*) y la supresión de ofertas. El tipo de comportamiento adoptado durante el procedimiento de contratación es indiferente a la hora de valorar la existencia de la rotación anticompetitiva. Los participantes sólo necesitan acordarla y fijar los turnos (para garantizar la estabilidad, debieran pactar también el mecanismo compensatorio).

5.2. *Nevasa*

En *Nevasa*, el Tribunal de Defensa de la Competencia de Castilla y León (TDCCYL) decidió que el complejo de acuerdos de rotación entre los miembros del cártel y de estos con la entidad gestora había sustituido a la contratación pública de unas actividades o su prestación en condiciones de mercado por su ejecución cartelizada (a lo que se sumaba el *price fixing*). En el caso un grupo de marmolistas, integrados en la asociación Asocimar, alcanzó un acuerdo (horizontal) para repartirse en exclusiva los trabajos de grabación de lápidas de nueva construcción y adquirir preferencia para otros trabajos relacionados en los cementerios municipales de Valladolid. Con este fin, establecieron un sistema de turnos semanales⁴⁷⁰.

⁴⁶⁹ Este sería el atributo necesario para los miembros del cártel rotatorio; RACHMILEVITCH, SHIRAN, «Endogeneous bid rotation in repeated auctions», en *Journal of Economic Theory*, volumen 148, número 4, julio 2013, p. 1716.

⁴⁷⁰ RRTDCCYL, de 8 de octubre de 2009, Expte. TDC/3/2008, *Nevasa I* y de 31 de octubre de 2012, Expte. TDC/SAN/2/2012, *Nevasa II*.

El Tribunal de Defensa de la Competencia de Castilla y León analizó el primer año desde el comienzo de las adjudicaciones realizadas por Nevasa; y lo dividió en dos períodos de seis meses. En cada uno de ellos, los seis operadores concurrentes resultaron adjudicatarios de un lote ordinario y de algunos especiales (con alguna excepción). En algún caso, el profesional sólo concurrió a la licitación en la que fue adjudicatario. Para el Tribunal, el hecho de que los licitadores desarrollen fórmulas de rotación por las que los ganadores lo sean de modo uniforme en el número y tipo de adjudicaciones en períodos determinados «*constituye inequívocamente un acuerdo de reparto de mercado*». Y ello, porque conseguir unas adjudicaciones homogéneas en número y lotes en los dos períodos analizados no sería posible sin el acuerdo previo de los licitadores (ausencia de una explicación económica razonable o de una justificación objetiva). En conclusión, estos resultados «*no podrían darse en un procedimiento de licitación exento de pactos, pues el ritmo de cadencia en las licitaciones nunca podría resultar tan predeterminado ni predecible*»⁴⁷¹.

Nevasa plantea un caso de reparto rotatorio de un mismo mercado y de un mismo cliente por lotes, en condiciones igualitarias, organizados y coordinado por la entidad adjudicadora. Esta sociedad de capital mayoritariamente público no fue sancionada, a diferencia del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria y de la sociedad pública EFMSA en *Funerarias de Baleares* (Capítulo III, epígrafe 2.3).

5.3. Otros casos

Medicamentos licitados por el sector Salud, reúne las propiedades esenciales de la rotación colusoria. Este caso, decidido en 2010 por la Autoridad de Competencia de Méjico (COFECE), sancionó las prácticas anticompetitivas cometidas por Baxter, Fresenius, Eli Lilly y Pisa, en las licitaciones anuales convocadas a nivel federal por el Instituto Mexicano del Seguro Social entre 2003 y 2006 para el suministro de insulina y sueros⁴⁷². Los cuatro licitadores coordinaron sus ofertas a lo largo de este período utilizando un esquema invariable de rotación y decidiendo el ganador en cada proceso a través de acuerdos de fijación de precios (ofertas de cobertura).

⁴⁷¹ *Nevasa*, pp. 20 y 26.

⁴⁷² COFECE, Resolución de 15 de agosto de 2010, Expte. IO-003-2006.

El *quid* del cártel fue el uso inteligente de un patrón de rotación muy refinado. En resumen, el grupo decidía el ganador, los perdedores y los precios ofrecidos por el uno y los otros. Las ofertas ganadoras y perdedoras (1) eran siempre las mismas, (2) muy parecidas entre sí y (3) se acercaban lo más posible a los precios máximos. Lo único que cambiaba era el nombre de la empresa ganadora. Esta reproducía las mismas posturas en ejercicios posteriores, ahora como perdedora, hasta que le tocara su turno. El mecanismo de rotación era, pues, inmutable. El éxito de la conducta también se debió a que el cártel formado por los cuatro laboratorios controlaba el mercado. Por ello, su acuerdo pacífico y estable resultó sólido hasta el momento en que se descodificó el patrón de comportamiento. Además, a mediados del año 2006, el cártel redujo sus ofertas de manera dramática ante la entrada de un nuevo participante con una postura agresiva a la baja.

Como se apuntó al analizar las técnicas colusorias empleadas para materializar los acuerdos de reparto de mercados, la rotación aparece en casos de colusión indirecta, como *Postes de Hormigón*. El cártel estaba integrado por proveedores de empresas licitadoras a contratos públicos que empleaban la subasta para elegir a sus suministradores. En el año 2006, el cártel diseñó un proceso en dos fases a la hora de decidir cuál de sus miembros presentaría la mejor oferta en cada puja. En primer lugar, atribuía de forma aleatoria un número a cada empresa. En segundo lugar, aprobó una lista de tarifas, cuyo reparto quedaba pendiente de los resultados de la Lotería Nacional que se celebrase en los días de convocatoria de las licitaciones. En función de este resultado, se asignaban las listas de tarifas previamente acordadas⁴⁷³. El carácter aleatorio de los criterios de rotación (1) ‘automatizaba’ el funcionamiento del cártel; (2) y con ello hacía innecesario designar a un gestor; (3) además perseguía evitar conflictos internos a la hora de repartirse las licitaciones. Ahora bien, la propia estructura del sistema de rotación que garantizaba la flexibilidad de su funcionamiento provocaba también la inflexibilidad de sus resultados. Las asignaciones inequitativas de clientes exigían un mecanismo añadido que restaurase el *status quo*. Por ello, el acuerdo interno preveía compensaciones entre las empresas cuando no se alcanzan las cuotas establecidas para cada uno de sus miembros⁴⁷⁴.

⁴⁷³ *Postes de Hormigón*, p. 26.

⁴⁷⁴ *Postes de Hormigón*, p. 22.

La rotación de ofertas puede servir como mecanismo de compensación; lo cual exige del cártel la suficiente estabilidad y confianza para alcanzar un compromiso de resarcimiento interno que se hará efectivo en el futuro. El cártel sancionado en *Sobres de Papel* acordó emplear la asignación de cuotas como técnica colusoria para repartirse los lotes en que se dividían las licitaciones. Entre las técnicas de compensación pactadas, figuraba la del reparto rotatorio de futuros lotes o licitaciones, en función de la ‘deuda’ que el cártel hubiese contraído con sus miembros menos favorecidos en el presente⁴⁷⁵.

En *Licitaciones de carreteras*, la rotación de ofertas no fue incluida entre las conductas colusorias. La resolución sancionó a las empresas por acordar las bajas que cada una haría al presupuesto de adjudicación. Las no ganadoras recibían una compensación del cártel. Algunas empresas trataron de desvirtuar la acusación de *price fixing* apuntando que esta conducta es absurda sino forma parte de un esquema rotatorio. Emplearon dos argumentos: (1) la rotación es la única forma de cártel racional en términos económicos⁴⁷⁶; (2) la compensación a los licitadores perdedores sólo encuentra su sentido si estos tienen la oportunidad de ganar futuras licitaciones, «*porque de lo contrario habría empresas que sólo cobrarían por no prestar sus servicios, lo que carece de lógica*»⁴⁷⁷.

La pretensión de las partes parecía ser la de configurar a la rotación como el único tipo de comportamiento colusorio sancionable por las autoridades de competencia en el ámbito de la contratación pública. O bien, negar que el *price fixing* sea una infracción autónoma, al margen de las prácticas de rotación. El argumento de fondo era que la compensación que el cártel pueda otorgar a sus miembros perdedores no compensará los costos directos e indirectos derivados de no competir en el procedimiento contractual,

La CNC, si bien no sancionó por rotación, estimó que en el caso concurría uno de sus requisitos (pluralidad de ganadores dentro del cártel), si bien de forma limitada (no ganan todos). Además, interpretó que la compensación interna es en ocasiones un

⁴⁷⁵ *Sobres de Papel*, apartado 427.

⁴⁷⁶ «No tiene sentido pertenecer a un cartel para participar en una sola de las licitaciones, ganar una cuantía reducida y no asegurarse el resultar adjudicatario (empresa ASCAN). El cartel solo es explicable si el ganador va rotando, de lo contrario las empresas tendrán costosos medios parados. Sin embargo, se deduce de los hechos acreditados que hay empresas supuestamente participantes en el cartel que no se han adjudicado ninguna licitación (empresas CARIJA, CEYD)», RCNC, *Licitaciones de carreteras*, p. 81.

⁴⁷⁷ RCNC, *Licitaciones de carreteras*, p. 93

estímulo suficiente para formar parte de un cártel. Esta situación no es descartable en los cárteles rotatorios. Se presupone que el sistema de turnos ha sido escogido porque procura que todos y cada uno de los miembros del cártel sean adjudicatarios de contratos públicos. No obstante, los acuerdos internos pueden convertir en beneficioso para todos los miembros del cártel rotatorio que algunos de los licitadores acepten de plano no ser adjudicatarios en ningún caso, a cambio de un resarcimiento suficiente, sea en metálico o en otras medidas (subcontratación, negocios cruzados, etc)⁴⁷⁸.

Tal como se estudió en el epígrafe III, 3.5 de este capítulo, el Consello Galego da Competencia sancionó en *Suministro de calderas* el reparto de dos licitaciones por la vía de la rotación de ofertas basada en criterios territoriales. De acuerdo con la resolución, dos licitadores quedaron primero y segundo en sendas licitaciones, respectivamente. Cada uno renunció a las adjudicaciones ganadas y acordaron aceptar aquella en la que habían obtenido la segunda posición).

6. Técnicas contractuales que favorecen la colusión

Uno de los efectos secundarios más sorprendentes del Derecho de la Contratación pública radica en su probada capacidad para alimentar determinadas conductas potencialmente anticompetitivas. Aun de forma no buscada ni negligente, lo cierto es que ha sido concebido bajo el principio de asunción del riesgo de lesión a las reglas de competencia. En efecto, regula aquél procedimientos, instituciones y acciones que, utilizadas por los licitadores con pleno respeto a la legalidad contractual, pueden conducir sin excesiva dificultad a prácticas de *bid rigging*. El Derecho de la Contratación Pública crea así un riesgo jurídicamente relevante de lesión de un bien jurídico protegido por el Derecho de la Competencia.

La razón de ser de este fenómeno se encuentra en el distinto modo de entender el principio de competencia en una y otra disciplina jurídica. El Derecho de la Contratación pública tiene un objetivo básico: atraer al mayor número posible de

⁴⁷⁸ «Primero, porque no se observa en la muestra de licitaciones donde la colusión está acreditada que el ganador sea siempre el mismo. Segundo, porque algunas empresas pueden tener un cierto incentivo a aceptar un cobro seguro a cambio de un beneficio incierto, puesto que no saben si ganaran. Tercero, porque si compiten agresivamente pueden quedar excluidas por considerarse su baja «temeraria», independientemente de la denominación que se le dé a este concepto», RCNC, *Licitaciones de carreteras*, p. 93.

licitadores al procedimiento para obtener la prestación de mejor calidad al menor precio (*value for money*). Para ello, las convocatorias han de ser debidamente publicitadas y los procesos contractuales transparentes. A esta finalidad principal se suman otras, como el favorecimiento explícito de la participación de pequeñas y medianas empresas. En los últimos años se han incorporado ciertas políticas públicas, como la protección del medio ambiente, el empleo de parados, mujeres o discapacitados o la promoción del I+D, entre otras, para cuya implementación se considera que la contratación pública es particularmente eficaz. Todas ellas se engloban bajo la denominación de contratación pública estratégica.

La persecución de un conjunto tan dispar de objetivos – entre los que no se encuentra la lucha contra las prácticas anticompetitivas – ha generado una regulación que, en ciertos casos, allana la labor de los cárteles en la contratación pública, pues reduce los obstáculos normativos y administrativos para su formación, organización, disciplina y perduración. En este epígrafe se estudian dos figuras en las que se observa la falta de sintonía entre la competencia por el mercado en la contratación pública y la competencia en el mercado, propia del Derecho *antitrust*: las formas de coparticipación y las encomiendas de gestión a medios propios del poder adjudicador (*in house providing*). Pero el mismo fenómeno se observa también en la transparencia de los procedimientos de contratación y en el papel simplificador de la colusión que ejercen ciertos procedimientos (en particular, el acuerdo marco).

6.1. Participación colectiva en la contratación pública

A la hora de concurrir a un procedimiento de contratación pública rige el principio de unidad de empresa y oferta: cada operador formula una proposición o recibe una invitación individual, tras lo cual se convierte en licitador o candidato (Directiva 2014/2024, artículo 2.1.11 y 12). Como excepciones a este principio general, la Directiva admite tres supuestos de coparticipación de varios operadores en diferente grado y momento: las agrupaciones de entidades económicas, incluidas las asociaciones temporales (artículo 19), el recurso a las capacidades de otras entidades (artículo 63) y

la subcontratación (artículo 71)⁴⁷⁹. La LCSP les dedica sus artículos 69, 75 y 215, respectivamente. En todos ellos los licitadores y los invitados al procedimiento son competidores en el mercado a los que se exceptiona de competir por el mercado de forma autónoma⁴⁸⁰. Esta especialidad dificultará que la hipotética práctica colusoria sea considerada como una infracción por objeto, pues los co-licitadores actúan con el propósito de resultar adjudicatarios conforme a la normativa de contratos⁴⁸¹.

Al regular estas figuras, la normativa comunitaria y la española tienen en mente a las pequeñas y medianas empresas, cuya participación en el procedimiento de contratación se favorece enormemente, con razón y justicia, desde instancias comunitarias⁴⁸² y nacionales. Un tratamiento ‘rácano’ de las uniones de empresarios conllevaría, a corto plazo, la exclusión de las PYMEs de ámbitos considerables de la contratación pública y, en consecuencia: (1) la reducción cuantitativa del número de licitadores; (2) la reducción cualitativa de soluciones eficientes e innovadoras en muchos campos; (3) el aumento de los costes de adquisición. A medio y largo plazo, (4) podría suponer la minoración de los proveedores presentes en el mercado, la disuasión de nuevos entrantes y la consiguiente reducción estructural de la competencia⁴⁸³.

El respeto a las normas de defensa de la competencia aconseja la cautela a la hora de usar estas figuras. Prudencia no compartida desde el Derecho de la Contratación pública, que las fomenta decididamente. Dicha contradicción lo es de objetivos. Si los del Derecho de la competencia se focalizan en evitar las maquinaciones y los pactos

⁴⁷⁹ La clasificación tripartita de las formas de participación colectiva es sostenida también por MARTÍNEZ MAÑES, EVA, «La defensa de la competencia en los procesos de contratación pública: hacia una mayor participación de las pequeñas y medianas empresas en los mercados públicos», en *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2014 | 06 | 2015*, p. 397. La inclusión de las uniones de empresarios (*consortia*) y de la subcontratación en la categoría de ‘ofertas conjuntas’ (*joint tendering*), a efectos de la aplicación del artículo 101 TFUE es defendida por RITTER, CYRIL, *Joint tendering under EU Competition Law*, 1 de febrero de 2017, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2909572> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2909572>, p. 2.

⁴⁸⁰ En relación con la manipulación de las tres formas de coparticipación, ver MIÑO LÓPEZ, ANTONIO y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA, «Colusión en la contratación pública (bid rigging): propuestas para combatirla eficazmente y posibilidades que ofrece la directiva de contratos de 2014», *Observatorio de Contratación Pública 2013*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 440 y ss.

⁴⁸¹ En sentido opuesto, RAVC, de 7 de septiembre de 2012, Expte 07/2011, *Contrato Telefónico del Ayuntamiento de Bilbao*, p. 32 y ss.

⁴⁸² *European Code of best practices facilitating access by SMEs to public procurement*, Contract Commission Staff Working Paper, Brussels, 25 de junio de 2008, SEC(2008) 2193, p. 1.

⁴⁸³ IRISH COMPETITION AND CONSUMER PROTECTION COMMISSION, *Consortium bidding. How to comply with competition law when tendering as part of a consortium. A Guide for Small and Medium Enterprises (SMEs)*, diciembre de 2014, apartados. 1.11 a 1.14.

ilícitos entre los candidatos, promoviendo sus ofertas independientes en aras de un menor precio, los del Derecho de la contratación pública abarcan fines más amplios y políticas transversales. Así por ejemplo, se promueven las UTEs, la integración por medios externos y la subcontratación para facilitar el acceso a la contratación pública de las pequeñas y las medianas empresas, en muchos caso excluidas por razones objetivas de economías de escala y dificultades de solvencia. Dicho problema se agrava en los contratos de elevado importe (los sometidos a regulación armonizada) y cuando operan centrales de compras, con la consiguiente reducción del número y ampliación del importe del negocio, lo que atrae a grandes empresas.

Sirva de expresión de las diferencias señalada el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda a la *Guía sobre Contratación Pública y Competencia* de la CNC. A la hora de pronunciarse sobre los contenidos de la Guía en materia de subcontratación, el Informe señala (epígrafe 21, página 46):

«Las directrices que viene dando la Comisión Europea, en especial desde el comienzo de la actual crisis económica y los criterios mantenidos por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio en materia de política de PYMES, vienen siendo las de fomentar las subcontrataciones para así favorecer a las PYMES, logrando de esta manera que éstas se beneficien de parte del gasto público que se canaliza a través de la contratación pública. Este es un nuevo ejemplo de cómo un enfoque que no tome en consideración objetivos distintos al de la obtención de un máximo de concurrencia, no siempre resulta adecuado en el ámbito de la contratación pública.

La contratación pública viene siendo a nivel comunitario y nacional un instrumento horizontal para colaborar con otras políticas, tales como la medioambiental, la social, de innovación o de protección de las PYMES. Este enfoque puede y debe hacerse compatible con el respeto a la libre concurrencia».

6.2. Las uniones de licitadores

6.2.1. Regulación y test de sujeción a la normativa de competencia

Las dos agrupaciones de empresas con presencia en la contratación pública tienen en derecho español su propia disciplina jurídica. El régimen jurídico de las UTEs se encuentra en la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Regional (LUTE). Las AIEs están reguladas en la Ley 12/1991, 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico (LAIE).

La LUTE define a la UTE como el sistema de colaboración entre empresarios, carente de personalidad jurídica, constituida por tiempo cierto, determinado o indeterminado para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro⁴⁸⁴. Su objeto es desarrollar o ejecutar exclusivamente una obra, servicio o suministro concreto, dentro o fuera de España. También podrán desarrollar o ejecutar obra y servicios complementarios y accesorios del objeto principal. Su duración ha de ser idéntica a la de la obra, servicio o suministro que constituya su objeto. La duración máxima no podrá exceder de veinticinco años, salvo que se trate de contratos que comprendan la ejecución de obras y explotación de servicios públicos, en cuyo caso, la duración máxima será de cincuenta años (artículos 7 y 8 b) y c).

Por su parte, la LAIE otorga a las Agrupaciones de Interés Económico personalidad jurídica y carácter mercantil, pero no ánimo de lucro. Su finalidad es facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad de sus socios. (artículos 1, 2). La ley no establece un plazo máximo de duración de las AIEs, por lo que es potencialmente indefinida, salvo que se produzca su disolución o transformación (artículos 18 y 19).

⁴⁸⁴ En *Licitaciones de carreteras*, p. 96, la CNC la definió como «una agrupación de empresas sin personalidad jurídica que tiene como fin el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro determinado, es decir, una actividad empresarial». Un sector doctrinal entiende que las uniones temporales de empresas son sociedades; ver MOYA BALLESTER, JORGE, «Las Uniones Temporales de Empresas: concepto y régimen jurídico aplicable», *Revista de Derecho Mercantil*, num. 282/2012 parte Varía, Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2011 (consultado en Proview). Sobre su ausencia de personalidad jurídica, ver BONARDELL LENZANO, RAFAEL, «La personalidad jurídica de las uniones temporales de empresas», *Revista de Derecho Mercantil* num. 294/2014 parte Comentarios de Jurisprudencia, Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2014, (consultado en Proview).

La LCSP regula las uniones de licitadores en el artículo 69, bajo la rúbrica «*uniones de empresarios*». Siguiendo la tradición legislativa española, la LCSP contempla únicamente a las uniones temporales de empresas (UTEs) como posibles licitadores. Ello no ha impedido que las AIEs se personasen como tales, dado que: (1) las AIEs tienen personalidad jurídica propia, se presentan como un sujeto unipersonal a las licitaciones, no como una mera agrupación de empresarios; (2) los contratos públicos constituyen una «*actividad económica auxiliar de la que desarrollan sus socios*» (artículo 3.1. LAIE).

Las uniones de licitadores están sujetas a la normativa de defensa de la competencia puesto que su sustrato es el acuerdo celebrado entre dos o más empresas competidoras en el procedimiento de contratación. Para el examen de su compatibilidad con dicha normativa, el presente estudio propone el siguiente test, resultado de sistematizar la escasa doctrina de las autoridades de competencia y la jurisprudencia existente :

Primero. La mera constitución de las uniones de licitadores y su actividad de conformidad con su normativa propia y con la contractual (LCSP y pliegos del procedimiento) no son anticompetitivos.

Segundo. La constitución de las uniones de licitadores y su actividad de conformidad con su normativa propia y con la contractual constituirán prácticas restrictivas conforme al artículo 101.1 TFUE y 1.1 LDC cuando sus miembros sean competidores reales o potenciales en la licitación; su creación sea innecesaria porque sus miembros tengan la capacidad y solvencia para participar en ella individualmente o en agrupaciones más pequeñas; acuerden o concierten entre sí la manipulación de la licitación; instrumenten alguna técnica colusoria, como el reparto de mercados o el acuerdo sobre precios; y sean susceptibles de provocar la eliminación o minoración de la competencia efectiva en el procedimiento de contratación. Cuando estas características están presentes, debe dilucidarse si la unión colusoria lo es por objeto o por sus efectos.

Tercero. Las uniones de licitadores no infringen la normativa de defensa de la competencia cuando sus miembros: (a) no son competidores reales o potenciales; (b) forman parte de un grupo de empresas (*single economic entity*) y carecen de autonomía negocial para operar por sí mismos en las licitaciones públicas, por lo que no son

competidores entre sí; (c) o son competidores reales o potenciales pero la unión reúne todas las condiciones siguientes: (c1) Ninguno de los miembros o un subgrupo del mismo pueden cumplir por sí mismos los requisitos exigidos por el procedimiento o el contrato; (c2) El intercambio de información se limita a los datos mínimos y estrictamente necesarios para la formulación de la oferta conjunta y para la ejecución del contrato. Dado que el intercambio puede facilitar comportamientos colusorios en otros mercados está vedado a las partes extenderlo a elementos ajenos al procedimiento y a información estratégica relativa a las actividades comerciales⁴⁸⁵; (c3) Los miembros no compiten menos agresivamente entre ellos cuando participan separadamente en licitaciones o en negocios privados⁴⁸⁶.

Cuarto. Aunque concurren los requisitos de una unión colusoria conforme a los artículos 101.1 TFUE y 1.1 LDC, estos preceptos serían inaplicables si se dan en el caso las circunstancias previstas en los artículos 101.3 TFUE y 1.3 LDC.

El mismo tratamiento que a las uniones de empresarios típicas –UTES y AIEs debe darse a aquellas centrales de compras que, con independencia de su naturaleza jurídica, presentan una oferta única a un procedimiento de contratación. Dichas centrales agrupan a una pluralidad de empresarios independientes que operan de forma coordinada en su tráfico ordinario. En ocasiones, las restricciones a la competencia tienen soporte legal (taxi). Pero en el ámbito de la contratación pública cada miembro de la central tiene capacidad para licitar de forma independiente. Por ello, la

⁴⁸⁵ Esta circunstancia explica que se consideren anticompetitivos los intercambios de información anticompetitivos mantenidos en otros procedimientos contractuales en los que participan los licitadores ahora coaligados y los que tengan lugar en cualquier mercado en el que son competidores reales o potenciales. Ver RITTER, CYRIL, *Joint tendering under EU Competition Law*, 1 de febrero de 2017, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2909572> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2909572>, p. 14; AGENCIA DANESA DE COMPETENCIA Y CONSUMO, *Joint bidding under competition law Guidelines. Draft*. 2017, p. 32.

⁴⁸⁶ IRISH COMPETITION AND CONSUMER PROTECTION COMMISSION, *Consortium bidding. How to comply with competition law when tendering as part of a consortium. A Guide for Small and Medium Enterprises (SMEs)*, diciembre de 2014, pp. 9, 10, 12, 14.

presentación agrupada de ofertas genera un riesgo evidente de reducir o eliminar la competencia en el mercado⁴⁸⁷.

6.2.2. Práctica no anticompetitiva por naturaleza

En el ámbito de la contratación pública, la relación de las agrupaciones de empresas con el Derecho de la competencia está determinada por la transversalidad de la última disciplina. El respeto de su normativa propia y de la legislación contractual es condición necesaria pero no suficiente para la validez de la constitución y de la actividad de estas entidades; una y otra serán fiscalizables con arreglo a los artículo 1 a 3 LDC (o 101 y 102 TFUE)⁴⁸⁸.

Es fundamental subrayar que la mera creación de una asociación de empresarios no constituye un acuerdo anticompetitivo⁴⁸⁹. Tanto la UTE como la AIE son instrumentos destinados por la ley a articular la participación conjunta de dos o más empresas en un mismo procedimiento contractual. De cumplir los requisitos legales su actuación concertada no es anticompetitiva. Tan sólo vulnerará la normativa de defensa de la competencia la unión que encubra un acuerdo o práctica restrictivos de la competencia. Para que eso ocurra, es requisito fundamental que los colicitadores sean competidores reales o potenciales en la licitación tomada en consideración⁴⁹⁰.

La concertación entre los miembros de la unión es consustancial a la misma y no infringirá los artículos 101.1 TFUE o 1 LDC siempre que sus integrantes no sean competidores entre sí y el intercambio de información entre ellos se limite a lo imprescindible para la actuación de la unión en los procedimientos contractuales en los

⁴⁸⁷ Konkurransetilsynet (Autoridad de Competencia de Noruega), Decisión *Taxi Midt –Norge AS*, 2009. Una agrupación de taxistas presentó una oferta única para el transporte a la demanda de pacientes en la comarca de Nord –Trøndelag. La oferta conjunta comprendía a todos los titulares de licencia de taxi de la comarca. Ver OCDE, *Competition in Hospital Services*, 5 de enero de 2012, p. 206. Sobre prácticas restrictivas cometidas en España por asociaciones de taxistas (fuera del ámbito de la contratación pública), ver RCDCA, de 14 de mayo de 2013, Expte. S/04/2013, *Unión del Taxi del Aljarafe*.

⁴⁸⁸ RTDC de 20 de septiembre de 2006, Expte. 595/2005, *Ambulancias Conquenses*, p. 12.

⁴⁸⁹ *Fisiogestión*, p. 18, SAN de 18 de febrero de 2009, rec. 327/2006, F.J. 3 (caso *Ambulancias Ourense*). La STS de 11 de septiembre de 2015, Rec. cas. 228/2013 señala que la constitución de una UTE «no es un comportamiento anticompetitivo per se», F. J. 1º.

⁴⁹⁰ RCNMC, de 29 de septiembre de 2016, Expte SN/DC/007/16, *Agencias de Viajes*, p. 17, RCNC, de Expte SA/CAN/0012/11, *Transporte Ayuntamiento de Las Palmas*, p. 19.

que participe⁴⁹¹. Las formas de participación colectiva en la contratación pública constituyen aparentes autorizaciones *ex lege* por las que se alza el primer obstáculo para la constitución de un cártel en la contratación: la prohibición de celebración de un acuerdo horizontal⁴⁹². Sería absurdo que una figura admitida por las sucesivas normas europeas y estatales de contratos públicos fuese radicalmente contraria a la normativa de defensa de la competencia⁴⁹³. La valoración de su afectación a la competencia debe realizarse en función de las características de las empresas que lo forman, del contexto concreto en que se produce, así como «*de la naturaleza de los acuerdos que estén bajo el paraguas de la misma*»⁴⁹⁴. El carácter anticompetitivo del acuerdo creador de una agrupación de licitadores nace de su objeto o finalidad: el cártel se sirve de la UTE/AIE para eliminar la competencia⁴⁹⁵.

⁴⁹¹ En ausencia de concertación, el intercambio de información quedará fuera del ámbito de aplicación de ambos artículos; ver BARRANTES DÍAZ, BEGOÑA e IRISARRY ROBINA, BELÉN, «Prohibición de prácticas colusorias (III): acuerdos de cooperación horizontal», en BENEYTO, JOSÉ MARÍA y MAILLO, JERÓNIMO (Dir.), *Tratado de Derecho de la Competencia, Unión Europea y España*, 2ª ed. Bosch, 2017, p. 348. Sobre este extremo, la concertación prevista por una ley es equiparable a su inexistencia.

⁴⁹² La presunción *iuris tantum* de validez del acuerdo constitutivo de la unión de licitadores alcanza a los actos preparatorios del mismo que entrañen relaciones entre sus futuros integrantes; en particular, los intercambios de información. Así, no existe colusión cuando una empresa obtiene datos de los restantes operadores, si las comunicaciones recíprocas tienen por finalidad la constitución de la agrupación y la presentación de la oferta conjunta. Tampoco existiría cuando una empresa obtiene datos de la oferta que una unión de licitadores presentará a un lote cuando aquélla no concurre a la adjudicación de dicho lote. Ver Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Decisión, de 14 de junio de 2004, 04 -D -20, relativa a las *prácticas realizadas sobre los contratos públicos de señalización de tráfico horizontal en las regiones de Aquitania y Midi-Pyrénées*, apartado 77.

⁴⁹³ La Audiencia Nacional lo expresó de forma contundente en su sentencia de 15 de octubre de 2012 : «*Hay que partir de que la mera creación de una UTE para participar en un concurso público no es un acuerdo prohibido por el artículo 1 de la Ley 16/1989, es decir, no son acuerdos anticompetitivos per se ya que son figuras plenamente lícitas y admitidas por la legislación e incluso en los procesos de contratación pública se establece expresamente que podrán presentarse a los mismos empresas de forma individual o uniones temporales de empresas*». En el mismo sentido, la sentencia núm. 378/2014 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso -Administrativo, rec. 940/2012, contra la Resolución de la Autoridad Vasca de la Competencia, *Contrato telefónico del Ayuntamiento de Bilbao*, p. 12. La sentencia añade muy oportunamente que «*no fomenta, ni impone la creación de la UTE, simplemente permite que se presenten al concurso*».

⁴⁹⁴ *Transporte Ayuntamiento de Las Palmas*, p. 30.

⁴⁹⁵ Continúa la misma sentencia de 15 de octubre de 2012 : «*(...) las empresas investigadas son competidoras en el mismo mercado y, por lo tanto, cualquier pacto entre ellas tendente a eliminar la competencia entra en el ámbito de aplicación de las normas de competencia. Además, los efectos restrictivos del acuerdo entre competidores se pueden producir con independencia de la forma que este acuerdo adopte y del hecho de que tenga un objeto lícito. En otras palabras, las empresas podrían adoptar la forma de UTE con una finalidad legítima, por ejemplo, acogerse a un determinado régimen tributario; pero esta legitimidad es compatible con una finalidad y unos efectos restrictivos de la competencia*».

La presunción *iuris tantum* de compatibilidad con la normativa de defensa de la competencia está supeditada a que la unión de licitadores se constituya y comporte en el procedimiento de contratación de conformidad con su ley de creación y con la normativa de contratos públicos (LCSP y pliegos del procedimiento).

6.2.4. La unión de licitadores colusoria

Así pues, dos son los puntos de partida del análisis de las agrupaciones de licitadores conforme al Derecho de la Competencia. Primero, su creación está contemplada – e incluso favorecida- por la normativa de contratación pública. Segundo, su constitución o actividad vulneran la normativa de defensa de la competencia cuando no responden al principio de necesidad; es decir, sus miembros son competidores reales o potenciales en el procedimiento de contratación, en el que pueden participar individualmente o en uniones más reducidas. En tal caso, la unión es un instrumento para desarrollar otros comportamientos colusorios.

a) Vehículo de otras técnicas colusorias

En las uniones de empresarios la infracción a la normativa de competencia no se encuentra en la celebración de su acuerdo constitutivo conforme a la normativa aplicable, sino en el contenido colusorio anexo y en los comportamientos derivados. Es decir, la creación de la agrupación es un vehículo que articula las técnicas colusorias (acuerdo sobre precios, reparto de mercado, etc) a través de una asociación de empresas para concurrir unidas a la licitación. La unión vulnera la normativa de defensa de la competencia cuando no se limita a articular la cooperación necesaria para la ejecución colectiva del contrato, sino que su objetivo es el propio de los acuerdos colusorios y su estructura y funcionamiento sirven a dicha finalidad⁴⁹⁶. Una vez acreditado su carácter instrumental, la asociación colusoria es un cártel cuyos comportamientos típicos - homogeneizar las ofertas, restringir la competencia en precios, desvirtuar el sistema de

⁴⁹⁶ Según la definición de colusión en la contratación pública mantenida en el presente estudio, el cártel de licitadores busca predeterminar la adjudicación del contrato a su favor, por medio de la fijación del precio o de cualquier otra condición comercial del mismo o del reparto del mercado, limitando o eliminando tanto la competencia entre los miembros del grupo como la procedente de licitadores no cartelizados.

concursos competitivos y potenciar posteriormente el reparto del mercado⁴⁹⁷ - se encuadran en las prohibiciones del artículo 1.1.a) y c) LDC⁴⁹⁸.

La meta principal de toda agrupación cartelaria es el reparto de mercados en sus diversas variantes. Y lo es por dos razones. En primer lugar, el reparto es el objetivo primario de toda práctica colusoria que infecta la contratación pública. En segundo lugar, las uniones de licitadores tienen carácter colusorio cuando se constituyen a pesar de que sus integrantes reúnen capacidad y solvencia para presentar ofertas individuales o en grupos más reducidos. En tal casos, su creación responde a dos objetivos inescindibles: (1) no competir por el contrato; (2) trocearlo en las porciones acordadas por la agrupación. En un primer estadio, el reparto de mercados se hace a nivel de cada lote y/o licitación. La participación de la asociación en sucesivos procedimientos supone que el reparto se extienda a otros clientes o territorios⁴⁹⁹. A diferencia de las restantes formas de participación colectiva (complemento de capacidad y subcontratación), los integrantes de la UTE/AIE son licitadores y se distribuyen la ejecución de los contratos en función de sus cuotas de participación en la agrupación.

La singularidad esencial de las agrupaciones de licitadores es que dos o más empresas no licitan de forma individual sino conjunta. Esto significa que fijan conjuntamente todos los parámetros que singularizarían sus respectivas ofertas en términos de competencia (precio, calidad, etc.) y pactan la porción de cada uno en el contrato. Con este objetivo, los licitadores coaligados se comunican, intercambian información y llegan a acuerdos internos sobre dichos parámetros. En consecuencia, el reparto del mercado, además de objetivo último, se emplea como técnica colusoria (los miembros de la unión distribuyen la ejecución del contrato entre los miembros en función de sus cuotas en la unión). Además, toda asociación colusoria incurrirá, por su propia naturaleza en otras dos prácticas restrictivas: (1) intercambio de información

⁴⁹⁷ La consideración UTE como cauce para articular el reparto de mercados aparece en *Hormigones de Asturias* (p. 45), en *Fisiogestión* (pp. 19 y 34) y repetidamente en *Gestión de Residuos Sanitarios*.

⁴⁹⁸ RTDC, de 12 de diciembre de 1996, Expte. 364/95, *Ortopédicos Castilla-León*, p.12. Más que una táctica cartelaria, la articulación de una UTE/AIE forma parte de la estrategia anticompetitiva de las empresas (*Fisiogestión*, p. 20). En *Gestión de Residuos Sanitarios* (p. 60), la CNC abundó en este carácter: «la ilicitud de dichas UTE's quedaría subsumida en la ilicitud de la misma conducta para la totalidad del mercado y, en tal caso, los acuerdos de unión temporal no serían más que una de las estrategias de concertación entre las imputadas».

⁴⁹⁹ *Gestión de residuos sanitarios* ejemplifica este fenómeno « en el caso que nos ocupa, (...) la formación de UTEs constituye un hecho más en la estrategia anticompetitiva, que (...) acreditan el reparto concertado del mercado y la distribución entre las cuatro imputadas de zonas y clientes. », p. 70.

(para la constitución de la unión y para la preparación de la oferta conjunta); (2) acuerdos sobre precios (a la hora de preparar la oferta económica conjunta)⁵⁰⁰.

b) Competidores reales o potenciales

Tal como se ha dicho, el pacto constitutivo de la unión celebrado *secundum legem* no sirve como primer indicio de colusión, a pesar de que diseñe una oferta conjunta y convenga sus condiciones esenciales (precios, calidad, cantidad, etc). Ahora cabe dar un paso más y precisar qué tipo de competencia entre licitadores asegura la conformidad de estas uniones con la normativa de defensa de la competencia.

Para que un acuerdo de esta naturaleza respete los artículos 101 TFUE y 1 LDC es imprescindible que los participantes, aunque pugnen en otros ámbitos (sean competidores *en* el mercado)⁵⁰¹, no rivalicen en el procedimiento(s) de contratación en el que conformen la unión de licitadores (no sean competidores *por* el mercado). En tal caso, sus relaciones mutuas no pueden calificarse como prácticas restrictivas horizontales de naturaleza cartelaria ni la autorización *ex lege* a crear la agrupación no constituye una verdadera conducta exenta por ley del artículo 4.1 LDC.

La no competencia entre los integrantes del consorcio ha de ser tanto real como potencial. La doctrina comunitaria es prolija en la delimitación de ambos tipos; en particular, la competencia potencial. El Tribunal de Justicia define como tal la ofrecida por una empresa que tiene «*posibilidades reales y concretas de entrar en el mercado*»⁵⁰², pero que no está todavía presente en él⁵⁰³. Lo que traducido al lenguaje de las uniones de licitadores, equivale a definir como competidor potencial al miembro del consorcio que tiene capacidad y solvencia para participar en la licitación por sí solo (posibilidades reales y concretas), así como la posibilidad de hacerlo por lo que es percibido como potencial rival por los demás licitadores⁵⁰⁴.

En su Borrador de Directrices de 2017, la Agencia de Competencia y Consumo de Dinamarca (ACCD) observó que una y otra figura se diferencian por la disponibilidad de capacidad y solvencia para participar de forma individual en el

⁵⁰⁰ *Infraestructuras ferroviarias*, pp. 38-39.

⁵⁰¹ *Fisiogestión*, p. 18.

⁵⁰² RITTER, *cit.* pp. 4-5.

⁵⁰³ FRENZ, WALTER, *Handbook of Competition Law*, Springer, 2016, p. 325, párr. 968.

⁵⁰⁴ RITTER, *cit.* pp. 7-10.

procedimiento. Los miembros del consorcio que tienen capacidad y solvencia actual son competidores reales. Aquellos que probablemente puedan expandirlas son competidores potenciales⁵⁰⁵. Por el contrario, la intención de participar individualmente en el procedimiento no concurre en los miembros de un consorcio de licitadores, por lo que este requisito no debe valorarse para examinar si la agrupación tiene naturaleza colusoria.

Las condiciones relevantes para la competencia real y potencial guardan una relación directa con la necesidad del consorcio, por lo que se abundará sobre ellas en el siguiente punto.

c) Necesidad del consorcio: imposibilidad de participación independiente

La condición indispensable para que una empresa concurra en un procedimiento de contratación se halla en que, bien individualmente bien en consorcio, reúna la capacidad y la solvencia económica, financiera, técnica y profesional exigidas por los pliegos para superar la fase de selección. Esta es una etapa de ‘todo o nada’. La falta de capacidad o de solvencia da lugar a la expulsión del procedimiento.

De los tres requisitos citados por la jurisprudencia comunitaria para definir la competencia potencial el esencial es la capacidad para entrar en el mercado (*ability to bid*). Las Directrices sobre la aplicación del artículo 101 TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal centraron la definición de competencia potencial en la incapacidad de los partícipes de un acuerdo de producción o comercialización para entrar en el mercado individualmente o en grupos más pequeños⁵⁰⁶.

En el ámbito de los consorcios en la contratación pública, este requisito se concreta en que la empresa posea o pueda obtener la capacidad y solvencia económica, financiera, técnica y profesional exigidas por los pliegos del procedimiento («*tender specifications*») para presentar una oferta individual⁵⁰⁷. La opción por una oferta individual o una conjunta debe hacerse única y exclusivamente en función de los límites de su capacidad y solvencia individuales en el procedimiento en cuestión. Si no los

⁵⁰⁵ AGENCIA DANESA DE COMPETENCIA Y CONSUMO, Joint bidding under competition law Guidelines. Draft. 2017, pp. 8-9.

⁵⁰⁶ Directrices, apartados 163 (acuerdos de producción) y 237 (acuerdos de comercialización).

⁵⁰⁷ SAN de 15 de octubre de 2012, Rec. 204/2010, F. J. 4º. En el mismo sentido, SAN de 28 de mayo de 2014, Rec. 202/2010.

excede, debe presentar una oferta individual; si los sobrepasa, puede agruparse con otros licitadores. Por lo tanto, vulnera los artículos 101.1 TFUE y 1.1 LDC aquella unión de licitadores que presenta una oferta conjunta cuando sus integrantes reúnan los requisitos de capacidad y solvencia para presentarse a la licitación en solitario o en grupos más pequeños.

Por ello, la autoridad española de competencia viene manteniendo que el principio que define la sujeción de las uniones de licitadores a la normativa *antitrust* es el de la necesidad del consorcio. Conforme al mismo, las uniones sólo son conformes a la normativa de defensa de la competencia cuando sus integrantes no pueden participar en el procedimiento de contratación de forma individual o en agrupaciones menores porque carecen de la capacidad de obrar y/o de la solvencia suficientes para ello. *Ambulancias de Ourense* y *Ambulancias de Cuenca* hablan de «*indispensabilidad*» de la agrupación, dado el tamaño de los licitadores⁵⁰⁸.

Dicho de otro modo, las uniones «horizontales» incurren en prácticas anticompetitivas cuando sus integrantes hubieran podido participar en el procedimiento de contratación de forma individual o en grupos de menor dimensión⁵⁰⁹. En tal caso, la intervención conjunta resulta innecesaria y adquiere naturaleza colusoria, pues causa directamente la reducción del número de competidores y minora la capacidad del cliente público a la hora de elegir la mejor oferta en calidad y precio en comparación con la ausencia de colusión⁵¹⁰. Cuando la UTE o la AIE engloban a la totalidad de los licitadores que participan en el procedimiento de contratación, la CNMC califica la

⁵⁰⁸ *Ambulancias de Ourense* y *Ambulancias de Cuenca*, p. 12 (en ambas). Las resoluciones citan el pronunciamiento de la Comisión Europea en su Comunicación relativa a las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal (2011/C 11/01), cuando en su apartado 237 se refiere a este tipo de acuerdos asociativos a los efectos de considerarlos contrarios a las normas de competencia: «*Por lo general no es probable que un acuerdo de comercialización suscite problemas de competencia si es objetivamente necesario para que una parte pueda introducirse en un mercado al que no hubiera podido acceder individualmente o con un número de partes menor que el que participa realmente en la cooperación, por ejemplo, debido a los costes implicados. Una aplicación concreta de este principio serían los arreglos de consorcio que permiten a las empresas implicadas participar en proyectos que no podrían emprender individualmente. Como las partes del arreglo de consorcio no son, por lo tanto, competidores potenciales en la ejecución del proyecto, no existe restricción alguna de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1*». La Comisión entendió que es la incapacidad para participar en el proyecto a no ser que se presenten de manera conjunta, lo que excluye la posibilidad de considerar la existencia de una relación de carácter horizontal entre ellas, por cuanto no serían competidores potenciales en la ejecución del proyecto.

⁵⁰⁹ ALBANO, GIAN LUIGI, *Demand aggregation and collusion prevention in public procurement, Integrity and efficiency in sustainable public contracts*, Bruylant, 2014, Parte III, Capítulo I, p. 164.

⁵¹⁰ *Servizi aggiuntivi di Trasporto pubblico nel Comuni di Roma*, apartado 184.

oferta conjunta colusoria de infrcción «*cualificada*» *al conllevar que «la licitación quedara convertida en mera ficción» desvirtuando todo el proceso de contratación (...)*»⁵¹¹.

En el ámbito judicial, no son pocas las sentencias que han abordado los supuestos de acuerdos entre empresas para repartirse el mercado a través de estructuras asociativas. Las sentencias de la Audiencia Nacional relativas al caso *Ambulancias Conquenses* de 29 de febrero 2008 (recurso nº 519/2006) y de 27 de junio de 2008 (recurso nº 501/2006) han señalado lo siguiente⁵¹²:

*«(...), la prestación del servicio en el sector privado coordinado mediante la UTE, supone la falta de competencia entre las empresas integradas en ella, con el correspondiente reparto del mercado. El artículo 11 de los estatutos de la UTE determina la falta de competitividad ya que ninguna de las empresas integradas en la misma, pueden desarrollar de manera separada la actividad que constituye el objeto social de la UTE. Tal planteamiento supone la coordinación en la prestación del servicio sanitario afectando al sector privado»*⁵¹³.

En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Supremo⁵¹⁴. Entiende la Sala que desde el momento en que las empresas constituyeron una AIE y pactaron la ejecución conjunta del programa, el proceso de contratación había quedado desvirtuado y la licitación convertida en mera ficción, un procedimiento ficticio e irrelevante.

De las sentencias y resoluciones precedentes se desprende que el principio de necesidad de la presentación conjunta es equivalente al principio de imposibilidad de la presentación individual. Lo importante es analizar en cada caso si para los integrantes de la unión es posible o imposible su participación individual en el concreto procedimiento de contratación⁵¹⁵. *Infraestructuras ferroviarias y Hormigones de*

⁵¹¹ Residuos, p. 95, con remisión a Agencias de Viaje

⁵¹² SAN de 27 de junio de 2008, rec. nº 501/2006, F.J. 3º.

⁵¹³ La SAN de 17 de mayo de 2016 (rec. 481/2013), analiza un supuesto similar de creación de un ente asociativo meramente formal que permite a las empresas repartirse el mercado a través de una actuación coordinada entre ellos, y declara la actuación ilícita, confirmando la sanción a las empresas.

⁵¹⁴ STS de 20 de diciembre de 2006, que desestimó el recurso de casación interpuesto por Viajes Iberia, S.A. contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de febrero de 2004 que resolvía el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la SAN de 27 de junio de 2008.

⁵¹⁵ En ocasiones, los tribunales son exigentes en la revisión que la autoridades de competencia hacen de la regla de la necesidad de la unión de licitadores. En *Gestión de Residuos Sanitarios*, la CNC sancionó a varias empresas por constituirse en UTE y participar en en acuerdos de reparto de

Asturias observan que solamente cabrá apreciar el beneficio y la necesidad de asociarse a través de una UTE para determinados contratos, y la inexistencia de una conculcación de las normas de competencia, cuando no sea posible que las empresas puedan concurrir a los mismos de manera individual ante su falta de capacidad. Solo en estos supuestos puede acogerse la posibilidad de constituirse puntualmente en UTE.

Incumbe al órgano de competencia demostrar que la colaboración entre los competidores naturales no resultaba indispensable y que poseían capacidad y solvencia para licitar individualmente⁵¹⁶. A la hora de valorar la suficiencia de la capacidad y solvencia individuales para calificar de colusorio a un consorcio de licitadores, la autoridad de competencia (o el órgano de contratación, en el supuesto previsto en el artículo 69.2 LCSP) deben de tener en cuenta los siguientes extremos:

- 1) Exigencias de capacidad y solvencia establecidas por los pliegos;
- 2) Imposición de la participación colectiva por los pliegos del procedimiento;
- 3) Necesidad objetiva de cooperación;
- 4) Reparto de riesgos;
- 5) Capacidad parcial;
- 6) Capacidad reservada para otros contratos;
- 7) Agrupación formada por más empresas de las necesarias;
- 8) Otros procedimientos de contratación.

1. Exigencias de capacidad y solvencia establecidas por los pliegos

Los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de condiciones técnicas constituyen el baremo fundamental para medir si un integrante de la unión goza de posibilidades reales y concretas para concurrir por sí solo a la licitación.

mercado. La Audiencia Nacional respaldó a esta resolución en algunos casos (SAN de 5 de octubre de 2012, rec. nº 180/2010, *Consenur* y (SAN de 28 de mayo de 2014, rec. nº 202/2010, *Interlún*) pero no en todos (SAN de 19 de febrero de 2013, rec. nº 197/2010, SIS).

⁵¹⁶ Puede apoyarse en informes oficiales que así lo acrediten, en el ejemplo de la participación singular en pasadas licitaciones o en la fuerte posición de las empresas en el mercado. Sentencia núm. 378/2014, Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso –Administrativo, , rec. 940/2012, F. J. 3º, págs. 9 y 10.

2. Imposición de la participación colectiva por los pliegos

En ocasiones, son los pliegos quienes imponen de hecho la participación colectiva en el procedimiento al hacer imposible o antieconómica la concurrencia individual. Así ocurre cuando los pliegos (1) obvian la división en lotes; (2) favorecen la presentación de una oferta única por la totalidad del contrato; (3) establecen requisitos de solvencia o especificaciones técnicas (innecesariamente) rigurosas⁵¹⁷ o tendenciosas (predeterminan el resultado del procedimiento a favor de un licitador, normalmente el «incumbente»). En tales casos, la unión de licitadores es una consecuencia natural de las decisiones del órgano de contratación⁵¹⁸. La presentación de la oferta conjunta no tiene por objeto restringir la competencia sino cumplir los criterios fijados por el órgano de contratación para ganar el concurso, «y nada puede haber de responsable en dicho comportamiento, dado que es el propio diseño del concurso – acto administrativo, el que incentiva dicha manera de proceder»⁵¹⁹. Su validez puede ser defendida por los co-licitadores ante la autoridad de competencia con base en aquellas decisiones imputables al órgano de contratación.

3. Necesidad objetiva de cooperación

Las restricciones a la competencia derivadas de la oferta conjunta deben ser indispensables para la obtención de los incrementos de eficiencia. El concepto de «*indispensable*» es una plasmación del principio de necesidad y significa que: (1) las ganancias de eficiencia no pueden ser alcanzadas a través de formas económicamente viables y menos restrictivas de la competencia que la oferta conjunta, (2) y que dichas restricciones no exceden de lo necesario para permitir al consorcio presentar su oferta⁵²⁰. Tomar las especificaciones de capacidad y solvencia contenidas en los pliegos

⁵¹⁷ En *Agencias de Viaje*, las empresas denunciadas justificaron la creación de la UTE que agrupó a todos los licitadores en que «*el Pliego de Prescripciones técnicas establece requisitos exigentes, no existe ninguna empresa española que por sí sola pueda cumplir esos requisitos*», *cit.*, p. 18.

⁵¹⁸ Por ejemplo, la Decisión de la Comisión, de 27 de julio de 1990, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/32.688 – *consorcio ECR 900*), DOUE nº L 228, de 22 de agosto de 1990. La colaboración entre los licitadores tenía por objeto la creación de un consorcio para el desarrollo, producción y comercialización comunes de un sistema paneuropeo de comunicaciones móviles digitales y celulares. La Comisión entendió que la participación individual era inasumible para las empresas, atendida la entidad del proyecto, su calendario ajustado y sus costes de desarrollo.

⁵¹⁹ RTDC, de 31 de mayo de 2005, Expte. R 614/04, *Terapias Respiratorias Domiciliarias 2*, p. 19 (confirmada por la SAN de 27 de marzo de 2007, Rec. 417/2005).

⁵²⁰ *Consortium bidding*, p. 17, *Joint bidding under...*, p. 29, RTDC, de 20 de enero de 2003, Expte. r 504/01, *Terapias Respiratorias Domiciliarias*, p. 20.

como parámetro de la adecuación del consorcio al artículo 101.1 TFUE significa que las motivaciones de los licitadores para constituirlo son irrelevantes. Lo cual implica: (1) que son enjuiciables las ofertas conjuntas que no responden a ausencia de «*ability to bid*» individual sino a que mejoran las singulares y tiene más posibilidades de resultar adjudicataria; (2) que la intención de copar la licitación y excluir a rivales reales o potenciales no es determinante a la hora de sancionar al consorcio colusorio.

Un estudio sobre las resoluciones dictadas por la autoridad nacional de competencia presentaba conclusiones más laxas. A su juicio, la naturaleza anticompetitiva de las asociaciones de empresarios queda condicionada a «*su incardinación en un esquema de reparto de mercados, siendo las UTEs una de las vías accesorias, entre otras, por las que se materializaba el núcleo de la infracción, constituido por el acuerdo global económico*». La pregunta clave «*no es si cada miembro de la UTE disponía de capacidad individual para presentar autónomamente una oferta. La clave es (...), ¿hubiera podido ser adjudicatario alguno de los miembros de la UTE en ausencia de esta?*»⁵²¹.

Esta concepción amplia del principio de necesidad es mantenida también por la autoridad francesa de competencia. Los consorcios de licitadores pueden generar efectos pro-competitivos si «*permiten*» tomar parte en el procedimiento contractual. Este carácter habilitante concurre en dos supuestos: (1) cuando los operadores no podrían haber participado individualmente; (2) cuando la unión les procura «*una oferta más competitiva o de mejor calidad*»⁵²².

Admitida la naturaleza instrumental de los consorcios colusorios, este estudio defiende que la pregunta pertinente es la inversa. Ante indicios de colusión en una unión de licitadores, procede investigar si las empresas agrupadas podían presentar ofertas autónomas admisibles y viables, pero no necesariamente exitosas. La autoridad de competencia debe enjuiciar la necesidad de la unión para que la oferta reúna las

⁵²¹ ESCUDERO PUENTE, ALBERTO, «La incidencia del Derecho de la Competencia en las uniones temporales de empresas», en RECUERDA GIRELA, MIGUEL ÁNGEL, *Anuario de Derecho de la Competencia 2017, Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la competencia*, Thomson Reuters, Civitas, 2017, pp. 51 y 57.

⁵²² Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Décision n° 18-D-19, de 24 de septiembre de 2018, relativa a las *prácticas ejecutadas en el sector de los trabajos de iluminación pública en Ardèche*, párr.61, Décision n° 09-D-03, de 21 de enero de 2009, relativa a las *prácticas ejecutadas en el sector del transporte escolar e interurbano por autocar en el Departamento de los Pirineos Orientales*, párr.105.

condiciones exigidas por los pliegos en términos de capacidad, solvencia y cumplimiento de las especificaciones técnicas. Pero no sus posibilidades de éxito. Esta es una tarea que corresponde en exclusiva al órgano de contratación, aplicando las reglas establecidas en los pliegos de condiciones y en la normativa de contratos públicos.

4. Reparto de riesgos

Un silogismo similar al desarrollado en el párrafo precedente lleva a concluir que será lícita la oferta conjunta justificada estrictamente en el riesgo de exclusión de las ofertas individuales por mor de sus deficiencias en la capacidad o solvencia. Por ejemplo, la insuficiencias de material, personal o apoyo financiero en alguna de las empresas desaparecen a través de la unión con otra u otras empresas. Sin embargo, la probabilidad de que la oferta individual no gane el contrato no se incluye entre los riesgos justificativos del consorcio.

5. Capacidad parcial

Cuando el contrato está dividido en lotes y el PCAP permite presentarse o ser adjudicatarios de más de uno, la constitución de una unión colusoria responde a dos situaciones. En la primera, las empresas tienen capacidad y solvencia suficientes para licitar individualmente a todos los lotes, pero deciden hacer una oferta conjunta. En la segunda, los licitadores están en condiciones de presentar ofertas individuales a menos lotes que como integrantes de la unión, así que optan por la integración.

El primero es un caso ordinario de unión de licitadores colusoria. El segundo significa la expansión de la capacidad parcial a través de una oferta conjunta anticompetitiva. Su enjuiciamiento también se somete a la regla general: cada licitador debe limitar sus ofertas a los lotes que respondan a su capacidad y solvencia individuales. Por ello, una unión de este tipo carece de justificación objetiva y su admisibilidad queda sometida a la compatibilidad con los artículos 101.3 TFUE o 1.3 LDC. En el caso de que un licitador tuviese capacidad y solvencia individuales para competir por un solo lote pero la restante no basta para concurrir a otro, su inclusión en una unión respecto de este último no tiene carácter colusorio.

Los PCAP son un instrumento eficaz para combatir estas uniones (1) limitando la participación o adjudicación a aquellos lotes para los que cada licitador tenga capacidad

y solvencia suficientes o (2) prohibiendo al adjudicatario de varios lotes los traslados de material, personal o equipos entre ellos.

6. Capacidad reservada para otros contratos

Una empresa que posee capacidad y solvencia suficientes para competir por un contrato puede estar interesada en dividir sus recursos entre varios procedimientos contractuales. Como en ninguno de ellos podrá presentar una oferta individual, deberá integrarse en una o más uniones. En otros casos, el ahora licitador ve reducidos sus medios por haber comprometido su capacidad y solvencia como adjudicatario en contratos precedentes.

Ambas situaciones se asemejan a la estudiada en el punto precedente; pero aquí la fragmentación de la capacidad y solvencia afecta a licitaciones diferentes – no necesariamente del mismo cliente- y los PCAP no pueden establecer una limitación de la participación o de la adjudicación.

Conceder al licitador de forma indiscriminada la posibilidad de fragmentación de sus recursos entre varios procedimientos equivale a prescindir de todo control de las uniones de licitadores por el Derecho de la competencia. Pero aplicar de forma estricta el principio de necesidad significa considerar colusoria a toda unión en la que aquel se hubiese integrado por encima de su capacidad y solvencia individuales.

En Dinamarca, la Autoridad de Competencia y Consumo adoptó una postura más matizada. Mantiene la regla general: *“para que las empresas puedan cooperar dentro de un consorcio es que este sea necesario para poder competir por un contrato”*⁵²³. Pero establece un marco temporal: a la hora de resolver si la unión de licitadores es anticompetitiva debe medirse la capacidad y solvencia que cada licitador posee en el momento de presentar la oferta conjunta. En consecuencia, no se tendrán en cuenta los contratos o compromisos previos, excepto que se hubiesen adoptado fraudulentamente. Pero se computarán los contratos futuros, dado que *“Si las empresas reservan capacidad para contratos futuros que no están incluidos en los acuerdos firmados, sí tienen capacidad excedentaria en el momento en que planean presentar la oferta y, por lo tanto, el consorcio cooperativo no será necesario”*⁵²⁴. Se exceptúa el caso de que la

⁵²³ Directrices ADCC, p. 15.

⁵²⁴ Directrices ADCC, p. 15 y box 2.8.

reserva de capacidad sea previsible (por ejemplo, clientes recurrentes, contratos derivados de acuerdos marco).

7. Agrupación formada por más empresas de las necesarias

Entran en el radio de acción de los artículos 101.1 TFUE y 1.1 LDC aquellos consorcios en los que un subgrupo de entre sus miembros posee la capacidad y solvencia necesarias para presentar una oferta viable. La carga de demostrar que la reducción es factible es imputable a la autoridad de defensa de la competencia. Deberá aquella examinar la suficiencia de los recursos disponibles por cada una de las empresas que forman el consorcio y concluir que la suma de algunas es suficiente para participar en el procedimiento contractual salvo que posea material probatorio indiscutible (por ejemplo, contratos anteriores similares, declaraciones de las propias empresas).

La casuística encuadrable en esta situación es prácticamente ilimitada. En el supuesto más obvio de agrupación colusoria, las empresas consorciadas están en condiciones de presentarse en solitario⁵²⁵. Pero también es anticompetitivo el consorcio segregable en dos o más subgrupos capaces y solventes. Las Directrices de la ADCC acuden a un ejemplo extremo: una unión de licitadores de la que se extrae un solo integrante. Observa la Autoridad danesa que si el miembro sobrante pudiese presentar una oferta en solitario, la unión original era colusoria. En caso contrario, la oferta del miembro descartado no compite con la presentada por sus antiguos colicitadores⁵²⁶. Esta última apreciación peca de cierta miopía. La empresa sobrante tiene en su mano el integrarse en otro consorcio que respete la normativa de competencia o simplemente no presentarse⁵²⁷.

8. Necesidad limitada al procedimiento singular

En *Licitaciones de aplicaciones informáticas*, la CNMC sancionó como infracción única y continuada de los artículos 1 LDC y 101 TFUE el cártel formado por varias

⁵²⁵ Directrices ADCC, box 2.9.

⁵²⁶ Directrices ADCC, apartado 2.4.

⁵²⁷ No obstante, la Audiencia Nacional anuló una resolución de la CNC que sancionaba a una empresa (SIS) que se integró en una UTE porque carecía de «suficiente poder de mercado» para concurrir en solitario. Dicha insuficiencia debe ser interpretada como imposibilidad de participación individual, dado que la otra empresa consorciada (CONSENUR) vio su sanción ratificada en vía judicial, SAN de 19 de febrero de 2013, Rec. 197/10.

empresas para repartirse diversas licitaciones para la contratación de servicios de desarrollo y mantenimiento de los sistemas y aplicaciones de administración electrónica. Las empresas sancionadas se presentaron y resultaron adjudicatarias como uniones temporales de empresas. La resolución no cuestionó su necesidad de agruparse para participar en la mayoría de los procedimientos sometidos a análisis. Se trataba de contratos de gran envergadura, importe y duración, con considerables exigencias de solvencia para los participantes. Sin embargo, consideró sospechoso que las mismas empresas se uniesen de forma repetida y duradera para licitaciones diferentes convocadas por entes públicos dispares. La *«inusual e inexplicable coincidencia de grupos de alianzas»* se tradujo en un *«patrón inusual y extendido de comportamiento consistente en acudir, sistemáticamente y de manera conjunta, en colaboración a un número elevado de licitaciones públicas (...) se extiende a una gran cantidad de contratos y a varios organismos públicos por lo que no estamos ante conductas puntuales entre las empresas que pudieran obedecer a una necesidad concreta de colaborar, sino más bien ante un patrón de comportamiento arraigado en el tiempo que ha permitido a las empresas repartirse un gran número de contratos públicos en lugar de competir por ellos con la ventaja que eso hubiese supuesto para la competencia, para la administración y para la sociedad»*. Esta conducta constituye un *«claro indicio de la existencia de acuerdos encubiertos entre las empresas para eliminar la competencia competitiva en los procedimientos de contratación en los que han participado»*⁵²⁸.

La CNMC limitó el alcance justificativo del principio de necesidad (o imposibilidad de presentación separada) al procedimiento de contratación concreto en el que se analiza la validez de la unión de empresarios. De esta interpretación podría deducirse que la mayor repetición de la agrupación en licitaciones posteriores es un indicio progresivamente más cualificado de su carácter colusorio. Considerada aisladamente, esta conclusión es apriorística y no generalizable. Las motivaciones de las empresas para aliarse repetidamente son múltiples y variadas: sinergias, confluencia de culturas empresariales, complementariedad, mejor aprovechamiento de la tecnología, minoración de costes, etc. Todas ellas tienen carácter pro-competitivo, en cuanto les permite aumentar la calidad y reducir el precio de sus ofertas. Por ende, si la

⁵²⁸ RCNMC, de 26 de julio de 2018, Expte. S/DC/0565/15, *Licitaciones de aplicaciones informáticas*, F.J. IV. 4.2, pp. 114-115.

continuidad fuese determinante para apreciar la colusión, la agrupación de interés económica sería una figura anticompetitiva.

Lo que delimita el carácter colusorio de las uniones de licitadores no es la alianza reiterada entre las mismas empresas, sino que la agrupación articule comportamientos colusorios, sea en un procedimiento de contratación sea en varios. Como más arriba se explicó, las uniones de licitadores son vehículos para otras prácticas colusorias, no prácticas anticompetitivas autónomas (ver en este mismo epígrafe, 6.2.4.a). En *Licitaciones de aplicaciones informáticas* las empresas sancionadas incurrieron en acuerdos de reparto de mercados (reparto de lotes) y de fijación de precios. Para lograr sus objetivos, los licitadores firmaron un acuerdo de colaboración secreto que reflejó el alcance real de los pactos internos de reparto⁵²⁹. El acuerdo se instrumentó a través de la constitución de UTEs entre las mismas empresas para presentarse a las licitaciones y la celebración de subcontratos con competidores. En la mayoría de los casos, la creación de las UTEs respondió a criterios de necesidad. En algunas ocasiones, las empresas tenían capacidad suficiente para acudir, al menos en ciertas licitaciones, de manera individual o en alianzas de menor envergadura. En otras, las UTEs incluyeron miembros ocultos o simulados; no fueron citados en la documentación presentada para tomar parte en la licitación pero participaron en la ejecución de los trabajos y obtuvieron beneficios por ellos. Para aumentar sus posibilidades de éxito, el cártel celebró subcontratos con competidores reales en los que incluyó cláusulas de exclusividad. La resolución definió estos pactos de no competencia como instrumentos de defensa para impedir la configuración de ofertas alternativas, bien de forma individual bien integrados en otras uniones temporales. Por ende, miembros del cártel obtuvieron de los órganos de contratación información sobre las condiciones del contrato e incluso participaron en la confección de los pliegos. El objetivo fundamental de todo este entramado fue el mantenimiento del *status quo* fijado por las empresas en sus acuerdos secretos. Si en el desarrollo de los contratos se quebrase este equilibrio interno, el acuerdo preveía un sistema de regularizaciones, a favor de los miembros perjudicados; en particular, de las empresas principales⁵³⁰.

⁵²⁹ *Licitaciones de aplicaciones informáticas*, F.J. IV. 4.2. Resume la conductas anticompetitivas cometidas por las conductas sancionadas.

⁵³⁰ El sistema perseguía «que cada empresa facture el porcentaje pactado inicialmente a través de un mecanismo de compensaciones. Cuando se producen desequilibrios en los porcentajes de facturación porque una de las empresas del acuerdo factura un porcentaje superior o inferior al pactado inicialmente, entra en marcha el mecanismo de compensación, que implica que las empresas que han

9. Otros procedimientos de contratación

El presente estudio toma como punto de partida que el contrato adjudicado a la agrupación de empresarios ha sido licitado por el procedimiento abierto. Sin embargo, las uniones de empresarios pueden formarse para participar en cualquier tipo de procedimiento de contratación. Por ejemplo, en una o en ambas fases en las que se subdividen el procedimiento restringido (selección y adjudicación) y el acuerdo marco (acuerdo marco y contratos derivados). El carácter anticompetitivo de las uniones constituidas durante la primera fase de cada procedimiento se decide conforme a las reglas⁵³¹. Los consorcios constituidos en la segunda etapa por los operadores seleccionados se presumen colusorios *iuris et de iure*, pues superaron la primera porque demostraron su capacidad y solvencia individuales. La formación de una unión entre un operador seleccionado y un tercero, no tiene carácter colusorio, pero vulneraría los principios de igualdad y transparencia.

En el procedimiento negociado no existe ningún impedimento para que la invitación a participar se curse a uniones de empresarios. Una vez seleccionados los licitadores convidados, las agrupaciones que pudiesen formarse entre los mismos entran de lleno en el campo de los artículos 101 TFUE y 1 LDC⁵³².

d) Presunciones de capacidad y solvencia

La constitución de una agrupación de licitadores encontrará mayores dificultades para ser considerada necesaria y ampararse en el artículo 101.3 TFUE (o artículo 1.3 LDC) cuando concurre una o más de las siguientes circunstancias:

1ª. Todos o algunos de los miembros de la agrupación de empresarios tienen capacidad para participar individualmente en la licitación (*Infraestructuras ferroviarias*, p. 46).

facturado por encima de su porcentaje pactado deben compensar a las empresas que no han alcanzado los porcentajes iniciales», *Licitaciones de aplicaciones informáticas*, p. 106.

⁵³¹ La valoración debe ser realizada en el momento en el que las empresas presentan su oferta al acuerdo marco. Directrices ADCC, apartado 2.4.

⁵³² RITTER, *Joint tendering*, p.10. Este autor entiende que no agrupan a competidores las uniones formadas por un operador invitado y un tercero. Sin embargo, además de la posible vulneración de los principios de igualdad y de transparencia, podrían formar parte prácticas colusorias más amplias.

Se trata de un indicio muy fuerte, puesto que la unión es innecesaria en su totalidad o en su dimensión actual. La consecuencia práctica es la inversión de la carga de la prueba *de facto*. Los miembros del consorcio deben probar que su oferta conjunta era necesaria o indispensable para poder participar en el procedimiento de contratación. En un asunto ajeno a la contratación pública (*F. Hoffmann-La Roche*), el TJUE ha recordado que un acuerdo que constituye una práctica colusoria no puede acogerse a la exención prevista en el artículo 101 TFUE, apartado 3, si comprende restricciones que no sean indispensables⁵³³.

2ª. Los integrantes de la unión de licitadores fueron adjudicatarios o participaron en solitario o en agrupaciones más reducidas en procedimientos de contratación precedentes sin que hubiesen variado las circunstancias en la licitación actual (*Gestión de Residuos Sanitarios*, p. 68, *Hormigones de Asturias*, p. 43, *Fisiogestión*, p. 24, *Infraestructuras ferroviarias*, p. 46).

El indicio de colusión es muy fuerte y su sentido es el mismo que el expresado en el número precedente.

3º. El volumen de negocios y la presencia en el mercado de los integrantes del consorcio de licitadores les permitiría presentar ofertas individuales (*Agencias de Viajes*, p. 54, *Infraestructuras ferroviarias*, p. 46).

El indicio de colusión es muy fuerte y su sentido es el mismo que el expresado en los dos números precedentes.

4ª. La agrupación real es diferente a la formal y se oculta al ente contratante. En *Hormigones de Asturias*, la CNMC comprobó que una empresa ajena a la UTE adjudicataria estaba suministrando material para la obra pública, a pesar de que no formaba parte de aquella. Este hecho demostraba que (1) la creación de la UTE era injustificada, puesto que uno de los suministradores quedó fuera de la unión de empresas; (2) existía un cártel, formado por la adjudicataria y un operador tercero, que acordó un reparto del mercado oculto al ente contratante (pp. 44-45).

⁵³³ STJUE de 23 de enero de 2018, C 179/16, *F. Hoffmann-La Roche Ltd y otros c/ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, apartados. 97-98.

Otro indicio muy fuerte de que existe la posibilidad de participación individual. La coordinación entre los licitadores es secreta. Por ello, la conducta colusoria es necesariamente deliberada y fraudulenta.

5ª. Participación individual y subcontratación a una UTE/AIT de la que todos forman parte (*Agencias de Viajes*).⁵³⁴

Indicio de colusión muy fuerte. Los licitadores poseen acreditada capacidad para concurrir individualmente y la subcontratación es innecesaria.

6ª. Las cuotas de participación en la agrupación de cada uno de sus miembros reproducen su cuota de mercado individual (*Fisiogestión*, pp. 29, 30)⁵³⁵.

El indicio de colusión es fuerte: la unión de licitadores tiene como finalidad exclusiva garantizar a sus integrantes el mantenimiento de su nivel de presencia en el mercado, sin que genere ninguna eficiencia o beneficio para el interés general.

7ª. La unión de licitadores está integrada por empresas preeminentes en el mercado afectado por la licitación.

Otro indicio de colusión muy fuerte: el efecto cierre del mercado es muy probable. El reparto es más atractivo que arriesgarse a la pérdida del negocio, la salida (prolongada) del mercado o incluso a la desaparición. Resulta difícil justificar que ningún miembro del consorcio pudiese presentar una oferta viable⁵³⁶.

8ª. El mercado en el que se desarrolla el procedimiento de contratación presenta un número muy reducido de competidores o está controlado por integrantes de la unión (*Agencias de Viajes, Sobres de papel, Asfaltos*).

Indicio fuerte en el mismo sentido que el número precedente. Certeza a medio plazo de aumento del precio y disminución de la calidad del producto

⁵³⁴ RTDC, de 25 de octubre de 2000, Expte. 476/99, *Agencias de Viajes*.

⁵³⁵ *Guía sobre contratación pública y competencia*, p. 42.

⁵³⁶ FERNÁNDEZ ÁLVAREZ-LABRADOR, MARGARITA, «UTEs y AIEs y derecho de la competencia», *Diario La Ley*, Nº 7608, Año XXXII, Sección Tribuna, 11 de abril de 2011, p. 2. Ver también MADEJ, ROMAN, *Is your consortium illegal?*, Comentario a la Resolución de la Autoridad danesa de competencia en el caso de la unión colusoria formada por LKF y Eurostar, adjudicataria de un contrato para el pintado de carreteras, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=6769cdf-c0bf-40d6-af53-da1e5c7bfb25>.

9ª. Cuando todos los licitadores posibles están integrados en la agrupación de modo que la unión presenta la única oferta al procedimiento de contratación (*Agencias de viajes*).

También es un indicio fuerte de colusión: salvo que las condiciones del procedimiento imposibilitasen la concurrencia individual, la participación conjunta de empresas dotadas de capacidad y solvencia suficientes no es pro-competitiva, puesto que la ausencia de rivales elimina la competencia por el mercado y hace inevitable que el órgano de contratación adjudique el contrato a unión⁵³⁷. Esta situación puede deberse a que no existen en el mercado operadores económicos ajenos al cártel capaces de concurrir al procedimiento o a que estos han sido forzados/inducidos/’invitados’ a no participar⁵³⁸.

10ª. Una unión que posee una cuota de mercado global elevada rechaza que se integren en la agrupación otras empresas que carecen de capacidad para formar una unión diferente y competitiva para una determinada licitación.

El indicio de colusión es muy fuerte: las partes poseen la capacidad de participar individualmente; la conducta causa la exclusión efectiva de los competidores.

11ª. Los licitadores pertenecen a un mismo grupo de empresas pero, pese a los vínculos jurídicos, económicos y organizativos que ligan a matriz y filial, gozan de autonomía para configurar sus ofertas con independencia las unas de las otras

Se trata de un indicio impreciso: es imprescindible el análisis previo del grado de autonomía interna para precisar si la responsabilidad *antitrust* se imputa exclusivamente

⁵³⁷ En los casos más extremos, a la pérdida total de competencia por el mercado puede unirse la desaparición de la competencia en el mercado. Así ocurre cuando el órgano de contratación goza de monopsonio o supermonopolio de demanda y los licitadores agregados componen la (práctica) totalidad de la oferta en el mercado geográfico a considerar. En este sentido, ver RTDC, de 5 de junio de 2006, Expte 590/2005, *Ambulancias Ourense*, p.17. Cuando este fenómeno tiene alcance nacional y perdura en el tiempo, el poder del cártel excede en la práctica al del poder adjudicador. Ver RTDC de 25 de octubre de 2000, Expte 476/1999, *Agencias de Viaje*, p. 58.

⁵³⁸ En ciertos casos, la agrupación, además de ser la única licitadora, está formada por los líderes del mercado. Este poder conjunto le otorga influencia sobre otros operadores, para evitar que se presenten o para atraerlos al cártel. Ver Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, RAGCM, de 30 de abril de 1998, provvedimento n. 17550, *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel Comune di Roma*, apartado 200.

a la matriz (doctrina de la *single economic entity* o vinculación de grupo⁵³⁹) o se atribuye a los miembros implicados en la conducta anticompetitiva⁵⁴⁰.

12ª. Los licitadores podrían haber acudido a formas de participación colectiva viables y que no impidiesen la competencia entre ellas, como son la subcontratación o el complemento de capacidad y solvencia⁵⁴¹.

Es un indicio débil: las implicadas son competidoras en el mercado privado y pueden comportarse como rivales en la contratación pública.

6.2.5. Exención de responsabilidad *antitrust*

Las autoridades españolas de defensa de la competencia han sido muy parcas a la hora de abordar la liberación de responsabilidad de las uniones colusorias de licitadores. Por lo general, sus resoluciones dedican sus mayores esfuerzos a fundamentar la aplicación de los artículos 101.1 TFUE o 1.1 LDC. El análisis de las causas de exculpación suele ser breve. Se limita a constatar la ausencia de causas de justificación objetiva o de eficiencias suficientes para ‘sanar’ la conducta cartelaria. El estudio ponderado de los artículos 101.3 TFUE y 1.3 LDC es poco menos que excepcional (salvo *Infraestructuras ferroviarias*). En no pocas resoluciones (*Fisiogestión, Terapias respiratorias domiciliarias*) ambos artículos ni siquiera son mencionados.

a) *Eficiencias compensadoras*

No ha tenido éxito en el Derecho español la utilización de criterios de eficiencia y satisfacción del interés general supuestamente compensadores de los perjuicios que las ofertas conjuntas causan a la competencia e instrumentados al margen de los artículos 101.3 TFUE y 1.3 LDC. Cuando las autoridades de competencia rechazan que la unión de licitadores se funde en la presunta pobreza de la oferta individual para ser adjudicataria lo que opera como causa de justificación es la posibilidad de participar en

⁵³⁹ RCNMC de 26 de febrero de 2008, Expte. 2743/06, *Grupo Generali*, p. 4.

⁵⁴⁰ Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Decisión de 14 de junio de 2004, 04 –D –20, relativa a *las prácticas realizadas sobre los contratos públicos de señalización de tráfico horizontal en las regiones de Aquitania y Midi-Pyrénées*, apartado 43.

⁵⁴¹ *Ambulancias Ourense*, p. 47, *Infraestructuras ferroviarias*, p. 46.

la licitación con posibilidades de resultar adjudicatario. Así, en *Fisiogestión*, las partes alegaron que la UTE mejoraba la oferta de cada licitador individual (sinergias, aumento de la calidad, especialización, innovación tecnológica). El Tribunal de la ACCO estimó que el criterio para definir si una UTE es anticompetitiva es la capacidad para concurrir individualmente, no que la presentación conjunta mejore la calidad del producto ofrecido por la UTE. Interesa reproducir los párrafos:

«(...) el TCDC de la ACCO quiere poner énfasis en el hecho de que es perfectamente posible que un acuerdo entre empresas para presentarse agrupadas a un concurso permita ofrecer una calidad de los servicios superior a la que podría ofrecer de manera individual. Ante esta afirmación, sin embargo, hay que argumentar que es la administración competente, en este caso el CATSALUT, quien determina cuáles tienen que ser los servicios a ofrecer y su calidad, y los hace explícitos en las características técnicas del contrato. Las empresas que se presentan al concurso tienen un margen discrecional para presentar ofertas que superen los requerimientos mínimos exigidos y así conseguir una puntuación más alta. Ahora bien, en ningún caso este argumento justifica que se incumpla la Ley de defensa de la competencia. En otras palabras, una oferta que supere los servicios mínimos exigidos en las bases del concurso no justifica un acuerdo anticompetitivo entre empresas potencialmente competidoras» (pp. 23-24).

El sometimiento de los licitadores al ámbito objetivo del contrato, tal como fue definido por el órgano de contratación es una dimensión de la obligación de sujeción a los pliegos:

«(...) CATSALUT es la entidad responsable de definir el tamaño y las áreas de salud incluidas en los diferentes lotes licitados (...) CATSALUT define estas áreas a partir de sus conocimientos del mercado y, por lo tanto, busca un diseño eficiente del reparto de los lotes. Las empresas que quieran concursar tienen que tomar el tamaño y la distribución de los lotes como un parámetro exógeno sobre el que no tienen capacidad para influir. Así pues, las empresas tienen que valorar su capacidad y, consecuentemente, los recursos necesarios, para concurrir a cada uno de los lotes individualmente y no su capacidad para concursar en una agregación de cuatro lotes» (p. 24).

La ACCO otorgó preferencia a la competencia cuantitativa – mayor número posible de licitadores- sobre la cualitativa (mejor oferta), cuando la primera cede ante la segunda por la agrupación de empresarios. «(...) *la agregación de recursos puede ser muy superior a la cantidad mínima necesaria o requerida la licitación y puede hacer difícil o casi imposible que otros competidores, que también podrían proveer el servicio de rehabilitación y logopedia en algunos de los lotes, igualen la oferta técnica realizada*» (p. 27); «(...) *En cualquier caso, ..., las ganancias potenciales de sumar recursos para presentarse a un concurso no justifican un incumplimiento de la LDC*» (p. 33)⁵⁴².

Es dudoso que este criterio deba prevalecer sobre el contrario. El objetivo esencial de la contratación pública es obtener el mejor producto al menor precio (*value for money*), con respeto a los principios comunitarios; entre ellos el de competencia. Si bien es cierto que los principios no deben ceder ante la realidad, también lo es que su interpretación *ultra vires* podría causar la adquisición de un producto peor y más caro. Tal resultado en nada beneficia al interés público sectorial (mayor gasto público) ni general (mayor detracción de recursos a los ciudadanos). Salvo, naturalmente, que ocurra lo contrario. Es decir, que el PCAP de más importancia a los criterios de adjudicación técnicos y humanos (oferta técnica) sobre los económicos (oferta económica) y con ello favorezca la constitución de UTEs, que ofrezcan descuentos menores sobre el precio de adjudicación. Por ello, el órgano de defensa de la competencia debiera admitir la justificación basada en la imposibilidad evidente, no dolosa ni negligente, para obtener el contrato con la oferta individual.

El juego del binomio capacidad de obrar/eficiencias presenta un interés especial en *Gestión de Residuos Sanitarios* (p. 60) y en *Fisiogestión* (p. 19). Conforme a la regla general, ambas resoluciones supeditan la validez de las uniones de empresarios a que las empresas concertadas carezcan de la capacidad suficiente para alcanzar por sí mismas el objeto de la licitación y no pudieran concurrir a ella de forma individual. Pero añaden que no ha quedado demostrado «*la necesidad objetiva o la eficiencia de las mismas y su*

⁵⁴² La unión de licitadores no es anticompetitiva cuando los pliegos configuran el objeto del contrato de forma que en el mercado no existe ningún operador económico con capacidad y solvencia suficientes para presentar una oferta individual. Aún en este caso, la unión tendrá carácter colusorio si aprovechan la necesidad de la agrupación para cometer otras prácticas; por ejemplo, la concertación o alineamiento artificial de los precios. Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Decisión nº 03-D-01, 14 de enero de 2003, relativo a las *prácticas realizadas en el mercado de los granulados en el departamento de l'Ardèche*, apartado 43.

repercusión en beneficio del interés general». La expresión parece tener un significado acumulativo. De ser así, significaría que la compatibilidad de una unión de licitadores con la normativa de competencia está supeditada tanto a la ausencia de capacidad/solvencia individual como a la prueba de que la agrupación presenta eficiencias y beneficios para el interés general.

Sin embargo, tal como se estudió más arriba, el juego de las eficiencias no opera con carácter acumulativo al requisito de la capacidad, sino alternativo. Tan sólo procede analizar las eficiencias cuando la autoridad de competencia entiende que la unión es colusoria –e incurre en infracción del artículo 101.1 TFUE (o 1.1 LDC) – porque sus integrantes podrían presentarse individualmente a la licitación. Pero este vicio es sanado – por aplicación de los artículos 101.3 TFUE y 1.3 LDC- si la agrupación (innecesaria y redundante) presenta eficiencias y beneficios para el interés general que compensan la reducción del número de participantes en el procedimiento. En caso de que la autoridad de competencia admita la imposibilidad de los licitadores coaligados para presentar ofertas individuales no entran en juego los artículos 101 TFUE (o 1 LDC) en su globalidad.

b) Operatividad de los artículos 101.3 TFUE y 1.3 LDC.

Aquel consorcio de licitadores que entre de lleno en la consideración de unión colusoria quedará exento de sanción cuando concurren todos y cada uno de los supuestos citados en los artículos 101.3 TFUE y 1.3 LDC. En desarrollo de la norma comunitaria fueron aprobadas las Directrices relativas a la aplicación el apartado 3 del artículo 81 del Tratado⁵⁴³. Su apartado 42 señala que las cuatro condiciones son acumulativas. Los factores a valorar para aplicar esta exención de responsabilidad a un grupo colusorio de licitadores son los siguientes:

Primero. La oferta conjunta debe producir incrementos reales de eficiencia frente a las ofertas individuales. Es decir, debe contribuir a *«mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico»*. El elemento destacable es el valor añadido que aporta al contrato la oferta conjunta frente a

⁵⁴³ En su apartado 34, las Directrices prevén que la aplicación de la excepción contemplada en el apartado 3 se supedita a cuatro condiciones acumulativas: a) Los acuerdos deben contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso; b) Debe reservarse a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante; c) Las restricciones deben ser indispensables para alcanzar los objetivos; d) El acuerdo no debe ofrecer a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

las individuales. La Autoridad de Competencia irlandesa observó que es improbable que se satisfaga este criterio salvo que el consorcio implique mejoras de eficiencia en la ejecución del contrato⁵⁴⁴.

Segundo. Los consumidores deben beneficiarse de dichas ventajas. Por consumidores debe entenderse el cliente público y los consumidores finales (caso de concesiones públicas). Los beneficios pueden consistir en disminución del precio del contrato, aumento de la calidad del servicio, presentación de soluciones más innovadoras, etc. Predominarán los efectos anticompetitivos cuando el resultado de la unión de licitadores sea el incremento del precio o la reducción de la calidad frente a la participación individual de los empresarios⁵⁴⁵. Es oportuno observar que en *Consten y Grundig*, el Tribunal de Justicia consideró que las mejoras deben demostrar ventajas objetivas apreciables de carácter tal que compensen las desventajas que puedan ocasionar en el ámbito de la competencia⁵⁴⁶.

Tercero. Las restricciones a la competencia derivadas de la oferta conjunta deben ser indispensables para la obtención de los incrementos de eficiencia. Es decir, deben ajustarse al principio de necesidad de la unión de licitadores.

Cuarto. La participación del grupo de licitadores no debe eliminar sustancialmente la competencia en el procedimiento de contratación en cuestión o en otros mercados. La primera clave está en la palabra «sustancialmente». Naturalmente, esta expresión contempla la supresión total de la competencia (todos los licitadores integrados en la unión). En otro caso, corresponde al órgano de contratación o a la autoridad de competencia valorar si la restricción es sustancial⁵⁴⁷. El artículo 34 d) de las Directrices relativas a la aplicación el apartado 3 del artículo 81 del Tratado interpreta «eliminación

⁵⁴⁴ *Consortium bidding*, p. 16

⁵⁴⁵ *Consortium bidding*, p. 15.

⁵⁴⁶ STJCE sentencia de 13 de julio de 1966, asuntos acumulados 56/64 y 58/64, *Consten y Grundig/Comisión*, párrafo 429. Respecto de la entidad del «beneficio suficiente para los consumidores», ARROYO APARICIO, ALICIA, “Consumidores y normativa protectora de la libre competencia: algunos antecedentes y las recientes iniciativas sobre “acciones por daños”, Capítulo 2, en VÁZQUEZ PENA, MANUEL JOSÉ (Dir.,Coord), *El Derecho de la libre competencia como instrumento de progreso económico a favor de las empresas y de los consumidores*, Tirant lo Blanc Monografías, 2013, pp. 38-41.

⁵⁴⁷ Habrán de analizarse las cuotas de mercados de los licitadores reunidos en relación con las de otros posibles licitadores. A menor cuota de mercado del consorcio menor es la posibilidad de eliminación de la competencia, *Joint bidding under...*, p. 29.

sustancial» como «*posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate*».

El segundo punto de atención debe centrarse en la prohibición de restricción de la competencia en otros mercados. Significa que el consorcio constituido legalmente para uno o varios procedimientos contractuales no debe mantenerse ‘tácitamente’ en otros negocios públicos y privados. Es decir, en los restantes negocios, los miembros deben comportarse como rivales⁵⁴⁸.

En *Infraestructuras ferroviarias*, la CNMC dedicó al análisis de los artículos 101.3 TFUE y 1.3 LDC una atención ausente en otros casos⁵⁴⁹. Las empresas investigadas alegaron eficiencias técnicas (desarrollo de una tecnología española puntera y única y de una red ferroviaria de alta velocidad en tiempo récord) y financieras (prestación de un servicio sin costes derivados del pago del precio de licencias) que beneficiaron de manera clara a los usuarios del transporte ferroviario. La resolución no admitió sus argumentos porque los acuerdos y las prácticas concertadas no cumplirían de entrada los apartados c) y d) del apartado 34 de las Directrices, toda vez que no han sido indispensables para alcanzar los objetivos y han permitido que las empresas hayan eliminado la competencia en el mercado.

La supresión de la competencia fue completa en el caso estudiado puesto que en el acuerdo colusorio participaron todas las empresas del sector y se aplicó en casi todos los procedimientos de contratación. La resolución apoyó en dos argumentos la no indispensabilidad de los acuerdos para obtener las eficiencias buscadas. En primer lugar, «*porque las empresas podían haber concurrido de forma individual a gran parte de los contratos*»⁵⁵⁰. En segundo lugar, porque todas las mejoras atribuidas a las ofertas

⁵⁴⁸ *Consortium bidding*, p. 18. Por el contrario, Ritter entiende que la eventual competencia entre los miembros de la unión de licitadores debe ser analizada tan sólo en el procedimiento de contratación cuestionado

⁵⁴⁹ En general, sobre el «olvido aparente» de ambos artículos, VALLINA HOSET, ROBERTO y LOIS PERREAU DE PINNINCK, ANA, «101.3 TFUE, «*Quis leget haec?*»», en RECUERDA GIRELA, MIGUEL ÁNGEL, *Anuario de Derecho de la Competencia 2017, Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia*, Thomson Reuters Civitas, 2017, pp. 171-183 y PÉREZ OLMO, GERARD, «Autoevaluación del estado del artículo 101.3 TFUE y 1.3 de la Ley 15/2007 en la práctica decisoria de las autoridades de competencia», en RECUERDA GIRELA, MIGUEL ÁNGEL, *Anuario de Derecho de la Competencia 2017, Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia*, Thomson Reuters Civitas, 2016, pp. 267-284.

⁵⁵⁰ *Infraestructuras ferroviarias*, p. 52.

conjuntas podrían haberse obtenido si las empresas hubiesen participado de forma individual.

De ambos, el primer argumento es extraordinariamente significativo. Al identificar «indispensabilidad» con «imposibilidad de presentar una oferta individual», la resolución empleó la condición esencial para atribuir a la unión la responsabilidad *antitrust* como criterio para excluir su responsabilidad *antitrust*. En la práctica, esta posición equivale a dejar sin efecto los artículos 101.3 TFUE y 1.3 LDC cuando una unión sea considerada un cártel de licitadores en aplicación de los artículos 101.1 TFUE y 1.1 LDC. En otras palabras, significa declarar inaplicables los artículos 101.3 TFUE y 1.3 LDC a las uniones colusorias de empresarios.

En derecho comparado, las soluciones son diversas. La Autoridad de Competencia italiana parece mantenerse en el criterio de la estricta imposibilidad de participación individual. Así por ejemplo, rechaza como argumentos justificativos de la oferta conjunta tanto el temporal (escaso plazo para preparar los proyectos técnicos) como el económico (excesiva onerosidad de la oferta individual)⁵⁵¹. Añade que no cabe invocar el artículo 101.3 TFUE aludiendo a que la unión produce la reducción del precio, cuando aquella no es necesaria para que los miembros de la unión presenten ofertas individuales ni responde a razones de eficiencia o racionalización del servicio. Porque el efecto inmediato de una agrupación innecesaria es el impedimento de que un mayor número de empresas concurren. Y la consecuencia mediata es el reparto del mercado, que, conforme al apartado 18 de la Comunicación sobre acuerdos horizontales, implica la reducción de la capacidad de elección por parte de los clientes⁵⁵². Como arriba se indicó, la autoridad de competencia francesa mantiene las uniones de empresarios tendrán un efecto procompetitivo cuando vehiculen la participación de empresas que no

⁵⁵¹ Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, RAGCM de 2 de agosto de 2012, Proc. n° 23794, 1740 *Comune di Casalmaggiore-Gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas*, apartados. 178-192.

⁵⁵² *Servizi aggiuntivi di Trasporto pubblico nel Comuni di Roma*, apartados. 182 y 191, RAGCM de 2 de agosto de 2012, Proc. n° 23794, 1740 *Comune di Casalmaggiore-Gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas*, apartados. 201, 209.

hubieran podido hacerlo de forma individual o la participación conjunta les permitiese «*presentar una oferta más competitiva*»⁵⁵³.

Por último, el TJUE ha establecido que el apartado 3 del artículo 101 es aplicable tanto a los acuerdos que instrumentan restricciones por objeto como a los que producen efectos anticompetitivos, siempre que reúnan las cuatro condiciones en el recogidas⁵⁵⁴. Este principio rige también para las uniones colusorias de empresarios restrictivas por objeto o por efectos, que son objeto de estudio en el epígrafe inmediato.

6.2.6. Restricción por objeto o por efectos

Una vez acreditado que la creación de la unión infringió el artículo 1.1 LDC (o 101.1 TFUE) por no responder estrictamente al principio de necesidad y agrupar a competidores reales o potenciales, la autoridad de defensa de la competencia debe decidir si la conducta colusoria constituye una infracción por objeto o lo es por sus efectos. Una y otra postura han sido defendidas en sede administrativa y doctrinal.

a) Restricción por objeto

Con escasas excepciones, las autoridades de competencia y los tribunales españoles coinciden en sujetar la unión de licitadores al principio de necesidad e incluirla entre las restricciones por objeto cuya responsabilidad *antitrust* tan sólo es eximible cuando concurren los exigentes requisitos previstos en los artículos 101.3 TFUE o 1.3 LDC. La unión será declarada colusoria cuando los colicitadores sean competidores reales o potenciales en el procedimiento en cuestión. Y ello porque poseen la capacidad y solvencia suficientes para presentar ofertas individuales o en grupos más reducidos.

La posición citada se basa en tres argumentos. El primero se apoya en la naturaleza jurídica de esta figura: toda unión de licitadores en la que sus miembros están

⁵⁵³ *Pratique de la Autorité de la Concurrence*, 2012, p. 188. En su Decisión nº 12-D-06, de 26 de enero de 2012, relativa a las *prácticas en el sector de los agregados y en el mercado descendente de Saint Pierre-et-Miquelon*, consideró como causas justificativas basadas en eficiencias a «*la importancia de los mercados afectados, su carácter técnico y la búsqueda de la optimización de costes*». Por el contrario, el objetivo de la asociación temporal era la de copar todo el mercado, eliminar la competencia en precios y reducir el volumen total de productos (p. 40).

⁵⁵⁴ STJUE de 4 de junio de 2009, C-8/08, *T-Mobile Netherland*, párrafo 30 y Directrices relativas a la aplicación del artículo 101.3 TFUE, párrafo 20.

en condiciones de presentar ofertas individuales es una restricción por objeto. Esta posición fue adoptada por la CNMC en *Hormigones de Asturias*⁵⁵⁵. La resolución observó que el resultado del análisis de los efectos provocados por las conductas en el mercado no debe alterar su calificación jurídica, «*por cuanto nos encontramos ante conductas entre empresas competidoras que, por su propia naturaleza, entran dentro de la categoría de infracciones por objeto*»⁵⁵⁶.

El segundo argumento se basa en que las uniones de empresarios articulan una o más infracciones por objeto; en particular, acuerdos de *price fixing* y de reparto de mercados. En *Asfaltos de Cantabria*, la CNC no analizó las UTEs implicadas sino que describió todos los comportamientos producidos en el caso como de reparto y fijación de precios de las obras licitadas en la Comunidad Autónoma de Cantabria⁵⁵⁷. En *Postes de Hormigón*, la CNMC concluyó que la creación de la UTE era «*una forma más de instrumentar el plan global encaminado a un objetivo único de controlar estrechamente el mercado de productos (...)*»⁵⁵⁸. *Gestión de Residuos Sanitarios* se remite a los apartados 20 y 21 de la Comunicación de 27 de abril de 2004, (Directrices de aplicación del artículo 81 del Tratado CE) calificar a una unión de licitadores que articulaba el reparto de mercados⁵⁵⁹. Esta última conducta, una vez acreditada, constituye una infracción de las normas de competencia por objeto, que por su propia naturaleza posee el potencial de restringir la competencia, lo que hace innecesario el examen de los efectos reales o potenciales de la conducta⁵⁶⁰.

Como tercer criterio, la defensa de que las uniones colusorias de licitadores son restricciones por objeto se ha fundamentado en su íntima relación con los acuerdos de fijación de precios. Los miembros de la unión han de definir conjuntamente las

⁵⁵⁵ Posición también sostenida por la Autoridad de Competencia de Noruega en su *Directrices sobre licitación conjunta*; ver KLEVSTRAND, SIMEN, «Joint bidding: a new 'by object' offence?», en el blog *Nordic Competition, Competition law in the Nordics*, 1 de septiembre de 2014, <http://www.nordiccompetitionblog.com/?p=259>.

⁵⁵⁶ *Hormigones de Asturias*, p. 60. A la misma conclusión llegó la Autoridad vasca de Competencia en *Contrato Telefónico Ayuntamiento de Bilbao* (p. 36).

⁵⁵⁷ *Asfaltos de Cantabria*, p. 72. Esta supeditación de la unión a las conductas que instrumenta para definir a la conducta como infracción por objeto o efecto también se hace en *Postensado y geotecnia* para la cual «*el único objeto de mantener el mercado cerrado para su reparto*» (p. 143).

⁵⁵⁸ *Postes de Hormigón*, p. 62.

⁵⁵⁹ *Rodamientos Ferroviarios*, p. 59, Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, RAGCM, de 3 de febrero de 2015, procedimiento 25302, 1765, *Gare gestione fanghi in Lombardia e Piemonte*, apartado 222, Autoridad Danesa de Competencia y Consumo, *Joint bidding*, p. 19.

⁵⁶⁰ *Gestión de residuos sanitarios*, p. 80.

condiciones de la oferta única (precio, cantidad, calidad de los productos y servicios). Por esta razón, han sido encuadradas como una forma de *price fixing*. Esta conclusión, defendida por el Tribunal de la EFTA en *Ski Taxi*⁵⁶¹, desnaturaliza a las agrupaciones en mucha mayor medida que el segundo argumento. Los consorcios de licitadores dejarían de tener un tratamiento específico en el Derecho de la Competencia para subsumirse en una figura anticompetitiva concreta y seguir su destino.

Por todo ello, en el estado actual de la jurisprudencia del TJUE y de los tribunales españoles, el examen de las uniones de empresarios como restricciones por objeto debe hacerse con base en la doctrina *Groupement de Cartes Bancaires*. Conforme a la misma, las uniones de empresarios deben ser tratadas como infracciones por objeto cuando revelen un grado de nocividad para la competencia suficiente para que pueda considerarse innecesario el examen de sus efectos, atendido al contenido de sus disposiciones, a los objetivos que pretende alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se inscribe⁵⁶². La exigencia de analizar estos tres parámetros impone un análisis casuístico de la cuestión, por lo que elimina toda presunción *iuris et de iure* e impide los automatismos⁵⁶³. Ciertamente que *Groupement* mencionó a los acuerdos de fijación de precios como paradigma de infracción por objeto⁵⁶⁴ (apartado 51). En el caso de que las uniones de licitadores no se demostrasen restricciones por objeto, se procedería al análisis de sus efectos.

b) Restricción por efectos

Identificar a las uniones colusorias por la imposibilidad de participación singular de sus miembros en el procedimiento contractual y calificarlas como restricciones por objeto: (1) deja al artículo 101.3 TFUE (y artículo 1.3 LDC) como única fórmula de exención de responsabilidad *antitrust*; las dificultades para que prospere esta vía han

⁵⁶¹ Sentencia Tribunal de la EFTA de 22 de diciembre de 2016, E-03/16, *Ski Taxi, S.A., Follo Taxi, S.A., og Ski Follo Taxidrift AS v Staten v/Konkurransetilsynet*, apartados 91-96.

⁵⁶² STJUE de 11 de septiembre de 2014, C-67/13 P, *Groupement de Cartes Bancaires*, apartados 49, 53.

⁵⁶³ A diferencia de las restricciones por efecto, el Tribunal General indicó expresamente que la autoridad de competencia (la Comisión, en el caso) no está obligada a analizar la situación '*contrafactual*' en relación con un caso basado en una restricción de la competencia por objeto. Ver STG de 8 de septiembre de 2016, T-472/13, *Lundbeck*, apartado 473 y ALEXIADIS, PETER, FIGUEROA, PABLO, «Mixed effects in the “By object” vs the “By effects” saga. The enigma of Lundbeck», *Competition Policy International (CPI) Column*, febrero de 2018, p. 8

⁵⁶⁴ *Groupement de Cartes Bancaires*, apartado 51.

sido apuntadas en el punto precedente y destacadas por la doctrina⁵⁶⁵ ; (2) les impediría basar su defensa en las ventajas comparativas de la oferta conjunta frente a las individuales para el órgano de contratación, salvo que estas se incardinan en el artículo 101.3 TFUE. La incomodidad con una posición tan restrictiva ha motivado la búsqueda de otros parámetros de compatibilidad basados en los efectos de la conducta en el mercado.

La *Autorité de la Concurrence* francesa ha partido del principio de necesidad del consorcio para desarrollar una teoría de la restricción por efectos. Los grupos de licitadores pueden tener un efecto pro-competitivo en dos casos. Primero, cuando no quepa la presentación de ofertas singulares por sus miembros. Segundo, cuando la participación conjunta permitiese la formulación de una «*oferta más competitiva*» que la formulación de ofertas separadas. Por el contrario, son anticompetitivas por sus efectos las uniones que suponen la disminución artificial del número de licitadores porque disimulan un acuerdo de precios o un reparto de mercados sin estar justificadas por razones técnicas o económicas⁵⁶⁶.

Para otro sector, el carácter anticompetitivo de las uniones de licitadores dependerá del grado de competencia existente en el concreto procedimiento de contratación cuestionado, definido por el número de licitadores y de ofertas⁵⁶⁷. Esta posición fue adoptada por la Autoridad Catalana de Competencia, en *Asociación de Funerarios de Lleida*. Dicha resolución consideró que las UTEs son restricciones por objeto tan sólo cuando la autoridad de competencia acredite que la unión ostenta poder sobre el mercado y carece de competidores relevantes en el procedimiento contractual. Por el contrario, si existe un abanico importante de licitadores ajenos a la agrupación colusoria capaces de garantizar la competencia en la licitación, debe acudirse al

⁵⁶⁵ SÁNCHEZ GRAELLS, ALBERT, «New Analysis of Joint Tendering under EU Competition Law: A Few Comment on Ritter (2017)», en el blog *How to Crack a Nut*, 20 de febrero de 2017, <http://www.howtocrackanut.com/blog/2017/2/20/new-analysis-of-joint-tendering-under-eu-competition-law-ritter-2017>.

⁵⁶⁶ Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Decisión nº 03-D-01, 14 de enero de 2003, relativo a *las prácticas realizadas en el mercado de los granulados en el departamento de l'Ardèche*, apartado 43.

⁵⁶⁷ HERRERA ANCHÚSTEGUI, IGNACIO, «Joint bidding and object restrictions of competition: The EFTA Court's take in the 'Taxi case'», *European Competition and Regulatory Law Review (CoRe)*, Volumen 1, Número 2, 2017 p. Case Note 1-6.. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2966374>.

principio general, la presunción *iuris tantum* de legalidad de las uniones de empresarios⁵⁶⁸.

Lo complejo de la cuestión se manifiesta en que el parámetro del número de rivales en la licitación ha sido también empleado para fundamentar que las ofertas conjuntas conforman restricciones por objeto. En *Gare gestioni fanghi*, la *Autorità della Concorrenza e del Mercato* sostuvo esta posición dado que los integrantes de la agrupación de licitadores (1) eran los mayores operadores en el mercado (2) y los principales licitadores, por lo que podían presentar ofertas individuales; además (3) como agrupación, su cuota media alcanzaba el 70% del mercado, por lo que carecía de competidores efectivos y podían repartirse el mercado entre sus miembros⁵⁶⁹.

En el plano doctrinal, se han aportado varios argumentos para sostener que las uniones colusorias de licitadores son restricciones por sus efectos. En primer lugar, ninguna unión de licitadores es en esencia un acuerdo de precios (*naked price fixing*) porque tanto su articulación como su objetivo responden a la ejecución conjunta del contrato. Además, estas agrupaciones no son secretas ni ocultas al órgano de contratación ni a los restantes licitadores. Por otra parte, una figura muy similar, como los acuerdos de distribución conjunta derivados de acuerdos de producción conjunta, no son infracciones por objeto en la mayoría de los casos⁵⁷⁰. Se arguye también la incongruencia de sancionar a las uniones que introducen mejoras inasumibles para las ofertas individuales o esenciales para acceder a contratos de mayores dimensiones⁵⁷¹.

Por último, se afirma que los grupos de empresas guardarían semejanzas con las operaciones de concentración económica, por lo que su licitud dependería del grado de

⁵⁶⁸ RACCO de 21 de enero de 2009, Expediente AR 30/08, *Asociación de Funerarios de Lleida*, pp. 7 y 8. La Autoridad catalana se apoya expresamente en *Terapias Respiratorias Domiciliarias* (RTDC de 20 de enero de 2003, exp. R504/01). Sin embargo, esta última resolución admitió que las uniones colusorias pueden ser restricciones por objeto o por efecto. A la hora de calificarlas como infracciones por sus efectos, el TDC observó que sus actos sólo serán anticompetitivos «si las empresas que se unen temporalmente tienen suficiente poder de mercado y si el número de competidores potenciales es reducido» (F.J. 5º, p. 8).

⁵⁶⁹ Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, RAGCM, de 3 de febrero de 2015, procedimiento 25302, 1765, *Gare gestione fanghi in Lombardia e Piemonte*, apartados. 37, 38, 220-225.

⁵⁷⁰ KLEVSTRAND, SIMEN, «Joint bidding: a new ‘by object’ offence?», en el blog *Nordic Competition, Competition law in the Nordics*, 30 de marzo de 2015, <http://www.nordiccompetitionblog.com/?p=401>.

⁵⁷¹ KLEVSTRAND, SIMEN, *cit.* «Joint bid labelled ‘by object’ infringement».

competencia efectiva existente en la licitación en cuestión⁵⁷². La *Autorità della Concorrenza e del Mercato* archivó la denuncia presentada contra el ‘acuerdo estratégico de cooperación comercial y cooperativa’ celebrado por empresas constructoras para, entre otras actividades, participar conjuntamente en licitaciones públicas. La resolución de archivo se basó en que el acuerdo: (1ª) generó sinergias operativas en las licitaciones internacionales; (2ª) y fue un paso previo para la fusión de ambas empresas, formalizada cinco meses después de la adopción de aquel⁵⁷³. La resolución no abordó su capacidad para restringir la competencia en las licitaciones a las que ambas empresas concurren antes de la fusión. Se limitó a examinar la duración limitada del pacto, su finalidad instrumental y sus eficiencias *ex* artículo 101.3 TFUE para la emisión de ofertas competitivas.

Los argumentos *pro efectos* han sido objeto de críticas. La ejecución conjunta del contrato público sólo es la finalidad principal de las uniones *secundum legem*. Las agrupaciones cartelizadas persiguen los objetivos de cualquier cártel de licitadores: la manipulación de los procedimientos de contratación. La publicidad de las ofertas conjuntas en nada afecta a su carácter colusorio (*Irish Beef*) sino tan sólo a la admisibilidad de la solicitud de clemencia⁵⁷⁴. El secreto ya no es un requisito de los cárteles en la LDC. Las mejoras para el cliente público y para los consumidores finales son valorables en el ámbito del apartado tercero del artículo 101, no del apartado primero⁵⁷⁵. La inclusión de las ofertas conjuntas en los acuerdos de producción conjunta es admisible dentro de los límites propios de este tipo de acuerdos para la contratación pública (contratos de suministros)⁵⁷⁶. Por último, la semejanza con las concentraciones económicas ha sido contestada poniendo en valor que el verdadero riesgo para la

⁵⁷² RITTER, *Joint tendering*, p. 14, 15, MEDRANO IRAZOLA, SABINIANO, *Las UTE, bajo la lupa de Competencia*, Expansión.com, Sección de Opinión, 11 de junio de 2010, <http://www.expansion.com/2010/06/11/juridico/opinion/1276290814.html>.

⁵⁷³ Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, RAGCM, de 3 de julio de 2013, procedimiento 24442, 1758, *Accordo strategico Impregilo/Salini*, apartados. 41-45.

⁵⁷⁴ STJUE de 20 de noviembre de 2008, C-209/07, *Irish Beef*, *Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel*, DOUE, C 298, de 8 de diciembre de 2006, p. 17, RITTER, CYRIL, *Joint tendering under EU Competition Law*, 1 de febrero de 2017, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2909572> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2909572>, p. 12

⁵⁷⁵ RITTER, *Joint tendering*, p. 15,16. La remisión al artículo 101.3 TFUE en el caso de los cárteles es sostenida también por ALFARO ÁGUILAREAL, JESÚS, «El artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: modo de empleo», blog *Derecho Mercantil*, 17 de abril de 2013, <http://derechomercantilesana.blogspot.com.es/2013/04/el-art-101-del-tratado-de.html>.

⁵⁷⁶ RITTER, *Joint tendering*, p. 12, 13.

competencia de las uniones colusorias no es tanto la reducción del número de licitadores como los perjuicios que causan a la competencia efectiva⁵⁷⁷.

c) Un modelo muy rígido

Partir de que las uniones de empresarios colusorias son infracciones por objeto parece haber sido concebido como contrapeso a la peculiaridad esencial de esta figura: el acuerdo constitutivo de la unión está admitido por las leyes. Ya que la mera creación de la agrupación no sirve de indicio de colusión, podría entenderse como un ‘incentivo’ legislativo a infringir la normativa de competencia. Cabría entender incluso que la LCSP sospecha de este propósito, al regular en su artículo 68 la expulsión del procedimiento de contratación en marcha de aquellas uniones de empresarios sobre las que existan indicios de haber incurrido en prácticas colusorias.

No obstante, este salto es excesivo y no parece haber sido pretendido por la LCSP, que, en transposición de la Directiva 2014/24, propugna decididamente el empleo de las uniones de empresarios para atraer a las PYMEs a la contratación pública. Por lo tanto, un exceso de rigidez por las autoridades de competencia limitaría considerablemente el radio de acción de las uniones de licitadores, pues obligaría a que sus miembros repartan su capacidad y solvencia individuales entre varios lotes o contratos mediante la conformación de consorcios. Es por ello que un sector doctrinal busca vías más aperturistas, llegando a ‘impugnar’ la doctrina oficial. Gran parte de la controversia se centra en atribuir naturaleza colusoria a la conformación de una unión como vía de reserva de capacidad y solvencia para emplearla no en uno sino en varios procedimientos o lotes⁵⁷⁸ o en otros contratos;⁵⁷⁹.

⁵⁷⁷ RITTER, *Joint tendering*, p. 14.

⁵⁷⁸ Esta atribución sólo es aceptada por Thomas cuando el licitador carezca de recursos específicos («*specialist resources*») en los que basar su oferta individual. Ver THOMAS, CHRISTOPHER «Two Bids or not to Bid», An Exploration of the Legality of Joint Bidding and Subcontracting Under EU Competition Law», en *Journal of European Competition Law & Practice*, Volumen 6, nº 9, noviembre de 2015. La expresión «recursos específicos» es prácticamente universal. Debe entenderse comprensiva de otras formas de provisión de solvencia (complemento por tercero del artículo 75 LCSP) y de la subcontratación. Sánchez Graells rechaza de plano esta limitación de las ofertas conjuntas. Ver SÁNCHEZ GRAELLS, ALBERT, «Joint Bidding and Subcontracting under EU Competition Law: Some critical comments on Thomas (2015)», en *How to Crack a Nut*, 2 de diciembre de 2015, <http://www.howtocrackanut.com/blog/2015/12/joint-bidding-and-subcontracting-under.html>.

⁵⁷⁹ En opinión del mismo autor mismo autor (1) considerar a la unión de licitadores una figura subsidiaria de cualquier otro medio alternativo, como la subcontratación, es una posición restrictiva en exceso y que supone demasiada carga administrativa para las autoridades de competencia; (2) la

Flexibilizar el tratamiento que el Derecho de la competencia da a las ofertas conjuntas exige matizar el rigor con el que se les aplica el principio de necesidad y el tipo de restricción en el que han sido encuadradas. En primer lugar, cabría anticipar la evaluación de sus eficiencias al momento de pronunciarse sobre su carácter colusorio; es decir, en el ámbito del artículo 101.1 TFUE, no del artículo 101.3 TFUE. En segundo lugar, habría de generalizarse su consideración como restricción de la competencia por sus efectos. El *test* para exigirles responsabilidad *antitrust* se centraría en si la oferta conjunta: (1) da lugar a la reducción o eliminación efectiva de la competencia en el procedimiento de contratación; (2) causa perjuicios al mercado, al cliente público y a los consumidores finales.

La Autoridad danesa de competencia adoptó una posición práctica. Considera como restricciones por objeto a las uniones que disfracen cárteles duros (acuerdos de fijación de precios, reparto de mercados y clientes y pactos para limitar la capacidad) y supedita a sus efectos los acuerdos de producción conjunta y de subcontratación⁵⁸⁰.

6.2.7. Prácticas anticompetitivas durante la licitación

El grueso de las resoluciones que se pronuncian sobre la anticompetitividad de las uniones de empresarios atienden a los vicios derivados de su creación. Ahora bien, las agrupaciones no se diferencian de cualquier otro licitador a la hora de vulnerar la normativa de defensa de la competencia en el curso de los procedimientos de contratación pública en los que participen.

La única particularidad nace de su carácter colectivo. Como asociaciones de empresarios, las uniones son entes sin personalidad jurídica cuya participación unificada en los procedimientos contractuales deriva exclusivamente de una previsión *ex lege*. Todas las decisiones exigen acuerdo de sus miembros, cuyo voto está en función de su cuota de participación en la asociación. Por ello, las prácticas anticompetitivas son fruto del pacto entre los integrantes de la asociación y deben ser enjuiciadas al amparo de los artículos 101 TFUE o 1 LDC. No obstante, cuando la unión ostente la posición de dominio (colectiva) sobre el mercado, sus comportamientos son también calificables al amparo de los 102 TFUE y 2 LDC.

carga de la prueba exigida a las autoridades de competencia es demasiado liviana. Ver SÁNCHEZ GRAELLS, ALBERT, *cit.*, «Joint Bidding and Subcontracting ...».

⁵⁸⁰ Autoridad Danesa de Competencia y Consumo, *Joint bidding*, pp. 20-21.

Conforme a los parámetros anteriores, las uniones de licitadores pueden cometer todo tipo de acuerdos colusorios con los restantes participantes (presentar ofertas de cobertura, repartirse lotes, licitaciones, clientes públicos o territorios, boicotear la licitación o entrar en un sistema de rotación de ofertas). En segundo lugar, podrían incurrir en abuso de posición de dominio colectivo (boicot de licitaciones, presentación de ofertas predatorias). Por último, la naturaleza de las uniones de licitadores exige - y el funcionamiento del artículo 3 LDC aconseja - que los falseamientos de la competencia por actos desleales (ofertas a pérdida, vulneración de la LCSP como norma concurrencial) sean enjuiciadas por alguna de las dos vías anteriormente citadas.

En *Transporte Sanitario Urgente*, la Autoridad Vasca de Defensa de la Competencia conoció de una denuncia interpuesta por una UTE licitadora contra tres consejerías del Gobierno vasco y dos adjudicatarias del contrato de servicio de transporte y asistencia a emergencias sanitarias para la Red de Transporte Sanitario Urgente de la comunidad autónoma vasca⁵⁸¹. El escrito describió además la conducta de una UTE adjudicataria que habría incurrido aparentemente en venta a pérdida (a la que califica como «dumping»). La Autoridad extendió la investigación a esta última y examinó los hechos desde la perspectiva de los artículos 1, 2 y 3 LCD. Rápidamente, descartó que se tratase de prácticas colusorias, puesto que no se habían acreditado acuerdos o prácticas concertadas entre los licitadores. La resolución estudió con mayor detalle el abuso de posición de dominio. Pero también lo desestimó, puesto que el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco (Resolución 100/2013, de 24 de octubre) había observado que la oferta de la UTE no era anormalmente baja (por lo cual tampoco podría haber sido calificada de oferta a pérdida o predatoria). Por el mismo motivo, rechazó la aplicación del artículo 3 LDC.

Frente a la posición sostenida más arriba, la Autoridad Vasca parece defender en esta resolución que las uniones de empresarios son licitadores singularizados. En este caso, las conductas presuntamente anticompetitivas les son imputables a título individual, no como fruto de acuerdos entre licitadores agrupados. Sólo así se explica: (1) que la resolución examine la conducta de la UTE por violación del 3 LDC, (2) que rechazase de plano la infracción del artículo 1 LDC porque no existía pacto o concierto

⁵⁸¹ RAVC, de 21 de noviembre de 2017, Proyecto LEA/AVC nº 26-SAN-2013, *Servicios de transporte y asistencia a emergencias sanitarias para la Red de Transporte Sanitario Urgente de la CAE*.

entre la UTE adjudicataria y otros licitadores (sin investigar los posibles acuerdos intra-UTE).

6.2.8. Incentivos

Una serie de factores explican el éxito de las uniones de licitadores como fenómeno colusorio (y explican también por qué las autoridades de competencia han articulado un test ‘aritmético’ de anticompetitividad). Primero, suponen una excepción a la regla general, según la cual la existencia de un acuerdo entre competidores es el primer indicio de cartelización; quedará rastrear si concurre en el pacto algún factor de colusión previsto en los artículos 101 TFUE y 1 LDC. Por el contrario, las agrupaciones de licitadores están admitidas por la normativa de contratos públicos y fomentadas para el acceso de las pequeñas y medianas empresas a la contratación pública. Segundo, la formalización del acuerdo de constitución de la unión de conformidad con la LCSP otorga al cártel la presunción *iuris tantum* de legalidad. Tercero, los dos puntos anteriores dan cobertura a los intercambios de información y a la fijación conjunta de las condiciones de la oferta (precios, condiciones técnicas, etc), en cuanto pasos preliminares necesarios para participar conjuntamente en la licitación. Cuarto, la reunión de varias empresas interesadas en presentarse individualmente al procedimiento reduce el número de licitadores y, por ello, la competencia, hasta llegar a anularla cuando todos los participantes forman parte de la agrupación colusoria. Quinto, la larga duración de las UTEa/AIEs actúa como mecanismo de compensación natural entre sus integrantes y, por ello, como factor de estabilización del cártel. Por todo ello, los miembros tienen pocos incentivos para sustituir los beneficios parciales pero continuados que esta figura les aporta por la competencia entre ellas, cuya consecuencia será que sólo una de ellas obtenga el contrato y las demás queden fuera por un período de tiempo más o menos largo.

6.2.9. Mercados oligopolísticos

El mayor riesgo para la competencia de las agrupaciones colusorias de licitadores se presenta en mercados presididos por oligopolios de oferta. La asociación colusoria une a las empresas mayores del mercado, lo cual genera, por una parte, un aumento del grado de concentración y, por otra, reduce de forma significativa el número de competidores potenciales, eliminando en gran medida los riesgos para las empresas

implicadas⁵⁸². Cuando el oligopolio afecta a mercados altamente especializados o innovadores, cuyas rígidas barreras de entrada se deben a la exigencia de una solvencia técnica, económica y profesional elevada, la movilidad entre licitadores resulta muy improbable⁵⁸³. En los casos más extremos, la competencia se elimina por completo, dado que el órgano de contratación no puede animar la participación de otras empresas, por el mero hecho de que no existen⁵⁸⁴. El poder de mercado de estos cárteles es tal que prevalecen incluso frente a clientes públicos monopsonistas.⁵⁸⁵

Cuando concurren los caracteres reseñados [(1) cliente público dominante o monopsonista; (2) mercado de oferta oligopolístico o monopolizado por la agrupación; y (3) sector económico muy especializado (fuertes barreras de entrada económicas o tecnológicas)] el resultado es un incentivo perverso a que los operadores constituyan agrupaciones colusorias. En tales casos, el riesgo de competir en las licitaciones es muy elevado. La empresa que gane se lo lleva todo; las demás corren el riesgo de desaparecer o quedarse (casi) inactivas durante el período (a veces prolongado) de vigencia del contrato. Dicho riesgo puede ser sólo coyuntural (pérdida del contrato o incluso del cliente), o estructural (pérdida del mercado, peligro para la solvencia o existencia del propio operador económico). *Infraestructuras ferroviarias* es un buen ejemplo; empresas pertenecientes a ciertos grupos están especializadas en actividades que tienen un solo cliente (ADIF). Esta contrata la provisión de materiales o la prestación de servicios por un período largo. Las que no ganen corren el riesgo de quedar fuera del mercado español por todo ese plazo.

6.2.10. Confianza legítima

La previsión en los pliegos de la participación de las UTEs o su admisión por la Mesa de Contratación puede mover a sus integrantes a confiar en que han respetado a la normativa de contratación pública. Pero en ningún caso se extenderá esa confianza

⁵⁸² *Fisiogestión*, pp. 27 y 34.

⁵⁸³ *Infraestructuras ferroviarias*, p. 38.

⁵⁸⁴ *Contrato telefónico del Ayuntamiento de Bilbao*, pp. 35-36. La resolución valora la «relevancia» en el mercado de las empresas sancionadas, cuyas cuotas en el mercado español y vasco eran prácticamente equivalentes al 100% y, además, según el Registro de Operadores de Comunicaciones Electrónicas de la CMT eran las únicas empresas habilitadas para prestar todos los servicios incluidos en el contrato. En consecuencia, la UTE hace imposible la presentación de otros rivales. (1) porque no los hay en el mercado; (2) porque no estarían habilitados para cumplir el objeto contractual.

⁵⁸⁵ *Infraestructuras ferroviarias*, p. 39.

legítima sobre la legalidad de la conducta desde la perspectiva de la competencia, porque el examen de esta legalidad se hace por las autoridades de defensa de competencia y los jueces al amparo de la LDC, no de la LCSP⁵⁸⁶. Tampoco podrá invocar aquel principio aunque la agrupación colusoria hubiese sido demandada por las condiciones del concurso o el ente contratante se hubiese mostrado pasivo a su creación. Estos comportamientos no pueden llevar a la unión a engaño sobre la manifiesta ilegalidad de su conducta⁵⁸⁷.

Cuando es el órgano de contratación el que promueve o favorece la presentación de ofertas conjuntas a través del diseño de los pliegos, la unión de licitadores no tiene por objeto vulnerar la competencia sino cumplir la normativa del contrato⁵⁸⁸.

6.2.11. Expulsión del procedimiento de contratación

Frente al silencio de sus predecesoras, la LCSP de 2017 establece un mecanismo destinado a desmontar las uniones colusorias de licitadores en el mismo procedimiento de contratación (artículo 69, apartados 2 y 3). La iniciativa corresponde a la mesa de contratación, quien, *motu proprio* o previa denuncia de otros licitadores, examinará los posibles indicios de colusión presentes en la unión. La resolución corresponde a las autoridades de defensa de la competencia.

El procedimiento es contradictorio y presenta tres fases: (1ª) decisión de la mesa de contratación sobre la remisión de los indicios a la autoridad de competencia; (2ª) pronunciamiento de la autoridad de defensa de la competencia sobre la continuidad de la unión en el procedimiento de contratación; (3ª) decisión de la mesa o del órgano de contratación sobre la continuidad de la unión en el procedimiento de contratación.

En la primera etapa, la mesa requerirá a las empresas para que justifiquen de forma expresa y motivada las razones para concurrir agrupadas. El requerimiento tiene una finalidad análoga al que las unidades de investigación de las autoridades de competencia dirigen a los investigados para comunicarles el inicio de una información reservada. En sintonía con el artículo 26 RDC, tan sólo deberá recoger todos los

⁵⁸⁶ STSJP. Vasco 378/2014, de 30 de julio, rec. 940/2012, F.J. 5º (caso *Contrato Telefónico Ayto de Bilbao*).

⁵⁸⁷ STS, Sala C-A, Secc. 3, 14 de febrero de 2006, Rec. 4628/2003, F.J. 6º (*Caso Agencias de viajes*).

⁵⁸⁸ *Terapias respiratorias domiciliarias 2*, p. 19.

elementos objetivos contenidos en la denuncia o escrito de la Mesa y relacionados con los hechos denunciados⁵⁸⁹.

La ley no especifica el plazo de alegaciones y prueba que se concederá a los miembros de la unión (tan sólo habla de «*un plazo suficiente*»). El plazo no superior a tres días hábiles, concedido por el artículo 81 RGLCAP para la calificación de la documentación y defectos u omisiones subsanables, debe estimarse bastante. Al fin y al cabo, la unión no está incurso todavía en un procedimiento de infracción. Tampoco se le exige la prueba de un hecho negativo. La agrupación, a través de su representante, debe revelar a la mesa las razones subyacentes de sus miembros para coaligarse; razones necesariamente definidas con carácter previo a la presentación de la oferta.

La ley no impone a la mesa la remisión automática de los indicios a la autoridad de defensa de la competencia («*cuando apreciaran*»). Por ello, su decisión habrá de ser motivada; en particular, si desestima el envío. En este caso, el reclamante o la misma autoridad de competencia podrán contestar dicha negativa a través de la oportuna denuncia por el primero y tramitación de una información reservada por la segunda.

La segunda fase se inicia con el traslado del expediente – integrado por la reclamación, los indicios, la respuesta de la unión y el acuerdo motivado- por la mesa de contratación a la CNMC o autoridad autonómica equivalente. A una u otra corresponde pronunciarse sobre la conformidad de la continuidad de la unión en el procedimiento de contratación con la normativa de defensa de la competencia. Para ello, seguirá los pasos previstos en el artículo 150 LCSP (procedimiento sumarísimo), precepto al que se remite el propio artículo 69 LCSP⁵⁹⁰.

En la tercera etapa, la mesa o el órgano de contratación valoran el pronunciamiento de la agencia de competencia y deciden sobre el mantenimiento o expulsión del consorcio de licitadores. La decisión favorable a la permanencia no impide a la autoridad de competencia iniciar un procedimiento de investigación ni condiciona la decisión en el mismo.

⁵⁸⁹ Las consecuencias de una notificación defectuosa por parte de la Mesa son irrelevantes si se subsanan por la autoridad de defensa de la competencia en la segunda fase de este procedimiento (por analogía, la doctrina sentada por el Tribunal Supremo; p. e., STS 927/2016, de 25 de febrero, Sala C-A, Secc. 3ª, Rec. Casación 3847/2012, caso *HEINEKEN ESPAÑA*). En caso contrario, la validez resolución final que expulse del procedimiento a la agrupación de licitadores podría ser impugnada por causar indefensión.

⁵⁹⁰ Ver Capítulo IV, epígrafe IV.3.

El procedimiento bosquejado en el artículo 69 LCSP es una subespecie de las medidas previstas en el artículo 150 LCSP (suspensión del procedimiento contractual hasta que la autoridad de competencia se manifieste sobre la expulsión de los licitadores presuntamente cartelizados) para interesar a los entes contratantes en la prevención de la colusión en la contratación pública. Otras medidas son la prohibición de contratar específica (artículo 71.1.b) LCSP) y la obligación de comunicación por parte de los sujetos públicos implicados en el sistema de contratación español (artículo 132 LCSP). Todas ellas son objeto de estudio en el Capítulo IV de esta obra.

6.2.12. Responsabilidad

En *Licitaciones de carreteras*, la CNC diferenció entre la responsabilidad de la UTE y la exigible a la persona jurídica contratista, constituida por aquella a raíz de la adjudicación del contrato. En puridad, la asociación de licitadores deberá asumir los comportamientos anticompetitivos cometidos en el procedimiento de contratación y la persona jurídica derivada, los causados durante la ejecución del contrato. Dado que la UTE carece de personalidad jurídica, la responsabilidad habría de imputarse a sus miembros. Procede dilucidar si responden todos los integrantes por el mero hecho de su pertenencia a la UTE o si el principio de personalidad exige imputar únicamente a los que hubiesen cometido acciones anticompetitivas, aunque lo hubiesen hecho en su condición de miembros de la unión temporal⁵⁹¹.

La resolución comienza por sostener que la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 48.2 LPC se imputa al contratista adjudicatario en UTE respecto a las obligaciones dimanantes de su condición y no a la que pudiese haber nacido con carácter previo a la adjudicación. En este segundo caso, la responsabilidad «no depende tanto de si se ha constituido o no como de la diligencia con la que proceden sus integrantes»⁵⁹². Es decir, se define por la actuación personal de cada integrante de la UTE, no por su mera pertenencia a la misma.

Añadió la CNC que la integración de una empresa en una UTE, incluso a título de «complacencia» o «cortesía», no la exime de responsabilidad al menos a título de negligencia, si la UTE presenta una oferta de naturaleza colusoria. La participación en

⁵⁹¹ RCNC de 19 de octubre de 2011, Expte. S/0226/2010, *Licitaciones de carreteras*, pp. 95, 96.

⁵⁹² *Licitaciones de carreteras*, p. 96.

una licitación, sea a través de UTE o a título individual, implica la voluntad de los licitadores de contratar con la Administración y asumir la oferta realizada. La incorporación a la UTE y la formulación de la oferta colectiva sin interesarse lo más mínimo en los términos en que se realizan, demuestra una falta de diligencia de tal magnitud, que no puede definirse sino como culpable⁵⁹³.

El pormenor de *Licitaciones de carreteras* a la hora de definir la responsabilidad *antitrust* en el universo UTE revela la necesidad de ‘hilar fino’. Por una parte, el principio de personalidad de las sanciones es innegociable, al amparo del artículo 63 LDC. Por ello, presumir *iuris et de iure* la participación culposa en el cártel por la mera integración en la UTE supone (1) objetivizar la responsabilidad por actos anticompetitivos y (2) rechazar de plano que componentes de la unión temporal hayan sido engañados por los miembros cartelizados, aprovechando el carácter intrínsecamente secreto del acuerdo colusorio. La resolución estudiada constriñe al máximo el principio de culpabilidad al incluir en la negligencia la pasividad o silencio frente a los actos ilícitos de la UTE.

Atendida la naturaleza de este tipo de agrupación temporal y su facilidad para reducir la competencia en las licitaciones, sería admisible establecer la presunción *iuris tantum* de culpa en el miembro de la UTE; con inversión de la carga de la prueba del error sobre el hecho o de la ignorancia no punible. O bien construir una figura similar a la de la responsabilidad por participación en la infracción a título lucrativo (artículo 122 CP) por vía de una reforma legislativa⁵⁹⁴.

Una vez delimitada la responsabilidad de cada miembro, el importe de las sanciones se graduará de acuerdo con el principio de proporcionalidad. En *Ambulancias Ourense*, la CNC sancionó a una UTE constituida por todos los propietarios de ambulancias de la provincia con el fin de presentarse a licitaciones públicas y privadas. La resolución distribuyó la multa en base al número de ambulancias con que operaba cada empresa en el año 2004, dato que ponía de manifiesto la diferente dimensión económica de cada empresa⁵⁹⁵.

⁵⁹³ *Licitaciones de carreteras*, p. 96.

⁵⁹⁴ Un tratamiento pormenorizado de la prueba del carácter anticompetitivo de una UTE se encuentra en *Fisiogestión*, p. 17ss.

⁵⁹⁵ RTDC de 5 de junio de 2006, Expte. 590/2005, *Ambulancias Ourense*, p. 21.

6.3. Complemento de solvencia

La normativa de contratos públicos ha dispuesto como presunción *iuris et de iure* que un operador económico que carece de la solvencia económica, financiera, técnica o profesional no está en condiciones de ejecutar el contrato público a satisfacción del órgano de contratación. Sin embargo, en tales casos, el licitador podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrá efectivamente de esa solvencia y medios, y la entidad a la que recurra no esté incurso en una prohibición de contratar. En las mismas condiciones, los empresarios que concurren agrupados en las uniones temporales de empresas podrán recurrir a las capacidades de entidades ajenas a la unión temporal (artículo 75 LCSP).

El mecanismo regulado por el artículo 75 LCSP es ejercitable por los licitadores, que lo harán constar en su oferta, durante el procedimiento de contratación. A diferencia de la subcontratación, que opera en la fase de ejecución del contrato. Ello no impide señalar que los usos colusorios de aquella figura son esencialmente idénticos a los padecidos por la subcontratación. En particular, que alguno de los miembros del cártel renuncie a competir en condición de licitador a cambio de ser el elegido para completar la solvencia del adjudicatario⁵⁹⁶.

La integración de la solvencia por medios externos de carácter colusorio supone, en términos generales, la renuncia a participar en un procedimiento; y se ve recompensada por la inclusión en la oferta de la empresa que se decide sea adjudicataria como proveedora de medios materiales y/o humanos que garanticen la solvencia de esta. Este mecanismo favorece la colusión cruzada entre diferentes procedimientos de contratación, asegurando la participación material en la ejecución de varios contratos desde diferentes roles, lo que dificulta la percepción de la infracción.

6.4. Subcontratación

La tercera modalidad de coparticipación en los procedimientos de contratación pública es la subcontratación parcial del contrato a un tercer operador. La

⁵⁹⁶ Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, RAGCM de inicio de la instrucción, de 11 de junio de 2013, procedimiento 24406, 765, *Gare gestione fanghi in Lombardia e Piemonte*, apartado 2.

subcontratación opera de forma similar a la integración por medios externos, pero se visibiliza con posterioridad a la adjudicación. Su potencialidad para favorecer la participación de las pequeñas y medianas empresas en todo tipo de contratos, aunque discutida, la han convertido en una figura apreciada por la normativa de contratación pública⁵⁹⁷. Tanto el artículo 71 de la Directiva 2014/2024 como el 215 LCSP la favorecen hasta el punto de que puede ser incluso impuesta a los licitadores en el PCAP. Su carácter parcial es cada vez menos evidente. Frente al régimen precedente, que limitaba la subcontratación al porcentaje fijado en el PCAP y, en su defecto al 60% del importe de adjudicación (artículo 226.1.e) TRLCSP), la LCSP de 2017 no establece límite explícito alguno ni habilita a los pliegos para hacerlo. Hipotéticamente, el adjudicatario podrá subcontratar el 99,99% del contrato.

La subcontratación puede generar prácticas restrictivas en tres casos: (1) cuando contratista y subcontratista incurren en acuerdos verticales anticompetitivos; (2) cuando el contratista designa como subcontratista a un licitador excluido en el mismo procedimiento contractual o a una entidad que, al agrupar al adjudicatario y a otras empresas, domina el mercado del producto subcontratado; (2) cuando el acuerdo colusorio se celebra entre empresas proveedoras de insumos, llamadas como subcontratistas por los adjudicatarios de contratos públicos.

Para reducir el impacto de esta forma de colusión importa mucho al órgano de contratación fijar claramente las condiciones de aceptación de las empresas terceras, y fijar límites estrictos (por ejemplo, rechazar como subcontratistas a otros licitadores o exigir la identificación de los subcontratistas en la oferta).

Los pactos de subcontratación recíproca alcanzados por dos o más licitadores que entrañen acuerdos de fijación de precios y/o reparto de mercados, serán enjuiciados por estos conceptos y sancionados como restricciones por objeto. Pero, como regla general, habrá de atenderse al contexto legal y económico del caso, en el sentido expuesto por *Groupement de Cartes Bancaires*.

No obstante, hacerlo así puede llevar a interpretaciones exonerantes. En *Aleris Diagnostik*, la autoridad de competencia danesa sancionó a tres licitadores que

⁵⁹⁷ La poca adecuación de la subcontratación para fomentar la participación de otras empresas en la contratación pública ha sido destacada por SÁNCHEZ GRAELLS, ALBERT, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart, 2015, 2ª ed., p. 354.

incurrieron en acuerdos de subcontratación en favor del perdedor con ocasión de su participación en un procedimiento para la contratación de los servicios de fisiología clínica, convocado por el Consejo del distrito de Estocolmo en 2008. El Tribunal de Apelaciones de Patentes y Mercados anuló la resolución con base en la doctrina *Cartes Bancaires*. Conforme a la resolución, las cláusulas que establecen obligaciones condicionales de subcontratación de un volumen de servicios desconocido no restringen la competencia por objeto, puesto que no incentivan la presentación de ofertas más elevadas. El Tribunal prestó especial atención a la estructura del procedimiento abierto y al hecho de que el adjudicatario obtendría una posición de cuasi-monopolio sobre el mercado durante el tiempo de duración del contrato. Por ello, estimó la alegación de las partes de que, en ausencia de subcontratación, los licitadores perdedores abandonarían el mercado y tendrían pocas opciones de participar en licitaciones futuras. En base a ello, el Tribunal concluyó que ciertas formas de cooperación en la contratación pública pueden ser beneficiosas para los órganos de contratación⁵⁹⁸.

El Tribunal de Apelaciones no aplicó el criterio dominante para las uniones de empresarios y no rechazó la subcontratación por el hecho de que alguno/s o todos los participantes tenían capacidad y solvencia para concurrir en solitario. Examinó el mercado, los licitadores posibles y comprobó que la subcontratación (1) no constituía un reparto de mercados - no había fijación de volúmenes- ni un acuerdo de precios - no influyó en el importe de las ofertas- y que (2) favorecía la competencia para futuros procedimientos. Esta última conclusión es una mera presunción *a fortiori*. En el futuro, la situación podrá ser el incremento de la competencia o el mantenimiento de la subcontratación entre los licitadores.

6.4.1. Acuerdo vertical entre el contratista y un licitador subcontratista

Como regla general, la subcontratación es un vínculo vertical entre un proveedor y su cliente. Se halla sometida al Reglamento de Exención por Categorías y por ello no se

⁵⁹⁸ HOSKINS, SARAH, «No bid-rigging in Swedish healthcare case», *Nordic Competition*, 18 de agosto de 2017, <http://www.nordiccompetitionblog.com/?p=861>

entiende contraria a la competencia salvo que constituya una cláusula negra o una cláusula gris⁵⁹⁹.

La Comunicación de la Comisión, de 18 de diciembre de 1978, referente a la *consideración de los subcontratos respecto a las disposiciones del artículo 85.1 TCE* excluye de su ámbito de aplicación tres tipos de acuerdos celebrados entre ordenante y subcontratista, por el que el primero cede al segundo el uso de determinados insumos, limitados a la ejecución del subcontrato y no transferibles a terceros: (1) acuerdos para el uso de conocimientos o equipos del ordenante; (2) acuerdos de utilización de derechos de propiedad intelectual o industrial, «know-how», estudios, planos, proyectos, matrices, moldes y similares; (3) acuerdos de no revelación ni explotación de secretos e informaciones confidenciales⁶⁰⁰.

Del tenor literal de este documento se deduce claramente que los pactos entre contratista y subcontratista que excedan de los límites impuestos por dicha Comunicación deben entenderse comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 101 .1 TFUE.

6.4.2. Acuerdo horizontal entre el contratista y un licitador subcontratista

La subcontratación entre dos licitadores en el mismo procedimiento de contratación -el adjudicatario (como cliente) y un licitador excluido (como proveedor)-liga a dos competidores. Conforma así un acuerdo horizontal y un cártel entre rivales⁶⁰¹

⁵⁹⁹ Comunicación de la Comisión, *Directrices relativas a las restricciones verticales*, (2010/C 130/2001) DOUE 19 de mayo de 2010, apartado (22). La relación vertical entre adjudicatario y subcontratista y las limitaciones al carácter anticompetitivo de las restricciones verticales motivaron que la subcontratación haya sido sea utilizada como mecanismo de compensación legítimo y como argumento contra una acusación por colusión. Ver RCNMC, de 30 de junio de 2016, Expte. S/0519/14, *Infraestructuras ferroviarias*, p. 31, RCNMC, de 8 de enero de 2015, Expte. S/0429/2012, *Residuos*, p. 84 y RCNMC, de 3 de diciembre de 2015, Expte. S/0481/13, *Construcciones Modulares*, p. 67.

⁶⁰⁰ DOCE, de 3 de enero de 1979, C001, pp. 63-64.

⁶⁰¹ RTDC de 20 de octubre de 2000, Expte 476/1999, *Agencias de viajes*, p. 45.

y como tal es tratado por las autoridades de defensa de la Competencia⁶⁰². La razón práctica de este tipo de acuerdos es del tipo *do ut des*: los conspiradores acordarán no presentar proposiciones o formular ofertas de «cobertura», con la condición de que el adjudicatario les subcontrate algunas partes del contrato⁶⁰³.

a) Papel de la subcontratación en los cárteles de licitadores

La subcontratación no es una figura monocroma en el marco de los comportamientos anticompetitivos en la contratación pública. Por el contrario debe ser valorada desde cuatro perspectivas: (1) práctica colusoria; (2) mecanismo de compensación; (3) medida de aquietamiento; y (4) factor de estabilidad.

Su rol más considerado siempre ha sido el de fórmula compensatoria en la licitación concreta. La mera participación en un cártel supone riesgos para cualquier operador. A ellos se añade el sacrificio real de no haber sido seleccionado por el grupo como candidato a la adjudicación del contrato. La subcontratación puede favorecer a su destinatario por motivos diversos: (1) Asegurar su participación en la ejecución del contrato; (2) Entrar en el mercado de la contratación pública; (3) Un operador que carece de fuerza suficiente para licitar con perspectivas de éxito acepta una posición secundaria a cambio de ‘no molestar’ al núcleo duro del cártel; (4) Mantener su cuota en un escenario de reparto de mercados y de respeto al cliente histórico (*Gara consip*); (5) Minimizar los riesgos: el subcontratista acepta un beneficio menor frente al peligro de perderlo todo.

La subcontratación también beneficia al cártel, que evita acudir a pagos internos para compensar a algunos de sus miembros (*subcontratación táctica*). Un segundo beneficio que la subcontratación proporciona al cártel es el aplacamiento a los colicitadores frustrados por su renuncia a competir⁶⁰⁴. En cuanto tal, actúa como factor

⁶⁰² El artículo 2, apartado 4, del Reglamento de Exención por Categorías excluye explícitamente de su ámbito de aplicación a «los acuerdos verticales suscritos entre empresas competidoras». Estos se abordarán, por lo que respecta a los posibles efectos de colusión, en las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 a la cooperación horizontal. El artículo 1, apartado 1, letra a), del Reglamento de Exención por Categorías define a las empresas competidoras como «los proveedores reales o potenciales en el mismo mercado de producto», independientemente de que compitan o no en el mismo mercado geográfico. Las empresas competidoras son proveedoras reales o potenciales de los bienes o servicios objeto del contrato o de bienes o servicios que sean sustitutos de los bienes o servicios contractuales.

⁶⁰³ DEPARTAMENTO DE JUSTICIA (ESTADOS UNIDOS), *Price fixing, bid rigging, and market allocation schemes: what they are and what to look for. A primer*, p. 3.

⁶⁰⁴ RCNMC, de 8 de enero de 2015, Expte. S/0429/12, *Residuos*, pp. 72, 100

de estabilidad a corto y a medio plazo (al menos, por la duración del subcontrato). Sirve para mantener el nivel de confianza y el compromiso de los subcontratistas con el cártel para futuras licitaciones (*subcontratación estratégica*).

La función estratégica de la subcontratación admite dos variantes: estática o dinámica. En la primera, uno o varios miembros del cártel aceptan su posición secundaria de subcontratistas a medio plazo o *sine die*. En la visión dinámica, los subcontratistas son rotatorios; los licitadores cartelizados rotan sus papeles en las sucesivas licitaciones (adjudicatarios, subcontratistas, boicoteadores, licitadores ‘fantasma’, etc.). La subcontratación estática ofrece más garantías de aquietamiento y estabilidad que la dinámica, siempre que el subcontratista se considere satisfecho con la compensación y se guarden los equilibrios intra-grupo.

Los tres roles anteriores no son endémicos de la subcontratación colusoria. La subsistencia y estabilidad del cártel exigen compensar a todo miembro del grupo que no presenta la oferta ganadora, sea en la misma licitación sea en otras posteriores. Por ello, las funciones compensatoria, aquietadora y estabilizadora no pueden hacer olvidar que la verdadera naturaleza de la subcontratación -dentro de un cártel de licitadores- es la de técnica colusoria. Combinada con otras (ofertas de cobertura, rotación, boicot, etc.) trata de coadyuvar a los objetivos del grupo colusorio. Es este carácter el que justifica que el licitador designado como subcontratista sea coautor de la práctica restrictiva, con el mismo nivel de responsabilidad que los demás. La primacía de la subcontratación como técnica colusoria se acredita en *Auto Czok*⁶⁰⁵.

La Oficina del Gobernador del Distrito de Opole (Polonia) convocó 21 procedimientos para la adjudicación de los servicios de remolque y estacionamiento. Participaron tan sólo dos empresas, que se intercambiaron información y realizaron consultas mutuas para pactar el ganador del contrato y la compensación vía subcontratación de los trabajos con el otro licitador.

El UOKIK estimó poco probable que se debiese a la casualidad el que dos empresarios hubiesen presentado al mismo tiempo ofertas a precios idénticos para cada uno de los 21 servicios ofrecidos y con los mismos errores. Consideró «inimaginable»

⁶⁰⁵ Resolución de la Autoridad de Competencia de Polonia (UOKIK), 19 de abril de 2017 *Auto Czok*, RKT-410-02/15/MK, *Tender collusion on the towing services market – decision of the uokik* (Nota de prensa), https://uokik.gov.pl/news.php?news_id=13189.

que una entidad económica que esperaba ganar el contrato y realmente conocía los precios ofrecidos por su competidor de antemano no intentase ofrecer un precio más bajo para al menos algunos de los servicios involucrados.

En el caso polaco se observa como la identidad de precios y de errores son técnicas mediales para conseguir el objetivo final: el reparto de las licitaciones y de los clientes entre ambos operadores. En la nota de prensa no se explica si ambos empresarios rotaron sus posiciones en los procedimientos contractuales; ni se indica el porcentaje del contrato que es subcontratado al perdedor. Este último dato es especialmente significativo. La subcontratación rayana en el 50% del importe del contrato implica que la subcontratación no cumple las finalidades compensatoria y tranquilizadora. Y ello, porque la división por mitades (o de rango parecido) equivale a afirmar que tanto el adjudicatario como el subcontratista (aparente) son los contratistas. En tal caso, la subcontratación es una técnica colusoria que busca el reparto de mercados y que consigue, además, la estabilidad del cártel.

Las funciones compensadora, aquietadora y de estabilización poseen asimismo una dimensión interna. La función colusoria, por el contrario, mira hacia el triunfo del grupo colusorio en la licitación o licitaciones apuntadas como objetivo.

Tabla VII. Papeles y objetivos de la subcontratación colusoria

Práctica colusoria	Práctica colusoria
Compensación	Aquietamiento
Licitación concreta	Estabilidad del cártel Licitaciones futuras
Carácter táctico	Carácter estratégico

b) Expresiones de la subcontratación colusoria

Como se ha explicado más arriba, el primer y principal indicador de subcontratación colusoria es que uno o más licitadores figuren como subcontratistas en las ofertas de otros colicitadores. El ente contratante puede tener conocimiento de esta situación durante la tramitación del procedimiento y ponerle fin si exige en el pliego de cláusulas administrativas particulares que cada licitador exprese en su oferta la identidad de sus subcontratistas. En caso contrario, la advertencia de esta situación se

producirá en plena ejecución del contrato. Las soluciones que la LCSP dispone o apunta se estudian a continuación en el subepígrafe 4.2.3.

La *Autorité de la Concurrence* ha calificado como acuerdos horizontales ilícitos los intercambios de información sobre precios u otras variables estratégicas establecidas entre un licitador y otra empresa a la que contacta en concepto de futura subcontratista, pero que al final concurre al procedimiento como licitadora⁶⁰⁶.

Un tercer tipo de vías de subcontratación colusoria están directamente relacionadas con otras técnicas colusorias. Así, cabe aplicar, *mutatis mutandis*, la doctrina de la colusión propia de las UTEs/AIEs, cuando el subcontratista hubiese podido asumir el rol de licitador, presentar una oferta viable y ejecutar el contrato en la misma extensión que el adjudicatario. En otros casos, el punto de partida será la supresión sobrevenida (retirada injustificada) de su oferta por un licitador que figura como subcontratista en la oferta de otro. Esta evidencia se fortalece cuando el sujeto en cuestión es el subcontratista del adjudicatario final⁶⁰⁷.

c) Suspensión del procedimiento y suspensión del contrato

La legislación vigente en materia de contratación pública carece de armas definitivas para luchar contra la subcontratación colusoria. Un pacto de esta guisa entre el adjudicatario y un colicitador que presente indicios de colusión pero respete los requisitos contemplados en los artículos 215-217 LCSP no es directamente rechazable por el ente contratante. En realidad, la LCSP no aporta ninguna solución para combatir las sospechas de colusión durante la ejecución del contrato público, más allá de comunicarlas a la autoridad de defensa de la competencia. El silencio de la LCSP prueba que el tratamiento legislativo de los acuerdos colusorios que afectan al procedimiento de contratación es más completo que el de los producidos durante la fase de ejecución del contrato.

Marchés de travaux publics d'électricité et d'éclairage public en Corse, apartado 110 ss, con cita de la Decisión nº 97-D-11, de 25 de febrero de 1997, relativa a las *prácticas sobre el mercado de saneamiento de bancos del Sena* (y decisión del Tribunal de apelaciones de 13 de enero de 1998) y de la Decisión nº 07-D-47, de 18 de diciembre de 2007, relativa a las *prácticas ejecutadas en el sector de equipamientos para la navegación aérea*.

⁶⁰⁷ Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, *Vademecum per le stazioni appaltanti, volto all'Individuazione di criticità nel settore degli appalti pubblici*, 18 de septiembre de 2013, apartado 7 c), Subappalti o ATI (Associazione Temporanea d'Imprese).

Sin embargo, el órgano de contratación tiene a sus disposición dos expedientes frente a posibles prácticas restrictivas que ‘ayunten’ a adjudicatario y subcontratista: la suspensión del procedimiento de contratación (artículo 150 LCSP) y la suspensión del contrato (artículo 208 LCSP).

La solución arbitrada por la LCSP (artículo 150) para lidiar contra los indicios de colusión conocidos durante la tramitación del procedimiento consiste acordar su suspensión por el órgano de contratación hasta que la autoridad de defensa de la competencia se pronuncie sobre la existencia de prácticas colusorias entre los licitadores y sobre la eventual expulsión de los implicados (Capítulo IV, epígrafe IV.3). Naturalmente, dichas prácticas anticompetitivas pueden tener su origen en las dos formas de participación colectiva admitidas (UTE/AIE y complemento de solvencia).

El artículo 215 2.a) LCSP autoriza al órgano de contratación a exigir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que los licitadores indiquen en la oferta el nombre o perfil empresarial de los subcontratistas. Al examinar la capacidad y solvencia (Mesa A), la mesa de contratación está en condiciones de advertir evidencias colusorias derivadas, por ejemplo, de designaciones recíprocas como subcontratistas entre dos o más licitadores. A partir de ahí, entra en juego el mecanismo de suspensión del procedimiento previsto en el artículo 150 LCSP y pendiente de desarrollo reglamentario.

El artículo 208 LCSP regula la suspensión del contrato pero no establece un catálogo de causas que la motiven. El órgano de contratación tiene la prerrogativa de suspender el contrato cuando existan impedimentos que obstaculicen su cumplimiento, en aras de una mejor protección al interés público. Aunque el precepto citado no se pronuncie expresamente, debe admitirse la capacidad del órgano de contratación para acordar la paralización por causa de la subcontratación colusoria. Coadyuvan a ello tanto razones de contratación pública (principio de competencia) como de defensa de la competencia (posible infracción de la LDC).

No obstante, a la suspensión del contrato presenta tres dificultades: (1ª) la ausencia de un procedimiento específico, puesto que no cabe acudir al previsto para la suspensión del procedimiento en el artículo 150 LCSP; (2ª) La duración de la paralización puede alcanzar los dieciocho meses, plazo que la LDC ha fijado como límite de caducidad para la duración de los procedimientos sancionadores; (3ª) El artículo 208 LCSP impone al órgano de contratación ciertos pagos al contratista durante

el plazo de suspensión. Tal obligación puede ser disuasoria, atendida la duración ordinaria de los procedimientos sancionadores ante las autoridades de competencia (salvo que el contratista renuncie a la percepción de las cantidades).

6.4.3. Acuerdo horizontal entre subcontratistas

Además de la colusión entre adjudicatarios y subcontratistas, cabe la formación de un cártel horizontal entre empresas habitualmente subcontratadas por contratistas o concesionarios. El hecho de que los pliegos puedan imponer a los licitadores que designen al subcontratista en la oferta y que aquéllos soliciten a estos el precio por el trabajo subcontratado concede a los miembros del cártel un plazo amplio y una información preciosa para articular en cada caso la táctica colusoria.

La colusión horizontal entre subcontratistas se encuentra en *Postensado y Geotecnia*. Cuando una empresa del sector privado o la Administración Pública licitaba una obra, las constructoras que se iban a presentar a dichas licitaciones iniciaban de forma preliminar los contactos con las empresas de postensado para conocer sus precios y así preparar sus ofertas, incluyendo estos servicios de postensado. Por medio de estos contactos previos, las empresas del cártel contactadas informaban a las demás empresas participantes en el cártel de estos potenciales subcontratos de postensado⁶⁰⁸.

En el caso de obra pública, dado que las normas de contratación pública imponen que estos contratos se anuncien públicamente, los potenciales subcontratos de postensado relacionados con dichas obras, que representaban una parte importante de la demanda en este mercado, eran conocidos por todos los miembros del cártel antes de que fueran adjudicados, pues las licitaciones se anunciaban en distintos medios, tanto oficiales (principalmente diarios oficiales del Estado o de las Comunidades Autónomas) como no oficiales (portales de construcción). Por ello, cuando la constructora adjudicataria del proyecto solicitaba precios, las empresas del cártel ya habían acordado qué empresa haría la oferta más competitiva, ofreciendo las demás empresas del cártel un precio más alto, para que la adjudicada por el cártel se hiciese efectivamente con el pedido.

⁶⁰⁸ RCNMC, de 2 de agosto de 2012, Expte S/0287/2010, *Postensado y Geotecnia*, p. 30.

6.5. Participación colectiva secreta

En los epígrafes precedentes se ha dado por sentado que la UTE/AIE, el complemento de capacidad del licitador y la subcontratación se constituyeron de forma expresa, con arreglo a la LCSP y fueron conocidas y aceptadas por el órgano de contratación. Es decir, el punto de partida era la infracción de la normativa de defensa de la competencia pero no la de contratación pública.

En ocasiones, el cártel de licitadores va un paso más allá y oculta al ente contratante la propia existencia del mecanismo de participación colectiva. Formalmente, la oferta es presentada por una sola empresa, que figura como único licitador y, en su caso, será el adjudicatario único. Pero los acuerdos internos exigen que el ahora contratista reparta el contrato con los otros miembros del grupo, a través de una *joint venture*⁶⁰⁹ o de la subcontratación⁶¹⁰. Uno u otro negocio no son conocidos por el órgano de contratación.

La participación colectiva secreta exige el reparto de tareas entre el contratista formal y los integrantes (ocultos) del cártel. Estos últimos ejecutan la totalidad o parte del contrato y reciben una parte del precio del primero. Esta situación no se produce cuando el contratista formal ejecuta todo el contrato y transfiere cantidades a los demás integrantes en la proporción previamente fijada.

El uso de esta estrategia dificulta la investigación de la autoridad de defensa de la competencia en cuanto le niega el conocimiento del primer elemento de un posible cártel: el acuerdo entre los operadores económicos. En las formas de participación colectiva aquel es un dato expreso, que no exige averiguación; tan sólo debe investigarse su carácter anticompetitivo. Cuando la autoridad sólo tiene constancia de

⁶⁰⁹ RCNMC, de 23 de febrero de 2017, Expte. S/0545/15, *Hormigones de Asturias*, p. 43 y 48. La resolución encontró ‘contradictorio’ que la ejecución del contrato se iniciase en 2005 pero la constitución de la UTE se hizo en 2007; RCNMC de 30 de junio de 2016, Expte. S/0519/14, *Infraestructuras Ferroviarias*, la estrategia favorita de los tres únicos operadores presentes en el mercado era la de presentarse en UTE. En los escasos supuestos en los que se presentaron de forma individual pactaban previamente las condiciones de participación en la licitación y el reparto de la ejecución del contrato entre ellos, p. 40; STS, Sala C-A, Secc. 3ª, de 20 de diciembre de 2006, Rec. 3658/3004, p. 4 (caso *Agencias de Viajes*); los licitadores concurren a título individual y constituyeron privadamente una A.I.E. Simultáneamente, pactaron la no participación de otras empresas rivales en las licitaciones a cambio de cederles la ejecución de aspectos parciales del contrato.

⁶¹⁰ Este parece ser el caso de RCNMC de 30 de junio de 2016, Expte. S/0519/14, *Infraestructuras Ferroviarias*. Las presiones de ADIF condujeron a los operadores a abandonar su táctica colusoria originaria (reunión en una UTE) que sustituyeron por la de «*concurrir por separado y luego repartir*» (p. 31).

un único adjudicatario, la investigación debe principiarse por acreditar la existencia del cártel.

7. Encargos a medios propios

7.1. Exclusión de la normativa de contratos públicos

La auto provisión de obras, productos o servicios por las Administraciones públicas no es un fenómeno particularmente novedoso en España, pues se regula ya en la Ley de Contratos del Estado⁶¹¹. Sí ofrece mayor novedad que la dotación se instrumente a través de los denominados medios propios o servicios técnicos, a través de las denominadas (impropiamente) encomiendas de gestión.

En sentido estricto, la doctrina del encargo a medios propios (también denominada encomienda de gestión o *in house providing*) debe su origen y desarrollo a la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, desde la sentencia *Teckal* (1999)⁶¹². El *in house providing* no fue recogido por las Directivas de contratos de 2004. Su incorporación a la legislación española tuvo lugar a través de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Públicos. El desarrollo a nivel comunitario se hizo esperar hasta la Directiva 2014/24. Su artículo 12 dispone que las encomiendas quedan excluidas de la aplicación de la normativa contractual si reúnen de forma acumulada los siguientes requisitos: a) que el poder adjudicador ejerza sobre el medio propio un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios; b) que más del 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador, y c) que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada; salvo excepción prevista por la ley nacional.

La LCSP de 2017 incorpora un cuarto requisito: la condición de medio propio personificado deberá reconocerse expresamente en sus estatutos o actos de creación,

⁶¹¹ Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado.

⁶¹² STJUE, de 18 de noviembre de 1999, C –107/1998, *Teckal*. La Jurisprudencia comunitaria ha continuado incansablemente el desarrollo de la figura. Los casos se suceden: *Stadt Halle y RPL Lochau*, *Coname*, *Comisión/Austria*, *Parking Brixen* (2005), *Carbotermo y Consorzio Alisei* (2006), *Asemfo* (2007), *Coditel*, *Mantua* (2008), *Sea Srl y Comune di Ponte Nossa* (2009), *Econord* (2012).

previa conformidad o autorización expresa del poder adjudicador y verificación por este de que el servicio técnico cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social⁶¹³.

7.2. Conducta exenta y comportamientos anticompetitivos

El encargo a medios propios o encomienda de gestión implica así (1) que un poder adjudicador ejecuta de manera directa las prestaciones propias de los contratos del sector público valiéndose de otra persona jurídica vicaria de aquel (conocido como medio propio o servicio técnico). Lo cual supone (2) la inaplicación de la normativa de contratos públicos; (3) la extracción del mercado de la provisión de un bien o servicio y (4) la consiguiente supresión de la competencia en la oferta (por y en el mercado) para dicha actividad respecto de un cliente público⁶¹⁴; es decir, (5) la pérdida de un cliente público y la reducción del mercado para los operadores económicos. Una vez que un poder adjudicador decide sustituir la contratación por el encargo a un medio propio es probable que jamás convoque una nueva licitación⁶¹⁵. Este riesgo es multiplicable por el número de entidades contratantes existentes en España. Por otra parte, algunos clientes públicos ostentan el dominio sobre el mercado de demanda.

Si se añade que el modelo de operaciones *in house* se ha generalizado en todas las Administraciones públicas españolas, el riesgo de los encargos para los principios que presiden la acción económica de los poderes públicos (igualdad, publicidad, transparencia, competencia, eficiencia, idoneidad, necesidad y proporcionalidad, etc) en términos de política de competencia es palmario⁶¹⁶. La normativa de transparencia ha

⁶¹³ El artículo 32.4 LCSP regula los medios propios de varios poderes adjudicadores.

⁶¹⁴ La RTDC *Tragsa 1*, Expte. R 255/1997, emplea entre otros argumentos para desestimar la denuncia contra TRAGSA por vulneración de los arts. 1 y 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia que las actividades encomendadas a esta empresa «no están dentro del mercado ni, por tanto, del marco de la competencia aunque existan empresas oferentes de los mismos servicios, pues TRAGSA ni puede elegir estos trabajos ni se puede negar a realizarlos como medio que es en este caso de las respectivas Administraciones Autónomas».

⁶¹⁵ La legítima preocupación de los operadores por la pérdida de mercados causada por los encargos a medios propios se manifestó en las sentencias del caso *Tragsa* (STJUE de 19 de abril de 2007, C-295/05 y STS, Sala C-A, Sec. 3ª, de 30 de enero de 2008, Rec. Casación. 548/2002). Una síntesis de los argumentos se encuentra en «*El abuso en la utilización de las encomiendas de gestión*», Asociación Española de Empresas de Consultoría, Marzo, 2012.

⁶¹⁶ Una crítica acerada del uso expansivo de los medios propios se encuentra en AMOEDO SOUTO, CARLOS, *Tragsa. Medios propios de la Administración y huida del Derecho Administrativo*, Barcelona, Atelier, 2004.

procurado traer a conocimiento público los encargos que se formalizen⁶¹⁷. Por su parte, tanto la ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público como la LCSP de 2017 han reducido la opacidad de esta figura, siguiendo la doctrina de la Comisión europea y del Tribunal de Cuentas. A pesar de que los encargos no son propiamente contratos públicos, la LCSP ha incluido entre los actos objeto de recurso especial en materia de contratación pública a la formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales (artículo 442.e).

El riesgo de esta figura se traslada también para la política de defensa de la competencia. Ante su carácter exento a la acción sancionadora, las autoridades de defensa de la competencia centran su labor en medidas de promoción. En el ámbito de la promoción general ha resultado particularmente oportuno el informe de la extinta CNC relativo a los medios propios y a las encomiendas de gestión, imprescindible para entender los efectos perversos de estas figuras en términos de política de competencia⁶¹⁸. En el plano de la promoción especial, la autoridad nacional emite informes previos a la formalización de las encomiendas de gestión en el sector público estatal⁶¹⁹.

Los encargos a medios propios son relaciones pseudo-verticales entre un ente principal y otro subordinado. No son contratos ni convenios de colaboración, sino actos administrativos dictados unilateralmente por el poder adjudicador. Al derivar de una relación vertical no pueden conformar un cártel; al ser unilaterales, no conforman acuerdos colusorios entre no competidores⁶²⁰; al ser actos administrativos autorizados por la LCSP, constituyen excepciones legales a la aplicación del derecho sancionador de la competencia; pero sí cabe su impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, al amparo del artículo 4.2 LDC.

⁶¹⁷ El artículo 8 de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (Ley 19/2013) dispone que se publicarán las encomiendas de gestión que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, duración, obligaciones económicas y las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma.

⁶¹⁸ CNC, *Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia*, 2013.

⁶¹⁹ En la página web de la CNMC, ver <https://www.cnmc.es/expedientes/170169>.

⁶²⁰ La imposibilidad legal de que actos administrativos unilaterales sean acuerdos en el sentido del artículo 1 LDC se desarrolla en la RCNMC, de 20 de febrero de 2014, Expte. 25 can 02-11/13, *Ingenieros técnicos de obras Públicas-habilitación*, F.J. 3º.

La ejecución de un encargo ajustada estrictamente a su normativa constituye un ejemplo de conducta exenta por ley (artículo 4.1 LDC), intocable para los procedimientos de investigación instados por las autoridades de defensa de la competencia⁶²¹. En su Informe sobre las encomiendas, la CNC señaló que:

«Desde el punto de vista de la competencia, la principal característica de las encomiendas es su carácter directo, es decir, su sustracción de los procedimientos de licitación pública, y por tanto de la concurrencia, que de acuerdo con la normativa aplicable debe regir, preferentemente, la provisión de bienes y servicios.

La falta de concurrencia que resulta de estos procedimientos ha motivado que las autoridades de competencia, y en particular la española, hayan analizado de forma puntual en el pasado este instrumento, en sede de aplicación de la normativa sancionadora de defensa de la competencia. No obstante, en atención a la naturaleza interna de la relación entre las entidades públicas participantes en una encomienda estas actuaciones fueron resueltas mediante el archivo o sobreseimiento de las mismas, y confirmadas por sus consiguientes revisiones jurisdiccionales»⁶²².

La inmunidad a la acción investigadora no es sin embargo absoluta. Los encargos pueden generar infracciones anticompetitivas tanto en los medios propios como en los poderes adjudicadores⁶²³.

⁶²¹ Así lo recordó el Consello Galego da Competencia en su Resolución R 7/2014, de 27 de enero de 2015, Expediente S 5/2014, *Encomienda de gestión del servicio de protección radiológica en hospitales del Servizo Galego de Saúde*, apartado 15. En su serie de resoluciones sobre TRAGSA, el TDC defendió la aplicación de la exención legal a las encomiendas de gestión. En su Resolución de 13 de marzo de 1998, Expte R 273/1997, *Tragsa 7*, sostuvo que «la calificación jurídica procedente es la de considerar que se trata del supuesto de obras ejecutadas directamente por la Administración, contemplado en el artículo 153 de la LCAP. En tales casos, es la norma la que restringe la competencia y las prácticas realizadas al amparo de aquélla no pueden ser perseguidas ni sancionadas porque tienen amparo legal», p. 5.

⁶²² Resolución de 30 de abril de 1996 (Expte. R 148/96); Resolución de 30 de diciembre de 1997 (Expte. R 255/97); Resolución de 26 de enero de 1998 (Expte. R 269/97); Resolución de 28 de enero de 1998 (Expte. R 270/97); Resolución de 5 de febrero de 1998 (Expte. R 272/97); Resolución de 13 de marzo de 1998 (Expte. R 273/97); Resolución de 30 de marzo de 1998 (Expte. R 267/97); Resolución de 30 de abril de 1998 (Expte. R 266/97). [1] [SEP]

⁶²³ MIÑO LÓPEZ, ANTONIO, «Prácticas anticompetitivas en la contratación del sector público», en BENEYTO, JOSÉ MARÍA y MAILLO, JERÓNIMO (Dir.), *Tratado de Derecho de la Competencia*, Unión Europea y España, Capítulo 38, 2ª ed. Bosch, 2017.

7.2.1. Responsabilidad de ambas partes por simulación del encargo

En primer lugar, cuando el negocio ha sido configurado como un encargo pero en realidad no lo es no es porque carece de todos o de alguno de los requisitos citados en los artículos 32 y 33 LCSP, precisar su verdadera naturaleza jurídica exige «levantar el velo» de su aparente carácter unilateral y definir de qué negocio jurídico se trata⁶²⁴. Caben dos posibilidades: que se trate de un convenio de colaboración (si prima el elemento «cooperación») o de un contrato (si juega el binomio prestación/contraprestación).

En ambos casos, no puede descartarse por principio que la aparente encomienda sea un acuerdo colusorio. El servicio técnico es un operador económico pleno y se halla sometido a la LDC en cuanto proveedor de bienes o servicios a una Administración. El cliente público será corresponsable de la práctica restrictiva, sin que pueda ampararse en la doctrina FENIN/SELEX para justificar su impunidad. Y ello, porque alzar el velo no transmuta a la encomienda en un verdadero contrato público, al no haberse observado el procedimiento previsto en la normativa de contratación del sector público ni haberse respetado los requisitos de igualdad, publicidad, transparencia y competencia. Considerar que el negocio jurídico es un convenio de colaboración tampoco impide la aplicación del Derecho de la Competencia. Las autoridades de competencia han sancionado por colusorios los convenios de colaboración que ligan a entidades públicas con empresas privadas

Probablemente, el supuesto más significativo de convenio objeto de sanción es SESCOAM. En dicha resolución, la CNC declaró la existencia de una conducta restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia (LDC), de la que serían autores el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCOAM) y el Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha, consistente en acordar que los Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha establecerán, entre las oficinas de farmacia que lo deseen, turnos rotatorios

⁶²⁴ Cuando el origen de la encomienda sea un acto unilateral, la eventual resolución de la autoridad de competencia que declare la nulidad del negocio (artículo 1.2 LDC) exigirá para su efectividad la previa revisión de oficio de dicho acto por parte de la Administración encomendada. En este sentido, AYMERICH CANO, CARLOS «Corrupción y contratación pública: análisis de las nuevas Directivas europeas de contratos y concesiones públicas»; Conferencia pronunciada en el IX Seminario Internacional de Contratación Pública, Facultad de Derecho, Universidad de Vigo, 17 de octubre de 2014.

para el suministro directo a los centro socio sanitarios públicos y privados de la prestación farmacéutica incluida en el Sistema Nacional de Salud⁶²⁵.

La Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid de 20 de mayo de 2010, expediente SANC 02/10, *Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid*, no sancionó el convenio celebrado por el Servicio Regional de Bienestar Social de la Comunidad Autónoma de Madrid y el citado colegio oficial consistente en el establecimiento por parte del COF y el SRBS de un sistema de turnos entre las oficinas de farmacia acogidas a éste. La resolución entendió que el convenio no estableció un reparto territorial del mercado dentro de cada zona básica de salud, ni afectaba a la competencia efectiva del mercado.⁶²⁶.

La labor fundamental de una autoridad de defensa de la competencia para valorar si la asignación al medio propio es un encargo consiste en examinar si concurren todos o falta alguno de los requisitos establecidos de forma acumulativa para que exista esta figura. Así lo hizo la Autoridad Vasca en *Obras Públicas Álava (Arabako Lanak)*⁶²⁷. Arabako Lanak, S.A., inicialmente un medio propio de la Diputación de Álava pasó a serlo conjuntamente también de 44 ayuntamientos de la provincia a los que la Diputación cedió una acción por cada entidad local. Los Ayuntamientos adquirieron en conjunto el 0,01% del capital social.

La resolución apreció que la firma de un contrato de donación demostraba que las administraciones públicas implicadas habían actuado como empresas. Y concluyó que la conducta de las entidades públicas infringió el artículo 1 LDC, por dos motivos. En primer lugar, la encomienda carecía de dos requisitos esenciales: falta de precisión del régimen de las encomiendas en los estatutos de Arabako Lanak y la inexistencia de control análogo, por no haber una norma legal que amparase a aquella sociedad como medio propio de las entidades locales (a diferencia de Tragsa). Partiendo de lo anterior, la resolución «levantó el velo» del acto de cesión. Se trataba en realidad de un contrato de donación concertado entre entidades no competidoras, colusorio por objeto y por

⁶²⁵ RCNC de 14 de abril de 2009, Expte. 639/08 *Colegio Farmacéuticos Castilla-La Mancha*.

⁶²⁶ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid de 20 de mayo de 2010, expediente SANC 02/10, *Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid*. La resolución fue anulada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en STSJCM 564/212, de 11 de julio.

⁶²⁷ RAVC, de 11 de noviembre de 2015, Expte. 7/2013, *Obras públicas Álava*.

efecto, pues reservó al medio propio ciertos servicios que los ayuntamientos contrataban hasta la adquisición de las acciones de Arabako Lanak.

7.2.2. Responsabilidad del medio propio al ejecutar la encomienda

En segundo lugar, el servicio técnico es un operador económico sujeto a responsabilidad *antitrust* en la ejecución de la encomienda. Así ocurre cuando los medios propios que ejecutan el encargo operan en un mercado en competencia real o potencial con otros operadores económicos privados (tipo *Funerarias Baleares*⁶²⁸). El ejemplo más palmario es el encargo a un medio propio de la prestación de un servicio público local (p.e., gestión del tanatorio municipal) susceptible de ser desarrollado por otras empresas. En tal caso, el medio propio puede incurrir en abuso de posición de dominio cuando impide o somete a precios excesivos el acceso al tanatorio municipal de empresas de servicios funerarios domiciliadas fuera del término municipal.

La vulneración de la normativa de defensa de competencia no se imputa al poder adjudicador por el acto de creación del medio propio o por la asignación directa del servicio. Quien incurrirá en prácticas anticompetitivas será el servicio técnico a la hora de ejecutar la encomienda. Sin embargo, al amparo de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en *Funerarias Baleares* cabe exigir responsabilidad *antitrust* a la Administración creadora del medio propio cuando actúa de forma contraria a la competencia para originar o garantizar la posición de mercado de aquel. La sentencia define como operador económico a aquel poder adjudicador que actúa en el mercado a través de un ente sometido al Derecho Privado en competencia con operadores privados. El poder adjudicador no puede ampararse en su condición de regulador ni en el ejercicio

⁶²⁸ La RCNC, de 3 de marzo de 2009, Expte. 650/2008, *Funerarias Baleares* no menciona el carácter de medio propio de la Empresa Funeraria Municipal, S.A. (EFMSA); pero lo cierto es que reúne los requisitos sustantivos que la Directiva 2014/2024 exige para ello. El «control análogo» del poder adjudicador se demuestra por la titularidad municipal del 100% del capital social de EFMSA. Esta empresa desarrolla su «actividad esencial» para el Ayuntamiento de Palma de Mallorca, al gestionar el servicio público mortuorio en régimen de monopolio. Falta en el caso la mención estatutaria del carácter de medio propio.

de su *imperium* para eximirse de su responsabilidad por las acciones anticompetitivas de su medio propio⁶²⁹.

7.2.3. Responsabilidad del medio propio en sus relaciones verticales

En tercer lugar, el servicio técnico cuando actúa como tal está sujeto a la normativa de defensa de competencia respecto de los contratos que celebre con los proveedores de bienes y servicios para ejecución de la encomienda de gestión. Aquellos no participan del régimen jurídico de la encomienda ni de la exención a la normativa de la competencia asociada a ella. Por ello, sus acciones deberán ajustarse a la normativa de contratos del sector público. A ella estarán también sujetas la subcontrataciones en la que incurren algunos medios propios a la hora de realizar el encargo – y que a veces los convierte en intermediarios⁶³⁰. En uno y otro caso el servicio técnico asume la posición de adquirente y poder adjudicador, al reunir las características previstas en el artículo 2.1.1) y 3) de la *Directiva 2014/2024*. A la espera de que sea contestada con éxito, la doctrina FENIN/SELEX lo eximiría de la aplicación de la normativa de defensa de competencia.

7.2.4. Responsabilidad del medio propio como operador ordinario

En cuarto y último lugar, la actividad del medio propio está sujeta al Derecho de la Competencia cuando ejecuta una encomienda de gestión en sus relaciones comerciales con clientes privados o con entes públicos diferentes al encomendante. Esta cuestión no presenta particularidades. El servicio está legitimado para mantener relaciones comerciales con otros poderes adjudicadores y empresas privadas en los términos fijados por su normativa legal o estatutaria, siempre que respete los límites del artículo 12 de la Directiva.

⁶²⁹ STS de 14 de junio de 2013, Sala de lo Contencioso –Administrativo, Rec. 3282/2010, OCTAVO, F. J., «Para resolver si, por encima o por debajo de las apariencias, una determinada actuación de una Administración pública se inserta en el ámbito de los actos de *imperium* (esto es, en el marco de sus prerrogativas de poder), resulta sin duda pertinente el hecho de que aquella Administración intervenga también, de modo simultáneo, como operador económico –aunque lo haga bajo una determinada fórmula de personificación instrumental– en el correspondiente mercado liberalizado de servicios, abierto a la competencia. (...). La actuación del Ayuntamiento de Palma de Mallorca (...) no correspondía a sus prerrogativas de poder público «neutral» sino a la defensa de los intereses de la empresa municipal con la que él mismo operaba en el mercado de servicios funerarios. Lo cual determina, en suma, que su conducta lo fuera a título de agente u operador en el mercado, agente que en este caso se prevalece de su condición privilegiada para limitar la competencia».

⁶³⁰ La subcontratación generalizada ha sido criticada en numerosos pasajes del Informe de la CNC sobre los medios propios y las encomiendas de gestión, *Informe*, págs. 33 y ss.

En *Fábrica Nacional de Moneda y Timbre*, la Dirección de Investigación de la CNC concluyó que la FNMT ostenta el monopolio de los servicios mayoristas de validación de certificados emitidos por la propia Fábrica (mercado aguas arriba). Estos servicios constituyen un insumo esencial para prestar servicios de validación de los certificados emitidos por otros operadores (mercado aguas abajo). Al negarse a suministrar los servicios mayoristas, la FNMT habría incurrido en abuso de posición de dominio por denegación de acceso (*refusal to supply*), contraria al artículo 2 LDC. El asunto concluyó con una resolución de terminación convencional. La FNMT se comprometió a (1) crear un sistema abierto de servicios de validación; (2) establecer un régimen de precios para esos servicios; (3) no adoptar políticas comerciales que impidan el desarrollo del mercado mayorista de reventa de validaciones⁶³¹.

IV. COLUSIÓN INDIRECTA

A lo largo de este capítulo se ha destacado que la colusión en la contratación pública es en sentido estricto un pacto (o una práctica concertada) entre licitadores. Por licitador se entiende toda empresa que ha participado en el procedimiento contractual o que hubiera tomado parte en él de no haberse adherido al cártel. En este segundo caso se admite tanto al miembro apartado de la licitación por decisión colectiva como la autoexclusión global del grupo (boicot).

En el presente epígrafe se sistematizan ciertos tipos de cárteles nacidos y operativos fuera de las licitaciones pero que influyen de manera significativa en el falseamiento de la competencia en la contratación pública. Por razón de mayor a menor cercanía a las situaciones de *bid rigging* cabe distinguir tres modelos: a) colusión en los mercados conexos; b) cártel ordinario susceptible de ser activado en una licitación; c) cártel de operadores privados que actúan en el ámbito de competencias del órgano de contratación.

⁶³¹ RCNC, de 24 de enero de 2011, Expediente S/0096/08, *Fábrica Nacional de Moneda y Timbre*.

No entra en esta categoría la colusión producida en procesos competitivos convocados para la provisión de bienes y servicios por empresas privadas y ajenas al sector público⁶³².

1. Colusión en mercados conexos

1.1. Concepto y naturaleza jurídica

Esta forma de colusión comprende los acuerdos anticompetitivos entre empresas que no toman parte en un procedimiento de contratación pública pero que condicionan las ofertas presentadas por los licitadores. En esencia, el cártel indirecto actúa sobre los participantes en un procedimiento de contratación pública. Puede incluso afectar a un cártel formado por licitadores. El cártel indirecto puede mediatizar el resultado del procedimiento contractual hasta el punto de inyectar en el contrato público un efecto nocivo similar al causado por la colusión directa.

En muchas ocasiones, este tipo de colusión tiene lugar en mercados aguas arriba (*upstream*) o aguas abajo (*downstream*) de aquel en el que se sustancia el procedimiento de contratación pública. Son los proveedores o los destinatarios de los productos contratados, quienes actúan de forma anticompetitiva contra los licitadores y el contratista, respectivamente. En otros casos, la colusión se produce entre los subcontratistas; por lo tanto, en un mercado estrictamente conexo al de la licitación.

La colusión en los mercados conexos y la colusión en la contratación pública no son necesariamente interdependientes ni guardan entre ellas ninguna relación de causalidad. La primera puede operar en un contexto competitivo o en presencia de un cártel de licitadores. En este segundo caso, el cártel no participa en el *bid rigging*, sino que intersecciona con la manipulación de las ofertas. Se produce así una cadena colusoria, sobre la que volveremos al final del epígrafe. En definitiva, la colusión

⁶³² Las fórmulas colusorias no se diferencian de las habituales en la colusión en la contratación pública. Por ejemplo, la RCNMC, de 15 de enero de 2015, Expte. S/0473/13, *Postes de Hormigón*, sanciona un cártel formado por fabricantes y proveedores de este tipo de postes, cuyos clientes eran (Telefónica, Unión Fenosa, Hiberdrola e Hidroeléctrica del Cantábrico). Los sancionados formaron una unión temporal de empresas que incurrió en intercambios de información, reparto de mercados y fijación de precios y de otras condiciones comerciales. Con estas conductas, el cártel convertía en ficticias las subastas y su resultado.

indirecta no parasita al órgano ni al procedimiento de contratación sino a los licitadores y a sus ofertas.

1.2. Colusión de proveedores o de subcontratistas

Que el foco de atención se centre en los ofertantes explica por qué dos tipos de operadores son proclives a incurrir en colusión indirecta: los proveedores y los subcontratistas de los licitadores. En ambos casos, coexiste una doble vinculación colectiva. Por un lado, una relación horizontal entre proveedores o entre subcontratistas, constitutiva del cártel. Por otro, una relación vertical entre el cártel en el mercado conexo con los licitadores; vertical ascendente cuando de proveedores se trata y vertical descendente si el cártel está integrado por subcontratistas. La práctica anticompetitiva radica en la relación horizontal, no en la vertical, salvo que los licitadores estén implicados en la conducta anticompetitiva. En tal caso, las partes pueden haber incurrido en (1) un caso de *hub & spoke* o (2) en una cláusula negra o gris (restricciones verticales no exentas al amparo del Reglamento 330/2010/CE y de las Directrices relativas a restricciones verticales)⁶³³.

El cártel en el mercado ascendente vampiriza a los licitadores, al incrementar el precio y/o reducir la calidad de sus ofertas. Cabe diferenciar dos supuestos, en función de que incida en algunos o en todos ellos. En el caso de afectación parcial, los licitadores relacionados con el cártel se verán probablemente perjudicados respecto de sus rivales no infectados. Pero el objetivo pro-competitivo buscado en el procedimiento contractual no padecerá. En la práctica, el cártel decide o influye en el producto final de la licitación de un modo negativo (quién no será adjudicatario). Su poder dependerá en gran medida de la capacidad de negociación de cada licitador. A medio o largo plazo esta situación debería girar hacia la liquidación del cártel ascendente por implosión o por inanición. Ningún oferente tendrá incentivos para adquirir suministros de o subcontratar con las empresas agrupadas en las condiciones fijadas colectivamente.

De haber hecho mella en la totalidad de los licitadores, la colusión en mercados conexos anticipa y materializa el efecto anticompetitivo propio del acuerdo entre licitadores. Pero sólo en parte. En primer lugar, el encarecimiento del precio y el deterioro de la oferta técnica alcanzan a todos ellos. Siempre que las *trattative* entre

⁶³³ El *hub & spoke* en la contratación pública se estudia en un epígrafe posterior.

cada licitador y el cártel sean similares, los oferentes trasladarán dicho empeoramiento al resultado del procedimiento en parecido grado. Por lo tanto, ninguno verá agravada su posición relativa en el proceso contractual. El perjuicio será para el órgano de contratación y para el interés público que encarna. Pero, en segundo lugar, esta forma de colusión no predetermina en principio el desenlace del procedimiento contractual. El cártel no es capaz de decidir el adjudicatario, salvo que concurren dos circunstancias cumulativas: elevada importancia de su insumo en la oferta y establecimiento de condiciones diferentes entre ellos en función del *countervailing power* de cada licitador.

1.2.1. Cáteles de proveedores: insumos para contratos públicos

La CNMC desmanteló cinco cáteles de los que eran responsables once empresas y una asociación empresarial. Fabricaban y distribuían cables eléctricos de baja y media tensión para múltiples usos; entre ellos, la construcción de grandes obras públicas (hospitales, infraestructuras ferroviarias y navales). Tres de los cáteles agruparon a una distribuidora y a cuatro empresas fabricantes y su finalidad era el reparto de clientes y la fijación de precios. La mecánica de reparto se realizaba a través de las denominadas «coberturas». Cuando un «gran cliente» (por ejemplo, un contratista público) solicitaba una oferta de suministro de cables a distribuidoras y fabricantes, las empresas previamente acordaban el precio a ofertar al cliente en la licitación, de modo que los fabricantes ofrecían un precio superior al del distribuidor para asegurarse de que este último resultara adjudicatario. Una vez adjudicado el proyecto a la distribuidora, ésta compensaba a los fabricantes encargándoles la fabricación de los cables en ese u otro proyecto. Todo ello suponía además, un incremento de los precios fijados para el suministro de dichos cables al cliente final. Los acuerdos de cobertura con los fabricantes permitían a las distribuidoras fijar al alza el precio de sus ofertas, pues conocían ya los precios, también incrementados, que ofertarían dichos fabricantes⁶³⁴.

La CNC, en su Resolución *Hormigón y productos relacionados* declaró acreditada la existencia de una infracción del artículo 1 LDC consistente en la adopción de un acuerdo global entre empresarios dedicados al suministro de hormigón, mortero y áridos a las empresa de obras. El acuerdo tenía por objeto la fijación de los precios (*price fixing*) y el reparto de mercado de estos insumos entre las obras en las zonas delimitadas

⁶³⁴ RCNMC, de 21 de noviembre de 2017, Expte. S/DC/0562/15, *Cables BT/MT* (y Nota de prensa de 28 de noviembre de 2017).

por el cártel en la Comunidad Foral de Navarra y zonas limítrofes⁶³⁵ (*market share; client share*).

Las empresas sancionadas tienen, además de clientes ocasionales, grandes clientes, que participan en licitaciones de obra pública⁶³⁶. En el año 2008, estas empresas respondieron a la reducción considerable de precios de sus productos con la constitución de un cártel. Su forma de actuar era del siguiente tenor. En sus reuniones constitutivas, los miembros establecieron «zonas de influencia» por razón de cercanía de la obra a la cantera o planta de fabricación y decidieron la puesta en común de las obras que demandasen sus productos. En cuanto al reparto, la regla general era la retirada o no presentación de ofertas por aquellas empresas sin presencia importante en la zona de influencia. En el caso de ‘obras singulares’ (por su importancia), todos los integrantes podrían presentar ofertas (a los licitadores), de acuerdo con un sistema de asignación de cuotas y de reparto de la actividad por parte del adjudicatario. Esta fórmula de compensación intragrupo permitía que las partes no fijasen un precio similar a todos los clientes. Por el contrario, competían en sus ofertas económicas – dentro de unos límites prefijados- con la seguridad de que los perdedores tendrían su parte en los beneficios de acuerdo con el porcentaje fijado por el colectivo.

En el caso *Cementos*, la CNMC sancionó con un total de 29,17 millones de euros a 23 empresas del sector de la fabricación y venta de cemento y hormigón por cuatro infracciones del artículo 1 LDC, constitutivas de un cártel⁶³⁷. La CNMC consideró acreditadas tres infracciones en tres áreas geográficas diferenciadas (Noreste, Centro y Sur), a través de las cuáles las empresas sancionadas participaron en el intercambio de información comercial sensible, reparto del mercado y acuerdo de precios entre los años 1999 y 2016. Entre los clientes perjudicados se encontraban empresas constructoras de obras públicas. Por fuerza, las prácticas colusorias encarecieron el cemento y el mortero a los licitadores, aunque la resolución no lo diga expresamente. El aumento hubo de reflejarse en las ofertas económicas. La consecuencia final fue un incremento artificial de los costes en perjuicio de las administraciones contratantes de obras públicas.

⁶³⁵ RCNC, de 12 de enero de 2012, Expte. S/0179/09, *Hormigón y productos relacionados*; confirmada por SAN, de 30 de noviembre de 2013, rec. 110/2012 y por STS 2943/2015 de 3 de julio, rec. 3250/2014.

⁶³⁶ El suministro de áridos, hormigón y mortero se articulaba por medio de ‘subcontratos’. En sentido estricto, la subcontratación se refiere a «concertar con terceros la realización parcial de la prestación», (artículo 215 LCSP), no a proveer de los insumos necesarios para la ejecución de la actividad.

⁶³⁷ RCNMC de 5 de septiembre de 2016, S/DC/0525/14, *Cementos*.

Parcialmente diferente es *Postes de hormigón*⁶³⁸. Un cártel de proveedores adoptó acuerdos anticompetitivos relativos al mercado de postes de hormigón prefabricados: pactos para la fijación de precios, intercambios de información comercial sensible (clientes, productos fabricados y precios, entre otros), reparto de subastas, fijación de compensaciones laterales y fijación de cuotas. Dichos acuerdos se materializan en subastas de aprovisionamiento de postes convocadas por ‘grandes clientes’ privados (empresas eléctricas, tales como Unión Fenosa, Iberdrola y ERZ). Estas empresas son participantes tradicionales en licitaciones públicas para el aprovisionamiento de energía eléctrica. El comportamiento del cártel puso en riesgo o encareció la obtención de un insumo necesario para la colocación de redes eléctricas. Aunque la resolución no analizó los posibles efectos del cártel sobre los procedimientos de contratación pública, es muy probable que los licitadores hayan trasladado a sus ofertas económicas los mayores costos de adquisición de los postes de hormigón. Ello habría incrementado artificialmente el precio de los contratos.

Por último, *Hormigones de Asturias* sancionó un cártel formado por empresas hormigoneras para el reparto del mercado y fijación de precios del suministro de hormigón en Asturias y alrededores, entre los años 1999 y 2014. Uno de los submercados afectados era el de las adjudicaciones de obras públicas. El primer paso para el reparto consistía en el intercambio de información acerca de los contratos de aprovisionamiento de hormigón para los adjudicatarios de las obras. A albur de cada licitación, los cartelistas coordinaban sus posturas para responder a las solicitudes de los adjudicatarios. La metodología empleada era la presentación de ofertas de cobertura. El cártel elegía previamente bien a un miembro bien a varios - en forma de unión temporal de empresas (UTE) - para ser proveedor del contratista público. El elegido hacía la oferta más baja y se convertía así en el proveedor formal y aparente de hormigón. Pero a nivel interno, el cártel repartía el aprovisionamiento entre sus integrantes y acordaba los pagos y compensaciones oportunas.

Una relación más indirecta con la contratación pública guardan los casos italianos *Aumento Prezzi Cemento* y en *Tondini per cemento armato*, en los que ni siquiera se hace distinción entre los licitadores para contratos públicos y los clientes privados; si bien parece evidente que los miembros del cártel son proveedores de ambos (la *Autorità* afirma que la tercera parte del cemento se destina a obras públicas). En *Aumento Prezzi*

⁶³⁸ RCNMC, de 15 de enero de 2015, S/0473/13, *Postes de Hormigón*.

Cemento, se resuelve un cártel de empresas cementeras a nivel nacional. Las cementeras adoptaban un comportamiento complejo, sumando acuerdos sobre precios, control de las cuotas de mercado e intercambio de información sensible. Respecto de la primera (y principal) infracción, los miembros del cártel incurrieron en la fijación concertada de los aumentos de precios, confección de las listas de precios y en el envío simultáneo a todos sus clientes, de comunicaciones relativas a la futura aplicación de aumentos idénticos. A partir de dichos incrementos generalizado, luego, deducir los descuentos personalizados, que pueden diferir de cliente a cliente. Acometieron, en segundo lugar, la verificación y monitoreo de la implementación efectiva de esta práctica comercial. Finalmente, en el control de la estabilidad de sus cuotas de mercado. También controlaban una actividad sistemática de intercambio de información sensible llevada a cabo con soporte activo de la Asociación de empresarios (Aitec)⁶³⁹. En *Tondini*, las investigaciones se centraron en el intercambio de información entre las cementeras⁶⁴⁰.

Estos y otros casos muestran que la colusión en la contratación pública no es una categoría independiente de la colusión en general⁶⁴¹. Las autoridades de competencia emplean los mismos argumentos para definir las prácticas restrictivas con independencia de que el contratista público sea actor (colusión directa en la contratación pública) o víctima (colusión indirecta). Por ejemplo, se apoyan en el criterio de la necesidad/imposibilidad a la hora de pronunciarse sobre la adecuación de las UTEs de proveedores a la normativa de competencia. O enmarcan las posturas encubiertas en los comportamientos de *price fixing*⁶⁴².

Los cárteles exitosos de proveedores contra adjudicatarios causan perjuicios directos a la contratación pública. Todos los licitadores precisan incluir el precio de los insumos (hormigón, cemento y otros) entre los componentes de su ofertas económicas. Cualquiera que sea el contratista público, éste repercutirá en el precio del contrato el sobrecoste imputado por el cártel.

⁶³⁹ RAGCM, de 25 de julio de 2017, procedimiento 26705, 1793 *Aumento Prezzi Cemento*, apartados. 56, 66-67.

⁶⁴⁰ RAGCM, de 19 de julio de 2017, procedimiento 26686, 1742 *Tondini per cemento armato*.

⁶⁴¹ Por ejemplo, en *Betún España*, la Comisión sancionó un cártel relativo al mercado del betún para el recubrimiento de carreteras. Decisión C(2007) 4441 final, de 3 de octubre de 2007 (COMP/38.710), ratificada por la STG, de 16 de septiembre de 2013, T-497/07.

⁶⁴² RCNMC, de 23 de febrero de 2017, S/0545/15, *Hormigones de Asturias*, p. 48.

1.2.2. Cárteles de subcontratistas: *Postensado y Geotecnia*.

Además de los acuerdos adoptados por los adjudicatarios de contratos públicos y sus subcontratistas – constitutivos o de *bid rigging*- cabe la formación de un cártel horizontal entre empresas habitualmente subcontratadas por contratistas o concesionarios. La subcontratación es una figura particularmente atractiva para un cártel. Cuando los pliegos imponen a los licitadores la designación de los subcontratistas, aquéllos han de solicitar a estos el precio por el trabajo encomendado con el fin de incorporarlo a su oferta. Esto concede al cártel un plazo amplio y una información preciosa para articular en cada caso la táctica colusoria. Con el fin de identificar este tipo de colusión en base a las ofertas económicas de los subcontratistas, es preciso que los pliegos añadan a la identidad de estos, que la oferta singularice el precio del producto o servicio subcontratado.

La colusión entre subcontratistas se encuentra en la RCNC *Postensado y Geotecnia*⁶⁴³. Cuando una empresa del sector privado o una Administración pública licitaba una obra, las constructoras que decidían presentarse a dichas licitaciones iniciaban de forma preliminar los contactos con las empresas de postensado para conocer sus precios y así preparar sus ofertas, incluyendo estos servicios de postensado. Por medio de estos contactos previos, las empresas del cártel contactadas informaban de estos potenciales subcontratos a los restantes miembros del cártel previo.

Todos los miembros del cártel tuvieron la certeza de futuros subcontratos de postensado antes de que los contratos de obras públicas fueran adjudicados, dado que las normas de contratación pública imponen el anuncio previo de los procedimientos contractuales. Las licitaciones se anunciaron en distintos medios, tanto oficiales (principalmente diarios oficiales del Estado o de las Comunidades Autónomas) como no oficiales (portales de construcción). Por ello, cuando la constructora adjudicataria del proyecto solicitaba precios, las empresas agrupadas ya habían acordado cuál de ellas haría la oferta más competitiva, ofreciendo las demás un precio más alto, para que la adjudicada por el cártel se hiciese efectivamente con el pedido .

⁶⁴³ RCNC, de 2 de agosto de 2012, Expte S/0287/2010, *Postensado y Geotecnia* (confirmada en el fondo por SAN de 21 de julio de 2014, Rec. 426/2012 y STS de 2 de octubre de 2015, Rec. Cas. 3254/2014).

1.3. Cadenas colusorias. El *cártel holandés del asfalto*

A los supuestos estudiados deben añadirse aquellos en los que a la colusión en los mercados conexos suceden pactos entre los licitadores. Una cadena colusoria es la concatenación de un cártel (de proveedores y/o de subcontratistas) con un cártel de licitadores, ambos ligados entre sí. En el ámbito de este estudio, la asociación se produce entre un cártel situado aguas arriba (proveedores) o aguas abajo (subcontratistas) con un cártel de licitadores.

Entre 1994 y 2002, ocho empresas holandesas productoras de asfalto (85% del mercado) conformaron un cártel aguas arriba para la fijación del precio de este producto y negociaron descuentos en el precio de venta con un cártel formado por seis empresas dedicadas a la construcción de carreteras (40-50% del mercado aguas abajo)⁶⁴⁴. El espacio vital de toda empresa constructora de carreteras es la contratación pública. Por ello, los miembros del cártel necesariamente participan en licitaciones de contratos de obra y de concesión de obra pública durante el período de vigencia del *complot*.

Los tratos entre ambas formaciones -instrumentados en las llamadas «consultas del asfalto»- se tradujeron en tres acuerdos, que fijaron: 1) el precio de venta del insumo; 2) un descuento sobre dicho precio en favor de los miembros del cártel de constructores; 3) un descuento inferior para las constructoras no pertenecientes al cártel. La implementación de estos acuerdos rindió beneficios muy significativos a ambos cárteles. Los productores de asfalto se garantizaron un elevado precio de venta del asfalto sin generar presiones competitivas en el mercado *upstream* ni resistencias en el *downstream*. Las constructoras cartelizadas obtuvieron una ventaja competitiva esencial en los procedimientos contractuales. El descuento pactado en el precio del asfalto les permitió presentar una oferta económica (muy) inferior a la de sus rivales e incrementar con ello sus opciones de ser adjudicatarios. Es probable que en muchos casos esta

⁶⁴⁴ Decisión C(2006) 4090 final de la Comisión, de 13 de septiembre de 2006, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 [CE] [Asunto COMP/F/38.456 – Betún (NL)].

circunstancia sirviese para anular *de facto* cualquier competencia externa al cártel y dejase en sus manos la elección del adjudicatario⁶⁴⁵.

El cártel holandés del asfalto ejemplifica cómo el diseño de los sistemas de contratación pública puede contribuir a la creación y estabilidad de dos cárteles y a su asociación con el objetivo de drenar los recursos públicos. No sólo las productoras se beneficiaron del elevado precio del asfalto. También fue provechoso para las empresas constructoras. Ello fue debido a que los procedimientos de contratación de carreteras incluían una suerte de revisión de precios (*risk settlement procedure*). Consistía en un mecanismo de compensación al adjudicatario por los gastos extraordinarios derivados del incremento del precio de los insumos respecto del inicialmente fijado en los documentos contractuales. El adjudicatario tomaba en cuenta este último para diseñar su oferta ganadora. El aumento del precio durante la ejecución debía por tanto ser resarcido por la entidad adjudicadora. Pero esta ignoraba que el contratista no había computado en su oferta económica el descuento sobre el precio del asfalto pactado en el cártel. Los clientes públicos abonaron durante los años de vigencia de la cadena colusoria compensaciones injustificadas y engañosas a las constructoras⁶⁴⁶.

Es importante resaltar que la Comisión no sancionó un caso de colusión en licitaciones públicas. Entendió que todas las conductas citadas integraron una práctica anticompetitiva general materializada en los mercados aguas arriba y aguas abajo. De hecho, la denuncia, acompañada de una solicitud de clemencia, fue presentada ante la

⁶⁴⁵ El cártel de productores de asfalto no parecía encontrarse en una posición de manifiesta superioridad frente al de constructoras. Más bien lo contrario, como medida disuasoria (y sancionadora) los primeros deberían abonar a las segundas descuentos extraordinarios con carácter retroactivo en caso de que concediesen descuentos mayores a las constructoras no cartelizadas. NUIJTEN, J. y VAN BARLINGEN, B., «Commission fines fourteen undertakings a total of € 266 million for participating in a cartel for road pavement bitumen in the Netherlands», *Competition Policy Newsletter*, n.º. 1, primavera 2007, pp. 71-73.

⁶⁴⁶ HEROLD, Daniel and PAHA, Johannes, *Predicting Cartel Formation*, 1 de marzo de 2016, pp. 50-52, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2740528>

Comisión por una empresa productora de asfalto, no por una constructora de carreteras⁶⁴⁷.

En un ámbito ya de por sí muy proclive a la cartelización como es la contratación pública, cabría entender al encadenamiento colusorio como un mecanismo empleado por los licitadores para obtener músculo en sus relaciones verticales. El descubrimiento de un pré-cartel puede constituir una llamada de atención a los poderes adjudicadores y a las agencias de competencia sobre la conveniencia de analizar el mercado en busca de cárteles en la contratación.

A la hora de buscar estas cadenas habría que atender al juego de cinco factores: primero, sectores donde la contratación pública tiene amplia presencia; segundo, actividades que precisan insumos cuyo control se halla en un número reducido de proveedores; tercero, ámbitos en los que ley o costumbre hayan impuesto la subcontratación; cuarto, preexistencia de casos de *bid rigging* sancionados (reiteradamente) por autoridades de defensa de la competencia en la misma o en diferentes jurisdicciones; quinto, concurrencia en los mercados de proveedores o subcontratistas de factores que favorecen la creación y la estabilidad de los cárteles. Si las evidencias son potentes, los órganos de contratación y los de defensa de la competencia deben aprovecharlos para, según los casos, investigar posibles cárteles entre licitadores o bien dirigir sus pesquisas a proveedores y subcontratistas.

⁶⁴⁷ El mercado del betún parece ser propicio para la formación de cárteles. En su Decisión C(2007) 4441 final, de 3 de octubre de 2007, (Asunto COMP/38.710-Betún España), la Comisión sancionó un conjunto de acuerdos y prácticas concertadas en el territorio español celebrado entre 10 empresas en la comercialización del betún de penetración empleado para el recubrimiento de carreteras. La Comisión consideró que la infracción constaba de dos facetas: por una parte, un reparto del mercado y, por otra, una coordinación de los precios consistente en acuerdos para incrementar o reducir los precios del betún en una misma cuantía aplicada simultáneamente. La Decisión fue ratificada por el Tribunal General en sentencia de 16 de septiembre de 2013, T-497/07, *CEPSA contra Comisión Europea*. A diferencia del *Cártel holandés del asfalto*, en *Betún España* los licitadores no se encuentran entre los infractores. Por ello, no se trata de una cadena colusoria sino de un pré-cártel de proveedores.

2. Cártel ordinario susceptible de ser activado en una licitación pública

2.1. Concepto y naturaleza jurídica

En muchas ocasiones, cárteles que operan mercados diversos son avivados con ocasión de licitaciones públicas relativas a obras, productos o servicios que formen parte de su ámbito de negocio. Dependiendo del ámbito y destinatario de su actuación mudará aquél en un cártel de licitadores o en un cártel en los mercados conexos.

La denominación de «cártel ordinario» no designa una figura específica o dotada de propiedades singulares sino a la categoría general de cártel que opera en los procedimientos contractuales públicos. Es por ello atribuible a cualquier grupo colusorio. Dada la amplitud inmensa de los objetos contractuales (ver Anexos I-III TRLCSP, que no aparecen en la LCSP de 2017) serán mayoría los cárteles con potencialidad para entrar en este campo. En la práctica, sin embargo, el grupo preexistente que se constituya como cártel de licitadores debe someterse a unas reglas y aceptar unos procedimientos administrativos que condicionan tanto la rivalidad legítima (competencia por el mercado) como la gestión de la actividad colusoria (selección de la oferta ganadora y de la compensación a los restantes miembros).

Por su propia naturaleza, los cárteles ordinarios operan en mercados en los que el cliente público no es exclusivo y quizás ni siquiera mayoritario por volumen de compras. Pero los contratos públicos constituyen bien un «negocio refugio» bien una fuente muy atractiva de ingresos estables para el cártel, siempre que logre parasitar a un número suficiente de clientes públicos para que la rentabilidad de la colusión supere a los estímulos de actuar independientemente. En apariencia, su riesgo abstracto no es equiparable al de los cárteles ‘especializados’ en la contratación pública. Cierto es que en la contratación confluyen factores que allanan la colusión, pero también estímulos para que los miembros incumplan los pactos internos y presenten ofertas competitivas (mayor amplitud de rivales y de clientes, condiciones cambiantes del mercado). No obstante, los reiteradamente activos revelan un grado notable de organización, estabilidad interna, flexibilidad y adaptación al entorno jurídico y económico.

2.2. *Taxis Tenerife*

Un caso hipotético de sencilla implementación de un cártel ordinario en la contratación pública es el relativo a los servicios de taxi. La RCNMC *Taxis Tenerife* sancionó a ocho asociaciones de taxistas por una conducta colusoria única y continuada en el tiempo en la provincia de Tenerife, iniciada en el año 2006 y que se extendió hasta el año 2012, consistente en la fijación de tarifas y de otras condiciones comerciales para la prestación de determinados servicios de transporte discrecional de pasajeros, previamente contratados, a realizar por los taxistas asociados a las mismas, a los clientes de agencias de Viajes⁶⁴⁸.

Si en el año 2011 cualquier administración pública con sede o Delegación en aquella provincia hubiese convocado un procedimiento abierto para la contratación de un servicio de transporte discrecional (artículo 10 y Anexo II, 2 TRLCSP, artículo 17 LCSP), las ocho agrupaciones de taxistas hubieran estado en condiciones ventajosas para intentar extender sus prácticas restrictivas a un cliente público. Contaban con organización, experiencia, estabilidad y una política exitosa de *price fixing* frente a clientes institucionalizados privados (agencias de viaje).

2.3. *Concesionarios Toyota*

Un segundo ejemplo hipotético es el relativo a la compra de vehículos. En su Resolución *Concesionarios Toyota*, la CNMC impuso una multa a concesionarios de la marca Toyota que operaba en determinados mercados territoriales (Galicia y Madrid). El cártel había incurrido en *price fixing* (establecimiento de descuentos máximos sobre el precio de venta recomendado por la marca entre concesionarios competidores miembros de una red de distribución) así como en intercambio de información comercialmente sensible. Además, una empresa externa controlaba el cumplimiento de los acuerdos. El cártel reunía, pues, las características propias de los cárteles: la ocultación deliberada de los acuerdos ilícitos, la regularidad de los contactos y encuentros, la previsión de represalias contra las empresas incumplidoras de los

⁶⁴⁸ RCNMC, de 21 de marzo de 2014, SACAN/0018/12, *Taxis Tenerife*.

acuerdos colectivos, y el empleo de terceras empresas para llevar a cabo un control y seguimiento de los acuerdos⁶⁴⁹.

Las Administraciones públicas implementan la adquisición de vehículos a través de contratos administrativos de suministros. Negocios de este tipo son frecuentes y regulares, por lo que un cártel experimentado y estructurado puede intentar manipularlos. No obstante, en casos como el presente, el éxito del cártel es dudoso. A él se opone la neutralidad de las especificaciones técnicas y la restricción casi absoluta a mencionar marcas de productos (artículo 126.8 LCSP).

3. Cártel de operadores privados que operan en el ámbito del ente contratante

Un caso paradigmático de cártel constituido en el ámbito espacial y competencial de un ente público es *SINTRABI*. En su resolución, la ya extinta CNC sancionó al sindicato de transportistas autónomos de Vizcaya, (*SINTRABI*), y a otras tres empresas que prestan servicios de transporte desde el Puerto de Bilbao (*TRANSMETA*, *BIDETRANS* y *CB BILBAO*), como responsables de una infracción de los artículos 1.1 LDC y 101 TFUE. La conducta infractora habría consistido en establecer acuerdos por los cuales se controlaba el mercado del transporte terrestre en el Puerto de Bilbao limitando el número de camiones que podían acceder para cargar y descargar, repartiendo los clientes entre las empresas de transporte de mercancías y fijando precios y otras condiciones comerciales. Dichos acuerdos se habrían aplicado desde 2002 hasta 2006, ambos incluidos. La CNC concluyó que las conductas afectaron muy negativamente tanto a los esfuerzos de liberalización de las actividades portuarias que se habían llevado a cabo en las últimas décadas, como a los esfuerzos inversores y de modernización que la Autoridad portuaria venía realizando, con el objeto de que estos puertos ganasen en competitividad con aquellos con los que deben competir⁶⁵⁰.

⁶⁴⁹ RCNMC, de 5 de marzo de 2015, Expte. S/0486/13, *Concesionarios Toyota*.

⁶⁵⁰ RCNC, de 26 de octubre de 2011, Expte S(0060/08, *SINTRABI*, pp. 22 y 37.

La conexión entre este tipo de cárteles y la contratación pública es refleja⁶⁵¹. Existirá tan sólo en la medida en la que los pactos entre los operadores perjudiquen los intereses propios de la entidad pública y perturben su gestión. Debe recordarse que la contratación pública es una actividad auxiliar de las competencias propias de los entes públicos. Es evidente que la colusión en las licitaciones perjudica el ejercicio eficiente de dichas competencias. Pero además, este tipo de cárteles pueden hacer menos competitiva la contratación pública y con ello lesionar los intereses públicos. No es descartable que disuadan a posibles licitadores de participar en procedimientos contractuales convocados por la entidad pública, quienes temerán verse afectados por los pactos entre las empresas que operan en el ámbito del órgano de contratación. De ser así, un cártel absolutamente privado dañará a la contratación del ente y con ello empeorará su gestión.

Aunque la resolución no lo dice de forma explícita, en *SINTRABI* se encuentran razones para llegar a dicha conclusión. La resolución afirma que el cártel afectó a «*los esfuerzos inversores y de modernización que la Autoridad portuaria venía realizando*». No debe olvidarse que gran parte de la inversión se destina a obras y provisión de bienes y servicios, cuya obtención se realiza por la vía de la contratación pública. Si el cártel privado hubiese provocado un efecto desincentivador en la presentación de ofertas a las licitaciones nos hallaríamos ante un daño directo a la licitación pública e indirecto a la gestión del ente. Este daño debería tener su traducción a la hora de graduar la sanción⁶⁵².

⁶⁵¹ El Puerto de Bilbao es un puerto de interés general que pertenece a Puertos del Estado y su gestión está encomendada a la Autoridad Portuaria de Bilbao. Ambos son organismos públicos estatales conforme a la letra g), apartado 1, artículo 2 de Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. En cuanto organismos públicos, son órganos de contratación y poderes adjudicadores (artículo 3 LCSP), por lo que someten su contratación a la normativa de contratos públicos.

⁶⁵² El artículo 64.1 LDC incluye entre los criterios para graduar las sanciones a: c) El alcance de la infracción y e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos.

V. HUB AND SPOKE Y COLUSIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. Una figura miscelánea

El «*hub & spoke*» (literalmente, el «buje y los radios» de una rueda) ha sido definido en función del papel que se atribuya al participante vertical en el funcionamiento de la práctica restrictiva horizontal. En términos generales, supone que un comprador o vendedor dominante en su mercado (*hub*) celebra una serie de acuerdos verticales con sus proveedores o clientes (*spokes*). Considerados de forma independiente, tales acuerdos pueden ser restricciones verticales perfectamente válidas. Pero en su conjunto, el objetivo principal de los participantes es coordinar una restricción horizontal «*en un contexto vertical*»⁶⁵³. Dicho de otro modo, «*la colusión horizontal es facilitada a través de interacciones verticales*»⁶⁵⁴. Las relaciones tripartitas, de ser anticompetitivas, son constitutivas de una forma de cártel en el que los cartelistas no se comunican ni relacionan directamente entre sí, sino que emplean un intermediario en el plano vertical (aguas arriba o aguas abajo). En su condición de cártel, la conducta es una práctica anticompetitiva *per se*.

Esta diferencia de trato es la gran ventaja que presenta la doctrina del *hub & spoke*. Para cualquier demandante, la perspectiva de que se declare esta práctica como una violación *per se* es mucho más atractiva que las dificultades potenciales de examinar los acuerdos verticales conforme a la *rule of reason*⁶⁵⁵.

En su grado mínimo, este anglicismo define al acuerdo o práctica concertada consistente en el intercambio indirecto de información estratégica entre dos o más competidores a través de un socio contractual común, situado en un nivel diferente de la cadena de producción o distribución (proveedor, distribuidor o cliente). El intermediario (*hub*) puede asumir un rol más activo, como es organizar y coordinar el cártel. Su grado

⁶⁵³ LIANIS, IOANNOS, «Colusion in vertical relations under Article 81 EC», *Common market law review*, 45, 2008, p. 1057.

⁶⁵⁴ SAHUGUET, NICHOLAS y WALCKIERS, ALEXIS, «Hub-and-spoke conspiracies: the vertical expression of a horizontal desire?», *Journal of European Competition Law & Practice*, Volumen 5, nº 10, diciembre de 2014, p. 715.

⁶⁵⁵ *In re Musical Instruments & Equip. Antitrust. Litig.* 798 F 3d, 1192-1193, (9º Cir. 2015)

de participación es el factor que decide cuando el intermediario (*hub*) incurre en responsabilidad *antitrust* aunque no esté activo en el mercado cartelizado⁶⁵⁶.

1.1. Como intercambio de información

En sentido estricto, el *hub & spoke* no es sino una de las varias modalidades de intercambio de información con relevancia *antitrust*. El intercambio revestirá diferentes formas. En primer lugar, los competidores pueden compartir datos de forma directa. En segundo lugar, *se pueden compartir los datos de forma indirecta* a través de un organismo común (por ejemplo, una asociación comercial) o de un tercero, como una organización de investigación de mercado o *a través de los proveedores de las empresas o de los minoristas*⁶⁵⁷.

La comunicación directa entre competidores no requiere ningún intermediario. Constituye la forma más habitual de transmisión de información anticompetitiva. La emisión de datos a través de un organismo común es una forma impropia indirecta de intercambio, dado que los competidores forman parte de la asociación o ente que canaliza la información. Por último, la utilización de un tercero ajeno al grupo colusorio pero relacionado comercialmente con él (*hub and spoke*) representa un estado acabado de transmisión indirecta. En este supuesto, concurren tres sujetos definidos por su posición respecto a la información intercambiada: emisor, transmisor y receptor. Emisor y receptor (*spokes*) son competidores en el mismo mercado; el transmisor (*hub*) es un operador económico que opera aguas arriba o abajo de los rivales cartelizados y que entabla relaciones comerciales con ellos, como proveedor o cliente.

Dado que la conducta anticompetitiva fundamental es un cártel de competidores, *el hub & spoke* equivale a un acuerdo o práctica concertada a los efectos del Derecho de

⁶⁵⁶ NOWAG, JULIAN, «Between an UBER Rock and an UBER Hard Place», *Derecho y Política de Libre Competencia en América Latina*, Noviembre, 2015, <https://lalibrecompetencia.com/2015/11/22/between-and-uber-rock-and-an-uber-hard-place/>

⁶⁵⁷ *Comunicación de la Comisión- Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal (2011/C 11/01)*, DOUE, 14 de enero de 2011, p. 55.

la competencia y da lugar a una restricción de la competencia por objeto, sin necesidad de que se materialice el ‘efecto’ de la transmisión de la información⁶⁵⁸.

Un caso típico de *hub and spoke* presenta dos fases sucesivas. La primera comprende la emisión de la información desde el emisor (un competidor) al transmisor (proveedor o cliente). La segunda, la remisión de aquella información desde el transmisor al receptor (otro competidor). En ambas etapas están presentes siempre un mismo sujeto (el transmisor) y un mismo contenido (intercambio de información estratégica).

Como arriba se señaló, la particularidad esencial de esta figura es que la conducta entrelazada de los rivales cartelizados y del tercero constituye una violación de los artículos 1 LDC o 101 TFUE en forma de restricción horizontal por objeto⁶⁵⁹. Ello se debe a que el tercero no ejecuta acciones anticompetitivas aguas arriba o aguas abajo. Se limita a comunicar datos. La imbricación seminal del transmisor en el proceso de intercambio y su carácter de mero *alter ego* de los emisores determina que su conducta -reducida a la condición de mensajero o heraldo- no pueda calificarse como restricción vertical, sino que se inserta en la relación horizontal que liga a emisor y receptor. Esta restricción horizontal tripartita será anticompetitiva, dado que «*si (i) un minorista A da a conocer al proveedor B sus intenciones futuras de precios en circunstancias donde A puede considerar que B hará uso de esa información para influir en las condiciones del mercado al pasar esa información a otros minoristas (de los cuales C es o puede ser uno), (ii) y B, de hecho, pasa esa información a C de modo que puede entenderse que C conoce las circunstancias en las que la información fue revelada por A a B y (iii)*

⁶⁵⁸ ODUDU, OKEOGHENE, «Indirect information exchange: the constituent elements of hub and spoke collusion», *ECJ*, Vol. 7, No. 2, pages 205-242. En palabras del autor, en *Replica Kit and Hasbro*(2003), la OFT (Office of Fair Trading) concluyó que, cuando la información sobre precios es transmitida entre dos o más empresas que operan al mismo nivel de la cadena de producción o distribución (entre A y C) a través de un socio contractual común que opera en un nivel diferente de la cadena de producción o distribución (B), puede afirmarse que existen «*operating at a different level of the production/distribution chain (B), there can be said to exist horizontal price-fixing agreements between the retailers themselves. This transfer of information from A to C, via B, breached the «obligation of independence» as set out in Suiker*».

⁶⁵⁹ ODUDU, OKEOGHENE, «Hub and Spoke Collusion», en LIANOS, I., GERADIN, D., (ed)., *Handbook on European Competition Law. Substantive Aspects*, Edward Elgar, 2013, p. 243

C, de hecho usa la información en la determinación de sus propias intenciones futuras de precios»⁶⁶⁰.

1.2. El *hub* como organizador del cártel y partícipe de la infracción

En un nivel más avanzado, el *hub* asume una participación definitoria del cártel, como su creador, organizador y/o coordinador. Desarrolla entonces tres actividades definitorias para bloque colusorio: a) establece los términos del pacto horizontal que regulan las relaciones de los operadores cartelizados con los rivales del *hub*; b) coordina la aceptación del pacto por aquellos; c) facilita la ejecución del pacto colusorio, a través del intercambio de información entre las partes. Su papel en este estadio va más allá de la formación y funcionamiento del cártel. El *hub* es un mecanismo privilegiado para su estabilización. En el caso de que se desencadene el proceso de engaño, el partícipe vertical puede actuar para devolver la tranquilidad al grupo y restablecer el *status quo*⁶⁶¹.

Cuando el partícipe vertical alcanza este nivel de intervención debe ser incluido entre los infractores a la normativa de defensa de la competencia, y su conducta será ilegal⁶⁶².

2. El *hub & spoke* en la contratación pública

El *hub and spoke* en el mercado y su equivalente en la colusión sobre la contratación pública presentan coincidencias en sus elementos esenciales (acción por un tercero al cártel). Pero difieren en dos propiedades: el emisor de la información y el contenido de los datos. Además, las relaciones *hub and spoke* en el ámbito privado no

⁶⁶⁰ UK COMPETITION APPEAL TRIBUNAL, *Argos Limited and Littlewoods Limited v. Office of Fair Trading and JJB Sports Plc v. Office of Fair Trading*, Case number:1014/1/1/03; 1015/1/1/03, apartado 141.

⁶⁶¹ KLEIN, BENJAMIN, *Antitrust Analysis of Hub-and-Spoke Conspiracies*, 31 de enero de 2017, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2909341> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2909341>, p. 25.

⁶⁶² El caso paradigmático es *Apple*, en el que esta empresa participó en una conducta *hub & spoke* con varias empresas editoras con el objetivo de aumentar los precios de los libros electrónicos de Amazon. El objetivo conjunto era lograr la reducción de la cuota de mercado de Amazon. *Apple*, United States v. Apple F. 3d 290 (2º Cir., 2015).

suelen articularse por medio de contratos, que serían prohibidos por las autoridades de competencia y por los tribunales⁶⁶³.

Tabla VIII. *Hub & spoke* y su equivalente en la contratación pública

	<u><i>Hub and spoke</i></u> (papel del <i>hub</i>)	<u>Equivalente en colusión en c. pública</u>
Similitudes	Intercambio de información/organización del cártel	=
	Intercambio de información indirecto	=
	En su caso, creación, organización y estabilización del cártel	=
	El transmisor es un tercero a la relación entre los competidores cartelizados (proveedor o cliente)	El transmisor es un tercero ... (proveedor o cliente público)
	Información estratégica: necesaria o relevante para la formación y/o la estabilidad del cártel	=
Diferencias	El emisor es uno o más miembros del cártel	El emisor es el órgano de contratación
	Información relativa a los miembros del cártel	Información relativa al órgano de contratación, al procedimiento contractual (aspectos sustantivos y/o formales) o al contrato público

En una licitación pública, un caso típico de *hub & spoke* acoge simultáneamente dos relaciones: a) una relación horizontal que los licitadores (*spokes*) entablan entre sí; y b) un vínculo vertical de todos/parte de los licitadores con un socio (*hub*), a través del cual se canalizan los intercambios de información y demás elementos conducentes al resultado colusorio. El socio no es un simple tercero. Aun cuando no forma parte del grupo de licitadores – con los que no compite – ha entablado algún tipo de relación jurídica formal con ellos. El socio se sitúa aguas arriba (proveedor) o aguas abajo (cliente público) del mercado donde se enmarca el procedimiento de contratación.

2.1. *Hub & spoke* con proveedores: *Eli Lilly* y *ARC Brasov*

Eli Lilly podría ser un ejemplo de *hub & spoke* en el que el socio (*hub*) de los licitadores (*spokes*) opera aguas arriba (proveedor). El 21 de julio de 2011, el Consejo

⁶⁶³ SAHUGUET, NICHOLAS y WALCKIERS, ALEXIS, cit. p. 715.

de la Competencia de Lituania (CCL) acordó la terminación convencional de una investigación sobre posibles acuerdos verticales anticompetitivos celebrados por productores/proveedores con distribuidores al por mayor de productos farmacéuticos respecto de la forma de participación de estos últimos en licitaciones públicas. En el curso de la investigación, el CCL había comprobado que algunos de los acuerdos de distribución celebrados por productores/proveedores con distribuidores al por mayor incluían cláusulas presuntamente anticompetitivas. En concreto, algunas cláusulas contemplaban la obligación de cada distribuidor de informar anticipadamente a su proveedor sobre las licitaciones publicadas y en curso. Asimismo, se imponía a aquel la obligación de negociar con éste la oferta hecha en cada licitación. En caso de que el distribuidor fuese adjudicatario del contrato público, deberá informar al proveedor de esta circunstancia, con el fin de que pueda aplicarle algún tipo de descuento en el suministro del material necesario para la adjudicación del contrato. A continuación, el CCL examinó si los acuerdos eran verticales y si podrían haber sido concluidos con la finalidad de fijar el precio cargado por los distribuidores en las licitaciones convocadas por hospitales y por otras entidades públicas. Sin embargo, la autoridad de defensa de la competencia decidió cerrar la investigación al no hallar datos fácticos sobre la existencia de *resale price maintenance* y dado que las empresas investigadas ofrecieron compromisos viables⁶⁶⁴.

Los datos publicados por la *ECN* no revelan si el CCL extendió su investigación a posibles intercambios de información o a acuerdos horizontales entre los distribuidores al por mayor, aprovechando la cobertura ofrecida por la actuación de los proveedores. Dada la forma de conclusión del procedimiento de defensa de la competencia, podemos suponer que dichas prácticas o bien no fueron investigadas o bien no fueron halladas. En caso contrario, la conducta anticompetitiva hubiese sido sancionada en su totalidad como restricción horizontal.

Varios elementos permitirían considerar a *Eli Lilly* como un caso de *hub & spoke* si el CCL hubiese seguido determinadas pistas. De la información suministrada por la *ECN Competition Brief* resulta que el órgano de contratación decidió convocar una nueva licitación, una vez comprobada la ausencia de rivalidad en la primera de ellas. La respuesta de los distribuidores fue la de solicitar que dicho procedimiento de

⁶⁶⁴ ECN Competition Brief 04/2011, «Lithuania: The Competition Council accepts Commitments by eight pharmaceutical Companies», http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/04_2011/lt_pharma.pdf.

contratación terminase con una negociación y en el futuro los procedimientos competitivos se sustituyesen por acuerdos entre el órgano de contratación y los distribuidores. Cuando fueron requeridos para que explicasen las razones por las que todos ellos ofrecían el mismo producto, ofrecieron razones contradictorias (decisión propia, falta de experiencia, problemas de capacidad técnica y logística). Ninguno de ellos mencionó la existencia de una prohibición formal por parte del productor. Con tales datos, no puede descartarse que los operadores económicos hubiesen alcanzado un acuerdo tripartito, en el que cada uno obtenía un beneficio: el productor, un alto precio por su producto; los tres distribuidores, la garantía de ser adjudicatarios de un contrato.

En 2018, el Consejo rumano de la Competencia sancionó a dos empresas suministradoras de equipos de medición de electricidad y a su cliente, licitador en un procedimiento de contratación. En *ARC Brasov*, las empresas proveedoras se habían comprometido a suministrar sus equipos en exclusiva al cliente para el procedimiento. Los efectos del acuerdo fueron dos: por una parte, ninguna otra empresa pudo presentar ofertas, al negarse los proveedores a entregarle los equipos (eliminación de la competencia por el mercado); en consecuencia, la entidad adquirente carecía de alternativas y debió aceptar la oferta del único licitador, en las condiciones de precio y calidad que este estableció⁶⁶⁵.

Un asunto que parecía implicar una relación del tipo estudiado fue aprovechada por el TJUE para especificar en qué casos los clientes (licitadores) están exentos de responsabilidad por el comportamiento de sus proveedores. En *VM Remonts*, el consejo municipal de la ciudad lituana de Jurmala convocó una licitación para el suministro de productos alimenticios a los centros educativos⁶⁶⁶. Concurrieron tres licitadores, uno de los cuales (*Partikas*) contrató a una empresa para la asistencia en la redacción y presentación de su oferta. La contratada recurrió a una subcontratista (*MMD lietas*) para la ejecución de esta labor. *Partikas* entregó a una propuesta de oferta *MMD lietas*, quien, sin haberla informado previamente, se había comprometido a preparar las ofertas para las otras dos licitadoras. Un trabajador de *MMD lietas* tomó la oferta de *Partikas* como base de las restantes, de forma que la del segundo licitador era aproximadamente

⁶⁶⁵ Consejo de la Competencia de Rumanía Resolución, de 22 de enero de 2018 *ARC Brasov*, http://www.consiliulconcurrentei.ro/uploads/docs/items/bucket13/id13097/comunicat_amenzi_dranetz_ian_2018_eng.pdf

⁶⁶⁶ STJUE de 21 de julio de 2016, C-542/14, *VM Remonts*.

un 5% más económica que la de *Partikas* y la del tercero, un 5% más barata que la del segundo (y un 10% más económica que la de *Partikas*).

La Autoridad de Competencia de Lituania sancionó a las tres licitadoras por haber incurrido en una práctica concertada, consistente en preparar conjuntamente sus ofertas – por medio de *MMD lietas* – con el fin de simular una competencia efectiva entre ellos. El Tribunal de recurso planteó a la justicia comunitaria la cuestión de cuando una empresa puede ser considerada responsable de una práctica concertada debido a las acciones de un proveedor independiente que le presta servicios.

El Tribunal estableció como principio general que un proveedor independiente debe ser considerado como una empresa diferente de aquellas a las que presta sus servicios, por lo que las acciones de aquella no pueden ser atribuidas de antemano a estas⁶⁶⁷. Pero apunta tres casos en los que sí puede exigirse responsabilidad *antitrust* al cliente: (1) cuando el proveedor opera bajo la dirección y control del cliente (por ejemplo, relación matriz-filial); (2) cuando el cliente conocía los objetivos contrarios a la competencia perseguidos por sus rivales y por el proveedor e intentaba contribuir a ellos mediante sus comportamiento (por ejemplo, comunicando al proveedor información comercial sensible); (3) cuando el cliente podía prever razonablemente que el proveedor al que acudió compartiría información comercial con sus competidores y estaba dispuesta a asumir ese riesgo⁶⁶⁸.

2.2. Hub & spoke con el cliente público

Cuando el socio de los licitadores es el cliente público este asume el rol de *hub* y teje redes anticompetitivas con y entre los licitadores (*spokes*). El funcionamiento de la relación tripartita es muy diferente a la usual en el mercado. En este, el cliente privado (por ejemplo, una cadena de tiendas o hipermercados o un vendedor en Internet) y sus proveedores llegan a acuerdos recíprocos cuya finalidad es lograr las mejores condiciones de distribución aguas abajo. Los *spokes* son clientes reales o potenciales del *hub*, pero no son excluyentes. Como regla general, *hub* y *spokes* compiten en sus respectivos mercados. Por ello, el *hub* buscará que la red le beneficie frente a sus rivales

⁶⁶⁷ *VM Remonts*, párrafo 25.

⁶⁶⁸ *VM Remonts*, párrafos 27, 30, 31.

(suministro exclusivo o en condiciones preferentes)⁶⁶⁹. En la contratación pública, el cliente no compite con otros entes por recibir los bienes y servicios. Los licitadores son proveedores potenciales y absolutamente excluyentes, pues del procedimiento de adjudicación resultará un sólo contratista. Aparentemente, el pacto horizontal/vertical no aprovecha a los licitadores excluidos.

Estas consideraciones no excluyen la presencia de esta figura en la contratación pública. Desnudo de todo aderezo, el *hub & spoke* es un mecanismo de articulación de restricciones horizontales en el que interviene un operador situado en un mercado vertical. En un escenario extremo, el *hub* contratante puede poner en contacto a los licitadores, suministrarles información relevante sobre futuras licitaciones y coordinar la estrategia colusoria (ofertas de cobertura, rotación de ofertas, subcontratación o UTEs anticompetitivas, etc.). Verifique todas o parte de dichas acciones, el cliente público participa en la confección y ejecución del pacto colusorio entre licitadores. Además, sirve de factor estabilizador del acuerdo horizontal. Por ende, el desinterés de los licitadores excluidos no tiene porque existir. Por un lado, porque las estrategias colusorias suelen ser a largo plazo. Por otro, porque la división de los contratos públicos en lotes, fomentada por la Directiva 2014/24, facilita el reparto en el mismo procedimiento de contratación.

Lo revolucionario sería imputar la infracción a la entidad contratante. A ello no se atrevió el Tribunal de Defensa de la Competencia de Castilla y León en *Nevasa*⁶⁷⁰. El caso versa sobre un acuerdo colusorio entre las empresas y profesionales que participaban en las licitaciones convocadas por la empresa mixta *Nevasa* para la grabación de lápidas funerarias el Cementerio municipal de Valladolid, que aquella gestionaba. Las conductas prohibidas consistían en la presentación de ofertas casi idénticas y en la rotación de licitaciones. Aunque la resolución no se pronuncia expresamente, las escasas dimensiones del mercado y el poder de *Nevasa* en cuanto ente contratante hace difícil concebir que no tuviese un papel activo (organizador o coordinador) o pasivo (consentidor) en la confección y funcionamiento del cártel⁶⁷¹.

⁶⁶⁹ Por ejemplo, *In re Musical Instruments & Equip. Antitrust. Litig.* En Derecho español, puede considerarse como *hub & spoke* el caso *Motocicletas*, RCNC, de 27 de marzo de 2012, Expte S/0237/10; confirmado por la SAN, de 14 de abril de 2014, Sala de lo C-A., Secc. 6ª, *Suzuki Motor España*.

⁶⁷⁰ RTDCCYL, de 8 de octubre de 2009, Expte. TDC/3/2008, *Nevasa*.

⁶⁷¹ Para el estudio de las conductas enjuiciadas en *Nevasa*, ver XXX (rotación) y XXX (price fixing).

De hecho, la ‘revolución’ apuntada ha sido ya iniciada por la Ley de Defensa de la Competencia de Rumanía, cuyo artículo 9 prohíbe a las autoridades adoptar conductas anticompetitivas por objeto o por efecto, especialmente por la vía de adoptar decisiones que limiten la libertad de comercio entre las empresas. El Ministerio de Sanidad rumano habría vulnerado esta regla y creado un cuasi-monopsonio al no haber convocado nuevos procedimientos de contratación entre los años 2004-2006. Esta negligencia habría limitado el número de suministradores y creado barreras a la entrada de nuevos operadores después de la última licitación a escala nacional, que tuvo lugar en 2003.

Así pues, al incluir a los órganos de contratación pública entre los posibles infractores, la ley de defensa de competencia rumana ha adoptado una medidas para afrontar este tipo de infracciones. Pero falta la última y más importante: atribuir al CCL facultades para imponer sanciones.

2.3. Prueba del *hub & spoke*

La característica máxima del *hub & spoke* y que la singulariza frente a los acuerdos anticompetitivos al uso es el establecimiento de una relación tripartita que vincula entre sí a los competidores en el plano horizontal y a estos con un proveedor o cliente en el plano vertical. La participación del *hub* es así condición necesaria pero no suficiente para la existencia de la figura. Tampoco lo es la presencia de una cadena de pactos individuales entre el *hub* y cada uno de los *spokes*.

Aplicada esta máxima a la contratación pública, significa que la prueba de que existen acuerdos singulares en el plano vertical entre cada licitador y el cliente público no equivale en principio a la demostración de un acuerdo horizontal. Tampoco es equivalente el conocimiento de que los licitadores adoptan, cada uno por su cuenta, políticas similares por mera petición del ente contratante⁶⁷². En definitiva, a falta de prueba directa del acuerdo o práctica concertada, las citadas prácticas constituyen indicios o evidencias potentes de que los licitadores han entablado contactos. Resta dilucidar si su comunicación alcanza el grado de acuerdo o de práctica concertada de tipo colusorio.

⁶⁷² Sin referirse específicamente a esta figura en la contratación pública, KLEIN, BENJAMIN, *Antitrust Analysis of Hub-and-Spoke Conspiracies*, p. 15.

Al amparo de los casos resueltos en el Derecho estadounidense, alguna doctrina propone una pluralidad de métodos («*plus factors*») para demostrar la comisión de una infracción *hub & spoke* sin la prueba directa del acuerdo entre los competidores⁶⁷³. La solución clásica consiste en que la autoridad de competencia logre demostrar que los licitadores han incurrido en una práctica concertada. Un segundo test deduce el acuerdo de que si las decisiones adoptadas por todos y cada uno de los (licitadores) rivales lo hubiesen sido por uno u otro de ellos, sus intereses o su posición se verían perjudicados frente a los otros⁶⁷⁴. En tercer lugar, existirá un pacto colusorio cuando cada operador exija del *hub* la garantía de que todos sus rivales firmarán el acuerdo⁶⁷⁵.

2.4. En las consultas preliminares al mercado

Las relaciones tripartitas entre el cliente público y los futuros licitadores pueden establecerse con anterioridad a la convocatoria de cada procedimiento contractual y aprovechando la cobertura de legalidad que otorgan las consultas preliminares al mercado. El uso anticompetitivo de esta figura es estudiado en el epígrafe 7.6 de este Capítulo.

2.5. Responsabilidad del ente contratante en concepto de *hub*

Al abordar el estudio de responsabilidad *antitrust* de las entidades públicas (Capítulo I.1.2.2) se afirmó que la posición del ente contratante como autor o facilitador está determinada por su posición en el mercado y por el tipo de práctica anticompetitiva investigada. En el caso de las restricciones horizontales (p.ej., cárteles de licitadores), los poderes adjudicadores no están presentes en ningún mercado relacionado con la demanda o actúan en sus funciones reguladoras. Por ello, serán calificados como facilitadores. Cuando se trata de relaciones verticales o abusos de posición de dominio, el punto de mira ha de situarse en la relación adjudicatario proveedor-cliente público; lo cual fundamenta su tratamiento como autor. Dado que las prácticas *hub & spoke* son sancionadas en concepto de restricciones horizontales, los entes contratantes deben ser considerados como facilitadores.

⁶⁷³ BRASS, RACHEL, S. y HIGNEY, CAELI, A., «Practical Advice for Avoiding Hub-and-Spoke Liability», *the antitrust source*, octubre 2016, p. 5 ss. Los «plus factors» no están estandarizados. En cada resolución se emplean todos o algunos de los citados o se añaden otros.

⁶⁷⁴ *In re Musical Instruments*, 1195.

⁶⁷⁵ *Toys «R» Us*, 221, F3d, 928 (7º Cir. 2000).

VI. ACUERDOS VERTICALES

1. Consideraciones generales

A nivel comunitario, la regulación de los acuerdos de naturaleza vertical se encuentra en el Reglamento 330/2010, de 20 de abril, relativo a la aplicación del artículo 101.3 TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (en adelante, RAV)⁶⁷⁶. El RAV define a los acuerdos verticales como los acuerdos o prácticas concertadas suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios⁶⁷⁷.

En sus Considerandos y articulado, el RAV establece el alcance de la exención por categorías de este tipo de acuerdos. En primer lugar, la exención debe limitarse a aquellos acuerdos verticales respecto de los cuales quepa presumir con suficiente certeza que cumplen los requisitos del artículo 101, apartado 3, TFUE. La Comisión ha considerado que cumplen normalmente estas condiciones los acuerdos verticales de compra o venta de bienes o servicios celebrados entre empresas no competidoras, entre determinados competidores o por determinadas asociaciones de minoristas de bienes (artículos 1 y 2). Para ello, han de reunir un requisito positivo y otro negativo.

En primer lugar, los acuerdos son susceptibles de incrementar la eficiencia económica de una cadena de producción o de distribución al permitir una mejor coordinación entre las empresas participantes. En concreto, pueden dar lugar a una reducción de los costes de transacción y distribución de las partes y optimizar sus niveles de ventas y de inversión. Se presumirá (*iuris tantum*) que el acuerdo mejora la eficiencia siempre y cuando la cuota de cada una de las empresas firmantes en el mercado de referencia no exceda del 30 %. Por encima del límite de la cuota de mercado del 30 % no cabe admitir dicha presunción (artículos 3 y 7).

⁶⁷⁶ El *soft law* asociado a este Reglamento es la *Comunicación de la Comisión sobre Directrices relativas a las restricciones verticales*, COM (2010), DOUE C 130 de 9 mayo de 2010.

⁶⁷⁷ RAV, artículo 1.

En segundo lugar, no quedan exentos aquellos acuerdos verticales que contengan restricciones y puedan perjudicar a los consumidores o que no sean imprescindibles para la mejora de la eficiencia económica («cláusulas negras» y «cláusulas grises»; artículos 4 y 5).

2. En la contratación pública

La creciente atención de las autoridades de defensa de la competencia a las prácticas anticompetitivas en la contratación pública no se ha trasladado a las restricciones verticales entre licitadores y proveedores o entre licitadores y subcontratistas. La práctica ausencia de resoluciones sancionadoras no responde a que el sector estudiado sea inmune a la acción de las cláusulas negras o grises. En particular, los acuerdos de fijación del precio de reventa (*resale price maintenance*) son perfectamente posibles cuando dos operadores - el proveedor de un producto y su comprador- participan en el mismo procedimiento para la adjudicación de un contrato de suministros a entes del sector público.

En diciembre de 2010, la *Autoridade de Concorrência* de Portugal prohibió un acuerdo de fijación del precio de reventa celebrado entre un proveedor y un licitador, empresa minorista de aparatos de dispensación automática de medicamentos. Estos equipos son vendidos en su mayoría a hospitales, a través de licitaciones públicas. Ambos operadores participaban en dichos procedimientos. El acuerdo fijaba el precio de los aparatos para las ventas al detalle, incluidas las ofertas que el minorista presentase a aquellas licitaciones. Por tanto, el proveedor podía fijar libremente el precio de su oferta a sabiendas de la que presentaría el minorista y sin que este pudiese reducirla. El acuerdo eliminaba la competencia en precios entre las dos compañías en dichas licitaciones e infringía los artículos 101 TFUE y 4 de la ley lusa⁶⁷⁸.

La importancia de los acuerdos verticales entre proveedores y sus clientes que participan (ambos) en el mismo procedimiento de contratación radica en que: (1) el proveedor decide libremente el importe de su oferta en cada licitación; (2) el comprador carece de dicha libertad, puesto que su proposición económica debe ser igual al precio

⁶⁷⁸ OCDE, *Annual Report on Competition Policy Developments in Portugal 2010* (DAF/comp/ar (2011) 32, de 17 de octubre de 2010) y *ECN Brief* nº 01/2011, de 28 de febrero de 2011.

de reventa fijado en el acuerdo; (3) el proveedor neutraliza la competencia del comprador en las licitaciones donde ambos operadores presentan el producto objeto del acuerdo de reventa. Cuando el precio ofertado por el proveedor es inferior al del comprador, éste tiene escasas o ninguna posibilidad de ganar el contrato. Por ello, su participación en la licitación puede consistir en una oferta de cobertura. En tal caso, la conducta anticompetitiva abandonaría el plano vertical para convertirse en un pacto colusorio entre licitadores⁶⁷⁹.

El acuerdo entre una empresa proveedora y su cliente no es vertical sino horizontal cuando afecta al mercado en el que compiten entre ellas. En *Munters*, la empresa homónima está verticalmente integrada en los mercados de suministro al por mayor y venta detallista de calentadores móviles para tiendas de campaña. El Ministerio de Defensa español convocó una licitación para el suministro de estos calentadores, a la que se concurren Supeim y MMM. Supeim presentó la oferta más barata pero no fue la adjudicataria porque Munters se negó a suministrarle los calentadores puesto que había concedido una autorización exclusiva a MMM para ofrecer sus productos en las licitaciones convocadas por aquel Ministerio. La CNMC entendió que el acuerdo entre Munters y MMM era un pacto horizontal cuyo objeto consistía en limitar la competencia intramarca en aquellas licitaciones, y perjudicar a un rival directo de ambas en el mercado descendente⁶⁸⁰.

VII. CONSULTAS PRELIMINARES AL MERCADO Y COLUSIÓN

1. Carácter y objetivos de las consultas preliminares al mercado

Para construir una contratación pública procompetitiva el poder adjudicador, como cualquier otro comprador, ha de conocer el mercado, la naturaleza, variedades y

⁶⁷⁹ La dificultad del órgano de contratación para apreciar el carácter horizontal o vertical de estos acuerdos ha sido destacada por CAMACHO, CRISTINA, «Práticas restrictivas da concorrência na contratação pública: a intervenção da Autoridade da Concorrência», en TRABUCO, CLAUDIA y EIRÓ, VERA, *Contratação Pública e Concorrência*, Almedina, 2013, p. 227.

⁶⁸⁰ *Munters*, cit. pp. 14-16.

precios de sus productos o servicios, y las características básicas de los operadores presentes en él. El concepto de consultas preliminares al mercado (CPM) comprende toda consulta en la que un órgano de contratación pide a expertos y a operadores del mercado que ofrezcan su contribución para definir el objeto del contrato y diseñar el procedimiento. El principal objetivo de un poder adjudicador para iniciar una CPM es solicitar información y guía sobre cómo llevar el procedimiento de contratación a una conclusión exitosa. La investigación del mercado es por ello el paso previo sumamente recomendable para definir correctamente cualquier procedimiento de contratación.

Lanzar una CPM antes de iniciar una licitación parece un comportamiento racional para cualquier entidad contratante estándar. En particular, la CPM es una acción esencial en la contratación innovadora (contratación precomercial, asociación para la innovación, etc), puesto que en el campo de la alta tecnología, los compradores pueden (aproximadamente) conocer sus necesidades, pero no la solución técnica más moderna y adecuada. Por ello, la discusión y el diálogo técnico sobre el contrato con los posibles proveedores aparece como una forma de cooperación para definir el contrato.

Una de las novedades más significativas de la Directiva 2014/24 consiste en articular jurídicamente lo que ya era una práctica habitual en la contratación pública. El artículo 40 (incluido en la sección relativa a la preparación del contrato) faculta a los poderes adjudicadores para acudir a terceros a la hora de efectuar dicha investigación⁶⁸¹. Desde un punto de vista objetivo, el artículo 40 extiende el ámbito de la consulta a cualquier extremo que, a juicio del órgano de contratación, sea preciso para la preparación, planificación y el desarrollo del procedimiento (precio y características del producto o servicio, duración del contrato, etc).

Desde el punto de vista subjetivo, el sujeto consultado aparece como indeterminado. Al lado de expertos o autoridades independientes, el poder adjudicador puede apelar a participantes en el mercado. El artículo 115 LCSP impone que los participantes estén activos en el mismo mercado en el que se va a celebrar el

⁶⁸¹ «Antes de iniciar un procedimiento de contratación, los poderes adjudicadores podrán realizar consultas del mercado con vistas a preparar la contratación e **informar a los operadores económicos acerca de sus planes y sus requisitos de contratación**. Para ello, los poderes adjudicadores podrán, por ejemplo, **solicitar o aceptar el asesoramiento de expertos o autoridades independientes o de participantes en el mercado**, que podrá utilizarse en la planificación y el desarrollo del procedimiento de contratación, **siempre que dicho asesoramiento no tenga por efecto falsear la competencia** y no dé lugar a vulneraciones de los principios de no discriminación y transparencia».

procedimiento de contratación. Uno y otro precepto condicionan la decisión sobre la consulta a que el asesoramiento no tenga por efecto falsear la competencia y no dé lugar a vulneraciones de los principios de no discriminación y transparencia. De ser así, el órgano de contratación no podrá atender a las respuestas y deberá denunciarlas ante las autoridades de defensa de la competencia.

2. Comisión de comportamientos anticompetitivos durante la consulta

La Directiva 2014/24 se pronuncia con absoluta claridad sobre la supeditación de la validez de la conducta al respeto a la libre competencia. El artículo 41 dispone que los poderes adjudicadores podrán solicitar o aceptar el asesoramiento de expertos o autoridades independientes o de participantes en el mercado, que podrá utilizarse en la planificación y desarrollo del procedimiento de contratación, *«siempre que dicho asesoramiento no tenga por efecto falsear la competencia y no dé lugar a vulneraciones de los principios de no discriminación y transparencia»*.

Esta cláusula pone a los operadores ante la opción de competir o cartelizarse en el futuro procedimiento de contratación. Los elementos que pueden decidirlos a actuar de una u otra manera dependen del diseño de la CPM y del comportamiento de las empresas. Hay una condición previa para el éxito de la colusión en las consultas: que el cártel posea más y mejor información que la autoridad contratante sobre los elementos pertinentes de la licitación futura. Cuando la asimetría de la información existe y es pertinente, el cartel puede decidirse a manipularla.

Una característica principal de las CPMs es que las firmas participantes en ellas no son rivales entre sí en esta etapa pre-procedimental. De hecho, no tienen ni deben tener ninguna relación particular entre ellas. Cada uno posee un vínculo individual con el poder adjudicador. Este canaliza todas las propuestas singulares para combinarlas en su propia fórmula.

A pesar de que la competencia se pospone al momento de la licitación, los participantes en la consulta pueden incurrir en comportamientos anticompetitivos durante la CPM. De hacerlo, la colusión existirá desde ese mismo instante y será merecedora de una sanción en este momento si las conductas reúnen los requisitos de

las restricciones por objeto (sus efectos no pueden no producirse o retrasarse o se retrasarán hasta la adjudicación del contrato).

Cuando las relaciones ‘*non santas*’ se producen entre empresas susceptibles de ser licitadores en un futuro procedimiento contractual, los acuerdos o prácticas concertadas entre ellos durante la CPM constituyen acuerdos de cooperación horizontal. Esta calificación se justifica en que tanto el artículo 40 Directiva como el artículo 115 LCSP parecen excluir de la llamada a la consulta a aquellos operadores económicos que no sean «*participantes en el mercado*». Limitación que implica que las empresas consultadas en la CPM son competidores potenciales o reales en un mismo mercado y sus relaciones anticompetitivas tienen la naturaleza de restricciones horizontales⁶⁸². Tales prácticas constituyen un cártel si los pactos o o de la concertación persiguen influir en el órgano de contratación a la hora de establecer el presupuesto de licitación, la distribución de los lotes, la calidad o características de los productos o servicios licitados o sobre cualquier otro susceptible de falsear la competencia en los ámbitos citados en la disposición adicional cuarta, apartado 2, de la Ley de Defensa de la Competencia.

En ordenamientos jurídicos como el canadiense, la respuesta concertada de los operadores económicos a las solicitudes de colaboración pre-procedimentales hechas por un órgano de contratación no merecen la calificación de *bid rigging*. Esta debe reservarse para la prácticas colusorias producidas durante el procedimiento de contratación (fundamentalmente la coordinación de ofertas), no en las fases anteriores (preparación). En *R v. Dowdall*, por ejemplo, el *Competition Tribunal* examinó el carácter anticompetitivo de los acuerdos entre operadores para responder a las solicitudes de los departamentos del gobierno federal para contratar los servicios de tecnologías de la información. Los acusados argumentaron que las solicitudes pertinentes no eran ofertas o proposiciones para una licitación ya convocada («*bid or tenders*»). Tan sólo estaban destinadas a crear una precalificación o un orden permanente de empresas para la potencial contratación de tales servicios, siempre y cuando se requiriesen. La *Court of Appeal for Ontario* llegó a la misma conclusión⁶⁸³.

⁶⁸² *Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal*, apartado 1.

⁶⁸³ *Court of Appeal for Ontario R v. Dowdall*, 2013 ONCA 196, págs. 4-5.

Cabe articular otras combinaciones susceptibles de falsear la competencia durante la consulta preliminar. Por ejemplo, la cooperación entre participantes en el mercado y expertos independientes que asesoran al órgano de contratación. Estas relaciones no reúnen los requisitos para incluirlas entre las restricciones horizontales o verticales. La actuación de los expertos tan sólo será considerada como infracción al Derecho de la Competencia si concurren las condiciones previstas en *AC-Treuhand* para la figura del facilitador del cártel de licitadores. Es decir, por una parte, que la empresa asesora - que no opera en el mercado de referencia afectado por la restricción de la competencia- pueda razonablemente prever que la prohibición establecida por el artículo 81 CE, apartado 1, le es aplicable en principio. Por otra, que aquélla haya contribuido, incluso de forma subordinada, a la restricción de la competencia de la que se trata⁶⁸⁴.

La calificación de facilitador será aplicable al asesor del órgano de contratación que favorece a un operador que ostenta posición de dominio en el mercado en el que se circunscribe la licitación. En caso contrario, el apoyo del asesor a un (futuro) licitador ordinario es atípica para el derecho de la competencia.

3. Incentivos y obstáculos para cartelizarse durante la consulta

Así, pues, el desarrollo de una CPM tipo puede favorecer que los operadores incurran en prácticas colusorias.⁶⁸⁵ Sobre este extremo, los comportamientos anticompetitivos y los tipos de colusión no difieren sustancialmente de los habituales en la contratación pública. En términos generales, son dos las razones principales que explican que algunos operadores consultados estén tentados de cartelizarse en un estado tan prematuro con el fin de manipular futuras licitaciones: el establecimiento por el órgano de contratación de criterios favorecedores de la colusión para la selección de los consultados y los comportamientos anticompetitivos de los operadores llamados al asesoramiento.

⁶⁸⁴ *AC-Treuhand*, 150,151.

⁶⁸⁵ El contenido de este epígrafe está parcialmente tomado de MIÑO LÓPEZ, ANTONIO, «Preliminary market consultations in innovation procurement: a principled approach and incentives for anticompetitive behaviours», *Ius-Publicum Network Review*, Fascículo nº. 2, 2017, <http://www.ius-publicum.com/pagina.php?lang=es&pag=fascicolo>, pp. 30-35.

En el cuadro siguiente se exponen de forma comparativa los estímulos y obstáculos que un operador económico encuentra para incurrir en acuerdos con sus competidores durante una CPM.

Tabla IX. Incentivos y obstáculos para la colusión en la CPM

(diseño de la consulta)	
INCENTIVOS	OBSTÁCULOS
Convocatoria restringida.	Convocatoria amplia
Invitación reducida a participar en la consulta	Publicidad máxima en Internet
Selección de los participantes en un ámbito geográfico muy limitado	Selección de los participantes en un ámbito geográfico amplio
Reuniones presenciales bilaterales o multilaterales con los licitadores potenciales	Reuniones o entrevistas separadas
Consulta a asociaciones empresariales y colegios profesionales	Inexistencia de este tipo de conductas
(comportamiento de los participantes)	
INCENTIVOS	OBSTÁCULOS
Reducido número de consultados muestra un mercado oligopolístico	Amplio número de operadores consultados
Existe un operador monopolístico en el mercado	Amplio número de operadores consultados
Un operador dominante decide la posición de sus competidores en la consulta	Operadores independientes
Presencia importante de grupos de empresas entre los consultados	Operadores independientes
Reparto de mercado o colusión tácita entre los operadores consultados	Operadores independientes

3.1. Riesgos para la competencia derivados del diseño de las CPM

Cuando el llamamiento a participar en una CPM sea muy restringido, bien por establecer requisitos de admisibilidad estrechos bien por especificar los operadores

económicos a los que se dirige, la auto-restricción del ente contratante pone el contexto para que los participantes opten por coordinar sus respuestas a la consulta. El efecto colusorio se agravará en el caso de que todos los consultados operen en el mismo mercado geográfico.

Las CPM suelen incluir reuniones o entrevistas ‘cara a cara’ de los representantes del ente contratante con los participantes en la consulta. La amplitud de la participación en las sesiones presenciales funciona de forma contra-intuitiva en términos de riesgo para la competencia. A mayor número de participantes, más posibilidades de colusión. Los encuentros multilaterales permiten a los operadores económicos conocer las posiciones de sus rivales y valorar la conveniencia de pactar o coludir en futuras licitaciones. Las ferias industriales son otra fuente de riesgo. Gran número de ellas son gestionadas - directa o indirectamente- por empresas y asociaciones de empresas. Una forma sencilla de persuadir a la entidad contratante es la de ‘confeccionar’ este tipo de actos en los que aquella es ‘asediada’ a voluntad por el cártel. En resumen, este tipo de sesiones y eventos sirven como sustitutos del intercambio de información. Para evitar esta situación, son recomendables las reuniones individuales cliente público-operador consultado.

Por último, la inclusión de asociaciones de empresarios entre los asesores es capaz de canalizar la cartelización de las empresas. Sus funciones incluyen las de facilitar los contactos entre ellas, reconciliar sus intereses y reducir sus diferencias.

3.2. Riesgos para la competencia generados por las empresas consultadas

Los factores reseñados en el punto precedente exigen la colaboración de las firmas consultadas para generar perjuicios a la competencia. Pero las empresas pueden producir el mismo resultado aprovechándose de los fallos del mercado. Una estructura monopolista u oligopolista fácilmente termina en colusión (abierta o tácita) o en abuso de posición de dominio (individual o colectivo).

El primer paso que debe adoptar el cliente público para garantizar una CPM plural y una licitación competitiva es conocer el mercado y los posibles licitadores. Para ser más precisos, el ente contratante debe obtener información acerca de si los participantes en la consulta están ligados entre sí por cualquier tipo de vínculos. Los operadores independientes gozan de la presunción de competir entre sí hasta que el mejor de ellos

expulse o reduzca a los otros. Es difícil decir lo mismo de empresas que pertenecen al mismo grupo y participan en la consulta y en la licitación⁶⁸⁶.

3.3. Posición de la CNMC

En su Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, la CNMC considera la CPM una novedad positiva. Pero observa que cuando las consultas se dirigen a operadores presentes en el mercado presentan problemas desde la óptica de competencia. Pueden conllevar un considerable riesgo de captura del órgano contratante y suponer una vulneración de los principios de igualdad de acceso a licitaciones, no discriminación y no falseamiento de la competencia.

Por ello, la Dirección de Promoción de la CNMC recomienda la introducción de una serie de medidas correctoras: a) que no se produzcan reuniones físicas bilaterales ni multilaterales con todos los posibles operadores interesados dado el riesgo de favorecer la colusión entre los mismos; b) suprimir la posibilidad de consultas a operadores concretos y limitarlas únicamente a expertos o autoridades independientes; c) prohibir expresamente la posibilidad de consulta a organizaciones y asociaciones empresariales; d) la introducción de un trámite de consulta pública en el que se instrumenten estas consultas preliminares, similar al que existe en los proyectos normativos; e) la máxima difusión de las actuaciones en la web para que tengan acceso y posibilidad de realizar aportaciones todos los posibles interesados⁶⁸⁷.

⁶⁸⁶ De existir vínculos entre las empresas que participan en la consulta, el cliente público tiene las manos libres para utilizar o prescindir de la información suministrada por los operadores no independientes. Esta actitud no infringe los principios de no discriminación, competencia y transparencia. Dos razones apoyan esta conclusión. La primera, como arriba se indicó, la CPM es una fase pre-procedimental, en la que no existe competencia ni interacción entre los participantes. Segunda, el poder adjudicador debe gozar de libertad para rechazar o aprovechar la información de la forma más adecuada para el éxito de la licitación. La sospecha de que la información suministrada contribuirá al éxito de un cártel en el procedimiento debe conducir a excluirla por completo.

⁶⁸⁷ CNMC, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público (IPN/CNMC/010/15)*, 16 de julio de 2015.

4. Riesgo de cartelización en futuros procedimientos de contratación pública

El peligro de colusión en licitaciones futuras se incrementará cuando las CPM se dirijan a los participantes en el mercado. Esto se debe a que operadores interesados tendrán noticia anticipada de las líneas maestras del procedimiento, conocerán las dudas y flancos débiles del órgano de contratación e influirán de forma tendenciosa en la configuración del proceso contractual. Los riesgos de cartelización se encuentran en los siguientes extremos:

a) *Efecto incrementador de la transparencia.* El poder adjudicador ha de comunicar a los futuros licitadores datos suficientes para que estos le asesoren (objeto del contrato, importe, duración, presupuesto...). Tales datos pueden ser empleados por los licitadores para articular el cártel; especialmente en entornos oligopolísticos. El resultado de las consultas se hará constar en un informe (artículo 115 LCSP) Se comunicará a los demás candidatos y licitadores la información pertinente intercambiada en el marco de la participación del candidato o licitador en la preparación del procedimiento de contratación, o como resultado de ella (artículo 40 Directiva). Esta información puede ser aprovechada por el cártel para la colusión durante el procedimiento o durante la ejecución de contrato en cuestión o en contratos posteriores.

b) *Efecto definidor de la colusión.* Cuando el poder adjudicador evacúa consulta a algunos los operadores del mercado, parece ‘designarlos’ como candidatos a ser adjudicatarios⁶⁸⁸. Ante la alternativa de una competencia en la que sólo gane uno de ellos (*winner-takes-all*), puede resultarles más rentable el pacto. Al mismo efecto se llega cuando entre los consultados hay una o varias empresas más potentes y las restantes estiman que la única forma de no ser barridos consiste en pactar la participación en la licitación.

c) *Efecto favorecedor de la colusión.* De no existir un cártel con anterioridad, los contactos entre las empresas con motivo de la CPM pueden estimular su formación. Servirán entonces tanto de catalizadores del acercamiento como de marco temático sobre el que los licitadores discutirán su integración en el cártel.

⁶⁸⁸ TELLES, PEDRO., *Public Contracts Regulations 2015 - Regulation 40: preliminary market consultations*, en TELLES.EU,<http://www.telles.eu/blog/2015/4/22/public-contracts-regulations-2015-regulation-40>, consultado el 19 de diciembre de 2015.

d) *Efecto anticipador de la colusión*. Las CPM constituyen la primera fase de la preparación del procedimiento. No existe trámite anterior para la Directiva. La petición de asesoramiento a los participantes en el mercado podría motivar a un grupo de empresas a anticipar la creación del cártel y establecerlo durante la fase de consultas

e) *Efecto 'cautivador' del poder adjudicador*. Como primera etapa del acuerdo colusorio, los consultados acuerdan proporcionar al poder adjudicador la información y el asesoramiento más conveniente para el éxito del cártel en esta licitación y de ser posible en los futuros procedimientos de contratación. Por ejemplo, proponiendo a aquel una delimitación del objeto del contrato, de los criterios de solvencia o de adjudicación o de cualquier otro elemento que dificulte la competencia de terceros operadores ahora y en el futuro.

5. Soluciones para evitar la colusión en las consultas preliminares al mercado

Los posibles remedios contra la colusión anticipada en la fase de consultas deben centrarse en reducir la transparencia y el grado de comunicación entre las entidades cuya información y asesoramiento es requerido. Son necesarias, por lo tanto, las siguientes medidas, a adoptar por el órgano de contratación:

En primer lugar, un criterio de prudencia. Frente a la consulta como axioma, aplicable en todos y cada uno de los procedimientos de contratación, cabe limitación a aquellos casos en los que el órgano de contratación necesite acudir a esta vía para configurar el procedimiento o para hacerlo de forma que potencie los grandes principios de la contratación pública. Quedaría limitada, por ejemplo, a contratos nuevos para el órgano de contratación, contratos innovadores (contratación precomercial, compra pública de tecnología innovadora), cambios sustanciales frente a contrataciones precedentes. Cuando los mercados son maduros o el ente contratante tiene información suficiente para configurar el procedimiento las CPM pierden su razón de ser.

En segundo lugar, no comunicar a cada consultado la identidad de los otros ni la información solicitada. Exigir a cada uno un compromiso de confidencialidad y secreto en cuanto a la información solicitada.

En tercer lugar, excluir de la consulta a aquellas empresas a las que en el pasado les hubiese sido impuesta una prohibición de contratar por vulneración del principio de competencia (falta grave en materia profesional, falseamiento de la competencia y corrupción).

En cuarto lugar, delimitar correctamente la información a la que se refiere el artículo 115 LCSP, de modo que no se recoja en el informe aquella que pueda ser usada para fomentar o articular actos colusorios.

6. *Hub & spoke* en las consultas preliminares al mercado

A lo largo del presente epígrafe se ha dado por supuesto que el ente contratante es la víctima de las conductas colusorias cometidas durante el desarrollo de una CPM. Esta parece la situación más racional, pues aquel carece de incentivos para fomentar una contratación anticompetitiva y, por ello, más cara. Sin embargo, no es descartable que el poder adjudicador participe directamente en la constitución y funcionamiento del cártel a través de un esquema *hub & spoke*.

El ente contratante y los operadores económicos anticipan la formación del *hub & spoke* a la fase de CPM. La contribución de aquel al pacto colusorio de los futuros licitadores en un estadio tan temprano busca disfrazar la irregular adjudicación. El cártel ganará el o los contratos debido a que proporcionó un ‘asesoramiento’ decisivo al poder adjudicador durante la fase de consultas.

La puesta en práctica de esta relación tripartita en un caso concreto demostraría, además, que el ente contratante obvió la aplicación del mecanismo de cierre establecido en el artículo 41 de la Directiva 2014/24. Este precepto faculta al poder adjudicador para excluir del procedimiento de contratación a todo candidato o licitador que durante el desarrollo de una CPM previa hubiese falseado la competencia. Se trata de una medida de último recurso y que exige conceder a aquellos la oportunidad de demostrar que su participación en la preparación del procedimiento de contratación no puede falsear la competencia. Su estudio se verifica en el Capítulo IV. Por lo demás, el funcionamiento del *hub & spoke* en esta fase no se diferencia del que tiene lugar durante la tramitación del procedimiento de contratación.

CAPÍTULO III.

**ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO Y DESLEALTAD
ANTICOMPETITIVA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**

La atención prestada por la doctrina a la colusión en la contratación pública ha llegado a ser abrumadora, hasta el punto de que las conductas abusivas han pasado prácticamente desapercibidas. Además de la citada, son varias las razones que explican dicha tendencia. En primer lugar, la manipulación de las licitaciones es considerada en todas las jurisdicciones como una infracción cualificada de las normas de competencia. Como arriba señalamos, el *bid rigging*, paradigma de cártel duro y de restricción por objeto, acoge como categoría general a las prácticas más perniciosas (fijación de precios, reparto de mercados). En segundo lugar, la normativa de contratación pública ha aportado inconscientemente la yesca para que prendan las prácticas colusorias; en concreto, ha dispuesto la «reunión» de competidores reales en sucesivos y reiterados procesos contractuales, caracterizados por su transparencia y por la posibilidad de establecer flujos de información entre los licitadores.

En contraposición, la situación del licitador en el procedimiento de contratación hace conceptualmente ilógica su adquisición de poder de mercado. En definición ya clásica, la posición de dominio se concibe como aquella situación de poder económico en la que se encuentra una empresa y que le permite impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores. Si prescindimos -por el momento- del concepto técnico de mercado, el hipotético dominio de una empresa en un sector de negocio sería contrarrestado por la normativa de contratos públicos, que otorga a los poderes adjudicadores el carácter de cliente/consumidor privilegiado y establece en el procedimiento de contratación las condiciones de competencia, en particular el precio, la cantidad y la calidad de los productos o servicios contratados. Ello debería impedir a cualquier licitador imponer su poder de mercado para subir artificialmente los precios o restringir la cantidad de producto. Sin tales condiciones no puede atribuirse la posición de dominio a un empresario. Dicho de otro modo, la competencia por el mercado – manifestada en el procedimiento de contratación– busca inmunizar al Derecho de la contratación pública frente a las conductas abusivas propias de la competencia en el mercado.

El número de resoluciones sancionadoras, el importe de las multas y su impacto en la opinión pública en materia de *bid rigging* exceden en importancia a las recaídas sobre abuso de posición de dominio en la contratación pública. Sin embargo, dos grupos de motivos justifican el estudio de esta materia. Desde un punto de vista práctico, los

casos de abuso y la actividad de las autoridades de competencia distan mucho de ser marginales. Por el contrario, ambas variables van en aumento. En algunos sectores (servicios funerarios, servicios deportivos, productos farmacéuticos) su relevancia es tan significativa como la de las prácticas colusorias. La investigación de los abusos en estos y otros ámbitos conforma una cuota de trabajo muy amplia para las autoridades autonómicas de defensa de la competencia. Desde una perspectiva teórica, el tratamiento doctrinal del abuso de posición de dominio en la contratación pública es casi inexistente en España.

El presente capítulo se inicia con el tratamiento de las especificidades que la teoría del abuso de posición de dominio ofrece en el ámbito de la contratación pública respecto de sus elementos esenciales: mercado, dominio y conductas abusivas. En segundo lugar, analiza con detalle los tipos de prácticas abusivas – exclusionarias y explotativas - más presentes en este sector. Acto seguido, aborda otras formas de abuso menos habituales (innovación predatoria, oferta única y global, denigración, acuerdos exclusivos y descuentos).

Por último, este capítulo estudia del falseamiento de la competencia por actos desleales. Destaca la necesidad de que las conductas desleales perjudiquen la competencia para que puedan ser perseguibles por el artículo 3 LDC. Las conductas sancionadas en el ámbito de la contratación pública son la infracción de normas (concurrentiales y no concurrentiales) y las ventas a pérdida.

I. CONCEPTOS GENERALES

1. Mercado

Al estudio del mercado se dedica el epígrafe 2 del Capítulo I. En él se expone cómo las autoridades de competencia se han planteado la extensión del mercado geográfico en los casos de colusión en la contratación pública. En concreto, si deben aplicarse las reglas ordinarias o cabe limitarlo a la propia licitación.

2. Posición de dominio

La posición de dominio es una situación de poder económico que ostenta una empresa, y que le otorga la facultad de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, al darle la posibilidad de actuar en buena medida independientemente de sus competidores, de sus clientes y, en definitiva, de los consumidores⁶⁸⁹. El dominio ostentado por licitadores y contratistas no dista un ápice de este concepto general. Lo peculiar en la contratación pública es el régimen jurídico específico al que están sometidos (1) el ente contratante y (2) la operación (normativa de contratación pública), así como (3) la relación entre adjudicación del contrato y monopolio sobre el mercado.

En términos conceptuales, la situación del cliente público respecto de otros adquirentes no varía en relación con otros sectores, como el de la distribución. En un ámbito geográfico determinado, el poder del contratante público puede limitarse a una cuota mínima del mercado de producto (material de oficina, energía eléctrica); extenderse a un porcentaje elevado (suministro de alimentos a colegios públicos); comprender la práctica totalidad, equivalente a superdominio (productos farmacéuticos para el sistema público de salud); hasta abarcar el mercado completo a título de monopsonio (suministro de material de defensa a las Fuerzas Armadas)⁶⁹⁰.

No obstante, el cliente público presenta dos particularidades frente a cualquier otro. En primer lugar, nunca es precio-aceptante puro: el precio cierto o la forma de determinarlo es fijado unilateralmente por el adquirente en los pliegos o en el contrato

⁶⁸⁹ SSTJCE, de 14 de febrero de 1978, C-27/76, *United Brands*, p. 65 y STJCE de 13 de febrero de 1979, C.85/76, *Hoffman-la Roche/Comisión*, p. 41. La definición fue adoptada en 2009 por la Comisión (*Orientaciones*, PAR. 10). El rasgo definitorio de la posición de dominio radica en su concepto económico: la independencia de comportamiento («*substantial market power*»); no así en su noción jurídica: la capacidad de obstaculizar la competencia («*power to exclude*»). Sobre este extremo, ver BAENA, RAFAEL, «Prohibición de abuso de posición de dominio (I): aspectos generales y análisis de la posición de dominio individual y colectiva», en BENEYTO, JOSÉ MARÍA y MAILLO, JERÓNIMO (Dir.), *Tratado de Derecho de la Competencia*, Unión Europea y España, 2ª ed. Bosch, 2017, pp. 439-440. Un estudio completo sobre el dominio se encuentra en GERADIN, DAMIEN y otros, «The concept of dominance in EC Competition Law», *Research Paper on the modernization of Article 82 EC*, Global Competition Law Center, Colegio de Europa, Brujas, Julio 2005, pág. 4-6.

⁶⁹⁰ El poder de compra de los entes contratantes públicos admite dos tipos: monopsonio y poder de negociación (*bargaining power*). Sobre sus características y diferencias con sus equivalentes privados, ver SÁNCHEZ GRAELLS, ALBERT y HERRERA ANCHÚSTEGUI, IGNACIO, *Impact of public procurement aggregation on competition. Risks, rationale and justification for the rules in Directive 2014/24*, University of Leicester School of Law Research Paper n.º 14-35, 2014. Con carácter más general, OCDE, *Monopsony and buyer power*, 17 de diciembre de 2009.

(art. 35.1 f) y 102 LCSP). Las ofertas económicas presentadas por los licitadores deberán ser conformes con el marco establecido por los pliegos. Por ello, se considerarán irregulares, en particular, las ofertas que no correspondan a los pliegos de la contratación o que hayan sido consideradas anormalmente bajas por el poder adjudicador. Son inaceptables las ofertas cuyo precio rebase el presupuesto del poder adjudicador tal como se haya determinado y documentado antes del inicio del procedimiento de contratación (art. 35.5, párr. 2º Directiva 2014/2024). En segundo lugar, la jurisprudencia comunitaria considera *de lege data* que el cliente público no puede incurrir en posición de dominio (doctrina *FENIN/SELEX*). Respecto al poder de mercado en el ámbito de la oferta, lo significativo es el efecto «crisálida» que el procedimiento contractual produce en el oferente. Con la presentación de su proposición, accede a aquel un operador económico (licitador) ya presente en el mercado, donde posee o carece de un determinado poder o dominio. Cada licitador traslada al procedimiento de contratación el rango competitivo ganado previamente en el mercado. Es dicha transferencia la que explica la diferenciación en las ofertas de los licitadores y garantiza la competencia por el mercado. El operador dominante que en su ejecutoria durante el procedimiento no obre «on the merits» ni honre la responsabilidad especial que pesa sobre él puede incurrir en conductas abusivas dentro del procedimiento contractual (como ejemplo significativo, la presentación de ofertas predatorias).

El procedimiento de contratación está diseñado para que (1) el distinto poder de mercado de los licitadores no les otorgue en él otra ventaja que no resulte de su propia oferta y (2) sea un solo competidor el que obtenga la exclusividad en la ejecución del contrato. La adjudicación otorga al contratista la condición de proveedor exclusivo del cliente público en el específico contrato. Con ello, le concede un poder sobre el contrato parecido al que goza un monopolista. El hecho de que un operador gane una situación de exclusividad mediante una licitación no implica que no pueda adquirir una posición de dominio, sólo asegura que la adquiere competitivamente y sobre la base de sus méritos. Tampoco implica que una vez alcanzados esos derechos que le colocan en situación de privilegio, no pueda abusar posteriormente de ella⁶⁹¹. El abuso se produce cuando el adjudicatario aprovecha su exclusividad contractual e incurre en conductas anticompetitivas contra sus clientes finales (imposición de precios excesivos a los

⁶⁹¹ RTDC, de 28 de junio de 2007, *Servicios Funerarios La Gomera*, Expte. 613/06, p. 12.

usuarios del servicio público gestionado por el contratista), sus competidores en el mercado del contrato (ej., concesionario de tanatorio público frente a sus competidores privados) o en otros mercados (ej., concesionario de tanatorio público a su vez titular de empresas funerarias prohíbe acceder a aquel a empresas funerarias de sus rivales).

La exclusividad inherente al contrato no concede necesariamente al adjudicatario el dominio sobre el mercado de oferta. Dependerá del «pedazo de tarta» que el órgano de contratación posea sobre el mercado de demanda. Si es absoluto (contratos en materia de Defensa), el adjudicatario unirá a su condición de proveedor exclusivo del cliente público la de monopolista de mercado. En otros sectores, el alcance territorial y material del mercado relevante y las barreras para acceder a él significan que el contratista o concesionario ocupan todo el mercado del servicio y están en condiciones de extender su poder a alguno de sus mercados conexos. El ejemplo fundamental es el mercado de los servicios mortuorios. Como se estudia a lo largo de este capítulo, el concesionario de servicios públicos locales de tanatorio ostenta el monopolio sobre este mercado y tiene a su disposición varias modalidades de abuso sobre dicho mercado para extender el dominio a un mercado aguas abajo (servicios funerarios, flores) o incidir en uno conexo (seguros). En ambas situaciones, el dominio sobre el mercado comprende exclusivamente el período de vigencia del contrato público.

3. Abuso

Al igual que en el caso del mercado y de la posición de dominio, el abuso de posición de dominio no presenta especificidades esenciales en la contratación pública. El requisito fundamental para que la conducta sea abusiva es que ocasione el cierre del mercado (*foreclosure*). Este concepto no es pacífico. El punto de partida es que no todo cierre del mercado es anticompetitivo ni está incluido en el ámbito del artículo 102 TFUE. Tanto la competencia sana (*on the merits*) como las prácticas anticompetitivas pueden generar el cierre del mercado, por lo que las autoridades de competencia han de ser especialmente cuidadosas a la hora de intervenir⁶⁹².

⁶⁹² LOWE, PHILIP, «The European Commission formulates its enforcement priorities as regards exclusionary conduct by dominant undertakings», *Global Competition Policy* (febrero, 2006), 1, 6.

El test de cierre de mercado anticompetitivo no es uniforme en la doctrina comunitaria. Para las Orientaciones de la Comisión (2009) lo importante es que la competencia efectiva sea eliminada, de forma que el operador dominante esté en condiciones de explotar a los consumidores. No importa si estos son o no realmente explotados. Lo significativo es si el dominante está en una posición en la que tal explotación sea posible⁶⁹³.

Por el contrario, en sus Conclusiones *a British Airways*, la Abogada General Kokott sostuvo que ha de examinarse, por un lado, si las conductas pueden producir un efecto de eliminación, es decir, si pueden dificultar o hacer prácticamente imposible a los competidores de la empresa en posición dominante el acceso al mercado, y a los cocontratantes de la empresa en posición dominante la elección entre diversas fuentes de abastecimiento o socios comerciales⁶⁹⁴. Desde esta perspectiva, el cierre del mercado es anticompetitivo cuando la conducta del dominante puede expulsar a los competidores del mercado. De hecho, aquel tiene la responsabilidad especial de no suprimir la competencia residual en su mercado. Este criterio tiene origen en el ordoliberalismo alemán, enormemente influyente en la formación del Derecho comunitario de la Competencia⁶⁹⁵.

Una vez acreditado que el licitador o contratista dominantes hubiesen incurrido en comportamientos abusivos⁶⁹⁶, estos deben demostrar que la conducta eran objetivamente necesarios o se ven compensados por el logro de eficiencias. Para el TJUE ha de ser la empresa dominante la que debe demostrar que las ganancias en eficacia resultantes de su conducta pueden compensar los efectos negativos apreciados sobre la competencia o el bienestar de los consumidores. También debería demostrar que esas eficiencias se han producido, o se producirían precisamente por causa de esa conducta (no basta una relación indirecta entre las eficiencias y la conducta). Que esa conducta es necesaria para conseguir las eficiencias y que no se destruye la competencia

⁶⁹³ Orientaciones, 2009, pár. 19.

⁶⁹⁴ Conclusiones de la Abogada General JULIANNE KOKKOT al asunto C-95/04-P, *British Airways c. Comisión Europea*, 23 de febrero de 2006, pár. 42.

⁶⁹⁵ LOVDAHL GORMSEN, LIZA, *A principled approach to Abuse of Dominance in European Competition Law*, Cambridge, 2010, p. 119.

⁶⁹⁶ La prueba del carácter abusivo de la conducta corresponde a la autoridad de defensa de la competencia. Sobre los estándares probatorios, ver RODILLA MARTÍ, CARMEN, «La prueba del abuso de posición de dominio», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Nº 21, Sección Estudios, Segundo semestre de 2017, Wolters Kluwer (Formato LaLeyDigital).

efectiva al eliminar las posibilidades de que existan los competidores reales o potenciales⁶⁹⁷.

II. ABUSOS EXCLUSIONARIOS Y ABUSOS EXPLOTATIVOS

La clasificación de los abusos de posición de dominio presentes en la contratación pública no tiene ninguna peculiaridad respecto de la generalmente admitida. En primer lugar, la división principal se hace entre abusos exclusionarios y explotativos⁶⁹⁸. En segundo lugar, las conductas pueden producirse en el mismo y en diferentes mercados. Ahora bien, la particular forma de decidir qué competidor obtiene la adjudicación del contrato añade un nuevo criterio a las formas tradicionales de clasificación del abuso. Así, cabe distinguir entre abusos cometidos durante el procedimiento de adjudicación y durante la ejecución del contrato.

Los abusos exclusionarios estudiados en el presente trabajo son:

Primero (epígrafe III), la formulación de ofertas predatorias (*predatory bidding*). Es la conducta predatoria ejercitada por los licitadores dominantes en su proposición económica. Para delimitar si una oferta es predatoria debe acudir a los mismos criterios admitidos para los precios predatorios. Un subtipo muy interesante es el de las ofertas predatorias a precio cero. Se trata de una figura diferente de las ofertas anormalmente bajas (conducta no anticompetitiva pero contraria a la normativa de contratación) y a las ofertas bajo coste (conducta desleal y anticompetitiva en los términos del artículo 3 LDC).

⁶⁹⁷ DEL REY SALGADO, JOSÉ-MARÍA, «Asunto *Post Danmark*: útiles clarificaciones del TJUE sobre el abuso de posición de dominio», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Nº 31, Sección Artículos, Enero-Febrero 2013, pág. 65, Wolters Kluwer (Formato LaLeyDigital).

⁶⁹⁸ De forma descriptiva, la Audiencia Nacional, diferencia entre (a) los abusos que perjudican los intereses concurrenciales de los competidores que lo son -primera línea de competencia- de la propia empresa dominante, restringiendo sin justificación la competencia residual o potencial del mercado mismo sobre el que se proyecta la posición de dominio (abuso anticompetitivo o exclusionario de primer grado); (b) los abusos que lesionan los intereses concurrenciales de los que contratan con la empresa dominante (clientes y proveedores), alterando o restringiendo la competencia interior de sus respectivos mercados -segunda línea de competencia- (abuso anticompetitivo o exclusionario de segundo grado); y (c) los abusos que lesionan los intereses económicos no concurrenciales de los proveedores y consumidores (abusos explotativos). Ver SAN, S.C-A, Secc. 6ª, de 16 de marzo de 2009, rec. 287/2007, frente a la RCNC *Servicios Funerarios La Gomera, S.L.*, pp. 9-10.

En el epígrafe VIII se estudia pormenorizadamente como las autoridades de competencia españolas han rechazado todas las denuncias por imposición de precios predatorios y ofertas a pérdida en la contratación de servicios y gestión de servicios públicos (fundamentalmente deportivos). Se critica su doctrina y se proponen argumentos para enjuiciar estas ofertas por la vía del abuso de posición de dominio.

Segundo (epígrafe IV), la discriminación de precios o de otras condiciones comerciales (*price/non price discrimination*). Cuando la discriminación recae sobre un competidor que opera en el mercado dominado por el licitador o contratista, la discriminación es exclusionaria de primer grado; si recae en un mercado diferente, se denomina exclusionaria de segundo grado; cuando el discriminado no compite con el dominante, la discriminación es explotativa.

Tercero (epígrafe V), la denegación. Esta categoría admite tres subdivisiones. Por razón del objeto, la negativa puede incidir sobre el suministro de un insumo esencial (*refusal to supply*) o sobre el acceso a instalaciones, infraestructuras o medios objetivamente necesarios (*refusal to deal*). Por razón del momento en el que se comete la discriminación, esta es inicial (no presentación de la oferta) o sobrevenida (retirada de la oferta). Por razón de los sujetos implicados, se distingue entre la negativa inicial o sobrevenida del licitador a participar en el procedimiento de contratación; la negativa del contratista o concesionario frente al ente contratante; la negativa del contratista o concesionario frente a terceros operadores; la negativa de venta de los proveedores o subcontratistas a los licitadores y contratistas; la negativa de proveedores o subcontratistas inducida por un cártel de licitadores; y la negativa de compra por el ente contratante.

Cuarto (epígrafe VI), la compresión o estrechamiento de márgenes (*margin o price squeeze*). Esta figura ha sido utilizada en la contratación pública ha sido utilizada tanto por los licitadores - a la hora de formular sus ofertas durante el procedimiento de contratación- como por los contratistas, en la fase de ejecución del contrato. El estrechamiento puede producirse sobre el mismo producto o sobre productos diferentes.

Quinto (epígrafe VII), la vinculación y empaquetamiento abusivos (*tying y bundling*). Se trata de dos conductas abusivas muy poco probables en el contexto del Derecho español de la contratación pública. La razón radica en el diseño legal de los procedimientos de contratación pública. El órgano de contratación goza de la

prerrogativa o privilegio exorbitante de definir unilateralmente el objeto del contrato, las condiciones de la licitación, la eventual división en lotes y la composición de dichos lotes. El objeto del contrato ha de ser cierto y determinado y no puede dejarse al albur de los licitadores o del futuro adjudicatario.

Sexto (epígrafe IX), otras prácticas exclusionarias. Se abordan sucesivamente, la innovación predatoria, la presentación de una oferta única y global por el licitador, la denigración abusiva (doctrina francesa), los acuerdos exclusivos, los descuentos por fidelidad y las ofertas con precio cero no predatorias.

En cuanto a los abusos explotativos:

Primero, los precios excesivos (epígrafe X). Las autoridades de competencia no son muy receptivas a la hora de perseguir los precios excesivos por la vía del artículo 102 TFUE (o sus equivalentes nacionales). Sin embargo, es una infracción perfectamente factible en la contratación pública. Como tal, se han producido casos tanto en el procedimiento como en la ejecución de los contratos.

Segundo, otros abusos explotativos (epígrafe XI). Su estudian tanto los imputables al ente contratante como los cometidos por los licitadores y contratistas. Los primeros pueden recaer sobre los precios (presupuesto de contratación excesivo, abuso de dependencia económica) y sobre otras condiciones comerciales (cesión de derechos de propiedad intelectual o industrial). De los segundos se estudian el boicot de un proveedor monopolístico, la vinculación y el encadenamiento, la discriminación explotativa y la pasividad tecnológica.

Todas las categorías de abuso exclusionarias o explotativas presentan en la contratación pública el mismo carácter no unívoco que en los demás sectores. Salvo excepciones (precios predatorios en su versión más extrema), a sus efectos contrarios a la competencia pueden unirse resultados pro-competitivos; en su sentido de beneficiosos para el bienestar de los consumidores (particularmente, la reducción de precios)⁶⁹⁹.

⁶⁹⁹ La gran mayoría de las prácticas potencialmente abusivas previstas en el artículo 102 TFUE «*tienen efectos ambivalentes sobre la competencia: son capaces de tener efectos tanto proactivos como anticompetitivos. A veces es incluso más complicado: el efecto mismo que es potencialmente problemático es lo que hace que la práctica sea competitiva (piense en combinar dos características en un solo producto). Pero hay prácticas que no son capaces de tener efectos favorables a la competencia o, más en general, que no pueden explicarse plausiblemente como un medio para aumentar la competencia. Para estas prácticas, el rótulo «por objeto» está totalmente justificado.*

III. OFERTAS PREDATORIAS

En el Capítulo I se explicó que la normativa de contratación pública comunitaria (y la española) conceden una importancia esencial al precio como criterio de adjudicación⁷⁰⁰. A la hora de presentar sus ofertas, los licitadores tienen al presupuesto de licitación como límite máximo insuperable. Pero carecen de un límite mínimo. El objetivo es incentivar a los licitadores para que reduzcan sus proposiciones económicas y aprovechar la competencia entre los licitadores para abaratar las compras públicas. Pero el estímulo producirá resultados anticompetitivos en el caso de que algún licitador formule una oferta inferior a los costes (a pérdida) o un licitador dominante presente una oferta predatoria.

El estudio realizado en este epígrafe se completa con el realizado en el epígrafe IX de este capítulo, relativo a las ofertas predatorias y desleales en determinados servicios públicos y de interés económico general.

1. Presupuesto de licitación y oferta económica excesivamente reducida

Sobre la base del presupuesto de licitación, cada licitador presenta su proposición económica. Si la oferta es superior al precio tipo, ha de ser rechazada y el licitador queda automáticamente excluido del procedimiento de contratación, sin posibilidad de enmienda. Cuando la proposición económica es muy inferior al tipo (excesivamente reducida) cabe hablar de cuatro fuentes de riesgo para la contratación: (a) la proposición que, no hallándose comprendida en los supuestos posteriores, se revele insuficiente para la ejecución del contrato y derive en un procedimiento de modificación contractual; (b) la oferta es anormalmente baja; (c) es una oferta a pérdida; (d) o se trata de un precio predatorio.

*Cuando una práctica no tiene otra finalidad que la eliminación de la competencia, no tiene sentido exigir pruebas de efectos anticompetitivos caso por caso(...). ¿Ejemplos de conducta de este tipo? Precios inferiores a los costes variables medios. Hacerlo es en principio irracional para una empresa. Por lo tanto, la única explicación plausible para la conducta es que es parte de un plan para sacar a un rival del mercado». IBÁÑEZ COLOMO, PABLO, «Lithuanian Railways: the most straightforward abuse case ever?», *Chillin' Competition*, 5 de octubre de 2017, <https://chillingcompetition.com/2017/10/05/lithuanian-railways-the-most-straightforward-abuse-case-ever/>.*

⁷⁰⁰ Ver Capítulo I.3, *supra*.

De los casos citados, el primero es una materia propia del Derecho administrativo de la contratación pública. El segundo tiene su asiento en el epígrafe de este capítulo relativo a las prácticas desleales anticompetitivas. De naturaleza contractual son también las ofertas económicas anormalmente bajas. Pero se procede a su análisis en esta sede, a suerte de preámbulo explicativo de las proposiciones a pérdida y de las ofertas predatorias. Estas últimas constituyen el grueso del estudio. De las mismas se separan, a efectos de tratamiento, las denominadas ‘ofertas a precio cero’. Por último, la predación en fase de ejecución del contrato es objeto de estudio en el epígrafe segundo de este capítulo (prácticas predatorias y desleales en la prestación de servicios públicos y SIEG).

La proliferación de ofertas económicas excesivamente reducidas se acentúa en el caso de que el mercado padezca un exceso de capacidad (*excess manufacturing capacity*)⁷⁰¹. Esta situación responde al aumento del número de posibles licitadores o de la capacidad de producción de uno o varios de los ya existentes. Su efecto reductor de la cuantía de las ofertas se acentúa cuando el incremento de la capacidad se produce de forma abrupta (por ejemplo, aumento de fondos públicos en una determinada política, crisis económica que desplaza a empresas hacia otros sectores). En casos de sobrecapacidad, cualquier licitador puede incurrir en ofertas anormalmente bajas o desleales; pero sólo un licitador dominante puede ser sancionado por ofertas predatorias.

⁷⁰¹ SHERRER, CHARLES W., «Predatory pricing: an evaluation of its potential for abuse under Government Procurement Contracts», *The Journal of Corporation Law*, 1981, pp. 536-537.

Tabla X. Oferta anormalmente baja, oferta con pérdidas y oferta predatoria

<p>Oferta Anormalmente baja</p>	<p>Art. 69 Directiva 2014/24. Criterios de justificación</p>	<p>a) el ahorro que permite el proceso de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción; b) las soluciones técnicas adoptadas o las condiciones excepcionalmente favorables de que dispone el licitador para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras; c) la originalidad de las obras, los suministros o los servicios propuestos por el licitador; d) el cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo 18, apartado 2; e) el cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo 71; f) la posible obtención de una ayuda estatal por parte del licitador. e) el cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo 71; f) la posible obtención de una ayuda estatal por parte del licitador. El poder adjudicador evaluará la información proporcionada consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 2. Los poderes adjudicadores rechazarán la oferta si comprueban que es anormalmente baja porque no cumple las obligaciones aplicables contempladas en el artículo 18, apartado 2. Cuando el poder adjudicador compruebe que una oferta es anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda de Estado, solo podrá rechazar la oferta por esa única razón si consulta al licitador y este no puede demostrar, en un plazo suficiente, fijado por el poder adjudicador, que la ayuda era compatible con el mercado interior, a efectos del artículo 107 del TFUE. Los poderes adjudicadores que rechacen una oferta por las razones expuestas deberán informar de ello a la Comisión.</p>
<p>Oferta con pérdida</p>	<p>Art. 17.2 LCD Art. 3 LDC</p>	<p>a) Cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento; b) Cuando tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajenos; c) Cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado.</p>
<p>Oferta predatoria</p>	<p>Art. 2.1.a) LDC y.102.1.a) TFUE</p>	<p>Test <i>Areeda</i> y similares</p>

2. Ofertas anormalmente bajas

2.1. Prohibición de exclusión automática

Conocidas tradicionalmente como «*bajas temerarias*», la Directiva 2004/18, de contratos públicos, prescindió del matiz intencional y las denominó «*ofertas con valores anormales o desproporcionados*». La Directiva 2014/24 (artículo 69) y el LCSP (artículo 149) mantienen también su sentido de anomalía, bajo el nombre de «*ofertas anormalmente bajas*»⁷⁰². Pero ni la normativa comunitaria ni la nacional las definen.

No entran en este concepto: (1) el presupuesto de adjudicación que es considerado demasiado reducido por algún licitador. La competencia para fijar el presupuesto corresponde al ente contratante. Los interesados pueden recurrirlo o no presentar una oferta⁷⁰³; (2) aquella proposición económica sustancialmente más reducida que el precio máximo, siempre que permita cumplir el contrato. Por el contrario, es anormalmente baja aquella proposición que reúne dos características concatenadas: (1) su importe es tan inferior al presupuesto de licitación y a las demás ofertas presentadas (2) que razonablemente hace presumir al órgano de contratación que no será suficiente para la ejecución completa y satisfactoria del contrato⁷⁰⁴. La jurisprudencia comunitaria ha estimado que esta presunción nunca es *iuris et de iure*, sino *iuris tantum*, puesto que el carácter anormalmente bajo de una oferta debe apreciarse en relación con la composición de la oferta y en relación a la prestación de que se trata⁷⁰⁵. Por ello, una oferta anormalmente baja no es causa automática de exclusión del procedimiento para el licitador que la haya presentado, con independencia de su importe⁷⁰⁶. Debe permitírsele

⁷⁰² Tampoco ha establecido la forma de determinar cuando nos encontramos ante una. En España, el artículo 85 del todavía vigente RGLCAP establece los marcos de la baja anormal o desproporcionada cuando el único criterio de adjudicación fijado por el PCAP es el precio. En caso de pluralidad de criterios de adjudicación, los parámetros para apreciar el carácter desproporcionado de una oferta económica han de ser precisados en el PCAP. JCCA Aragón, Informe 11/2014, de 7 de mayo, «*Asunto: Diferentes cuestiones relacionadas con los parámetros objetivos que permiten considerar las ofertas como anormales o desproporcionadas en las licitaciones públicas*», pp. 6 y 8

⁷⁰³ RACCO, *Asociación de funerarios de Lleida*, p. 6.

⁷⁰⁴ La comparación entre la oferta anómala y las restantes ofertas es el criterio adoptado por el artículo XV.6 del *Acuerdo (revisado) sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio*, de 30 de marzo de 2012.

⁷⁰⁵ STJUE de 18 de diciembre de 2014, C-568/13, *Data Medical Service*, apartado 50, ECLI:EU:C:2014:2466, y de 19 de octubre de 2017, C-198/16 P, *Agroconsulting Europe*, apartado 29, ECLI:EU:C:2017:784.

⁷⁰⁶ STJUE, de 27 de noviembre de 2001, asuntos acumulados C-285/99 y C-286/99, *Impresa Lombardini SpA-Impresa Generale di Construzioni*. El mantenimiento provisional del licitador o candidato

explicar los motivos de su oferta y su viabilidad sin poner en riesgo la ejecución del contrato. Un informe técnico y motivado del órgano de contratación decidirá sobre la suficiencia de la proposición «declarada en baja». Este informe será el elemento de juicio supremo a la hora de decidir sobre la exclusión de la oferta.

2.2. Diferencias con las ofertas con pérdida y las ofertas predatorias

Con carácter general, las ofertas anormalmente bajas son una institución propia del Derecho (administrativo) de la contratación pública, sometidas a los parámetros y fórmulas de evaluación establecidos por la normativa contractual y cuya declaración corresponde al órgano de contratación. La apreciación de las ofertas predatorias depende de la concurrencia de los criterios establecidos por la normativa de defensa de la competencia. La de las ofertas con pérdida está sometida a los criterios de la LDC, de la Ley de Competencia Desleal y de la normativa de defensa de los consumidores y usuarios. Decidirán sobre su existencia las autoridades de defensa de la competencia, los tribunales competentes en materia de competencia desleal y defensa de consumidores y usuarios y los órganos administrativos encargados de la protección de los consumidores.

El importe de la proposición no prejuzga su adscripción a una u otra figura. Cabe presumir que una oferta predatoria es más reducida que una oferta a pérdida y esta que una anormalmente baja. De ello podría deducirse que cuando existan la primera y/o la segunda, automáticamente concurrirá la tercera. Frente a ello cabe oponer que (1), como arriba se señaló, los criterios de apreciación son diferentes para los tres tipos; (2) una oferta ridículamente baja, pero que cumpla los parámetros del artículo 69.2 de la Directiva 2014/24, habrá de ser admitida y evaluada por el órgano de contratación. Pero será declarada predatoria por la autoridad de competencia, salvo que esté objetivamente justificada o plantee eficiencias admisibles. Así lo demuestra la más abajo un epígrafe posterior.

En *PC-Ware*, el denunciante partió de que las condiciones de la licitación comunitaria se remitían al Derecho belga en aquellos extremos no cubiertos por el Derecho comunitario⁷⁰⁷. A su juicio, la oferta económica presentada por el adjudicatario era anormalmente baja y debía ser calificada como venta con pérdida, práctica prohibida

‘temerarios’ y los parámetros de justificación de las ofertas anormalmente bajas forman el cuerpo central del artículo 69 de la Directiva 2014/24.

⁷⁰⁷ STG, de 11 de mayo de 2010, T-121/08, *PC-Ware Information Technologies/Comisión*.

conforme al artículo 40 de la ley belga sobre prácticas comerciales. En consecuencia, la oferta inicialmente ganadora debería haber sido excluida y el contrato adjudicado a la denunciante. El TJUE desestimó la petición por considerar inaplicable la ley belga. Pero no entró a discutir si las ofertas anormalmente bajas son una subcategoría de la venta con pérdida. Esta sentencia será objeto de un estudio detallado en el Capítulo IV (epígrafe 3, 7.1.3.1).

3. Ofertas con pérdida

Las ofertas con pérdida pertenecen a la categoría general de ventas con pérdida, sin más especialidad que el ser ejecutadas en el curso de un procedimiento de contratación. Su carácter anticompetitivo no se somete a las reglas del abuso de posición de dominio, sino a las del falseamiento de la competencia por actos (artículo 3 LDC en concierto con el artículo 17.2 LCD).

La oferta de un licitador o candidato será anticompetitiva por incurrir en pérdidas (precio < coste) cuando: (1) incurra un comportamiento desleal por ser [a) susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento; b) tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajenos; c) forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado.] y (2) afecte al interés público por falsear la competencia.

Al estudio de esta figura se dedica el epígrafe X.4 de este Capítulo.

4. Ofertas predatorias

Las ofertas predatorias son un mero subtipo de los precios predatorios. Participan por ello de los caracteres propios de toda predación abusiva: sacrificio, cierre anticompetitivo del mercado y valoración de las eficiencias alegadas por el licitador concernido. Su singularidad radica en el *quién* y en el *dónde*: (1) incurren en ofertas predatorias los licitadores o candidatos (2) cuando participan en procedimientos de contratación (público o privado).

4.1. Parámetros de coste

Las ofertas predatorias serán abusivas cuando el operador dominante (licitador o candidato) incurra deliberadamente en pérdidas o renuncie a beneficios a corto plazo (denominada en lo sucesivo «sacrificios»), a fin de excluir o tener probabilidades de excluir a uno o varios de sus competidores reales o potenciales, igual o razonablemente eficiente, con objeto de reforzar o mantener su poder de mercado, perjudicando así a los consumidores⁷⁰⁸. A la hora de valorar el sacrificio al que voluntariamente se somete el licitador predatorio, la autoridad de defensa de la competencia debe acudir al modelo *AKZO/TetraPark* y sus variantes. Tomará como referencia la relación del precio con los costes medios evitables, costes variables (medios o totales) o con los costes incrementales medios a largo plazo⁷⁰⁹.

La extinta OFT acudió a la regla $Pr < CVM$ (coste variable medio) en *Napp Pharmaceuticals*⁷¹⁰. Este caso es sumamente significativo de cómo en ciertos sectores, p. ej., el farmacéutico, el abuso adopta modalidades diferentes según el (sub)mercado en el que opera la dominante. La empresa del mismo nombre era superdominante en el mercado de los fármacos derivados de la morfina. Con el fin de incrementar aún más su poder de mercado, planteó ofertas predatorias en las licitaciones convocadas por los hospitales públicos. Por el contrario, en las ventas a oficinas de farmacia, imponía precios sustancialmente por encima de coste (excesivos)⁷¹¹.

⁷⁰⁸ MATEUS, ABEL M., «Predatory pricing: A proposed structured rule of reason, *European Competition Journal*», Agosto, 2011, p. 248.

⁷⁰⁹ *Orientaciones*, 26, 44, 63, 66. Para un breve estudio comparativo de los parámetros de coste (*cost measures*), ver ICN, *Unilateral Conduct Workbook, Chapter 4: Predatory Pricing Analysis*, presentado en la 11ª Conferencia Anual de la ICN, Río de Janeiro, abril, 2012, pp. 18-30. Para que el abuso sea predatorio, la comparación entre precios y los parámetros debe generar un resultado negativo (pérdidas). En caso de que el precio sea inferior a la medida de coste pero el resultado sea positivo (ganancias), falta uno de los elementos básicos del tipo predatorio. Así ocurre en RCNMC, de 25 de septiembre de 2014, SDC/0513/14, *Televisión Baleares*, p. 4.

⁷¹⁰ OFT, No CA/98/2/2001, de 30 de marzo, *Napp Pharmaceutical Holdings Limited & Subsidiaries (Napp)*.

⁷¹¹ La OFT concluyó que la imposición de precios predatorios en el submercado hospitalario creaba barreras de entrada para potenciales competidores. Este submercado constituía un punto de entrada extremadamente importante para nuevos productores, debido al efecto reputacional y al «follow-on» en las ventas a farmacias. GREEN, NICHOLAS, «Problems in the identification of excessive prices: The United Kingdom Experience in the light of *Napp*», en EHLERMANN, CLAUS-DIETER y ATANASIU, ISABELA (eds). *European Competition Law Annual 2003, What is an abuse of dominant position?*, Oxford, 2006, pp. 85-89.

Los parámetros de coste citados otorgan mayor seguridad jurídica a la investigación de la predación que los tests aplicados a otras figuras abusivas⁷¹². No obstante, la propia Comisión admite una versión más ‘relajada’ de precios (y ofertas) predatorios. Para demostrar la estrategia predatoria no sería imprescindible que precio u oferta sean inferiores a los costes medios evitables. Bastaría a la autoridad de competencia demostrar que la presunta conducta predatoria produjo a corto plazo unos ingresos netos inferiores a los que cabría haber esperado de una conducta alternativa razonable, es decir, que la empresa dominante incurrió en una pérdida que podría haber evitado⁷¹³.

No supeditar la anticompetitividad de las ofertas predatorias a las operaciones matemáticas de los tests *Areeda/Turner* y *AKZO/Tetrapark* (método taxativo, objetividad estricta) sino a la estimación sobre si las pérdidas son evitables (método valorativo, primer grado de subjetividad) introduce un componente de indefinición y favorece una visión expansiva de la predación en la contratación pública. El test de la evitabilidad puede convertirse muy fácilmente en un enjuiciamiento sobre las intenciones del licitador a la hora de asignar un precio a su oferta (segundo grado de subjetividad). Esta deriva malbarata la precisión que los tests *Areeda/Turner* y *AKZO/Tetrapark* habían proporcionado a la predación y favorece tanto la pérdida de calidad técnica de las resoluciones sobre abusos predatorios como la comisión de errores tipo I (falsos positivos) o tipo II (falsos negativos).

El ejemplo más señalado de la equiparación entre evitabilidad de las pérdidas y el precio predatorio se halla en las resoluciones que califican como predatorias a las ofertas por debajo de coste. Además de condicionar la calificación del abuso a un elemento graduable -¿cuánto ha de hallarse el precio por debajo del coste?, (objetividad por asimilación)- contribuye a difuminar la diferencia entre la predación (abuso de posición de dominio *ex* artículo 2 LDC) y la oferta a pérdida en sentido estricto (conducta desleal que falsea la competencia, *ex* artículo 3 LDC). En cualquier caso, este criterio ha sido asumido por la Dirección General de la Competencia y por las

⁷¹² Al compararlos con los tests usados en los empaquetamientos exclusionarios, «la taxatividad de los tests predatorios hace que sea «fácil determinar si un rival ha sido excluido bajo precios predatorios: ¿es el precio por encima o por debajo del costo? Si bien el cálculo de la medida apropiada del costo es un desafío empírico(...). También hay mucho menos espacio errar al pronunciarse sobre el cierre del mercado», NALEBUFF, BARRY, «Exclusionary Bundling», cit., p. 344 (traducción del autor).

⁷¹³ *Orientaciones*, 65.

autoridades nacionales. Así lo hizo la autoridad holandesa de defensa de la competencia (ACH) en *Nederlandse Spoorwegen*.

La provincia de Limburgo lanzó un procedimiento de contratación para la adjudicación de un contrato de concesión de transporte ferroviario y por autobús. Nederlandse Spoorwegen (NS) – operador dominante a nivel nacional en el mercado de transporte ferroviario- presentó una oferta a través de una filial (Abellio). A pesar de que Abellio fue la adjudicataria provisional, las irregularidades que desencadenaron la investigación de la autoridad de competencia provocaron que el contrato fuese adjudicado a otro licitador (Arriva). La ACH resolvió que NS había incurrido en abuso de posición de dominio por fijación de precios predatorios en su oferta (oferta predatoria). En concreto, presentó una oferta bajo precio que ningún otro rival podía acercarse. Además, NS sobrestimó su rendimiento esperado en la concesión de Limburgo y no ha tenido en cuenta el riesgo previsible de incurrir en ciertos costes; tampoco justificó las razones de hacerlo⁷¹⁴.

Se observa claramente que los tests fijados para la determinación de una oferta anormalmente baja o de una oferta a pérdida responden a los diferentes bienes jurídicos protegidos por cada normativa: la regularidad del procedimiento de contratación en el primer caso y la justa correlación de fuerzas entre los operadores de mercado en el segundo.

Y el Tribunal de Defensa de la Competencia en *Preparados Farmacéuticos*⁷¹⁵:

El caso se desarrolla en el marco de la contratación pública de una especialidad farmacéutica de uso exclusivo en hospitales y no fabricada en España. Los contratos no son el resultado de un procedimiento competitivo, sino de ventas directa. La empresa denunciante vende un medicamento

⁷¹⁴ Aunque el texto de la resolución figura en lengua neerlandesa, se ha accedido al resumen publicado por la Autoridad holandesa de Competencia en su página web (<https://www.acm.nl/en/publications/publication/17397/Dutch-Railways-NS-abused-its-dominant-position-in-regional-tender-process>). En él se indica expresamente que «la primera infracción consiste en que NS presentó una oferta con pérdidas en el proceso de licitación de 2014 para el contrato de transporte público en la provincia de Limburgo: los costes incurridos por NS serían superiores a los ingresos previstos del contrato regional en Limburgo. Como resultado, los otros licitadores carecían de oportunidades para ser adjudicatarios: no podían igualar o superar la oferta de NS sin sufrir pérdidas, incluso si funcionaban tan eficientemente como NS» (traducción del autor).

⁷¹⁵ RTDC, de 16 de enero de 2008, Expte. 628/07, *Preparados Farmacéuticos*.

genérico y sostiene que la denunciada (Uriach, S.L.) – vendedora de un fármaco patentado- incurrió en competencia desleal; en concreto, en venta a pérdida.

El Servicio de Investigación lo calificó como un caso de abuso de posición de dominio. En concreto, enmarcó la conducta en la figura de los precios predatorios, puesto que Uriach, S.L., una vez que la denunciante entró en el mercado de las ventas a hospitales, redujo sustancialmente el precio de su producto. En concreto vendió «*un porcentaje elevado de unidades por debajo del precio de adquisición*».

El Tribunal archivó el caso porque no había podido demostrarse la posición de dominio de Uriach y se hallaba ausente el elemento de cierre del mercado para los rivales (*foreclosure*). Respecto del primer extremo, para descartar la presencia de dominancia, la autoridad de competencia española apeló a un supuesto poder de contrapeso del comprador. Pero esto sólo existe como tal en teoría. Los procedimientos de contratación han sido rigurosamente diseñados para aumentar la transparencia y prohibir la arbitrariedad administrativa y la corrupción. La capacidad de negociación es muy escasa. Por otra parte, la decisión hizo un análisis formal de la ejecución hipotecaria. Se limitó a la descripción de los resultados de las ofertas pasadas, pero no cavó en los principios de las prácticas depredadoras para juzgar el comportamiento de Uriach.

Respecto de la ausencia de *foreclosure*, (1º) la empresa dominante no ganó todas las adjudicaciones, sino que (2º) la denunciante obtuvo cuota de mercado durante el período examinado, en el que no fue excluida del mercado ni perdió capacidad competitiva. Por lo tanto, (3º), ni la entrada del genérico redujo la cuota del dominante ni la guerra de precios perjudicó a su competidora, cuya cuota aumentó. Lo que sugiere un aumento del consumo del medicamento.

Según la jurisprudencia y práctica comunitarias, para que existan precios predatorios, no sería necesario que el depredador consiguiese sus objetivos (expulsar o

domesticar a una empresa rival). Tampoco sería un obstáculo el hecho de que no estuviese en condiciones de recuperar sus pérdidas⁷¹⁶.

4.2. Su empleo contra los proveedores de medicamentos genéricos

Preparados Farmacéuticos recoge un caso (frustrado) de predación ejercida por una empresa dominante frente a sus rivales, proveedores de medicamentos genéricos. Es un ejemplo muy llamativo de cómo las farmacéuticas incumbentes pueden reaccionar frente a la penetración de los genéricos en la contratación pública⁷¹⁷. GlaxoSmithKline Francia llevó a las últimas consecuencias el principio de «*sólo uno va a sobrevivir*».

El conflicto comenzó cuando, entre 1997 y 1998, varios laboratorios fueron autorizados a comercializar los genéricos de un medicamento llamado Zinnat® (cefuroxime sodique), cuyos derechos pertenecían a GlaxoSmithKline (en adelante Glaxo). Uno de ellos - Flavelab - obtuvo en diciembre de 1997 el permiso de la Agencia de Medicamentos para vender el genérico a los hospitales. Ya en marzo de 1998, el laboratorio comenzó a participar masivamente en licitaciones lanzadas por hospitales. Como resultado, Glaxo estimó que este mismo año pasaría de una posición monopolística para ser privado de todos los contratos con hospitales.

Glaxo reaccionó dibujando dos estrategias: una ruta legal y un contraataque feroz en futuras licitaciones. La primera consistía en demandar a Flavelab por violar los derechos de propiedad intelectual. Este camino no fue exitoso. Glaxo decidió bajar sus precios en todas las licitaciones futuras donde los fabricantes de genéricos presentaron ofertas. La nueva política se implementó en el año 2000. Los precios de Glaxo disminuyeron hasta el punto de que eran inferiores a los de los proveedores de genéricos. El éxito fue inmediato. Glaxo ganó casi todas las licitaciones de la campaña 2000 (29 licitaciones contra 3 Flavelab y una para Panpharma). En 2001 Flavelab abandonó el mercado, Glaxo reanudó su ~~super~~ dominación y los precios subieron entre 50 por ciento y 70 por ciento en dos años.

⁷¹⁶ Un resumen de esta jurisprudencia se encuentra en CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS y RODRÍGUEZ RODRIGO, JULIANA, «Precios precipitados», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, N° 1, Julio-Diciembre 2007, pp. 39 ss, (formato LaLeyDigital.com).

⁷¹⁷ Conseil de la Concurrence, Décision n° 07-D-09, 14 March 2013, *relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire GlaxoSmithKline France*.

El *Conseil* enfrentó el caso desde la perspectiva de una práctica depredadora y examinó tres puntos: la sustituibilidad del mercado entre los medicamentos de marca y los genéricos; análisis de precios y estrategia depredadora. En cuanto a la definición del mercado, Glaxo defendió una amplia ampliación del mercado para no ser considerada como la empresa dominante. Este punto requería decidir si los medicamentos de marca y genéricos eran sustituibles y, en caso afirmativo, en qué grado. La Decisión afirmaba que la jurisprudencia de la UE y de los Estados miembros considera que la posibilidad de sustitución entre fármacos está limitada por sus indicaciones terapéuticas y contraindicaciones, que dependen de las propiedades farmacológicas de los productos, pero también por la notificación de los prescriptores.

Sin embargo, la aplicación de esta jurisprudencia basada principalmente en el uso terapéutico requiere la combinación de varios criterios convergentes cuando las fronteras entre los mercados y la sustituibilidad del producto no se destacan inmediatamente de las recomendaciones de las autoridades sanitarias y las prácticas de los prescriptores. Resumiendo, la sustituibilidad entre los fabricantes de fármacos depende de la capacidad de ejercer presión mutua para evitar su comportamiento independiente. En el caso, el *Conseil* decidió que ambos productos eran interdependientes y eran de tal modo sustituibles.

Acto seguido, la Decisión se ocupó del baremo precio/coste de Glaxo. El Consejo encontró que para las campañas 1999-2000 Glaxo vendió Zinnat a los hospitales a precios inferiores a sus costos de compra. Concluyó que, de acuerdo con la doctrina *Akzo*, puede presumirse la intención de desalojo de sus competidores en el mercado. En cuanto a los efectos de esta práctica, se pueden comprobar fácilmente observando la eliminación de competidores en cada uno de los segmentos clínicos en los que estos bajos precios fueron practicados por Glaxo. Esta empresa replicó que para la prueba de precio/costo los precios de compra deberían ser reemplazados por los costos internos de transferencia, ya que tanto las empresas de venta como las de compra pertenecían al mismo grupo. La Decisión rechazó el argumento, ya que los precios internos no son diferentes de los precios ordinarios cuando están relacionados con transacciones reales. Por último, el Consejo ha declarado que un precio de venta igual a un precio de compra debe presumirse depredador siempre que este último sea inferior a los costes variables. Por último, Glaxo negó el abuso ya que la ley francesa no impuso barreras de entrada a los medicamentos genéricos.

La Decisión declaró que Glaxo había incurrido en precios predatorios al construir una reputación de agresividad. Esta estrategia consistía en fijar precios muy bajos en el mercado para retrasar la llegada de los genéricos al mercado del aciclovir inyectable, pero también en otros mercados amenazados por la expiración de las patentes. La Decisión también muestra cómo los precios predatorios exitosos pueden ser en los mercados farmacéuticos cuando se lleva a cabo por un dominante obstinado que utiliza su bolsillo profundo al fondo. La estrategia depredatoria fue rentable para Glaxo, ya que no sólo condujo a la eliminación de Flavelab del mercado hospitalario (la cefuroxima constituyó el 50 por ciento de las ventas de este último), sino también a Panpharma, Ggam y otros laboratorios que, presentes en el mercado de cefuroxima sódica, se le pidió que trasladaran su producción a otros genéricos lejos de los productos del laboratorio Glaxo. Ambos laboratorios habían observado la política de precios predatorios de Glaxo en las licitaciones y decidieron renunciar a cualquier oferta que rivalizara con ella.

A pesar de todos los datos ofrecidos por la Decisión, la misma fue declarada nula por el Tribunal de Apelaciones de París, que no respaldó al Consejo en la existencia de una estrategia de depredación⁷¹⁸.

4.3. Ofertas «con precio cero»

4.3.1. Admisibles para el Derecho de la Contratación pública

Las ofertas con precio cero y las ofertas simbólicas son aquellas proposiciones económicas que no incluyen una verdadera contraprestación. Este licitador, de resultar adjudicatario, se compromete a ejecutar el contrato sin reclamar a la entidad contratante contraprestación alguna (o meramente testimonial). Dado que el precio es el criterio de adjudicación más importante, y a veces el único, este tipo de ofertas son muy favorables para su proponente, que asegura obtener la mayor puntuación prevista en los PCAP para este criterio.

Las ofertas con precio cero constituyen la regla en las licitaciones de contratos de mediación de seguros celebrados por las administraciones públicas con agentes y corredores. En ellas es práctica universal que el único criterio de adjudicación sea el

⁷¹⁸ Corte de Apelaciones de París, 1ª Chamber, Section H, 8 de abril de 2008.

precio y que los PCAP no incluyan ninguna contraprestación económica a cargo del contratante público. Los pliegos suelen establecer como precio del contrato las comisiones a satisfacer al futuro adjudicatario por las entidades aseguradoras, quienes son ajenas al contrato administrativo⁷¹⁹. Puede decirse así que son los propios entes contratantes quienes favorecen o imponen que los licitadores presenten ofertas con importe cero.

Las ofertas a ‘cero’ y las simbólicas reúnen el requisito del precio cierto y por lo tanto deben ser valoradas por el órgano de contratación, quien les asignará la puntuación máxima⁷²⁰. El hecho de que el pago se verifique por un tercero y que sean una traslación de las prácticas habituales en el mercado evita su consideración como ofertas anormalmente bajas⁷²¹. Tanto las juntas consultivas de contratación administrativa como los tribunales administrativos de recursos contractuales han aceptado la validez de los pliegos que recogen este tipo de cláusulas, sobre la base de que no impugnan el carácter oneroso del contrato público. Sin embargo, parte de la doctrina considera que estas ofertas quiebran principios básicos de la contratación pública⁷²²: el principio de competencia leal y de concurrencia en igualdad de condiciones (al forzar posiciones de renuncia a beneficios que solo pueden ser soportadas por grandes operadores económicos), el principio de equivalencia objetiva de las prestaciones en el contrato público oneroso, potenciando por la propia Administración contratante la desvirtuación de elementos básicos de la contratación pública como la correcta consideración de la

⁷¹⁹ A título de ejemplo, STS, Sala 3ª, Sección 4ª, de 26 de junio de 2007, Rec. 10684/2004, *Muñiz y Asociados, Correduría de Seguros*. El argumento que aporta el Alto Tribunal es la suficiencia de que el contrato sea abonado por un tercero que no es parte en el mismo, como son las entidades aseguradoras. Ver también TACRC, Resolución nº 396/14, de 23 de mayo, *RIBÉ SALAT BROKER*, Recursos nº 230/2014, 231/2014 y 233/2014, p. 35.

⁷²⁰ TACRC, Resolución nº 1045/2015, de 13 de noviembre, *ELCENOR, S.A.*, Recurso nº 1047/2015 C. Valenciana 164/2015, p. 14.

⁷²¹ TACRC, Resolución nº 396/14, p. 27.

⁷²² En concreto, las ofertas con precio cero vulneran «*el principio de competencia leal y de concurrencia en igualdad de condiciones (al forzar posiciones de renuncia a beneficios que solo pueden ser soportadas por grandes operadores económicos), el principio de equivalencia objetiva de las prestaciones en el contrato público oneroso, potenciando por la propia Administración contratante la desvirtuación de elementos básicos de la contratación pública como la correcta consideración de la oferta anormalmente baja y las dificultades para considerar las modificaciones contractuales. Deberá concluirse, por fin, que las mejoras gratuitas han de ser consideradas ilegales por afectar directamente al principio de igualdad de trato de los licitadores y al de competencia leal*», BLANCO LÓPEZ, FRANCISCO, «Las mejoras gratuitas o sin coste en el contrato público», *Contratación Administrativa Práctica*, Nº 141, Sección Reflexiones, Wolters Kluwer, Enero 2016 (consultado en LaLeyDigital.com). El autor cita la doctrina administrativa sobre esta figura y la contrasta con los principios de la contratación pública.

oferta anormalmente baja y las dificultades para considerar las modificaciones contractuales.

4.3.2. ¿Abusivas para el Derecho de la Competencia?

La popularidad de las ofertas «con precio cero» en los contratos administrativos de mediación y su admisión en los PCAP las hace merecedoras de ser incluidos entre los denominados «mercados con precio cero» («*zero-price markets*»). Su característica principal es que los productos relevantes de los mercados implicados son complementarios. Cuando la empresa dominante ofrece un producto a cero euros (servicio de mediación de seguros a la entidad pública contratante), su conducta es racional cuando espera obtener un beneficio en el otro mercado (relación de la correduría con las aseguradoras y elección de la que ofrece el producto más adecuado para la entidad pública cliente)⁷²³.

En los contratos de mediación de seguros con precio cero o simbólico están presentes dos mercados interrelacionados y con productos complementarios: (1º) el contrato privado, que liga a cada corredor con las aseguradoras; (2º) el contrato de mediación, que liga al corredor de seguros con su cliente, sea privado o público. Este último negocio se instrumenta en un contrato administrativo. La relación es tripartita pero bilateral: la aseguradora es el proveedor del ente contratante y este su cliente final, pero ambos no interactúan entre sí. La correduría hace una labor de intermediación y asesoramiento y actúa de forma separada con ambos. El tipo de relación establecida entre las tres entidades convierte a los servicios en complementarios y explica que la remuneración por los servicios desarrollados sea satisfecha por una tercera parte, la entidad aseguradora, ajena al contrato que une al asesor/mediador con su cliente (el tomador del seguro) y con la cual el mediador establece una relación jurídica independiente que toma como base precisamente el citado contrato.

Para que pueda hablarse de abuso de posición de dominio del licitador que realiza una oferta a precio cero, es imprescindible que aquel sea dominante en su propio mercado (por ejemplo, la mediación de seguros). Partiendo de dicho requisito, esta práctica sería incardinable en distintos tipos de abuso e incluso en el comportamiento

⁷²³ NEWMAN, JOHN, M., «Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations», *164 University of Pennsylvania Law Review*, 149, (2015), p. 154.

desleal de venta a pérdida. Las proposiciones «con precio cero» suponen llevar al extremo la minoración del elemento económico de la oferta; factor ya determinante en la predación y, en menor medida, en las ofertas a pérdida. Pero su atractivo para los operadores económicos destinatarios facilita su empleo en otros comportamientos, como la denegación de acceso y las ventas encadenadas. A continuación se analizan las ofertas a precio cero de naturaleza predatoria. En los epígrafes IX.5 y X.4.2 de este Capítulo (*infra*) se estudian las ofertas con precio cero no predatoria y las constitutivas de ofertas a pérdida, respectivamente.

4.3.3. Predación

Como arriba se indicó, las proposiciones «con precio cero» suponen llevar al extremo la minoración del elemento económico de la oferta. Por lo tanto, la apreciación sobre su carácter predatorio se haría con los mismos parámetros que han sido estudiados en el epígrafe dedicado a las ofertas predatorias⁷²⁴. El sacrificio del mediador dominante sólo tiene naturaleza predatoria si es monetario y afecta al precio de venta de su producto. Pero no cualquier rebaja en la oferta es predatoria; en caso contrario, la oferta predatoria se identificaría con la oferta a pérdida y constituiría una vulneración del artículo 17 LCD o del artículo 3 LDC, no un abuso de posición de dominio.

En *Arbora y Ausonia*, el Tribunal de Defensa de la Competencia condenó a dos empresas (Arbora y Ausonia) por abuso de posición de dominio conjunto en el mercado de venta de pañales infantiles desechables a hospitales y clínicas públicas entre los años 1988 y 1989. En casi todos los casos, las ofertas ganadoras de ambas empresas habían sido muy inferiores a los costos declarados por ellas. En 17 concursos, las empresas realizaron ofertas vencedoras con precio cero. El Tribunal sostuvo que la conducta de ambas empresas constituye «una forma de abuso de posición dominante mediante una práctica consistente en una política tendente a eliminar a los competidores por medios desleales --precios predatorios-- recogida en el apartado d) del artículo 3 de la Ley 110/1963 (de represión de prácticas restrictivas de la competencia)».

La resolución concluyó que las ofertas presentadas por los licitadores eran predatorias con base a la magnitud de las minoraciones de los precios sobre los

⁷²⁴ *Infra*, epígrafe III de este capítulo.

costes⁷²⁵. Pero no procedió a calcular los costes conforme a ninguno de los parámetros objetivos al uso (*infra* 4.1). Sostener que la oferta es predatoria *per se* cuando su importe es cero es criticable. Aquel licitador que presente una oferta económica a precio cero o simbólico sólo será sancionable por conducta predatoria cuando se acredite que: (1) goza de posición de dominio en el mercado correspondiente al producto sobre el que hace la oferta gratuita (mercado de mediación de seguros, p.ej.); (2) con su oferta económica gratuita o simbólica en el procedimiento de contratación ha incurrido deliberadamente en pérdidas o renunciado a obtener beneficios a corto plazo; (2) su objetivo o el efecto de tal conducta es excluir a los co-licitadores rivales. Pero esto no es suficiente. Deberá probarse además (3) que dicha oferta es inferior a los parámetros de coste y (4) que su conducta perjudica a los consumidores.

El éxito de la investigación será mayor si se demuestra que el licitador recuperó las pérdidas por cualquier medio (incremento de precios, resarcimiento por un tercero). Así ocurre en los procedimientos para la contratación del servicio de mediación de seguros. Tanto el licitador como el órgano de contratación esperan que sea la aseguradora quien realice los pagos a aquel. En el ámbito comunitario -a diferencia del Derecho norteamericano - no es exigible que el adjudicatario obtenga el resarcimiento de las pérdidas a corto o a medio plazo (*recoupment*), dado que la recuperación de pérdidas no se incluye entre los índices del test predatorio. Sin embargo, doctrina muy autorizada ha destacado su importancia⁷²⁶.

Gestoría Administrativa Dessy es un supuesto notable de asunción tácita por los tribunales civiles de que una oferta con precio cero es abusiva, sin incardinarla en el artículo 2 LDC, y castigándola en realidad como comportamiento desleal (venta a pérdida). La entidad demandante podría haber formulado la denuncia ante la Agencia Catalana de Competencia, pero se decidió por la jurisdicción ordinaria. En el caso, la

⁷²⁵ *Arbora y Ausonia*, p. 8: «Tan sólo en uno de los ciento veinte casos de ofertas en 1988 el precio al que ofertó era superior a sus costos (manifestados confidencialmente por la empresa). De los demás casos, en 17 la oferta era totalmente gratuita, en 34 el precio ofertado no cubría el 10% del precio de costo, en 63 no pasaba del 50% del costo y tan sólo en 5 casos estaba entre el 50 y el 100% del costo. Obtuvo así, la adjudicación de los suministros en todos menos en cuatro de esos concursos.»

⁷²⁶ *Orientaciones*, cit., 63-65. Un análisis detallado la doctrina comunitaria y de los pros y contras de incluir la recuperación de pérdidas entre los índices del test predatorio se encuentra en O'DONOGHUE y PADILLA, 2013, cit., pp. 311-319. En el Derecho norteamericano, la importancia del *recoupment* para considerar predatoria un oferta a precio cero se encuentra en NEWMAN, JOHN M., «Antitrust in zero-price markets: Foundations», cit., p. 158; así como en NEWMAN, JOHN M., «Antitrust in zero-price markets: Applications», *Washington University Law Review*, Volumen 94, nº 1, 2016, p. 103 No obstante, lo cierto es que el reintegro de las pérdidas al mediador se hace por un conducto legal y, por ende, la adjudicación a la oferta a tipo cero beneficia al cliente público.

sociedad de responsabilidad limitada homónima interpuso una demanda contra la entidad *Serveis Funeraris de Barcelona, S.A.*, por cinco conductas abusivas, aprovechándose de su condición de concesionaria de servicios funerarios de la Ciudad Condal desde 1996. La acción fue rechazada en primera instancia; pero el recurso fue estimado por la Audiencia Provincial de Barcelona⁷²⁷.

A juicio de la sentencia de apelación, entre las conductas presuntamente abusivas imputables a *Serveis* se encuentra el ofrecer desde el año 2001 los servicios de gestión global de las actividades funerarias principales (transporte, velatorio, flores) de forma gratuita, haciéndolo constar en sus tarifas de servicios funerarios (folios 26 y ss). Como consecuencia de ello, cinco compañías aseguradoras rescindieron sus convenios con la actora y contrataron con *Serveis*. La Audiencia Provincial consideró que la política de *Serveis* podía ser entendido: a) como un comportamiento pro-competitivo: integración de todos los servicios y prestación gratuita de los accesorios; b) como un comportamiento anti-competitivo: la gratuidad de ciertas prestaciones conllevó el desplazamiento de la demanda y la práctica desaparición de los competidores, lo que permitirá al denunciado la elevación ulterior de los precios.

«el comportamiento de la demandada puede ser interpretado de dos maneras: o bien como la integración de todos los servicios funerarios que, en el caso de su mera tramitación, son muy accesorios a los principales, y se decide ampliar estos a aquellos sin coste alguno para el consumidor como un modo de mejorar la calidad de los servicios integrales; o bien como un medio de entrar en el mercado de prestación de unos servicios de gestoría administrativa, que hasta ahora no se prestaban, desplazando a quienes los desarrollaban y ofreciendo su realización de forma gratuita, con vistas a que en el futuro, cuando estos servicios de gestión ya se hayan integrado dentro de los principales propiamente funerarios y no exista competencia, comenzar a facturar también por dichos servicios».

La Audiencia optó por la segunda solución y calificó a la oferta con precio cero como venta a pérdida desleal, al amparo del artículo 17 LCD. En ningún momento mencionó su posible contradicción con la LDC (artículos 2 y 3). Sin embargo, en los párrafos siguientes parece latente que *Serveis* aprovechó su posición de dominio en el

⁷²⁷ SAP de Barcelona, Sección 15ª, 216/2005, de 10 de mayo, Rec. 174/2003, *Gestoría Administrativa Dessy*.

mercado principal (servicios funerarios en Barcelona) para extenderlo a un mercado accesorio (servicios auxiliares). Para ello, adoptó una política general de precios a cero. Las pérdidas inmediatas eran soportables con los beneficios del servicio funerario. Transcurrido el tiempo suficiente y eliminados sus competidores, recuperaría dichas pérdidas con el restablecimiento de los precios en el mercado accesorio y la imposición en él de precios supracompetitivos (monopolísticos).

«pues los servicios que se prestan tienen un valor económico, y a la demandada le suponen un coste adicional al resto de los servicios prestados, por lo que no cobrar por ellos y ofrecerlos así a los consumidores y a las aseguradoras encubre la finalidad de ampliar la posición de dominio reconocida legalmente para la prestación de los servicios funerarios en el ámbito de la concesión administrativa recibida, a otros servicios que no están amparados por esta concesión.

Y la manera más fácil de lograrlo es prestar el servicio de forma gratuita, pues atendiendo al carácter accesorio del servicio de gestión en relación con los servicios propiamente funerarios, dicho coste se puede aguantar con cargo al coste de estos servicios principales, lo que no impedirá que en el futuro, cuando ya haya desmantelado la red comercial de la competencia, comience a cobrar por dichos servicios.

Se trata de un supuesto de venta a pérdidas, previsto en el art. 17 LCD, que merece la consideración de acto de competencia desleal porque como ya hemos argumentado, forma parte de una estrategia encaminada a eliminar a otras empresas del mercado, como la actora, que vienen prestando estos servicios que ahora se ofrecen y prestan de forma gratuita».

Obsérvese que la Audiencia Provincial estimó el recurso de la entidad perjudicada por *Serveis* y calificó su oferta a precio cero como venta a pérdida desleal (artículo 17 LCD), no como práctica anticompetitiva; pero fundamentó su decisión en la cita de los elementos que califican a una conducta como abusiva en un mercado conexo. Sin embargo, no los analizó y, lo que es más importante, no estudió el impacto de la oferta a precio cero en los clientes y consumidores. Dio por supuesto que la gratuidad significaría un beneficio inmediato pero un perjuicio futuro, una vez eliminados los

competidores de *Serveis*. Se volverá sobre este punto al estudiar la oferta a precio cero como venta a pérdida desleal.

IV. DISCRIMINACIÓN

1. Principio de igualdad y no discriminación

En el Derecho comunitario, el de no discriminación es uno de los principios fundamentales de la contratación pública, derivado de la libertad de prestación de servicios y esencial para regular la competencia por el mercado: igualdad de trato del órgano de contratación a los licitadores y candidatos durante el procedimiento contractual, con el fin de elegir al adjudicatario (artículo 1 LCSP). Este principio opera: a) desde el punto de vista subjetivo: entre el poder adjudicador y los licitadores; b) desde el punto de vista temporal: durante el procedimiento de contratación; c) desde el punto de vista objetivo: preside la elección del adjudicatario

Sin embargo, no es esta la discriminación objeto de estudio. En las páginas siguientes se abordará: la no discriminación por parte del contratista o concesionario de sus clientes- y a la vez competidores- en la prestación del servicio o actividad objeto del contrato administrativo; es decir, durante la ejecución del contrato. No resulta aplicable, por ello, la normativa de contratación pública ni rige la doctrina del TJUE sobre la igualdad de los licitadores en el procedimiento. Dado que el adjudicatario es un operador económico con poder de mercado, se aplica la normativa de defensa de la competencia. Los elementos fundamentales de este principio son dos: 1) al contratista dominante le está vedado tratar de forma discriminatoria a sus clientes o competidores; 2) pero el trato discriminatorio no vulnerará la normativa de competencia siempre que cuente con una justificación objetiva.

La sanación de la conducta anticompetitiva por razón de la existencia de una justificación objetiva se halla en la misma esencia del principio de igualdad ante la ley o no discriminación (artículo 14 CE). El Tribunal Constitucional ha definido el principio de igualdad como la prohibición de toda diferencia de trato que carezca de una justificación objetiva y razonable; ha afirmado el carácter vinculante de este principio

tanto para el legislador (igualdad en la ley), como para los órganos aplicadores del Derecho (igualdad en la aplicación de la ley) y los particulares (igualdad horizontal). El Tribunal ha establecido también los criterios o elementos que permiten distinguir entre una diferencia de trato justificada y otra discriminatoria y, por tanto, constitucionalmente inadmisibles (desigualdad de los supuestos de hecho, finalidad constitucionalmente legítima, congruencia entre el trato desigual, el supuesto de hecho que lo justifica y la finalidad que se persigue y proporcionalidad entre los elementos anteriores)⁷²⁸.

2. Discriminación exclusionaria, de segundo grado, explotativa e inversa

El abuso de posición de dominio discriminatorio suele clasificarse en función del operador económico sobre el que recae la conducta abusiva. Sintéticamente, cabe diferenciar tres tipos de discriminación, sea en precios o en otras condiciones comerciales: exclusionaria, abusiva, explotativa. En el presente estudio se añade la discriminación inversa. La discriminación exclusionaria, o de primer grado, recae sobre competidores directos del operador dominante (operan en el mismo mercado); la abusiva, o de segundo grado, se ejerce sobre competidores indirectos (en otro mercado); la explotativa se impone a no competidores. La discriminación inversa es la practicada por el ente contratante.

Se habla de discriminación exclusionaria («*primary line injury (price/non-price discrimination)*») cuando el operador dominante fija unos precios o condiciones comerciales discriminatorios para la venta de sus productos con la finalidad de perjudicar o excluir (*foreclosure*) del mercado a sus propios competidores en el mismo mercado relevante. Dado que el dominante dirige la práctica discriminatoria contra sus rivales directos, se considera como abuso exclusionario, contemplado en el artículo 2.2.b) LDC y 102.1.b) TFUE. (*Irish Sugar*, T-222/1997 y *Compagnie Maritime Belge*, C-395 y 396/96 P). La discriminación exclusionaria, por su propia naturaleza, exige que

⁷²⁸ Esta doctrina general se encuentra recogida en diversas resoluciones de sus primeros años. Fundamentalmente, las Sentencias [8/1981](#), de 30 de marzo; [10/1981](#), de 6 de abril; [22/1981](#), de 2 de julio; [23/1981](#), de 10 de julio; [49/1982](#), de 14 de julio; [81/1982](#), de 21 de diciembre; [34/1984](#), de 9 de marzo; [166/1986](#), de 19 de diciembre; [114/1987](#), de 6 de julio; [116/1987](#), de 7 de julio; [123/1987](#), de 15 de julio; [128/1987](#), de 16 de julio; y [209/1988](#), de 10 de noviembre.

el contratista dominante y los operadores ‘discriminados’ actúen en el mismo mercado y compitan unos con otros.

En segundo lugar, por discriminación de segundo grado (*secondary line injury* (*price/non-price*) *discrimination*) se entiende la ejercida por un operador dominante sobre empresas que operan otros mercados (conexos); por ejemplo, el ejercitado por el proveedor dominante entre sus clientes. La práctica no genera ninguna ventaja competitiva al operador dominante sobre una empresa rival, dado que aquel no está presente en el mercado relevante sobre el que la discriminación produce efectos adversos⁷²⁹. La discriminación de segundo grado produce un impacto en el mercado aguas abajo, entre los clientes del proveedor o terceras partes entre sí. En caso de que un proveedor venda a X un producto más barato (o en mejores condiciones) que a Y, si X e Y son competidores que necesitan dicho producto como input, entonces, los costes de X serán inferiores a los de Y. El proveedor habrá distorsionado la competencia entre ellos. Su regulación se encuentra en el artículo 2.2.d) LDC y 102.1.c) TFUE. La discriminación de segundo grado no es, pues, un abuso exclusionario, por lo que no procede aplicar el artículo 102.b)⁷³⁰.

En el ámbito de la contratación pública, el ejemplo más reiterado de discriminación de segundo grado es el de un concesionario de servicios públicos (tanatorios), verticalmente integrado, dominante en el mercado aguas arriba, que impone en el mercado aguas abajo (servicios funerarios) condiciones más perjudiciales a los operadores que compiten con su propia división mercantil en dicho mercado descendente.

La doctrina y las autoridades de defensa de la competencia han construido la figura de la discriminación explotativa. El supuesto de hecho es idéntico al descrito para la discriminación de segundo grado. Pero la conducta es considerada como un abuso de

⁷²⁹ O'DONOGUE, ROBERT, PADILLA, JORGE A. *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart, 2013, p. 779.

⁷³⁰ JONES & SUFFRIN, p. 412. En definitiva, el artículo 102 c) debería aplicarse únicamente cuando una empresa dominante no integrada verticalmente discrimina entre sus clientes con el fin de situar a alguno o algunos en una posición de desventaja competitiva respecto de los demás. No procede aplicarlo a las medidas discriminatorias diseñadas por el dominante para dañar a sus propios competidores, GERADIN, DAMIEN, PETIT, NICHOLAS, «Price Discrimination under EC Competition Law: The Need for a case-by-case approach», *GCLC Working Paper 07/2005*, p. 3.

Entre aquellos que adoptan una clasificación bipartita del abuso de posición de dominio, las discriminaciones abusivas son incluidas dentro de las prácticas explotativas, por cuanto perjudican a aquellos consumidores que se encuentran limitados por la falta de alternativas. Ver SIGNES DE MESA, JUAN, FERNÁNDEZ TORRES, ISABEL, FUENTES NAHARRO, MÓNICA, *Derecho de la Competencia*. Civitas, Thomson Reuters, 2013, p. 264.

posición dominante de naturaleza explotativa, al amparo del artículo 101.1 a) TFUE o 2.2 a) LDC. Las diferencias entre una y otra figura no están muy claras en las resoluciones. Pero pueden hallarse en que en la discriminación explotativa los operadores del mercado aguas abajo, clientes del dominante, no son rivales entre sí. Y, desde luego, no compiten con la dominante, sea en el mercado donde este ejerce posición de dominio, sea en un mercado conexo. Dichos clientes son destinatarios finales, cuya posición económica (*welfare*) se ve perjudicada por la acción del contratista dominante⁷³¹.

De admitirse la responsabilidad *antitrust* de los poderes adjudicadores, el cliente público dominante en el mercado de demanda y que abuse de ella en el mercado aguas arriba por imponer precios o condiciones comerciales discriminatorias a sus proveedores incurrirá en discriminación inversa, sea exclusionaria sea abusiva. Dada la multiplicidad de servicios y actividades públicas asumibles por las administraciones, no son pocos los sectores susceptibles de abuso por los poderes adjudicadores.

Tabla XI. Discriminación. Tipos

Discriminación			
Exclusionaria	De segundo grado	Explotativa	Inversa
<ul style="list-style-type: none"> – Contratista – En mismo mercado. – Frente a rivales del contratista. 	<ul style="list-style-type: none"> – Contratista. – En mercado conexo. – Clientes compiten entre sí. 	<ul style="list-style-type: none"> – Contratista. – En mercado conexo. – Clientes no competidores. – Usuarios finales. 	<ul style="list-style-type: none"> – Cliente público. – Posición de dominio en el mercado de demanda. – Frente a proveedores (o subcontratistas).

⁷³¹ AMSTRONG, MARK, «Price Discrimination», en BUCCIROSSI, PAOLO (ed.), *Handbook of Antitrust Economics*, The MIT Press, 2008, Capítulo 12, p. 433.

3. Discriminación de un competidor directo (exclusionaria o de primer grado)

A diferencia de la discriminación de segundo grado, la de carácter exclusionario carece de un test específicamente diseñado para hallar pruebas de la conducta abusiva. El parámetro de anticompetitividad será, pues, el general del abuso de posición de dominio. La autoridad de competencia intervendrá cuando, sobre la base de pruebas sólidas y convincentes, sea probable que la conducta presuntamente abusiva de lugar al cierre anticompetitivo del mercado (*foreclosure*)⁷³².

La contratación de servicios públicos y SIEG es terreno abonado para que el contratista o concesionario dominantes incurran en discriminación de primer grado frente a sus competidores. El supuesto de hecho paradigmático presenta a un contratista público verticalmente integrado que emplea su posición de dominio superlativa sobre el mercado en el que ganó el contrato público para extenderla de forma abusiva a un mercado conexo, en el cual compite con otros operadores. Sin justificación económica suficiente, la división del contratista público en el mercado del contrato aplica a la división en el mercado contestable condiciones más beneficiosas que a los rivales. La discriminación puede recaer sobre los precios de acceso al servicio (muy superiores los fijados a los rivales) o en otras condiciones comerciales (exigencia a los competidores de ciertos requisitos o en mayor grado). El efecto real o potencial de esta preferencia es que un competidor eficiente no puede entrar en el mercado contestable, es expulsado del mismo o se le mantiene en una situación inane. Dicha conducta es susceptible de perjudicar a los usuarios finales al provocar la reducción de la oferta.

Una práctica discriminatoria exclusionaria presenta en grado elevado todos los rasgos que la Comisión valora para afirmar el cierre del mercado: a) posición de dominio total del contratista sobre el mercado del servicio; b) las condiciones de este mercado hacen inviable la entrada de terceros, lo que solidifica la posición del contratista. En el mercado contestable, la pluralidad de operadores depende del empleo del mercado monopolizado por el contratista; c) los usuarios finales carecen de otras opciones en el mercado del servicio. La conducta discriminatoria impide que los rivales

⁷³² Los criterios de análisis del cierre de mercado empleado por la Comisión se encuentran en sus *Orientaciones*, párr. 20. Sobre la necesidad de que la discriminación de primer grado tenga carácter excluyente para ser sancionada, ver BERGQVIST, CHRISTIAN, «Final curtain or another around on Post Danmark?», en *European Competition Law Review*, Vol. 34, N°. 6-2013, 2013, p. 288-289.

les realicen ofertas atractivas en el mercado contestable; d) la suma de los factores anteriores provoca que el comportamiento discriminatorio se prolongue en el tiempo.

4. Discriminación de segundo grado

La discriminación por el operador dominante entre dos o más clientes que compiten entre ellos - pero no con aquel- en otro mercado diferente es la regulada en el artículo 102.1.c) TFUE y 2.d) LDC. El TJUE ha delimitado sus contornos en sucesivos pronunciamientos, resumibles en la sentencia *MEO*⁷³³. Para que el comportamiento del operador dominante vulnere el artículo 102.1.c) TFUE ha de reunir dos requisitos: (1) ser discriminatorio (injustificadamente diferenciado); y (2) ha de «pretender falsear la relación de competencia; es decir, obstaculizar la posición competitiva de una parte de los socios comerciales de la empresa discriminada frente al resto». Este falseamiento no puede reducirse a posiciones comparativamente peores de unos rivales frente a otros durante un período reducido («mera presencia de una desventaja inmediata»). Pero tampoco es exigible demostrar agotadoramente los perjuicios causados por la conducta del dominante («no puede exigirse que se aporte además la prueba del deterioro efectivo y cuantificable de su posición competitiva»). Ha de probarse que dicha conducta «puede tener como consecuencia una distorsión de la competencia» entre los competidores. Para ello deben examinarse todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto que afecten a factores como la duración de la conducta los costes, beneficios, la capacidad de negociación y la posición de los competidores en sus mercados, etc.⁷³⁴

Al igual que ocurre con su homónima de primer grado, la discriminación de segundo grado suele venir acompañada de otros tipos de abuso, normalmente exclusionarios (*Suiker One*, *Hoffman-LaRoche* y *British Airways* y descuentos; *Clearstream*, denegación de suministro). Hasta tal punto es significativa la concurrencia de otras prácticas abusivas que se ha llegado a dudar si el Tribunal de Justicia hubiese dictado sentencias condenatorias en caso de que la discriminación de segundo grado se

⁷³³ STJUE de 19 de abril de 2018, C-525/16, *MEO*, O'DONOGHUE, ROBERT, «The Quiet Death of Secondary-Line Discrimination as an Abuse of Dominance: Case C-525/16 MEO», *Journal of European Competition Law & Practice*, Volumen 9, n° 7, 1 de septiembre de 2018, pp. 443-445.

⁷³⁴ *MEO*, cit., párrafos 25-27, 37.

hubiese mostrado como infracción única⁷³⁵. Respecto de los casos relativos a la contratación pública producidos en España, *Servicios Funerarios La Gomera* presenta otras dos prácticas abusivas ligadas a la discriminación (fijación de precios y reparto de mercados decididos unilateralmente por el dominante). Sin embargo, *Ayuntamiento de Cuéllar* muestra como una autoridad de competencia no está cerrada a enjuiciar este abuso en solitario.

En los dos epígrafes siguientes se estudiará la discriminación de segundo grado en la contratación relativa a servicios públicos y SIEG y en los restantes casos. La razón de esta diferencia radica en que el primer tipo ha quebrado la doctrina común sobre la no responsabilidad por abusos sobre los precios en los contratos de gestión de servicios públicos y SIEG (casos ‘tipo centros deportivos’)⁷³⁶. Dada su importancia, las tres condiciones que conforman el abuso discriminatorio serán desarrolladas dentro del primer epígrafe.

4.1. Un caso paradigmático: Ayuntamiento de Cuéllar

A diferencia de la discriminación exclusionaria, en la de segundo grado el contratista emplea su posición de dominio en el mercado del servicio para beneficiarse indebidamente en un mercado conexo, en perjuicio de sus rivales. Ello es debido a que o bien no opera en el mercado conexo o no compite en él con los operadores discriminados.

El epígrafe VIII de este Capítulo realiza un estudio crítico de la doctrina de las autoridades de competencia españolas contraria a admitir que la gestión (indirecta) de un servicio público genere responsabilidad *antitrust* por abuso de posición de dominio (supuestos tipo ‘centros deportivos’). *Ayuntamiento de Cuéllar* es una excepción a esta doctrina. También es la única resolución dictada hasta la fecha en materia de discriminación de segundo grado en sentido estricto. Como tercera particularidad, la decisión imputa la infracción al ente público contratante, si bien no lo sanciona, por haber seguido la terminación convencional. Estas circunstancias, todavía vigente la

⁷³⁵ O'DONOGHUE, ROBERT, PADILLA, JORGE A. *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart, 2006, p. 594 y ØSTERUD, EIRIK, *Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings under EU Competition Law, -The Spectrum of Tests*, Wolters Kluwer Law & Business, 2010, p. 118.

⁷³⁶ Ver capítulo relativo a abuso en la prestación de servicios públicos y SIEG

doctrina *FENIN/SELEX* (aunque desconocida por las autoridades de competencia autonómicas en ciertos casos), la hace merecedora de un análisis específico⁷³⁷.

En *Ayuntamiento de Cuéllar*, el Tribunal de Defensa de la Competencia de Castilla y León (TDCCyL), decidió por vía de terminación convencional una denuncia presentada por el propietario de un centro deportivo contra el Ayuntamiento, por haber contratado a una empresa - mediante un contrato menor- con el fin de impartir clases de *spinning* en las dependencias del polideportivo municipal entre diciembre de 2011 y junio de 2012⁷³⁸. Este asunto no es perfectamente homologable a los supuestos tipo ‘centros deportivos’. El tipo de abuso achacado al órgano de contratación no consiste en la fijación de precios predatorios o en el falseamiento de las condiciones de competencia por actos desleales, sino en la imposición de condiciones comerciales discriminatorias entre el contratista y sus competidores privados⁷³⁹.

4.1.1. Conducta abusiva: discriminación injustificada entre los operadores

A diferencia de los restantes casos estudiados, el TDCCyL no acusó al Ayuntamiento de Cuéllar de la percepción de precios predatorios (artículo 2.1.b) LDC).

⁷³⁷ En *Renfe Operadora*, la CNMC sancionó a esta entidad y a Renfe Mercancías, cuya titularidad íntegra corresponde a aquella, por haber abusado de su posición de dominio en el mercado de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías por ferrocarril en España. Tal abuso se concretó en la discriminación comercial en favor de algunos operadores ferroviarios en relación con las condiciones acordadas con otros clientes. Dicha discriminación se concretó en un tratamiento preferencial a la hora de prestar servicios y en la ausencia de penalización en caso de anulación de encargos., entre otras conductas (RCNMC, de 28 de febrero de 2017, Expte. S/DC/0511/14, *Renfe Operadora*, pp. 64-65). A diferencia de *Ayuntamiento de Cuéllar*, *Renfe Operadora* y *Renfe Mercancías* no son administraciones públicas a efectos del Derecho de la Contratación pública, sino una entidad pública empresarial y una sociedad anónima, respectivamente. Esto significa que su sometimiento a la legislación de contratos del sector público es parcial.

⁷³⁸ RTDCCyL., de 29 de abril de 2013, *Denuncia de D. Modesto Domínguez Carro contra el Ayuntamiento de Cuéllar*, Expte. TDC/SAN/2013

⁷³⁹ La autoridad castellano-leonesa ha dictado otras resoluciones sancionadoras o convencionales por discriminación de segundo grado. Por ejemplo, RTDCCYL de 27 de abril de 2015, (Expediente TDC/SAN/5/2015), *Parque Cementerio de Salamanca* (RTDCCYL de 23 de julio de 2018, (Expediente TDC/SAN/10/2018) *incoado a la mercantil Parque Cementerio Salamanca, S.L., por incumplimiento de los compromisos adoptados en la resolución del expediente TDC/SAN/1/2015*), RTDCCYL de 23 de julio de 2018, (Expediente TDC/SAN/9/2018): *terminación convencional del expediente sancionador instruido al Ayuntamiento de Hinojosa de Duero (Salamanca) y a la empresa funeraria Sevillano Castelló, S.L.*, RTDCCYL de 23 de julio de 2018, (Expediente TDC/SAN/8/2018): *denuncia presentada contra Servicios Funerarios Virgen de la Vega, S.L., y el Ayuntamiento de Miranda del Castañar, por una conducta contraria a la Ley de Defensa de la Competencia*, RTDCCYL de 17 de abril de 2018, (Expediente TDC/SAN/6/2018): *denuncia presentada contra el Ayuntamiento de Linares de Riofrío (Salamanca) y la empresa funeraria Hijos de Anciones Calzada, S.L.U.* En los dos últimos casos, a la discriminación de segundo grado se une otra de carácter explotativo, tal como se expone en el subepígrafe 5, *infra*.

El precio mensual percibido de cada alumno (30 euros) no invitaba a pensar en la existencia de predación. La resolución atribuyó a la entidad municipal la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que colocan a unos competidores en situación desventajosa frente a otros (artículo 2.1.d) LDC). Añádase que las condiciones discriminatorias no recayeron sobre los precios. Consistieron en el levantamiento o modulación de barreras de entrada legales y administrativas en favor del contratista. El denunciante y segundo operador del mercado no se benefició de tales exenciones.

En *Ayuntamiento de Cuéllar*, las peticiones de ciertos vecinos movieron a la autoridad municipal a considerar que el *spinning* es una actividad de interés público y a promover su prestación durante unos meses por la vía de un contrato menor. En virtud del mismo, el Ayuntamiento concedió al contratista la exención de ciertos requisitos legales y administrativos. Lo cual supuso la eliminación de barreras de entrada y la reducción de costes frente a sus competidores en el mercado de *spinning*. Dichas exenciones implicaron, a juicio del TDCCyL, que el Ayuntamiento incurrió en discriminación favorable al contratista frente al competidor denunciante.

En concreto, el TDCCyL fundó su posición en que el Ayuntamiento de Cuéllar exoneró al contratista de la obtención de licencia municipal de actividad, de cumplir los requisitos medioambientales, de seguridad e higiene, del proyecto técnico, etc., establecidos por la normativa de licencia regulada en la Ley 11/2003, de Prevención Ambiental. Además, admitió que la prestación de servicios de *spinning* se llevase a cabo en los locales de la cafetería del Palacio Municipal de Deportes, habilitados para la actividad hostelera, pero no para una actividad física o del deporte. Por otro lado, eximió al contratista de las liquidaciones correspondientes de tributos por la actividad a desarrollar. Todas estas dispensas demuestran, a juicio de la resolución, que el Ayuntamiento procedió a explotar abusivamente su posición de dominio al establecer condiciones desiguales entre él mismo

como operador (aunque sea a través de un tercero) y su competidor en el término municipal⁷⁴⁰.

El TDCCyL sostuvo que el Ayuntamiento había incurrido en una conducta no predatoria. La terminación convencional supuso el «cierre en falso» del caso en un doble sentido⁷⁴¹. Por una parte, el Tribunal obvió todo contraargumento a la doctrina que rechaza la imputación de prácticas abusivas a los entes públicos en la prestación de servicios públicos y SIEG. Por otra, el Tribunal no vio la necesidad de efectuar un análisis en profundidad acerca de la concurrencia en el caso de los requisitos para que opere el artículo 2.1.d) LDC. Tanta parquedad argumentativa es muy criticable en términos de motivación de una resolución administrativa e impide considerar a *Ayuntamiento de Cuéllar* como la decisión que encabece un posible cambio de doctrina en esta materia.

4.1.2. Requisitos del abuso discriminatorio en la gestión indirecta de SIEG

A la hora de ponderar el impacto del elemento ‘discriminación’ en las conductas abusivas que hacen presa sobre los contratos para la gestión de actividades o servicios públicos y SIEG, la autoridad de defensa de la competencia debe valorar de forma sucesiva tres circunstancias. En primer lugar, evaluará la importancia - primaria, secundaria o accidental- de la discriminación en el supuesto y el tipo de discriminación presente en la conducta: exclusionaria o abusiva. Si fuere abusiva, la autoridad debe examinar si concurren los requisitos propios de esta figura. Por último, estudiará los indicios que permitan imputar el sedicente abuso discriminatorio al concesionario o al poder adjudicador.

a) Posición de dominio

Imputar a un contratista o poder adjudicador la autoría de conductas discriminatorias presupone la definición del mercado relevante y la fijación de su posición dominante. Esta última tarea exige examinar en primer lugar la estructura del

⁷⁴⁰ Ayuntamiento de Cuéllar, pp. 18, 21 y 22

⁷⁴¹ La resolución convencional se dictó una vez finalizada la prestación del servicio y generados - en su caso- sus efectos anticompetitivos. Pero, por otro lado, no parece que el Ayuntamiento tuviese en mente celebrar nuevos contratos con el mismo objeto.

mercado y, posteriormente, las condiciones de competencia⁷⁴². Ante la ausencia de un test específico para los abusos discriminatorios, cabe preguntarse sobre la procedencia de emplear los factores definitorios de la posición de dominio admitidos para los exclusionarios (resumidamente, la cuota de mercado, las barreras a la entrada o a la expansión y el poder de negociación de la demanda). Debe recordarse que el componente ‘discriminación’ no es ajeno a los abusos excluyentes.

Para sustentar una posición negativa cabe argumentar que excluyentes y discriminatorios son categorías diferentes de abuso. Además, la Comisión Europea ha sido muy cuidadosa a la hora de definir tales criterios tan sólo respecto de los abusos excluyentes⁷⁴³. El tercer y más importante argumento, es que al menos la cuota de mercado y las barreras están conectadas con la posición relativa de los competidores del operador dominante. Esto es debido a que la declaración del abuso como exclusionario exige atender a dichos competidores y al efecto excluyente (*foreclosure*) de la conducta del dominante. Sin embargo, las prácticas discriminatorias puras no guardan relación directa con los rivales del operador dominante, sino con sus clientes o proveedores.

A favor de su empleo tenemos que jurisprudencia y doctrina han construido una teoría muy elaborada sobre los tres factores citados. Esto ha propiciado su aplicación en casos de discriminaciones abusivas. También cuando entes del sector público actúan como operadores económicos.

En *Ayuntamiento de Cuéllar*, el Tribunal atribuyó al consistorio la condición de operador económico y la posición de dominio sobre el mercado de demanda. Y lo hizo sin introducir en la ecuación a la empresa contratista, que fue la encargada real de impartir los cursos de *spinning*. Una lectura atenta de la resolución permite entender que la atribución al órgano municipal de la posición de dominio (y la imputación del abuso) se basó únicamente en el factor ‘*barreras a la entrada o expansión*’. Pero el TDCCyL no examinó el efecto real o probable de la exención de las barreras legales y administrativas en la eficacia del comportamiento discriminatorio. Tampoco acudió a los dos restantes factores. Ni las cuotas de mercado del contratista o del competidor ni el

⁷⁴² STJUE, de 14 de febrero de 1978, asunto 27/76, *United Brands Company y United Brands Continental/Comisión*, párr. 66-67.

⁷⁴³ Obsérvese la dicción literal de la Comunicación de la Comisión — *Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes* (2009/C 45/02)

poder negociador de la demanda (movimientos de clientes entre centros deportivos) fueron empleados para medir el poder de mercado del ayuntamiento⁷⁴⁴.

Deutsche Bahn definió la posición de dominio de una empresa pública acudiendo al factor ‘cuota de mercado’, aunque de forma indirecta. El Tribunal de Primera Instancia no necesitó mensurar el porcentaje de mercado que ocupaba el operador dominante, puesto que poseía el 100% del mismo. *Deutsche Bahn* fue desde su creación en 1994 hasta 2007 una compañía de propiedad íntegramente estatal que, excepto algunas excepciones, ejerció el monopolio legal de los servicios ferroviarios en el territorio de la Alemania. Dicha «exclusividad legal» implica necesariamente posición de dominio sobre el mercado de servicios ferroviarios⁷⁴⁵.

En *Aéroports de Paris*, el Tribunal de Justicia reconoció que la sociedad pública del mismo nombre disfrutaba de una posición dominante en el mercado constituido por los servicios de gestión de los aeropuertos de una determinada región, indispensables para la prestación de los servicios de asistencia en tierra. En su condición de propietaria de las instalaciones aeroportuarias, es la única que puede permitir el acceso a las mismas. Al disponer del monopolio legal para la gestión de dichos aeropuertos y ser la única que puede conceder la autorización necesaria para realizar en ellos actividades de asistencia en tierra y establecer las condiciones de ejercicio de tales actividades, dicha entidad se encuentra en una situación de poder económico frente a los operadores interesados en la explotación económica de las instalaciones aeroportuarias. La atribución por ley de la titularidad sobre las instalaciones y de competencias públicas lo colocan en situación de impedir una competencia efectiva en el mercado, y le confieren la posibilidad de comportarse de manera independiente⁷⁴⁶.

El monopsonio legal llega al extremo en los contratos de servicios y en las concesiones que recaen sobre actividades monopolizadas por entes públicos (un ejemplo típico en España es el de los servicios públicos y SIEG locales y su prestación obligatoria para los municipios al amparo del artículo 26 de la LBRL). En tales casos, el poder adjudicador y/o el contratista gozan de monopsonio sobre el mercado de

⁷⁴⁴ Sin embargo, cabe la interpretación contraria. Lo cierto es que la Resolución no explicita que la exención de barreras de entrada o expansión es la causa de la posición de dominio del ayuntamiento. Sí lo hace a la hora de definir el carácter discriminatorio de la conducta.

⁷⁴⁵ STPI, de 21 de octubre de 1997, T-229/94, *Deutsche Bahn c. Comisión*, apartado 57.

⁷⁴⁶ STJUE, de 24 de octubre de 2002, C-82/01-P, *Aéroports de Paris contra Comisión*, apartados 91, 92, 106, 107.

demanda. Como dominante absoluto, puede incurrir en la tentación de abusar de los operadores económicos integrados en el mercado de provisión de bienes y servicios; por ejemplo, imponiéndoles condiciones discriminatorias. Los operadores económicos y el poder adjudicador se sitúan en mercados diferentes. Los primeros, en los mercados aguas arriba; el segundo ocupa una posición doble. Por una parte, es el cliente final en el ámbito de la contratación pública. Por otra, articula la prestación de servicios en favor de los usuarios de los servicios (clientes finales) en el mercado aguas abajo. Por todo ello, la discriminación de segundo grado por parte del poder adjudicador entre los operadores no perjudica a ningún competidor del primero (dado que no existe), sino que daña a los operadores presentes en el mercado aguas abajo, que relaciona a estos con los usuarios finales de los servicios.

b) Condiciones del abuso discriminatorio

Definido el mercado y constatada la posición de dominio que ostentan sobre el mismo el poder adjudicador (prestación directa) o el adjudicatario (prestación contractual), la imputación de una conducta discriminatoria a aquel exige la concurrencia de tres requisitos, citados en el artículo 102 c) TFUE y 2.1.d) LDC: 1) la imposición a los operadores económicos de ‘condiciones desiguales’; 2) la desigualdad opera en ‘transacciones equivalentes’; 3) como consecuencia, se genera una ‘desventaja competitiva’ - potencial o real- a los precluidos frente a los preferidos.

El primer requisito consiste en «*aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales*». La expresión ‘condiciones desiguales’ debe entenderse como sinónimo de ‘condiciones discriminatorias’. En un plano genérico, el trato discriminatorio sólo existe cuando se tratan de forma igual situaciones diferentes o de modo diferente situaciones iguales⁷⁴⁷; salvo que exista una justificación objetiva que explique la diferencia. De observar esta máxima en la contratación pública, el primer requisito para el abuso discriminatorio concurriría cuando el poder adjudicador a) no contemple las particularidades de los licitadores a la hora de diseñar el procedimiento de contratación; b) impida de forma injustificada la participación de operadores económicos en la licitación; c) favorezca indebidamente a su contratista frente a los operadores económicos que compiten con aquel en el mismo mercado.

⁷⁴⁷ STJCE de 17 de julio de 1963, *República Italiana contra Comisión Europea*, párrs. 13-63. Ver también O'DONOGUE y PADILLA, 2013, cit., pp. 795-796, nota al pie 50.

No obstante, en los casos a) y b) no cabe hablar propiamente de discriminación siempre que la licitación respete la normativa de contratos públicos. Los artículos 102.1.d) TFUE y 2.1.c) LDC no tienen cabida en los procedimientos de contratación competitivos (principalmente el abierto) correctamente celebrados. La razón se halla en que el cumplimiento de los requisitos legales supone que tales licitaciones satisfacen los principios de igualdad, no discriminación y transparencia, tal como han sido recogidos en las directivas comunitarias y en la LCSP. El adjudicatario ha ganado el contrato de forma honorable y en igualdad de condiciones⁷⁴⁸.

Los contratos menores se caracterizan porque el órgano de contratación procede a la adjudicación directa del negocio jurídico al operador de su elección. Al ser único el candidato al contrato, no cabe hablar de discriminación (ni de falta de competencia) en la adjudicación; salvo en dos situaciones. La primera, que el órgano de contratación haga competir a dos o más operadores por el contrato menor. En este caso, la ausencia de todo procedimiento contractual formal, transparente y debidamente publicado, facilita la imposición de condiciones discriminatorias a los distintos licitadores (discriminación endógena). La segunda es la planteada en *Ayuntamiento de Cuéllar*: diferencias de trato inequitativas entre el contratista y sus competidores en el mercado (discriminación exógena).

Es precisamente el hecho de que la discriminación sea exógena al procedimiento de contratación lo que justifica que el caso c) - el órgano de contratación favorece indebidamente a su contratista frente a los operadores económicos que compiten con aquel en el mismo mercado- sea probablemente el único en el que cabría estimar una denuncia por abusos discriminatorios puros contra una entidad contratante. Y ello con independencia del tipo de procedimiento contractual. Dado que la diferencia de trato enfrenta al adjudicatario con competidores externos, los principios y reglas de la contratación pública no son aplicables; entre ellos, el de no discriminación (artículo 18.1 Directiva 2014/24). La contienda sobre si la desigualdad es o no admisible pasa al Derecho de la Competencia, al amparo de los artículos 102 TFUE y 2 LDC.

En un escenario tipo *Ayuntamiento de Cuéllar* (caso c), el único tipo de discriminación posible por parte de la entidad contratante es el que recae sobre las

⁷⁴⁸ Lo cual no obsta para que el clausulado de los documentos de la licitación o las actuaciones del órgano de contratación den lugar a abusos exclusionarios con una componente discriminatoria (denegación de acceso, discriminación hacia otros competidores, etc.).

condiciones comerciales de la actividad. Ello se debe a que no está en su mano definir ni condicionar los precios de los operadores rivales del contratista.

El pronunciamiento sobre el carácter discriminatorio de las condiciones impuestas por el ente contratante exige que la autoridad de competencia examine las justificaciones objetivas del dominante sobre la corrección de su conducta. En *Ayuntamiento de Cuéllar*, el TDCCyL no abordó esta causa de exención de la responsabilidad *antitrust*, sea porque nada se alegó por el órgano municipal sea porque la terminación convencional del procedimiento sancionador lo hizo innecesario, a juicio del Tribunal.

El segundo requisito es que el operador dominante aplique las condiciones desiguales «*para prestaciones equivalentes*». Como tales han sido definidas «las transacciones concluidas con competidores que implican el mismo o similares productos y en las que sus otras características comerciales relevantes no difieren esencialmente»⁷⁴⁹. El término de comparación no son sólo las características físicas de los productos del dominante y de los competidores sino cualesquiera factores que puedan afectar a los costes de las transacciones⁷⁵⁰.

La medición de la equivalencia es muy sólida cuando atiende a las preferencias de los usuarios finales de los servicios. Es decir, la decisión sobre la equivalencia depende del grado de sustituibilidad entre los servicios prestados por el contratista y los desarrollados por sus rivales en el mercado. La autoridad de competencia dispone de dos tipos de evidencias: directa, por medio de la constatación de movimientos significativos de usuarios del contratista hacia algún competidor, o viceversa. E indirecta, a través de encuestas, sondeos y otros mecanismo de análisis de las preferencias de los destinatarios último de los servicios y actividades objeto del contrato público. En caso de que las diferencias de valoración sean significativas, las actividades realizadas por el contratista y por sus rivales no deben ser estimadas como equivalentes o similares, a los efectos del artículo 102 c) TFUE.

⁷⁴⁹ Decisión de la Alta Autoridad CECA 30-53 DOCE L 6/111, 1953 (modificada por la Decisión 72/440/ECSC, DOCE L 297/39, 1972), en O'DONOGUE y PADILLA, 2013, cit. p. 790.

⁷⁵⁰ STJCE, de 14 de febrero de 1978, asunto 27/76, *United Brands Company y United Brands Continental/Comisión*, párr. 25 y STJUE de 20 de septiembre de 2001, C-453/99, *Courage Ltd y Bernard Crehan*, párr. 52.

El tercer y último requisito mencionado por la normativa de competencia consiste en que las condiciones desiguales impuestas por el operador dominante coloquen «*a unos competidores en situación desventajosa frente a otros*» (artículo 2 LDC). Hasta tres interpretaciones diferentes se han propuesto sobre la entidad de la desventaja para definir el comportamiento abusivo⁷⁵¹: 1) debe haber evidencia de una desventaja competitiva real o probable que afecte a la parte discriminada; 2) la desventaja puede inferirse lógicamente del examen de las circunstancias pertinentes; o 3) el mero hecho de discriminación crea una presunción de desventaja competitiva, por lo que no se puede exigir que se aporte además la prueba del deterioro efectivo y cuantificable de la posición competitiva de determinados socios comerciales⁷⁵². Las tres posiciones tienen en común que no incluyen en el test de anticompetitividad consideraciones diferentes a la posición de los rivales del dominante. Por ejemplo, el daño real o potencial causado por la conducta a la competencia, a la estructura del mercado o a los consumidores.

Un sector doctrinal ha optado por la posición más exigente (primera interpretación). Una desventaja competitiva significativa sólo puede comenzar a surgir si los clientes compiten entre sí en el mismo nivel comercial y la desventaja sufrida por un cliente tiene un impacto material en sus costes totales o en algún otro aspecto importante de su actividad⁷⁵³. La discriminación suele aumentar los beneficios de la empresa a corto plazo y, por lo tanto, puede considerarse más probable como anticompetitiva. Pero puede aumentar simultáneamente el excedente de la empresa y de los consumidores. Por lo tanto, la evaluación de los efectos de la práctica debe llevarse a cabo cuidadosamente y basarse en una historia microeconómica coherente⁷⁵⁴.

En *MEO*, el Tribunal de Justicia se pronuncia a favor del segundo criterio interpretativo⁷⁵⁵. Para que una desventaja competitiva dé lugar al abuso de posición de dominio por discriminación de precios respecto de los socios comerciales del dominante

⁷⁵¹ O'DONOGUE y PADILLA, 2013, cit. p. 796. Como explican los autores, las tres posturas gozan de apoyo en la jurisprudencia comunitaria. Para una cita de las sentencias que favorecen una u otra posición, ver EZRACHI, ARIEL, *EU Competition Law. An Analytical Guide to the Leading Cases*, Hart, 2014, p. 217.

⁷⁵² STJUE, de 15 de marzo de 2007, C-95/04, *British Airways c. Comisión*, p. 144-145, STPI, de 9 de septiembre de 2009, T-301/04, *Clearstream*, párr. 192-193.

⁷⁵³ Conclusiones de la Abogada General JULIANE KOKOTT en *British Airways contra Comisión*, 23 de febrero de 2006, Asunto C-95/04 P, párrs. 124-125.

⁷⁵⁴ PERROT, ANNE, «Towards an effects-based approach of price discrimination», en *The Pros and Cons of Price Discrimination*, Konkurrensverket (Autoridad de Defensa de la Competencia de Suecia), 2005, pág. 164.

⁷⁵⁵ STJUE de 19 de abril de 2018, C-525/16, *MEO*, apartados 24-28, 30, 35.

y que falsee la competencia en el mercado descendente, cuando se compruebe comprobar que el comportamiento de aquella no solo es discriminatorio, sino que también pretende falsear la relación de competencia, es decir, «*obstaculizar la posición competitiva de una parte de los socios comerciales de esta empresa frente al resto*». La comprobación de esa «desventaja competitiva» no exige la demostración de que «*se ha producido un deterioro efectivo y cuantificable de la posición competitiva, sino que debe basarse en un análisis de todas las circunstancias pertinentes del caso concreto que permita concluir que dicho comportamiento influye en los costes, los beneficios u otro interés pertinente de uno o varios de dichos socios, de modo que ese comportamiento pueda afectar a la referida posición*». Por lo tanto, la mera presencia de una desventaja inmediata que afecte a los operadores penalizados por precios superiores respecto de las tarifas aplicables a sus competidores por una prestación equivalente no automáticamente que la competencia haya sido falseada o que pueda serlo.

Ayuntamiento de Cuéllar parece defender el tercer criterio interpretativo. El TDCCyL afirma, con rotundidad que:

«La prestación del servicio deportivo de spinning por parte del Ayuntamiento de Cuéllar, se realiza a través de un tercero, pero manteniendo la titularidad del servicio, pero con una clara distorsión de la competencia, pues incurre en una vulneración de lo establecido en la letra d) del artículo 2 de la LDC por cuanto aplica a una relación comercial o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, colocando a unos competidores en situación desventajosa frente a otros»⁷⁵⁶.

Este párrafo parece significar que el mero hecho del tratamiento diferenciado causado por disposiciones normativas y decisiones administrativas es suficiente para crear una desventaja competitiva, en un sentido similar a *Corsica Ferries I*⁷⁵⁷. En un caso tipo *Ayuntamiento de Cuéllar*, significa que la conducta discriminatoria de la

⁷⁵⁶ *Ayuntamiento de Cuéllar*, p. 20.

⁷⁵⁷ En esta sentencia, el TJCE advirtió que «*al amparo del artículo 86 TCE (102 TFUE), el Estado Miembro tenía la obligación de no crear estructuras de precios que pudiesen inducir a la empresa estatal a aplicar tarifas discriminatorias*». Al igual que *Ayuntamiento de Cuéllar*, *Corsica Ferries I* trató un caso de aparente abuso discriminatorio motivado por disposiciones normativas que establecen preferencias injustificadas entre competidores (por razón de nacionalidad). El TJCE desestimó la denuncia.

entidad contratante dominadora del mercado en favor del adjudicatario del contrato menor «*ocasiona una desventaja competitiva*» a sus rivales en el mercado. No obstante, en los párrafos siguientes, bastó al TDCCyL un examen genérico las medidas adoptadas por la autoridad municipal para concluir la existencia de abuso discriminatorio. Pero no profundizó en los efectos dañinos - reales o potenciales- de las conductas para los rivales, ni en como ello podría haberse traducido en perjuicio para la competencia o para el bienestar de los consumidores finales. La resolución se adscribe, pues, a la segunda posición sobre el significado de la desventaja competitiva en el marco del artículo 102.1.c) TFUE.

4.1.3. El contratista responsable de la discriminación de segundo grado

Los epígrafes precedentes se centraron en el abuso de posición dominante no exclusionario de naturaleza discriminatoria imputable a las entidades contratantes. A ello contribuye la relativa novedad de una resolución, *Ayuntamiento de Cuéllar*, que imputa este tipo de comportamientos a un poder adjudicador.

El contratista también puede cometer este tipo de conductas abusivas, en cuanto operador económico que desarrolla una actividad empresarial en un mercado y mantiene relaciones comerciales con otros operadores situados en mercados aguas arriba y aguas abajo. Los sujetos pasivos de dichas conductas son los proveedores y los subcontratistas. Respecto de estos últimos, el mecanismo más adecuado para evitar (o aminorar) la discriminación es la previsión en el pliego de cláusulas administrativas particulares de las condiciones de la subcontratación y la obligación de cada licitador de mencionar al subcontratista en su oferta.

Los usuarios de las actividades y servicios públicos y SIEG no sufren las prácticas discriminatorias del contratista. Dada su posición de consumidores finales, no realizan actividades económicas y por ello no se sitúan aguas arriba o abajo del adjudicatario dominante. La conductas anticompetitivas ‘naturales’ serían los abusos explotativos, en particular la imposición de precios excesivos.

4.1.4. Conclusiones

Una vez admitida su responsabilidad *antitrust*, el análisis jurídico-económico y la tramitación de un expediente sancionador por infracción de los artículos 102.1.c) TFUE

y 2 LDC no ofrece particularidades de interés para las entidades contratantes respecto a cualquier otro operador económico. Delimitado el mercado y definida la posición de dominio, la imputación de una discriminación de segundo grado al ente contratante o al contratista exige como paso primero y fundamental examinar la concurrencia de los tres requisitos básicos (condiciones discriminatorias, prestaciones equivalentes y desventajas anticompetitivas) y de posibles razones de eficiencia o justificaciones objetivas. La imposición de una sanción impone además dilucidar los perjuicios reales o potenciales a la competencia y al bienestar de los consumidores. O, por el contrario, sus beneficios en el medio o largo plazo.

Para obtener este conocimiento, la Autoridad de Competencia tiene a su disposición fórmulas habituales en la investigación de abusos exclusionarios, pero cuya finalidad las hace perfectamente válidas para los abusos discriminatorios. La ausencia de mecanismos de evaluación de los daños posibles o reales es un dato que debilita la fuerza de convicción de *Ayuntamiento de Cuéllar*. El TDCCyL pudo haber examinado 1) La existencia de evidencias de cierre (*foreclosure*) del mercado de prestación de servicios de *spinning*. Si la exención de barreras legales y administrativas al contratista tuvo incidencia para perjudicar la posición competitiva del denunciante en el mercado o para expulsarlo del mismo; 2) El grado de eficiencia del competidor (*as efficient test*). Por ejemplo, requerir información al denunciante sobre el carácter central o marginal de las clases de *spinning* en el volumen total de sus negocios; así como el importe de las matrículas, precios y cuotas; 3) El uso de ‘contrafactuales’. A título de ejemplo, el estudio de la capacidad del contratista para haber impartido las clases de *spinning* de forma eficiente en el caso de que hubiese estado sujeto a las barreras de entrada y de ejercicio de las que fue eximido; 4) La posibilidad de que la actividad contratada por el Ayuntamiento haya generado un efecto ‘creador’ de nueva clientela, que incrementase el negocio de todos los operadores en el mercado; 5) La realidad de la justificación objetiva alegada por el Ayuntamiento, acerca del carácter circunstancial de su iniciativa⁷⁵⁸.

⁷⁵⁸ El Ayuntamiento, en sus alegaciones, señaló que «la contratación había respondido a las solicitudes de los ciudadanos (...), La Concejalía de Deportes se puso en contacto con el Centro Deportivo Apolo para la promoción de forma experimental de la modalidad deportiva denominada spinning, pues dicha actividad deportiva no existía en el municipio y se desconocía la repercusión y aceptación por los vecinos de la actividad», *Ayuntamiento de Cuéllar*, pág. 5.

4.2. Discriminación de segundo grado en otros supuestos: *Servicios Funerarios La Gomera*

4.2.1. Pluralidad de conductas abusivas previstas en un contrato mercantil

En el año 2001, el Cabildo insular de La Gomera convocó un concurso para la contratación administrativa de la llevanza del seguro de decesos de todos los habitantes de la isla. Al concurso sólo se presentó Mapfre, que resultó adjudicataria. En virtud del contrato, todos los trámites posteriores a la defunción eran competencia exclusiva de Mapfre. Si los familiares del fallecido no designaban empresa funeraria, lo haría la aseguradora entre sus propios proveedores. Mapfre ofreció a las funerarias locales la celebración de contratos de colaboración para la prestación de los servicios funerarios. En virtud de los mismos, la aseguradora fijaba unos precios idénticos por los servicios funerarios y distribuía las llamadas de forma equitativa entre las empresas firmantes. En contrapartida, Mapfre y no los familiares pagaría las tarifas por dichos servicios. Si aquellos optasen por requerir los servicios de una funeraria no firmante del contrato, deberían abonar los gastos y luego solicitar su reembolso.

El Tribunal de Defensa de la Competencia español sancionó a Mapfre por haber abusado de su posición de dominio e incurrido en fijación de precios, reparto de mercados y discriminación de precios y de otras condiciones comerciales entre las funerarias ‘colaboradoras’ y las que no habían firmado el contrato. Aunque la denuncia por abuso de posición de dominio se dirigió contra el Cabildo (administración pública local), la resolución ni siquiera considera al primero e impone la sanción a Mapfre⁷⁵⁹.

Servicios Funerarios La Gomera explicita una de las principales diferencias entre la discriminación exclusionaria y la de segundo grado. Como se ha apuntado, en esta última el dominante no compite en el mercado en el que ejecuta los actos discriminatorios. En el caso estudiado, existen dos mercados relevantes de producto: seguros de decesos y servicios funerarios. Ambos son mercados conexos. Por causa de la adjudicación, Mapfre adquirió una posición de (super-)dominio, cuando no de monopolio (la resolución no detalla este punto) en el primero. Pero la aseguradora no está presente en el segundo, por lo que no es un operador dominante verticalmente integrado. No obstante, el clausulado del contrato administrativo le otorga poder de

⁷⁵⁹ RTDC, de 28 de junio de 2007, Expte. 613/06, *Servicios Funerarios La Gomera*.

decisión sobre el funcionamiento del mercado de servicios funerarios, al encomendarle la gestión de todos los trámites posteriores al fallecimiento. Queda en manos de Mapfre respetar las condiciones de competencia en este mercado o someterlas a sus propias necesidades o conveniencias; aún a costa de incurrir en conductas abusivas. Así pues, el contrato concedía a Mapfre autonomía y margen de maniobra suficientes para no incurrir en comportamientos anticompetitivos. En contrapartida, esta entidad quedaba sometida a la responsabilidad especial que pesa sobre toda empresa dominante.

Mapfre optó por auto-concederse poderes de regulación y dirección de los servicios funerarios en La Gomera. En primer lugar, estableció tarifas por tipo de servicio idénticas para todas las funerarias, con independencia de los costes y circunstancias particulares. Con ello, trasladó a las funerarias los riesgos económicos de su actividad, en caso de pérdidas estructurales o sobrevenidas o las condujo a prestación del servicio por debajo del coste. Aunque nada se dice en la resolución, es de prever que Mapfre se reservó el poder de modificar las tarifas de forma unilateral. Las motivaciones para el *price fixing* fueron, muy probablemente, racionalizar la gestión en el mercado conexo y abaratar los costes de las actividades funerarias, que constituyen un componente importante del precio de cada póliza. La consiguiente reducción de costes garantizaría que Mapfre pudiese cumplir el contrato administrativo por el precio de adjudicación.

La segunda cláusula abusiva del contrato con las empresas funerarias dejó en manos de la aseguradora la decisión qué funeraria ejecutaría cada servicio. Su único compromiso era el de «distribuir equitativamente» los encargos. Se trata de un reparto de mercados decidido de forma unilateral por el pagador y cliente de los servicios.

El hecho de que ambas partes hubiesen firmado un contrato y aceptado formalmente que una de ellas impusiese prácticas de *price fixing* y de *market sharing* no impide que la conducta sea anticompetitiva. Tampoco supone que el eventual procedimiento sancionador deba seguirse por prácticas contrarias a los artículos 101 TFUE o 1 LDC. El Tribunal de Primera Instancia recordó en *Deutsche Bahn* que no puede excluirse la existencia de una explotación abusiva de posición dominante por el hecho de que la empresa que ocupa la posición dominante se haya adherido formalmente a un acuerdo que tenga por objeto la fijación común de tarifas y que por ello está comprendido en la prohibición de prácticas colusorias. En efecto, la presencia

de semejante acuerdo no excluye el supuesto de que una de las empresas vinculadas por el acuerdo pueda imponer unilateralmente tarifas discriminatorias⁷⁶⁰.

La discriminación en las condiciones de pago perjudicaba a las funerarias que no firmaron el contrato frente a las que sí lo habían hecho. Las primeras dejaban de ser interesantes para el grueso de los clientes, debido a que tendrían que abonarles el precio de los servicios y solicitar expresamente el reintegro a Mapfre. Por el contrario, las segundas eran retribuidas directamente por la aseguradora. A las cargas e incomodidades ínsitas a la primera opción, se une la propia naturaleza dolorosa de los servicios funerarios, que desincentivan a los esfuerzos extra de los familiares⁷⁶¹. La consecuencia de todo ello es el previsible arrinconamiento de las funerarias ‘no colaboradoras’ y la reducción de la oferta para los usuarios finales de estos servicios.

Otra conclusión del caso es que el éxito en la discriminación de precios no constituía un objetivo principal para Mapfre. Se trataba de una medida incentivadora y disciplinaria. Su finalidad era estimular la firma de los contratos y castigar a los rebeldes contumaces. Los verdaderos propósitos de Mapfre - reducir los precios y racionalizar la prestación- se perseguían a través del *price fixing* y del *market sharing*. Para alcanzarlos se precisaba que el mayor número de funerarias se uniese al nuevo modelo. En principio, la imposición de precios y de condiciones de ejecución no es un atractivo potente. Por eso, Mapfre optó por la vía de potenciar los estímulos negativos. El temor a la postergación y desaparición rápida parece un acicate suficiente como para plegarse a las condiciones del contratista.

A la hora de pronunciarse sobre la existencia de discriminación, la resolución no se basa en los tres requisitos previstos en el artículo 102.1.c) TFUE. Esta omisión resulta difícil de entender, dado que todos ellos concurren en el caso. En primer lugar, Mapfre impone condiciones mucho más onerosas a las empresas no colaboradoras. No será la aseguradora, sino los familiares de cada fallecido quienes abonarán el precio de los servicios funerarios y esperarán a su reembolso. En segundo lugar, las prestaciones de las

⁷⁶⁰ STPI, de 21 de octubre de 1997, T-229/94, *Deutsche Bahn c. Comisión*, párr. 79.

⁷⁶¹ Con el sistema impuesto por Mapfre, las familias que optan libremente por una funeraria de las «no colaboradoras» no disponen de una información clara sobre cuáles son sus derechos y el procedimiento de reembolso. Se trata de una opción que les hace incurrir en mayores costes de gestión y que les obliga a adelantar el importe de los servicios durante un plazo, en el mejor de los casos, muy significativo o, en su defecto, a incurrir en deudas con la funeraria, que a su vez les reclama el importe, *Servicios Funerarios La Gomera*, p. 15.

funerarias colaboradoras y de las disidentes son equivalentes. Lo prueba el hecho de que Mapfre fijó precios idénticos para todos los servicios, sin atender a las particularidades que cada empresa dispusiese para diferenciarse de sus rivales, como es propio en un mercado competitivo. En tercer lugar, la conducta de Mapfre causaba a las empresas discriminadas desventajas competitivas evidentes, tal como se explicó en los párrafos anteriores.

Por último, la resolución estudiada sí presta atención a los efectos de la conducta discriminatoria sobre el mercado. En concreto, señala los perjuicios que causa a los usuarios que eligen a una empresa funeraria no firmante del contrato con la aseguradora. Son penalizados con un sobrecoste, explícito o implícito, derivado de los mayores costes de gestión y espera en el cobro e incluso verse sometidos a procedimientos de reclamación de deudas por la funeraria si no proceden el pago⁷⁶².

4.2.2 Influencia del contrato administrativo para llegar a prácticas discriminatorias

En los párrafos iniciales del presente epígrafe se reseñaba como la denuncia se había dirigido contra el Cabildo y Mapfre, pero la sanción había recaído únicamente sobre la aseguradora. La autoridad de competencia española exculpa *obiter dicta* al ente contratante amparándose en que las condiciones técnicas de la licitación no habían limitado la capacidad de elección de los usuarios. Si bien el contrato administrativo no impone directa ni indirectamente condiciones discriminatorias, coloca todos los ladrillos para que la aseguradora actúe sin riesgo al concederle el monopolio para gestionar los trámites de los servicios mortuorios. En ningún momento el ente contratante obligó a las funerarias a firmar contratos con la aseguradora nin amparó mecanismos discriminatorios entre empresas⁷⁶³. La resolución aplica así la doctrina clásica que sólo exculpa al dominante cuando la autoridad pública ha fijado unas condiciones que le obligan a obrar de forma anticompetitiva o le impiden no abusar de su posición de dominio. Si no fuese así, rige el principio de responsabilidad especial del operador dominante.

⁷⁶² *Servicios Funerarios La Gomera*, p. 17.

⁷⁶³ *Servicios Funerarios La Gomera*, p. 16.

5. Discriminación de no competidores (explotativa). *Tanatorios de Huelva, S.L.*

En *Tanatorios de Huelva, S.L.*, la empresa homónima gestionaba la única instalación de tanatorio que existe en dicho municipio⁷⁶⁴. Durante los años investigados por el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, aplicó precios diferentes por el acceso a las salas de tanatorio en función de la empresa funeraria solicitante. Cuando la peticionaria era una compañía aseguradora, las tarifas eran distintas a las exigidas a las funerarias. Y en ningún caso se ajustó a las tarifas oficiales establecidas por la Ordenanza fiscal, sino que actuó «a su libre albedrío»⁷⁶⁵.

En un caso muy similar (*Tanatorio de Catoira*), el Consello Galego da Competencia sancionó a la empresa concesionaria por haber incurrido en una práctica discriminatoria (de segundo grado), al amparo del artículo 2.2.d) LDC. Sin embargo, la autoridad andaluza estimó que *Tanatorios de Huelva* incurrió en un abuso de carácter explotativo frente a sus clientes (funerarias y aseguradoras). Conforme a su línea de razonamiento, *Tanatorios de Huelva* abusó de su posición dominante «*practicando distintos precios por el mismo servicio de alquiler de salas de velatorio dependiendo de la empresa funeraria cliente o de si se trataba de una aseguradora, lo cual genera necesariamente efectos discriminatorios encuadrables en el supuesto de conducta abusiva del artículo 2.2.a) de la LDC, pues, sin justificación alguna, por la misma prestación a ciertas empresas de pompas fúnebres se les ha reclamado el pago de una remuneración que prácticamente duplica la acordada con otros operadores con los que compiten en el mismo mercado*»⁷⁶⁶.

⁷⁶⁴ RCDCA, de 1 de octubre de 2014, S/15/2014, *Tanatorios de Huelva*. Frente a lo que es habitual, esta empresa no es adjudicataria de un contrato de concesión de servicios públicos y SIEG de tanatorio. Desde 2004, ostenta un derecho de superficie sobre terrenos municipales por un plazo de 50 años.

⁷⁶⁵ *Tanatorios de Huelva*, p. 17.

⁷⁶⁶ *Tanatorios de Huelva*, p. 31. En la RTDCCYL, de 22 de junio de 2017, (Expediente TDC/SAN/9/2017): *denuncia presentada contra Vedosa*, el concesionario de los servicios de tanatorio de Lumbrales (Salamanca) impuso precios diferentes a las tarifas municipais. Pero dichos precios son idénticos tanto para particulares como para las empresas funerarias. La Autoridad concluyó que el concesionario no incurrió en ninguna práctica anticompetitiva. Sin embargo: (1) la resolución erró al conducir el caso por el cauce del artículo 1 LDC y concluir que no existían conductas colusorias. Tendría que haber analizado la posible posición de dominio del concesionario y el eventual abuso; (2) partiendo de lo anterior, la resolución non examinó si los prezos eran abusivos e injustificados en comparación con las tarifas oficiales (precios excesivos).

La resolución andaluza cita como fundamento de su posición a la Resolución *Prensa/Correos*, emitida por la autoridad de competencia española en el año 2005⁷⁶⁷. El Tribunal sancionó a Correos como autor de una conducta abusiva de posición de dominio, consistente en dar un trato discriminatorio a editores de prensa profesional, aplicándoles precios no equitativos en los servicios contratados en relación con aquellos precios aplicados a los editores miembros de AEDE en el mercado de servicios postales a envíos de publicaciones periódicas en el que la denunciada tiene posición de dominio.

A la hora de calificar las conductas denunciadas, la resolución *Prensa/Correos* partió de que la relación de supuestos prevista en el apartado 2 del artículo 6 LDC de 1989 (equivalente al artículo 2 LDC de 2007) es facultativa. Asimismo, parece decir que el apartado 2d) -por error cita el apartado 2b)- no es el único aplicable para enjuiciar conductas discriminatorias de segundo grado⁷⁶⁸. De este modo, los abusos discriminatorios serían incardinables en cualesquiera de los abusos exclusionarios citados en el artículo 2 LDC. Pero también pueden consistir en un abuso explotativo, cuando signifiquen la imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos a unos clientes respecto de otros⁷⁶⁹.

Sin embargo, *Prensa/Correos* añade un elemento que permite afirmar que la equivalencia entre la discriminación de segundo grado y la discriminación explotativa respecto a los comportamientos discriminatorios cometidos por un operador dominante en un mercado respecto de sus clientes en otro mercado no es absoluta. En su escrito, Correos señalaba que las empresas editoras clientes no eran competidores entre sí, dado que los mercados en los que cada uno de ellos opera están fuertemente delimitados por la materia contenida y por el público objetivo al que van destinados, percibiéndose claramente mercados editoriales diferenciados.

El Tribunal desestima esta alegación; que, sin embargo, parece de gran importancia a la hora de delimitar el ámbito de aplicación de los apartados 2a) y 2d)

⁷⁶⁷ RCNC, de 16 de junio de 2005, Expte 584/04, *Prensa/Correos*.

⁷⁶⁸ Literalmente, afirma que «una conducta abusiva de posición de dominio, prohibida por el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia. Esta conducta ha consistido en dar un trato discriminatorio a editores de prensa profesional, aplicándoles precios no equitativos en los servicios contratados en relación con aquellos precios aplicados a los editores miembros de AEDE en el mercado de servicios postales a envíos de publicaciones periódicas en el que la denunciada tiene posición de dominio», *Tanatorios de Huelva, S.L.*, p. 23.

⁷⁶⁹ *Tanatorios de Huelva, S.L.*, p. 23.

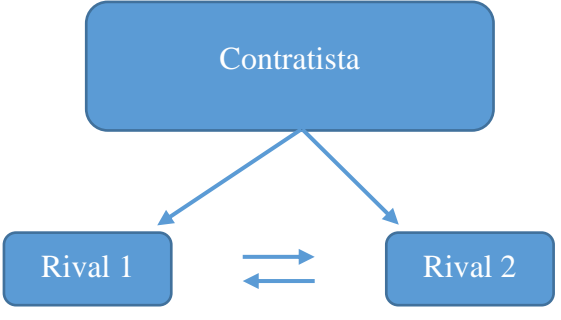
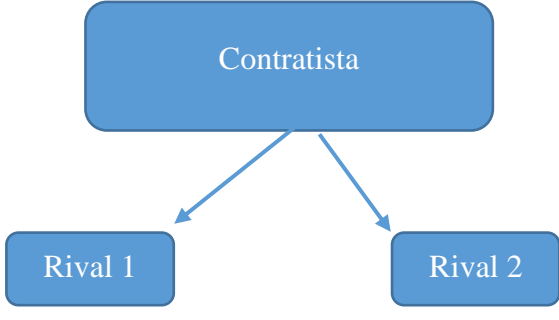
LDC. Este último sólo resultará aplicable cuando los clientes del operador dominante sean rivales entre sí en el mercado aguas abajo y la conducta de aquel coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. Si los clientes no compiten entre sí, la acusación sólo podrá fundarse en el apartado 2b) si el dominante compite con sus clientes (discriminación exclusionaria o de primer grado). Pero si ni los mercados superior e inferior presentan relaciones de competencia, el tribunal deberá analizar las relaciones singulares entre el dominante y cada cliente y compararlas para demostrar la existencia de discriminación.

De adoptarse dicho criterio, la resolución *Tanatorios de Huelva, S.L.*, no emplea correctamente la discriminación explotativa, dado que las empresas funerarias y las aseguradoras clientes compiten entre sí en sus respectivos mercados. Hubiera debido examinar la conducta del operador dominante por la vía de la discriminación de segundo grado.

De gran interés son los casos *Ayuntamiento de Linares de Riofrío* y *Ayuntamiento de Miranda de Castañar*. En ambos, el ayuntamiento titular de la concesión de servicios de tanatorio indujo al concesionario a imponer medidas de discriminación de segundo grado y explotativa. La Ordenanza fiscal estableció cuatro tarifas diferentes en función de que el usuario estuviese o no empadronado en el municipio y de que hubiese contratado los servicios completos con el concesionario o con otros prestadores de servicios funerarios⁷⁷⁰.

⁷⁷⁰ RTDCCYL de 23 de julio de 2018, (Expediente TDC/SAN/8/2018) y RTDCCYL de 17 de abril de 2018, (Expediente TDC/SAN/6/2018), *cit.*

Tabla XII. Discriminación de segundo grado y explotativa

Discriminación de segundo grado (Art. 2.1d) LDC)	Discriminación explotativa (Art.2.1.a) LDC)
Atiende a los efectos exclusionarios que la diferente conducta del contratista respecto de sus clientes produce sobre la competencia en el mercado aguas abajo.	Atiende a los perjuicios sobre el cliente aguas abajo que provoca la imposición por el contratista de precios o de condiciones comerciales discriminatorias.
Se analizan tanto las relaciones verticales (contratista-clientes) como las horizontales (competencia entre lo clientes).	Se analiza la relación comercial entre el contratista y cada cliente. Los términos de esta relación se estiman «inequitativos» por comparación con los de los demás clientes.
Se sanciona al contratista porque el comportamiento discriminatorio a favor de alguno de sus clientes distorsiona la situación del mercado aguas abajo en perjuicio de los rivales de este.	Se sanciona al contratista porque el comportamiento discriminatorio significa la imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos a unos clientes respecto de otros
Los clientes del operador dominante son rivales entre sí en el mercado aguas abajo.	Los clientes del operador dominante no son rivales entre sí en el mercado aguas abajo.
	

6. Discriminación, pluralidad de infracciones y *forum shopping*

La acumulación de comportamientos abusivos por parte del operador dominante frente a sus competidores y/o clientes encuentra terreno abonado en la contratación pública. A la mayor garantía de éxito que proporciona el ‘*abuso por aplastamiento*’ se suma el carácter superdominante o monopolista que contratistas y concesionarios tienen en muchos sectores; en particular, los relativos a servicios públicos y SIEG y de interés (económico) general. En tales casos, el dominio cualificado sobre el mercado de los

productos contratados no se adquiere en pugna directa con los restantes operadores. Es el fruto legítimo de un procedimiento competitivo interno organizado por el poder adjudicador titular del servicio o de la actividad. La duración de un procedimiento de contratación tipo no alcanza el año. Período mucho menor que el tiempo medio necesitado por una empresa para controlar cualquier mercado. El veloz control del mercado ascendente no es un incentivo menor para que el contratista apile fórmulas abusivas y con ello extraiga el mayor rédito posible de los operadores en el mercado aguas abajo o bien los excluya o discipline en favor de su propia división comercial en este segundo mercado.

En particular, las conductas discriminatorias de naturaleza exclusionaria van normalmente unidas a otras prácticas abusivas, sean de naturaleza excluyente o explotativa⁷⁷¹. El enjuiciamiento de los abusos como explotativos o exclusionarios no está determinado necesariamente por la naturaleza de las conductas. En ocasiones, el elemento definitorio será el método empleado con éxito para apreciar su existencia.

Imagínese una concesión de servicios públicos en la que la ordenanza municipal ha dejado la concreción de las tarifas en manos del concesionario. Este decide imponer un precio muy elevado a los usuarios del servicio, sean empresas, sean particulares. En un primer escenario, la autoridad de competencia se limita a examinar si el precio impuesto por el concesionario a (P) es excesivo. Para ello emplea el test de la comparación entre el precio y los costes de producción - del concesionario o de una empresa eficiente- («*as if competition*»). En el caso de que fuese capaz de conducir exitosamente la evaluación y de ella resultase que el precio es excesivo e inequitativo, la

⁷⁷¹ Por ejemplo, en *Post Danmark*, el TJUE enjuicia la discriminación de precios promovida por el dominante en el mercado de correo danés como un caso de descuento predatorio. Aplica por ello el test reconocido para este segundo tipo de conducta abusiva (STJUE de 27 de marzo de 2012, C-209/10, *Post Danmark*, apartado 28 ss). La discriminación (de precios) integrada en otros abusos exclusionarios tiende a confundirse con ellos, en cuanto mecanismo para lograr el objetivo excluyente. Así ocurre en la predación y en los contratos exclusivos. Por ello, la autoridad de competencia que observe la imposición de condiciones desiguales (en apariencia, discriminatorias) por parte del operador dominante - sea público o privado- a sus rivales no debe extraer de forma automática que aquella se integra necesariamente en una estrategia exclusionaria. Tampoco debe concluir que la mera discriminación es condición suficiente para afirmar la existencia de un abuso exclusionario. Obrar así significaría emplear la falacia de la composición y causaría fácilmente errores positivos. Ver SPECTOR, DAVID, «The strategist uses of price discrimination», en *The Pros and Cons of Price Discrimination*, Konkurrensverket (Autoridad de Defensa de la Competencia de Suecia), 2005, págs. 188-189. Añade el autor que «*La conclusión general es que, salvo en algunos casos específicos (como los que afectan a las empresas integradas verticalmente), hay poca justificación para una amplia prohibición de la discriminación. En particular, tal prohibición sería especialmente perjudicial en los mercados en los que los clientes son empresas que compiten entre sí, lo que arroja una luz irónica sobre la redacción de la legislación comunitaria vigente*».

resolución concluirá la existencia de un abuso explotativo, al amparo del artículo 102 a) TFUE o 2.1.a) LDC.

En un segundo escenario, la autoridad de competencia compara aquellas tarifas con las cobradas por el mismo concesionario en el municipio colindante. O las percibidas por otro concesionario o por un operador de mercado por servicios comparables. Ha tomado esta decisión inicialmente o bien de forma subsidiaria, dado que el método anterior no dio ningún fruto. Si observa que de la comparación se desliza una discriminación anticompetitiva de precios o de otras condiciones comerciales entre ambos casos, la conducta abusiva es discriminatoria la par que explotativa, y se incluye entre las previstas en el artículo 102 c) TFUE o 2.2.d) LDC.

En un tercer escenario, el órgano de investigación entiende que la suma de prácticas abusivas del concesionario disuade del acceso al tanatorio a las empresas de servicios funerarios competidoras de la suya propia. En tal caso, a su carácter explotativo (precio excesivo) y discriminatorio se añade su naturaleza exclusionaria, en forma de denegación de acceso constructiva. La conducta encuadra así en el artículo 102 b) TFUE o 2.1.c) LDC.

Una última posibilidad es la de calificar los hechos como compresión de márgenes (*margin squeeze*). Para ello deberán valorarse la relación entre el precio de venta del insumo que el dominante exige a sus competidores en el mercado aguas abajo y el precio del producto final. Existirá la compresión cuando el margen sea tan elevado que de aplicarse al propio dominante, este no podría competir en el mercado descendente. O dicho de otro modo, tales márgenes impidan competir aguas abajo a un operador eficiente.

La opción por uno u otro método de análisis depende tan sólo de que la autoridad de competencia encuentre un término de válido de comparación con la conducta denunciada. En dicho caso, el procedimiento sancionador transmutará la naturaleza jurídica del comportamiento abusivo imputado al concesionario con el objetivo de demostrar la infracción. Y lo hará bien por la vía de introducir en la ecuación nuevos actores (otros clientes del mismo concesionario u operadores o concesionarios diferentes que prestan el mismo servicio) bien por la de focalizar la atención en la exclusión de los competidores. La multiplicidad de soluciones admisibles favorece el *forum shopping*: el incentivo a los órganos de competencia a elegir un tipo u otro de

abuso para conducir el procedimiento sancionador en función de las mejores perspectivas de obtener una resolución sancionadora que sea refrendada por los tribunales.

El *forum shopping* es más previsible en los casos de precios excesivos, discriminatorios y denegación constructiva. No así en el de *margin squeeze*, dada la especificidad de su *test*, en el que el carácter anticompetitivo de la conducta dependen del margen entre el precio intermedio del insumo y el precio final.

En Derecho español, la situación descrita encuentra terreno abonado en los contratos de gestión de servicios públicos; en particular, en las concesiones administrativas de servicios funerarios. Las autoridades de defensa de la competencia castellana-leonesa y gallega han seguido caminos diferentes a la hora de sancionar abusos de posición de dominio imputados al concesionario de servicios de tanatorio que impone precios excesivos a la par que discriminatorios. La primera lo hizo por abuso explotativo; la segunda prefirió acudir al abuso discriminatorio.

6.1. Discriminación y denegación de acceso

En la práctica comparada de las autoridades de competencia existen casos en los que concurren ambos tipos de abusos y otros en los que la resolución examina la concurrencia de uno de ellos, descartando al segundo.

6.1.1. Presencia de ambos abusos

Clearstream definió a la denegación de suministro discriminatoria. La negativa a comerciar con una de entre varias empresas clientes es en concepto general discriminatoria para la precluída frente a sus competidoras. Ahora bien, para que el *refusal* vulnere también el artículo 102 c), es preciso constatar que el comportamiento de la dominante no sólo es discriminatorio, sino que también pretende falsear la relación de competencia, es decir, obstaculizar la posición competitiva de una parte de los socios comerciales de esta empresa frente al resto⁷⁷².

⁷⁷² *Clearstream*, 11-12.

En *Tanatorio de Huelva, S.L.*, el CDCA sancionó a la empresa homónima por haber incurrido en dos conductas abusivas frente a las empresas funerarias consistentes en la imposición de precios discriminatorios y otras condiciones comerciales y de servicios no equitativos y en la negativa injustificada a satisfacer sus demandas de prestación de servicios.-

La figura de la denegación de acceso constructiva como alternativa a la de los precios excesivos y discriminatorios se aborda en el epígrafe X de este capítulo.

6.1.2. Denegación de acceso pero no discriminación

El TDCCyL examinó la prohibición impuesta por el titular del Tanatorio Virgen del Carmen, S.L., de admitir en sus establecimiento flores y adornos florales procedentes de una concreta floristería de Palencia⁷⁷³. La resolución admitió la posición de dominio del Tanatorio; pero rechazó que hubiese incurrido en negativa de acceso porque no se produjo el cierre del mercado para los consumidores (existían otras tres floristerías cuyos productos sí eran admitidos) ni alteró la formación de precios.

La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de Argentina llegó a una conclusión similar en *El Canario, S.A.*⁷⁷⁴. Esta empresa era la concesionaria de servicio de la Estación Central Ómnibus de la ciudad de Cipolletti (Provincia de Río Negro). Fue denunciada por *Tramat*, empresa de transporte público de pasajeros de larga distancia-por impedirle acceder a dicha instalación. La prohibición se extendió al ascenso y descenso de pasajeros, carga y descarga de equipaje, reserva y venta de billetes. La denunciante consideró que la estación era una infraestructura esencial para operar el servicio de transporte. Añadió que dicha prohibición no se extendía a sus competidoras. La Comisión estudió el caso como denegación de acceso y rechazó la imposición de una sanción a El Canario. Argumentó que *Tramat* siguió operando durante la breve duración de la conducta (apenas dos meses).

En ambos casos las autoridades de competencia no resolvieron sobre la concurrencia de una discriminación de segundo grado entre competidores en ambos

⁷⁷³ RTDCCYL, de 10 de febrero de 2012, (Expte TDC/SAN/2/2011), *Tanatorio Virgen del Carmen, S.L., de Guardo (Palencia)*.

⁷⁷⁴ Dictamen de la Secretaría de Comercio Interior, Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, n° 188/2012, de 16 de noviembre, Expediente n° S01: 0241425/2008, *El Canario, S. A.*

mercados descendentes (floristería y transporte interurbano). Y ello a pesar de que las dominantes aplicaron a los denunciantes condiciones más desventajosas para prestaciones equivalentes, lo que pudo haberlas colocado en situación desventajosa frente a las restantes. A falta de otros datos, podría suponerse que ambas autoridades se limitaron a investigar la infracción que consideraron más probable y evitaron caer en el *forum shopping*. Es también significativo el papel fundamental que las dos resoluciones dan a la ausencia de *foreclosure*; requisito este imprescindible para apreciar el abuso por denegación de acceso pero no el de discriminación (de segundo grado).

Respecto de los casos relativos a la contratación pública producidos en España, *Servicios Funerarios La Gomera* presenta otras dos prácticas abusivas ligadas a la discriminación (fijación de precios y reparto de mercados decididos unilateralmente por el dominante).

6.1.3. Discriminación pero no denegación de acceso

La frecuente asociación entre ambas figuras sugiere la conveniencia de que las investigaciones conducidas contra contratistas o concesionarios públicos por prácticas denegatorias deben examinar también los indicios de discriminación (de primer o de segundo grado). Con independencia de que hayan sido obviados en la denuncia. Pero más aún si figuran en ella (como ocurría en el caso *El Canario, S.L.*).

Así lo hizo también la *High Court of Justice in England* en el interesante caso *Purple Parking contra Heathrow Airport*, cuyo estudio pormenorizado se hizo en sede de la denegación de acceso⁷⁷⁵. En resumen, el aeropuerto (HAL) impidió a los vehículos de la denunciante acceder a las terminales para llevar y recoger a los viajeros que dejen sus vehículos en el aparcamiento de Purple Parking, por ser su servicio más barato que el parking de HAL. La denuncia no se fundó en la prohibición/denegación de acceso, sino en la discriminación que aquella causó a la denunciante frente al propio aeropuerto. Fue este quien trató de derivar el caso hacia el *refusal*. Y ello porque, al no haberse causado la eliminación de la competencia en el mercado descendente, no podía ser condenado por negativa de acceso.

⁷⁷⁵ BROWN, CHRISTOPHER, Comentario sobre *Purple Parking Ltd v. Heathrow Airport Ltd* (2011), EWHC 987 (Ch), E.C.L.R., Número 10, 2011, National Reports, N-179 a N-183.

El tribunal rechazó la existencia de denegación, porque la negativa no afectaba a los ‘elementos centrales de la propiedad’ (*the real fruits of ownership*) del aeropuerto. Pero entendió que concurrían los tres requisitos de la discriminación citados en el artículo 102 c) TFUE: equivalencia de transacciones (la actividad de Purple exigía el acceso a las instalaciones de HAL); condiciones diferentes (HAL opera gratuitamente en la terminal y Purple desde el aparcamiento de vehículos del aeropuerto, donde debía pagar 1.50 libras); y la consiguiente desventaja competitiva para la denunciante, tanto por razón del distinto lugar de contacto con los pasajeros como por el precio del aparcamiento de vehículos).

La postura de las partes al tratar de guiar al tribunal hacia una u otra práctica es un ejemplo palmario de la dificultad de sancionar por *refusal* frente a la mayor lenidad de la discriminación. La clave se halla, como se ha señalado previamente, en la exigencia de *foreclosure*, sea entendida como distorsión real y efectiva de la competencia (*Microsoft*), o como su eliminación total o sustancial en el mercado por la práctica denegatoria del contratista público. Este requisito no se encuentra entre los establecidos por la normativa nacional y comunitaria para la discriminación de precios o de otras condiciones comerciales.

Por último, la figura de la denegación de acceso constructiva como alternativa a la de la discriminación (y a los restantes abusos exclusionarios y explotativos) se aborda en el epígrafe V.4 de este capítulo.

6.2. Discriminación y precios excesivos

6.2.1. Sanción por precios excesivos: *Tanatorio Ciudad*

En dos casos gemelos, el TDCCyL resuelve sendas denuncias interpuestas por empresas funerarias contra las concesionarias de servicios públicos de tanatorio y los Ayuntamientos de Fuenteguinaldo y de Navasfrías, en calidad de titulares del servicio⁷⁷⁶. Las conductas imputadas consistieron en: 1ª) la imposición a las empresas funerarias de precios superiores y condiciones diferentes a las oficialmente establecidas

⁷⁷⁶ TDCCyL, Resolución TDC-SAN-7-2015, *Tanatorio Ciudad* y *Ayto Fuenteguinaldo*, Resolución TDC-SAN-8-2015, *Tanatorio Ciudad SL*, *Jagrama SL*, *Ayto Navafrias*.

en el contrato de concesión (no existía Ordenanza fiscal); 2ª) Los precios y condiciones son diferentes en función de la funeraria que presta el servicio.

A pesar del fuerte contenido discriminatorio que se desprende de las denuncia, el Tribunal califica los hechos como infracción del artículo 2.2.a) LDC, evitando toda referencia al abuso de posición de dominio por aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

6.2.2. Sanción por discriminación: *Tanatorio de Catoira*

Conviene detenerse en esta resolución porque explica, mejor que ninguna otra, la concurrencia de abusos explotativos y discriminatorios y la opción por estos últimos⁷⁷⁷.

La Asociación de Empresarios de Pompas Fúnebres de la provincia de Pontevedra presentó en el Registro del Consello Galego da Competencia sendas denuncias contra *Pompas Fúnebres de Padrón, SL*, por presunta infracción de la Ley de Defensa de la Competencia en la explotación, en régimen de concesión administrativa, del tanatorio municipal del ayuntamiento de Catoira. Según la denunciante, la conducta restrictiva de la competencia en la que ha incurrido la concesionaria del tanatorio consistió en: a) denegar el acceso a las instalaciones a un vehículo funerario perteneciente a una empresa rival en el mercado de servicios funerarios; b) imponer un precio excesivo a las empresas rivales que desean utilizar las instalaciones del tanatorio municipal. Respecto de esta cuestión, la denunciante alegó que el importe de las tarifas que establece la concesionaria es muy superior al indicado en la Ordenanza fiscal de la concesión.

En relación con el mercado a considerar en el caso, la resolución atiende al ya inveterado concepto de mercado en los servicios mortuorios. Cabe hablar de dos mercados de producto relevantes: tanatorio y servicios funerarios. El mercado geográfico se ciñe al municipio. Con estos parámetros, *Pompas Fúnebres de Padrón, SL*, opera en dos mercados conexos: el de servicios de tanatorio y velatorio y el de servicios funerarios.

A la hora de definir la posición de dominio del concesionario, *Pompas Fúnebres de Padrón, S.L.*, ostenta una doble posición monopolística sobre el mercado de servicios

⁷⁷⁷ RCGDC, 3/2014, de 4 de julio, *Tanatorio de Catoira*, Exptes S7 y S20/2012 (vinculados).

de tanatorio: a) La exclusividad que concede el contrato, derivada de ser el concesionario único del contrato de gestión de servicios público; b) El monopolio sobre el mercado, derivado del anterior. En efecto, la concesión no sólo garantiza el disfrute en exclusiva del contrato, sino que en la práctica le asegura la ausencia de competidores en este mercado.

El CGC destaca la importancia de la barreras de entrada de nuevos competidores para determinar si un mercado es contestable. *«Cuando la entrada a un mercado es fácil, es difícil concluir que una empresa pueda ejercer un poder de mercado porque cualquier intento por su parte de aplicar un precio excesivo puede ser inmediatamente contrarrestado por otras empresas que, pese a no estar presentes en el mercado (competidores potenciales) acudirían rápidamente atraídas por los elevados precios impuestos por la empresa poderosa. Por el contrario, cuando la entrada en el mercado es complicada, la empresa puede establecer más fácilmente precios elevados porque sus competidores potenciales no se encuentran en disposición de contrarrestar su ejercicio de poder de mercado»*⁷⁷⁸. Las múltiples barreras – financieras, administrativas, urbanísticas, legales- necesarias para poner en marcha un tanatorio hacen prácticamente inviable que se prive al adjudicatario de la titularidad del único existente en la localidad⁷⁷⁹.

A través de sus prácticas abusivas sobre los precios *Pompas Fúnebres de Padrón* pretendía extender su dominio sobre el mercado de servicios de tanatorio al mercado de servicios funerarios (*leveraging*). *Pompas Fúnebres de Padrón*, a través de su división de empresa dedicada a los servicios de tanatorio en situación de monopolio local, imponía a las empresas de servicios funerarios que optasen entre dos tarifas si deseaban introducir cadáveres en sus instalaciones: a) una tarifa inferior en caso de que la empresa tercera encomiende la actividad funeraria a la división de servicios funerarios del concesionario (tarifa de subcontratación); b) una tarifa superior en el caso de que la

⁷⁷⁸ *Tanatorio de Catoira*, párr. 56

⁷⁷⁹ *«La posición de dominio de Pompas Fúnebres de Arosa se ve reforzada por la existencia de una barrera de entrada de naturaleza administrativa: la concesión municipal del servicio de tanatorio. En virtud de dicho contrato, el Ayuntamiento de Catoira cedió al concesionario la parcela sobre la que se construyó el tanatorio, corriendo a cargo de éste el coste de ejecución de la obra. La concesión del servicio público supone una barrera de entrada por cuanto los potenciales rivales tendrían que competir sin la ventaja añadida que supone la cesión de la parcela por parte del ayuntamiento, teniendo por lo tanto que asumir la compra del terreno en el que edificar el tanatorio y la tramitación de todas las licencias necesarias para su construcción»*, *Tanatorio de Catoira*, párr. 57.

empresa tercera desee operar directamente en el tanatorio municipal (tarifa de alquiler de sala).

La denominada tarifa de alquiler de sala era mucho más elevada que la tarifa de subcontratación. Del expediente se derivaba que no existía ningún tipo de justificación económica para dicha diferencia. Por ello, dicha tarifa debía ser calificada como un precio excesivo impuesto por el concesionario a sus clientes. Se trataba de un abuso explotativo impuesto en el mercado de servicios de tanatorio hacia el mercado aguas debajo de servicios funerarios y que sufrían las empresas funerarias.

Así pues, en el marco del mercado de servicios funerarios, la conducta de la división de servicios de tanatorio de *Pompas Fúnebres de Padrón* denota un doble esquema exclusionario:

1. Que la tarifa por alquiler de sala sea muy superior a la tarifa por subcontratación tiene por objeto impulsar a los competidores en este mercado conexo a que renuncien a ejecutar por sí mismos el servicio funerario - *motu proprio* o por petición de sus clientes (para ahorrar gastos). Constituye un precio discriminatorio, al carecer de justificación económica.
2. La mera imposición de una opción con un precio tan diferente tiene un afán exclusionario.

En definitiva, la conducta de *Pompas Fúnebres de Padrón* constituye al mismo tiempo un abuso explotativo (precio excesivo) y un abuso exclusionario (precio discriminatorio) frente a sus clientes (empresas de servicios funerarios) en favor de su división de servicios funerarios. Así lo destaca la resolución en un importante:

«(60) La jurisprudencia también considera que las distintas categorías de abuso no son excluyentes, de manera que una misma conducta puede constituir al mismo tiempo un abuso de tipo explotativo y excluyente, en la medida en que lesione los legítimos intereses de los consumidores y del mercado simultáneamente. Por ejemplo, si una empresa de telefonía que es titular de la red aplica precios (tarifas de interconexión) discriminatorios a sus clientes (el resto de operadores de telefonía), dicha conducta perjudica directamente a éstos (abuso explotativo) pero –al mismo tiempo– también puede restringir o falsear la competencia en el mercado al hacer que los

usuarios finales contraten servicios con unos operadores frente a otros, que serían más caros por haber sufrido la discriminación (abuso excluyente)».

Por todo lo anterior, la resolución sanciona a la empresa concesionaria por haber infringido el artículo 2.2.d) LDC al haber aplicado unas tarifas abusivas a las empresas rivales por la utilización de los servicios del tanatorio de Catoira.

A esta decisión pudo haber contribuido la mayor facilidad para probar la discriminación de precios o de otras condiciones comerciales frente a la demostración de los precios excesivos. Si en este último caso existen dudas hasta del test más adecuado para comparar los precios con otras medidas (costes de producción, precios empleados en otros servicios, etc.), la prueba de las condiciones discriminatorias exige acreditar que los precios o cláusulas impuestos por el concesionario presentan diferencias, que estas contribuyen a la eliminación o minoración de la competencia en el mercado y que carecen de justificación objetiva⁷⁸⁰.

Desde una perspectiva contraria a incluir a los abusos explotativos dentro de la tipología de abuso de posición de dominio, se ha sostenido que en la propia base de los abusos explotativos en el derecho comunitario pueden confluir precios excesivos con abusos exclusionarios en casos concretos. El artículo 101.1.a) TFUE considera como práctica abusiva el «a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas».

Para el autor, los «precios inequitativamente altos» pueden tener un objeto o efecto exclusionario. Así ocurre cuando las empresas (concesionarios, contratistas) compiten en el mercado aguas abajo con su comprador de quien percibe el precio elevado. En tal caso, pueden producirse compresión de márgenes o denegación constructiva. La pérdida de riqueza de los clientes sería un «by-product» de los efectos exclusionarios. Así ocurría en los casos comunitarios que sirvieron de antecedente a la doctrina comunitaria de los precios excesivos (*Parke, Davis, Serena v. Eda*). La concurrencia de efectos exclusionarios (principales) y explotativos se da también en el caso icónico de precios excesivos: *United Brands*.

⁷⁸⁰ La prueba de la discriminación se estudia de forma más pormenorizada en el epígrafe X.3.c) de este capítulo, bajo el título «Requisitos del abuso de posición de dominio discriminatorio en la gestión indirecta de actividades y servicios públicos y SIEG».

La conclusión, para este autor, es que en caso de concurrencia de efectos exclusionarios y explotativos debe sancionarse por abuso exclusionario. Tan sólo cuando «*la empresa que ocupa dicha posición utilizó las posibilidades que se derivan de ella para obtener en sus transacciones ventajas que no habría conseguido en caso de competencia practicable y suficientemente eficaz*» (*U. Brands*, 249) sería sancionable como precio excesivo. Sin embargo, este autor entiende que los precios explotativos son precios resultado de maximizar el beneficio (precios monopolísticos) inherentes a la posesión de posición dominante, por lo que no son abusivos por sí mismos. Tan sólo cabría regularlos si la posición de dominio ha sido obtenida por ser un monopolio natural o por haber obtenido derechos monopolísticos de las autoridades, como es el caso de la contratación.

Pero en estos dos casos, la regulación y sanción debería dejarse a las administraciones o al regulador, no al Derecho de la competencia, ya que las autoridades de competencia no deben tener funciones de control de precios y porque los abusos explotativos no tienen soporte en el derecho de la competencia ni en razones económicas⁷⁸¹.

V. NEGATIVA DE ACCESO

1. Introducción

La libertad de empresa (art. 38 Constitución española) confiere a su titular el derecho de crear su establecimiento y configurar su ámbito de actividad mercantil. Pero también para decidir positiva y negativamente con que empresarios va a relacionarse y a que segmento de clientes dirigirá su producción. Por ello, es principio general que cualquier empresa, sea dominante o no, debe tener derecho a elegir con quien comercia y a disponer libremente de su propiedad⁷⁸².

⁷⁸¹ ROBLES, MARTÍN-LABORDA, ANTONIO, *Exploitative Prices in European Competition Law*, cit.

⁷⁸² *Orientaciones*, 75.

Este derecho goza de mayor sustento cuando de competidores se trata. En efecto, no parece existir fundamento lógico ni racionalidad económica en auxiliarles. Especialmente, cuando el operador dominante en el mercado ascendente proporciona a su rival un insumo necesario para la consecución del producto final en el mercado descendente en el que compiten ambos. Esta práctica puede favorecer situaciones de parasitismo empresarial. Nada hay más rentable para un empresario ineficiente que ahorrar el costo de innovar en un insumo si puede exigir su entrega al rival más aplicado. Así pues, considerar abusiva *per se* la denegación de suministro o *refusal to deal or to provide* debe entenderse como de aplicación excepcional e interpretación restrictiva.

2. Requisitos

Para que el comportamiento del contratista o concesionario dominante sea abusivo en forma de denegación de acceso, por la negativa a iniciar o por el cese injustificado de relaciones comerciales con terceros, son exigibles cuatro requisitos: (1) que constituya una denegación o negativa (*refusal*), no otro comportamiento anticompetitivo; (2) que la instalación gestionada por el contratista sea objetivamente necesaria para que otros operadores ejerciten sus actividades mercantiles; (3) que la negativa produzca el cierre del mercado; (4) y que, además, cause un perjuicio a los consumidores⁷⁸³.

El primero de los requisitos ha sido entendido de forma muy amplia por la doctrina y la jurisprudencia. Hasta el punto de admitir comportamientos que no constituyen propiamente el rechazo al acceso (denegación constructiva). Pero todos ellos han de compartir un mismo fundamento: el objetivo perseguido por el contratista público es convertir en irrelevante la competencia en el mercado conexo para cuyo funcionamiento es indispensable la utilización de la instalación controlada por aquel. Por ello, en los epígrafes subsiguientes se analizarán los otros tres requisitos.

⁷⁸³ Tal como resume el TDC en *Funerarias Madrid*, «En el caso que se analiza, ciertamente, se dan los requisitos establecidos por la doctrina mencionada para afirmar la existencia de un abuso de posición ya que la utilización de los tanatorios se encuentran íntimamente ligada al traslado de cadáveres; es decir, la denegación del servicio puede eliminar toda competencia en el mercado de traslados a otros municipios con origen en Madrid por parte de las funerarias, no habiendo justificación objetiva para ello y siendo el uso de tanatorio indispensable para el ejercicio de dicha actividad al no haber ninguna otra alternativa real ni potencial. », RTDC, de 5 de junio de 2001, Expte. 498/00, *Funerarias Madrid*, p. 14. Precedida por las resoluciones interlocutorias, de 6 de septiembre (Expte R 115/95) de y 27 de diciembre (Expte R 165/96) de 1996, *Funerarias Madrid* 3.

2.1. Indispensabilidad

2.1.1. Doctrina de las infraestructuras esenciales: tanatorios

La doctrina de las infraestructuras o de los recursos esenciales (*essential facilities*), nacida en el derecho *antitrust* norteamericano⁷⁸⁴, se ha venido empleando en la jurisprudencia comunitaria como parámetro para medir el grado de necesidad/obligatoriedad/irreemplazabilidad del insumo controlado por el operador dominante para la competencia en un mercado conexo⁷⁸⁵. Por referirse a verdaderas infraestructuras su definición más ajustada se encuentra en *Sea Containers* (párrafo 66): se trata de instalaciones o infraestructuras sin cuya utilización los competidores no pueden prestar servicios a sus clientes⁷⁸⁶. Pero su versión canónica se encuentra en la sentencia *Oscar Bronner*. En ella, el Tribunal de Justicia equipara el concepto de ‘infraestructura esencial’ al de ‘indispensabilidad’ del insumo.

«Por ello, aun suponiendo que esta jurisprudencia relativa al ejercicio de un derecho de propiedad intelectual sea aplicable al ejercicio

⁷⁸⁴ COTTER, THOMAS F., *The Essential Facilities Doctrine*, *Antitrust Law and Economics*, Keith N. Hylton, ed., Edward Elgar Publishing, 2008; pp. 157-183, PITOFSKY, ROBERT, PATTERSON, DONNA, HOOKS, JONATHAN, «The essential facilities doctrine under United States Antitrust Law», *70 Antitrust L.J.*, 2002, pp. 443-462. Frente a su consolidación en el Derecho comunitario, la doctrina de las infraestructuras esenciales ha sido prácticamente abandonada en su país de origen. Ver MARCOS, FRANCISCO, «The Prohibition of Single-Firm Market Abuses: US Monopolization versus EU Abuse of Dominance», *International Company and Commercial Law Review* 2017, Nº 9. SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3028629>, p.19.

⁷⁸⁵ Los trabajos sobre la doctrina de las *essential facilities* son muy numerosos. En relación con su origen y evolución, destacan en la doctrina española, GIPPINI FOUNIER, ERIC, «Essential facilities y aplicación del artículo 82 CE a la negativa unilateral a contratar. Algunas consideraciones tras la sentencia Bronner». *GJCEE*, 205, enero/febrero 2000, págs 77-95; y DÍEZ ESTELLA, FERNANDO, «La doctrina del abuso en los mercados conexos: del «*Monopoly Leveraging*» a las «*Essential Facilities*»», *Revista de derecho mercantil*, Nº 248, 2003, págs. 555-604.

Ambos autores prefieren la expresión «recursos esenciales» a «infraestructuras esenciales», por entender que la primera tiene un significado más amplio y acoge a la segunda. El presente estudio emplea preferentemente «infraestructuras e instalaciones esenciales». El motivo es que la inmensa mayoría de los casos de refusal en la contratación pública afectan a contratos o concesiones de servicios, en los que el contratista/concesionario gestiona un bien inmueble, esencial para la prestación de la actividad contractual.

⁷⁸⁶ La doctrina de las infraestructuras esenciales responde normalmente al «paradigma del doble mercado». De tal forma que alguna doctrina muy relevante defiende el restringir su aplicación a aquellos casos en los que una empresa con poder de mercado (ej., contratista o concesionario públicos) posee una infraestructura que sus rivales en un mercado anterior/*upstream* (ej., proveedores) o posterior/*downstream* (ej., subcontratistas), necesitan para competir (*vertically related market*). Ver CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS y RODRÍGUEZ RODRIGO, JULIANA, «La doctrina de las infraestructuras esenciales en el Derecho Antitrust europeo: cuestiones esenciales», ADI, 2010-2011, p. 26.

de un derecho de propiedad de otro tipo, para que la sentencia Magill pueda ser invocada con objeto de afirmar la existencia de un abuso en el sentido del artículo 86 del Tratado en una situación como la que es objeto de la primera cuestión prejudicial, sería preciso (...) que el servicio, en sí mismo, fuera indispensable para el ejercicio de la actividad de éste, en el sentido de que no hubiera ninguna alternativa real o potencial al citado sistema de reparto a domicilio»⁷⁸⁷.

En el derecho de la competencia español, la doctrina de las infraestructuras esenciales ha encontrado terreno abonado en las resoluciones de las autoridades de competencia sobre la denegación de acceso a tanatorios. En un número elevadísimo de casos, los tanatorios son de titularidad municipal y gestión privada, adquirida esta por la vía de la concesión de servicios públicos. La dimensión municipal del mercado y las enormes barreras de entrada dificultan enormemente la construcción y puesta en servicio de tanatorios privados que compitan con los gestionados por los concesionarios⁷⁸⁸.

El Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía ha sido particularmente prolijo a la hora de precisar las condiciones en las que un tanatorio ostenta el rango de infraestructura esencial⁷⁸⁹. En *Tanatorios de Huelva, S.L. y Tanatorio Pedrera*, el Consejo reprodujo la definición de infraestructura esencial proporcionada por la Comunicación sobre aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones 1998. La doctrina sobre las instalaciones esenciales consiste en obligar al dominante a dar acceso a terceros a instalaciones que son esenciales para llegar a los clientes y/o posibilitar a los competidores realizar su negocio, y que no puede ser replicada por medios razonables. La disposición de instalaciones básicas, es decir, instalaciones o infraestructuras sin cuya utilización los competidores no pueden prestar servicios a sus clientes y no pueden ser sustituidas por

⁷⁸⁷ STJUE, de 26 de noviembre de 1998, C-7/97, *Oscar Bronner*, apartado 41.

⁷⁸⁸ Las resoluciones más conspicuas sobre denegación de suministro en el sector funerario analizan con cierto detalles las barreras de entrada y permanencia en este mercado (por ejemplo, *Tanatorios de Huelva*, pp. 26-31). Para un estudio detallado de las barreras normativas, técnicas, económicas y derivadas de la presión competitiva de los incumbentes, ver SÁNCHEZ SANTOS, JOSÉ MANUEL (Coord.), *El sector de los servicios funerarios en Galicia desde el punto de vista de la competencia*, (estudio promovido y financiado por el Tribunal Galego de Defensa da Competencia, Diciembre, 2008), pp. 138-144, http://www.tgdcompetencia.org/estudios/est_24_2008_EE_servicios_funerarios_es.pdf.

⁷⁸⁹ RADCA S/15/2014, de 1 de octubre de 2014, *Tanatorios de Huelva, S.L.*, pp. 34-36, RADCA S/12/2015, de 16 de diciembre de 2015, *Tanatorios Pedrera*, pp. 58-60.

ningún medio razonable, confiere a las empresas que las poseen una posición dominante. La negativa por parte de la empresa dominante a que un competidor utilice este tipo de instalaciones o la mera perturbación en su uso puede dar lugar a un abuso de dicha posición (TDC C 85/04 *INTUR/Euro Stewart*).

Añade el Consejo que la utilización de los tanatorios en las ceremonias fúnebres es tal puede considerarse un elemento imprescindible para que las empresas funerarias puedan proporcionar servicios a sus clientes. De este modo, la imposibilidad de ofrecer el servicio de tanatorio puede reducir notablemente la competencia en este mercado. Por todo lo anterior, han sido considerados en diversas ocasiones por la autoridad nacional de competencia como una instalación esencial, de conformidad con la jurisprudencia comunitaria (las resoluciones citan los casos *Magill* y *Oscar Bronner*) y la doctrina de la autoridad de competencia española⁷⁹⁰.

Por su parte, el Tribunal de Defensa de la Competencia concluyó en *Funerarias Madrid* que una empresa que ocupa una posición dominante respecto de la puesta a disposición de instalaciones básicas y que niega a otras empresas el acceso a las mismas sin justificación válida podría cometer un abuso, y también se indicaba que tal situación se podría dar en el caso de un tanatorio que fuera único en una ciudad. En *Funerarias Castellón* añadió que los tanatorios podrían constituir instalaciones esenciales para la prestación de servicios funerarios, concediendo a sus titulares una posición de dominio en el mercado desde la cual no pueden imponer medidas, que no sean objetivamente necesarias, en un mercado conexo al de servicios fúnebres, como el de los adornos florales en el que, además, los propios tanatorios compiten activamente.

Sin embargo, la autoridad de competencia española no consideró aplicable la doctrina de las instalaciones esenciales, ni siquiera la existencia de posición de dominio cuando competían varios tanatorios en un mismo mercado⁷⁹¹. En este sentido, *Tanatorios Castellón*, al enjuiciar una práctica imputada a diversas funerarias propietarias y gestoras de tanatorios de distintas localidades de la provincia de Castellón y relacionada con el mercado de los adornos florales mortuorios, el Consejo de la CNC consideró que no quedaba probado el abuso de posición de dominio de las mercantiles

⁷⁹⁰ Entre otras, RTDC de fecha 20 de junio de 2001, expte. 495/00, *Velatorios Madrid*; RTDC de 5 de julio de 2001, expte. 498/00, *Funerarias Madrid*; RTDC de 11 de enero de 2002, expte. r464/00, *Funerarias Castellón*.

⁷⁹¹ RTDC de 21 de enero de 2004, r575/03, *Interflora/Tanatorios Tortosa*.

denunciadas, al no acreditarse en este caso, sus tanatorios como instalaciones esenciales, entre otras razones, por existir un mercado geográfico relativamente reducido con un número de tanatorios y operadores variado⁷⁹².

Con base en estos antecedentes, *Tanatorios de Huelva, S.L.*, establece los tres elementos que suelen presidir la doctrina de las instalaciones esenciales en el ámbito de los tanatorios. En primer lugar, la negativa injustificada a satisfacer las demandas de prestación de servicios - uso de las salas de velatorio del tanatorio- por parte de otras empresas funerarias solicitantes que son clientes de la denunciada y que, además, compiten con ella en el mercado descendente. Tales hechos son constitutivos de la denegación de un «servicio objetivamente necesario» para competir en el mercado vecino de los servicios funerarios, dado que el servicio denegado constituye un «insumo imprescindible» para que las funerarias puedan competir con eficacia en el citado mercado. En segundo lugar, el único tanatorio que existe en el término municipal es el gestionado por la dominante. En tercer lugar, el planeamiento urbanístico impide la existencia de sustitutos potenciales en un futuro próximo en el municipio, por lo que ha de considerarse como una «instalación esencial» en este mercado, a la que los prestadores de servicios funerarios deberían poder tener acceso en condiciones no discriminatorias para una adecuada configuración de su oferta en el mercado⁷⁹³.

Otro submercado incluido en el de servicios mortuorios es el de crematorio. La autoridad de competencia castellano-leonesa ha entendido que participa del carácter indispensable de la inhumación, por ser «*sustitutiva o complementaria*» de aquella y por la demanda creciente de la incineración frente al enterramiento⁷⁹⁴. Sin embargo, no ha apoyado estas afirmaciones en el test SSRN o en cualquier otro método que mida el carácter sustitutivo de la cremación en mercados de carácter local.

⁷⁹² RTDC, de 11 de octubre de 2007, expte. 616/06, *Tanatorios Castellón*.

⁷⁹³ En términos generales, *Sea Containers*, 66 incorpora el elemento ‘discriminación’ a la figura del *refusal*. Una empresa que ocupa una posición dominante no puede efectuar discriminaciones en favor de sus propias actividades en un mercado conexo. Incurrir en abuso el propietario de instalaciones básicas utiliza su poder en un mercado para proteger o reforzar su posición en un mercado conexo, en particular, negando el acceso a un competidor o concediéndoselo en condiciones menos favorables que aquellas de que disfrutaban sus propios servicios e imponiendo, así, una desventaja a su competidor desde el punto de vista de la competencia.

Respecto a las relaciones entre discriminación y denegación (constructiva) ver en este capítulo «*Abuso discriminatorio, denegación de acceso constructiva, compresión de márgenes y abusos explotativos*».

⁷⁹⁴ RTDCCYL de 16 de marzo de 2018, (Expediente TDC/SAN/1/2018) *instruido sanción a la mercantil Agencia Funeraria Santa Teresa, S.L., por infracciones a la Ley de Defensa de la Competencia*, p. 28.

2.1.2. Doctrina de la necesidad objetiva

El Tribunal de Justicia dio un nuevo rumbo al requisito de la indispensabilidad en *Öscar Bronner*. Esta sentencia aclaró que el elemento «indispensabilidad» no se cumpliría simplemente demostrando que no sería económicamente viable para la empresa que solicita el acceso crear una instalación duplicada. En su lugar, al menos tendría que demostrarse que no era económicamente viable para una empresa en una posición similar a la de la demandada (no la víctima) para crear la instalación⁷⁹⁵. Pero añadió el criterio de la «*alternativa potencial realista*». Un recurso o infraestructura es esencial no sólo cuando carece de sustitutos, sino cuando existen obstáculos legales, económicos o técnicos que hacen imposible o irrazonablemente difícil, producir dicho sustituto⁷⁹⁶. El siguiente paso llegó en *Microsoft*, que equiparó «necesidad objetiva» a «indispensabilidad» del insumo⁷⁹⁷. Lo cual no significa exigir que su carencia vede absolutamente a todo competidor la capacidad para entrar o permanecer de forma viable en el mercado descendente. Un insumo es imprescindible cuando no haya ningún sustituto real o potencial en el que puedan basarse los competidores del mercado descendente para contrarrestar —al menos a largo plazo— las consecuencias negativas de la denegación (*Microsoft*, 421). Si un sustituto tal existe y es alcanzable en condiciones temporales y económicas razonables, deberá presumirse que un rival tan eficiente como el operador dominante (*as efficient rival*) podrá obtenerlo y así ejercer una presión competitiva sobre la aquél en el mercado descendente (*IMS Health*, 29).

Magill ya había precisado que para que el dominante pruebe que el elemento vedado no es indispensable para la viabilidad de sus competidores en el mercado, basta con que demuestre que éstos poseen alguna alternativa real o potencial al ofrecido por la empresa dominante (*Magill* 41, *Microsoft*, 328). En concreto, que pueden disponer de soluciones alternativas aunque sean menos ventajosas y que no existen obstáculos técnicos, reglamentarios o económicos⁷⁹⁸ que hagan imposible, o al menos

⁷⁹⁵ OCDE, Policy Roundtables, *Refusals to deal*, DAF/COMP (2007)46, 3 de septiembre de 2009, p. 45.

⁷⁹⁶ *Öscar Bronner*, 44-45.

⁷⁹⁷ *Microsoft*, 322.

⁷⁹⁸ El examen de la indispensabilidad ha de ser objetivo y no puede depender de la situación concreta de la empresa que solicita acceso al recurso. GIPPINI FOURNIER, ERIC, «Essential facilities y aplicación del artículo 82 CE a la negativa unilateral a contratar. Algunas consideraciones tras la sentencia Bronner». *GJCEE*, 205, enero/febrero 2000, págs 77-95 .

enormemente difícil⁷⁹⁹, para cualquier empresa que pretenda operar en ese mercado, crear, eventualmente en colaboración con otros operadores, productos o servicios alternativos⁸⁰⁰.

2.1.3. Breve comparación de ambas doctrinas

Tanto la doctrina de las infraestructuras esenciales como la de la necesidad objetiva se fundamentan en la existencia de barreras de entrada para que competidores pongan en funcionamiento instalaciones que rivalicen con las del contratista dominante⁸⁰¹. A pesar de los múltiples precedentes, la doctrina de las infraestructuras esenciales parece haber sido superada. Tanto el TJUE como la Comisión (*Orientaciones*, 2009) no la incluyen entre los requisitos de esta figura. El elemento clave es ahora la «necesidad objetiva» de la prestación, servicio, bien o producto del dominante para la actividad de su competidor en el mercado conexo.

Sin embargo, las diferencias a nivel práctico entre las dos doctrinas son muy limitadas. El test de anticompetitividad básico y común a ambas es la existencia/ausencia de alternativas factibles al bien, servicio, prestación o actividad del contratista o concesionario dominante en manos de sus competidores en un mercado conexo. Con este presupuesto, queda en manos de la autoridad de competencia apelar a una o a otra doctrina.

En el ámbito de la contratación pública, el Consello Galego da Competencia acudió al test de la necesidad objetiva en fecha tan temprana como 2012. Entendió el Consello que las *Orientaciones* de 2009 habían impuesto el concepto de necesidad objetiva del insumo sobre el de infraestructura esencial, que había quedado desplazado

⁷⁹⁹ El criterio de la dificultad fue interpretado por Lang como «insuperable barrera para la entrada de competidores de la empresa dominante o, sin cuyo acceso, el competidor estaría sujeto a un serio, permanente e ineludible handicap competitivo que convertiría en económicas a sus actividades». LANG, JOHN TEMPLE, «Defining Legitimate Competition: Companies' duties to Supply Competitors and Access to Essential Facilities», *Fordham Intell. Prop.L.J.*, Número 18, 1997, p. 1994. En el mismo sentido, TURNEY, JAMES, «Defining the Limits of the EU Essential Facilities Doctrine on Intellectual Property Rights: The Primacy of Securing Optimal Innovation», *NJTIP.*, Volumen 3, número 2 spring 2005, p.189.

⁸⁰⁰ *Bronner* 43, 44, *IMS Health* 28.

⁸⁰¹ En *Swatch*, la Comisión de Competencia de Suiza examinó el abuso denegatorio como consecuencia de la imposibilidad de que terceros creasen fuentes de suministro alternativas, por razones temporales y económicas (Resolución de 6 de junio de 2011).

por aquel⁸⁰². No obstante, la autoridad gallega no especificó las posibles diferencias entre ambos criterios. Por el contrario, emplea como fuentes de autoridad la sentencia *Oscar Bronner* y las resoluciones de la autoridad de competencia española sobre *essential facilities*.

Sin embargo, en 2016 la Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana acudió a la doctrina de las *essential facilities* a fin de archivar la denuncia por abuso denegatorio contra un tanatorio en materia de adornos florales. La resolución empleó este último test en su grado máximo. Aunque la Comisión no emite un criterio general, parece dar a entender que el establecimiento sobre el que recae un contrato o concesión administrativa sólo merece el calificativo de infraestructura esencial cuando «no existe alternativa» y «es el único lugar» para el desempeño de un operador rival en el mercado conexo⁸⁰³. No especifica la resolución si la alternativa ha de ser necesariamente física o puede ser de otro tipo (económica, organizativa, etc). En el contexto del caso- submercado de los adornos florales en el mercado de los servicios mortuorios- se valora tan sólo la existencia de una opción física.

Cabe opinar que la identificación entre ambos criterios resulta todavía más clara en *Tanatorio Pedrera*⁸⁰⁴. El Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía articuló el análisis de la denegación de acceso en los tres elementos acumulativos previstos en el apartado 81 de las *Orientaciones*. El primero de ellos es la necesidad objetiva del producto o servicio para competir con eficacia en un mercado descendente. Curiosamente, la definición de necesidad objetiva coincide en la resolución con la de infraestructura esencial⁸⁰⁵. Su desarrollo se hace sobre la doctrina de las *essential facilities*⁸⁰⁶. Por último, el Consejo concluyó que el tanatorio era un servicio objetivamente necesario puesto que constituía un «*insumo imprescindible*» e

⁸⁰² «El término utilizado en la Comunicación 2009/C45/02, «necesidad objetiva del producto», parece haber desplazado hoy a la noción de «recurso o infraestructura esencial» (*essential facility*) con la que habitualmente se aludía a este requisito y que ha sido utilizada en numerosas ocasiones por la Comisión Nacional de la Competencia respecto de los tanatorios», RCGDC, 1/2012, de 10 de julio, Expte. S12/2011, *Tanatorio de Valga*, p. 27.

⁸⁰³ RCDCCV, de 27 de julio de 2016, Expte SAN 7/2015, *Tanatorio Flores*, 42.

⁸⁰⁴ Con el antecedente, algo dubitativo, de *Tanatorios de Huelva, S.L.*, p. 34.

⁸⁰⁵ «Para competir de manera eficaz se debe estimar que no existe ningún sustituto real o potencial en el que los competidores en el mercado puedan basarse con el fin de contrarrestar las consecuencias negativas de la negativa a la prestación del servicio», *Tanatorio Pedrera*, p. 58-59

⁸⁰⁶ *Tanatorio Pedrera*, p. 59-60.

«*indispensable*» para competir en el mercado vecino de la intermediación de servicios funerarios⁸⁰⁷.

2.1.4. Inversión insuficiente por motivos estratégicos

La falta de capacidad disponible es considerada, por regla general, una justificación objetiva de la denegación de acceso a una infraestructura esencial⁸⁰⁸. Se exceptúa el caso de que la saturación sea debida a la ineficiencia o negligencia del operador dominante y sea superable a través de medidas organizativas ordinarias⁸⁰⁹.

Sin embargo, la Comisión Europea no se ha limitado a imponer a los operadores dominantes la obligación de garantizar el acceso a las infraestructuras existentes en condiciones no discriminatorias y gestionarlas eficientemente para evitar limitaciones de capacidad artificiales. Dos decisiones relativas a los mercados gasísticos – *GDF Suez* y *Eni*⁸¹⁰ - consideran un operador verticalmente integrado incurrir de abuso de posición de dominio por denegación de acceso cuando su falta de inversiones (suficientes) en el mercado aguas arriba genera limitaciones de capacidad y todo ello responde a su estrategia de obstaculizar el acceso de sus rivales en el mercado aguas abajo a una infraestructura esencial situada en el mercado *upstream*⁸¹¹.

La contratación pública no es un campo de juego propicio para la subinversión estratégica de carácter anticompetitivo. Por un lado, quedaría limitada a los contratos dirigidos al público en los que el adjudicatario asuma los riesgos operacionales (concesiones de obras y de servicios). Por otro, el órgano de contratación tiene entre sus prerrogativas la fijación unilateral del objeto del contrato, su interpretación, inspección y modificación (artículos 190 y 261 LCSP); por lo que puede imponer al contratista nuevas inversiones, siempre que mantenga/reestablezca el equilibrio económico del contrato (artículos 270 y 290 LCSP) y las modificaciones no excedan del 20% del

⁸⁰⁷ Tanatorio Pedrera, p. 62-63.

⁸⁰⁸ El Discussion paper observa que «*el acceso (de competidores) puede ser rechazado si la infraestructura tiene una capacidad limitada*»

⁸⁰⁹ Decisión de la Comisión, de 21 de diciembre de 1993, *Puerto de Rødby*, 94/19/CE: Decisión de la Comisión, de 21 de diciembre de 1993- *Sea Containers c/Stena Sealink*.

⁸¹⁰ Decisión de 3 de diciembre de 2009, COMP/39.316, *Gaz de France*, Decisión de 29 de septiembre de 2010, COMP/39.315, *Eni*.

⁸¹¹ MERLINO, PIETRO y FAELLA, GIANLUCA, «Strategic Underinvestment as an Abuse of Dominance under EU Competition Rules», *World Competition*, Volumen 36, nº. 4, 2013 pp. 513–539.

precio del contrato, en cuyo caso aquel puede optar por su resolución (artículo 211.1.g) LCSP).

En una situación hipotética, aquel contratista que rechazase una modificación del contrato, consistente en la ampliación de sus instalaciones y adecuadamente compensada por el ente contratante, podría incurrir en abuso por denegación de acceso si su instalación fuese esencial y la negativa tiene por causa impedir que otro operador la utilice para prestar servicios en los que compite con el contratista en otro mercado.

Por ejemplo, un concesionario de servicios de tanatorio en cuyas instalaciones opera únicamente su propia división de servicios funerarios. Otras empresas funerarias solicitan que les conceda acceso; el concesionario se niega, alegando que el tanatorio cuenta con una única sala y su ya alto nivel de ocupación le impide garantizar el acceso de terceros operadores. El ayuntamiento contratante tramita una modificación del contrato para la construcción de una segunda sala. El importe de la modificación no excede del 20% del precio inicial del contrato. El concesionario rechaza la modificación y propone resolver el contrato.

En casos como el citado, la LCSP cuenta con mecanismos suficientes para implementar la mejora de las instalaciones esenciales y, subsidiariamente, promover la resolución del contrato a costa del contratista. Pero tan sólo una investigación conforme a la LDC puede averiguar si el comportamiento subinversor del contratista respondía a una estrategia anticompetitiva o a motivaciones comerciales lícitas.

2.15. La doctrina de «los frutos reales de la propiedad»

Con independencia de la postura que se adopte sobre la relación entre las doctrinas de las infraestructuras esenciales y de la necesidad objetiva, resta por precisar la extensión del producto que se considera objetivamente necesario. Es decir, ha de señalarse si es anticompetitiva la denegación de la totalidad de la infraestructura, bien o servicio esenciales que fueron objeto del contrato público o tan sólo de algunas partes. Y, en este último caso, cuáles quedan exentas y cuáles han de ser accesibles para garantizar una sana competencia en el mercado conexo al dominado por el contratista público. En resumen, acotar la extensión objetiva o contenido esencial del bien necesario equivale a determinar el contenido esencial de la denegación de acceso al mismo.

Un claro ejemplo de esta decantación es *Purple Parking*⁸¹². Esta sentencia, dictada por la *High Court of Justice in England* en 2011, ha sido ya tratada desde la perspectiva de la discriminación y lo será acto seguido sobre la importancia del *foreclosure*⁸¹³. El presente apartado se centrará en estudiar cómo enmarca la denegación de acceso prohibida y sus límites objetivos.

Heathrow Airport Ltd (HAL) es la sociedad mercantil titular de varios aeropuertos británicos, entre ellos el del mismo nombre. Entre sus servicios, cuenta con una red de aparcamientos para viajeros. *Purple Parking Ltd* (PP) tiene como objeto social la recogida en y el traslado de los viajeros al aeropuerto en cuestión, desde una base en la que custodia los vehículos privados de sus clientes. Tanto PP como otras operadoras de meet-and-greet (también conocido como valet-parking) emplean la zona de acceso a las terminales para dejar o recoger a sus clientes⁸¹⁴.

En un momento dado, HAL prohibió a dichas empresas operar desde la entrada a las terminales, zonas sustituidas por los aparcamientos para vehículos sitos en las terminales 1, 3 y 5. Esta ‘postergación’ fundó la denuncia de PP contra HAL por haber incurrido en discriminación de condiciones comerciales hacia la denunciante, al colocarla en una posición desventajosa frente al propio HAL. El aeropuerto rechazó haber incurrido en abuso discriminatorio. Observó, además, que la prohibición de operar en la zona de acceso a las terminales equivaldría a una negativa de acceso a una infraestructura esencial. Pero añadió que tampoco ejercitó esta conducta abusiva, dado que la competencia en el mercado no había sido eliminada: la denunciante y sus rivales seguían su actividad desde una zona distinta.

El tribunal examinó tanto los indicios por denegación como las evidencias de discriminación, aunque a esta infracción no se refería la denuncia. En relación con el

⁸¹² High Court of Justice in England, *Purple Parking Ltd v. Heathrow Airport Ltd* (2011), EWHC 987 (Ch).

⁸¹³ Ver, respectivamente, los apartados «*Discriminación pero no denegación de acceso*» y el inmediatamente posterior al presente.

⁸¹⁴ La entidad equivalente en el Derecho español, Aena Aeropuertos, S.A., es una sociedad mercantil estatal de las previstas en el artículo 116 de la ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas. El régimen de la contratación de obras, bienes y servicios es complejo. Dependiendo del objeto contractual, está sometida a la Ley 31/2007, de 30 de noviembre, sobre sectores especiales (contratos de obras, suministros, servicios y asistencias técnicas), la Norma Interna de Contrataciones Generales (para el mismo tipo de contratos excluidos del ámbito de aplicación de dicha ley por razón de su importe) o la Norma de Contratación Comercial (arrendamientos de locales, terrenos e instalaciones, prestación de actividades/servicios de naturaleza comercial).

primer tipo de abuso, duda el tribunal de que la zona de acceso a las terminales aeroportuarias constituya una infraestructura esencial, dada la continuidad del negocio *meet&meet* desde las zonas de aparcamientos. Apelando a *Microsoft*, afirmó que la inexistencia de foreclosure no hace inviable el éxito de la acción por negativa de acceso. Lo relevante es la distorsión real y efectiva de la competencia, que no es sinónimo de eliminación de la misma.

Pero el motivo real por el cual la sentencia rechazó que HAL hubiese incurrido en negativa de acceso se halla en que la prohibición del aeropuerto no recayó sobre el *core* de la infraestructura. El negocio de las operadoras *meet&meet* no recae sobre el contenido esencial de los bienes y servicios prestados por el aeropuerto cuya titularidad adquirió la denunciada y que justificaron su elevada inversión, que la sentencia denomina los «frutos reales de la propiedad» (*the real fruits of the ownership*).

El Tribunal parte de la jurisprudencia comunitaria para sostener que una denuncia por denegación de acceso o suministro sólo tiene visos de prosperar cuando la negativa afecta los bienes y servicios principales que justifican la inversión y la propiedad del operador dominante («*central investments*»)⁸¹⁵. Porque sólo respecto de ellos el dominante puede argumentar que invirtió grandes cantidades de dinero para crear la infraestructura y cabe discutir si debe ser obligado a compartirla, salvo que obtenga un beneficio justo de ello. Sin embargo, las entradas tienen como único objeto servir al fin principal del aeropuerto, que es la provisión de servicios aeroportuarios necesarios para que los aviones despeguen y aterricen con pasajeros o carga⁸¹⁶.

La doctrina de los «frutos reales de la propiedad» reduce el alcance de la acción por refusal a los elementos centrales de la instalación o bien gestionado por el (contratista) operador dominante. Pero impide que prospere respecto de los bienes o servicios accesorios. Esto equivale a afirmar que, en muchos casos, no toda la infraestructura esencial es esencial.

⁸¹⁵ En *Bronner*, la negativa de acceso recae sobre el sistema de distribución del periódico; en *Sea Container*, sobre el puerto (Decisión 94/19, IV/34.689); en *FLAG-Flughafen Frankfurt* (Decisión 98/190, IV/34.801), sobre el manejo de los aviones en el aeropuerto. Pero el precedente más próximo es *Tiercé Ladbroke* [STPI, de 12 de junio de 1997, T-504/93, 130-133]. Para esta sentencia no cabe acción por refusal cuando lo que se deniega es el acceso a un servicio complementario, e incluso conveniente, pero no es en sí mismo indispensable para el ejercicio de la actividad principal.

⁸¹⁶ WHISH, RICHARD, BAILEY, DAVID, *Competition Law*, Oxford University Press, 7ª edición, 2012, p. 711.

La razón de ser última de esta interpretación se encuentra en la base de esta figura abusiva: la prohibición de acceso es la norma y la obligación de dar entrada a otros operadores es la excepción. Así lo reconoció la Comisión: en términos generales, cualquier empresa, ya sea dominante o no, debe tener derecho a elegir con quien comercia y a disponer libremente de su propiedad (Observaciones, apartado 75).

Sin embargo, esta posición está viciada por un problema de origen: sitúa al dominante como término de imputación de la necesidad objetiva. En puridad, para calificar a una denegación como anticompetitiva ha de comprobarse si la infraestructura, bien o servicio son objetivamente necesarios para garantizar la competencia en el mercado conexo donde operan los que pretenden acceder («*para poder competir con eficacia en un mercado descendente*», Orientaciones, 81)⁸¹⁷; no en el mercado controlado por el operador dominante. El tribunal británico podría haber empleado los criterios adoptados por la Comisión en *FAG* y considerar que los dos mercados en cuestión no son complementarios, sino que están separados: (1) desde el plano de la demanda, los servicios centrales del aeropuerto y la actividad *meet&meet* son diferentes y no intercambiables. No es necesaria su compra conjunta por los usuarios de aquel; (2) desde el plano de la oferta, ambos tipos de servicios son significativamente diferentes y no han de ser ejecutados por el mismo proveedor; (3) en otros aeropuertos se acepta que la actividad *meet&meet* se preste por empresas específicas⁸¹⁸. Estas tres razones explicarían los servicios no son objetivamente necesarios el uno para el otro.

El caso resuelto en *Purple Parking Ltd.*, plantea un problema aún mayor en cuanto a la aplicación de la teoría de la denegación. Por una parte, no es una denegación inicial de acceso, porque las empresas *meet&meet* operaban en las terminales antes de la decisión de HAL. Por otra parte, tampoco cabe hablar de terminación o ruptura de una relación preexistente. No parece haber existido nunca entre estas empresas y HAL una relación jurídica (normativa o contractual); tan sólo existía una situación de aquiescencia tácita de la segunda hacia la actividad económica de las primeras, carente

⁸¹⁷ Tal es el método de análisis característico de la doctrina de los recursos esenciales inaugurado por *Magill*, GIPPINI FOURNIER, «Essential facilities y aplicación del artículo 82 CE...», cit. p. 88.

⁸¹⁸ Decisión de la Comisión de 14 de enero de 1998 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado CE (IV/34.801 *FAG - Flughafen Frankfurt/Main AG*). Ver HOU, LIYANG, «The Essential Facilities Doctrine – What was Wrong in Microsoft?», *IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 43(4), 251-271, 19 de marzo de 2012, <https://ssrn.com/abstract=2025777>, pp. 4-5.

de contenido económico. De llegarse a esta conclusión, faltaría uno de los requisitos exigidos para investigar la negativa a continuar una relación ya nacida⁸¹⁹.

2.2. *Foreclosure*

La jurisprudencia anterior a *Microsoft* consolidó la fórmula según la cual el *refusal* sólo es sancionable cuando la conducta de la empresa dominante «pueda excluir cualquier competencia» (*Magill*) o «pudiera eliminar toda competencia en el mercado» derivado, *Öscar Bronner*, 41). *IMS Health* habla también de exclusión de «toda competencia». Literalmente interpretadas, estas expresiones ciñen el comportamiento abusivo a aquél susceptible de suprimir toda la competencia en el mercado conexo en grado de «alta probabilidad»⁸²⁰. Esta interpretación limitaría la intervención de la normativa de competencia al momento de consecución o riesgo inminente de monopolio. Por lo tanto, se opone manifiestamente al objetivo de aquélla, cuál es preservar una competencia no falseada en el mercado común y, en especial, proteger la competencia aún existente en el mercado de referencia⁸²¹. Es por ello que las sentencias citadas consideraron suficiente que la exclusión se limite a la empresa demandante para que exista abuso denegatorio⁸²². Cuando el excluido es el único competidor y el dominante gestiona la única infraestructura existente en el mercado disponible para los terceros operadores, la negativa de acceso es *per se* (más bien, por lógica) anticompetitiva⁸²³.

Microsoft establece una limitación objetiva, No es necesario, afirma, demostrar la eliminación de toda competencia en el mercado. Lo relevante para acreditar una infracción del artículo 102 TFUE es que la negativa controvertida comporte el riesgo o pueda surtir el efecto de eliminar toda competencia efectiva en el mercado». Para ello

⁸¹⁹ La conclusión es la opuesta si la se defiende la preexistencia de la relación entre el dominante y el operador en el mercado conexo porque en el pasado el primero consideró de su interés admitir la entrada o suministrar un bien o servicio al segundo (DG Competition Discussin paper, 217)

⁸²⁰ *Microsoft*, 560.

⁸²¹ *Microsoft*, 561.

⁸²² Por ejemplo, en *Brönner*, el TJCE señaló que «si bien en sus sentencias *Commercial Solvents/Comisión* y *CBEM*, antes citadas, el Tribunal de Justicia consideró abusivo el hecho de que una empresa que ocupa una posición dominante en un mercado determinado se niegue a abastecer a una empresa con la que compite en un mercado afín las materias primas y los servicios indispensables para el ejercicio de las actividades de ésta, lo hizo en la medida en que el citado comportamiento podría eliminar toda competencia por parte de la citada empresa». (apartado 38).

⁸²³ STSJ de Galicia, Sala de lo C-A., Sec. 2, procedimiento ordinario nº 4715/2012, que ratifica la resolución dictada por el CGC en el caso *Tanatorio de Valga*, p.3, *in fine*.

no es necesario que concurra riesgo grave de eliminación de todos los competidores. Es suficiente con demostrar que éstos permanecen de forma marginal en algunos ‘nichos’ del mercado⁸²⁴. La supresión de la ‘competencia efectiva’ como criterio de anticompetitividad de la denegación de acceso reaparece en *Clearstream*⁸²⁵.

La cuestión se centra, pues, en resolver cuándo los rivales se ven reducidos a una situación de marginalidad. La Comisión ha sostenido que una cuota igual o superior al 50% otorgaría a una empresa posición de dominio si las de los rivales son mucho más pequeñas. No obstante, en casos concretos empresas con un 10% de cuota puede ejercer presión competitiva sobre la dominante⁸²⁶. En resumen, la mera posición de dominio del contratista o concesionario públicos no coloca automáticamente a sus competidores en el mercado derivado en una posición marginal. Tampoco la provoca el superdominio o la situación próxima al monopolio, siempre que, en este caso, los rivales mantengan un nicho de mercado suficiente conforme al test de eficiencia (*as efficient o reasonably efficient test*). Pero en algunos sectores, la marginalización se lleva al extremo y es sinónima de exclusión de los competidores.

Así ocurre en el ámbito de la contratación pública, donde resulta habitual que el contratista articule una estrategia negadora de acceso con el ánimo de excluir del mercado conexo a todos sus rivales, presentes o futuros, reales o hipotéticos. Tal como se observa de forma repetida en este estudio, no son pocos los casos en los que la adjudicación otorga al contratista la exclusividad sobre el contrato o concesión a la par que el monopolio sobre el mercado. El adjudicatario verticalmente integrado se halla en condiciones de usar dicho monopolio para adquirir (o extender) el dominio a un mercado conexo, abierto a la competencia (*monopoly leveraging*). Una forma de *leveraging* muy evidente consiste en prohibir a sus rivales en este segundo mercado el acceso al bien/servicio sobre el que recae el contrato público y que constituye una

⁸²⁴ Esta posición finalista se justifica más aún en un mercado como el de los sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo en el que existen importantes efectos de red, *Microsoft*, 562-564.

⁸²⁵ Sentencia del Tribunal General, de 9 de septiembre de 2009, T 301/04, *Clearstream v. Comisión*, 148.

⁸²⁶ *DG Competition Paper.*, cit. Apartados 31 a 33. Tal probabilidad es generalmente mayor cuanto más alta es la cuota de mercado de la empresa dominante en el mercado descendente; cuanto menos se limite la capacidad de la empresa dominante en relación con los competidores en el mercado descendente; cuanto más cerca esté la sustitución entre el insumo de la empresa dominante y el de sus competidores en el mercado descendente; cuanto mayor sea la proporción de competidores afectados en el mercado descendente; y cuanto más probable sea que la demanda que podría ser satisfecha por los competidores excluidos se desvíe de ellos en beneficio de la empresa dominante, *Orientaciones*, 85.

infraestructura esencial o es objetivamente necesario para operar en el mercado conexo. La prohibición de acceso causa la inmediata exclusión de los competidores y el consiguiente monopolio del contratista público sobre el segundo mercado⁸²⁷. Pero lo imprescindible para hablar de cierre del mercado no es la exclusión de los rivales del contratista, sino el debilitamiento de la competencia en el mercado conexo⁸²⁸.

Establecer como criterio de *foreclosure* la distorsión de la competencia efectiva frente a su total eliminación permite sancionar por negativa de acceso comportamientos no vocados a la exclusión de los rivales por mor del *monopoly leveraging*. Por ejemplo, aquellas negativas que buscan disciplinar a competidores que también están verticalmente integrados y gozan de posición de dominio en el mismo mercado de producto que el abusador, pero en distinto ámbito territorial.

El criterio de la distorsión real y efectiva de la competencia es, además, fundamental para deslindar el abuso denegatorio de las conductas discriminatorias. Así se observa en *Purple Parking Ltd v. Heathrow Airport Ltd* (2011). Como se explicó en su momento, la entidad gestora del aeropuerto denunciado pretendió conducir la investigación de la *High Court* por la vía del *refusal*. Dado que la denunciante no había sido expulsada del mercado, sino postergada a operar en instalaciones diferentes a las terminales, faltaba un elemento esencial para sancionar al aeropuerto por denegación de acceso. Por el contrario, la denunciante y el tribunal sostuvieron que dicha postergación equivalía a una discriminación (exclusionaria), para cuya apreciación el *foreclosure* no es un dato relevante.

Un ecosistema muy feraz para la propagación de la denegación de acceso en la contratación pública es el de los tanatorios gestionados por concesionarios públicos. La mayoría de los casos estudiados presenta ciertos trazos comunes:

1. El mercado (aguas arriba) tiene un ámbito local y un operador monopolístico: el contratista del servicio público del único tanatorio sito en el municipio.

⁸²⁷ En relación con la marginación segura de los competidores en el mercado derivado por la denegación de acceso impuesta por el concesionario del servicio público de tanatorios, ver *Tanatorio Pedrera*, pp. 60-61.

⁸²⁸ RTDCCYL de 17 de abril de 2018, (Expediente TDC/SAN/3/2018): *denuncia presentada contra la mercantil Hijos de Anciones Calzada, S.L.U.*, p. 11.

2. El contratista público está verticalmente integrado: opera en el mercado (aguas abajo) de servicio funerarios, donde compite con otros rivales.
3. Los operadores en el mercado de servicios funerarios precisan acudir al tanatorio gestionado por el concesionario público. El tanatorio adquiere la condición infraestructura esencial o bien objetivamente necesario para el ejercicio del negocio funerario.
4. El contratista público niega a las empresas funerarias toda posibilidad de acceder al tanatorio, o condiciona el acceso al cumplimiento por aquellos de condiciones imposibles, ilógicas o irrazonables.
5. Desde el primer momento, los operadores funerarios quedan excluidos del contrato aguas abajo, cuyo monopolio adquiere la división funeraria del contratista público de tanatorio.

2.3. Falta de justificación objetiva

2.3.1. Importancia de las causas de justificación objetiva en el *refusal*

En *United Brands*, el TJCE afirmó que la existencia de una posición dominante no puede privar a una empresa que se encuentra en dicha posición del derecho a proteger sus propios intereses comerciales cuando éstos son atacados, y que se le debe reconocer, en una medida razonable (proporcional a la amenaza), la facultad de realizar los actos que juzgue adecuados para proteger dichos intereses⁸²⁹. Esta posición del Tribunal de Justicia significa que, en lo que al *refusal* se refiere, las justificaciones objetivas no son circunstancias excepcionales sino que forman parte del núcleo duro del análisis de la conducta. Sin que quepa reducir su significado en los restantes abusos exclusionarios, lo cierto es que el papel de las causas de justificación se encuentra en la misma raíz de la doctrina comunitaria de la denegación de suministro.

De lo anterior podría deducirse que la justificación objetiva del contratista público que incurre en negativa de acceso no parece conceptualmente compleja. Deberá enhebrar un argumento convincente relativo a su prestación contractual; la cual tiene

⁸²⁹ *United Brands*, 189-190.

por objeto desarrollar actividades administrativas y, en consecuencia, satisfacer los intereses públicos (artículo 103 CE). Con esta base tiene a su disposición los tres tipos de justificaciones objetivas citados por la doctrina⁸³⁰. Por ejemplo, puede aducir las exigencias inherentes a la ejecución del contrato (comportamiento comercial legítimo) y la defensa de los intereses públicos (objetivos legítimos de interés público) o razones de eficiencia.

La naturaleza de los contratos administrativos, el régimen jurídico de los procedimientos de contratación y las funciones asignadas a los poderes adjudicadores hacen difícil encontrar alguna causa de justificación que legitime el comportamiento denegatorio de un contratista⁸³¹. A este respecto, cabe analizar por una parte las causas de justificación recogidas en las *Orientaciones* y por otra las eventuales razones de interés general concurrentes en la conducta del contratista dominante.

2.3.2. Causas de justificación previstas en las Orientaciones

En sus *Orientaciones* de 2009, la Comisión analizó con particular detalle este extremo. El citado documento toma en consideración dos justificaciones objetivas a la hora de investigar un caso de *refusal*: 1) necesidad de la denegación para asegurar la obtención de rendimientos económicos y su aplicación para continuar la actividad de producción del insumo; 2) que imponer la obligación de proveer ponga en peligro su innovación o alteren injustificadamente el equilibrio estructural del mercado.

Sin embargo, el propio documento comunitario cita tres situaciones en las que la imposición de una obligación de suministro difícilmente desincentivará al propietario del insumo y/o a otros operadores a invertir e innovar en el mercado ascendente, ya sea previa o posteriormente. Concretamente: a) Que una regulación nacional imponga al dominante la obligación de acceso o de suministro. Dicha regulación ha de ser compatible con el derecho comunitario y de ella ha de desprenderse claramente que, al imponer dicha obligación de suministro, la autoridad pública ya ha sopesado

⁸³⁰ LOWE, PHILIP, «DG Competition's Review of the Policy on Abuse of Dominance», en *International Antitrust and Policy. Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute 2003*, Hawk, 2004, pp.170-173.

⁸³¹ En *Funerària Fontal*, p. 24, el Tribunal de la ACCO apuntó dos justificaciones objetivas: falta de capacidad de la infraestructura para atender las demandas de servicio de operadores rivales o mejoras en términos de eficiencia para el mercado y los consumidores que sólo se pudieran conseguir impidiendo el acceso a la infraestructura a otros operadores.

adecuadamente los incentivos; b) que la posición de la empresa dominante en el mercado ascendente se ha desarrollado al amparo de derechos especiales o exclusivos o c) que la empresa dominante ha sido financiada mediante recursos estatales. En los tres casos, la adquisición o mantenimiento de la posición de dominio conlleva de forma inherente una serie de beneficios económicos (establecidos por la regulación en el primer caso, por el otorgamiento de derechos exclusivos o especiales en el segundo y por la concesión de la ayuda de estado en el tercero).

No es extraño que el contrato administrativo coloque al adjudicatario en los casos segundo y/o tercero. En sectores como el funerario, gestión de infraestructuras públicas, espacios deportivos y hospitalarios, entre otros, la naturaleza de los mercados de producto y geográfico determina que la adjudicación otorgue al contratista el monopolio o super-dominio durante el tiempo de vigencia del contrato público. No son pocos los casos de ayudas públicas concedidas para el desarrollo del contrato (por ejemplo, para la construcción de la infraestructura que será gestionada por el concesionario). El contratista público dominante que se encuentre en alguna de estas situaciones dispone de menos argumentos para justificar objetivamente la negativa de acceso.

En realidad, puede hablarse en estos casos de una presunción *iuris tantum* de anticompetitividad de la conducta. En ellos, el ente contratante puso a la empresa dominante en condiciones favorables para ejercer su actividad con beneficio propio y para el interés públicos, sin necesidad de impedir el acceso a los operadores presentes en el mercado conexo. Parafraseando al Tribunal de Justicia en *Télémarketing*, será más difícil justificar que la negativa esté justificada por necesidades técnicas o comerciales vinculadas a la naturaleza de la actividad contratada, sino que su verdadero objeto es reservar el mercado descendente en exclusiva al contratista, con la posibilidad de eliminar toda competencia por parte de una tercera empresa. Tal comportamiento constituiría un abuso prohibido por el artículo 102 TFUE, siempre y cuando se reunieran los demás requisitos para la aplicación de dicho artículo⁸³².

Las causas de justificación citadas en las *Orientaciones* no resultan aplicables cuando el PCPA prohíbe expresamente que se impida el uso de las instalaciones a cualquier operador presente en el mercado conexo y configura la negativa de acceso condición resolutoria de lcontrato o concesión, tal como se recoge en el apartado 2.3 de

⁸³² STJCE, de 3 de octubre de 1985, C-311/85, *Télémarketing*, 26.

los Hechos Probados de esta Resolución. En tal caso, tanto el ente contratante como el contratista sopesaron que esa prohibición no afectara los incentivos a invertir e innovar en el mercado ascendente de prestación de servicios de tanatorio cuando firmaron el contrato y pliego de cláusulas jurídico-administrativas⁸³³.

2.3.3. Causas de justificación basadas en el interés general

La contribución a los intereses públicos parece *a priori* una causa de justificación muy adecuada a la situación del contratista público. Al fin y al cabo, este título le otorga la condición de gestor y ejecutor de políticas públicas; en algunos casos de forma muy directa (contratos y concesiones de servicio público). La *denegatio* no sería abusiva siempre que aquel sea capaz de alegar convincentemente que el acceso de otro operador al bien, servicio o infraestructura pública hace inviable o perjudica de forma sustancial el desarrollo de la actividad contratada.

No obstante, la jurisprudencia comunitaria no admite que la protección de objetivos de interés público constituya una causa de justificación automática, aunque sean de tanta entidad como la salud y la seguridad públicas⁸³⁴. *Hilti* y *Tetra Pak* son contundentes al asegurar que no corresponde a una empresa que ocupa una posición dominante adoptar, por iniciativa propia, medidas destinadas a la protección de los intereses generales. Esta es labor de las leyes sectoriales y de las autoridades encargadas de su aplicación⁸³⁵. Este dato resulta incuestionable para el Tribunal en relación a sectores abiertos al mercado (pistolas grapadoras en *Hilti* y envases de cartón en *Tetra Pak II*). Debe serlo aún más en la contratación pública, donde existe una normativa específica que encomienda al ente contratante (titular del servicio) la responsabilidad de dirigir tanto el procedimiento como la ejecución del contrato y cuidar del buen orden del servicio. La definición de los intereses públicos corresponde a la normativa, a los pliegos del contrato y al ente contratante, no al contratista público. En caso de discrepancia entre ambos sobre tal extremo, la palabra definitiva corresponde al primero, depositario de la potestad de interpretación del contrato (artículo 261.1.a) LCSP).

⁸³³ Tanatorio de Pedrera, p. 62.

⁸³⁴ VAN DER VIJVER, TJARDA, 'Objective Justification and Article 102 TFEU' (2012) *World Competition*, Volumen 35, número 1, pp. 65–66.

⁸³⁵ *Hilti*, 118, *Tetra Pak II*, 83.

La jurisprudencia comunitaria parece tender a exigir el test de la necesidad (o indispensabilidad) para justificar objetivamente el *refusal*. Conforme al mismo, la prohibición de acceso estará justificada cuando el contratista pruebe que constituía el mecanismo menos anticompetitivo imprescindible para la consecución de los objetivos del contrato o concesión pública. De existir una alternativa viable que no implicase la denegación, aquel debería haber optado por ella; por lo tanto, su conducta denegatoria no está justificada.

2.3.4. Irresponsabilidad del contratista. Responsabilidad del ente contratante

En ocasiones la denegación de acceso figura explícita o implícitamente en los PCAP o en el PCT o resulta de las órdenes emitidas por el órgano de contratación. La competencia exclusiva del ente contratante a la hora de definir los términos del negocio supone un incentivo para que un contratista denunciado por *refusal* intente desviar la responsabilidad hacia ella. Desde esta perspectiva, el contratista se limitaría a ejecutar las unas y cumplir las otras, en una suerte de «obediencia debida» al ente contratante. Esta sujeción justificaría su exención de responsabilidad antitrust e incluso su atribución al ente contratante.

El órgano de contratación es el primer obligado a impedir la comisión de conductas anticompetitivas durante el procedimiento y en la fase de ejecución del contrato. Las reglas del contrato deben respetar los principios máximos del Derecho comunitario: libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, pues el principio de libre competencia es una derivada de los mismos. Cuando lo contratado es un servicio público o de interés general, esta obligación resulta de la Directiva 2006/23, de servicios y de sus leyes de transposición (ley 17/2009, de 23 de noviembre y 25/2009, de 22 de diciembre). Esta normativa introdujo un nuevo enfoque en la regulación de las actividades de servicios en general y de los servicios funerarios en particular, de modo que cualquier medida que suponga una limitación al acceso o al ejercicio de una actividad económica debe estar justificada por una razón imperiosa de interés general, y debe ser proporcionada. Por ello, los requisitos y restricciones que se impongan a las empresas funerarias deben respetar los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión a la competencia⁸³⁶.

⁸³⁶ *Tanatorios de Huelva*, p.7, *Tanatorios de Huelva, S.L*, p. 7, *Tanatorio de Pedrera*, p. 7.

La autoridad de competencia de Aragón precisó que el poder adjudicador no puede emplear un contrato o concesión administrativa para la explotación de un servicio municipal otorgado de acuerdo con unas condiciones reguladas en una ordenanza municipal como excusa para sustraer dicho servicio del juego de la libre competencia ni para justificar la denegación de acceso y uso del tanatorio por otras empresas funerarias, máxime cuando se trata de servicio público, en un sector económico liberalizado, que debe ser gestionado respetando la libre competencia⁸³⁷.

El primer obstáculo que encuentra el contratista para fundamentar el desplazamiento de la responsabilidad hacia el poder adjudicador consiste en desvirtuar la presunción *iuris tantum* de legalidad de la que gozan las cláusulas e instrucciones. Aún partiendo de la vulneración de esta normativa por el ente contratante, la traslación de la responsabilidad al mismo rara vez servirá de justificación objetiva a la denegación de acceso cometida por este. Aunque se pruebe su influencia sobre el *refusal*, la responsabilidad del adjudicatario subsiste siempre que haya tenido autonomía suficiente para actuar de conformidad o en vulneración de la normativa de competencia.

Dicho de otro modo, la legislación de contratos y la acción del poder adjudicador sólo eximirá de responsabilidad *antitrust* al contratista inmerso en *refusal* cuando no dejaron al contratista dominante otra opción que infringir la normativa de competencia⁸³⁸. Será pues necesario que opere la imposición clara, concreta e incontrovertible del órgano de contratación sobre el contratista público para que este pueda aducir de forma solvente la teoría de la acción de estado o el principio de confianza legítima.

Así lo reconoció el Tribunal de Defensa de la Competencia en *Funerarias Madrid*. La denuncia presentada en 1992 contra la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S.A. (EMSFMSA) por prohibir a otras empresas funerarias el acceso a los tanatorios madrileños fue rechazada porque el Ayuntamiento de Madrid había acordado en su sesión de 26 de enero de 1991 que los servicios mortuorios que se realizasen en su término municipal se prestarían, «*de forma exclusiva y excluyente*» por EMSFMSA. A juicio del Tribunal, este acuerdo constituyó «*la apoyatura jurídica*» de

⁸³⁷ RTDCA, de 12 de marzo de 2013, Expte. 15/200, *Pompas Fúnebres Funeraria de Fraga, S.L.*

⁸³⁸ *Deutsche Telekom*, 81. Sobre la doctrina de la state action, ver BLOMME, ERIC, «State Action as a Defence Against 81 and 82 EC», *World Competition*, Volumen 30, Número 2, 2007, pp. 243–261

la negativa⁸³⁹. En la fecha de la resolución - 5 de julio de 2001- ya se había reglado la liberalización de los mercados de servicios mortuorios. Pero el acuerdo municipal y la denuncia son anteriores a la entrada en vigor de la norma liberalizadora (Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica).

No cabe la exención de responsabilidad del dominante por el *refusal* cuando la norma administrativa invocada por aquel de ningún modo induce a la vulneración de la normativa de competencia⁸⁴⁰. Tampoco cuando aquella se limitó a favorecerla⁸⁴¹ o a no impedir⁸⁴². En *Tanatorio de Valga*, la UTE adjudicataria no alegó ninguna razón económica que pudiera justificar la denegación de acceso a las salas del tanatorio (como por ejemplo, limitaciones de capacidad o de coste para atender las demandas de acceso de sus rivales). Se limitó a indicar que su negativa está amparada por el contrato de concesión y el reglamento de uso del tanatorio. Aunque así hubiese sido, quedaba en manos del contratista la decisión de rechazar el acceso de las empresas funerarias competidoras de su división en el mercado funerario.

Un estadio más radical es el de imputar responsabilidad *antitrust* al ente contratante que hubiese motivado, favorecido, inducido o de cualquier otro modo participado en la comisión del acto denegatorio por el contratista o concesionario público. Así lo hizo el TDCCYL en *Ayuntamiento de Hoyocaseo*⁸⁴³. Una vez establecido que la imposibilidad de utilización de las instalaciones municipales de sala-velatorio de la localidad por los familiares de los fallecidos si estos no son atendidos por la concesionaria municipal, sino por otros operadores, constituye una infracción del artículo 2.2.c) LDC, por abuso de posición de dominio consistente en la negativa injustificada a satisfacer la demanda de prestación de servicios (uso de las salas de velatorio por otras empresas funerarias), añade:

«QUINTO. La falta de concreción por parte del Ayuntamiento de Hoyocaseo (Ávila) de las condiciones de la prestación de los servicios

⁸³⁹ *Funerarias Madrid*, pp. 15-16.

⁸⁴⁰ RADCA S/10/2015, de 21 de octubre de 2015, *CETURSA Sierra Nevada, S.A.*, p.11.

⁸⁴¹ *Tanatorio de Valga*, 33.

⁸⁴² Así se expresa, en relación con los sectores regulados, la RCNC, de 22 de abril de 2013, Expte. S/0341/11, *Correos*, p. 27.

⁸⁴³ RTDCCYL, de 13 de diciembre de 2013, (Expediente TDC/SAN/2013), *denuncia de Urbano-José Sierra López contra el Ayuntamiento de Hoyocaseo (Ávila)*.

funerarios en la utilización de las salas de velatorio de titularidad municipal ha supuesto (...) la exclusión de la utilización de estas salas de velatorio a otros operadores, lo que constituye una conducta colusoria según lo establecido en el artículo 1.1 apartado d) de la LDC al aplicar, en las condiciones de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalente colocando al resto de operadores (en este caso empresas funerarias) en situación de desventaja frente a la empresa concesionaria».

Al imputar responsabilidad directa al ente contratante, esta resolución va más allá de la doctrina de la autonomía del dominante. También supera a la doctrina del favorecimiento, pues sitúa al poder adjudicador como actor principal de la violación. En primer lugar, porque no es necesario que la conducta anticompetitiva derive de un acto expreso de aquel (por ejemplo, cuando la Ordenanza municipal o el Reglamento de uso del servicio estableciesen la reserva en el uso de las salas del tanatorio municipal en favor del concesionario). Como señala claramente el fundamento jurídico quinto de la resolución, basta que el órgano de contratación no haya sido lo suficientemente explícito o concluyente en la redacción de las cláusulas administrativas o de las condiciones técnicas para hacer imposible o disuadir al contratista público de incurrir en la práctica denegatoria. En segundo lugar, porque lo acusa de haber incurrido en una práctica colusoria con el contratista.

2.3.5. Confianza legítima

El principio de la autonomía del operador dominante tampoco beneficia al contratista a la hora de alegar el principio de confianza legítima en el poder adjudicador. Este principio es de frecuente aplicación en el derecho comunitario de defensa de la competencia, en el que los Tribunales vienen exigiendo, como presupuesto para su aplicación, que la Administración haya dado al particular que lo invoca 'garantías concretas' que fundadamente le hacen concebir esperanzas fundadas o 'signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes'⁸⁴⁴. No obstante, tales garantías o signos, aunque sean concretos e incontestables no reducen ni un ápice la capacidad del contratista o concesionario de adoptar la decisión más conforme con la normativa de competencia.

⁸⁴⁴ STS, Sala Tercera, Secc. 3ª, de 26 de diciembre de 2007, (rec. 1907/2005, interpuesto por Repsol Butano, S.A), F.J. 10º.

2.4. Perjuicio para los consumidores

El daño que la conducta denegatoria pueda causar a los consumidores es un elemento integrante del tipo de abuso. Su ausencia determina la inexistencia de infracción y, por ello, la no imposición de la sanción. Y ello aunque concurriesen en grado sumo los restantes requisitos. La jurisprudencia comunitaria y las *Orientaciones* de la Comisión elevaron así la importancia del perjuicio. Para la ley española, el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos, opera como criterio para determinar el importe de la sanción (artículo 62.1.e) LDC)

Las *Orientaciones* condicionan el carácter anticompetitivo de la negativa a que el ilícito sea capaz de perjudicar a los consumidores. Basta con que la producción de los perjuicios sea probable, aunque no se haya materializado en la fecha de la sanción. En realidad, el documento comunitario emplea el test del «producto nuevo» como criterio para apreciar la (probable) generación de perjuicios a los consumidores. Es necesario que el refusal esté en condiciones de impedir la llegada al mercado de servicios o bienes innovadores o de mejoras técnicas de productos ya existentes (follow-on innovations)⁸⁴⁵.

La obstaculización por el contratista público de novedades beneficiosas para los consumidores finales revela que su actuación en el mercado controvertido no está basado en la excelencia tecnológica sino en el dominio del mercado afectado por el contrato. Dominio que ha sido adquirido en muchas ocasiones por el otorgamiento de derechos exclusivos o especiales. Todo ello es lo opuesto a la competencia *on the merits*. Por el contrario, cuando son los propios consumidores los que optan mayoritariamente por el producto del contratista, debido a su superioridad tecnológica o su mayor innovación respecto a los de sus rivales, falta el elemento fundamental del ‘test del producto nuevo’, por lo que la conducta no es abusiva⁸⁴⁶.

⁸⁴⁵ FAULL, JONATHAN, NIKPAY, ALI, *The EU Law of Competition*, cit. 479.

⁸⁴⁶ En palabras de Humpe y Ritter, el punto clave es que un recurso presuntamente indispensable puede reflejar el rendimiento empresarial superior del dominante que ostenta la titularidad de la infraestructura o instalación. Ver HUMPE, CHRISTOPHE y RITTER, CYRIL, *Refusal to Deal*, College of Europe, Global Competition Law Centre, Research Paper on the Modernisation of Article 82 CE, 6 de julio de 2005 p. 24, Humpe, Christophe and Ritter, Cyril, *Refusal to Deal* (July 6, 2005). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=771907> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.771907>

A los efectos de su posición respecto a este requisito, el contratista público tiene roles diferentes en función del tipo de negocio. En los contratos administrativos en sentido estricto (obras, suministros, servicios clásicos), el poder adjudicador es el consumidor o cliente final, quien sufre el perjuicio de la conducta abusiva. Por el contrario, cuando se trata de contratos o concesiones de obras y de servicios públicos, el órgano de contratación actúa como comprador y cliente intermedio. Los consumidores finales son los usuarios de la obra o servicio. *Tanatorio Pedrera* afirma que los usuarios se ven perjudicados en la medida en que ven disminuida de manera considerable su capacidad de elección del operador con quién contratar los servicios y no disfrutarían de los beneficios derivados de la rivalidad competitiva, por ejemplo, de unos precios inferiores o una mayor calidad en la prestación del servicio⁸⁴⁷.

La resolución citada ejemplifica como las autoridades de competencia españolas no han empleado el ‘test del producto nuevo’ para medir el perjuicio causado por la conducta denegatoria a los consumidores, a pesar de la relevancia máxima que le conceden las *Orientaciones*. En realidad, las decisiones atienden a una relación de daños clásica, entre los que se encuentran el incremento de precios, la peor calidad de los productos o un menor grado de innovación en el mercado⁸⁴⁸.

3. Conductas

La «denegación o negativa de venta o suministro» (*refusal to deal or to supply*) infringe el artículo 102 c) TFUE (o el artículo 2.1.d) LDC) cuando una empresa dominante rechaza la venta o el suministro de un producto, o la prestación de un servicio, a un competidor o a un cliente, con el fin de reforzar su posición en el mercado que domina o en otros mercados relacionados⁸⁴⁹.

La identificación entre la negativa a iniciar una relación comercial con el ente contratante o con un competidor y la ruptura o no continuación de una preexistente es

⁸⁴⁷ CDCA, *Tanatorio Pedrera*, p. 61.

⁸⁴⁸ GARCÍA CACHAFEIRO, FERNANDO, «Negativa de venta o suministro y abuso de posición dominante», cit. p. 218.

⁸⁴⁹ GARCÍA CACHAFEIRO, FERNANDO, «Negativa de venta o suministro y abuso de posición dominante», en *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, coord. por José Antonio Gómez Segade, Angel García Vidal; Manuel Olivencia (pr.), 2010, p. 307.

todavía una cuestión muy discutida. Goza de amplio respaldo la idea de agravar los efectos anticompetitivos de la terminación de un acuerdo. En las *Orientaciones*, la Comisión mantiene el criterio agravatorio, no por vía de principio, sino en dos casos. Primero, cuando el competidor realizó importantes inversiones e incurrió en gastos masivos con base en la confianza legítima en la permanencia (doctrina de las ‘expectativas legítimas’)⁸⁵⁰. Segundo, cuando la ruptura no está justificada por la alteración significativa de las circunstancias precedentes⁸⁵¹. En este último caso, la Comisión llega al extremo de excepcionar la presunción de no culpabilidad al proponer la inversión de la carga de la prueba hacia el operador dominante⁸⁵².

Las posiciones favorables a la asimilación entre denegación inicial y sobrevenida se basan en la unidad de las soluciones jurisprudenciales y en someter al Derecho de contratos todo conflicto derivado del cese de la relación⁸⁵³. A ello se añade la existencia de razones pro competitivas que justifican la finalización por el dominante (integración vertical del dominante, cambio de solución tecnológica, etc)⁸⁵⁴. Un tercer grupo de argumentos van a la raíz de la doctrina de la distinción. Rechazan que las sentencias comunitarias más destacadas sobre *termination* (*United Brands* y *Sot Lelos*) enjuicien verdaderos casos de denegación de suministro. Lo que realmente hacen, para esta postura, es acudir de forma indebida al *refusal* para sancionar otras conductas abusivas⁸⁵⁵.

⁸⁵⁰ Decisión de 2 de junio de 2004, *Clearstream*, COMP/38.096, DOUE 17.7.2009, C 165, pag. 7.

⁸⁵¹ Abogado General JACOBS, Conclusiones al asunto C-53/03, *GlaxoSmithKline*, 28 de octubre de 2004.

⁸⁵² *Orientaciones*, 84.

⁸⁵³ La doctrina del Tribunal de Justicia es única, a pesar de que *Bronner*, *Magill*, *IMS Health* y *Clearstream* enjuician negativas iniciales, mientras que *Commercial Solvents* (asuntos acumulados 6/73 y 7/73), *Télémarketing* (C-311/84) y *Microsoft* deciden negativas a continuar relaciones preexistentes. La misma indefinición se observa en la Resolución de la Autoritat Catalana de la Competència de 6 de octubre de 2004, *Eléctrica Caldense*, Expte. 4/03.

⁸⁵⁴ O'DONOGHUE y PADILLA, 2013, cit., p. 577.

⁸⁵⁵ FAULL, JONATHAN, NIKPAY, ALI, *The EU Law of Competition*, Oxford University Press, 3ª ed. 2014, p. 475.

Tabla XIII. Tipos denegación abusiva presentes en la contratación pública

Conducta	Autores	Perjudicado directo	Cuándo	Tipo de abuso
Denegación	Licitadores	E. contratante	Procedim.	Negativa de suministro. Negativa a entablar relaciones comerciales
Denegación	Contratista Concesionario	E. contratante	Ejecución	Negativa de suministro. Terminación
Denegación	Contratista Concesionario	Terceros operadores	Ejecución	Negativa de acceso
Denegación	Proveedores Subcontratistas	Licitadores Contratistas	Procedim. Ejecución	Negativa de suministro o de acceso. Negativa a entablar relaciones comerciales o terminación
Denegación	Directos: Proveedores Subcontratistas. Indirectos: Cártel de licitadores	Licitadores Contratistas	Procedim. Ejecución	Negativa de suministro o de acceso. Negativa a entablar relaciones comerciales o terminación
Denegación	Ente público contratante	Proveedores	Ejecución	Negativa de compra

3.1. Negativa del licitador

El licitador puede rehusar a ejercer como tal (a) al inicio del procedimiento de contratación, por la vía de no presentar una oferta a un procedimiento de contratación [negativa inicial] o (b) durante la tramitación del mismo, mediante la retirada de la oferta ya presentada [negativa o terminación sobrevenida]. El análisis de la antijuridicidad de ambas subcategorías debe hacerse tanto desde el Derecho de la Contratación Pública como desde el Derecho de la Competencia.

La normativa de contratación pública diferencia entre las dos conductas citadas. En relación con la negativa inicial, la LCSP no impone a ningún empresario la participación en los procedimientos de contratación pública. Incluso en el supuesto más extremo, que el mercado esté monopolizado por una sola empresa, esta es libre de presentar una oferta o de abstenerse. La inexistencia de una obligación legal de participación significa que la LCSP no carece de sanción contra la no presentación de

ofertas. En este punto, el Derecho de la contratación pública se diferencia de la regulación *strictu sensu*. En los sectores regulados, la norma impone la participación de los operadores en el mercado, establece las condiciones y fija los límites a su acción.

Por ejemplo, en el sector eléctrico, el artículo 46.1 de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico determina que *«Serán obligaciones de las empresas comercializadoras, además de las que se determinen reglamentariamente, en relación al suministro: [...] c) Adquirir la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades, realizando el pago de sus adquisiciones»*. El incumplimiento de esta obligación está tipificado como una infracción grave por el artículo 65.28 de la Ley del Sector Eléctrico: *«Son infracciones graves: [...] La no presentación de ofertas de compra o venta por los sujetos obligados a ello en el mercado de producción»*.

Es de interés destacar que la obligación impuesta consiste, conforme a lo indicado, en la adquisición de energía en mercado (realizando las correspondientes ofertas de compra -ya sea en el marco de contrataciones bilaterales o en el marco del denominado «mercado diario e intradiario de energía eléctrica»-). Esta obligación no puede ser suplida, por tanto, por un eventual pago a posteriori de los desvíos ocasionados en el sistema por esa falta de adquisición de la energía (derivada de la falta de presentación de ofertas de adquisición), pues es obligatorio presentar tales ofertas⁸⁵⁶.

Respecto de la negativa sobrevenida, el artículo 62.2 RGLCAP prevé que *«el reconocimiento por parte del licitador de que su proposición adolece de error, o inconsistencia que la hagan inviable, tendrán la consideración de retirada injustificada de la proposición»*. A estas causas debe añadirse la ausencia de toda motivación en la ‘huida’ del licitador. Las consecuencias de la retirada injustificada son: a) incautación de la garantía provisional (si se hubiese exigido); b) exigencia de indemnización de daños y perjuicios (si se hubiesen causado); c) imposición de una prohibición de contratar, siempre que en la retirada *«hubiese mediado dolo, culpa o negligencia»* (artículo 71 LCSP).

⁸⁵⁶ Ver la Resolución de la CNMC (Sala de supervisión regulatoria) del procedimiento sancionador incoado a comercial Eólica Suministro de Energía, S.L.U., por falta de adquisición de la energía necesaria para la realización de sus actividades de suministro, SNC/DE/126/14, p. 11.

Desde la perspectiva del Derecho de la Competencia, las conductas citadas son susceptibles de ser incluidas en la denegación de suministro (cuando la abstención se produce en el contrato del mismo nombre) o en la negativa a entablar relaciones comerciales (en los restantes contratos).

Para que la negativa sea abusiva es condición necesaria que concurran los requisitos comunmente admitidos⁸⁵⁷. Sin embargo, no son condición suficiente cuando se trata de la denegación inicial, cuya prueba es sumamente compleja. El contenido esencial de la libertad para participar en un procedimiento de contratación incluye su vertiente negativa. La no presentación de una oferta sólo es anticompetitiva si constituye o forma parte de una estrategia deliberada destinada a hacer fracasar la licitación (por ejemplo, para sustituirla por un procedimiento negociado o para cambiar algunos de sus términos a favor del dominante).

La eficacia de la negativa depende por completo del nivel de dominio que su autor posea sobre el mercado. Si alcanza el monopolio, puede aventurarse que la conducta tendrá éxito. En tal caso, el efecto es demoledor para el procedimiento contractual, que decae y es abandonado o sustituido por otro en condiciones más favorables para el dominante. Cuando el grado de dominio del boicoteador es inferior al del monopolio, el destino de la negativa está supeditado a que otro licitador entregue una proposición viable.

3.2. Negativa del contratista o concesionario frente al ente contratante

El rechazo del contratista a atender de forma definitiva los requerimientos del ente contratante consiste en su renuncia o en el incumplimiento total o sustancial del contrato público sin causa suficiente. La reacción de la normativa de contratación pública consiste en la resolución del negocio jurídico (artículo 211 LCSP), acompañada de la pérdida de la garantía definitiva, la indemnización de daños y perjuicios (artículo 213 LCSP) y la imposición de una prohibición de contratar (artículo 71.2.c) LCSP).

Desde la perspectiva del Derecho de la competencia, la conducta será un abuso denegatorio, cuando reúna los requisitos exigidos para la ruptura injustificada de

⁸⁵⁷ 1) el comportamiento es un *refusal* en sentido estricto; 2) el licitador es dominante en el mercado; 3) el insumo es indispensable; 4) es probable que la denegación tenga un efecto negativo sobre la competencia; 5) la denegación no esté objetivamente justificada. *Discussion Paper*, 225.

relaciones comerciales (*termination*)⁸⁵⁸. Dentro del marco previsto por los cuatro requisitos establecidos para valorar la anticompetitividad de la *termination*, incurriría en finalización indebida de una relación contractual el contratista o concesionario público que rechazase mantener la prestación contractual cuando, por ejemplo: a) el contratista se integrase verticalmente y pasase a ejercitar en el mercado la actividad objeto del contrato público (situación *Commercial Solvents*)⁸⁵⁹; b) los pedidos del órgano de contratación son normales y ordinarios (situación *Sot Lelos*)⁸⁶⁰. Se consideran como tales, los requeridos dentro de los términos de los pliegos y del contrato; c) se reserve o reserve a una empresa perteneciente al mismo grupo, y sin necesidad objetiva, una actividad auxiliar que podría ser realizada por una tercera empresa como parte de las actividades de ésta en un mercado afín, pero distinto (situación *Télémarketing*)⁸⁶¹.

Cabe preguntarse si procede incluir en esta categoría la negativa injustificada del contratista actual ('incumbente') a presentarse a un futuro procedimiento de contratación pública. Este problema no es una mera elucubración. Se plantea en toda su crudeza en aquellos mercados en los que el poder de compra del ente público es superado por el monopolio del incumbente. La existencia de un proveedor exclusivo convierte en necesaria su oferta para la existencia del contrato ulterior. El problema se halla, en concreto, si el supuesto planteado cumple el primero de los requisitos de la negativa sobrevenida. Para el *Discussion Paper*, la terminación de la relación jurídica no incluye tan sólo su finalización en sentido estricto. También engloba aquellos casos de denegación constructiva en los que se persigue por vía indirecta la ruptura de una relación preexistente (precios excesivos, compresión de márgenes, retrasos, imposición de condiciones injustas). El rasgo común a estos supuestos es, pues, que existe una relación jurídica vigente cuya desaparición se persigue por medios idóneos diferentes a

⁸⁵⁸ Estos requisitos son: 1) el comportamiento se puede caracterizar correctamente como finalización de las relaciones comerciales; 2) el contratista público es dominante en el mercado; 3) es probable que la denegación tenga un efecto negativo sobre la competencia; 4) la denegación no está justificada objetivamente o por eficiencias. *Discussion Paper*, 218.

⁸⁵⁹ STJCE, de 6 de marzo de 1974, casos 6 y 7/73. *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.a. y Commercial Solvents c/ Comisión*.

⁸⁶⁰ STJCE, de 14 de febrero de 1978, asunto 27/76, *United Brands Company y United Brands Continental/Comisión*, 182, STJUE, de 16 de septiembre de 2008, *Sot. Lélos kai Sia*, C-468 y 479/06, acumulados, 71 y siguientes.

⁸⁶¹ STJCE, de 3 de octubre de 1985, Caso 311/84, *Télémarketing*, 27.

la ruptura directa. Este no es el caso de la negativa injustificada del contratista incumbente a participar en una futura licitación⁸⁶².

Aunque estrictamente la situación expuesta no figura entre los casos de finalización directa o por equivalencia, sí podría plantearse como negativa indebida del contratista a (re-)iniciar (o repetir) relaciones comerciales con el ente contratante; siempre que reúna los requisitos exigidos para ello.

Citar, por último, dos extremos coincidentes entre los dos primeros tipos de negativa estudiados. En primer lugar, la dificultad de prueba, derivada de que en ambos casos nos hallamos ante un hecho negativo, para cuya justificación basta en principio alegar la ausencia de interés o voluntad para participar en un procedimiento contractual. Por ello, las autoridades de competencia deberán acudir a medios que demuestren la voluntad activa de los licitadores de utilizar la inacción para falsear la competencia (por ejemplo, la incautación de correos electrónicos, obtención de actas y otros documentos o testimonios de implicados directos)⁸⁶³. En segundo lugar, la concurrencia de motivos para instruir un expediente para la imposición de una prohibición de contratar. Tanto la retirada injustificada de una oferta por el licitador como la renuncia o incumplimiento indebidos del contratista son causas específicas de prohibición (artículo 71.2 a) y c) LCSP). A ellas se suma el haber sido uno u otro sancionados por falseamiento de la competencia (artículos 71.1.b) LCSP).

⁸⁶² *Discussion Paper*, 219-220.

⁸⁶³ La prueba de los hechos negativos constitutivos de abuso de posición dominante por boicot o actos similares exige la acreditación de hechos inculpatorios positivos. En *Cesta Punta*, JAI ALIVE, S.L., rival de EUSKO BASQUE, S.L., en el mercado de la organización de festivales de cesta punta, denuncia ante el TVDC, el contrato televisivo de retransmisiones deportivas de esta última con la Televisión Autonómica Vasca. A juicio de la denunciante, EUSKO BASQUE, S.L. - dominante en el primer mercado - se vale de ese contrato televisivo para expulsar del mercado a JAI ALIVE, S.L., dado que los propietarios de los frontones (ayuntamientos, en su gran mayoría) prefieren conceder la organización de un festival de cesta punta a la empresa que les garantice la retransmisión televisiva. El Tribunal advirtió que no se había documentado ninguna evidencia que demostrara la realización de actos excluyentes por parte de la empresa dominante, por lo que archivó la denuncia. RTVDC, de 26 de febrero de 2009, Expte. 10/08, *Cesta Punta*, pp. 5 y 9.

3.3. Negativa del contratista o concesionario público frente a terceros operadores

Esta conducta denegatoria se adscribe a la subcategoría conocida como negativa de acceso (*denial or refusal of access*). En términos generales, se caracteriza por los elementos siguientes:

1. En virtud del contrato público, el contratista/concesionario público ostenta la titularidad o el derecho de uso exclusivo de una instalación/infraestructura en la que ejercita las prestaciones propias del contrato.
2. El contratista público es una empresa verticalmente integrada. En el mercado aguas arriba ejecuta el contrato o la concesión; en el mercado aguas abajo realiza actividades económicas conectadas con las prestaciones del contrato público y en competencia con otros operadores⁸⁶⁴.

⁸⁶⁴ *IMS Health*, [STJUE, de 24 de abril de 2004, C-418/01, ECLI:EU:C:2004:257], 43 y *Microsoft I*, 335 son ejemplos de que no es necesario que exista realmente un segundo mercado. Basta un mercado potencial o incluso hipotético como ecosistema para que la negativa a establecer o mantener relaciones comerciales sea abusiva. Diathesopoulos rechaza que esta conducta abusiva pueda producirse en un ecosistema con un único mercado real y otro virtual. Afirma que el mercado como concepto implica tráfico de bienes y servicios y actividad comercial. El mero hecho de gestionar una instalación o infraestructura no equivale a realizar alguna actividad comercial. Esta disyuntiva adquiere gran significado en los casos de abuso denegatorio en la contratación pública. La extensión de la responsabilidad del contratista diferirá según que la exigencia al contratista dominante se limite a ser titular de la instalación o actuar en el tráfico mercantil DIATHESOPOULOS, MICHAEL D. *The Relation between Essential Facilities Doctrine and Market Definition* 29 de diciembre de 2010, p. 12, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1732147> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1732147>. La autoridad de competencia española exigió que existan dos mercados conexos y que la negativa de suministro obedezca al propósito del operador dominante de extender su poder al mercado adyacente. Ver RCNMC, de 30 de junio de 2008, Expte 2802/07, *Intereconomía/Sogecable*, p. 5-6.

Hasta la fecha, esta situación de ‘mercado único’ no se ha dado en los casos de *refusal* resueltos por las autoridades de competencia españolas en el contexto de contratación pública. Por el contrario, tanto la integración vertical del dominante como su actuación sobre el mercado descendente son parámetros para valorar el carácter abusivo de la conducta, conforme con la doctrina y jurisprudencia comunitaria relativa a los presupuestos que deben concurrir para que en aplicación del artículo 2 de la LDC (o art. 102 TFUE) las negativas de suministro pueden generar problemas de competencia cuando la empresa dominante que deniega el acceso a su instalación compite con el operador solicitante en el mercado para el cual el insumo denegado es necesario para prestar el servicio por el operador al que se le deniega (RCNC, de 4 de octubre de 2013, SAMAD/12/10, *Tanatorios Coslada*, p. 14). También en relación con los servicios funerarios, *Funeraría Fontal* afirmó que «el análisis de los hechos ocurridos en el tanatorio de Artés, y que constituyen la base de este expediente, ponen de manifiesto las consecuencias de la integración vertical de las empresas de servicio funerario en presencia de poder de mercado en algunos de los servicios ofrecidos. Así, en mercados de pequeña dimensión, la disponibilidad de poder de mercado en relación con el tanatorio otorga capacidad e incentivos para cerrar el mercado a las empresas rivales mediante la denegación del acceso al tanatorio. A la vez, esta conducta tiene capacidad para restringir la competencia en el mercado de servicios funerarios, de manera que a medio plazo los consumidores se verán perjudicados por la

3. Por mor de la adjudicación, el contratista ostenta posición monopolística o de (super-dominio) en el mercado ascendente⁸⁶⁵. Tres situaciones alternativas son posibles en el mercado aguas abajo. Puede no hallarse presente, ser uno más entre los competidores o gozar de poder de mercado sobre él.
4. En función de su situación en el mercado descendente, el contratista público actúa para entrar en él, adquirir o fortalecer su posición de dominio o adquirir el monopolio.
5. La infraestructura o instalación gestionada en exclusiva por el contratista en el mercado aguas arriba es esencial, indispensable u objetivamente necesaria para el ejercicio de las actividades económicas en el mercado aguas abajo. Es decir, si el contratista público prohibiese formalmente o imposibilitase por cualquier medio el acceso a dicha instalación, los operadores de este segundo mercado serían expulsados o quedarían en una posición marginal en el mismo.
6. El contratista público hace uso de su posición de dominio en el mercado aguas arriba y prohíbe o imposibilita el acceso a la instalación a los operadores del mercado descendente, sea de forma inicial o sobrevenida (*termination*). Tan sólo permite operar en ella a su propia división en el mercado descendente.
7. La prohibición de acceso a los competidores admite dos modalidades: denegación inicial (los competidores nunca antes habían accedido a la instalación) o sobrevenida (terminación anticipada de una relación jurídica que legitimaba la entrada).
8. El efecto probable es que los competidores en el mercado aguas abajo desaparezcan o sean neutralizados. El contratista público incrementa de forma sustancial sus opciones de ganar el (super-)dominio o el monopolio sobre este segundo mercado, que sumará al que ya ostenta sobre el mercado ascendente.

imposibilidad de suscitar rivalidad entre los competidores», RACCO, de 2 de junio de 2015, expediente nº 41/2012, *Funerària Fontal*, p. 24.

⁸⁶⁵ En el mercado de servicios mortuorios es habitual que el tanatorio constituya una infraestructura esencial y por ello el concesionario público (del tanatorio) sea super-dominante o monopolista, ver RCNMC, de 12 de septiembre de 2017, Expte SAMAD/12/10, *Tanatorios Coslada*, pp.15-17 (con cita de la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 3ª, de 9 de diciembre de 2016, Rec. de casación 731/2014)

9. El conocimiento de la normativa concesional (LCSP, Reglamento de funcionamiento del servicio, Ordenanza fiscal) llena el elemento subjetivo del tipo y sirve para acreditar la culpabilidad del contratista⁸⁶⁶.

Este subtipo no encaja perfectamente con los supuestos de hecho decididos en la jurisprudencia comunitaria más temprana sobre *refusal*. Tanto *United Brands* como *Commercial Solvents* resuelven negativas de suministro de materias primas o, en general, bienes muebles. En la contratación pública, el esquema denegatorio responde al marco configurado por *Sea Containers*; articulado bajo la denominación de denegación de acceso a infraestructuras esenciales⁸⁶⁷.

«(66) Una empresa que ocupa una posición dominante respecto de la puesta a disposición de instalaciones básicas y utiliza ella misma dichas instalaciones, y que niega a otras empresas el acceso a las mismas sin razón válida o se lo concede únicamente en condiciones menos favorables que aquéllas de que disfrutaban sus propios servicios, infringe el artículo 86 si se cumplen las otras condiciones de dicho artículo. Una empresa que ocupa una posición dominante no puede efectuar discriminaciones en favor de sus propias actividades en un mercado conexo. Se produce una infracción al artículo 86 cuando el propietario de instalaciones básicas utiliza su poder en un mercado para proteger o reforzar su posición en un mercado conexo, en particular, negando el acceso a un competidor o concediéndoselo en condiciones menos favorables que aquellas de que disfrutaban sus propios servicios e imponiendo, así, una desventaja a su competidor desde el punto de vista de la competencia.

(67) Este principio es aplicable cuando el competidor que desea utilizar las instalaciones básicas intenta acceder por primera vez al mercado considerado».

En Derecho español, los servicios mortuorios, en particular los de tanatorio, copan la inmensa mayoría de las resoluciones sancionadoras por negativa de acceso

⁸⁶⁶ RCNMC, de 12 de septiembre de 2017, Expte SAMAD/12/10, *Tanatorios Coslada* (negativa de acceso a otras empresas funerarias), p.22 Y RCNMC, de 4 de octubre de 2017, Expte SAMAD/12/10, *Tanatorios Coslada*, (negativa de acceso a los familiares de fallecidos) p. 16

⁸⁶⁷ Decisión de la Comisión, de 21 de diciembre de 1993, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 86 del Tratado CE (IV/34689 - *Sea Containers c/Stena Sealink* - medidas provisionales)

relacionados con contratos y concesiones públicas⁸⁶⁸. Sin perjuicio de las particularidades propias de estos mercados, la razón principal se encuentra en la incesante e incansable labor de las autoridades autonómicas de defensa de la competencia en la persecución de estas conductas⁸⁶⁹.

3.4. Negativa de venta de los proveedores o subcontratistas a los licitadores y contratistas

El *refusal* protagonizado por proveedores y subcontratistas puede definirse por sus múltiples diferencias respecto al cometido por el contratista público contra los operadores económicos que operan en un mercado conexo, normalmente el descendente, y que suelen precisar el bien o servicio objeto del contrato como insumo estudiado. Resumidamente, la negativa estudiada en este epígrafe:

1. Presupone una relación interna entre los implicados en el comportamiento abusivo. Licitadores, contratistas, proveedores y subcontratistas son partes en el procedimiento de contratación o en la ejecución del contrato.
2. Se trata de una denegación inversa: perjudica al contratista público.
3. La negativa a la provisión de insumos o a la subcontratación son efectivas en la fase de ejecución del contrato.

⁸⁶⁸ Una obra ya clásica sobre la aplicación del Derecho de la Competencia al mercado de los servicios mortuorios es MARCOS, FRANCISCO, *El coste de la muerte, competencia y consumo en el mercado de servicios funerarios*, Aranzadi, 2006.

⁸⁶⁹ Las empresas prestadoras de servicios, de capital 100% públicas también pueden ser condenadas por negativa de acceso. El caso paradigmático es *Funerarias Baleares*. EFMSA, empresa funeraria municipal de Palma de Mallorca, de titularidad municipal, ostentaba el monopolio en la gestión del cementerio municipal de esta localidad. E incumbente denegó el acceso al cementerio de un cadáver transportado por una empresa funeraria. Se apoyó para ello en una Ordenanza que supeditaba la actividad funeraria a la obtención previa de una licencia. La CNC sancionó a EFMSA y al Ayuntamiento de Palma por infringir el artículo 6 LDC 1989 (RCNC de 3 de marzo de 2009, Expte. 650/08, *Funerarias Baleares*). La resolución fue confirmada por la Audiencia Nacional (SAN, Sala C-A, Secc. 6ª, de 31 de marzo de 2010, rec. 154/2009) y por el Tribunal Supremo (STS, Sala C-A, Secc. 3ª, de 14 de junio de 2013, Rec. Casación 3282/2010). El conjunto de decisiones tiene especial importancia por admitir que una administración pública – el Ayuntamiento de Palma de Mallorca- sea sancionable por haber incurrido en conductas anticompetitivas. La razón se halla, según el TS, en que al haber adoptado una personificación jurídica privada – sociedad anónima- se ha sometido a las reglas del mercado.

A pesar de su importancia, esta resolución está fuera del ámbito de este capítulo, puesto que la atribución de servicios a una empresa de capital enteramente público está excluida de la normativa de contratos del sector público (artículo 62, párrafo 2 del Decreto 923/1965, de 6 de abril, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado, vigente en el momento de la constitución de EFMSA (1992)

4. Cuando la denegación impide al contratista llevar a buen término el contrato, la normativa contractual autoriza al órgano de contratación a actuar contra el contratista (multa por retraso o ejecución incorrecta, resolución anticipada del contrato con la exigencia de una indemnización y la imposición de una prohibición de contratar).

La negativa adopta la forma de boicot, total o parcial, al contratista. El proveedor o subcontratista en situación de dominio se niegan a entregarle los insumos o a ejecutar la parte del contrato que tiene encomendada, respectivamente. Otra forma de actuar es la negativa constructiva: entregas tardías, parciales, indebidas o con vicios.

Los objetivos de este tipo de boicot son múltiples, pero cabe resumirlos en dos, disciplinario y exclusionario. La finalidad disciplinaria busca mejorar la condición del dominante respecto a la pactada con el contratista o la ordinaria en el mercado del producto. Como ejemplos, el aumento del precio de la provisión o subcontratación; entregas tardías, más reducidas o en peores condiciones que las impuestas por los pliegos y por el contrato. El plan exclusionario del dominante tiene como finalidad impedir que uno o varios licitadores ganen el contrato o expulsar al contratista de su ejecución.

En resumen, el funcionamiento del *refusal* por parte de proveedores o subcontratistas presenta los siguientes hitos: el licitador o adjudicatario de un contrato público acuden a una empresa para que actúe como proveedora o subcontratista, a fin de que le suministren los insumos (bienes o servicios) necesarios para vencer en la licitación y ejecutar su parte del contrato, respectivamente. Proveedor y subcontratista son dominantes en el mercado de producto; por ejemplo, por la aplicación de la doctrina de las infraestructuras esenciales. El proveedor dominante rechaza suministrar los insumos al licitador o contratista (*refusal to supply*). El subcontratista dominante se niega a ejecutar su parte del contrato (*refusal to deal*).

En *Signalisation routière verticale*, *Signal Concept* pretende presentarse a un procedimiento de contratación para el suministro de señales de tráfico. La viabilidad de su oferta está condicionada a la obtención de un equipo de seguridad y balizamiento y la autorización para su uso. Sodilor, proveedor dominante de este equipo rechaza suministrárselo al licitador y concederle la citada autorización. Simultáneamente, Sodilor intenta convencer a los órganos

técnicos del ente contratante de que introduzcan como especificación técnica ciertos requisitos que sólo poseía el equipo fabricado por ella. La *Autorité de la Concurrence* francesa considera que ambas conductas son constitutivas de abuso de posición de dominio⁸⁷⁰.

Dada su posición de dominio en su mercado, es muy probable que en un procedimiento de contratación la colaboración del proveedor/subcontratista sea requerida por más de un licitador. En este caso, y en función de la importancia que el insumo o la parte a subcontratar tengan para la decisión sobre la adjudicación, la actitud del dominante puede ser determinante a la hora de decidir qué licitador será el adjudicatario.

3.5. Negativa de proveedores o subcontratistas inducida por un cártel de licitadores: *Tubos preaislados*

El caso de los tubos preaislados (*pre-insulated pipes*) ejemplifica como un cártel de licitadores preeminente en un mercado X puede inducir a un operador dominante en un mercado Y a denegar abusivamente los suministros a un rival del cártel en el mercado X. Como infracción del artículo 81 TCE (artículo 101 TFUE), la conducta abarcó prácticamente todo el mercado común a partir de 1995⁸⁷¹. El objetivo del cártel era defenderse de la competencia de la única empresa importante no perteneciente al mismo (Powerpipe AB). Por ello, adoptó medidas concertadas para dificultar su actividad comercial y expulsarla completamente del mercado⁸⁷². Después de que Powerpipe presentara su denuncia contra el cártel, pero antes de que la Comisión, el 29 de junio de 1995, llevara a cabo sus investigaciones, aquel intensificó sus esfuerzos por eliminar a Powerpipe. El acontecimiento que desencadenó su reacción fue la concesión a esta última empresa del mayor proyecto individual de calefacción urbana de los últimos diez años en el mercado alemán: el proyecto Leipzig-Lippendorf. Este contrato público tenía un valor cercano a 30 millones de marcos alemanes. Los miembros del

⁸⁷⁰ *Signalisation routière verticale*, cit. apartados 266 y 267.

⁸⁷¹ Decisión de la Comisión de 21 de octubre de 1998 relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 85 del Tratado CE (IV/35.691/E-4: Cartel en el mercado de los tubos preaislados) [notificada con el número C(1998) 3117].

⁸⁷² *Tubos preaislados*, 2.

cártel habían acordado que los tres fabricantes alemanes ganaran la oferta y que los demás respetasen su precio⁸⁷³.

La actuación del cártel se tradujo en dos comportamientos anticompetitivos. En primer lugar, el grupo colusorio decidió amenazar a sus propios proveedores y subcontratistas con prescindir de aquellos que iniciasen relaciones comerciales con Powerpipe o no rompiesen las ya existentes. Con ello, el cártel incurrió en una amenaza de boicot colectivo -al incluir a todos los miembros del cártel -y global, pues abarcaba cualquier operación que esta empresa estuviese ejercitando o decidiese realizar en el futuro. En segundo lugar, a instancia de dos integrantes del cártel, Lymatex, empresa dominante en el mercado del plástico, denegó a Powerpipe la entrega de suministros durante un tiempo⁸⁷⁴. Al rechazar el suministro del insumo por este motivo, Lymatex incurrió en denegación de suministro (*refusal to supply*) de un insumo indispensable para la fabricación de tuberías (en el sentido de las sentencias *United Brands* y *Commercial Solvents*). La resolución nada dice respecto de los subcontratistas. En caso de que uno o varios fuesen operadores dominantes y rechazasen ejecutar la parte del contrato a la que se habían comprometido, su conducta podría encuadrarse en la denegación de establecer relaciones comerciales (*refusal to deal*).

De la resolución cabe concluir que el motivo para la denegación fue únicamente la presión a la que los proveedores fueron sometidos por el sus clientes principales, los licitadores cartelizados rivales del adjudicatario. El cártel amenazó a aquellos con boicotear sus mutuas transacciones si aprovisionan o trabajan con el adjudicatario. Su objetivo era evitar la ejecución del contrato y lograr la resolución del mismo por incumplimiento culpable del contratista. La inducción al abuso de posición de dominio formaba parte de la estrategia de la estrategia cartelaria conducente a la expulsión de Powerpipe del mercado europeo.

Tubos preaislados demuestra que el boicot y la denegación individual (de suministro o de acceso) son dos caras de la misma moneda: la negativa a mantener relaciones comerciales, ejercitada de forma colectiva e individual, respectivamente.

⁸⁷³ *Tubos preaislados*, 98-99.

⁸⁷⁴ *Tubos preaislados*, 100-102. Además de boicotear a Powerpipe, el cártel decidió hacer lo propio con el proyecto Leipzig-Lippendorf. Sus integrantes se negarían a suministrar a los contratistas ninguna pieza que estos no pudiesen obtener de Powerpipe.

3.6. Negativa de compra

La doctrina de la denegación abusiva, en sus distintas versiones, ha sido construida partiendo de que la negativa procede del vendedor (licitador/contratista) y perjudica al comprador (ente contratante). Sin embargo, los clientes también rechazan el establecer, mantener o reanudar relaciones comerciales con sus proveedores (o subcontratistas). Este comportamiento es un subtipo de *refusal to deal/to supply* siempre que el cliente sea un operador económico y ostente posición de dominio en el mercado de demanda. Los compradores públicos ostentan la condición de operadores económicos en el ámbito de la contratación pública y en muchos casos dominan o monopolizan su mercado. Cabe, en principio, que incurran en prácticas denegatorias; si bien es necesario diferenciar entre los contratos del sector público y los negocios privados y entre la negativa inicial y la terminación sobrevenida.

Cuando un ente público actúa como comprador al amparo de la LCSP (contratos administrativos o contratos privados) no es sancionable por negativa inicial siempre que su decisión de no contratar esté motivada y tenga fundamento en las normas sustantivas y procedimentales de contratación pública. Cuando el órgano de contratación decide la resolución anticipada del contrato por causa que le sea imputable, la LCSP le impone consecuencias imdenizatorias a favor del proveedor (artículo 211). Su sanción por el cauce del derecho de la competencia depende de en qué grado se admita la responsabilidad *antitrust* del órgano de contratación.

Parece más sencillo cuando se trata de operadores del sector público sometidos a derecho privado (sociedades mercantiles públicas) que en el caso de las administraciones públicas.

Cuando los compradores públicos ordinarios celebran un «negocio excluido» de la LCSP (artículos 4 a 11) o están sometidos a la ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre sectores especiales en cuanto actúen como operadores en el mercado, sus contratos están sometidos a la normativa de derecho privado y por tanto, quedan sujetos a la responsabilidad ordinaria por infracción de las normas de competencia.

Un ejemplo de ello es el caso *Despacho Billetes Renfe*. Renfe Operadora, empresa pública dependiente del Ministerio de Fomento, goza de posición de dominio monopolística en el mercado nacional de servicios de transporte ferroviarios de viajeros.

Tradicionalmente, la venta de billetes de Renfe se realizaba de tres formas: directa, en agencias de viajes y en los despachos de billetes. En el año 2010, Renfe Operadora comunicó a los despachos la rescisión de los contratos vigentes (en situación de prórroga tácita), ofreciéndoles un nuevo contrato en condiciones diferentes. La Asociación de Proveedores de Billetes denunció a la empresa por haber rescindido de forma unilateral aquellos contratos y reducido las comisiones que consituían la remuneración a los despachos.

Tanto la CNMC como la Audiencia Nacional rechazan que Renfe Operadora hubiese incurrido en terminación abusiva. La resolución unilateral de los contratos encuentra su justificación objetiva en una serie de extremos: (1) el cambio de marco regulatorio y financiero: apertura a la competencia del mercado de transporte de viajeros por ferrocarril; (2) la innovación y el desarrollo tecnológico: venta de billetes por Internet; (3) las razones anteriores suponían que las comisiones de los despachos suponían implicaba sobrecostes injustificados para Renfe. Por estas tres razones, la facultad de la empresa de modificar las relaciones contractuales con sus distribuidores forma parte de la estrategia comercial de una empresa, máxime cuando su rentabilidad es reducida⁸⁷⁵.

4. Denegación de acceso constructiva

La denegación de suministro ‘canónica’ se caracteriza por el el rechazo explícito del operador dominante a iniciar o continuar un negocio con sus rivales. Pero existen conductas muy diversas funcionalmente idénticas al *refusal* e igualmente eficaces. Cabe citar el retraso en la entrega⁸⁷⁶, la degradación del producto (aplicando materiales, tecnología o aplicaciones superadas) o la imposición de precios o condiciones que hagan inviable el negocio. Son denominadas ‘negativas constructivas’ (*constructive*

⁸⁷⁵ RCNMC, de 7 de marzo de 2012, S/0389/11, *Despacho billetes Renfe*; SAN 1147/2013, de 22 de marzo, Sala C-A, Secc. 6ª, Rec. 235/2012.

⁸⁷⁶ Decisión de 26 de noviembre de 2008, *Mercado mayorista de electricidad en Alemania-EON*, COMP/39.388; RCNC de 26 de marzo de 2009, Expte. 638/08, *Gas Distribuidoras*; RTDC, de 22 de octubre de 2007, Exp. 620/06, *Jazztel/Telefónica* y RTDC, de 16 de junio de 2005, Expte. 580/04, *Gas Natural*.

refusal to deal) y se someten total o parcialmente al *test Bronner*, salvo que posean entidad propia⁸⁷⁷.

Las dudas sobre la procedencia y los límites de la denegación de acceso no han impedido su expansión hacia conductas en las que no existe propiamente una negativa. La razón se encuentra en que si esta fuese exigible, el dominante se evadiría de toda responsabilidad *antitrust* por la vía de imponer unas condiciones comerciales tan onerosas que ningún comprador podría satisfacerlas. Para evitar esta situación indeseable, se incluyen en la categoría estudiada otros comportamientos cuyo objetivo y efecto potencial es idéntico al de la denegación explícita: evitar que la operación comercial se verifique.

Así pues, el concepto de negativa a prestar servicios no sólo abarca la negativa total, sino también las situaciones en que las empresas dominantes supeditan el servicio a la aceptación de unas condiciones objetivamente irrazonables. Tales condiciones pueden ser una negativa a prestar el servicio salvo con unas condiciones que el proveedor, por motivos objetivos, sabe que son inaceptables (rechazo constructivo) o una negativa a prestar el servicio salvo con condiciones no equitativas⁸⁷⁸.

La consecuencia lógica de la doctrina es que, una vez identificada una negativa constructiva por parte de un contratista o concesionario, sea tratada del mismo modo que cualquier negativa explícita⁸⁷⁹. No obstante, es en este momento cuando se plantean los dos problemas de más enjundia. En primer lugar, la autoridad de competencia debe asignar a una u otra categoría de abuso aquella conducta que, además de denegación de acceso, responde a otras figuras. Una vez decidido que la práctica del contratista encaja en la denegación constructiva, deberá aquella pronunciarse sobre el *test* más adecuado para dilucidar si ha sido cometido el abuso.

⁸⁷⁷ Ejemplo significativo de negativa constructiva es el contemplado en *Telekomunikacja Polska* (COMP/ 39.525). La Comisión sanciona al operador histórico de telecomunicaciones polaco por incumplir su obligación de permitir a otros operadores el acceso retribuido a su red mediante técnicas como imposición de condiciones irrazonables, retraso indebido en las negociaciones o suministro de información inveraz o directamente errónea. La resolución fue confirmada por el Tribunal General en la STG de 17 de diciembre de 2015, T-486/11, *Orange Polska*; y por el Tribunal de Justicia en la STJUE de 25 de julio de 2018, C-123/16 P, *Orange Polska*.

⁸⁷⁸ Decisión de la Comisión, de 25 de julio de 2001, relativa a un procedimiento incoado en virtud del artículo 82 del Tratado CE (COMP/C-1/36.915 — *Deutsche Post AG - Retención de correo transfronterizo*, ¶, párr. 141.

⁸⁷⁹ OCDE, Policy Roundtables, *Refusal to deal*, 2007, p. 26.

4.1. Denegación constructiva y *forum shopping*

El atractivo de la denegación constructiva se encuentra en su polivalencia. La amplitud de sus márgenes facilita su uso para tipificar toda conducta del contratista dominante cuyo objetivo sea impedir la venta de un insumo a sus competidores. Sin embargo, en esa virtud radica su principal peligro: la ausencia de rigor técnico en el análisis de los hechos y en su adscripción al tipo de abuso procedente puede degenerar en errores tipo I o tipo II.

Para evitarlo, el operador jurídico debe plantearse dos escenarios alternativos. El primero de ellos nos sitúa ante conductas abusivas atípicas del contratista dominante. Procede acudir a la denegación constructiva cuando respondan a los caracteres básicos de esta figura - es decir, el componente primario de tales comportamientos sea el rechazo del contratista dominante a permitir a los rivales el acceso a sus instalaciones- y satisfagan alguno de los tests contemplados en el epígrafe subsiguiente.

El segundo escenario nos presenta comportamientos que se hallan dentro del radio de acción de varios tipos de abuso (precios excesivos, compresión de márgenes, discriminación, etc). Esta es la situación habitual y para la que no se ha encontrado una solución definitiva. La autoridad de competencia goza de libertad para responsabilizar al dominante por alguna/s o por todas de las infracciones imputadas. Á título de ejemplo, optará por uno u otro tipo en función de: a) su mayor o menor distancia a los hechos; b) la facilidad para probar el abuso; c) la sencillez en la aplicación del *test* en cada figura; d) los precedentes administrativos y judiciales; e) el carácter principal o marginal de las infracciones.

Así por ejemplo, en *Transporte Televisión*, la denuncia de Astra contra Abertis incluyó el estrechamiento de márgenes en la negativa constructiva de acceso a los centros de la red terrestre de ámbito nacional de Abertis que son esenciales para presentarse a los concursos públicos convocados por operadores de televisión públicos nacionales y autonómicos para la prestación de estos servicios de transporte de distribución satelital. Sin embargo, la resolución enjuició y sancionó a Abertis únicamente por la primera conducta, por ser abrumadoramente mayoritaria⁸⁸⁰.

⁸⁸⁰ Como regla general, Abertis trató de dificultar que Astra presentase ofertas viables a los concursos imponiendo a ésta unos precios de acceso a sus centros de difusión -infraestructuras esenciales para ejecutar el servicio- tan elevados que le impedirían competir con la oferta de Abertis. Tan sólo en un

Cuando de conductas mixtas se trata, el rigor técnico exigiría que se sancionen los hechos por el tipo de abuso predominante y se descarten figuras adyacentes o secundarias. Por ejemplo, hacer depender la tipología aplicable a la situación real del caso. Cuando el precio de acceso supra-competitivo impuesto por el dominante a un cliente (y rival) eficiente sea causa de la incapacidad efectiva, real y constatable de este para operar en el mercado aguas abajo, la autoridad de competencia acudirá a la doctrina de la denegación constructiva. Por el contrario, cuando el efecto impeditivo sea potencial pero las conductas abusivas sean reales, la autoridad debería aplicar el tipo infractor correspondiente.

Una opción todavía más restrictiva permitiría excluir de la negativa constructiva cualquier conducta abusiva que respondiese a otro tipo contemplado en el artículo 102 TFUE. En particular, los precios excesivos y las prácticas discriminatorias. Es cierto que el concepto descriptivo empleado por la Comisión Orientaciones («*demorar indebidamente o degradar de cualquier otro modo el suministro del producto o en imponer condiciones ilógicas a cambio del suministro*»)⁸⁸¹, parece incluir en la denegación constructiva todas aquellas conductas del dominante que impongan a sus competidores condiciones disuasorias susceptibles de causar el mismo daño al mercado que la denegación estricta. De acuerdo con ello, entrarían en esta categoría los precios excesivos y las prácticas discriminatorias si unos y otras estuviesen dotados de carácter impeditivo.

No parece ser esta la posición del citado documento, que en su párrafo 77 excluye de la condición de abuso denegatorio y remite a su regulación propia a ciertas conductas en las que la negativa o interrupción de la relación comercial tienen una importancia relevante para la consecución de la finalidad propia de la correspondiente figura de abuso⁸⁸². De admitirse esta interpretación, ni los precios excesivos, asentados en el

caso (Extremadura, año 2009), la dominante varió su estrategia. En vez de causar el estrechamiento de márgenes de Astra, le remitió información incompleta para evaluar el coste real del servicio de transporte de distribución satelital. Abertis alegó que se trataba de información estratégica de carácter confidencial. En 2010, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones resolvió en favor de Astra y obligó a Abertis a suministrarle la información requerida. RCNC, de 8 de febrero de 2012, *Transporte Televisión*, Expte. S/0207/09, págs. 31-34.

⁸⁸¹ Orientaciones, ¶, párr. 79.

⁸⁸² Orientaciones, ¶, párr.76. «*Otros tipos de denegación de suministro posiblemente ilegal, en los que el suministro se condiciona a que el comprador acepte limitaciones de su conducta, no se tratan en esta sección. Por ejemplo, interrumpir los suministros para castigar a los clientes por comerciar con competidores o la denegación de suministro a los clientes que no acepten los acuerdos vinculantes, serán examinados por la Comisión conforme a los principios establecidos en las secciones relativas*

artículo 102.1a), ni las prácticas discriminatorias, constituyen denegaciones constructivas.

Pero lo cierto es que la denegación constructiva es concebida de forma amplísima. Por ejemplo, la autoridad de competencia australiana la ha definido como el ofrecimiento que hace un proveedor de concluir un negocio en *términos tan irreales* que equivale la denegación propia⁸⁸³. La imposición de precios excesivos es considerada como uno de los casos paradigmáticos. Hasta el punto que la OCDE considera que el rechazo constructivo consiste en el ofrecimiento por el dominante de « *precios elevados y condiciones o términos onerosos siempre que imposibiliten alcanzar una relación comercial viable*»⁸⁸⁴.

Para incurrir en una infracción del artículo 102 TFUE basta con ‘cubrir todas las casillas’ de sus respectivos *tests*. Y en muchos casos no son excluyentes. La pluralidad de tipos abusivos aplicables y la completa autonomía de las autoridades de competencia fomenta que en muchas ocasiones traten de adscribir los hechos a aquel tipo que mejor les garantice el respaldo judicial a una hipotética resolución sancionadora (*forum shopping*). Esto no responde a ninguna singularidad de la denegación constructiva. Su particularidad radica en que ella misma proviene de una interpretación extensiva del *refusal* original, y es definida por el objetivo o resultado impeditivo del (contratista) dominante. Lo cual plantea dudas sobre el *test* más adecuado, tal como se estudia a continuación.

4.2. Tests de denegación constructiva

El Grupo de Conductas Unilaterales de la ICN realizó en 2007 un estudio sobre la denegación de suministro y dedicó un capítulo a la negativa constructiva⁸⁸⁵. A la hora de recoger los criterios empleados, las autoridades de competencia consultadas

a los acuerdos exclusivos y a la vinculación y venta por paquetes. Del mismo modo, tampoco se examinan en esta sección las denegaciones de suministro con objeto de impedir que el comprador realice comercio paralelo (2) o baje su precio de reventa».

⁸⁸³ AUSTRALIAN COMPETITION & CONSUMER COMMISSION, *Refusal to deal*, 2007, p. 9.

⁸⁸⁴ OCDE, *Refusal to deal*, 2007, p. 9.

⁸⁸⁵ ICN, *Report on the Analysis of Refusal to Deal with a Rival Under Unilateral Conduct Laws*, The Unilateral Conduct Working Group, 9ª Conferencia Anual del ICN, Estambul, Turquía, abril 2010, pp. 17-19.

emplearon en su mayoría como caso tipo la imposición por el dominante de precios muy elevados a sus rivales (denegación constructiva paralela a precios excesivos).

Un primer grupo de agencias postularon el empleo de los criterios de evaluación característicos del *refusal* propio (Comisión Europea). Bulgaria analizó varios factores (coste del producto, precio de venta para el competidor y precio de venta para terceros). Gran Bretaña sostuvo que la denegación constructiva sólo es aplicable cuando los elevados precios del dominante impiden a un ‘competidor igualmente eficiente’ operar de forma rentable en el mercado aguas abajo. También se apuntaron criterios comparativos: atención a las condiciones ofrecidas por el dominante a terceros clientes (Alemania) o las condiciones usuales en el mercado (Canadá). Por último, Polonia señaló que la denegación constructiva del dominante sólo es sancionable si aplicada a él mismo, le impidiese sobrevivir en el mercado.

La primera posición parece ser la más coherente con la naturaleza y objetivos de la negativa constructiva. Al fin y al cabo, su esencia es el impedimento por el dominante de las actividades de sus competidores y clientes por medio de conductas activas cuyo resultado es equivalente al de un rechazo. Las demás posturas acercan esta figura a otros tipos de abuso; en concreto, a los precios excesivos (Bulgaria) o a los discriminatorios (Alemania, Canadá). Por su parte, las posiciones británica y polaca establecen diferencias de grado en uno de los elementos característicos del *test Magill* (la expulsión del mercado).

4.3. La denegación de acceso constructiva en la contratación pública

En su condición de operador económico, el adjudicatario de un contrato público no está exento de incurrir en rechazo constructivo respecto de sus competidores. Este abuso será más probable en la ejecución de las concesiones administrativas. El análisis es completamente diferente según se trate de concesiones de servicio público o de concesiones de obras públicas.

4.3.1. Concesiones de servicio público

El ejemplo modelo de denegación constructiva es el de una concesión de servicio público que otorga a su beneficiario tanto la exclusividad sobre el contrato como el monopolio sobre el mercado del servicio concesional. Además de la concesión, el

contratista público realiza actividades económicas en el mercado aguas abajo en competencia con otros operadores. La ejecución de las operaciones aguas abajo precisa de forma inexcusable al acceso a la infraestructura del concesionario. Con la finalidad de extender su posición monopolística aguas abajo, este adopta prácticas de rechazo constructivo en el mercado de la concesión que tienden a impedir el acceso a dicha infraestructura a sus rivales en el mercado inferior. Por ejemplo, imponiéndoles precios más elevados y/o otras condiciones comerciales más onerosas que las dispuestas para su propia división comercial.

Se trata de una situación abusiva a la que son proclives las concesiones de servicio públicos mortuorios. Y el ejemplo paradigmático es *Tanatorio de Catoira*⁸⁸⁶. Una empresa resulta adjudicataria de un contrato para la gestión del servicio público de tanatorio municipal (modalidad de concesión). En el mercado geográfico, el tanatorio municipal es el único existente y, por ello, una infraestructura esencial para las empresas funerarias. Entre ellas, se encuentra la del concesionario, en situación de competencia con otras. Por el mero hecho de la concesión, el adjudicatario obtiene el monopolio del contrato y del mercado. El concesionario desea extender su posición monopolística al mercado aguas abajo. Con este fin, impone a las empresas rivales un precio de acceso al tanatorio muy superior al que prevé para su división funeraria. El coste superior obliga a las rivales a incrementar los precios a los clientes finales. El efecto -real o potencial- es el de un trasvase de clientes hacia la empresa funeraria propiedad del concesionario⁸⁸⁷.

⁸⁸⁶ RCGDC, 3/2014, de 4 de julio, *Tanatorio de Catoira*, Exptes S7 y S20/2012 (vinculados).

⁸⁸⁷ *Tanatorio de Catoira*, párr. 62 «Según reiterada jurisprudencia, la discriminación de precios es subsumible en la letra a) del apartado 2o del artículo 2 de la LDC («imposición de precios u otras condiciones comerciales o de servicio no equitativos») o en la letra d) del mismo precepto («aplicación de condiciones desiguales para prestación de servicios equivalentes»). En concreto, la discriminación ha consistido en fijar un precio por el alquiler de salas muy superior al precio por subcontratación de servicios. Dichas tarifas discriminatorias impiden que empresas rivales puedan prestar servicios de tanatorio en el municipio de Catoira. Si una empresa de servicios funerarios quiere prestar servicios en el municipio de Catoira, las tarifas de Pompas Fúnebres de Arosa para el año 2011 le ofrecen dos posibilidades. Pagar 717 euros si quién realiza el servicio es la entidad denunciada (tarifa por subcontratación) o pagar 1.087 euros si es la propia empresa rival la que presta el servicio de tanatorio (tarifa por alquiler de sala). Enfrentado a esa tesitura, lo lógico es que la empresa rival prefiera «subcontratar» el servicio de tanatorio antes de prestarlo directamente lo cual se traduce, en la práctica, en que sólo hay una empresa prestando servicios de tanatorio en el municipio de Catoira (cierre del mercado dominado). «.

En un ‘caso tipo Tanatorio de Catoira’, hasta tres tipos de abuso podrían entrar en juego: a) precios excesivos (abuso explotativo); b) precios discriminatorios (abuso exclusionario); c) denegación de acceso constructiva (abuso exclusionario).

Como arriba se observó, la autoridad de competencia goza de libertad para sancionar al concesionario por uno, dos o por los tres tipos citados, siempre que reúnan las condiciones para ello. A tal efecto, es perfectamente factible incluir la imposición de precios excesivos y de condiciones discriminatorias entre los rasgos definitorios de la denegación constructiva el complejo abusivo posee un alcance rechazo similar a la negativa de acceso *strictu sensu*.

En caso de que opte por la denegación constructiva, la constatación del rechazo exige aplicar el criterio previsto para la denegación propia (*test Magill*). La autoridad de competencia habrá de demostrar: 1º) que el acceso a la infraestructura del concesionario es indispensable para las actividades propias de las empresas aguas abajo; 2º) que las conductas del concesionario eliminan o causan el riesgo de eliminar la competencia en el mercado inferior⁸⁸⁸ y 3ª que la conducta abusiva del concesionario carece de justificación objetiva.

En caso de concurrir discriminación, habrán de añadirse criterios definitorios de la misma (*test Clearstream*): 1º) Una empresa no puede practicar diferencias artificiales de precios que puedan ocasionar una desventaja a sus clientes y falsear la competencia. 2º) Para que se cumplan los requisitos de aplicación del artículo 82 CE, párrafo segundo, letra c), es preciso constatar que el comportamiento de la empresa en posición dominante en un mercado no sólo es discriminatorio, sino que también pretende falsear la relación de competencia, es decir, obstaculizar la posición competitiva de una parte de los socios comerciales de esta empresa frente al resto⁸⁸⁹.

Para Whish y Bailey, el ejemplo más obvio de precios excesivos y excluyentes se presenta en casos como el resuelto por el CGC en *Tanatorio de Catoira*: el propietario de una infraestructura esencial cobra un precio excesivo (o discriminatorio) para garantizarse el acceso a ella. Este autor sostiene que esta situación debe ser calificada

⁸⁸⁸ El efecto de ‘cierre del mercado’ (*foreclosure*) es esencial tanto para la denegación de suministro propia como constructiva, ver AMSTRONG, MARK y PORTER, ROBERT, H., *Handbook of Industrial Organization*, Vol. III, North-Holland, 2007, p. 2148.

⁸⁸⁹ STPI, de 9 de septiembre de 2009, T-301/04, *Clearstream*, párr. 10-11.

como denegación de suministro constructiva y ser sancionado como tal⁸⁹⁰. Así se prevé en la *Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones - Marco jurídico, mercados de referencia y principios*⁸⁹¹:

«97. El establecimiento de un precio excesivo por la concesión del acceso, además de ser abusivo en sí mismo (69), puede equivaler a una denegación efectiva del acceso»⁸⁹².

Determinar el precio adecuado para el acceso a una instalación esencial es una cuestión inmensamente complicada. Esto hace más difícil sancionar por la vía de denegación de acceso constructivo. Por ello, en casos como los de concesiones de servicio público sobre una instalación esencial, es más factible sancionar por precios discriminatorios, dado que puede compararse el precio cobrado por el tanatorio a las empresas funerarias con el precio (interno) que percibe de su propia división de servicios funerarios.

⁸⁹⁰ WHISH, RICHARD y BAILEY, DAVID, *Competition Law*, Oxford, 8ª. Ed, p. 765.

⁸⁹¹ *Diario Oficial n° C 265 de 22/08/1998 p. 0002 – 0028.*

⁸⁹² La Comunicación recoge en los párrafos 105 a 109 los parámetros para determinar si el precio es excesivo y exclusionario, tomados de la jurisprudencia TJUE sobre precios excesivos: «105. El acceso de prestadores de servicio a las instalaciones de un operador dominante presenta a menudo el problema de la aplicación de tarifas excesivamente elevadas (75), dado que, al no existir alternativas viables a la instalación a la que los prestadores de servicios pretenden acceder, el operador dominante o monopolístico puede inclinarse por fijar tarifas demasiado elevadas. 106. El Tribunal de Justicia define el precio excesivamente elevado como aquél que «resulta excesivo en comparación con el valor económico del servicio prestado» (76). Además, el Tribunal explicó que una de las formas en que podía determinarse era la siguiente: «Este exceso podría, entre otras cosas, determinarse de forma objetiva si fuera posible calcularlo comparando el precio de venta del producto en cuestión con su coste de producción» (77). 107. La Comisión necesita determinar cuáles son los costes efectivos de un producto determinado. Así pues, para calcular si un precio es excesivo, es fundamental proceder a una asignación de costes adecuada. Por ejemplo, cuando una empresa lleve a cabo diversas actividades, habrá que asignar costes a cada una de éstas, y asimismo, distribuir de forma apropiada los costes comunes. Además, puede ser conveniente que la Comisión establezca el método más idóneo de asignación de costes cuando éste sea motivo de disputa. 108. El Tribunal indicó asimismo que, a la hora de determinar lo que constituye un precio excesivo, había que tomar en consideración la legislación comunitaria por la que se establecen los principios para la fijación de precios en ese sector específico (78). 109. Además, la comparación con otras áreas geográficas puede utilizarse también como indicador de unos precios demasiado elevados: el Tribunal estableció que, en la medida de lo posible, la comparación debía realizarse entre los precios fijados por una empresa dominante y los que se aplican en los mercados abiertos a la competencia (79). Dicha comparación podría servir de base para determinar si los precios aplicados por la empresa dominante son justos (80). En algunos casos en que no se dispone de datos comparativos, las autoridades de reglamentación han tratado de determinar cuál podría haber sido un precio competitivo de haber existido un mercado competitivo (81). Cuando lo juzgue oportuno, la Comisión podrá tener en cuenta este análisis a la hora de determinar si los precios fijados son excesivos.»

4.3.2. Concesiones de obras públicas

Los casos prototípicos de concesiones de obras públicas admiten con mucha dificultad la figura de la denegación constructiva como abuso de posición de dominio por parte del concesionario. Se trata de concesiones sobre autopistas de peaje o aparcamientos en los que el concesionario impone a los usuarios de la instalación un precio extraordinariamente elevado, o fija precios diferentes en función de la tipología de usuario (vehículos particulares, vehículos de transporte, autocares, etc.).

En estos casos, la autoridad de competencia tiene a su disposición el mismo catálogo de formas de abuso que en el epígrafe anterior: precios excesivos, precios discriminatorios y denegación constructiva. En un principio, la autoridad podrá valorar si concurren los requisitos de los precios excesivos. Favorece esta opción el hecho de que la Comisión admitió en *Port of Helsingborg* que este abuso explotativo puede dirigirse contra consumidores finales⁸⁹³. Sin embargo, las enormes reticencias al empleo de los precios excesivos y las dificultades para optar por un *test* satisfactorio harán poco probable que el órgano de competencia escoja esta modalidad. Más sencilla es la prueba acerca de la existencia de precios discriminatorios. En tal caso, la discriminación se daría entre clientes del concesionario dominante.

Pero la autoridad de competencia puede entender que las conductas del concesionario generan una situación anticompetitiva equivalente a la denegación abusiva de acceso a una infraestructura esencial. De elegir esta vía de investigación, habrá de aplicar el *test Magill* y en su caso el *test Clearstream*. Aún admitiendo la concurrencia de los restantes requisitos (indispensabilidad, carencia de justificación objetiva y discriminación), la negativa constructiva será improcedente salvo que concesionario dominante opera en el mercado en el que sus conductas producirían efectos perversos, sea directamente sea a través de una empresa subsidiaria. Tan sólo en este improbable caso cabría acusar al concesionario de perseguir la extensión de su posición de dominio sobre la infraestructura concesional a la actividad del segundo mercado, expulsando para ello a sus rivales en este último.

La figura de la concesión de obras públicas se ha extendido en las últimas décadas hasta abarcar sectores como el hospitalario, el portuario o el de los transportes

⁸⁹³ Decisión de 23 de julio de 2004 (Asunto COMP/A.36.568/D3, *Scandlines Sverige AB contra Port of Helsingborg*)

colectivos por carretera y ferrocarril⁸⁹⁴. En estos casos, la posibilidad de admitir rechazos constructivos parece más elevada que en las concesiones clásicas. Por ejemplo, una empresa es adjudicataria de la concesión de obra pública sobre el único hospital existente en la localidad. La concesionaria es también titular de una empresa de servicios funerarios. En este último, la concesionaria opera en el mercado y en competencia con empresas privadas. Con el fin de favorecer que los fallecidos en el hospital sean derivados a su división funeraria, el concesionario opta por supeditar el estacionamiento de los vehículos de empresas competidoras en el aparcamiento del hospital al pago de una tarifa muy elevada de la que están exentos sus propios vehículos funerarios. En tales circunstancias, la autoridad de competencia tendría motivos fundados para instar una investigación contra la empresa concesionaria por denegación constructiva (o, en su caso, por compresión de márgenes).

5. La denegación como infracción de la Ley de Unidad de Mercado

Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM) tiene por objeto establecer las disposiciones necesarias para hacer efectivo el principio homónimo en el territorio español. En particular, garantizar la integridad del orden económico y facilitar el aprovechamiento de economías de escala y alcance del mercado mediante el libre acceso, ejercicio y la expansión de las actividades económicas en todo el territorio nacional garantizando su adecuada supervisión, de conformidad con los principios contenidos en el artículo 139 de la Constitución española. La unidad de mercado se fundamenta en la libre circulación y establecimiento de los operadores económicos, en la libre circulación de bienes y servicios por todo el territorio español, sin que ninguna autoridad pueda obstaculizarla directa o indirectamente, y en la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica. Esta Ley será de aplicación al acceso a actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional (artículos 1 y 2 LGUM).

⁸⁹⁴ VILLAR ROJAS, JOSÉ FRANCISCO, «La concesión administrativa de obras públicas como nueva fórmula de gestión de servicios públicos», Derecho y Salud, Volumen 14, nº Extra 1, 2006, pp.1-16, p. 1.

La ley busca, pues, la protección de los operadores económicos frente a toda disposición de carácter general, acto, actuación, inactividad o vía de hecho procedente de los poderes públicos («autoridades», según el artículo 2 LGUM) que pongan en riesgo la coherencia del mercado español. A efectos de protección de la unidad de mercado, en el concepto de ‘autoridad’ se incluye a los contratistas y concesionarios públicos. Un número no marginal de informes y resoluciones de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SCUM) y de la CNMC han examinado la conformidad de sus conductas con la LGUM y han constatado que incurren en infracciones a la unidad de mercado.

La SCUM empleó el procedimiento previsto en el artículo 28 LGUM («*Mecanismos adicionales de eliminación de obstáculos o barreras detectados por los operadores económicos, los consumidores y los usuarios*») en una serie de casos para constatar la denegación de acceso a instalaciones de tanatorio por parte de concesionarios y de empresas públicas hacia sus rivales⁸⁹⁵. En particular,

1. Informe de 11 de septiembre de 2014 sobre la reclamación presentada, al amparo del artículo 28 de la ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, relativa a las condiciones de acceso a instalaciones funerarias (UM/041/14).
2. Informe de 30 de diciembre de 2015 sobre la reclamación presentada, al amparo del artículo 28 de la ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, relativa a barreras en el ámbito de los servicios funerarios en la localidad de Fuengirola (UM/094/14).

⁸⁹⁵ Los mecanismos contemplados en la LGUM no limitan su aplicación al *refusal*. En *Ayuntament de Solsona*, la Autoridad catalana de Competencia resolvió por la vía de la terminación convencional el abuso de posición de dominio discriminatorio cometido por aquel ayuntamiento contra un operador privado que pretendía romper el monopolio municipal en la prestación de servicios funerarios. Entre las conductas imputadas a la autoridad municipal se obstaculizar injustificadamente la obtención de la licencia para operar como funeraria en el municipio de Solsona; emitir facturas a al competidor con conceptos que esta empresa consideraba ilegales, además de que ha repercutido indebidamente el IVA; impedir el acceso por parte de la ciudadanía a los servicios de FS mediante la información que ofrece en la web municipal; incurrir en un supuesto de competencia desleal por medio de las ordenanzas fiscales aprobadas por aquella corporación local para el año 2009, que incluyen tasas relacionadas con la prestación de servicios funerarios que discriminan a las funerarias privadas; impartir instrucciones verbales y órdenes expresas a los centros sanitarios, residencias de ancianos, policía municipal, etcétera, para que todos los difuntos sean trasladados exclusivamente a los servicios funerarios municipales. RACCO de 13 de septiembre de 2009, Expediente 13/2009, *Ayuntament de Solsona*.

En el primer supuesto, la negativa de acceso es imputable a un concesionario público; en el segundo, la responsable es una empresa pública de titularidad municipal⁸⁹⁶.

5.1. Denegación de acceso por empresas concesionarias de tanatorios

En los dos casos citados, la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado consideró que la negativa de la empresa municipal o concesionaria a atender determinadas solicitudes de servicios presentadas por funerarias radicadas fuera del municipio, parece infringir los principios de no discriminación (artículos 3 y 18 LGUM) y de eficacia de las actuaciones de las autoridades competentes en todo el territorio nacional (artículos 6, 18, 19 y 20 LGUM).

El Informe de 11 de septiembre de 2014 relativo a las condiciones de acceso a instalaciones funerarias (UM/041/14), recoge un caso prototípico de denegación de acceso por un concesionario público de tanatorio en los mercados de servicios mortuorios. Dos empresas funerarias denuncian que los prestadores funerarios que no disponen de instalaciones funerarias –tanatorios- en una localidad, no pueden, o tienen difícil, prestar el servicio en la misma ya que no se les da acceso a las instalaciones públicas allí situadas (la empresa concesionaria no les alquila una sala). En concreto, los interesados afirman que SERFRUTOSA S.A., empresa concesionaria del Complejo funerario Torrero (público), situado en el término municipal de Zaragoza, les impide alquilar salas en el complejo. La única manera de hacerlo es pidiéndole a una empresa funeraria autorizada por Zaragoza que realice la gestión del alquiler. Ello supone un sobre-coste que soportan las familias.

Se aporta un documento, fechado el 6 de noviembre de 2012 en el que SERFRUTOSA comunica a uno de los interesados que *«hace reserva de estas instalaciones, con permiso del Ayuntamiento de Zaragoza, a las empresas funerarias que están autorizadas por el citado Ayuntamiento a ejercer la actividad en la ciudad»*. También se aporta diversa información de la que se deduce que SERFRUTOSA S.A. en reiteradas ocasiones ignora los faxes enviados por las empresas funerarias no autorizadas en Zaragoza y no contesta, o lo hace muy tarde, lo que teniendo en cuenta el

⁸⁹⁶ <https://www.cnmec.es/expedientes?t=funerarias&idambito=14&edit-submit-buscador-expedientes=Buscar&idtipoexp=All&hidprocedim=All>

tipo de servicio que se ofrece, es muy perjudicial para estas empresas, que en diversas ocasiones, se ven obligadas a utilizar otras instalaciones funerarias, con el consiguiente perjuicio para las familias. Con respecto a Madrid, los interesados afirman que esta misma situación se produce en los tanatorios M-30 y Sur, gestionados por la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid y en los de Alcorcón, Móstoles y Villanueva de la Cañada, y en general, en todos los de la Comunidad de Madrid.

La actividad de prestación de servicios funerarios (que incluye la facilitación a la familia de una sala en un tanatorio para velar al fallecido) que realizan los interesados, constituye una actividad económica y como tal está incluida en el ámbito de aplicación de la LGUM, cuyo artículo 2 establece: «Esta Ley será de aplicación al acceso a actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional».

El informe final de la SCUM considera que un Ayuntamiento o una empresa concesionaria no puede exigir la obtención de una autorización del propio Ayuntamiento a una empresa que ya esté operando legalmente en otro municipio para alquilarle una sala. El comportamiento del concesionario y del Ayuntamiento vulneraría también el principio de eficacia de las actuaciones de las autoridades competentes en todo el territorio nacional. Un Ayuntamiento o una empresa concesionaria no puede exigir la obtención de una autorización del propio Ayuntamiento a una empresa que ya esté operando legalmente en otro municipio conforme a su regulación, para alquilarle una sala.

Por tanto, cualquier empresa legalmente establecida en cualquier ayuntamiento del territorio español debería poder obtener sala velatorio en tanatorios municipales obviamente, siempre que haya disponibilidad y previo, en su caso, el pago de las tasas correspondiente.

De los artículos 19 (*«libre iniciativa económica en todo el territorio nacional»*) y 20 (*«eficacia en todo el territorio nacional de las actuaciones administrativas»*) se deduce que las autorizaciones de empresas de servicios funerarios obtenidas en otros ayuntamientos habilitan a estas empresas para actuar no sólo en un determinado Ayuntamiento sino en todo el territorio nacional, por lo que el deberían admitirse las peticiones de sala de éstas, sin exigirles que estén habilitadas por el propio ayuntamiento

La Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SCUM) considera que la cesión de instalaciones o la limitación de la actividad de traslado de cadáveres y restos únicamente a las empresas funerarias que están autorizadas por un determinado Ayuntamiento podría considerarse una actuación y/o una regulación contraria a la LGUM.

La no cesión de sala de tanatorios municipales a las empresas que no han sido autorizadas por un determinado Ayuntamiento estaría discriminando a empresas situadas en otros puntos del territorio nacional por razón del lugar de establecimiento e incumpliendo el artículo 9 de la LGUM («*Garantía de las libertades de los operadores económicos*»).

5.2. Ventajas e inconvenientes

5.2.1. Ventajas

La tramitación de reclamaciones por denegación de acceso a través de la LGUM presenta cuatro grandes ventajas. La primera y más importante es la rapidez y agilidad del procedimiento en defensa de los derechos e intereses de los operadores económicos. En el plazo máximo de 15 días desde la presentación de la solicitud, la SCUM informará al operador económico, al consumidor o usuario o a la organización que los representan sobre la solución alcanzada (artículo 28.3 LGUM). Un segundo atributo, directamente vinculado con el anterior, es la agilidad del procedimiento. La solicitud será presentada directamente ante la SCUM, que pedirá informe a los Puntos de Contacto afectados e informará a los solicitantes en el plazo de 15 días sobre las soluciones adoptadas (artículo 28, apartados 1 a 3 LGUM).

Por el contrario, el plazo máximo para dictar y notificar la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador por conductas restrictivas de la competencia será de dieciocho meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación del mismo (artículo 36.1 LDC). El plazo de instrucción del expediente será de doce meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación (artículo 28.4 RDC). El procedimiento sancionador ante las autoridades de defensa de la competencia, como todo procedimiento administrativo, está dividido en varias fases, con lapsos de tiempo entre ellas. A esto se suma la complejidad que alcanza en muchos casos la fase de investigación previa.

La tercera ventaja respecto al procedimiento de defensa de la competencia es la capacidad para dirigir las pesquisas contra las administraciones públicas. Esta cualidad, que responde a la propia esencia de la LGUM, tiene especial importancia en el ámbito de la contratación pública. El Derecho de la Competencia se resiste a incluir entre los sujetos infractores a las entidades contratantes, dada su condición de regulador y el no destino al mercado de los bienes y servicios contratados. La LGUM parte de ambos factores para fundamentar su propia existencia.

Como derivada de la ventaja anterior, dos propiedades de los procedimientos por unidad de mercado - celeridad y participación de las administraciones interesadas- facilitan la adopción de medidas normativas que se imponen a los poderes públicos y a los operadores económicos⁸⁹⁷.

5.2.2. Inconvenientes

Cabe distinguir entre trabas esenciales y de eficacia en el sistema LGUM, en relación a la lucha contra las negativas de acceso causadas por contratistas de servicios públicos. Respecto de los primeros, los procedimientos previstos en los artículos 26 y 28 LGUM son muy generales y las resoluciones e informes se fundamentan en la infracción de principios jurídicos (no discriminación, alcance nacional, etc.). Unos y otros precisan de más rodaje para alcanzar un nivel técnico suficiente. Las dudas sobre la permanencia de la ley poco contribuyen a la consolidación de las soluciones promovidas por la SCUM y la CNMC.

⁸⁹⁷ El Informe Final de la SCUM, *in fine*, en el caso «*Servicios Funerarios - recogidas judiciales*» concluye con un compromiso claro de dos Ministerios de modificar las normas y los pliegos de prescripciones técnicas para garantizar el respeto a la competencia en el desarrollo del negocio funerario. «*El Ministerio de Economía y Competitividad y el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, se compromete a realizar las actuaciones necesarias para la aprobación de una iniciativa normativa de carácter básico de regulación de los servicios funerarios que garantice la plena adaptación a los principios establecidos en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y a la LGUM.*

Esta normativa, en concreto, contendrá disposiciones específicas para garantizar la libertad de elección de prestador por parte de los usuarios de los servicios funerarios.

Por su parte, el Ministerio de Justicia se compromete a incluir en sus próximos pliegos de prescripciones técnicas para la contratación de los servicios de recogidas judiciales una cláusula orientada a restringir o impedir que, en sus relaciones con terceros, el concesionario incurra en posibles prácticas restrictivas de la competencia o que impliquen una vulneración de los derechos de los consumidores y usuarios. En concreto dicha cláusula establece la obligación al adjudicatario de informar a los familiares de que pueden contratar con la empresa funeraria que ellos prefieran el traslado del cadáver hasta el tanatorio, crematorio o cementerio, no existiendo obligación de realizar esta contratación con la empresa que ha realizado la recogida judicial».

A nivel operativo, la eficacia de las reclamaciones por negativa de acceso se ve perjudicada por el propio carácter del artículo 28 LGUM. El procedimiento previsto concluye con un informe (acto administrativo consultivo) de efectividad hipotética. Queda a la decisión del Consejo para la Unidad de Mercado y de las conferencias sectoriales acoge su criterio y traducirlo en normas o actuaciones futuras. De haberse adoptado el contemplado en el artículo 26 (*Procedimiento en defensa de los derechos e intereses de los operadores económicos por las autoridades competentes*), el producto sería una resolución administrativa dotada de presunción de validez y de ejecutividad (acto administrativo decisorio).

VI. COMPRESIÓN DE MÁRGENES

1. Concepto y naturaleza jurídica

La compresión de márgenes estrechamiento de márgenes o pinzamiento de precios⁸⁹⁸, conocida en el Derecho anglosajón por los nombres de *price squeeze* o *margin squeeze*⁸⁹⁹, es una figura controvertida en el Derecho *antitrust*; hasta el punto de que el Tribunal Supremo norteamericano la ha declarado extinta. Se mantiene en el ordenamiento comunitario, en particular en el ámbito de los mercados regulados y por tanto, al menos potencialmente, en los mercados de servicios de interés económico general (SIEG). Dentro de la categoría SIEG se encuentran muchos servicios habitualmente gestionados por la vía de contrato o concesión administrativa (por ejemplo, los servicios y actividades citados en los artículos 25 y 26 LBRL).

La doctrina del *margin squeeze* nació en los Estados Unidos. Su primer hito, la sentencia del Tribunal del Segundo Circuito *Alcoa*, data de 1945. Mientras en Europa era totalmente ignorada, esta figura conocía un extenso desarrollo jurisprudencial en los

⁸⁹⁸ RTDC, de 22 de diciembre de 2004, Uni2/Telefónica Móviles, Expte. 571/03, F.J.Segundo.

⁸⁹⁹ «Price squeeze» es el término usado más habitualmente por los tribunales y por la doctrina estadounidense; «margin squeeze» lo es en Europa. Los términos son perfectamente intercambiables. GAUDIN, GERMAIN y MANTZARI, DESPOINA, «Margin squeeze. An above-cost predatory pricing approach», *Journal of Competition Law & Economics*, Volumen 12, Número 1, Marzo 2016, 151–179, p. 151.

Tribunales de Circuito americanos⁹⁰⁰. A título de ejemplo, cabe citar las sentencias *City of Mishavaka* (1980), *City of Kirwood* (1982), *Bonjorno* (1984) *Town of Concord* (1990). El Tribunal Supremo norteamericano concluyó que una empresa sólo puede embarcarse en un *price squeeze* si está verticalmente integrada, porque opera en ambos niveles de la industria (mercados mayorista y minorista) y sus competidores en el mercado minorista son sus clientes en el mercado mayorista. Dicha empresa puede obrar de uno o de los tres modos siguientes: hacer que el precio del *input* en el mercado mayorista sea demasiado elevado, que el precio del producto final en el mercado minorista sea demasiado bajo, o adoptar ambos tipos de comportamiento. En cualquier caso, el margen entre ambos precios ha de ser suficientemente reducido como para evitar que los rivales cubran sus costos y permanezcan en el negocio⁹⁰¹.

El primer pronunciamiento expreso del Tribunal Supremo sobre la compresión de márgenes supuso su desaparición en el Derecho norteamericano. En *Linkline* (2009), el Tribunal Supremo suprimió esta figura al someterla a la doctrina *Trinko*, concebida para la denegación de suministro⁹⁰². Conforme a la misma, una firma a la que la normativa *antitrust* no impone la obligación de comerciar en el mercado al por mayor está también exenta de hacerlo en los términos y condiciones favorables a sus competidores. Aquellos casos de compresión de márgenes que no constituyan denegaciones de acceso o precios predatorios deberán ser sustanciados ante los Reguladores, conforme a los principios económicos del «*access pricing*». Aunque *Linkline* no se pronuncia sobre la pertenencia de la compresión a la categoría del *refusal*, el hecho de sujetarla a sus requisitos equivale a hacerla desaparecer⁹⁰³.

En el Derecho Comunitario, la compresión de márgenes ha sido y continúa siendo una figura sometida a discusión, tanto en su propia existencia como en su naturaleza como comportamiento abusivo. Ha sufrido una evolución muy profunda desde su

⁹⁰⁰ Sobre la concepción del *price squeeze* en el derecho USA y sus diferencias con el derecho europeo, ver HAY, GEORGE, A. y McMAHON, KATHRIN, *The diverging approach to price squeeze in the United States and Europe*, *Journal of Competition Law & Economics*, Volumen. 8, Nº. 2 (junio 2012), pp. 259-296.

⁹⁰¹ *Pacific Bell Telephone co., v. Linkline Communications*, No. 07-512. 25 de febrero de 2009

⁹⁰² TS, *Pacific Bell Telephone co., v. Linkline Communications*, No. 07-512. 25 de febrero de 2009.

⁹⁰³ *Linkline*, III, B, 1. Aplicada al *price squeeze*, la doctrina implica que cuando una firma carece de la obligación de establecer o de mantener relaciones comerciales en el mercado mayorista y no existe predación en el mercado minorista, el operador dominante no está obligado a dar un precio al producto intermedio y al producto o servicio final que preserven el margen de beneficios de sus rivales.

planteamiento inicial a finales del siglo pasado como figura subsidiaria de otros tipos de abuso hasta el momento presente, en el que es concebida como una conducta abusiva autónoma (*stand-alone*). El *margin squeeze* presupone que una empresa verticalmente integrada goza de posición de dominio sobre el mercado de un producto y usa dicho control sobre éste por ser un insumo indispensable para otras empresas que son sus rivales en un mercado descendente con el fin de impedirles obtener beneficios en dicho mercado⁹⁰⁴.

El TJUE señala que esta conducta abusiva se producirá «cuando una empresa que dispone de una posición dominante en el mercado de un producto intermedio y utiliza ella misma una parte de su producción para la fabricación de un producto elaborado, vendiendo en el mercado el excedente de dicho producto intermedio, fija el precio de venta a terceros del producto intermedio a un nivel tal que éstos no disponen de un margen de transformación suficiente para seguir siendo competitivos en el mercado del producto transformado»⁹⁰⁵. En *TeliaSonera*, el TJUE completa la definición anterior al señalar que la compresión de márgenes existe si la diferencia entre el precio minorista y el coste mayorista del input de la empresa dominante no cubre el resto de los costes de la provisión del servicio minorista, de tal forma que a un competidor tan eficiente como el operador incumbente no le resulta rentable competir en dicho mercado minorista ofreciendo el servicio a los clientes finales⁹⁰⁶.

Analíticamente, las reclamaciones por negativa a proveer y compresión de márgenes son muy diferentes. En ambas, el operador dominante emplea su poder sobre el mercado del servicio contratado para empeorar o destruir la posición de su rival en el mercado secundario, bien privándolo del insumo (*refusal to supply*), bien aplicando unos precios tan altos al *input* y/o tan bajos al producto final que impidan a aquél competir y lo expulsen del mercado.

⁹⁰⁴ GERADIN, DAMIEN y O'DONOHUE, ROBERT, «The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: the Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector», *GCLC Working Paper 04/05*. The Global Competition Law Centre Working Papers Series, 2005.

⁹⁰⁵ STPI, de 30 de noviembre de 2000, *Industrie des Poudres Spheriques v. Comm*, 2000, T-5/97, p. 178.

⁹⁰⁶ STJUE, de 17 de febrero de 2011, *Konkurrensverket contra TeliaSonera*, C-52/09, párr. 32.

Para que la compresión de márgenes -en general, así como la de un contratista o concesionario públicos- opere y sea exitosa la jurisprudencia comunitaria exige la presencia de siete condiciones⁹⁰⁷.

Primera. El operador dominante ha de ser una empresa verticalmente integrada, lo que exige que sea dominante en el mercado aguas arriba y que participe en el mercado descendente. Si no lo hiciese no obtendrá beneficios en este mercado y la incidencia de su conducta sobre las empresas participantes se limitará a su control del mercado ascendente (imposición de precios monopolísticos o de restricciones verticales). Tal presencia activa debilita *per se* la capacidad de respuesta de los rivales e impide el monopsonio en el mercado 'aguas abajo'⁹⁰⁸. Tan sólo el triunfo de la compresión dejará a un solo rival: el causante del abuso. Por lo demás, la posición de sus competidores en el mercado descendente les permitirá resistir el abuso en mayor o menor medida. Si aquélla es fuerte, por su propia actuación o por beneficiarse de barreras de entrada, sus posibilidades de resistir el embite aumentan. Pero todo dependerá de que encuentren un insumo sustitutivo. En tal caso, la estrategia de compresión se tornará costosa e insostenible.

Segunda. El causante del abuso deberá poseer un poder tan significativo sobre el mercado del insumo que la posición de dominio se aproxime al monopolio⁹⁰⁹. Es el conocido como 'superdominio', que requiere una cuota de mercado del 80% o más⁹¹⁰. Este requisito es muy común cuando el mercado ascendente es un servicio de interés económico general, dotado de fuertes barreras legales de entrada, y el operador es muchas veces una empresa pública o privatizada, muy próxima al monopolio o con una cuota de mercado en lento descenso⁹¹¹. Es más común aún en muchos contratos y

⁹⁰⁷ CROCIONE, PAOLO y VELJANOVSKI, CENTO, «Price squeezes, foreclosure and competition law. Principles and guidelines, *Journal of Network Industries*, Volume 4 (2003), N° 1, pág. 38. Ver en <http://www.casecon.com/data/pdfs/pricesqueeze.pdf>.

⁹⁰⁸ Un supuesto intermedio entre la compresión de márgenes y los precios predatorios por el comprador monopsonista es la sentencia del Tribunal Supremo norteamericano *Weyerhaeuser Co. V. Ross-Simmons Hardwoodlumber Co.* No. 05-381 411 F. 3d 1030, 20 de febrero de 2007.

⁹⁰⁹ Conclusiones del Abogado General Fennelly en los asuntos conexos C-395 y 396/06P, *Compagnie Maritime Belge, S.A v. Comm*, 2000, p. 4.

⁹¹⁰ La jurisprudencia comunitaria es prolija en acepciones para el 'superdominio'. Así, la identifica con la «posición cuasi-monopolística» (*Tetra Pak II*), la «posición de dominio extensiva» (*Irish Sugar*); *Microsoft* habla directamente de la situación del operador como «estándar de hecho» en el mercado sobre el que ostenta la posición de dominio.

⁹¹¹ La posición de los competidores del contratista en el mercado descendente les permitirá resistir el abuso en mayor o menor medida. Si aquélla es fuerte, por su propia actuación o por beneficiarse de

concesiones públicas: la adjudicación otorga la exclusividad sobre el contrato. En muchos casos, el reducido tamaño del mercado en el que se sitúa el contrato público hace que el adjudicatario carezca de competidores. En tal caso, la adjudicación le supone también el monopolio sobre el mercado.

Sin embargo, el Abogado General Mazák afirma en sus Conclusiones a *Teliasonera* que el grado de implantación en el mercado de la empresa dominante no es decisivo para que exista un abuso. En efecto, cabe sostener que el concepto de posición dominante entraña ya un umbral alto, de modo que no es necesario determinar el grado de implantación en el mercado. Y añade que «*ha de tenerse presente que el artículo 102 TFUE se refiere claramente al abuso de una posición dominante y no hace referencia alguna a una posición superdominante*»⁹¹².

Tercera. En un caso de compresión de márgenes, no hace falta que la empresa que incurre en abuso disponga de posición de dominio en los dos mercados, sino sólo en el ascendente, esto es, en el mercado del producto o servicio. Pero no necesariamente en el mercado descendente, donde aquel puede estar en competencia con otras empresas por captar a los consumidores⁹¹³.

Ahora bien, el mercado aguas abajo padece una competencia muy reducida o imperfecta y por tanto genera beneficios supracompetitivos que incentivan la conducta abusiva del contratista. Por el contrario, si dicho mercado está muy repartido los rendimientos previsibles son escasos y no compensan los costos asumidos para la expansión abusiva. En cualquier caso, no es necesario que aquél goce de posición de dominio en el mercado descendente. Inicialmente obrará para entrar en él o mejorar su cuota con el objetivo de llegar a ser dominante en un futuro no necesariamente próximo, particularmente si el aquél está regulado, y se refiere a un servicio de interés económico general. En estos casos, los operadores presentes pueden estar sumamente consolidados⁹¹⁴.

barreras de entrada, sus posibilidades de resistir el embite aumentan. Pero todo dependerá de que encuentren un insumo capaz de sustituir al controlado por aquél, lo que hará costosa e insostenible la estrategia de compresión. Ver *DG Competition Paper*; op.cit., párrafo 41 ss

⁹¹² MAZÁK, JAN, Conclusiones a *Teliasonera*, C-52/09, 2 de septiembre de 2010, 41.

⁹¹³ STJUE de 10 de julio de 2014, *Telefónica*, C-295/12 P, STPI, de 30 de noviembre de 2000, *Industrie des Poudres Sphériques*, T-5/97, 178.

⁹¹⁴ La posición de los competidores del operador dominante en el mercado descendente les permitirá resistir el abuso en mayor o menor medida. Si aquélla es fuerte, por su propia actuación o por

Cuarta. Para apreciar los efectos de la compresión de márgenes, no es exigible que el insumo proporcionado por el dominante sea esencial para los competidores en el mercado descendente. La esencialidad es un requisito fundamental en la denegación de suministro y fue aceptado como tal para el estrechamiento de márgenes hasta *TeliaSonera* y, claramente, hasta *Telefónica*. Esta última sentencia establece claramente que el estrechamiento de márgenes constituye una forma autónoma de abuso, diferente de la denegación de suministro, a la que no resultan aplicables los requisitos establecidos en la sentencia *Bronner*; concretamente, el carácter indispensable del insumo⁹¹⁵. Por lo tanto, esta forma de abuso es sancionable incluso cuando el servicio proporcionado por el contratista tenga substitutos cercanos capaces de ocupar su lugar en el proceso creador de los bienes finales. Además, significa que el insumo es usado en proporciones fijas y aparece perfectamente integrado en dicho proceso productivo⁹¹⁶.

Quinta. La compresión sobre los precios mayorista y/o minorista reducirá tanto los márgenes de los competidores que hará insuficientes o inexistentes los beneficios, conduciendo a su salida del mercado descendente. Este requisito distingue al *price squeeze* de otras prácticas discriminatorias sobre mercados conexos, como los precios excesivos, pues cabe que el precio de un insumo sea supracompetitivo pero no impida la entrada o permanencia de sus rivales. Contra la compresión que actúe sobre los precios mayoristas los perjudicados tienen la doble barrera del regulador y de la autoridad de competencia. Cuando recaiga sobre los precios del producto final, sólo les restará la primera vía.

Sexta. La compresión de márgenes deberá tener una duración suficiente como para que su efecto exclusionario se materialice o bien sea altamente probable.

Séptima. Los criterios más comunes para averiguar si concurre la compresión de márgenes han sido definidos para los mercados de telecomunicaciones. Son el ‘test de la

beneficiarse de barreras de entrada, sus posibilidades de resistir el embite aumentan. Pero todo dependerá de que encuentren un insumo capaz de sustituir al controlado por aquél, lo que hará costosa e insostenible la estrategia de compresión. Ver *DG Competition Paper*; op.cit., párrafo 41 ss

⁹¹⁵ *TeliaSonera*, párrafos 56 y 69. *Telefónica*, párrafo 96.

⁹¹⁶ Tampoco rige para el *price squeeze* otra regla clásica de la denegación de suministros: la esencialidad debe afectar a la propia competencia en el mercado descendente. Por ejemplo, un *input* puede ser esencial para una empresa en el mercado descendente pero no para la competencia en éste, porque aquél tiene substitutos próximos intersustituibles y plenamente complementarios en la producción del bien final. Sobre este sentido de la indispensabilidad en la primera doctrina relativa al estrechamiento, ver CROCIONE y VELJANOVSKI, op.cit. pág. 40.

propia capacidad ' y el 'test del competidor razonablemente eficiente'⁹¹⁷. El primero examina si la entidad dominante podría ejecutar la operación económica de forma rentable si tuviera que pagar el precio del insumo que impone a sus rivales aguas abajo. El segundo examina si una empresa razonablemente eficiente («*reasonably efficient test*») que padeciese el estrechamiento de márgenes investigado podría obtener un beneficio normal en el mercado minorista⁹¹⁸.

Las autoridades de competencia han empleado un test derivado del segundo, pero más exigente. Consiste en precisar si un competidor con similar estructura de costes que el operador incumbente puede ser rentable en el mercado o mercados descendentes⁹¹⁹. Para que la compresión sea anticompetitiva es imprescindible que en el mercado descendente los rivales sean tan o más eficientes que el contratista con el que compiten aguas abajo («*as efficient*»)⁹²⁰. El test de la 'igual eficiencia' tiene mayor importancia en la compresión de márgenes que en figuras parecidas (como la predación), en cuanto no sólo se aplica para definir únicamente la conducta abusiva (compresión de márgenes), sino también para demostrar que es potencialmente capaz de provocar efectos anticompetitivos, cuando estos no se han producido (todavía)⁹²¹. Por ende, está íntimamente conectado con el principio de competencia 'conforme a los méritos'. Si el contratista dominante en su mercado sólo es capaz de ofrecer los servicios minoristas a pérdida, esto significa que los competidores que obrasen del mismo modo no pueden ser considerados menos eficientes que aquel⁹²². minoristas

⁹¹⁷ Comisión Europea, *Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones - Marco jurídico, mercados de referencia y principios* (DOCE n° C 265 de 22/08/1998 p. 0002 - 0028).

⁹¹⁸ VELJANOVSKI, CENTO, «Margin squeeze, an overview of EU and national case law», *e-Competitions*: (June 7, 2012). *e-Competitions: Competition Laws Bulletin*, No. 46442, 7 de junio de 2012.

⁹¹⁹ *TeliaSonera*, 124, RCNC, de 8 de febrero de 2012, *Transporte Televisión*, Expte. S/0207/09, pág. 75

⁹²⁰ Sobre la aplicación del concepto de operador con igual grado de eficiencia, ver RCNC, de 8 de febrero de 2012, Expte. S/0207/09, *Transporte Televisión*, pp. 120-124.

⁹²¹ En *TeliaSonera*, el Tribunal de Justicia señaló que «*el efecto no tiene que ser necesariamente concreto, y es suficiente demostrar que hay un efecto anti-competitivo que puede excluir potencialmente a los competidores que son al menos tan eficientes como la empresa dominante, cit. apartado 64., MANDORF, MARTIN, y SAHL, JOHN, «The role of the 'Equally Efficient Competitor' in the Assessment of Abuse of Dominance», Konkurrensverket (Autoridad de Competencia de Suecia), Working Paper Series in Law and Economics 2013:1, mayo, 2013, pp. 10-11.*

⁹²² Paráfrasis de *Deutsche Telekom*, párr. 43.

2. Compresión de márgenes en la contratación pública

Cuando un contratista público verticalmente integrado traslada el poder de mercado (monopolio o posición dominante) de que goza en el mercado ‘ascendente’ (*upstream market*) por la vía de estrechar (*squeeze*) los márgenes de beneficios de sus competidores en el mercado ‘descendente’ (*downstream market*) nos hallamos en presencia de la compresión de márgenes en la contratación pública.

En un momento posterior de este estudio (Capítulo IV, VI, 2.1.2) se analiza como la contratación pública, si bien no es perfectamente identificable con las actividades a las que se aplica normalmente la Regulación, presenta características propias de un sector regulado (por ejemplo, normativa sectorial, condiciones de ejercicio, órgano fiscalizador, control *ex ante*, capacidad de sanción)⁹²³. Es por ello que este estudio aprovechará el amplio desarrollo jurisprudencial del *margin squeeze* en los sectores regulados para construir una teoría de la compresión de márgenes en la contratación pública⁹²⁴.

El *price squeeze*, en cuanto categoría específica del Derecho *antitrust*, se desarrolló antes en los mercados no regulados que en los regulados⁹²⁵. Sin embargo, es ya doctrina común el admitir que los conflictos por estrechamiento de márgenes son congénitos a aquellos sectores liberalizados donde los antiguos monopolistas retienen el control de los mercados de insumos esenciales para la prestación de los servicios a los consumidores finales (mercados ascendentes). Por este motivo, la apertura efectiva a la competencia depende de que el operador clásico ponga dichos elementos a disposición de sus competidores en el mercado descendente.

La virtualidad de la compresión en entornos regulados plantea la cuestión de si la intervención administrativa previa otorga al operador dominante suficiente libertad como para estrechar los márgenes de los competidores de forma tal que los expulse del mercado. Su capacidad para hacerlo parece severamente limitada en la mayoría de los

⁹²³ Ver «El Derecho de la Contratación Pública como Regulación» en Cap. IV. 9.2.1.2.

⁹²⁴ La base y estructura de este epígrafe se encuentra en MIÑO LÓPEZ, ANTONIO, «El abuso de posición de dominio en los mercados de servicios de interés económico general. El caso de la compresión de márgenes («Price Squeeze»), en GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER (Coord.), *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*, Thomson Reuters-Civitas, 2011, págs. 241-283.

⁹²⁵ Así ocurre tanto en el Derecho americano (*Alcoa*, 1945) como en el comunitario, (STPI, de 30 de noviembre de 2000, *Industrie des Poudres Spheriques v. Comm*, T-5/97).

casos, si asumimos que la regulación es correcta y la intervención previa de las autoridades es correctamente ejercida. La concurrencia de ambos presupuestos llevaría a la conclusión de que la compresión no es posible salvo que el mercado ascendente este sujeto a una regulación «muy leve» y poco efectiva.

La capacidad de reacción de las autoridades regulatorias es muy grande, tanto antes como después de la consumación de la conducta anticompetitiva. Una denuncia de los competidores afectados valdría para poner en marcha la maquinaria investigadora y paralizar el acto abusivo. En este contexto, cabe pensar que la dominante carecería del tiempo suficiente para que el estrechamiento sea eficaz, salvo negligencia o inactividad administrativas. Así pues, sólo en presencia de «regulaciones inexistentes o livianas una estrategia de *price squeeze* llega a ser factible»⁹²⁶.

La confianza en el órgano regulado ha dado lugar a dos posiciones contradictorias. Por un lado, la impertinencia de la compresión de márgenes; postura adoptada por el Tribunal Supremo americano en *Linkline*. Por otro, la procedencia de la intervención de las autoridades de competencia y del *margin squeeze* pese a la regulación. La jurisprudencia comunitaria ha defendido esta opción, ya articulando la compresión como otra figura de abuso (posición tradicional) ya considerándola una figura autónoma (posición actual). Si bien la posición tradicional ha sido sustituida por la actual en la jurisprudencia del TJUE, la singularidad de esta última hace desconfiar de su permanencia en el tiempo. Es ciertamente posible que, en un futuro, la doctrina comunitaria se incline a rechazar la especialidad de la compresión de márgenes y a situarla de nuevo en el ámbito de otras conductas abusivas.

2.1. La posición tradicional

En una primera etapa, la compresión de márgenes se definía por la concurrencia de una situación de hecho (relación entre precios del insumo y del producto final) pero no poseía un *nomen iuris* en el Derecho de la Competencia europeo. Hasta 2011, año en el que la STJUE *TeliaSonera* la instaura como tipo abusivo autónomo, cada práctica singular de *margin squeeze* era sancionada como predación, discriminación de precios o

⁹²⁶ CROCIONI y VELJANOVSKI, *op.cit.*, pág.57-58.

denegación de suministro en función de cual de estas tres figuras predominaba en cada caso concreto⁹²⁷.

La doctrina diferenciaba dos tipos de compresión de márgenes en función de su presencia en los mercados regulados⁹²⁸: 1) Ambos mercados –ascendente y descendente- están regulados (*full regulation price squeeze*); 2) Tan sólo el mercado ascendente está regulado (*Wholesale market predatory price squeeze*). Debe añadirse el supuesto en el que el mercado descendente es el único regulado (*discriminatory or refusal price squeeze in retail markets*) y aquel en el que la regulación de uno de los mercados es parcial. En el ámbito de los sectores regulados, esta es la situación planteada en *Deutsche Telekom*⁹²⁹ y en *Wanadoo España/Telefónica*⁹³⁰.

⁹²⁷ El motivo de dedicar un epígrafe extenso a una doctrina jurisprudencial aparentemente superada se encuentra en la falta de consolidación de esta figura. A diferencia de otras más clásicas (predación, denegación de acceso, discriminación, etc.), la propia existencia del *margin squeeze* está en discusión, en gran medida por causa de su desaparición en el derecho estadounidense. Su fundamentación jurídica como figura autónoma ha sido criticada prácticamente desde su inicio (GERADIN, DAMIEN, *Refusal to supply and margin squeeze: A discussion of why the «Telefonica exceptions» are wrong*, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1750226> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1750226> 29 de junio de 2011). En fechas recientes, ha sido promovida la revisión del *margin squeeze* como tipo de predación (GAUDIN, GERMAIN y MANTZARI, DESPOINA, «Margin squeeze. An above-cost predatory pricing approach», *Journal of Competition Law & Economics*, Volumen 12, Número 1, Marzo 2016, 151–179).

⁹²⁸ BOUCKAERT, JAN y VERBOVEN, FRANK, «Price Squeeze in Regulatory Environment», *F. J Regul Econ* (2004) 26: 321. doi:10.1007/s11149-004-7554-3, pp. 327-351.

⁹²⁹ *Deutsche Telekom* sanciona el abuso de posición dominante en que incurre una empresa verticalmente integrada, cuyos precios mayoristas son objeto de regulación *ex ante*, mientras que sus precios minoristas están sujetos a un régimen de *price cap*. La sentencia del Tribunal de Primera Instancia *Deutsche Telekom AG v. Comisión* (T-271/03, de 10 de abril de 2008) resuelve un caso de compresión de márgenes discriminatoria en dos mercados de telecomunicaciones: el mercado mayorista de servicios de acceso a la red local a favor de otras empresas y el minorista de servicio de acceso a dicha red a los consumidores. El primero es un mercado regulado, cuyas tarifas son aprobadas por el regulador en función de los costes de prestación del servicio. El minorista es un mercado regulado a través de un sistema de «cestas» de precios máximos según el tipo de cliente, particular o empresa (*price cap*); pero sólo parcialmente regulado, dado que los operadores podían modificar los precios dentro del marco de máximos. *Deutsche Telekom* (DT) gozaba de posición de dominio en ambos mercados. En el mercado mayorista, además, la normativa le imponía la obligación de suministrar el acceso a la red local a sus competidores en el minorista.

La sentencia ratifica el principio de que en los mercados parcialmente regulados no desaparece la capacidad del operador dominante de obrar de forma competitiva y así evitar el abuso. Si aquél tiene un margen de maniobra, debería haber solicitado al regulado el aumento de sus precios minoristas para terminar con el comportamiento abusivo. La Gran Sala del Tribunal de Justicia confirmó de forma clara esta interpretación en la sentencia *Sot. Lélos kai Sia* (Sentencia de 16 de septiembre de 2008, C-468 y 479/06, acumulados, 62 y siguientes). Así pues, el «margen real de maniobra» asigna al dominante la responsabilidad completa por el comportamiento ilegal y legitima la intervención de la autoridad de competencia. Y ello con independencia de la exigencia de responsabilidad administrativa al regulador. Del mismo modo se pronunció el Tribunal de Justicia en el caso que puso fin a *Deutsche Telekom*, STJUE, de 14 de octubre de 2010, C-280/08, P. Sin embargo, *Telefonica* y *TeliaSonera* representan el cambio de tercio en la posición del TJUE sobre la regulación de la

A pesar de que esta doctrina ha sido ya superada, su estudio tiene interés. La cercanía entre varias figuras otorga a la autoridad de competencia mayor flexibilidad para articular su investigación por la vía de la compresión de márgenes o como otro tipo de abuso, cuando el *price squeeze* no exista como abuso autónomo.

2.1.1. En los mercados completamente regulados (*full regulation price squeeze*).

Imagínese un municipio en el que el ayuntamiento haya adjudicado sendas concesiones de servicios públicos. La primera tiene por objeto la recogida de residuos urbanos (artículo 26.1.a) LBRL); la segunda, el tratamiento de dichos residuos (artículo 26.1.b) LBRL). Las dos se atribuyen a la misma empresa. En ambas, los precios y demás condiciones han sido fijados taxativamente por la entidad contratante. Admítase además que los mercados tienen un ámbito municipal. El único operador presente en el primero es el concesionario; el mercado de tratamiento presenta dos, el concesionario y un competidor privado, que ostenta la posición de dominio sobre el mismo.

Mercado aguas arriba - recogida de residuos - un operador (la concesionaria).

Mercado aguas abajo - tratamiento de residuos - dos operadores (la concesionaria y un rival dominante).

Si el concesionario diseñase una estrategia de compresión de márgenes contra su rival en el mercado descendente habría de fijar un precio de venta del insumo (los residuos) muy superior al que se impone a sí misma en el mercado descendente. Partiendo de unos niveles de eficiencia similares, esta práctica condenaría a su competidor a establecer un precio final mayor y a la consiguiente pérdida de clientes.

compresión de márgenes, hacia su consideración como infracción autónoma del Derecho de la Competencia.

⁹³⁰ DÍEZ ESTELLA, FERNANDO, «El estrechamiento de márgenes en los mercados de telecomunicaciones. Comentario a la Decisión de la Comisión Europea de 4 de julio de 2007, asunto COMP/38.784— Wanadoo España contra Telefónica», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Nº 2, Enero-Junio 2008, pp. 219 ss, (formato LaLeyDigital.com) y MONTERO PASCUAL, JUAN-JOSÉ, «La Decisión de la Comisión Wanadoo contra Telefónica. La compleja relación entre regulación y competencia», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Nº 2, Marzo-Abril 2008, pp. 37 ss, (formato LaLeyDigital.com).

Sin embargo, en el escenario de una regulación contractual completa en los mercados descendente y descendente, el dominante carece de instrumentos para imponer una compresión de márgenes efectiva. Los precios del insumo y del producto final han sido fijados por la norma (ordenanza fiscal). Corresponderá al ente municipal, como entidad reguladora y de contratación, fiscalizar que se respeten las tarifas. De prosperar la compresión de márgenes, la administración municipal habrá omitido su deber de cuidado. En caso de que el Ayuntamiento hubiese autorizado la compresión por la vía de una modificación de tarifas conforme a la ordenanza, será aquel quien incurra en la compresión a la hora de otorgar la autorización. Nos hallamos ante la denominada «compresión de márgenes administrativa» (*regulatory price squeeze*), cuya sanción por la autoridad de la competencia se torna difícil atendiendo a que su origen se halla en la norma reguladora⁹³¹. Así lo entendió en EE.UU., la Corte de Apelaciones para el Primer Circuito en el caso *Town of Concord*⁹³². La pregunta que se hace el tribunal es si la *Sherman Act* prohíbe a una empresa regulada en todos sus mercados solicitar a los reguladores que aprueben precios susceptibles de generar un *margin squeeze*. La Corte parte de que las empresas reguladas no están exentas de la ley antitrust («*no blanket immunity*»). Pero añade que «en la mayoría de los casos» la regulación de precios previene y evita que la compresión de márgenes constituya una práctica exclusionaria en el sentido de la legislación de defensa de la competencia⁹³³.

Aunque una estructura regulatoria eficaz impida la compresión de márgenes, el concesionario dominante podría lograr la exclusión por mecanismos diferentes al precio. Por ejemplo, elevando los costes de producción del insumo, degradando su calidad o aumentando los tiempos de envío al cliente⁹³⁴. Frente a esta práctica, resta al regulador el imponer unos niveles mínimos de calidad o de prestación del servicio,

⁹³¹ BOUCKAERT, JAN y VERBOVEN, FRANK, pp. 13, 28, 29 .De la misma opinión es SOKOL, para quien «*bien entendida, una compresión sólo tiene sentido como una norma de regulación de precios en una industria que ya sujeta a la obligación de negociar y a controles por los reguladores competentes. El intento de aplicar la política de regulación a través de la sección 2 de la Ley Sherman es poco aconsejable, tanto porque no tiene sentido para los tribunales para volver a regular la industrias desreguladas o ligeramente reguladas, y porque los tribunales carecen de la competencia institucional para aplicar el reglamento*» (SOKOL, DANIEL., *Price Squeezes and the Supreme Court*, Antitrust & Competition Policy Blog, 16 de enero de 2008).

⁹³² Corte de Apelaciones para el Primer Circuito, 21 de septiembre de 1990, *Town of concord, et al., plaintiffs, appellees, v. Boston Edison company*, 915 f.2d 17; 59.

⁹³³ Eso no significa que no se aplique la norma antitrust, ni que se aplique con menos fuerza, sino que la aplicación de las normas regulatorias hacen que el price squeeze no sea una conducta exclusionaria y por ello no viole la Sherman Act.. *Town of Concord*, p. 19.

⁹³⁴ ECONOMIDES, NICHOLAS, The incentive for non-price discrimination by an input monopolist, *International Journal of Industrial Organization*, número 16, 1998, págs. 271-284.

exigencia muy difícil de llevar a la práctica en cualquier sector sometido a control administrativo⁹³⁵.

2.1.2. Cuando el único regulado es el mercado ascendente (*Wholesale predatory price squeeze*).

En los sectores cubiertos por la contratación administrativa, en general y en las concesiones de servicios públicos y SIEG en particular, este caso es frecuente, por abarcar, por ejemplo, el sector funerario. Tal como se analiza en el epígrafe 4.7, en ciertos casos los datos obrantes en poder de la autoridad de competencia son susceptibles de ser calificados como precios excesivos, prácticas discriminatorias, denegación de acceso constructiva o compresión de márgenes

Mercado aguas arriba -- contrato administrativo (concesión de servicios de tanatorio).

Mercado aguas abajo -- libre competencia (empresas funerarias).

Cuando el contrato administrativo se celebra en el mercado ascendente y el mercado descendente está abierto a la competencia, el precio del servicio contratado es fijado por la Administración; sin embargo, el precio en el mercado aguas abajo es libre. La compresión de márgenes prosperará si a consecuencia del pinzamiento el precio exigido por el contratista a los consumidores en el mercado aguas es inferior al que pueden cobrar sus competidores.

Ahora bien, la lucha entre empresarios por rebajar el precio es beneficiosa para los consumidores, y por tanto, naturalmente procompetitiva. Por ello, sólo será abusiva cuando no se trate de una competición '*on the merits*'. El umbral del abuso fue situado en la doctrina de los precios predatorios, hablando así de «compresión de márgenes predatoria» (*predatory price squeeze*)⁹³⁶. Ésta tendrá lugar cuando la empresa dominante baja su precio y por lo tanto incurre deliberadamente en pérdidas o renuncia

⁹³⁵ LAFFONT, JEAN y TIROLE, JEAN, *Competition in Telecommunications*, MIT Press, Massachusetts, 2000.

⁹³⁶ La fórmula es «precio final – costes de producción < precio del insumo = compresión de márgenes.

a ganancias en el corto plazo a fin de eliminar o disciplinar a uno o más rivales o para impedir la entrada por uno o varios potenciales rivales, lo que obstaculiza el mantenimiento o el grado de competencia existente en el mercado o el desarrollo de dicha competencia⁹³⁷.

Para conocer si el estrechamiento de márgenes es predatorio ha de seguirse alguno de los *tests* propuestos para la determinación de la predación⁹³⁸. El admitido por el TJUE fue el «test de Areeda y Turner»⁹³⁹. A pesar de la aplicación del test predatorio, la confluencia entre la predación propiamente dicha y la compresión predatoria no es completa. Para que acontezca esta última no es necesario que el dominante SIEG sufra pérdidas en el mercado de producto final ni que, consecuentemente, recupere lo perdido una vez expulsado el competidor, dado que siempre obtendrá beneficios en el mercado SIEG⁹⁴⁰.

2.1.3. Cuando el único regulado es el mercado descendente (*discriminatory or refusal price squeeze in retail markets*)

El estrechamiento de márgenes ‘aguas abajo’ supone que una empresa verticalmente integrada controla un producto o tecnología esenciales para la prestación de un servicio sometido a contratación pública en el mercado descendente. El modelo comprende un mercado ascendente libre, controlado por un operador dominante o monopolístico y un mercado descendente con un contratista o concesionario, y como tal probablemente dominado por un operador.

Situémonos en el sector de los contratos de seguros de vida para el caso de muerte y su relación con los servicios públicos y SIEG de tanatorio. El punto de partida es un

⁹³⁷ STJCE, de 3 de julio de 1991, *AKZO Chemie BV v Commission*, C-62/86 y STPI de 6 de octubre de 1994, *Tetra Pak International SA v Commission* (Tetra Pak II), T-83/91. En la doctrina española cabe citar a HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, FRANCISCO, *Precios predatorios y Derecho Antitrust*, Marcial Pons, Madrid, 1997, 245 págs.

⁹³⁸ Sobre los tests predatorios, ver FISCHER, FRANKLIN, *Economic Analysis and «Bright-Line» Tests*, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 4, N° 1, 2008, págs. 129-153.

⁹³⁹ *France Telecom vs. Comm.*, C-202/07 P, párrafo 8. Dada la dificultad de calcular los costes variables, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea adaptó este test tanto para los precios predatorios como para el pinzamiento de márgenes. La predación existe así «cuando los precios son inferiores a la media de los costes variables permiten presumirse –iuris et de iuris– el carácter eliminatorio de una práctica de precios y, por otra parte, que los precios inferiores a la media de los costes totales pero superiores a la media de los costes variables deben considerarse abusivos cuando se fijan en el marco de un plan destinado a eliminar a un competidor».

⁹⁴⁰ O'DONOGHUE y PADILLA, 2013, cit. pp. 397-398.

mercado ascendente en el que una empresa de seguros goza de posición de dominio sobre el mercado (nacional). El mercado descendente, de carácter local, está formado por dos tanatorios: uno privado, en posición de dominio y un concesionario, en cuyo capital social es mayoritaria la participación de la empresa de seguros dominante.

Mercado aguas arriba --- libre competencia --- seguros de vida. Posición de dominio en el mercado.

Mercado aguas abajo --- Concesión --- servicio --- servicio público de tanatorio. No posición de dominio sobre el mercado.

Dado que el dominante en el mercado del insumo fija unilateralmente su precio, para implementar el estrechamiento le basta con actuar sobre aquél, sin necesidad de ‘tocar’ el del producto final. Para ello impondrá al operador un precio de venta del insumo superior a su coste para el operador dominante. Al vender el insumo por un precio no basado en los costes de producción la empresa verticalmente integrada está discriminando a su competidor frente a sí misma. Por ello, ha sido nominada compresión de márgenes discriminatoria (*discriminatory price squeeze*)⁹⁴¹.

Para decidir si el estrechamiento discriminatorio es ilegal es preciso determinar si los márgenes del mercado minorista del resto de los operadores se sitúan a un nivel suficiente como para que puedan «sobrevivir» en el mercado, y si dicha insuficiencia trae su causa de los precios y/o condiciones que los competidores deben hacer frente para tener acceso al mercado mayorista⁹⁴². Los más usados son el test de la «atribución de costes» (*cost allocation test*) y el test del «competidor suficientemente eficiente» (*reasonably efficient competitor test* o *as efficient competitor test*)⁹⁴³.

⁹⁴¹ La fórmula es «costes de producción + precio del insumo > precio final = estrechamiento de márgenes».

⁹⁴² Resolución de la Comisión en el caso Deutsche Telekom Ag. DOUE L 263/9, 2003, DIÉZ ESTELLA, FERNANDO, FERNÁNDEZ ÁLVAREZ-LABRADOR, MARGARITA, «El estrechamiento de márgenes en los mercados de telecomunicaciones (Comentario a la Decisión de la Comisión Europea de 4 de julio de 2007, Asunto COMP/38.784 – Wanadoo contra Telefónica)», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº. 2, Sección Comentarios a Jurisprudencia, enero-junio 2008.

⁹⁴³ Previstos en la *Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones* (98/C 265/2002).

El test de la «atribución de costes» atiende a los costos del servicio para el operador dominante. Analiza la diferencia entre los costes de acceso al insumo por los competidores y los que pesaría sobre el dominante para prestar ella misma dichos servicios a los consumidores. Si los costes de acceso o mayoristas son superiores a los costes de prestación de los servicios minoristas, se impide a los competidores (incluso a los que son tan eficientes como el dominante) ser rentables, puesto que necesariamente tendrán que ofrecer sus servicios a los consumidores a precios más altos. Además el operador dominante habría sido incapaz de ofrecer su producto o servicio final sin incurrir en pérdidas si hubiese tenido soportar los costes mayoristas que impone a sus competidores⁹⁴⁴. Este es el criterio empleado por la Comisión varias resoluciones y lo fue por el Tribunal de Justicia en *Industrie des Poudres Sphériques*, *Deutsche Telekom* y por el Tribunal General en *TeliaSonera*.

El test del «competidor suficientemente eficiente» utiliza como parámetro los costes en el mercado minorista de un hipotético competidor que sea al menos tan eficiente como el dominante. El objetivo es determinar si aquél podría alcanzar un margen adecuado en el mercado minorista haciendo frente a los precios para obtener acceso y utilizar las infraestructuras del operador tradicional. Si el examen del comportamiento de la empresa dominante conduce a la conclusión de que un rival eficiente puede competir con ella, la Comisión concluía que la conducta no es abusiva. En caso contrario, concluía que tal conducta tiene capacidad de expulsar a los competidores y examinará sus efectos en el mercado⁹⁴⁵. Este test ha sido empleado por la Comisión en *Wanadoo* y *Telefónica* y es el propuesto en las *Orientaciones sobre las prioridades de control en la aplicación del artículo 82 a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes* (2009/C 45/02, párrafo 80).

La compresión de márgenes discriminatoria guarda grandes similitudes con la denegación de suministro. Como peculiaridad, la negativa no opera directamente en la compresión, sino a través del precio mayorista. Pero el objetivo y el resultado serían similares. De hecho, en sus *Orientaciones* la Comisión dio un paso más e incluyó al estrechamiento (en su totalidad) en la categoría de negativa a proveer. La principal consecuencia es someter a aquél a los requisitos de anticompetitividad de éste; es decir, al *test Bronner*. Conforme al mismo, la compresión es abusiva si concurren tres

⁹⁴⁴ Resolución de la Comisión en el caso *Deutsche Telekom Ag*. DOUE L 263/9, 2003.

⁹⁴⁵ *Discussion Paper*, párrafo 66.

requisitos acumulativos: que el insumo sea indispensable (objetivamente necesario) para la producción del SIEG; que el estrechamiento dé lugar a la eliminación (*foreclosure*) de la competencia efectiva en el mercado descendente; y que produzca perjuicios probables para los consumidores⁹⁴⁶.

2.1.4. En los mercados parcialmente regulados

En los tres epígrafes precedentes se estudian sendos ejemplos de *price squeeze* caracterizados por la simplicidad en la imputación de responsabilidades sobre la fijación de los precios. En el mercado regulado (sea el ascendente o el descendente) el protagonismo exclusivo corresponde a la entidad contratante, que fija las tarifas y adopta las medidas preventivas y represivas necesarias para garantizar el cumplimiento de la norma. En el mercado no regulado donde se producen los manejos del operador dominante y sobre él hay que aplicar los tests de compresión para decidir sobre la legalidad del estrechamiento.

Sin embargo, cabe proponer un cuarto y último escenario hipotético en el que se presentase un mercado contractual totalmente regulado por el órgano de contratación (en los documentos contractuales y/o en la ordenanza municipal) y otro sometido a una regulación parcial que no desplaza a la normativa de competencia porque subsiste en la empresa verticalmente integrada una capacidad de actuación bastante como para decidir sobre los precios y otras condiciones de competencia. Por ejemplo, en aquellos casos en los que el pliego de cláusulas administrativas particulares dispone que sea la oferta económica del adjudicatario quien fije las tarifas a abonar por los usuarios del servicio⁹⁴⁷.

En casos como el citado, el contratista o concesionario dominantes gozan de la facultad de establecer - totalmente o en parte- las condiciones de acceso en el mercado aguas abajo. Por ello, tienen ‘margen de maniobra’ suficiente como para decidir actuar de forma competitiva. Les resulta entonces aplicable el principio de responsabilidad

⁹⁴⁶ *Orientaciones*, 75, 81ss. El párrafo 80 ha sido incluido a esta figura en la especie de ‘negativa a proveer constructiva’. Sobre el «*constructive refusal to deal*» ver Conclusiones de *Teliasonera*, C-52/09, párr. 16. Además, FINISH COMPETITION AUTHORITY, *Refusal to deal*, 13 de noviembre de 2009, pág. 1.

⁹⁴⁷ Una previsión idéntica se encuentra en la RTDCCYL, de 13 de febrero de 2017, (Expediente TDC/SAN/1/2017): *denuncia presentada por la empresa funeraria Virgen de la Vega, S.L., contra el Ayuntamiento de Macotera y la empresa funeraria La Luz, S.L.*, Hecho Primero, p. 16.

especial del operador dominante y pueden ser sancionados con arreglo al Derecho de la Competencia.

2.2. La posición actual. *TeliaSonera* y *Telefónica*

La sentencia dictada por el TJUE en el asunto *TeliaSonera* cambia por completo los parámetros determinantes de la compresión de márgenes, elimina la necesidad de que esta figura sea prevista por una norma regulatoria y corrige a las *Orientaciones* de la Comisión en cuanto a la importancia de la indispensabilidad del producto para apreciar la existencia de *margin squeeze*.

En primer lugar, la sentencia funda el carácter autónomo (*stand-alone*) del estrechamiento de márgenes en que su centro de gravedad no radica en los precios del insumo o del producto final, de forma que la infracción no depende de que el primero sea discriminatorio o el segundo predatorio, sino en el margen o diferencia (*spread*) entre ambos. Bastará con examinar la relación entre los precios fijados por el contratista o concesionario. Es decir, la autoridad de defensa de competencia deberá, en primer lugar, precisar el margen existente entre: a) el precio intermedio (del insumo) cobrado por el contratista dominante a sus competidores en el mercado aguas abajo y b) el precio del producto, cobrado por el dominante a los clientes finales en dicho mercado. La ilegalidad se halla en que dicho margen impida a los rivales tan eficientes como la dominante competir con ésta en el mercado minorista, salvo que lo hagan con pérdidas (margen negativo) o con tasas de rentabilidad artificialmente reducidas (margen positivo); estrategias ambas que los sacaran del mercado, produciendo el efecto anticompetitivo (*foreclosure*)⁹⁴⁸.

En segundo lugar, la no exigencia de obligación reglamentaria para que concurra la compresión la basa el Tribunal en el principio general de imputación de responsabilidad por infracción del artículo 102 TFUE: la conducta ha de responder a la libre iniciativa de la empresa. Dicho estándar es graduado con términos tales como «autonomía plena», «comportamiento autónomo» y «margen de maniobra» para fijar o modificar los precios. En todos estos casos, el operador dominante mantiene un mínimo suficiente de capacidad decisoria, por lo que responderá del abuso, exista o no obligación reglamentaria de suministro. De concurrir ésta, sólo valdrá como eximente si

⁹⁴⁸ *TeliaSonera*, 33,34.

la legislación nacional impone la práctica anticompetitiva o crea un marco jurídico que limita por sí mismo cualquier posibilidad de comportamiento anticompetitivo.

Traducido a la contratación pública, lo anterior significa que la indeterminación de los términos de la licitación no exime al contratista de su responsabilidad por compresión de márgenes. A diferencia de la Regulación propiamente dicha, el contratista no es eximido de responsabilidad cuando los términos del contrato lo conducen a ejercitar el pinzamiento de precios. Ello se debe a que el contratista, a diferencia del regulador no está forzado por la normativa a prestar el servicio contratado. Ha decidido libremente presentarse a la licitación y firmar el contrato. De esta autonomía y margen de maniobra se deriva que responda de los actos anticompetitivos en general y de la compresión en particular⁹⁴⁹.

En tercer lugar, el problema de la indispensabilidad del insumo para la actividad en el mercado minorista no es abordado por la sentencia de forma excluyente. No se desecha radicalmente este requisito, sino que se reduce a un problema de prueba. La compresión aplicada a un insumo carente de sustitutos equivalentes y por ello indispensable para que los rivales puedan actuar en el mercado minorista convierte en probable el efecto contrario a la competencia. Si el insumo fuese sustituible, el Tribunal encomienda a la autoridad competente el «asegurarse» de los efectos contrarios a la competencia de la práctica. Lo esencial radica en que al excluir la necesidad de que el insumo sea imprescindible, *TeliaSonera* quiebra las reglas *Bronner* y encuentra un segundo argumento para independizar la compresión de márgenes, ahora concebida una «forma autónoma de abuso diferente de la denegación de suministros». Y lo hace con rotundidad tal como para aseverar que limitar el enjuiciamiento a los criterios *Bronner* reduciría indebidamente el efecto útil del artículo 102 TFUE.

Con todas las reservas que se puedan tener sobre el futuro de la compresión de márgenes como tipo de abuso de posición de dominio (sea autónomo o subsumido), lo cierto es que doctrina *TeliaSonera* fue confirmada por el TJUE en su sentencia

⁹⁴⁹ Es la misma doctrina que el Tribunal de Justicia estableció para la imposición de precios abusivos por concesionarios de servicios públicos y SIEG en su sentencia de 4 de mayo de 1988, *Corinne Bodson contra S.A. Pompes Funebres des Régions Libereés*, Asunto 30/87.

Telefónica⁹⁵⁰. Es por ello la aplicable a los supuestos de estrechamiento de márgenes que se descubran en el ámbito de la contratación pública.

3. Estrechamiento de márgenes por los licitadores y por los contratistas

Los cuatro casos de compresión de márgenes en la contratación pública estudiados (*Transporte Televisión, Telefónica, Genzyme y Nokia*) sancionan conductas ejecutadas con ocasión de licitaciones en las que participarán el infractor y sus competidores. Cuando la práctica compresora se ejecuta en este momento, su objetivo es procurar que aquel sea adjudicatario del contrato. Para ello les exige un precio por el insumo tan elevado que, de aceptarlo, no podrían presentar una oferta viable al procedimiento de contratación. Pero de rechazarlo, habrían de renunciar a participar en la licitación, bien porque el insumo es indispensable *per se* para el producto o servicio final objeto del contrato público bien porque el infractor es su único proveedor.

Conceptualmente, no es descartable que el contratista o concesionario públicos incurran en compresión para excluir a sus rivales en otro mercado, por la vía de estrechar sus márgenes actuando sobre el precio del bien o servicio contratados, que es un insumo esencial o importante para operar en el segundo mercado. Las diferencias entre uno y otro supuesto se resumen en la tabla siguiente:

Tabla XIV. Compresión pre-licitación y post-licitación

	Compresión pre-licitación	Compresión post-licitación
Compresor	Licitador	Contratista
Insumo	Producto necesario/adecuado para presentar la oferta	Producto contratado
Mercado de la compresión	Mercado ajeno al contrato público	Mercado donde opera el contrato público

⁹⁵⁰ STJUE de 10 de julio de 2014, *Telefónica*, C-295/12 P. En su párrafo 75 la sentencia concluye que «la conducta abusiva que se reprocha a las recurrentes, consistente en un estrechamiento de márgenes, constituye una forma autónoma de abuso, diferente de la denegación de suministro, de modo que los criterios establecidos en la sentencia *Bronner* (EU:C:1998:569) no eran de aplicación en el presente asunto (sentencia *TeliaSonera Sverige*, EU:C:2011:83, apartados 55 a 58)».

4. Estrechamiento de márgenes sobre el mismo o sobre productos diferentes

En un epígrafe anterior se ha destacado que el estrechamiento de márgenes requiere que la empresa dominante se halle verticalmente integrada. Esto presupone que existen dos mercados en los que aquella comete el abuso y aprovecha sus efectos, respectivamente (mercados aguas arriba y aguas abajo, ascendente o descendente, *upstream* y *downstream*). En el epígrafe inmediatamente posterior se estudia que el producto presente en dichos mercados puede ser idéntico o diferente. Por ejemplo, un concesionario de tanatorios con intereses en el sector funerario puede aprovechar su dominio en el primer mercado para comprimir los márgenes de sus competidores en el segundo (caso tipo *Tanatorio de Catoira*)⁹⁵¹. Por el contrario, una empresa farmacéutica que ostenta derechos exclusivos de propiedad sobre un medicamento, lo presenta a licitaciones convocadas por el Sistema Nacional de Salud (SNS). Pero también lo vende a otros laboratorios, que lo presentan a las mismas licitaciones que el dominante. El estrechamiento se producirá en el precio de venta del producto a las competidoras, de forma que su oferta económica en las licitaciones sea siempre superior a la de la dominante (caso tipo *Genzyme*)⁹⁵².

Tabla XV. Compresión en productos idénticos o diferentes

Mercado	Producto idéntico (caso tipo <i>Genzyme</i>)	Productos diferentes (caso tipo <i>T. de Catoira</i>)
Aguas arriba	Medicamento (venta a laboratorios)	Servicio de tanatorio
Aguas abajo	Medicamento (licitaciones)	Servicios funerarios

⁹⁵¹ *Tanatorio de Catoira* resuelve un supuesto de discriminación de precios - no de compresión de márgenes- en la contratación pública. Este estudio utiliza repetidamente su estructura para estudiar abusos en mercados conexos.

⁹⁵² La correlación entre mercados ascendente y descendente tiene una gran importancia práctica en los mercados regulados. «En las telecomunicaciones es típico distinguir entre mercados minoristas/aguas arriba, en los que las empresas venden servicios / productos a los usuarios finales, y los mercados mayoristas / aguas abajo en los que venden insumos a otras empresas, que estas emplean para ofrecer servicios a los usuarios finales», OCDE, Competition Committee, *Defining the Relevant Market in Telecommunications. Review of selected OECD countries and Colombia*, 2014, Capítulo II, p. 14».

4.1. El estrechamiento sobre productos diferentes

4.1.1. Durante la licitación: *Transporte Televisión y Nokia*

En su Resolución de 8 de febrero de 2012 (*Transporte Televisión*), la CNC sancionó a la empresa Abertis por haber incurrido en estrechamiento de márgenes en relación a sus centros de la red terrestre de ámbito nacional que son esenciales para poder prestar el servicio de transporte de distribución satelital a las televisiones privadas nacionales y autonómicas en el marco de la TDT; así como para presentarse a los concursos públicos convocados por operadores de televisión públicos nacionales y autonómicos para la prestación de estos servicios de transporte⁹⁵³.

Los mercados afectados son dos, relativos a productos distintos. De un lado, el mercado de la contratación, comprende la prestación de los servicios de transporte de distribución satelital a nivel autonómico (la adquisición de este servicio por las televisiones públicas se hace por la vía de la contratación pública). De otro, el mercado del insumo, referente al arrendamiento de los centros emisores que forman parte de la red terrestre, titularidad de Abertis.

A juicio de la CNC, Abertis gozaba de posición de dominio en los dos mercados y cometió el estrechamiento en ambos⁹⁵⁴. En resumen, la conducta abusiva consistió en que los precios de arrendamiento que Abertis impuso a la empresa denunciante (Astra) para acceder a dichos centros, sumados a los restantes costes, hacían que sus ofertas a los concursos públicos fuesen inviables. Por esta razón, optó por no presentarse al concurso público convocado en 2009 por Aragón Telecom para la contratación del servicio de distribución vía satélite para la Televisión Autonómica de Aragón⁹⁵⁵.

Lo más sorprendente es que en este último caso, Abertis no necesitaba haber incurrido en compresión de márgenes para asegurarse la adjudicación del contrato. La Dirección de Investigación de la CNC sostuvo que la propia redacción y exigencias de los pliegos de condiciones técnicas de estos concursos de Aragón Telecom impedían la adjudicación del contrato a un operador distinto. Dado que la red de centros de emisión que utiliza Aragón Telecom para difundir la señal del múltiple autonómico ya se

⁹⁵³ RCNC, de 8 de febrero de 2012, *Transporte Televisión*, Expte. S/0207/09.

⁹⁵⁴ *Transporte Televisión*, p. 116.

⁹⁵⁵ *Transporte Televisión*, p. 30.

encontraba equipada en gran parte por receptores y parábolas de Abertis orientadas a Hispasat o Eutelsat, la entrada de cualquier otro operador supondría un coste adicional que tendría que sufragar la propia Aragón Telecom⁹⁵⁶.

Por lo demás, *Transporte Televisión* es una resolución ‘canónica’ sobre compresión de márgenes. Sigue de forma fiel la estela de las sentencias comunitarias a la hora de analizar los elementos definitorios del estrechamiento: 1) el carácter complementario de los mercados (F.J. Quinto); 2) la integración vertical de la empresa dominante (F.J. Sexto); 3) el test de estrechamiento, que exige comparar ingresos con costes mayoristas y minoristas (F.J. Séptimo); 4) el test «*as efficient*» relativo al grado de eficiencia de los competidores (F.J. Séptimo); 5) el estándar de costes LRAIC (F.J. Séptimo); 6) margen de maniobra y responsabilidad especial del dominante (F.J. Octavo); y 7) la necesidad de *foreclosure* del mercado (F.J. Octavo)⁹⁵⁷.

En *Nokia*, la CNMC sancionó a la empresa ‘Nokia Solutions and Networks Spain, S.L.’, por haber incurrido en estrechamiento de márgenes contra su competidor en una licitación convocada por ADIF, para adjudicar el contrato que afecta, entre otros, al mantenimiento y renovación de los sistemas de telecomunicaciones móviles GSM-R de la red ferroviaria de alta velocidad. Se presentaron dos uniones temporales de empresas encabezadas, respectivamente, por Nokia y Kapsch⁹⁵⁸. Como requisito para acreditar la solvencia técnica el PPT exigió que cada licitador presentase una carta de compromiso del fabricante de la tecnología por el que garantizase la asistencia y soporte técnico de éste al adjudicatario en caso de que fuese necesario.

Dado que la UTE comandada por Katsch no presentó oferta, ADIF adjudicó el contrato a la encabezada por Nokia. Con posterioridad a la adjudicación, Kapsch formuló denuncia contra Nokia ante la CNMC. Afirmó que los precios mayoristas que Nokia le había ofrecido para concederle el servicio soporte de la red de telecomunicaciones estaban muy por encima de los precios de mercado y eran

⁹⁵⁶ *Transporte Televisión*, p. 88.

⁹⁵⁷ Para que una política de estrechamiento de márgenes constituya un abuso de posición dominante es exigible que la conducta sea objetivamente capaz de expulsar a sus competidores del mercado (haya podido causar tales efectos en el concreto supuesto examinado). Pero no requiere que la exclusión sea absoluta. No es valorable el efecto excluyente cuando los rivales no hayan hecho uso del máximo posible de su capacidad para competir en aquellos mercados en los que confrontan con el dominante. STS 163/2018, de 5 de febrero, Rec. Casación 2808/2015, en relación con la RCNMC de 21 de enero de 2014, Expediente S/0373/11 *CORREOS 2*,

⁹⁵⁸ RCNMC, de 8 de junio de 2017, Expte S/DC/0557/15, *Nokia*.

incompatibles con el presupuesto máximo contemplado en el PPT aportado por la denunciante, lo que, a su juicio, le hubiera provocado un estrechamiento o eliminación de márgenes e, incluso, pérdidas.

La resolución analizó los mercados verticalmente integrados y la situación de Nokia en los mismos⁹⁵⁹. Concluyó que esta empresa gozaba de posición de dominio en los dos y en ambos había incurrido en compresión de márgenes. Los precios impuestos por aquella empresa a su rival para garantizarle el acceso al servicio mayorista soporte y al servicio minorista de mantenimiento de los equipos de radio y core GSM-R - sumados a los restantes costes necesarios para la prestación del servicio- impedían a cualquier empresa igualmente eficiente que la adjudicataria (test «*as efficient*») obtener un margen de ingresos positivos en caso de ser adjudicataria del contrato. Una simple comparación de los costes mayoristas y minoristas con los ingresos condujo a dicha conclusión⁹⁶⁰.

En este caso se ejemplifica como las obligaciones de servicios público conducen a que un operador superdominante logre hacer prosperar comportamientos exclusionarios que producen el cierre efectivo del mercado en licitaciones convocadas por clientes públicos monopsonistas. Adif es prácticamente el único comprador posible en España de las tecnologías GSM-R y tiene la potestad de iniciar los procesos de compra de nuevas instalaciones mediante la convocatoria de las correspondientes licitaciones. Sin embargo, también tiene la obligación de mantener las ya instaladas por su relevancia en el funcionamiento del sistema de comunicación y señalización ferroviario ERTMS. Dada la posición de Nokia en el mercado de instalaciones, la dependencia de ADIF de la tecnología de Nokia es muy alta. La resolución insiste machaconamente en que esta es la única empresa capaz de mantener su equipamiento al nivel exigido por el PPT, bien directamente, bien indirectamente a través de la prestación de soporte mayorista a un tercero.

Por esta razón, el poder negociador y la capacidad de ADIF para disciplinar el comportamiento competitivo de Nokia en el mantenimiento de sus instalaciones GSM-R era limitado. La Sala apuntó incluso que el operador ferroviario carecería de un licitador

⁹⁵⁹ Los mercados son: 1) el mercado de mantenimiento de las instalaciones de telecomunicaciones móviles GSM-R (subsistemas BSS y NSS) en España, y 2) el mercado mayorista de prestación de servicios de apoyo, soporte y suministro de repuestos para el mantenimiento de las instalaciones de telecomunicaciones móviles GSM-R en España de marca Nokia, *Nokia*, p. 43.

⁹⁶⁰ *Nokia*, pp. 45-47.

sustitutivo en el caso de que Nokia decidiese no concurrir a la licitación. Ello pondría en serio riesgo el propio funcionamiento de las líneas de alta velocidad⁹⁶¹.

4.1.2. Tras la adjudicación: los contratos y concesiones de servicios

En un caso de abuso de posición de dominio en un mercado conexo, un mismo comportamiento del contratista o concesionario dominante contra sus competidores en el mercado descendente es susceptible de ser encuadrado en varias modalidades de abuso⁹⁶². Esta pluralidad de soluciones favorece el *forum shopping* por parte de las autoridades de defensa de la competencia a la hora de encauzar la investigación. Dejando aparte los importantes problemas prácticos, la elección entre una u otra es conceptualmente sencilla cuando se plantea entre el precio excesivo, la discriminación de precios y la negativa de acceso constructiva. La autoridad ha de plantearse la política de precios del contratista dominante respecto de sus competidores en el mercado aguas abajo en términos de comparación precios/costes o entre precios diversos (abuso explotativo); la imposición de diferencias de trato injustificadas (discriminación); o el impedimento de sus operaciones comerciales de un tercero (denegación constructiva).

Tras *TeliaSonera*, la imputación de *price squeeze* al contratista dominante exige determinar previamente si la relación (margen) existente entre los precios intermedios y los finales impide competir a sus rivales en el mercado descendente. Si el margen no es constrictivo, no cabe hablar de compresión. El tipo de análisis era diferente antes de dicha sentencia. El estrechamiento era asimilado a otros tipos (precios discriminatorios, predación o denegación constructiva). Bastaba comprobar que en la conducta del contratista se hallaba presente alguno de estos abusos para sancionarla como tal.

⁹⁶¹ «En particular, este mantenimiento es esencial para el buen funcionamiento y seguridad de la red de ADIF, y es económicamente inviable la sustitución inmediata de los equipos de ADIF si NOKIA opta por dejar desiertos los concursos de mantenimiento de sus equipos GSM-R y por no dar servicios de soporte de mantenimiento nivel 2/3 a terceros operadores», Nokia, p. 42.

⁹⁶² Ver en este Capítulo el epígrafe 4.7, «Abuso explotativo, abuso discriminatorio, denegación de acceso constructiva y compresión de márgenes».

4.2. El estrechamiento sobre el mismo producto: *Telefónica* y *Genzyme*

4.2.1. Telefónica

La CNMC recibió un escrito de denuncia de la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones contra Telefónica S.A. (ASTEL) por aplicar una estrategia sistemática de estrechamiento de márgenes con el fin de excluir a sus competidores de las licitaciones convocadas por las Administraciones Públicas para los servicios de comunicaciones electrónicas fijas y, en general, para grandes clientes empresariales⁹⁶³. La principal práctica restrictiva denunciada fue la aplicación de precios muy elevados para servicios mayoristas en los que Telefónica era el único o el principal proveedor y que eran necesarios para prestar los servicios minoristas. Las empresas rivales no podrían competir con Telefónica en las licitaciones de servicios minoristas porque el precio que pagan a aquella por el insumo (los servicios mayoristas) es superior a la oferta económica de Telefónica en las licitaciones.

La resolución parte de la doctrina establecida a nivel comunitario por *TeliaSonera* y en el plano nacional por *Transporte Televisión* sobre la compresión de márgenes. En primer lugar, entiende que Telefónica está presente en dos mercados verticalmente integrados; domina el mayorista y compite en el minorista. En segundo lugar, observa que los servicios mayoristas proporcionados por la dominante son un insumo esencial en el mercado descendente⁹⁶⁴. Al exigir la indispensabilidad del insumo, *Telefónica* parece anclada en la jurisprudencia anterior a *TeliaSonera*.

Lo más característico de *Telefónica* se presenta a la hora de valorar la existencia de abuso de posición de dominio. La CNMC estima que no cabe establecer la existencia de *price squeeze* sin arriesgarse a incurrir en falsos positivos. La razón se encuentra en la imposibilidad de conocer los márgenes entre los precios intermedios impuestos por Telefónica y los precios finales de los mercados minoristas (por ejemplo, las ofertas en las licitaciones). Esto es debido al tipo de empaquetamiento (*bundling*) que todos los operadores hacen de los servicios mayoristas para atraer a sus clientes en el mercado aguas abajo. En primer lugar, los competidores emplean varios servicios mayoristas para hacer sus ofertas a sus clientes empresariales en los mercados aguas abajo. En segundo

⁹⁶³ RCNMC, de 29 de octubre de 2015, *Telefónica*, Expte. S/0409/12

⁹⁶⁴ RCNMC *Telefónica*, F.J. 2º.

lugar, los rivales no comercializan habitualmente los servicios minoristas por separado, sino que los agrupan y les otorgan un precio único. Por último, en las licitaciones públicas los lotes que engloban diferentes servicios minoristas fueron conformados unilateralmente por la Administración contratante⁹⁶⁵.

4.2.2. *Genzyme*

Entre los años 2001 y 2003 la empresa Genzyme poseía el 100% del mercado británico para el suministro de medicamentos destinados al tratamiento de la enfermedad de Gaucher, a través de su producto, *Cerezyne*. El Sistema Nacional de Salud (NHS) es el único cliente en este mercado. Tanto Genzyme como su único competidor participan en los procesos de compra tramitados por el NHS. Este último no ofrece en ellos un medicamento propio, sino *Cerezyne*, previa adquisición a Genzyme.

La empresa competidora presentó una denuncia contra Genzyme ante la OFT por haber incurrido la oferta de la empresa dominante en un doble abuso de posición de dominio⁹⁶⁶. Por una parte, el ‘empaquetamiento de productos’, al ofrecer conjuntamente y por el mismo precio la provisión de *Cerezyne* y el servicio de tratamiento de los pacientes a domicilio con este fármaco. Esta conducta será objeto de análisis en el epígrafe relativo al *bundling*. Por otra, el estrechamiento de márgenes. La OFT analiza los hechos denunciados y observa que los costes de producción de *Cerezyne* son de 2,50 £/unidad. Genzyme ofreció al NHS el paquete [fármaco + servicio a domicilio] por 2,975 £/unidad. Este es exactamente el mismo importe por el que ha vendido *Cerezyne* a su empresa rival.

La oferta de venta que los rivales hacen al NHS tan sólo por el medicamento es igual a la que hace Genzyme por todo el paquete. La OFT concluyó que, dado el monopolio de oferta de Genzyme sobre el fármaco, la fijación de un precio de venta en el mercado mayorista equivalente al precio por el que la dominante ofrecía el paquete conjunto [producto+ servicio] en el mercado minorista impidió a cualquier competidor

⁹⁶⁵ RCNMC *Telefónica*, F.J. 2º.

⁹⁶⁶ OFT, 27 de marzo de 2003, *Genzyme*, CP/0488/01, CAT, 11 de marzo de 2004, Caso nº 1016/1/1/03, [2004] CAT 4, CAT, 15 de noviembre de 2006, Caso nº 1060/5/7/06, [2006] CAT 29.

tener una razonable expectativa de ser adjudicataria del contrato del NHS, incluso aunque sea tan eficiente como Genzyme⁹⁶⁷.

El efecto necesario de la política de precios impulsada por una empresa dominante en un ‘caso tipo Genzyme’ es forzar a sus rivales a competir a pérdida. La consecuencia a medio plazo será su expulsión del mercado y la adquisición del monopolio del mercado minorista por el también monopolista en el mercado ascendente. Ninguna empresa, con independencia de su eficiencia, podría operar en el mercado en estas condiciones. Un operador dominante no puede apelar con éxito a la ausencia de una estrategia exclusionaria en su comportamiento. Está en condiciones de apreciar que el resultado inevitable de su acción es el cierre del mercado para los operadores presentes (expulsión) así como para los futuros⁹⁶⁸.

En tanto mantenga el monopolio sobre el mercado aguas arriba y fije sin limitaciones el precio del insumo, estará en condiciones de forzar a sus rivales a presentar ofertas económicas a las licitaciones por un precio superior a la oferta de la dominante. La estrategia exclusionaria será tanto más exitosa cuanto más importancia tenga el valor ‘precio’ en la puntuación final del procedimiento contractual. El caso extremo será, naturalmente, el de la subasta

Tanto *Telefónica* (CNMC) como *Genzyme* coinciden sustancialmente en dos extremos. Primero, en sus presupuestos de hecho: un operador dominante en el mercado mayorista impone a sus compradores unos precios de venta de un insumo más elevados que su propia oferta económica para las licitaciones públicas en la que aquel y estos compiten. Esto supone que las ofertas de los licitadores serán necesariamente más elevadas que las del dominante. Segundo, en supeditar el abuso a que el insumo sea indispensable para las operaciones económicas de sus rivales aguas abajo. Coinciden así con el segundo de los requisitos previstos por las *Orientaciones* de la Comisión en el año 2009, frente a la posición contraria del TJUE a partir de 2011 (sentencias *TeliaSonera* y *Telefónica*). Por lo demás, sus diferencias son sustanciales. La OFT condujo exitosamente su investigación y declaró la existencia de compresión de márgenes. La CNMC decretó el archivo del expediente al ser incapaz de precisar los márgenes de los precios intermedios y finales sujetos a comparación.

⁹⁶⁷ *Genzyme*, OFT, párrs. 376,377, Competition Appeal Tribunal, párr. 552.

⁹⁶⁸ *Genzyme*, OFT, párr. 378, Competition Appeal Tribunal, párr. 554.

VII. TYING/BUNDLING

1. Concepto y tipos

La vinculación o venta asociada (*tying*) parte de un acuerdo por el que una de las partes impone a la otra la aceptación de una obligación suplementaria carente de conexión con la principal⁹⁶⁹. Este acuerdo es obligatorio para los clientes, quienes sólo adquieren un bien o servicio (producto vinculante) si compran además otro ofrecido por la empresa dominante (producto vinculado). El elemento definitorio de los contratos vinculados radica en la idea de unión forzosa o atadura entre los bienes impuesta por el vendedor, de tal forma que la adquisición del producto vinculado constituya un requisito necesario para la obtención del producto principal⁹⁷⁰. La vinculación puede ser de carácter técnico o contractual. La vinculación técnica se produce cuando el producto vinculante está concebido de tal modo que sólo funciona correctamente con el vinculado (y no con las alternativas ofrecidas por los competidores). La vinculación contractual significa que el cliente que compra el producto vinculante se compromete también a adquirir el producto vinculado (y no las alternativas ofrecidas por los competidores).

Han de concurrir cuatro elementos para que una venta asociada sea considerada abusiva: (1º) el producto vinculante y el vinculado son diferentes; (2º) la empresa afectada ocupa una posición dominante en el mercado del producto vinculante; (3º) dicha empresa no ofrece a los consumidores la posibilidad de obtener el producto vinculante sin el vinculado; (4º) es probable que la vinculación cause el cierre anticompetitivo del mercado del producto vinculado⁹⁷¹. El primer y tercer elementos son los que otorgan a esta figura sus caracteres propios y específicos respecto de otras formas de abuso.

En relación con el primer requisito, el hecho de que los productos sean distintos depende de la demanda de los consumidores (test de la demanda diferenciada). Dos

⁹⁶⁹ HERRERO SUÁREZ, CARMEN, *Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la Competencia*, La Ley, 2006, p. 145.

⁹⁷⁰ VELASCO SAN PEDRO, LUIS-ANTONIO, «Vinculación y negativa a contratar. Reflexiones en torno al caso Microsoft. Sentencia del TPI de 17 de septiembre de 2007 », *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, N° 2, Enero-Junio 2008, pp. 193 ss, (formato LaLeyDigital.com).

⁹⁷¹ STPI de 17 de septiembre de 2007, T-201/04, *Microsoft*, en especial los apartados 842, 859 a 862, 867 y 869; *Orientaciones*, 2009, apartado 50.

productos son distintos si, no existiendo una vinculación o venta por paquetes, un número sustancial de clientes compraría o habría comprado el producto vinculante sin comprar también al mismo proveedor el producto vinculado, lo que haría posible producir de forma independiente tanto el producto vinculante como el vinculado⁹⁷². En relación con el tercero (posibilidad de adquisición separada), el TPI ha subrayado que la expresión «no ofrece a los consumidores la posibilidad de obtener el producto vinculante sin el producto vinculado» se limita a expresar con otras palabras que el concepto de venta asociada presupone que los consumidores se ven obligados, direct o indirectamente, a aceptar «prestaciones suplementarias», como señala el tenor literal del artículo 82 d) TFUE⁹⁷³. Respecto del cuarto requisito (cierre del mercado del producto vinculado), el TPI mostró en *Microsoft* que la vinculación hecha por una empresa verticalmente integrada cierra la competencia en el mercado aguas abajo, impide la entrada en de competidores al mercado aguas arriba y preserva el poder de mercado del dominante⁹⁷⁴. Cierta doctrina extiende la anticompetitividad de esta conducta a aquellos casos en los que no se produce el cierre del mercado, pero la venta vinculada distorsiona el proceso competitivo de forma que perjudica el bienestar de los consumidores, «aunque no dañe a los competidores»⁹⁷⁵.

La venta por paquetes o empaquetamiento (*bundling*) suele hacer referencia a la forma en que la empresa dominante oferta los productos y determina sus precios. Suele diferenciarse entre empaquetamiento puro (*pure bundling*) y mixto (*mixed bundling*). En el caso del empaquetamiento puro los productos sólo se venden conjuntamente en proporciones fijas. En el empaquetamiento mixto, o descuento multiproducto, los productos también se venden por separado, pero la suma de los precios individuales es superior al precio del paquete⁹⁷⁶.

La vinculación es una práctica ubicua en la actividad económica. No obstante, a efectos del derecho de la competencia únicamente se somete a análisis la vinculación de

⁹⁷² *Orientaciones*, 2009, apartado 51. Además del criterio de la demanda existen otros: la perspectiva de los productores (empresas que operan en los mercados afectados); la perspectiva del propio producto; el test de las justificaciones empresariales; y la unión legal entre productos (vinculación debida a derechos de propiedad intelectual). Ver HERRERO SUÁREZ, cit., pp. 159-224.

⁹⁷³ T-201/04, *Microsoft*, apartado 864.

⁹⁷⁴ RIORDAN, MICHAEL H., «Competitive Effects of Vertical Integration» en BUCCIROSSI, PAOLO, *Handbook of Antitrust Economics*, The MIT Press, 2008, p. 157.

⁹⁷⁵ ELHAUGE, EINER, «Tying, bundled discounts, and the death of the single monopoly profit theory», *Harvard Law Review*, Volumen 123, Número 2, Diciembre 2009, p. 421-422.

⁹⁷⁶ *Orientaciones*, párr. 48.

dos o más productos cuando existe una demanda apreciable de estos productos si se ofrecen de forma separada⁹⁷⁷. La acción ante las autoridades de competencia contra el contratista público que incurre en alguna de estas conductas no presenta diferencias respecto de la ejercitada frente a cualquier operador económico. Le será imputable una infracción del artículo 102 e) TFUE o del artículo 2.1.e) LDC. Atendiendo a las *Orientaciones*, la persecución de esta conducta exige que el contratista sea dominante en el mercado vinculante – no necesariamente en el vinculado- y que se cumplan además las siguientes condiciones⁹⁷⁸: i) los productos vinculantes y vinculados son productos distintos⁹⁷⁹, y ii) es probable que la vinculación dé lugar a un cierre anticompetitivo del mercado⁹⁸⁰.

2. La vinculación y el empaquetamiento puros en la contratación pública

El contratista o concesionario ofrece un paquete cerrado e indivisible en el que figuran las obras, suministros o servicios objeto del contrato público, junto con otros no específicamente previstos en los PCAP y PPT (*bundling* o empaquetamiento) o bien supedita la obtención de los primeros a la contratación de los segundos (*tying agreement* o vinculación). La vinculación impuesta por el contratista público presenta dos modalidades, externa e interna. La primera es la descrita en el párrafo precedente (supeditación de los servicios propios del contrato a la adquisición de otros ajenos a él). La segunda hace depender la obtención de unas prestaciones contractuales a la recepción de otros objetos del contrato.

⁹⁷⁷ JIMÉNEZ LATORRE, FERNANDO, «Las prácticas comerciales excluyentes del operador dominante», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Nº 12, Noviembre-Diciembre 2009, pp. 9 ss, (formato LaLeyDigital.com).

⁹⁷⁸ *Orientaciones*, párr. 50, STPI, de 17 de septiembre de 2007, *Microsoft/Comisión*, T-201/04, en especial los apartados 842, 859 a 862, 867 y 869.

⁹⁷⁹ El llamado test de la demanda independiente fue desarrollado por la jurisprudencia comunitaria. A tal efecto, STPI, de 12 de diciembre de 1991, *Hilti*, T-39/89, párr. 67; STPI, de 6 de diciembre de 1994, T-83/91, *Tetra Pak II*, párr. 82, STJCE, de 14 de noviembre de 1996, *Tetra Pak II*, C-333/94 P, párr. 36.

⁹⁸⁰ Algunos autores sostienen que la jurisprudencia comunitaria exige el cierre del mercado como requisito necesario y no sólo probable para que la vinculación y el empaquetamiento sean abusivos. Ver NIKPAY, párrs. 4.495-4.500.

2.1. Definición del objeto del contrato por el poder adjudicador

Las modalidades puras de *tying* y *bundling* son dos conductas abusivas muy poco probables en el contexto del Derecho español de la contratación pública. La razón radica en el diseño legal de los procedimientos de contratación pública. El órgano de contratación goza de la prerrogativa o privilegio exorbitante de definir unilateralmente el objeto del contrato, las condiciones de la licitación, la división en lotes y la composición de dichos lotes. El objeto del contrato ha de ser cierto y determinado y no puede dejarse al albur de los licitadores o del futuro adjudicatario.

En *Telefónica*, la CNMC resolvió una denuncia formulada contra esta empresa por aplicar una estrategia sistemática para excluir a sus competidores de las licitaciones convocadas por las administraciones públicas para los servicios de comunicaciones electrónicas fijas. La práctica principal era la compresión de márgenes. La denuncia también incluía los descuentos selectivos, el empaquetamiento abusivo de servicios y la participación de esta empresa en el diseño de los pliegos de la licitación. La autoridad de competencia examinó con detalle la primera de las conductas citadas y rechazó que Telefónica hubiese incurrido en *price squeeze*.

Respecto de las restantes comportamientos, la CNMC afirma que, «*en el caso de las licitaciones públicas, es la propia administración la que determina de forma unilateral, a través de la configuración de los lotes y la fijación de los criterios de valoración de las ofertas, el tratamiento que se va a dar a las ofertas empaquetadas, por lo que no se puede concluir automáticamente que existen indicios de que Telefónica haya incurrido en empaquetamientos abusivos si oferta simultáneamente múltiples servicios, especialmente teniendo en cuenta que los operadores alternativos suelen ofertar también paquetes de servicios de comunicaciones electrónicas fijos y móviles. Por otra parte, en la medida que cada licitación pública o privada tiene una configuración de servicios distinta y suele fijar un precio máximo, los niveles de precios ofertados por Telefónica son necesariamente distintos y no son por sí mismos indicios de que existan descuentos selectivos abusivos*»⁹⁸¹.

Ahora bien, cabría advertir cuatro situaciones en las que el *bundling/tying* podrían suceder en la contratación pública española. Primera, que el operador dominante ignore por completo la normativa de contratación pública y busque la vinculación o

⁹⁸¹ RCNMC, de 29 de octubre de 2015, *Telefónica*, Expte. S/0409/12, F. J. 2º.

encadenamiento al margen de los procedimientos contractuales. Segunda, que los PCAP hayan autorizado a los licitadores a presentar en sus ofertas el empaquetamiento o condicionamiento de los servicios previstos en los pliegos con otros de su elección. Tercera, que el órgano de contratación imponga la vinculación o el empaquetamiento al adjudicatario del contrato. Cuarta, que el contratista o concesionario, una vez adjudicado el contrato, impusiese el *bundling* o el *tying* contra lo dispuesto en el contrato.

Primera situación. Vinculación o empaquetamiento no previstos por el órgano de contratación.

El operador dominante en el mercado del producto vinculante pretende entrar o consolidarse en el del producto vinculado sin someterse a las reglas y procedimientos de la contratación pública; por ejemplo, a través de la adjudicación directa. Ejemplo de ello es la resolución *José Manuel Pascual Pascual*. La empresa homónima (JMPP) es el único proveedor obligado e inevitable para el Servicio Andaluz de Salud (SAS). Ostenta así el monopolio en el mercado de la prestación de asistencia sanitaria especializada con unidad de urgencias (producto vinculante) en sus hospitales gaditanos de Virgen de las Montañas de Villamartín, Santa María del Puerto de El Puerto de Santa María y Virgen del Camino de Sanlúcar de Barrameda (provincia de Cádiz).

JMPP fue durante muchos años adjudicataria de los servicios de asistencia sanitaria especializada complementaria (productos vinculados) en sus Hospitales de San Rafael de Cádiz, Blanca Paloma en Huelva y Dr. FAC Pascual en Málaga, como consecuencia de conciertos tramitados por procedimiento negociado. En estos servicios, así como en otros, tales como los de Oncohematología, sociosanitarios o psiquiátricos, sí existía competencia.

Una vez agotados los dos primeros años del concierto en el mercado de producto vinculante, JMPP no accedió a prorrogarlos. Cuando finalizó la vigencia de los conciertos en los mercados de productos vinculados, el SAS decidió tramitar estos expedientes de licitación por el procedimiento abierto. JMPP no participó en ninguna de las licitaciones convocadas. Sin embargo, intentó la contratación de estos servicios por otros medios, aun después de haber sido formalizados por el SAS los correspondientes contratos con otras empresas.

El monopolista trata de imponer al SAS un conjunto de condiciones, contractuales y no contractuales, cuyo principal objetivo es vincularlo, limitando al máximo, mediante estas condiciones, las posibilidades de una competencia efectiva en el mercado. Esta estrategia buscaba mantener o reforzar esta posición de dominio en el mercado del producto vinculante y extender o asegurar su posición de dominio en el mercado del producto vinculado⁹⁸².

Segunda situación. Vinculación o empaquetamiento admitidos por el órgano de contratación.

Los licitadores deberán impugnar los pliegos en tiempo y forma para impedir que la vinculación o encadenamiento ‘autorizados’ por la entidad contratante sean efectivos. Si no lo hiciesen, deberán acudir a las autoridades de competencia para denunciar que estas conductas del contratista constituyen abuso de posición de dominio, a pesar de la aquiescencia activa del órgano de contratación. La situación sería similar, *mutatis mutandis*, a *Tanatorio de Catoira*, en el que los documentos contractuales dejaron a las ofertas de los licitadores la concreción de las tarifas que pagarían los usuarios del servicio. La aprobación de la entidad contratante no exime al contratista de responsabilidad *antitrust*. Como es sabido, la doctrina del TJUE, en casos como *Deutsche Telekom*, *TeliaSonera* y *Telefónica*, mantiene la responsabilidad especial del operador dominante cuando las cláusulas legales (en los sectores regulados) respetan su autonomía para decidir si explota efectivamente su posición de dominio. Este principio debe mantenerse respecto de los contratistas públicos. Si bien las cláusulas contractuales consienten los comportamientos exclusionarios, no impiden al dominante ejercitarlos o respetar las normas de competencia.

Tercera situación. Vinculación o empaquetamiento impuestos por el órgano de contratación.

En este caso, cabría entender que la imposición procedente del poder adjudicador libera al contratista público de toda responsabilidad *antitrust*, que se transfiere a aquel. No es esta la posición mantenida por la jurisprudencia comunitaria. Como se estudia en el epígrafe relativo a los precios excesivos, *Corinne Bodson* da a entender que los contratos y concesiones públicas son de suscripción voluntaria para las empresas. Esta conclusión implica que vinculación y empaquetamiento de prestaciones - como

⁹⁸² RCDCA S/01/2018, de 2 de marzo de 2018, *José Manuel Pascual Pascual*, pp. 109, 114, 155-157.

cualquier otra conducta abusiva- son imputables a la empresas, pues esta es plenamente responsable de los contratos que celebra⁹⁸³.

Cuarta situación. Vinculación o empaquetamiento dispuestos por el contratista.

En el cuarto caso, si el contratista o concesionario, una vez adjudicado el contrato, imponen el *bundling* o el *tying* contra lo dispuesto en el contrato, estarían incumpliendo los pliegos de condiciones y el contrato público, dado que establecerían un requisito o condición no prevista en ellos cuya no aceptación privaría a los usuarios del uso de la obra o disfrute del servicio. El efecto necesario sería la resolución del negocio jurídico por causa imputable al contratista. De no estimarse que esta conducta es un motivo de incumplimiento, la vinculación o el empaquetamiento supondrían una modificación del contrato y su validez estaría supeditada a la previa instrucción del procedimiento de modificación por causa no prevista en los pliegos (artículo 205 LCSP). La modificación no sería admisible si el aumento o reducción del importe inicial del contrato, IVA excluido, como consecuencia del *tying/bundling* excediese del 50% de sus precio inicial. En este caso procedería la resolución del contrato (la cuantía se eleva al 50% en el artículo 205.2.a).2º LCSP).

2.2. Genzyme

Entre los años 2001 y 2003 la empresa Genzyme posee el 100% del mercado británico para el suministro de medicamentos destinados al tratamiento de la enfermedad de Gaucher, a través de su producto, *Cerezyme*. El Sistema Nacional de Salud (NHS) es el único cliente en este mercado. Tanto Genzyme como su único competidor participan en los procesos de compra tramitados por el NHS. Este último no ofrece en ellos un medicamento propio, sino *Cerezyme*, previa adquisición a Genzyme.

La empresa competidora presenta una denuncia contra Genzyme ante la OFT por haber incurrido la oferta de la empresa dominante en un doble abuso de posición de dominio⁹⁸⁴. En primer lugar, el ‘empaquetamiento de productos’, al ofrecer conjuntamente y por el mismo precio al NHS la provisión de *Cerezyme* y el servicio de

⁹⁸³ STJCE, de 4 de mayo de 1988, *Corinne Bodson contra S.A. Pompes Funebres des Regions Libereés*, Asunto 30/87.

⁹⁸⁴ OFT, 27 de marzo de 2003, *Genzyme*, CP/0488/01, párrs 302 ss., CAT, 11 de marzo de 2004, Caso nº 1016/1/1/03, [2004] CAT 4, párrs. 527 ss.

tratamiento de los pacientes a domicilio con este fármaco. En segundo lugar, el estrechamiento de márgenes. Esta última conducta es objeto de análisis en su correspondiente epígrafe.

En relación al primer tipo de abuso, el precio que el Sistema Nacional de Salud británico (NHS) ha de pagar a Genzyme por el medicamento (Cerezyme) incluye además los servicios de cuidado domiciliario a los pacientes. El abuso consiste en imponer al NHS adquisición de estos últimos como condición para la venta del medicamento. Esta práctica convierte a Genzyme en un socio comercial obligatorio del NHS y cierra (*forecloses*) la posibilidad de que este acuda a otros prestadores del servicio a domicilio. De hecho, la OFT aclara que el rival de Genzyme que realizaba este servicio durante el procedimiento sancionador lo hacía a pérdida, a la espera de su resultado. La conducta de Genzyme tiene efectos abusivos en todos los niveles. Aguas abajo, incurre en un empaquetamiento exclusionario hacia sus competidores. Además, explota de forma abusiva a su cliente (el NHS) y a los pacientes. Ambos se ven privados de toda posibilidad de elección respecto de los proveedores de los servicios de cuidado a domicilio. Aguas arriba, impone barreras de entrada inaccesibles a sus competidores, que no podrán acceder al mercado del medicamento, cuyo monopolio corresponde a Genzyme.

Genzyme revela un modelo de contratación pública más propia de las relaciones jurídico-privadas. A diferencia del sistema continental, la definición de los elementos esenciales del contrato no se atribuye en exclusiva al órgano de contratación. Por el contrario, se observa como el operador dominante es capaz de definir el ámbito y la extensión del contrato. Ello le permite extender su monopolio sobre el mercado ascendente (medicamento) hacia el mercado aguas abajo (asistencia domiciliaria). El monopsonio del NHS no es capaz de contrarrestar el poder de mercado del monopolista. Al adjudicarle el contrato, debe ‘aquietarse’ ante sus prácticas vinculadas, sin más remedio que acudir ante la autoridad de defensa de la competencia.

3. El empaquetamiento mixto en la contratación pública

El empaquetamiento mixto (*mixed bundling*), descuento multi-producto (*multi-product rebates*) o acumulación de descuentos (*bundled discounting*), se define

comúnmente como el ofrecimiento de descuentos o rebajas por la compra conjunta de dos o más productos o servicios diferentes⁹⁸⁵. A diferencia del empaquetamiento y de la vinculación puros, los acuerdos de descuento no impiden la compra de los productos individuales por separado, aunque el precio agregado de los componentes individuales suele ser superior al precio del paquete⁹⁸⁶.

En la contratación pública, el empaquetamiento mixto supone que el contratista o concesionario público ofrece al destinatario- sea el poder adjudicador sea el usuario - la opción de: a) adquirir un paquete formado por el bien o servicio objeto del contrato público (producto principal) más otros ajenos a él (productos accesorios); o b) comprar por separado ambos productos.

Por ejemplo, un pequeño ayuntamiento celebra un procedimiento de contratación para adjudicar el contrato -o concesión- de servicios de tanatorio municipal. El adjudicatario es una empresa funeraria que compite con otras en la venta de adornos florales, féretros y transporte funerario en un mercado atomizado. El contrato público obliga al adjudicatario a realizar estrictamente las actividades en las que consiste el servicio público. Las condiciones de prestación y las tarifas están fijadas en los pliegos del procedimiento y son conocidas por los usuarios finales del servicio. Gracias al contrato, el adjudicatario adquiere una posición de (super-)dominio o de monopolio en el mercado de tanatorios correspondiente a dicho municipio.

El nuevo contratista público ofrece a los usuarios del servicio de tanatorio dos opciones de compra. La primera, adquirir un paquete formado por dichos servicios y por los productos antes citados («accesorios» del servicio público). La segunda, adquirir el servicio público y los productos accesorios por separado. En este segundo caso, el precio de cada uno de los productos accesorios - y el de la suma de los mismos- es superior al que tendrían si el usuario opta por la compra del paquete global.

⁹⁸⁵ ICN, *Report on Tying and Bundled Discounting*, The Unilateral Conduct Working Group, 8ª Conferencia Anual del ICN, Zurich, Suiza, junio 2009, pp. 3 y5.

⁹⁸⁶ El uso de la palabra «descuento» ligado a la vinculación mixta parece dar la impresión de que esta figura conlleva automáticamente reducciones de precios en favor de los clientes de contratistas y concesionarios públicos (descuento absoluto). En realidad, tan sólo significa que el precio del paquete es inferior al de la suma de los productos separados (descuento relativo). Ver ELHAUGE, EINER, «Tying, bundled discounts, and the death of the single monopoly profit theory», *Harvard Law Review*, Volumen 123, Número 2, Diciembre 2009, p. 450.

En el ejemplo descrito, el adjudicatario no impone a los usuarios la adquisición del paquete (*bundling* puro) ni supedita la obtención del servicio público a la compra de los productos accesorios (*tying* puro). Opta por el empaquetamiento mixto, seguramente con la finalidad de trasladar su poder sobre el mercado principal (servicio de tanatorio) a los mercados de productos accesorios, de por sí susceptibles de contratación independiente. Esta opción concede libertad a los usuarios del mercado principal para que se conviertan en clientes de sus competidores en los mercados conexos. Por ello, y a diferencia de la vinculación y del empaquetamiento puro, el *bundling* mixto no es descartable en la contratación pública. No contraría la normativa de contratación pública ni incurre necesariamente en abuso de posición de dominio. La obligatoriedad contractual es sustituida por la atracción de los precios más bajos. Por ello, la llave del carácter anticompetitivo del encadenamiento mixto radicará en el nivel de los precios fijados por el contratista para los productos accesorios incluidos en el paquete.

3.1. Productos separados

A la hora de aplicar el criterio de los productos separados (*Two-product tests*), la doctrina general afirma que dos productos son distintos si, no existiendo una vinculación o venta por paquetes, un número sustancial de clientes compraría o habría comprado el producto vinculante sin comprar también al mismo proveedor el producto vinculado, lo que haría posible producir de forma independiente tanto el producto vinculante como el vinculado⁹⁸⁷. El criterio es, por lo tanto, el de la demanda independiente para cada producto. No se atiende a las dimensiones del mercado de oferta ni a las características del producto⁹⁸⁸.

Este test tiene una variante singular cuando el empaquetamiento mixto se produce en la ejecución de un contrato público. Son los pliegos del procedimiento y, en su caso

⁹⁸⁷ *Microsoft I*, apartados 917, 921 y 922. En sus *Orientaciones*, la Comisión explica que «*las pruebas de que dos productos son distintos pueden consistir en pruebas directas de que, pudiendo elegir, los clientes compran por separado el producto vinculante y el vinculado a fuentes de suministro distintas, o en pruebas indirectas tales como la presencia en el mercado de empresas especializadas en la fabricación o venta del producto vinculado sin el producto vinculante o de cada uno de los productos vendidos en un paquete por la empresa dominante, o pruebas que indiquen que las empresas con poco poder de mercado, especialmente en mercados competitivos, tienden a no vincular o vender por paquetes estos productos*».

⁹⁸⁸ En la práctica, las jurisdicciones nacionales utilizan también criterios prácticos alejados de la extensión del mercado de demanda. Por ejemplo, la costumbre de cada industria o las posibilidades técnicas de separar los productos o de venderlos conjuntamente. Ver ICN, *Report on Tying and Bundled Discounting*, p. 11.

el texto contractual, quienes definen y precisan el producto principal, que el contratista está obligado a ofrecer a los destinatarios en los términos establecidos por aquellos documentos. La misma celebración de un procedimiento de contratación pública manifiesta la existencia de una demanda específica para los integrantes del paquete destinados al servicio público. El adjudicatario ofrece los productos accesorios conjuntamente con estos o por separado. Esta es una decisión que toma como empresario, no como contratista público.

3.2. Coerción económica y tests de anticompetitividad

En principio, el carácter voluntario de los descuentos multi-producto impide que el contratista público imponga de manera formal la compra global a su contraparte a modo de cláusula de adhesión. No cabe, pues, la coerción contractual para lograr la adquisición conjunta del paquete. El elemento de convicción para conseguir tal objetivo es la minoración del precio global frente a la suma de precios individuales. La reducción está supeditada a la compra de todo el paquete por la entidad contratante o por el usuario final. Ambos elementos (descuento en el precio y adquisición conjunta) son inescindibles, de modo que dichos clientes no se beneficiarán de la primera si no optan por la segunda. Esta ‘imposición por propia elección’ ha sido denominada coerción indirecta⁹⁸⁹.

La vinculación coercitiva *strictu sensu* se caracteriza por privar a los destinatarios de toda opción de adquisición del producto principal sin el producto vinculado⁹⁹⁰. Por lo tanto, la vinculación indirecta no equivale a coerción propiamente dicha ni determina la ilegalidad de la conducta. El empaquetamiento mixto opera por medio de incentivos o estímulos. El precio actúa como cebo. A los efectos de conocer su carácter anticompetitivo la figura estudiada es apenas un ‘cascarón’. Los tipos abusivos más cercanos son los descuentos y los precios predatorios. En concreto, estos últimos. Aunque la fidelización de los clientes juega un papel relevante a la hora de conformar estos contratos, la finalidad del contratista público dominante es ofrecer un descuento lo suficientemente significativo como para atraer el mayor número posible de aquellos y alejarlos de sus competidores. Un descuento multiproducto puede ser contrario a la competencia en el mercado vinculado o en el vinculante si es tan grande que los

⁹⁸⁹ O’DONOGUE y PADILLA, 2013, *cit.*, p. 635.

⁹⁹⁰ Decisión de 24 de marzo de 2004, COMP/C-3/37.792-*Microsoft*, párrafos 826 ss.

competidores con igual grado de eficiencia que sólo ofertan una parte de los componentes no pueden competir contra el paquete objeto del descuento⁹⁹¹.

Es por ello que tanto el *Discussion Paper* como las *Orientaciones* optaron por el test de la predación implícita⁹⁹². Este apunta la presencia de ‘coerción económica’ en función del precio implícito del bien accesorio vendido como parte del paquete. La autoridad de competencia ha de determinar cuál es el nivel de precios del producto accesorio que hace inviable que los rivales del contratista público tan o más eficientes que él ofrezcan una alternativa competitiva. Cuando el precio del componente accesorio supera dicho nivel, los clientes estarán en condiciones objetivas de optar por adquirir todo el paquete o bien comprar por separado el producto principal (al contratista público) y el accesorio (a sus competidores). Por el contrario, si el precio implícito es inferior a dicho nivel o es negativo, los precios de los productos competidores equivalentes al accesorio serán inevitablemente más elevados. En ese caso, el comportamiento racional del órgano de contratación o de los usuarios será adquirir el paquete ofrecido por el contratista público, lo que puede conducir al cierre del mercado a sus rivales⁹⁹³.

El criterio de anticompetitividad es el coste incremental a largo plazo (CILP). Si el precio impuesto por el contratista público dominante cubre el CILP para cada uno de los productos incluidos en el paquete, no será considerado como exclusionario, salvo en circunstancias excepcionales⁹⁹⁴. En caso contrario, es posible que el contratista dominante esté empleando los descuentos por compra conjunta a modo de práctica predatoria - implícita- para impedir que rivales tan o más eficientes afecten a su cuota de mercado en el producto accesorio⁹⁹⁵.

Si las pruebas indican que los competidores del contratista público están vendiendo paquetes idénticos, o que podrían hacerlo sin que los costes adicionales

⁹⁹¹ *Orientaciones*, párr. 59.

⁹⁹² Comisión Europea, Dirección General de Competencia de la Comisión (DGComp.) *Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Diciembre, 2005, párr. 183ss.

⁹⁹³ O'DONOGUE y PADILLA, 2013, cit., pp. 639-642, resume y estudia la posición de la Comisión sobre este extremo.

⁹⁹⁴ *Orientaciones*, párr. 60, *Discussion paper*, p. 190.

⁹⁹⁵ Para un análisis del «empaquetamiento exclusionario» en función de los costes incrementales a largo plazo, ver NALEBUFF, BARRY, «Exclusionary Bundling», *The Antitrust Bulletin*, Volumen 50, nº 3, otoño 2005, pp. 328-343. En el mismo artículo, el autor explica las diferencias de la vinculación/empaquetamiento con los precios predatorios, pp. 322 ss.

fuesen disuasorios, las *Orientaciones* señalan que generalmente se trata de una competencia entre paquetes. En este caso, la pregunta pertinente no es si los ingresos incrementales cubren los costes incrementales de cada producto del paquete, sino más bien si el precio del paquete en su conjunto es predatorio⁹⁹⁶.

El test de la predación (implícita) en el empaquetamiento mixto se sustenta en otros dos, aplicados de forma sucesiva. En primer lugar, el «*as efficient competitor test*» articula la valoración (cualitativa) de la eficiencia de aquellos competidores que venden un sustituto del producto accesorio al ofrecido dentro de un paquete por el contratista dominante. Tan sólo los rivales tan o más eficientes que aquel serán tenidos en cuenta a la hora de valorar la anticompetitividad del descuento multi-producto y su capacidad para cerrar el mercado. En segundo lugar, el test predatorio, examina si los precios incrementales cubren los costes incrementales de cada producto del paquete del contratista dominante⁹⁹⁷.

Ambos test secundarios han sido discutidos desde perspectivas muy diferentes. En primer lugar, el efecto excluyente que ocasiona el empaquetamiento mixto en casos como el del contratista público ha conducido a proponer cambiar el test del competidor más eficiente por el más moderado del ‘competidor razonablemente eficiente’ (*reasonably competitor test*). La finalidad es la de proteger a los rivales del dominante que por ser más pequeños o vender únicamente el producto accesorio precisan de un margen temporal hasta que puedan expandirse y alcanzar las economías de escala o de gama para competir con aquel en igualdad de condiciones⁹⁹⁸. La protección directa a competidores no ineficientes no parece muy conforme a los objetivos últimos del Derecho de la Competencia ni es la mejor solución para los usuarios finales del servicio. Nada garantiza que los rivales mejoren sus niveles de eficiencia. Bien podrían adaptarse al

⁹⁹⁶ *Orientaciones*, párr. 61.

⁹⁹⁷ «(...) lo ideal sería que el efecto del descuento pudiera evaluarse examinando si los ingresos incrementales cubren los costes incrementales de cada producto del paquete de la empresa dominante. Sin embargo, en la práctica la evaluación de los ingresos incrementales es compleja. Así pues, en su práctica de control, en la mayor parte de las situaciones la Comisión utilizará el precio incremental como sustituto adecuado». *Orientaciones*, párr. 61.

⁹⁹⁸ COSCELLI, ANDREA y EDWARDS, GEOFF, «Efficiency and anticompetitive effects of tying», en EHLERMANN, CLAUS, MARQUIS, MEL (eds.), *European Competition Law Annual, 2007. A Reformed Approach to Article 82 EC*, Oxford & Portland, 2008, p. 413.

nuevo nivel de protección moderada y llegar a una *entente cordiale*, tácita o expresa, con el contratista público.

Una opción radicalmente diferente considera que el *bundling* mixto puede ser favorable para los consumidores aun cuando vaya en perjuicio de rivales más eficientes que el dominante. El operador dominante explota una operación comercial sobre la base de su correcta comprensión de la demanda de los consumidores. Con ello, genera economías de gama (*economies of scope*) y la eficiencia asignativa. También en este caso, la valoración de los fines del Derecho de la Competencia tendrá un papel relevante a la hora de decidir sobre la legalidad de esta conducta⁹⁹⁹. Sin embargo, esta interpretación no es extravagante en el ámbito de la contratación pública. Dado que no está en manos del contratista modificar los precios y condiciones del servicio público (producto principal), cualquier tentativa de explotar a sus clientes recaería sobre el mercado del producto accesorio, el cual está abierto a la competencia. Salvo que las barreras de entrada al mismo fuesen muy elevadas, esta acción abriría la puerta a otros operadores. Ello tendría para el contratista pública un efecto reversionario del recién adquirido poder de mercado.

En el ejemplo arriba descrito sobre el funcionamiento de un empaquetamiento mixto en un contrato de servicios públicos y SIEG, la autoridad de competencia deberá conocer la eficiencia de los competidores en los mercados de productos accesorios (flores, féretros, etc.). En segundo lugar, comparará los precios y los costes incrementales de dichos accesorios cuando forman parte del paquete ofrecido por el contratista público. Si el resultado hace inviable toda competencia en el mercado aguas abajo, aunque sea eficiente, y cierra el mercado, la conducta será abusiva, a la espera de examinar la existencia de justificaciones objetivas o de eficiencias.

En ocasiones, el texto de las resoluciones no refleja si dicha investigación ha sido realizada. En 2014, *Tanatorios de Huelva, S.L.*, decidió sobre una denuncia que imputaba a esta empresa varias conductas abusivas (denegación de acceso,

⁹⁹⁹ VICKERS, JOHN, Intervención en «Session Two: a reformed approach to exclude conduct. Panel Three. Part One: Appreciability: when can it be said that a rebate programme causes significant anticompetitive foreclosure?. Discussion. Part One», *European Competition Law Annual, 2007. A Reformed Approach to Article 82 EC*, Oxford & Portland, 2008, p. 269.

discriminación de precios, descuentos indebidos, empaquetamiento de precios). Aunque la resolución sancionadora se pronunció exclusivamente sobre la existencia de discriminación, trata de forma breve el tipo de empaquetamiento diseñado por la dominante. Afirma el Consejo que se ha evidenciado que la denunciada aplicó precios distintos para el mismo servicio de velatorio, distinguiendo entre las funerarias que únicamente contrataban el servicio de vela y las compañías aseguradoras que lo contratan conjuntamente con el resto de los servicios funerarios (suministro del féretro o urna, enferetramiento, traslado en coches fúnebres, tramitación administrativa, servicios complementarios, etc.), en perjuicio de las primeras. Más específicamente, la denunciada, mediante la realización de una práctica de vinculación o venta de dos o más servicios de forma conjunta, aplicó a las compañías aseguradoras un precio significativamente más bajo que el facturado a las funerarias que contrataban el mismo servicio de alquiler de sala velatorio en el Tanatorio de Aracena para ofrecerlo a sus clientes respectivos¹⁰⁰⁰.

Por los datos ofrecidos, *Tanatorios de Huelva, S.L.*, es un caso de *bundling* mixto imputado a esta empresa. Como tal, goza de la presunción *iuris tantum* de no incurrir en abuso. Pero no parece que se haya practicado el test de la predación implícita - o cualquier otro- o se observó claramente que la investigación ofrecía un claro desmentido sobre este punto.

VIII. PRÁCTICAS PREDATORIAS Y DESLEALES EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

1. Aplicación del Derecho de la contratación pública y conductas abusivas

La titularidad de los servicios públicos corresponde en exclusiva a las Administraciones públicas. Su gestión es, pues, tanto una competencia como una obligación para ellas. En particular, para las entidades locales, que en unos casos pueden (artículo 25 LBRL) y en otros deben (artículo 26 LBRL) asumir su prestación.

¹⁰⁰⁰ *Tanatorios de Huelva, S.L.*, p. 19

No cabe a las Administraciones públicas renunciar a la titularidad y competencia sobre los servicios públicos y SIEG; pero sí elegir entre las diferentes formas de gestión (artículo 8 LRJSP 40/2015). Concretamente, pueden optar por su gestión directa o indirecta. La primera significa que es la propia administración la encargada de prestar el servicio, ya sea a través de sus servicios ordinarios o «en línea», ya mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, o de sociedades de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.

La gestión indirecta se articula a través del contrato o concesión de servicios (tradicionalmente, un contrato de gestión de servicios públicos). Puede definirse como aquel contrato público en cuya virtud una Administración Pública (o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, en el ámbito sanitario), encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante. De las modalidades tradicionales, la más utilizada es la de concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura. En ciertos sectores (sanitario) es usual el concierto con una persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate. Menos habitual es la creación de empresas mixtas, en cuyo capital participen la administración titular y un operador privado. Por su parte, la gestión interesada tiene un papel marginal.

Por su propia naturaleza, objeto y destinatarios, los servicios públicos y los SIEG presentan una gran demanda social. Tanto en una como en otra vía - directa o indirecta- las Administraciones tienden a facilitar su acceso a sus destinatarios. Por ello, no es extraño que establezcan su gratuidad o fijen unos precios muy bajos. Cuando los precios o tarifas son inferiores a los de la oferta privada - en particular, cuando son inferiores a costes- surgen dudas de su conciliación con los artículos 2 y 3 LDC. Cabe sintetizar la problemática en un caso tipo-centros deportivos:

Una administración pública - generalmente, un municipio- ofrece al conjunto de los vecinos la posibilidad de realizar actividades deportivas o culturales, en instalaciones públicas o privadas, de forma gratuita o por un precio inferior al exigido por los operadores privados (y, por lo tanto, presumiblemente por debajo de su coste de prestación). En unos casos, la administración se encarga de la prestación directa del servicio; en otros esta

es asumida por una empresa adjudicataria del contrato de gestión de servicios públicos y SIEG. Ante el desplazamiento real o posible de usuarios, los ‘competidores’ acuden a la autoridad de defensa de la competencia para denunciar que sus ‘competidores públicos’ (*sic*) incurrir en comportamientos predatorios y/o en falseamientos de la libre competencia por actos desleales a la hora de fijar los precios y/o condiciones de acceso a las actividades.

La situación descrita - que admite múltiples variantes en la práctica- plantea dos problemas para el Derecho de la Competencia: la eventual existencia de prácticas anticompetitivas en la prestación de servicios públicos y SIEG; y la asignación de la responsabilidad *antitrust* por dichas prácticas al contratista y, en su caso, a la administración pública titular del servicio.

En los epígrafes siguientes serán objeto de estudio y de crítica la doctrina de las autoridades de competencia españolas relativa al carácter no anticompetitivo de ciertos servicios gestionados de forma directa o a través de contratos públicos y objeto de denuncias por precios predatorios o competencia desleal.

Existen otros muchos supuestos de abuso de posición de dominio en los contratos administrativos celebrados para la gestión indirecta de servicios y prestaciones públicas. Un caso recurrente es el de los comportamientos abusivos cometidos por los concesionarios de servicios mortuorios. Los problemas que plantean son los propios de prácticas como la denegación injustificada de acceso, la discriminación de precios u otras condiciones comerciales o los precios excesivos. Su estudio se remite a los epígrafes correspondientes a estas materias.

2. La negativa de las autoridades de competencia a admitir abusos predatorios

Las entidades públicas o los contratistas que prestan servicios públicos y SIEG son acusados de forma reiterada de imponer precios predatorios o incurrir en prácticas

desleales cualificadas¹⁰⁰¹. Se les achaca el emplear su poder monopolístico y los recursos generados por el servicio público para entrar en mercados comerciales por la vía de reducir los precios cobrados por sus competidores privados. Hasta la fecha, con una única excepción, la autoridad nacional y las autoridades autonómicas de defensa de la competencia han rechazado todas y cada una de las denuncias formuladas por operadores privados basadas en que la prestación de servicios y actividades públicas por un precio excesivamente reducido supone la infracción de los artículos 2 y 3 LDC. La forma de gestión del servicio (directa o indirecta) no ha supuesto diferencias en los motivos empleados por los denunciantes ni en las respuestas de los órganos de competencia. A la misma conclusión han llegado los órganos judiciales civiles y contencioso-administrativos.

Esta doctrina unánime ha tenido dos consecuencias. Desde una perspectiva jurídica, ha motivado que múltiples actividades económicas gestionadas directa o indirectamente por las entidades públicas hayan quedado exentas de la aplicación del derecho de la competencia. Desde un punto de vista práctico, y a tenor de muchas denuncias, la participación pública en los sectores enjuiciados parece haber influido directamente en la desaparición o reducción de los operadores económicos privados presentes en el mismo mercado, incapaces de competir con los precios y condiciones ofrecidos por el ente público o por su contratista o concesionario¹⁰⁰².

La respuesta procedente de las autoridades de competencia han ido variando a lo largo de los años. En un primer momento, el rechazo a declarar el carácter anticompetitivo de estas prácticas se basó en la naturaleza y finalidades de las actividades o servicios y en la condición pública de sus titulares, tal como vienen reconocidas en la Constitución de 1978. Con el tiempo, las resoluciones priorizaron los argumentos específicos del derecho de la competencia. Las más modernas, por último han elevado considerablemente el nivel técnico respecto de las precedentes. Curiosamente, han sido dictadas o instruidas por autoridades autonómicas de la competencia en asuntos no relacionados con actividades deportivas. Un estudio

¹⁰⁰¹ BUENDÍA SIERRA, JOSÉ-LUIS, «Exclusive or special rights under Article 106 TFUE: An overview of EU and national case law», *e-Competitions*, N° 44436, www.concurrences.com, p. 22.

¹⁰⁰² El trasvase masivo de clientes a los operadores públicos o a los concesionarios y la consiguiente merma de la competencia proveniente de los operadores privados (*foreclosure*) no es una consecuencia universal e inevitable. Algunas resoluciones destacan la situación contraria (ver epígrafe X.2.4).

sistemático de las resoluciones permite observar dicha evolución. Aunque toda clasificación presenta un carácter arbitrario, cabe diferenciar tres etapas:

1. Primera etapa: la naturaleza y finalidad del servicio público excluye la relación competitiva con los operadores privados.
2. Segunda etapa: al argumento anterior se suma el análisis de las conductas desde la perspectiva del Derecho de la Competencia.
3. Tercera etapa: el examen competitivo de las conductas adquiere carácter prioritario o exclusivo en el razonamiento de las autoridades de competencia.

En el siguiente cuadro sinóptico se observan las características esenciales de las resoluciones dictadas en cada una de las etapas. Obsérvese que la última de las decisiones citadas rompe la regla y declara el carácter abusivo de la prestación.

Tabla XVI. Conductas predatorias y desleales en casos tipo-centros deportivos

Expediente	Autoridad	Sector	Actividad	Forma de gestión	Infracción	Etapas	Abuso C. desleal
TDC 477/01	Centros Deport. Almazora	Centros deportiv.	Servicio público	Directa	No	1ª	Arts 6, 7 LDC, 17 LCD
TDC 493/01	Centros Deport. Almazora II	Centros deportiv.	Servicio público	Directa	No	1ª	Arts 6, 7 LDC, 17 LCD
TDC 554/03	Centros Deport. Castellón	Centros deportiv.	Servicio público	Directa	No	1ª	Arts 6, 7 LDC, 17 LCD
TDC 572/03	Serv. Deport. Logroño	Centros deportiv.	Servicio público	Directa	No	2ª	
TDC 592/03	Centros Deport. Castellón	Centros deportiv.	Servicio público	Directa	No	2ª	
TDC 625/04	Centros Deport. Castellón	Centros deportiv.	Servicio público	Directa	No	2ª	
TDC 653/04	Deportes Álava	Centros deportiv.	Servicio público	Directa	No	2ª	
TDC 648/05	Centros Deport. Benicarló	Centros deportiv.	Servicio público	Directa	No	2ª	
TDC 673/05	Deportes Valladolid	Centros deportiv.	Servicio público	Directa	No	2ª	
TGDC 7/2008	Transporte fluvial de Lugo	Transporte turístico	Servicio público	Directa	No	3ª	Art. 7 LDC, 15 LCD
TGDC 17/2008	Cursos de inglés Ayto de Ferrol	Enseñanza	Activ. pública	Contrato menor	No	3ª	Art. 3 LDC, 15 y 17 LCD
ACCO 10/2009	Gremio empresarios de Cine de Cataluña	Exhibición cinematográfica	Activ. pública	Concesión	No	3ª	Art. 3 LDC, 15 y 17 LCD
ACCO 11/2009	Gremio empresarios Cine de Cataluña	Exhibición cinematográfica	Activ. pública	Concesión	No	3ª	Art. 3 LDC, 15 y 17 LCD
TGDC 26/2009	Gimn. Ferrolterra	Centros deportivos	Servicio público	Concesión	No	3ª	Art. 3 LDC, 15 y 17 LCD
CNMC SA MAD 13/2011	Sistema de coche compartido	Coche compartido	Activ. pública	Contrato	No	3ª	Art. 3 LDC
TDCA 7/2011	Guarderías Calatayud	Enseñanza	Servicio público	Directa	No	3ª	Art. 3 y 4 LDC, 15 y 17 LCD
ACCO 44/2012	DIR-UPC	Centros deportivos	Activ. pública	Directa	No	3ª	Art. 3 LDC, 15 LCD
CDCA S/04/2017	Cursos idiomas Ayto de Málaga	Enseñanza	Servicio público	Contrato	No	3ª	Arts. 1, 2 y 3 LDC, 17 LCD
TDCCyL 4/2013	Ayto de Cuéllar	Centros deportivos	-	Contrato menor	Sí		Art. 2.1d) LDC

2.1. Primera etapa (2001-2002)

Tres son las resoluciones incluidas en esta fase: *Centros Deportivos Almazora*, *Centros Deportivos Almazora II* (ambas producto del mismo expediente) y *Centros Deportivos Castellón* (resolución de 2002)¹⁰⁰³. Todas coinciden en los siguientes extremos: 1º) Denuncia por abuso de posición de dominio (precio predatorio) y falseamiento de la libre competencia por actos desleales; 2º) El sector económico afectado es el de los centros y actividades deportivas; 3º) los denunciantes son operadores privados presentes en el mismo mercado que la entidad pública denunciada; 4º) Las conductas presuntamente anticompetitivas habrían consistido en ofrecer cursos de aerobic en instalaciones públicas, a precios supuestamente predatorios instrumentados mediante tasas y en horarios similares a los practicados por centros deportivos privados del mismo municipio; 5º) Las actividades son objeto de prestación directa por los entes públicos; no se gestionan por vía de contrato o concesión públicos.

La autoridad de competencia española comenzó por observar que no cabe hablar de precios predatorios cuando estos son superiores a los costes de prestación del servicio. Pero el argumento central para desestimar las denuncias por falseamiento anticompetitivo es que la actividad en cuestión se encuentra dentro de las competencias propias del Ayuntamiento para el desarrollo y promoción del deporte y de la educación. Por ello, no cabría hablar de una intención o estrategia de falseamiento de la competencia, aunque la autoridad de competencia no emplea estos términos. Las actividades deportivas no tienen como finalidad la de expulsar a otros gimnasios del mercado, sino el cumplimiento de objetivos y fines propios de la Administración, entre los que se encuentra, el fomento de la actividad física y deportiva de los ciudadanos. Los intereses municipales son ajenos a los de los operadores privados, «*tanto en su objetivo principal, que es económico para la actividad privada y social y educativo para la pública, como en los sujetos a los que van dirigidos, pues la actividad pública tiene una función social e integradora que va dirigida a todos los grupos sociales*»¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰³ RRTDC de 26 de noviembre de 2001, Expte. R 477/01, *Centros Deportivos Almazora*, de 17 de marzo de 2005, Expte. R 554/03m *Centros Deportivos Almazora 2* y de 19 de junio de 2002, Expte. r493/01, *Centros Deportivos Castellón*.

¹⁰⁰⁴ *Centros Deportivos Almazora 2*, Fundamento de Derecho Cuarto. La resolución de archivo fue ratificada por la SAN de 12 de diciembre de 2006, Secc. 6ª, Rec. 183/2005, F. J. Cuarto y Quinto.

2.2. Segunda etapa (2003-2006). La conjunción de argumentos

Las resoluciones dictadas en esta etapa profundizan en los argumentos apuntados en el período precedente¹⁰⁰⁵. Su calidad mejora pero todavía no profundizan suficientemente en el análisis técnico del abuso predatorio (artículo 6 LDC 1988). Menos aún en el de la deslealtad anticompetitiva; el tratamiento de los artículos 15 y 17 LCD es casi marginal.

El TDC se centra fundamentalmente en cuatro ideas. En primer lugar, se pronuncia de forma inequívoca sobre el sometimiento de las administraciones municipales al Derecho de la competencia cuando ejecutan de forma directa actividades deportivas. Al ser dicha prestación una actividad económica, los ayuntamientos tienen el carácter de operadores económicos. El segundo argumento, heredado de la etapa anterior y desarrollado en las resoluciones de este período, sostiene que las competencias atribuidas a las administraciones públicas por la Constitución (por ejemplo, en el artículo 43) y por las leyes (artículos 25 y 26 LBRL, para los municipios) obligan en unos casos y facultan en otros a los entes públicos a actuar para procurar la satisfacción de intereses públicos en sus múltiples vertientes (sociales, educativos, culturales, deportivos, etc.). Este axioma los legitima para intervenir en la vida económica de forma directa y no subsidiaria de la iniciativa privada (artículo 128.2 CE). También lo sitúan en planos competitivos diferentes a los operadores privados. Estos responden a la lógica del beneficio; los operadores económicos públicos, a la consecución de los intereses generales¹⁰⁰⁶.

En tercer lugar, la persecución de los intereses generales es el fundamento común y la base etiológica de los pronunciamientos desestimatorios, puesto que explicaría la falta de intención predatoria, en el primer caso y de estrategia exclusionaria, en el segundo¹⁰⁰⁷. Por último, las respuestas a las acusaciones de precios

¹⁰⁰⁵ RTDC, de 18 de diciembre de 2003, *Servicios Deportivos Logroño*, Expt. r 572/03, RTDC, de 2 de febrero de 2005, *Centros Deportivos Castellón*, Expt. R 592/03, RTDC, de 4 de noviembre de 2005, *Deportes Álava*, Expt. r 653/04, RTDC, de 10 de marzo de 2006, *Centros Deportivos Benicarló*, Expt. r 648/05, RTDC, de 4 de abril de 2006, *Centros Deportivos Castellón*, r 625/04, RTDC, de 7 de noviembre de 2006, *Deportes Valladolid*, Expt. r 673/05.

¹⁰⁰⁶ Sobre el carácter axial de las competencias públicas en esta materia, ver SAN 4045/2007, Sala C-A, Secc. 6ª, de 31 de mayo de 2007, Rec. 697/05, F. J. 4º.

¹⁰⁰⁷ Obsérvese la práctica coincidencia de las expresiones en *Deportes Valladolid* (págs. 13 y 14): «(...)Una intencionalidad u objetivo predatorio que, ciertamente, no se puede atribuir a la conducta de la FMD, porque resulta difícil sino imposible apreciar el interés económico que podría tener o perseguir la FMD o el Ayuntamiento de Valladolid con la eliminación de los competidores privados.

predatorios y deslealtad anticompetitiva son tan variadas como las situaciones que las generan. En algún caso, el Tribunal demostró que los precios habían sido superiores a los costes. En otros, que la iniciativa pública había producido externalidades positivas: a nivel de la demanda, la mejora de la calidad de los centros y la reducción de precios (*Centros Deportivos Benicarló, Centros Deportivos Castellón* 2006); a nivel de oferta, el incremento del número de centros deportivos privados y de sus beneficios (*Deportes Álava, Centros Deportivos Benicarló, Deportes Valladolid*)

2.3. Tercera etapa (2009-). Apoyo preeminente en la normativa *antitrust*

Tras un lapso de tres años, la cuestión de la anticompetitividad de la prestación directa o contractual de servicios públicos y SIEG fue retomada por las autoridades autonómicas de competencia. Hasta un total de cuatro, que dictaron siete resoluciones. Las denuncias se ciñeron a prácticas desleales contrarias al artículo 3 LDC imputables a las entidades públicas. Ninguna resolución entró a examinar la existencia de abusos de posición de dominio e imputables a ellas o a los contratistas. Todos los pronunciamientos manifiestan un rechazo a la anticompetitividad de las conductas. Su nivel técnico y complejidad son muy superiores a las de las dos etapas precedentes. En general, se observa un progresivo desplazamiento de los juicios directamente basados en la normativa constitucional y administrativa hacia las categorías propias del Derecho de la competencia, en cuyos preceptos se subsume la protección de los intereses públicos. No se prescinde en absoluto de los argumentos esencialistas desarrollados en la etapa anterior. Pero la fundamentación técnica es más refinada y se ancla en la normativa de defensa de la competencia desleal y de defensa de la competencia¹⁰⁰⁸.

Por ello, salvo prueba en contrario, hay que presuponer que la FMD establece precios por debajo costes con el propósito de cumplir los objetivos de fomento de la actividad física y deportiva de todos los ciudadanos, que son de competencia municipal (...) En primer lugar, no hay conducta de competencia desleal porque, conforme al art. 17.2.c) LCD, la venta a pérdida sólo se reputa un comportamiento de competencia desleal cuando forma parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado, objetivo que no cabe imputar o apreciar a primera vista a una Administración Pública que oferta servicios deportivos y de gimnasia a precios bajo coste en cumplimiento de unos intereses públicos cuya tutela o promoción tiene encomendados por Ley», (el subrayado es del autor).

¹⁰⁰⁸ Una excepción a esta tendencia es la RTDCCYL, de 26 de octubre de 2017, (Expediente TDC/SAN/18/2017): *denuncia presentada contra los Ayuntamientos de Sanchonuño y Valledado*. La Autoridad de Competencia de Castilla y León basó su decisión de archivo en que ambos ayuntamientos se limitaban a prestar un servicio público. En realidad, bastaba con decir que en el mercado considerado (ambos términos municipales), no existían operadores privados de actividades deportivas.

Los primeros casos encuadrables en esta etapa fueron enjuiciados por el Tribunal Galego de Defensa da Competencia (TGDC): *Transporte Fluvial de Lugo*, *Cursos de Inglés del Ayuntamiento de Ferrol* y *Gimnasio de Ferrolterra*. En el primero de los casos, la disputa enfrenta a la Diputación Provincial de Lugo con «Hemisferios, S.L.»¹⁰⁰⁹. Ambas entidades gestionan servicios turísticos de entretenimiento y transporte de viajeros por la «Ruta dos encoros». La empresa competidora acusó a la Diputación de ofertar, durante las campañas de los años 2002 y 2003, precios muy por debajo de los costes de explotación y de cubrir el déficit con la concesión de una ayuda pública. Estas conductas infringirían los artículos 7 LDC y 15 LCD. La denuncia fue desestimada en vía administrativa y jurisdiccional al demostrarse que los precios coincidían con los costes y la presunta subvención consistía en dedicar trabajadores de la Diputación Provincial a la actividad en cuestión y en que los barcos propiedad de la Diputación tenían su base en una instalación perteneciente a la misma.

En los casos segundo y tercero, las denuncias fueron dirigidas contra el Ayuntamiento de Ferrol¹⁰¹⁰. En el primero, los denunciante alegaron que aquel había celebrado un contrato administrativo (menor) con una empresa para que esta impartiese un curso de inglés, dirigido específicamente a escolares, a través de clases de conversación gratuitas con profesores nativos. En el segundo, la conducta denunciada consistía en la previsión del Ayuntamiento ferrolano de suscribir un contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación de un centro deportivo y de ocio en el subsuelo de la plaza de España. Algunas de las actividades se ofrecían al público en general y a precios «sensiblemente inferiores en relación con los precios del mercado», eran ya ofrecidas por los operadores privados localizados en ese ayuntamiento, a las que potencialmente podría causar un perjuicio grave.

En ambos supuestos las denuncias se formularon al amparo del artículo 3 LDC. También en ambos, el TGDC comenzó por admitir la legitimidad de la propuesta municipal, fundada en la normativa constitucional y administrativa que atribuye a las administraciones públicas competencias para proporcionar servicios públicos y SIEG con potencial para mejorar la salud y educación de los ciudadanos. En segundo lugar, y tras reconocer el carácter de operador económico del Ayuntamiento, examinó la

¹⁰⁰⁹ RTGDC de 2 de febrero de 2009, *Transporte fluvial de Lugo*, R-7/2008, confirmada por STSJGal. S.C-A., Secc. 1ª, 1019/2011, de 19 de octubre, Rec. 347/2009.

¹⁰¹⁰ RTGDC de 20 de febrero de 2009, *Cursos de inglés del Ayuntamiento de Ferrol*, RA-17/2009. y RTGDC de 4 de enero de 2010, *Gimnasio de Ferrolterra*, RA 26/2009.

conducta desde la perspectiva del artículo 3 LDC. En realidad, valoró únicamente la presencia del primer elemento esencial (carácter desleal de la conducta). Para ello, acudió a los artículos 15 LCD (infracción de normas) y 17 LCD (venta a pérdida).

El TGDC rechazó que el acto fuese desleal por infracción de normas, al amparo del artículo 15.1 LCD y del artículo 45 LRHL, entre cuyos objetivos no se halla regular la actividad concurrencial. El artículo 45.1 se limita a disponer que los precios habrán de cubrir los costes del servicio prestado. En *Gimnasio de Ferrolterra* los precios sí los cubrían y enjugaban las pérdidas a partir del quinto y undécimo año, respectivamente¹⁰¹¹. En *Cursos de inglés*, el TGDC apeló al artículo 45.2, que posibilita que un servicio público pueda ser ofertado por debajo de su coste cuando existan razones sociales, culturales o de interés público que así lo aconsejen¹⁰¹². En segundo lugar, la resolución examinó la concurrencia de venta a pérdida al amparo del artículo 17 LCD (Fundamento de Derecho décimo cuarto). Ambas resoluciones estimaron que no se daba ninguno de los requisitos contemplados en el apartado dos de este precepto (inducción a error, descrédito, estrategia de cierre de mercado)¹⁰¹³.

Como argumento de cierre, *Cursos de Inglés* añadió que la normativa estatal y autonómica de régimen local en la que se había amparado el Ayuntamiento de Ferrol para defender sus competencias en materia de educación infantil y para el cumplimiento de fines de interés general era cobertura suficiente para aplicar la exención prevista en el artículo 4.1 LDC.

La Autoridad de Defensa de Competencia de Cataluña dictó en 2010 dos resoluciones gemelas, *Gremio de Empresarios de Cine de Cataluña contra Ayuntamiento de Badalona* y *Gremio de Empresarios de Cine de Cataluña contra Ayuntamiento de Barcelona*¹⁰¹⁴. En ambos casos, el Gremio presentó sendas denuncias contra los Ayuntamientos de Badalona y Barcelona por infracción de los artículos 1.1.d)

¹⁰¹¹ *Gimnasios*, F.J. 13º.

¹⁰¹² *Cursos de inglés*, F. J. 12º.

¹⁰¹³ La resolución mantiene en este punto el tono clásico, al fundamentar la ausencia de una estrategia predatoria en que «no hay intencionalidad de eliminar rivales, ya que los objetivos perseguidos por el ayuntamiento son de naturaleza exclusivamente social y sanitaria, no obteniendo el ayuntamiento ninguna ventaja de la desaparición de los gimnasios privados», *Gimnasios*, F.J. 14º. De forma similar en *Cursos de inglés*, F. J. 11º.

¹⁰¹⁴ RACCO, de 8 de abril de 2010, Expte. 10/2009, *Gremio de Empresarios de Cine de Cataluña c. Ayuntamiento de Badalona*, RACCO, de 3 de junio de 2010, Expte. 11/2009, *Gremio de Empresarios de Cine de Cataluña c. Ayuntamiento de Barcelona* (confirmada por STSJCat., S.C-A., Secc. 5ª., 554/2012, de 20 de septiembre, Rec. 317/2010).

y 3 LCD. La infracción consistió en la emisión gratuita de diversas películas durante los meses de junio y julio del año 2008. La proyección se llevó a cabo por «Calaix de Cultura, S.L.», con la cual ambos ayuntamientos habían celebrado contratos de servicios. La ACCO desestimó de forma sumaria el primer motivo, al entender que dichos contratos - acuerdos de naturaleza vertical- no constituían restricciones de la competencia ni por objeto ni por efecto¹⁰¹⁵. El Tribunal volcó entonces toda su atención en la posible infracción del artículo 3 LDC. Y la rechazó¹⁰¹⁶. Empleó los mismos argumentos que las resoluciones estudiadas en las Etapas 1 y 2¹⁰¹⁷, pero los apoyó en el artículo 3 LDC y en la LCD.

La resolución señaló que el primer elemento de la prohibición prevista en el artículo 3 LDC está constituido por un acto o conducta de competencia desleal y que esta noción se construye *per relationem* con la LCD, ya que es en esta norma donde están tipificadas estas conductas desleales. Para que los comportamientos previstos en la LCD tengan la consideración de actos de competencia desleal tienen que concurrir, con carácter previo, los presupuestos objetivos establecidos en el artículo 2.1 de la LCD. Es decir, que se trate de actos realizados en el mercado y con finalidad concurrencial. El Tribunal sostuvo que la actuación de los Ayuntamientos se efectuó en el mercado pero que no se realizó con una finalidad concurrencial sino institucional (la promoción de las iniciativas culturales)¹⁰¹⁸. En definitiva, la ausencia de finalidad concurrencial impide

¹⁰¹⁵ RACCO, *Gremio c. Ayuntamiento de Barcelona*, Fundamentos de Derecho 6.

¹⁰¹⁶ RACCO, *Gremio c. Ayuntamiento de Barcelona*, Fundamentos de Derecho 7 y 8.

¹⁰¹⁷ «(...)no se concede una ventaja competitiva ni significativa al Ayuntamiento de Barcelona dado que es un agente que no está inmerso en la dinámica competitiva del mercado (sic), ni que tampoco está presente la intención de eliminar un competidor o grupos de competidores del mercado, por lo que no puede calificarse como un acto de competencia desleal». Así las cosas, excluida la finalidad concurrencial de la conducta, se excluye la infracción por competencia desleal. Lo decisivo del asunto, a efectos de la inaplicación de las normas de la competencia, es que se considere que la actividad fiscalizada se encuentra integrada dentro de las competencias municipales y que no quepa reputarla como iniciativa económica pública. En concreto se entiende que la actividad —que resulta en todo caso imputable al Ayuntamiento de Barcelona, a quien, según el órgano administrativo que conoce del caso, corresponde la titularidad de la competencia— se desarrolla en el ámbito de las actividades e instalaciones culturales y de ocupación del tiempo de ocio, de acuerdo con el artículo 66.3 del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, y que se concreta, de acuerdo con los artículos 58.3, 59 y 113.1 de la Carta Municipal de Barcelona —aprobada por la Ley 22/1998, de 30 de diciembre—, en proporcionar ofertas culturales de interés para los ciudadanos y la promoción de iniciativas culturales en los distritos y en los barrios. Asimismo, se cita el art. 25.2 m) LRBRL, que permite atribuir competencias a los municipios en materia de cultura». Ver ORTEGA BERNARDO, JULIA, «La aplicación de las normas de competencias a los gobiernos y administraciones locales y sus excepciones al amparo de la legislación de régimen local», *ICE, 50 aniversario de la primera ley de competencia en España*, nº 876, Enero-Febrero 2014, págs. 57-74, pág. 71.

¹⁰¹⁸ RACCO, *Gremio c. Ayuntamiento de Barcelona*, Fundamentos de Derecho 7 y 8.

que el comportamiento sea desleal. Al faltar el primer requisito esencial del artículo 3 LDC, la autoridad de competencia no puede calificarlo como anticompetitivo ni imponerle una sanción.

En *Sistema de coche compartido Ayuntamiento de Madrid*¹⁰¹⁹ la CNMC archivó una denuncia contra el consistorio capitalino por mor del programa de *carpooling* - o servicios de coche compartido- que consiste en promover y gestionar que se comparta el coche en los desplazamientos diarios, fundamentalmente al trabajo. Para su ejecución era necesario el diseño de un portal o página web que facilitase el contacto entre los usuarios. Para la creación del portal se eligió a una empresa por el procedimiento negociado. Se invitó a nueve empresas (número superior al mínimo de tres que exige la LCSP) y se recibieron cuatro ofertas. «Amovens Soluciones, S.A» no fue invitada a presentar una oferta. Presentó una denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid (SDCM) por entender que el Ayuntamiento ofrecía gratuitamente a las distintas empresas la herramienta informática necesaria para coordinar los trayectos de los empleados.

La CNMC asumió íntegramente los argumentos propuestos por el SDCM para el archivo de la denuncia¹⁰²⁰. No obvió la finalidad social de la medida (se enmarca en unas políticas públicas que procuran beneficios al consumidor como son la descongestión del tráfico, la reducción [L] [SEP] de accidentes, la mejora de la calidad medioambiental y la reducción de costes de desplazamiento, entre otras). Pero enmarcó el archivo en la ausencia del segundo y tercer elementos esenciales del artículo 3 LDC. La conducta no suponía el falseamiento de la competencia de modo que afectase al interés público protegido por la LDC. En primer lugar, dado su carácter de programa piloto y su corta duración (dos años), carecía de pretensiones para competir en el mercado y no anuló ni perjudicó la capacidad competitiva de terceros ni la estructura de oferta de la actividad de coche compartido¹⁰²¹. En segundo lugar, por su objetivo de fomentar el coche compartido, generó eficiencias para el mercado y para la interés general (el programa podría favorecer el conocimiento y uso de esta modalidad de

¹⁰¹⁹ RCNMC, de 17 de julio de 2012, SA MAD 13/2011, *Sistema de coche compartido Ayuntamiento de Madrid*.

¹⁰²⁰ SA MAD 13/2011, Fundamento de Derecho Tercero.

¹⁰²¹ La Audiencia Nacional añade más razones propias del derecho de la competencia: el Ayuntamiento de Madrid no tuvo intención de entrar en el mercado del *carpooling* ni se dirigió a clientes de la denunciante para ofrecerles gratuitamente el servicio, SAN de 17 de diciembre de 2013, Sala C-A, Secc. 6ª, F.J. Quinto.

transporte por la ciudadanía y, con ello, fomentar el desarrollo de la actividad, en beneficio de las mercantiles que se dedican a ella).

Guarderías de Calatayud se inicia con la presentación de una denuncia ante el Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón (TDCA) por la única escuela infantil privada de la localidad¹⁰²². La denunciante afirmó que el Ayuntamiento de Calatayud habría incurrido en una conducta desleal al abrir dos guarderías municipales, cuyo menor coste ha reducido de forma brusca la clientela de la denunciante hasta el punto de hacer peligrar sus supervivencia. El TDCA desestimó la denuncia por entender que la acción municipal estaba amparada por la exención prevista en el artículo 4.1 LDC¹⁰²³.

Para mayor complitud, la resolución examinó la conducta desde la perspectiva del artículo 3 LDC, en conexión con los artículos 15 LCD (infracción de normas) y 17 (venta a pérdida). Rechazó tanto la concurrencia de infracción de normas como la venta a pérdida. En primer lugar, por la ausencia de una estrategia exclusionaria. Los precios de acceso establecidos en la ordenanza municipal no tenían como objetivo expulsar del mercado a la guardería privada. Se fijaron atendiendo a criterios de carácter público, a una voluntad pública de discriminar a través precios diferenciados que tengan en cuenta unos aspectos socioculturales y familiares, niveles de renta de los practicantes, o costes directamente imputables a cada una de las actividades realizadas por los sujetos a los que van dirigidos. Lógicamente y como no puede ser de otra manera, los centros privados fijan precios atendiendo a un legítimo criterio de costes. En segundo lugar, a juicio del TDCA tampoco cabía apreciar la existencia de un elemento intencional, ya que resulta difícil sino imposible apreciar el interés económico que podría tener o perseguir el Ayuntamiento de Calatayud con la eliminación de los competidores privados por cuanto el desarrollo de la actividad y los precios fijados atienden al propósito de cumplir el objetivo de satisfacer la demanda de servicios de atención educativa, formativa y asistencial a la primera infancia en el municipio de Calatayud¹⁰²⁴.

¹⁰²² RTDCA, de 6 de noviembre de 2013, *Guarderías de Calatayud*, Expte. 7/2011.

¹⁰²³ «(...) resulta incuestionable que el artículo 42 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón y el artículo 25 de Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, prestan cobertura normativa suficiente a la actuación del Ayuntamiento de Calatayud en el ámbito educativo y para el cumplimiento de fines de interés general, con el objetivo de satisfacer la demanda de educación y escolarización de los menores de 0 a 3 años residentes en el municipio», *Guarderías de Calatayud*, pág. 11.

¹⁰²⁴ *Guarderías de Calatayud*, págs. 18 y 19.

En *DIR-UPC*, la Asociación de Clubs de Fitness denunció a la Universidad Politécnica de Cataluña por el ofrecimiento al público en general y a la comunidad extrauniversitaria en particular de actividades deportivas en instalaciones públicas a precios mucho más reducidos que los de mercado y en los mismos horarios que los centros deportivos privados de la zona. Dicha conducta infringía, a juicio de la denunciante, el artículo 3 LDC, en relación con el artículo 15 LCD, por prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva significativa adquirida mediante la infracción de una norma con afectación del interés público¹⁰²⁵. Lo singular de este caso radica en que la unidad de investigación y el Tribunal de la ACCO prescindieron de cualquier análisis sobre las competencias y los intereses públicos en juego y se limitan al análisis de los requisitos previstos en el artículo 3 LDC. La resolución concluye con suma brevedad que la conducta imputada carece de la capacidad de falsear la competencia en el mercado de centros deportivos de la ciudad de Barcelona¹⁰²⁶. Por ello, decreta el archivo de la denuncia sin examinar el carácter desleal del comportamiento conforme al artículo 15 LDC.

Por último, *Cursos de Idiomas del Ayuntamiento de Málaga* decidió una denuncia contra la corporación malacitana por haber celebrado tres contratos menores en 2014 y un procedimiento abierto en 2015 para ofrecer cursos de idiomas a los jóvenes¹⁰²⁷. La autoridad andaluza de competencia aborda el caso desde la perspectiva de los artículos 1, 2 y 3 LDC. Sin ningún desarrollo rechaza que la conducta municipal constituya una práctica restrictiva (al ser un acto unilateral) o abusiva (pues el ayuntamiento carece de posición de dominio en el mercado de la enseñanza no reglada de idiomas). En relación al falseamiento de la competencia por actos desleales, se remite a la postura adoptada por el TGDC en *Cursos de Inglés en el Ayuntamiento de Ferrol*. Ahora bien, cabe destacar que la resolución no niega que la administración pública local sea un operador económico y realice actividades de mercado cuando actúa como ente contratante.

¹⁰²⁵ RACCO, de 24 de febrero de 2014, expediente 44/2012 - *DIR-UPC*.

¹⁰²⁶ «(...), a juicio del TCDC de la ACCO, no parece dudoso que, teniendo en cuenta la estructura del mercado de servicios deportivos en la ciudad de Barcelona, en el que están presentes centenares de operadores, públicos y privados, y que la cuota que en este mercado ocupa el Servicio de Deportes de la UPC es muy poco significativa, en vista del reducido número de usuarios externos a su comunidad universitaria, la eventual consideración de la conducta denunciada como acto de competencia desleal no podría en ningún caso ser calificada de vulneración del artículo 3 de la LDC ni, consiguientemente, comportar la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 62.3.c) de la LDC, ya que el falseamiento eventual de la competencia que podría producir en ningún caso es idóneo por afectar al mantenimiento de la competencia en este mercado», *DIR-UPC*, Fundamento de Derecho 6.

¹⁰²⁷ RCDCA, de 30 de marzo de 2017, S/04/2017, *Cursos de idiomas del Ayuntamiento de Málaga*.

Hasta la fecha , *DIR-UPC* representa el punto final en la depuración de argumentos ajenos al Derecho de la competencia para fundamentar el rechazo al carácter anticompetitivo de la conducta de entes públicos para la gestión directa o indirecta de actividades o servicios públicos y SIEG.

2.4. Sistemática de los argumentos liberatorios

Todas las resoluciones analizadas coinciden en rechazar que los comportamientos imputados a diversas entidades públicas contratantes (municipales) constituyan infracciones de los artículos 2 y 3 LDC. Una composición sistemática de los argumentos empleados conduce a ciertas siguientes. En primer lugar, si los precios fuesen inferiores a los costes, lo primero es acudir a la exención legal del artículo 4.1 LDC. En segundo lugar, dado que la actividad económica de los entes del sector público se ampara en competencias constitucionales y legales, la entidad no pudo haber incurrido en una estrategia depredadora, ni operar con fines concurrenciales, o en violación de normas. Por último, dicha actividad genera eficiencias positivas para los usuarios y para los operadores privados y no está sometida al principio de subsidiariedad.

Las autoridades de competencia siguen varias pautas para comprobar la relación entre los precios (tarifas) cobrados a los usuarios del servicio y los costes de prestación del mismo. Si los precios cubriesen los costes, no cabría hablar de predación ni de venta a pérdida (*Centros Deportivos Alzamora 2, Transporte fluvial de Lugo*). Si fuesen inferiores, la vía más taxativa es apelar al artículo 4.1 LDC¹⁰²⁸. Los preceptos constitucionales y legales que atribuyen a las administraciones las competencias para realizar prestaciones de servicios les prestan cobertura normativa suficiente a los efectos de dicho artículo (*Guarderías de Calatayud*). Por lo tanto, los tan repetidos artículos 43 de la Constitución, 25 y 26 LBRL o cualquier otro precepto de una normativa estatal o autonómica con rango de ley que atribuyese a un ente público facultades específicas para intervenir en un sector determinado, atraerían la exención legal del artículo LDC.

¹⁰²⁸ *Guarderías de Calatayud* se apoya en la STS de 6 de julio de 2010 señaló que una conducta restrictiva autorizada por una norma de rango de ley no podrá entenderse prohibida por la LDC aun cuando la conducta en cuestión no venga impuesta como obligatoria, siendo meramente permitida por la norma legal.

El artículo 45.2 LRHL ha sido citado repetidamente¹⁰²⁹, aunque sin concretar si opera como catalizador del artículo 4 LDC o como causa de justificación de las conductas¹⁰³⁰. Esta última opción parece la más probable a tenor de lo expuesto en el fundamento de derecho sexto de «*Deportes Álava*». Afirmó el Tribunal de Defensa de la Competencia que el ayuntamiento puede desarrollar actividades deportivas a pérdida, si está justificada la utilidad pública de las mismas. Estimó que es competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa todo lo relativo a la acreditación acerca de la necesaria «utilidad pública» declarada para aquellos servicios que la Administración Pública puede prestar en régimen de concurrencia con la iniciativa privada y en consonancia con el artículo 86.1 de la Ley 7/85 de Bases del Régimen Local.

Las denuncias por infracción del artículo 3 LDC se canalizan como casos de infracción de normas (artículo 15 LCD) o de venta a pérdida (artículo 17 LCD). Con carácter previo al análisis de estas conductas, se observa que falta el primer requisito exigido por este artículo -acto desleal- (*Cursos de inglés* y *Gremio de Empresarios*): las entidades públicas no actúan en el mercado con fines concurrenciales, sino para satisfacer intereses públicos. En relación con la infracción de normas, las prestaciones de servicios por entidades públicas vulneran el artículo 15 LCD, pues no están inmersas en la dinámica competitiva del mercado ni pretenden obtener una ventaja con al expulsión de los operadores privados (*Gremio* y *Gimnasios*). Por estos mismos motivos, no puede concebirse que se muevan por estrategias predatorias o de expulsión de sus competidores, lo que impide hablar de precios predatorios o de venta a pérdida¹⁰³¹.

La consecución de los intereses generales es la clave de bóveda de todos los pronunciamientos. Además de llamar al artículo 4.1 LDC, opera como causa de justificación. La multiplicidad de objetivos y sus condicionantes legales sitúan a los operadores públicos en planos competitivos diferentes a los privados. Los primeros están sujetos a importantes externalidades positivas no atendibles por el sector privado,

¹⁰²⁹ Ver *Servicios Deportivos Logroño*, *Deportes Álava*, *Deportes Valladolid*, *Cursos de inglés del Ayuntamiento de Ferrol* y *Guarderías de Calatayud*.

¹⁰³⁰ En su artículo 45, apartado 1, la LRHL señala que los precios deberán cubrir los costes del servicio prestado. No obstante, en el apartado 2, añade que «*cuando existan razones sociales, benéficas, culturales o de interés públicos que así lo aconsejen, la Entidad podrá fijar precios públicos por debajo del límite previsto en el apartado anterior*».

¹⁰³¹ La ausencia de estrategia predatoria y exclusionaria se encuentra en *Servicios Deportivos Logroño*, *Centros Deportivos Castellón*, *Deportes Álava*, *Deportes Valladolid*, *Cursos de inglés*, *Gimnasios de Ferrolterra*, *Gremio de Empresarios de Cine de Cataluña*, *Coche compartido*, *Guarderías de Valladolid*.

pues no se traducen en menos costes o mayores ingresos. Por ello, los precios se determinan con arreglo a estructuras de costes diferentes (*Centros Deportivos Castellón, Deportes Álava*). Además, el principio de subsidiariedad - limitación de las actividades económicas públicas a los casos o colectivos no cubiertos por la oferta privada- no está previsto en la Constitución, cuyo artículo 128.2 consagra la iniciativa pública en la actividad económica (*Cursos de inglés del Ayuntamiento de Ferrol, Gimnasios de Ferrolterra*).

Las resoluciones estudiadas incluyen también criterios de eficiencia. La oferta pública genera en ocasiones el mantenimiento o incremento de la oferta privada, y de su facturación. Este dato probaría de forma inequívoca que la administración no plantea ninguna estrategia predatoria para eliminar a competidores (*Servicios Deportivos Logroño, Deportes Álava, Centros Deportivos Benicarló, DIR-UPC*). Un segundo tipo de eficiencia se refiere a los beneficios para los ciudadanos, quienes dispondrán de una mayor oferta, con instalaciones que la iniciativa privada no hubiera podido ofrecer, y mejores precios para la práctica del deporte con indudable influencia en la protección de la salud (*Centros Deportivos Almazora 2, Centros Deportivos Castellón*).

2.5. Sin embargo, pueden existir prácticas predatorias y desleales

La unanimidad de pronunciamientos administrativos y judiciales sumada a los argumentos expuestos en el epígrafe anterior parece vetar toda posibilidad de éxito a futuras reclamaciones. Dos razones hace que este posicionamiento sea erróneo. Primera, las resoluciones que marcaron el camino enjuiciaron actividades económicas ejecutadas directamente por entidades públicas. Es conceptualmente sencillo defender que el móvil principal de sus acciones no es el económico, sino el servir con objetividad a los intereses generales (artículo 103.1 CE). Erróneamente, no se varió esta doctrina respecto de las operaciones ejecutadas por contratistas o concesionarios públicos, cuyo carácter de empresas y su exclusiva motivación en el lucro es indiscutible. Segunda, los argumentos han sido desarrollados para apuntalar las resoluciones tipo contrato de gestión de servicios públicos de centros deportivos (o similar). Pero no explican porqué sí son sancionables las conductas predatorias o desleales ejecutadas por un concesionario de servicios públicos mortuorios.

En ambos tipos de contratos (tipo ‘tanatorios’ y tipo ‘centros deportivos’) las competencias constitucionales y legales son similares y la persecución de los intereses públicos no comporta diferencias, mientras que las resoluciones son de todo punto dispares (sancionadoras en los primeros y exculporias en las aquí analizadas). Es por ello extravagante que hayan constituido el fundamento axial de las resoluciones estudiadas sin incardinarse (apenas) en alguna de las categorías propias de la normativa *antitrust*. En otras palabras, la exposición desnuda de que una entidad pública o un contratista no incurrió en un comportamiento abusivo o desleal porque se limitaba a ejercitar las competencias legales no debe ser un argumento definidor de la resolución¹⁰³².

Por otra parte, la exención legal del artículo 4.1 LDC tampoco es argumentable. Este precepto tan sólo beneficia a «*aquellas conductas que una norma con rango de ley autorice con la específica finalidad -expresa o implícita- de excluirlas del ámbito de aplicación de la LDC*»¹⁰³³. No es suficiente que una ley les otorgue un genérico respaldo competencial. En caso contrario, se corre el riesgo de convertir al artículo 4 LDC en una patente de corso capaz de conferir una inmunidad absoluta a las actividades económicas de las entidades públicas¹⁰³⁴.

El artículo 45.2 LRHL se limita a establecer las condiciones para que el precio de una actividad económica local pueda ser inferior al coste sin infringir la regla general contraria, prevista en el apartado 1 del mismo artículo. Que el precio no cubra el coste no es sino el elemento de hecho que desencadena la aplicación de los artículos 2 y 3 LDC. La autoridad de competencia sólo deberá examinar la concurrencia de los requisitos establecidos por dichos artículos. El primer requisito es el previsto en el artículo 45.2 LRHL. En otras palabras, una vez constatado que un contratista cobra a los usuarios tarifas inferiores a los costos de prestación del servicio, la autoridad comprobará si concurren los restantes requisitos para la aplicación de las reglas sobre precios predatorios o venta a pérdida. Para ello no precisa pronunciarse sobre la utilidad

¹⁰³² Un caso evidente es *Gestoría Administrativa Dessy*, seguido ante la Audiencia Provincial de Barcelona (SAP de Barcelona, Sección 15ª, 216/2005, de 10 de mayo, Rec. 174/2003) y estudiado en el epígrafe XI, 4.2 de este capítulo.

¹⁰³³ STS, Sala 3ª, Secc. 3ª, 1833/2016, de 18 de julio de 2016, Rec. 2946/2013, F. J. 4º, STS, Sala 3ª, Secc. 3ª, de 9 de marzo de 2015, Rec. 3528/2012, F. J. 5º.

¹⁰³⁴ LENCE REIJA, CARMEN, «La iniciativa económica de las entidades locales y sus implicaciones para la libre competencia», *REDA*, nº170 (Abril-Junio 2015).

pública del servicio, por lo que no invade la competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre la materia.

En el análisis de los precios predatorios (artículo 2.1.b) LDC) y del falseamiento de la competencia por venta a pérdida (artículo 3 LDC y 17 LCD), todas las resoluciones insistieron en la ausencia del elemento intencional: al operador público no le es achacable una estrategia predatoria o exclusionaria respecto de sus ‘rivales’ privados porque la disparidad de objetivos e intereses los sitúa en planos competitivos distintos. Los primeros tienen objetivos públicos y los segundos la mera obtención de un beneficio.

Las resoluciones incurren en el error de dejar fuera de la ecuación al contratista, cuyos objetivos ‘vitales’ no se diferencian en nada de los de sus competidores. La única particularidad es que ha obtenido el contrato en un procedimiento competitivo o le ha sido otorgado de forma directa por la vía del contrato menor. Que el contratista busque sumar al ‘monopolio’ sobre el contrato el monopolio sobre el mercado, expulsando del mismo a sus competidores, no sólo no es descartable sino que aparece como un comportamiento perfectamente racional. En la práctica, tal es la sustancia de todos los expedientes tipo ‘tanatorio’. Pero también es probable en contratos tipo ‘centro deportivos’.

Imagínemos el caso del adjudicatario de un contrato de concesión de servicios públicos celebrado por un Ayuntamiento para la realización de actividades deportivas integrales y destinadas a toda la población. En el contrato se dispone que el adjudicatario construirá y equipará el centro deportivo y fijará libremente las tarifas a abonar por los usuarios. La ordenanza municipal se limita a fijar un precio máximo, con el fin de garantizar el acceso de todos los vecinos al centro deportivo, con independencia de su nivel de rentas. Pero nada dice del precio mínimo. En la localidad existen además dos centros deportivos privados. Ambos participaron en el procedimiento de contratación, pero no resultaron adjudicatarios

En este ejemplo, el contratista público tiene por objetivo ‘administrativo’ establecer los medios para que los vecinos tengan la oportunidad de realizar actividades deportivas, en beneficio de su salud. Imaginemos que su objetivo ‘empresarial’ es destruir a sus competidores y permanecer como único centro deportivo. Las razones van desde el puro afán de lucro hasta la urgencia de amortizar cuanto antes los elevados

costes de construcción de las instalaciones. Para ello adopta una política de precios - sean predatorios o meramente a pérdida- imposibles de igualar por sus competidores. Si el Ayuntamiento se muestra pasivo ante las posibles protestas de los rivales y aprueba los precios propuestos por el adjudicatario, la amenaza exclusionaria es real. Pero el autor material de la estrategia exclusionaria es el contratista. Desde la perspectiva de las resoluciones estudiadas, el test de responsabilidad *antitrust* se dirige única y exclusivamente contra la administración, a la que deberá reconocerse su interés en la salud de los vecinos pero no achacarse un dolo directo en el planeamiento de la estrategia predatoria.

Dicho lo cual, la conducta no será sancionable como predatoria o desleal si de la ejecución del contrato no sólo no resulta la expulsión o sometimiento de los competidores sino por el contrario, aumentan su número y beneficios. La ausencia de *foreclosure* priva de su carácter abusivo al comportamiento dominante.

A la hora de examinar las conductas desleales que falsean la competencia, las resoluciones estudiadas descartaron la vulneración del artículo 3 LDC por la ausencia de un comportamiento desleal, conforme a los parámetros de la LCD. Como se acaba de estudiar, así ocurre en la venta a pérdida, donde se descarta toda acción desleal de parte de la entidad pública, por falta de estrategia predatoria. Un segundo grupo de casos sostuvieron que los comportamientos imputados a las entidades locales no tenían la consideración de actos de competencia desleal - al amparo del artículo 2 LCD- porque - aún realizándose en el mercado- no se ejecutaban con fines concurrenciales. Ello era debido a que las entidades perseguían objetivos de interés público (*Gremio de empresarios*) que no consistían en maquinaciones o maniobras dirigidos a perjudicar a los operadores privados que ofertaban los mismos servicios (*Gimnasios de Ferrolterra*).

Esta interpretación no es acertada. El artículo 2.2 LCD no define la finalidad concurrencial del acto con base a los propósitos subjetivos o a los objetivos del operador, sino en función de la capacidad real de ambos (operador y actividad) para participar en el mercado. Por eso exige que el acto se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero. Es indiscutible que así sucedió en las actividades realizadas por las entidades o por sus contratistas: su destinatario era la población en general, no grupos concretos y ofrecían un precio muy bajo, capaz de atraer clientes a los establecimientos.

En tercer lugar, las actividades económicas de las administraciones públicas pueden incurrir en el comportamiento desleal conocido como «infracción de normas» (artículo 15 LCD). Basta con participen de uno u otro de los supuestos contemplados en dicho artículo. Las únicas resoluciones dictadas resolvieron denuncias de infracción de leyes cuyo objeto no era regular la actividad concurrencial - artículo 15.1LCD- (artículo 45 LRHL en *Gimnasios de Ferrolterra* y artículo 15.4 de la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del cine en *Gremio de empresarios*) y en las que no se analizó si la actividad económica produjo alguna ventaja significativa para las entidades públicas¹⁰³⁵. De forma coherente con la imputación subjetiva de la conducta a la entidad local, ambas resoluciones prescindieron de examinar la posible ventaja que dicha actividad reportó a los contratistas. Esta es evidente. En cuanto operadores de mercado, la adjudicación del contrato incrementó su actividad y sus ingresos.

Ahora bien, un caso que plantee que los comportamientos predatorios o desleales significan la infracción de la normativa de contratos del sector público hará entrar en juego al artículo 15.2 LCD. Si la entidad pública o su contratista vulnerasen algún precepto de la LCSP que tuviese por objeto la regulación de la actividad concurrencial, concurrirá el primer elemento exigido por el artículo 3 LDC, y procedería examinar si la conducta desleal afecta a los intereses públicos por falsear la libre competencia¹⁰³⁶. Esta viene a ser la situación ordinaria para las autoridades de competencia, como demuestran *Concurso Pinosolo* y *Licitación pública seguridad Concello de Lugo*

Otro argumento empleado por algunas de las resoluciones estudiadas es que la actividad económica discutida se traduce en la mejora de la salud de los consumidores. Parece concebirse como una eficiencia de la conducta, lo que impediría sancionarla en concepto de precio predatorio. Sin embargo, la motivación de dicha eficiencia es inexistente.

Por último, apelar al principio de subsidiariedad en uno u otro sentido no tiene carácter definitivo. Si es cierto que las administraciones públicas no están constreñidas a operar en los sectores económicos dejados vacantes por el sector privado, también lo es

¹⁰³⁵ El razonamiento es conocido. Las autoridades entendieron que los ayuntamientos no estaban inmersos en la dinámica competitiva del mercado y su objetivo no era la obtención de beneficios económicos, sino la satisfacción de los intereses públicos.

¹⁰³⁶ RAVDC de 21 de mayo de 2013, Expte. 05/2012, *Concurso Pinosolo* y RCGC 1/2016, de 6 de junio, Expte S 10/2014, *Licitación pública seguridad Concello de Lugo*.

que están sometidas al Derecho de la Competencia¹⁰³⁷. Decidir la prestación de actividades públicas con precios o condiciones predatorias, para toda la ciudadanía y a sabiendas de la posibilidad cierta de cierre del mercado servirá de indicio a la parte que sostenga el carácter anticompetitivo de dichas conductas.

A ello debe añadirse que el principio de subsidiariedad ha sido puesto en tela de juicio a nivel comunitario. En el ámbito de las ayudas de Estado (primer criterio *Altmark*), y en el contexto del Regalmento (CEE) n° 3577/92, de 7 de diciembre de 1992, relativo al cabotaje marítimo, el TJCE condicionó la imposición de obligaciones de servicio público y la celebración de contratos de servicio público a que concurra «una necesidad real de servicio público y esté justificada con respecto al objetivo de interés público perseguido»¹⁰³⁸. Este criterio ha sido refrendado con alcance general por el Tribunal General en *SNCM*¹⁰³⁹. Por su parte, la Comisión consideró inadecuado imponer obligaciones de servicio público a una actividad que ya efectúan, o pueden efectuar satisfactoriamente y en condiciones, tales como el precio, las características de calidad objetivas, la continuidad y el acceso al servicio acordes con el interés público, definido por el Estado, empresas que operan en condiciones normales de mercado¹⁰⁴⁰. Es más, en un mercado competitivo donde el suministro estuviese garantizado por las fuerzas del mercado, la designación de una empresa como SIEG no estaría justificada¹⁰⁴¹. El hecho de que los servicios públicos locales, prestados en muchas

¹⁰³⁷ STS 1361/2017, de 27 de julio, Rec. 956/2015, ECLI: ES:TS:2017:313

¹⁰³⁸ STJCE de 20 de febrero de 2001, *Analir*, C-205/199, apartado 71.

¹⁰³⁹ STG de 1 de marzo de 2017, *Société Nationale Maritime Corse Méditerranée (SNCM) c. Comisión*, T-454/13, apartados 124-125. Sobre esta sentencia, ver NICOLAIDES, PHEDON, «The need for public services is shown by absence of private services», en *StateAidHub.eu*, 11 de abril de 2017, <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/8370>. A juicio del autor, el Tribunal General establece claramente que la intervención del gobierno para definir un servicio de interés económico general e imponer obligaciones de servicio público está justificada solamente cuando existe un vacío (*gap*) en el mercado. Además, el ámbito del servicio y de su obligación correspondiente deberán ser proporcionales a dicho vacío.

¹⁰⁴⁰ *Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general* (2012/C 8/02), DOUE de 11 de enero de 2012, párr. 48.

¹⁰⁴¹ Decisión de 20 de noviembre de 2013, SA. 36740 (2013/NN), *Ayuda de Lituania a Kaipledos Nafta - LNG Terminal*, C(2013), 7884 final, apartado 214 y Decisión de 2 de mayo de 2013, SA. 22843 (2012/C), *Ayuda de Francia a la Sociedad Nacional Marítima Córcega-Mediterránea*, apartado 147 y NICOLAIDES, PHEDON, «Altmark and Public Procurement: Definition and Award of Contracts», en *StateAidHub.eu*, 2 de septiembre de 2013, <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/1641>. Sobre los límites de los poderes públicos para constituir servicios públicos y SIEG - y por lo tanto para gestionarlos mediante contratos administrativos- ver PIERNAS LÓPEZ, JUAN-JOSÉ, «La definición de servicio de interés económico general en la Unión Europea»..., ¿De qué margen disponen los Estados miembros?», *REDE*, n° 61, enero-marzo 2017, pp. 121-122.

ocasiones en régimen de contractual de concesión, sean SIEG coadyuva a su sometimiento al Derecho de la Competencia, tal como se estudia en el epígrafe inmediatamente posterior.

La gestión indirecta de servicios públicos tipo-centros deportivos por una empresa concesionaria debería alterar la perspectiva sobre la aplicación del derecho de la Competencia. La fijación de precios bajo coste favorece la captación de clientes sin que la concesionaria sufra daño contable, al ser enjugadas las pérdidas por la compensación pública. En este caso, como en los de gestión vía empresas mixtas, la primacía del componente social sobre el económico no está tan clara¹⁰⁴². Sin embargo, la doctrina no se pronuncia a favor de la depredación, sino de la concesión de ayudas por la entidad municipal a la empresa o la colusión entre ambas¹⁰⁴³. Tampoco los tribunales admiten la predación, incluso ante la presencia de claras muestras de una estrategia predatoria¹⁰⁴⁴.

3. Especificidad de los servicios de interés económico general.

Emorvisa

3.1. Sometimiento al Derecho de la Competencia

De los epígrafes precedentes resulta que las resoluciones dictadas por las autoridades de competencia españolas sobre denuncias por supuestos abusos predatorios y comportamientos desleales en la prestación de servicios públicos y SIEG versan en su gran mayoría sobre de servicios locales en materia deportiva. A ellos se añaden otras como transporte y enseñanza. En todaas ellas, los ayuntamientos fundaron su iniciativa en lo dispuesto en el artículo 25 y 26 LBRL (por ejemplo, apartados 2.m) - «actividades e instalaciones deportivas»- y f) -«participar en la programación de la enseñanza»).

En los casos citados, el Ayuntamiento optó por la ejecución directa del servicio o por su gestión indirecta a través de un contrato o concesión de servicios (públicos). La

¹⁰⁴² MIÑO LÓPEZ, ANTONIO, «Abuso de posición de dominio», *Noticias de la Unión Europea*, Nº 330, Año XXVIII, Julio 2012, p. 36.

¹⁰⁴³ RETORTILLO ATIENZA, OLATZ, «La promoción de actividades deportivas por los Ayuntamientos y las concesiones administrativas para su gestión: ¿puede detectarse ilícito competencial?», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Nº. 1, Sección Práctica, LA LEY, Julio-Diciembre 2007. pp. 183-195.

¹⁰⁴⁴ SAP de A Coruña, Sección 6ª, Re. 432/07, Fto. Jdco. 4º.

prestación del servicio conlleva una contraprestación por parte de los usuarios finales, en forma de precio. Se trata, por tanto, de actividades económicas que las autoridades consideran necesario o conveniente prestar a los ciudadanos, porque el sector privado no las asumiría o no lo haría con las debidas condiciones de seguridad, calidad o universalidad¹⁰⁴⁵. En terminología comunitaria, los servicios públicos bajo precio entran en la categoría de los servicios de interés económico general (SIEG) que llevan consigo obligaciones de servicio público o universal¹⁰⁴⁶.

A diferencia de los servicios no económicos, el TFUE ha sometido a los SIEG al Derecho de la Competencia en la medida en que la aplicación de esta normativa no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada (artículo 106.2, antiguo artículo 86.2 TCE). El principio general es que la normativa *antitrust* es aplicable a estos servicios ya se presten en situación de monopolio (como la mayoría de los servicios locales) ya en régimen de competencia efectiva en el mercado. Por lo tanto, la prueba ha de recaer en si la adopción de la normativa de competencia impide, perjudica decisivamente o hace ineficaz la prestación del servicio. Dicho de otro modo, ha de demostrarse la necesidad de las conductas anticompetitivas para garantizar la prestación del servicio público.

En los casos examinados, las autoridades de competencia deberían haber sustituido el principio de rechazo a emplear la normativa de competencia, basado en referencias constitucionales indirectas por el de aceptación condicionada, tomado

¹⁰⁴⁵ SCHOENMAKERS, SARAH, «Public procurement and services of general economic interest», en BOVIS, CHRISTOPHER, (ed.), *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edgar Elgar, 2016, p. 295.

¹⁰⁴⁶ La Comisión define a los SIEG como aquellas actividades económicas que producen resultados en aras del bien público general y que el mercado no realizaría (o lo haría en condiciones distintas por lo que respecta a la calidad, seguridad, asequibilidad, igualdad de trato y acceso universal) sin una intervención pública. La OSP se impone al prestador mediante una atribución y sobre la base de un criterio de interés general que garantice que el servicio se presta en condiciones que le permiten desempeñar su misión, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité De Las Regiones: *Un Marco de Calidad para los Servicios de Interés General en Europa*, COM(2011)900/F1, 22 de diciembre de 2011, p. 4. Dado que el SIEG es un concepto comunitario, debe ser aplicado de modo uniforme por los Estados miembros, STJCE, de 14 de julio de 1971, *Ministère Public of Luxembourg c. Muller*, Asunto 10/71, párr. 14-15. Sobre la inclusión de los servicios públicos y SIEG locales entre los SIEG que carecen de un régimen regulador local en el ámbito comunitario - a diferencia de los que poseen este régimen (servicios postales, telecomunicaciones, gas y electricidad) - ver VALCARCEL FERNANDEZ, PATRICIA, «La Directiva de Concesiones (Directiva 24/13/UE y la gestión de servicios de interés general)», en PARISIO, VERA, AGUADO, VIÇENS y NOGUERA DE LA MUELA, BELÉN (Dir.), *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, G. Giappichelli Editore y Tirant Lo Blanch, 2016, pp. 91-92.

directamente del artículo 106, apartados 1 y 2 TFUE. De este modo, las prácticas predatorias y desleales serían admisibles como restricciones o exclusiones de la competencia en aquellos casos en los que se estimasen necesarias «(...) *para permitir al titular del derecho exclusivo cumplir su misión de interés general y, en particular, disfrutar de condiciones económicamente aceptables. Para efectuar dicho examen, procede partir de la premisa de que la obligación que incumbe al titular de dicha misión de garantizar sus servicios en condiciones de equilibrio económico (...)*»¹⁰⁴⁷.

3.2. Emorvisa

Otro argumento favorable a someter al Derecho de la Competencia las actividades de contenido económico ejercitadas directa o indirectamente por entidades públicas en competencia -real o posible- con operadores de mercado se encuentra en un caso ‘antiguo’ (1993) en el que no se impugnan precios predatorios, sino tarifas excesivas aplicadas por un concesionario integral de servicios mortuorios. Como se ha señalado más arriba, el diferente tratamiento de la cuestión según que el servicio público sea deportivo (no aplicación) o mortuario (aplicación) es artificial y no responde a ningún argumento de lógica jurídica.

En *Emorvisa*, la empresa del mismo nombre gestionó desde 1988 y en régimen de monopolio los servicios mortuorios municipalizados por el Ayuntamiento de Vigo en 1986. Emorvisa fue creada en virtud de un contrato de gestión de servicios públicos que adoptó la forma de sociedad de economía mixta (actualmente, colaboración público-privada institucional). Su capital social fue suscrito mayoritariamente por el Ayuntamiento olívico. Un porcentaje fue adquirido por una empresa seleccionada a través de un procedimiento de contratación. La fijación y la modificación de sus tarifas requería la aprobación de una Ordenanza Municipal de Precios Públicos y la posterior de la Xunta de Galicia. En 1990 y 1991, Emorvisa propuso y el Ayuntamiento aprobó sendos aumentos de las tarifas en un 20% y un 16%, respectivamente. En el primer caso, la contratista aplicó los nuevos precios antes de la aprobación autonómica, situación que fue corregida por sentencia del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia en 1992.

¹⁰⁴⁷ STJCE, de 19 de mayo de 1993, C- 320/91, *Paul Corbeau*, párrs. 16-17. En el mismo sentido, STJCE, de 23 de octubre de 1997, C-157/94, *Comisión c. Reino de los Países Bajos (Electricity Imports)*, párr. 52.

En 1991, la Asociación de Empresas Funerarias de Pontevedra presentó ante el TDC una denuncia contra Emorvisa por el aumento abusivo de las tarifas. La resolución, después de calificar la actividad de la contratista como servicio público local se centró en examinar, al amparo de la Ley de 1988, la sujeción al Derecho de la Competencia de los servicios públicos locales prestados de forma monopolística. Para ello, atendió a tres parámetros. En primer lugar, la indiferencia de la naturaleza jurídica del prestador: resulta irrelevante si el Ayuntamiento ejecuta directamente el servicio, actúa mediante figuras de Derecho privado o gestiona el servicio público a través de una sociedad mercantil, bien sea ésta de naturaleza pública o de economía mixta, pues en todos estos casos estamos en presencia de operadores económicos que quedan sometidos a las normas de competencia¹⁰⁴⁸. En segundo lugar, la operatividad de la excepción legal actualmente prevista en el artículo 4 LDC: es aplicable cuando el servicio público posea una cobertura legal específica. No lo será cuando falte esta cobertura o el prestador del servicio incumpla la normas de creación. En tercer lugar, el sometimiento de la contratista al artículo 90 del tratado (actual artículo 106 TFUE). Esto significa que:

«(...) las empresas públicas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolios fiscales quedarán sometidas a las normas sobre la competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada (art. 90.2) y, por otra, que los Estados no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 7 y 85 a 94 (art. 90.1). Lo que significa que los Estados miembros no pueden promulgar normas que posibiliten que las empresas públicas se sustraigan a la aplicación de los arts. 85 y 86 (STJCE de 30 de abril de 1986. As. 209/84. Ministère Public/Asjes) y que si un Estado impone a una empresa, a la que sea de aplicación el art. 90.1, medidas que provocan que tal empresa actúe de forma contraria a los arts. 85 y 86 y los comportamientos de la citada empresa obedecen a esta reglamentación o a su aplicación, aun resultando claro que el Estado ha infringido el citado art. 90.1, la empresa no podrá ser condenada por infracción

¹⁰⁴⁸ Emorvisa, p. 10.

de las normas de competencia (STJCE de 18 de junio de 1975. As. 94/74/IGAV/ENCC y de 16 de noviembre de 1977. As. 13/77 INNO/ATAB)»¹⁰⁴⁹.

Resulta imprescindible, a juicio del TDC, determinar si la empresa concesionaria podía adoptar sus decisiones sobre tarifas con autonomía bastante frente al ayuntamiento. Lo cual, conectado a la responsabilidad especial de todo operador dominante, sería un indicio fiable para asignarle la autoría de la conducta abusiva¹⁰⁵⁰. Emorvisa tenía conferida por las Ordenanzas la capacidad para proponer al Ayuntamiento modificaciones en el importe de las tarifas. Además, decidió aplicar el primer incremento antes de la aprobación autonómica. Tanto la facultad de propuesta como la aplicación ‘temeraria’ denotan que la contratista gozaba de autonomía suficiente para imputarle la responsabilidad de la conducta. Ese es el motivo real por el cual podía figurar como única denunciada, sin necesidad de dirigir la reclamación por conducta abusiva contra las autoridades administrativas autorizantes.

Desafortunadamente, la conclusión del TDC no estuvo a la altura de sus postulados, al olvidar que la clave está en el grado de autonomía del concesionario,. Adoptó una posición formalista y consideró que no cabía sancionar a la contratista por tarifas abusivas, dado que estas fueron aprobadas primero por el Ayuntamiento y después por la Xunta de Galicia¹⁰⁵¹.

La resolución cuenta con dos votos particulares más avanzados que la posición de la mayoría. El primer voto (Alcaide Guindo) centró la cuestión de la imputabilidad de la conducta abusiva a la empresa concesionaria exclusivamente en si le era o no aplicable el artículo 90 TCE (106 TFUE). Añadió que cabría discutir si concurría, además del comportamiento abusivo, un falseamiento de la competencia por actos desleales basado en la infracción de normas (artículo 17 LCD). En ambos tipos infractores, Emorvisa gozaba de autonomía suficiente para decidir si obraba conforme o contra la normativa de competencia¹⁰⁵².

¹⁰⁴⁹ Emorvisa, p. 11.

¹⁰⁵⁰ «averiguar qué grado de autonomía se deja a estas empresas a la hora de determinar sus acciones de mercado, antes de proceder a considerarlas responsables de las infracciones».

Emorvisa, p. 11.

¹⁰⁵¹ Emorvisa, p. 11.

¹⁰⁵² Emorvisa, p. 15-16

El segundo voto particular (Soriano García) recondujo el análisis hacia el fraude de ley. Según su criterio, Emorvisa empleaba fraudulentamente la LBRL como norma de cobertura para eludir la aplicación de la LDC¹⁰⁵³. También afirmó la autonomía de la concesionaria. No se trataba de un supuesto de regulación en el que el ente regulado no tenga otra opción sino cumplir con las ordenes, instrucciones, mandatos y reglas del regulador. El propio ente regulado es el que a través de la captura del regulador imponía las reglas del monopolio que el mismo disfrutaba¹⁰⁵⁴.

De *Emovirsa* [Resolución y Votos Particulares], cabe extraer que la forma de ejecución del servicio público o SIEG y el sector de actividad no importan a la hora de decidir sobre el sometimiento del prestador (dominante o monopolista) al Derecho de la Competencia. El grado de sujeción dependerá de dos elementos: (1) la concurrencia de los supuestos previstos en el artículo 106, apartados 1 y 2 TFUE; (2) en caso de gestión indirecta, el grado de autonomía del contratista o concesionario respecto a la entidad pública titular del servicio. Tan sólo cuando la segunda es forzada a actuar *contra legem*, se traslada la responsabilidad *antitrust* a la primera.

4. La responsabilidad del contratista o de la entidad contratante

En todos los supuestos estudiados, las denuncias por infracción de los artículos 2 y 3 LDC (6 y 7 LDC 1988) se dirigieron exclusivamente contra administraciones públicas; en su mayoría, ayuntamientos. Las autoridades de defensa de la competencia examinaron la imputabilidad y reconocieron el sometimiento de dichas entidades a la normativa de defensa de la competencia, puesto que los servicios cuestionados son actividades económicas en las que las aquellas actuaron como operadores económicos. Por ello, las resoluciones fueron desestimatorias por razones de fondo, no porque las denunciadas gozasen de exención de la normativa *antitrust*. Las autoridades de competencia llegaron a estas conclusiones tanto en los casos en que las administraciones gestionaron directamente las actividades como cuando lo hicieron por vía indirecta, a

¹⁰⁵³ *Emorvisa*, p. 20.

¹⁰⁵⁴ *Emorvisa*, p. 21. La postura mayoritaria había destacado que la presencia de miembros del Ayuntamiento en el órgano de administración y gestión de Emorvisa implicaba la captura del regulador por la concesionaria, que imponía sus criterios en detrimento del servicio y en contra de los usuarios (p. 13.). Pero no conectó esta idea con el fraude de ley. Sí lo hizo el segundo voto particular, que llamó a «rasgar el velo formal» y asignar la responsabilidad *antitrust* a la concesionaria.

través de contratos de servicios o de gestión de servicios públicos y SIEG. En este segundo caso, la ejecución de la prestación correspondió a las empresas adjudicatarias.

Paradójicamente, otros expedientes tramitados por la autoridad nacional y por las autonómicas sobre presuntas conductas anticompetitivas en la prestación de actividades y servicios públicos y SIEG concluyeron con resoluciones sancionadoras contra los contratistas y concesionarios, no contra las entidades contratantes. Los casos paradigmáticos comprenden la sanción a concesionarios de servicios de tanatorio por incurrir en diversos tipos de abuso de posición de dominio.

Exculpar al prestador de un tipo de servicios públicos y SIEG (deportivos) y condenar el de otro tipo (funerarios) sólo es justificable cuando concurren razones de fondo. No parece que así ocurra en los ejemplos mencionados. Desde el punto de vista del derecho nacional, los servicios deportivos y funerarios son tanto servicios de interés económico general¹⁰⁵⁵ como servicios públicos y SIEG locales¹⁰⁵⁶. No se diferencian por razón de las entidades públicas concernidas (normalmente, ayuntamientos). Tampoco en función de los títulos competenciales que sustentan los respectivos contratos y concesiones públicas (artículos 25 y 26 LBRL). Las únicas diferencias se encuentran en los sectores económicos enjuiciados, en las conductas imputadas y en el origen de la intervención de las autoridades de competencia.

Entre los años 2001 y 2008, la asignación exclusiva de responsabilidad *antitrust* a las entidades públicas se materializó en expedientes sancionadores relativos tan solo a ‘centros y actividades deportivas’. A partir de ese año el panorama se amplió a otros

¹⁰⁵⁵ Los servicios de interés económico general (SIEG) son actividades de servicio comercial que cumplen misiones de interés general y que están sujetas a obligaciones específicas de servicio público. Entre ellos figuran las redes de transporte, energía, comunicación y los servicios postales (...). Las normas de libre mercado y de competencia se aplican a las empresas responsables de gestionar los SIEG mientras dichas normas no impidan que cumplan con sus tareas al servicio del interés general. (EUROLEX, Síntesis de la legislación de la UE, Glosario de las síntesis http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/services_general_economic_interest.html?locale=es).

Sobre la relación entre ambos conceptos, los Estados miembros pueden considerar ciertos servicios como servicios de interés general, aunque tengan un contenido económico e incidan en el mercado. En ese contexto, si entienden que la oferta del mercado no es satisfactoria, pueden definir determinadas prestaciones en forma de obligaciones de servicio –misiones de servicio público–. La misión de servicio público constituye propiamente el concepto de servicio público para el derecho comunitario; un concepto de carácter estrictamente objetivo (PARICIO RALLO, EDUARDO, «El concepto europeo de servicio de interés general y los servicios municipales», *Cuadernos de Derecho Local*, n.º. 32, junio de 2013, p. 110).

¹⁰⁵⁶ Tal como se estudia en el epígrafe anterior, es discutible que los casos relativos a centros deportivos y análogos sean contratos de servicios público desde la perspectiva del Derecho comunitario (sentencias *Analir* y *SNCM*).

servicios, si bien son mayoritarias las resoluciones sobre actividades deportivas. En todos los casos, la denuncia culpaba a los entes públicos de incurrir en precios predatorios y/o en el falseamiento de la competencia por actos desleales. Por el contrario, las condenas a contratistas públicos se centraron sobremanera en los servicios mortuorios. Destaca muy en particular la imposición de sanciones a concesionarios del servicio público de tanatorio. Las resoluciones les imputan una gran variedad de comportamientos abusivos; tanto monetarios, [precios excesivos (*Corinne Dobson*), discriminación de precios y de otras condiciones comerciales (*Tanatorio de Catoira*)¹⁰⁵⁷], como no monetarios [denegación de acceso al tanatorio (*Tanatorio de Valga, Servicios Funerarios La Gomera*)¹⁰⁵⁸].

Las diferencias entre los sectores implicados o las conductas imputadas no constituyen argumentos suficientes como para decidir un aspecto tan fundamental de un expediente sancionador como es el sujeto infractor. No lo son los sectores, dado que todos los tipos de actividades públicas citadas canalizan las mismas competencias y obligaciones públicas. El ejemplo máximo, como se indicó, está conformado por los servicios públicos y SIEG locales, que los artículos 25 y 26 LBRL encomiendan a los municipios tanto de forma voluntaria como obligatoria. Por su parte, los distintos comportamientos abusivos atribuidos a entes públicos y adjudicatarios no son ‘compartimentos estancos’ sino especies del mismo género común, susceptibles de ser cometidos por unos u otros¹⁰⁵⁹.

Una razón más probable del distinto tratamiento se encuentra en el origen y evolución de los casos tipo ‘centros deportivos’. Desde el año 2001 hasta el año 2008, todas las denuncias versaron sobre casos de gestión directa del servicio o actividad por las entidades públicas. Al ser la administración quien prestaba el servicio a través de sus propios órganos - o a través de entes de derecho público o de empresas de las que era titular 100% - la conducta sólo podía ser imputable a ella. Resulta lógico que el primer extremo analizado y decidido por las autoridades de competencia fuese la sujeción de la

¹⁰⁵⁷ RCGDC, 3/2014, de 4 de julio, *Tanatorio de Catoira*, Exptes S7 y S20/2012 (vinculados).

¹⁰⁵⁸ RCGDC, 1/2012, de 10 de julio, *Tanatorio de Valga*, Expte. S12/2011; RTDC, de 28 de junio de 2007, *Servicios Funerarios La Gomera*, Expte. 613/06.

¹⁰⁵⁹ Un concesionario de servicios públicos y SIEG de tanatorios incurrirá en precios predatorios si fija los precios de acceso al servicio por debajo de los costes de prestación en un nivel tipo *Akzo* y, en su caso, desarrolla una estrategia excluyente hacia sus competidores. Una entidad contratante cometerá abusos explotativos si fija en los pliegos de cláusulas administrativas precios excesivos o condiciones inequitativas para el acceso al centro deportivo gestionado por una empresa contratista.

administración prestadora al derecho de la competencia¹⁰⁶⁰. Una vez admitida, era posible entrar en la cuestión de fondo, sobre la que de forma unánime se pronunciaron en contra todas las autoridades hasta el año 2014.

En el año 2009 el TGDC dictó la primera resolución sobre una actividad -no deportiva, por cierto- contratada con un operador privado (*Cursos de inglés en el Ayuntamiento de Ferrol*). La resolución adopta el esquema clásico: denuncia contra el Ayuntamiento, análisis de la sujeción de las administraciones públicas al Derecho de la competencia y examen de las conductas. A pesar de la falta de mención al contratista en la denuncia, el Tribunal podría haber entrado a considerar su participación en los hechos y a delimitar su responsabilidad (o irresponsabilidad) *antitrust*. No lo hizo en absoluto.

Desde ese momento, han sido cinco los casos que han planteado la responsabilidad de entidades públicas por la gestión de actividades públicas cuya prestación correspondía a contratistas o concesionarios. Con leves diferencias, todas siguieron el esquema básico de *Cursos de inglés*. En ninguno de los expedientes derivados de procedimientos contractuales se culminó la investigación contra los contratistas o concesionarios; quienes por ello no fueron sancionados. Hubo inicialmente tenues intentos de implicarlos en el expediente. En las dos resoluciones *Gremio de Empresarios de Cine de Cataluña*, inmediatamente posteriores a *Cursos de inglés*, el servicio de investigación pretendió dirigir la acusación contra el contratista. Sin embargo, el Tribunal de la ACCO se pronunció *obiter dicta* en favor de la imputación de responsabilidad *antitrust* a los Ayuntamientos de Badalona y de Barcelona, por ser los titulares de las competencias que fundamentan la celebración de los contratos¹⁰⁶¹.

¹⁰⁶⁰ A título de ejemplo, en *Servicios Deportivos Logroño* el TDC dedica el grueso de sus razonamientos *obiter dicta* (Fundamento Jurídico Tercero) a explicar que una administración pública, aunque goce de prerrogativas de poder público, es una empresa a efectos del Derecho de la Competencia, cuando realiza actividades económicas. *Guarderías de Calatayud* recoge y sistematiza toda la doctrina emanada por las autoridades de competencia hasta la fecha (Fundamento Jurídico Sexto).

¹⁰⁶¹ «La DG manifiesta también que *Calaix de Cultura, SL* ha actuado en el caso concreto como un operador económico y, por lo tanto, le es de aplicación la normativa de defensa de la competencia de acuerdo con la disposición adicional cuarta de la LDC, y que, a priori, el responsable último de las proyecciones realizadas en el Punt Multimedia sería la empresa privada *Calaix de Cultura, SL*. El Tribunal quiere dejar constancia que la autoría de los hechos a efectos de la aplicación de la LDC sería del Ayuntamiento de Barcelona, a quien corresponde la titularidad de la competencia en el ámbito de las actividades y instalaciones culturales y de ocupación del tiempo de ocio de acuerdo con el artículo 66.3 del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, y que se concreta, de acuerdo con los artículos 58.3, 59 y 113.1 de la Carta Municipal de Barcelona –aprobada por la Ley 22/1998, de 30

A tenor de las grandes similitudes y de las escasas diferencias estructurales entre los casos tipo ‘centros deportivos’ y tipo ‘tanatorios’, los pronunciamientos debieran haber seguido el esquema propio de estos últimos. El contratista o concesionario es el sujeto principal y primario de responsabilidad *antitrust* en ambos modelos. Y lo es porque no concurre en él la causa principal de exención de responsabilidad de una empresa en sus relaciones con el poder público: la imposición por esta última a aquella de la obligación de ejecutar una conducta anticompetitiva.

En los casos objeto de estudio, opera plenamente el principio de responsabilidad especial de los operadores dominantes. Los contratistas gozaron de libertad plena para participar en los procedimientos de contratación o para aceptar el ofrecimiento de los ayuntamientos. De haber considerado que los pliegos o los contratos menores vulneraban la normativa de competencia, tenían la opción de no contratar y la posibilidad de denunciar las conductas del órgano de contratación ante las autoridades de competencia. Una vez celebrado el contrato, se entiende que han aceptado voluntariamente sus cláusulas y que al ejecutarlas las han hecho suyas.

Así lo entendió el TJCE en *Corinne Dobson*. A la hora de enjuiciar un abuso explotativo cometido en el segmento de los servicios mortuorios, afirma que:

«Esos mismos intervinientes han puesto de relieve también que los concesionarios no están en condiciones de «imponer» un determinado precio, puesto que las tarifas que han de aplicarse vienen fijados en el pliego de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas que forma parte de las condiciones de la concesión. Este argumento no puede admitirse. En efecto, de los autos se desprende que la concesión de los servicios exteriores de pompas fúnebres se considera en Francia como un contrato celebrado entre el municipio y la empresa concesionaria (...). Esta conclusión implica que el nivel de los precios es imputable a la empresa, pues ésta es plenamente responsable de los contratos que celebra.

Si los municipios hubiesen impuesto a sus concesionarios un determinado nivel de precios, absteniéndose de adjudicar la concesión de la gestión de los

de diciembre– en proporcionar ofertas culturales de interés para los ciudadanos y la promoción de iniciativas culturales en los distritos y en los barrios. El contrato de servicios formalizado con la empresa Calaix de Cultura, SL se enmarca en el ejercicio de estas competencias», RACCO, Gremio contra Ayuntamiento de Barcelona, Expte. 11/2009 pág. 5.

servicios exteriores a las empresas contratistas si éstas no aceptaban practicar precios particularmente elevados, dichos municipios se encontrarían en la situación a la que se refiere el párrafo 1 del artículo 90 [actualmente, artículo 106.1 TFUE]. La concesión exclusiva de los servicios exteriores de pompas fúnebres se incluye precisamente en esta situación».

En el momento actual, la atribución de responsabilidad *antitrust* a contratistas y concesionarios por los actos contrarios a los artículos 2 y 3 LDC producidos en la prestación contractual de servicios o actividades públicas, no equivale necesariamente a eximir automáticamente a la entidad pública contratante de tal responsabilidad. Tras el pronunciamiento del Tribunal Supremo en sus sentencias *SESCAM* y *Uva de Jerez* existen argumentos para sostener que dicha entidad contrata participaría de la infracción en concepto de facilitador (Capítulo I.1). Cuando las condiciones para contratar impuestas por aquella a los licitadores y contratistas tienen «*capacidad para incidir en el mercado y restringir la competencia*», la entidad debe responder, puesto que es dicha capacidad la que determina la sujeción al derecho de la competencia, «*no tanto por la naturaleza pública o privada de la entidad o institución, ni por las características externas de la actuación o la forma que ésta adopte*»¹⁰⁶².

No obstante, esta extensión de la responsabilidad a los órganos de contratación habría de cohererarse con la doctrina *FENIN/SELEX*, que exime a los entes contratantes de responsabilidad antitrust por abuso de posición de dominio por ser clientes finales; es decir, debido a que los bienes y servicios contratados no se destinan al mercado¹⁰⁶³. Sin embargo, esta conclusión se ve desmentida en los contratos de gestión de servicios públicos o de servicios en los que el destinatario final es el usuario (servicios deportivos, funerarios, abastecimiento de agua potable, recogida de basuras, etc).

Como se estudió en el Capítulo I.1.2.1, la sentencia comunitaria *SELEX* permite discutir la doctrina de las autoridades de competencia españolas que excluye del Derecho de la competencia los casos de prestación directa o contractual de ciertos servicios –fundamentalmente, actividades deportivas– por entidades locales en

¹⁰⁶² STS 1833/2016, de 18 de julio, Sala C-A, Secc. 3ª, Rec. Casación 2946/2013.

¹⁰⁶³ SSTJUE FENIN y SELEX cit.

conurrencia con empresas privadas (Capítulo III, epígrafe 8 de este estudio). Como arriba se indicó esta sentencia sostiene una actividad puede ser económica aunque persiga el interés general y se ejercite normalmente por entidades públicas, incluso a título gratuito, siempre que pueda ser desarrollada por operadores privados. Estas características están presentes en las actividades deportivas antedichas, lo que justificaría la aplicación del Derecho de la competencia y la responsabilidad del ente contratante o del adjudicatario del contrato o concesión.

IX. OTRAS PRÁCTICAS EXCLUSIONARIAS

En esta sección son objeto de estudio comportamientos abusivos cuya plasmación en las decisiones administrativas y en las resoluciones judiciales es mucho menor (oferta global, innovación predatoria). También se analizan prácticas típicas pero extrañas a la contratación pública, comparándolas con su carácter abusivo en sectores próximos (acuerdos exclusivos y descuentos).

1. Innovación predatoria

1.1. Una contradicción aparente

En la sociedad actual, ‘innovación’ y ‘tecnología’ son términos unánimemente ligados a ideas positivas. Pero sus relaciones con el Derecho de la Competencia distan de ser pacíficas. Por un lado, la eficiencia alocativa se incrementa cuando los avances tecnológicos mejoran la utilidad que los consumidores obtienen de sus recursos limitados. La innovación continua minora los costes de producción y aumenta la eficiencia productiva. También es capaz de reducir o incluso de desintegrar situaciones monopolísticas al generar condiciones de competencia donde no existían. En estos casos, la eficiencia económica se ve favorecida, puesto que la competencia empuja hacia abajo los precios de los productos, acercándolos a los costes marginales y a los costes totales medios en su mínima expresión.

A la inversa, la innovación puede fomentar la creación de monopolios basados en patentes o en la ventaja de ser el primero. Es perfectamente admisible la concentración

de poder de mercado en un solo operador ganada de forma legítima («*on the merits*»). Pero el uso por el dominante de las innovaciones científicas, tecnológicas y organizativas para impedir la entrada o expulsar a los rivales del mercado (principal o conexo) figura entre las conductas constitutivas de abuso de posición de dominio, bajo el nombre de innovación predatoria. Estrictamente, consiste en la alteración de uno o más elementos técnicos de un producto para limitar o eliminar la competencia¹⁰⁶⁴.

A diferencia de la predación ordinaria, la innovación predatoria no recae sobre los precios (predación no monetaria o *exclusionary non-price predatio*)¹⁰⁶⁵. Su carácter anticompetitivo exige la concurrencia simultánea de cuatro requisitos: material, teleológico, instrumental y dañino (para los consumidores). En primer lugar, el uso espurio de nuevas técnicas, como el rediseño de productos, que en sí mismas no son dañinas para la competencia en el mercado afectado. En segundo lugar, el objetivo del dominante es impedir la competencia, consolidar su posición o cambiar artificialmente la estructura del mercado para hacer más difícil que los nuevos operadores tengan éxito¹⁰⁶⁶. En tercer lugar, los contenidos innovadores del nuevo producto son secundarios, marginales o un mero pretexto para frustrar la acción de los rivales. Por último, el rediseño o conducta similar son susceptibles de perjudicar a los consumidores debido a la minoración del producto o de su calidad o el incremento de su precio¹⁰⁶⁷.

Cuando concurren estos requisitos, las autoridades de defensa de la competencia no sólo no deben proteger las conductas. Deben desalentarlas y, si procede, sancionarlas. Ahora bien, la doctrina judicial (estadounidense) ha sido muy prudente a

¹⁰⁶⁴ SCHREPEL, THIBAUT, «Predatory Innovation: A Response to Suzanne Van Arsdale & Cody Venzke», *Harvard Journal of Law & Technology*, junio, 2017. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2986246>, p. 1. Un amplio estudio sobre esta figura se encuentra en SCHREPEL, THIBAUT, «Predatory Innovation: The Definite Need for Legal Recognition», julio 2017, *SMU Science and Technology Law Review* (Forthcoming). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2997586>.

¹⁰⁶⁵ Sobre la diferencia entre la predación sobre el precio y la innovación predatoria y la de esta última con el *tying* tecnológico (en los mercados de *hardware* y *software*), ver MONTAGNANI, MARIA LILLÀ, «Predatory and exclusionary innovation: which legal standard for software integration in the context of the competition v intellectual property rights clash?», 37, *IIC*, 2006. El autor accedió al documento pre-impreso, en *Bocconi Legal Studies Research Paper* No. 2006-12. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=804985>.

¹⁰⁶⁶ Circuito Federal, 1998, *C.R. Bard, Inc c. M3 Systems, Inc.*, 157 F .3d, 1382.

¹⁰⁶⁷ Para un estudio detallado de esta figura en el Derecho estadounidense, ver JACOBSON, JONATHAN, SHER, SCOTT y HOLMAN, EDWARD, «Predatory innovation: an analysis of *Allied Orthopedic v Tyco* in the context of Section 2 Jurisprudence», *Loyola Consumer Law Review*, Volumen 23:1, pp. 2-33.

la hora de enjuiciar estas prácticas¹⁰⁶⁸. Rechazó el criterio de la anticompetitividad *per se* y optó por el test *Microsoft*. Conforme al mismo, el denunciante debe demostrar (1º) el efecto exclusionario del rediseño; (2º) la concurrencia de alguna justificación objetiva de la conducta; (3º) que el efecto exclusionario prevalece sobre la justificación objetiva¹⁰⁶⁹. Además, el rediseño no es predatorio cuando proporcione un beneficio nuevo a los consumidores, reduzca los costes de producción y aumente el rendimiento del producto, salvo que concurra alguna otra conducta predatoria o exclusionaria¹⁰⁷⁰.

1.2. En la contratación pública

La contratación pública no es un sector exento de la predación innovadora. Para que esta sea anticompetitiva ha de cumplirse la máxima general propuesta por la doctrina más autorizada: que el caso sea excepcional y existan evidencias de que el producto ha sido introducido o alterado únicamente con el objetivo de que los productos de los competidores sean incompatibles y excluirlos del mercado, en detrimento de los consumidores¹⁰⁷¹.

Más concretamente, la innovación predatoria queda restringida a los contratos públicos dotados de un componente científico o tecnológico significativo. Por ejemplo, en los contratos de provisión de servicios informáticos, el contratista incumbente debe garantizar la interoperabilidad de su producto con el de su eventual sucesor. Durante la ejecución del contrato y con el fin de garantizarse la victoria en la futura licitación, está en su mano rediseñar alguno de los elementos del servicio (p.ej., el software) dentro de los no muy estrictos límites que los artículos 203 a 207 LCSP imponen a las modificaciones contractuales.

¹⁰⁶⁸ Es ya clásica la doctrina del Circuito del Distrito de Columbia (*United States Court of Appeals*) en *United States c. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 65: «Los tribunales son muy escépticos sobre las afirmaciones de que la competencia ha sido perjudicada por los cambios de diseño de un producto de una empresa dominante». El mismo Circuito y en idéntico sentido, *United States Court of Appeals*) en *United States c. Microsoft Corp.*, 147 F.3d 935, 948.

¹⁰⁶⁹ *Microsoft*, 253 F.3d, 58-59.

¹⁰⁷⁰ Tribunal del Noveno Circuito, *Allied Orthopedic Appliances, Inc. C. Tyco Health Care Group*, 592 F.3d, 2010, 998-999, 739, 1000.

¹⁰⁷¹ O'DONOGHUE, y PADILLA, 2013, cit., p. 649. Citan como caso a seguir, en la Unión Europea, la Decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 1988 relativa a un procedimiento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE (IV/30.979 y 31.394, *Decca Navigator System*, O L 43 de 15.2.1989, p. 27/48.

El objetivo del contratista es hacer inconvertible su producto con el de cualquier otro posible rival. El órgano de contratación se verá condicionado a la hora de redactar las especificaciones técnicas y funcionales en el pliego de prescripciones técnicas. Es muy posible que en el siguiente procedimiento de contratación ocurra alguna de las tres situaciones siguientes: (a) Los restantes licitadores sean excluidos; (b) La única oferta presentada sea la del contratista incumbente; (c) Se sustituya el procedimiento abierto o restringido por un procedimiento negociado sin publicidad por no existir otras ofertas adecuadas o por exclusividad técnica (artículo 168.a) 1º y 2º LCSP)¹⁰⁷².

Sin perjuicio de que existen otros sectores de la contratación pública susceptibles de padecer esta práctica (defensa, investigación, transporte, etc.), cabe destacar tres ámbitos: la compra de medicamentos, la contratación innovadora y las consultas preliminares al mercado.

1.2.1. Compra de productos farmacéuticos

Los mercados farmacéuticos son propensos a la innovación depredadora. Los medicamentos de marca suelen estar protegidos por patentes. Cercana la expiración de los derechos exclusivos, los laboratorios dominantes aumentarán la tentación de estirar artificialmente la vida de patentes. Y pondrán en práctica dichos comportamientos en todos los mercados en los que quieran proteger su posición de dominio; también en las ventas a hospitales públicos. Por lo tanto, en la contratación pública pueden darse comportamientos tipo *Warner Chilcott* o *Allied Orthopedic*.

Warner Chilcott tuvo su preámbulo en enero de 2000, cuando la firma del mismo nombre, adquirió Ovcon 35, un anticonceptivo oral de marca, no protegido por ninguna patente. En septiembre de 2001, otra firma, Barr, anunció la voluntad de presentar una solicitud para vender una versión genérica de Ovcon 35 con un descuento del 30 por ciento con respecto al medicamento de marca. Warner Chilcott entró en pánico y decidió intercambiar una forma masticable de Ovcon 35 antes de la entrada genérica. El propósito era introducir un nuevo factor - el rediseño del fármaco de marca - que impidiese que fuera reemplazado por el genérico sin la prescripción previa del médico

¹⁰⁷² Sobre la interoperabilidad como causa de innovación predatoria, ver VAN ARSDALE, SUZANNE y VENZKE, CODY, «Predatory Innovation in Software Markets», *Harvard University Journal of Law & Technology*, Volumen 29, Número 1, primavera 2015, pp. 246-253.

del paciente. Sin embargo, la Comisión Federal de Comercio encontró que la práctica pretendía cerrar el mercado a la entrada de un nuevo rival¹⁰⁷³.

Allied Orthopedic se siguió contra Tyco, uno de los primeros participantes en el mercado de la oximetría de pulso. Esta técnica incluye tanto sensores (que se fijan al cuerpo del paciente) como monitores (que reciben e interpretan señales de un sensor y luego muestran el nivel de oxigenación sanguínea del paciente). Tyco estableció una posición dominante con respecto a una base instalada de monitores. Originalmente, su tecnología estaba protegida por patentes que impedían a los competidores vender sensores compatibles con la base instalada de monitores. Sin embargo, cuando las patentes expiraron en 2003, los competidores introdujeron sensores genéricos que eran compatibles con la versión anterior de monitores de Tyco. Tyco, anticipando la expiración de la patente, introdujo una nueva versión patentada de sensores y monitores. La nueva línea de productos se llamó los productos «OxiMax». Debido a los cambios de diseño, los sensores genéricos ya no eran compatibles con los nuevos monitores OxiMax. En el juicio, Tyco presentó pruebas de que el nuevo sistema «OxiMax» redujo los costos para el cliente y tuvo algunos beneficios tecnológicos. Pero con la introducción de los nuevos productos OxiMax, los sensores genéricos ya no serían compatibles con los nuevos monitores OxiMax. Tanto el Tribunal de Distrito como el del Noveno Circuito rechazaron que la conducta fuese anticompetitiva, atendiendo a los beneficios del cambio de diseño para los usuarios finales.

1.2.2. Compra pública innovadora

Los procedimientos contractuales en los que la innovación es el *leiv motiv* de la compra pública son un campo fértil para la innovación predatoria. Especialmente aquellos (compra pública de tecnología innovadora, asociación para la innovación) cuyo objeto es la obtención de bienes o servicios nuevos con base en ideas y tecnologías ya existentes. Es factible que el dominante en el mercado de la tecnología de base esté en condiciones de presentarse a la licitación innovadora. Con el fin de evitar la competencia de otros licitadores, aquel puede (a) bloquear el acceso a aquella tecnología sobre la que posee derechos exclusivos (denegación de acceso) o sobre estándares de patentes esenciales para desarrollar el nuevo producto; (b) condicionar

¹⁰⁷³ Tribunal del Distrito de Columbia, *FTC c. Warner Chilcott Holdings Co.*, No 1:05 cv-02179-CKK, 23 de octubre de 2006.

decisivamente al órgano de contratación para que defina las especificaciones técnicas y funcionales del producto buscado de forma que sean satisfechas únicamente con la oferta del dominante; es decir, con las variaciones que este haga sobre su producto de base

Parece más difícil aplicar la innovación predatoria en los contratos públicos cuyo objeto es la aportación de ideas nuevas (contratación pre-comercial). En sentido estricto, no existe en estos casos un producto previo cuya modificación o rediseño por el dominante cierre un mercado aún inexistente.

1.2.3. Consultas preliminares al mercado

El dominante cerrará el futuro contrato a sus rivales en esta fase preparatoria cuando influya en el órgano de contratación para que defina el objeto contractual en consonancia con la oferta presentada por aquel. De esta forma, al anunciarse la licitación, la proposición del dominante incluirá alguna variación en su producto tecnológico. Tan sólo este entrará en los estrechos márgenes previstos por las especificaciones técnicas o funcionales. Los demás carecen de toda posibilidad de resultar adjudicatarios del futuro contrato.

2. Oferta única y global

El punto de partida de esta figura es si cabe calificar de abusiva la oferta única presentada por un licitador a todos los lotes en que se divide el contrato cuando excluye por completo a los restantes co-licitadores, quienes formularon ofertas a lotes singulares.

El caso paradigmático es *Transport Maritime*¹⁰⁷⁴. 2006, la Asamblea territorial de Córcega licitó el contrato de gestión de servicios públicos para el transporte marítimo (de fletes y pasajeros) entre el puerto de Marsella y los puertos corsos. Concurrieron como licitadoras cuatro empresas. Tres de ellas hicieron ofertas individuales y alternativas a uno o varios puertos. La cuarta (SNCM) planteó una oferta global e

¹⁰⁷⁴ Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Décision n° 09-D-10 de 27 de febrero de 2009 *relativa a las prácticas realizadas en el sector del transporte marítimo entre Córcega y el continente.*

indivisible sobre la totalidad de las líneas. Dos participantes denunciaron a SNMC ante la Autorité de la Concurrence (AC) por entender que esta práctica era abusiva.

La autoridad de competencia francesa afirmó, en primer lugar, que el mercado coincidía con la licitación y que SNMC ostentaba la posición de dominio sobre él. Por lo que respecta al abuso, la resolución entiende: (1) que el principio de segmentación de ofertas es esencial para el respeto de la regla de competencia, puesto que permite al órgano de contratación compararlas y escoger la mejor; (2) sin embargo, la presentación de una oferta global no es anticompetitiva *per se*. Puede incluso tener efectos pro-competitivos, como son la obtención de economías de escala o la optimización de la producción. (3) Las ofertas globales tienen carácter anticompetitivo si comportan efectos exclusionarios y su único objetivo es cerrar el mercado a sus rivales¹⁰⁷⁵. A la hora de enjuiciar el caso concreto, la autoridad francesa calificó la práctica de abusiva por objeto y por efecto. Por objeto, dado que en el contexto económico subyacente - caracterizado por la imposibilidad de que los colicitadores planteasen ofertas globales- conducía necesariamente al cierre del mercado. Por efecto, a pesar de la anulación de la licitación, en base a la regla de los «efectos anticompetitivos potenciales»¹⁰⁷⁶.

Este tipo de abuso presenta unos contornos muy claros y unos límites muy precisos. Para que sea posible: (1) los pliegos del procedimiento han de autorizar la presentación de ofertas globales e indivisibles y de proposiciones parciales o bien no pronunciarse al respecto; (2) los colicitadores (igualmente eficientes) del dominante no están en condiciones de emular el tipo de oferta.

El ente contratante tiene en su mano evitar esta conducta a la hora de diseñar los pliegos de condiciones. Basta con dividir el contrato en lotes y restringir el número de lotes a los que cada licitador puede presentar ofertas o resultar adjudicatario¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷⁵ *Transport Maritime*, 148-153.

¹⁰⁷⁶ *Transport Maritime*, 177, 180.

¹⁰⁷⁷ Si bien esta restricción favorece la participación y el acceso de las PYMES a la contratación pública, su efecto sobre la competencia puede ser el contrario. Por ello, la decisión sobre este extremo ha de ser razonada y flexible. En su Considerando 79, la Directiva 2014/24 desarrolla este extremo. En primer lugar, «*Cuando los contratos estén divididos en lotes, los poderes adjudicadores deben estar autorizados a limitar el número de lotes a los que un operador económico puede licitar, por ejemplo con el fin de preservar la competencia o garantizar la fiabilidad del suministro. También deben estar autorizados a limitar también el número de lotes que pueda adjudicarse a cada licitador*». Sin embargo, «*el objetivo de facilitar un mayor acceso a la contratación pública a las PYME podría verse mermado si se obligara a los poderes adjudicadores a adjudicar el contrato lote por lote,*

3. Denigración

La *Autorité de la Concurrence* francesa ha castigado la denigración de los productos de los competidores por contratistas públicos en dos resoluciones ligadas a los mercados farmacéuticos (*Buprenorphine* y *Teva Santé*). La principal diferencia entre ambas radica en que la primera sanciona la denigración como parte de una estrategia abusiva más amplia, que incluía además los descuentos por fidelidad. En la segunda resolución, la degradación del competidor es la única conducta cometida y, por lo tanto, sancionada.

En el caso de la buprenorfina, el dominante (Schering-Plough) organizó desde mediados de febrero hasta mayo de 2006 seminarios y reuniones telefónicas y preparó plantillas de venta para sus representantes médicos y farmacéuticos para que pudieran difundir un mensaje alarmista a médicos y farmacéuticos sobre los riesgos de prescribir o dispensar el genérico *Arrow*, a pesar de que no tenía acceso a ningún estudio médico específico para justificar tal posición. Por ejemplo, durante un seminario de formación para los representantes médicos, se les pidió que «inculcarán ciertas» dudas «en la mente de los farmacéuticos en relación con el cambio». Simultáneamente, Schering-Plough finalizó su plan, antes de que el producto genérico llegara incluso al mercado, ofreciendo descuentos considerables a los farmacéuticos sin pretender obtener nada a cambio, simplemente para evitar la entrada de su competidor¹⁰⁷⁸.

En *Tevá Santé*, y ante un comportamiento denigratorio muy similar al del caso precedente, el Conseil de la Concurrence aprovechó un caso de denigración en la contratación pública para recoger toda la doctrina anterior sobre este comportamiento anticompetitivo¹⁰⁷⁹. De principio, la denigración de los competidores es una conducta desleal que sólo genera responsabilidad frente al competidor ofendido.

La Autoridad de Competencia francesa establece tres requisitos para que este comportamiento sea constitutivo de un abuso de posición de dominio. En primer lugar, ha de existir un vínculo entre la posición de dominio y el comportamiento denigratorio. La autoridad de la Competencia deberá, en segundo lugar, comprobar si el discurso

aunque ello supusiera tener que aceptar soluciones bastante menos ventajosas respecto de una adjudicación que reúna varios o todos los lotes».

¹⁰⁷⁸ Ver el siguiente epígrafe, relativo a los acuerdos exclusivos y descuentos por fidelidad.

¹⁰⁷⁹ Conseil de la Concurrence, Décision n° 13-D-11 de 14 de mayo de 2013 relativa a las *prácticas ejecutadas en el sector farmacéutico*.

comercial del dominante se basa en constataciones objetivas o tan sólo en asertos no verificados. Entre los elementos que la autoridad de competencia examinará para determinar la existencia de este vínculo figuran la notoriedad del dominante, y su reputación en el mercado. Tanto la resolución comentada como en otra anterior (n° 07-D-33) hacen referencia a que la autoridad debe tomar en consideración el hecho de que la empresa dominante en cuestión «gozaba, a los ojos del público en general, de la reputación de un antiguo monopolio que gestionaba un servicio público»¹⁰⁸⁰.

En tercer lugar, la autoridad de competencia habrá de determinar si dicho discurso es capaz de influenciar la estructura del mercado. Para ello, examinará sus efectos esperados o reales entre los socios y clientes de los rivales. No es preciso demostrar que el comportamiento denigratorio ha producido efectos concretos. Basta con acreditar que es capaz por sí mismo de restringir la competencia. El comportamiento se diferencia de la crítica en la medida en la que busca obtener una ventaja competitiva penalizando a su rival¹⁰⁸¹.

En el Derecho español, la LCD incluye a la denigración o desacreditación de los competidores, sus productos o marcas como uno de los tres supuestos en los que cabe considerar que la venta a pérdida es una práctica comercial desleal (artículo 17.2.b). Las conductas denigratorias son «actos de competencia desleal» a los efectos del artículo 3 LDC. Por ello, las cometidas por licitadores o contratistas son sancionables como falseamientos de la competencia, siempre que concurra el segundo requisito previsto en el artículo 3 LDC (falseamiento de la libre competencia que afecte al interés público). Cabría preguntarse si son enjuiciables por la vía del artículo 2 LDC cuando aquellos ostentan posición de dominio.

La doctrina establecida por el Tribunal Supremo en *Planes Claros y Telefónica/Astel* implica que la respuesta ha de ser negativa. El Alto Tribunal entiende que la normativa de defensa de la competencia (Ley 16/1989, en la fecha) ofrece un tipo sancionador específico para los actos desleales. Estos sólo son sancionables en cuanto prácticas anticompetitivas si concurren las condiciones impuestas por el artículo 3 LDC

¹⁰⁸⁰ Décision n° 13-D-11, párr. 366, 367 y 369.

¹⁰⁸¹ Décision n° 13-D-11, párr. 365 y 368.

(artículo 7 Ley 16/1989). Tal conclusión no se ve alterada cuando el infractor es un operador dominante¹⁰⁸².

Sin embargo, la concepción amplia del abuso en el Derecho comunitario permite defender que las conductas denigratorias de licitadores o contratistas dominantes que no reúnan los requisitos previstos en el artículo 3 LDC sean enjuiciables por abuso de posición de dominio. Esta es una categoría abierta que abarca toda explotación abusiva de la posición de dominio en el mercado. Los ejemplos citados en los artículos 102 TFUE y 2 LDC no son *numerus clausus*¹⁰⁸³. Por lo tanto, todo comportamiento adoptado por el operador dominante en el ámbito de la contratación pública, susceptible de cerrar el mercado en perjuicio de los consumidores y carente de justificación objetiva es un abuso anticompetitivo y sancionable como tal en vía administrativa o jurisdiccional¹⁰⁸⁴. Cabe preguntarse si el Conseil de la Concurrence hubiera preferido la solución prevista en el artículo 3 LDC española, en el caso de que la ley francesa dispusiese de un precepto equivalente. La conclusión más probable es que no. Las razones son dos: (1) la denigración puede ser una práctica abusiva autónoma; (2) el artículo 3 LDC es para mucha doctrina prescindible e incluso contraproducente, que debiera reconducirse bien a la doctrina de los comportamientos desleales o a la del abuso de posición de dominio.

¹⁰⁸² STS de 20 de junio de 2006, *Planes Claros*, Rec. Casación 9174/2003, F.J. 9º: «En efecto, existiendo en la Ley 16/1989 un tipo sancionador específico para los actos desleales en cuanto prácticas anticompetitivas no cabe prescindir de los requerimientos materiales del artículo 7 de dicha Ley para concluir que toda conducta desleal cometida desde la posición de dominio resulta automáticamente sancionable incluso en los casos en que no distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado con perjuicio del interés público. Por decirlo en otros términos, la explotación abusiva por una empresa de su posición de dominio en un mercado será sancionable (...), cuando se lleve a cabo mediante alguna de las conductas tipificadas en el apartado dos de aquél o en otras que respondan a los perfiles propios del tipo sancionador, lo cual no necesariamente ocurrirá por el mero hecho de que aquella empresa actúe de modo desleal respecto de otra». Esta posición fue confirmada por la STS de 20 de abril de 2010, Rec. Casación 3337/2007, *Telefónica/Astel*. Respecto de esta doctrina, ver COMENGE PUIG, MIGUEL, «Los “planes claros” y los abusos consentidos», *Anuario de la Competencia*, Nº1, 2006, pp. 447-480.

¹⁰⁸³ STPI, *Microsoft*, apartado 860 y jurisprudencia citada.

¹⁰⁸⁴ Hoffman-La Roche, apartado 91, identifica al abuso de posición de dominio con la obstaculización del mantenimiento del nivel de competencia o de su desarrollo por medios diferentes de los que rigen una competencia normal.

4. Acuerdos exclusivos y descuentos por fidelidad

En principio, estas dos categorías de abuso no pueden darse en la contratación del sector público por tres motivos: la regla de la oferta más baja, la temporalidad de los contratos y el sometimiento a procedimientos competitivos. Por regla general, la adjudicación de un contrato público recaerá a favor del licitador que ofrezca el precio más bajo (dicho de otro modo, el mayor descuento). En ningún caso puede el contratista incumbente fidelizar al ente contratante, puesto que todos los contratos públicos tendrán un término improrrogable, tras el cual el órgano de contratación convocará una nueva licitación, de la que saldrá ganador el contratista actual u otro distinto.

En mercados como el farmacéutico, además de la contratación pública para hospitales y centros de salud públicos, existen otros dos métodos de adquisición: (1^a) compras –públicas- para la dispensación de medicamentos en farmacias; y (2^a) compras para hospitales y centros de salud privados. En ambos casos, la imposición de acuerdos exclusivos y, sobre todo, de descuentos por fidelidad, dista de ser excepcional¹⁰⁸⁵.

Como ejemplo de descuentos de fidelidad en las compras para farmacias, destaca el caso de la *buprenorfina*¹⁰⁸⁶. La Autoridad de competencia francesa conoció una

¹⁰⁸⁵ A diferencia de la predación, los descuentos por lealtad no son anticompetitivos porque reducen demasiado los precios, sino porque imponen una exclusividad (injustificada) a los clientes. Ver WHISH, RICHARD, «Intel v. Commission: Keep Calm and Carry on!», *Journal of European Competition Law & Practice*, (2015) 6 (1): 1-2.

¹⁰⁸⁶ Ver Counsel de la Concurrence, Decisión n° 13-D-21 de 18 diciembre de 2013, *relativa a las prácticas realizadas en el mercado francés de la buprenorphina en altas dosis, comercializada en farmacias*. En este caso, las prácticas abusivas no tienen lugar en la contratación pública. Se trata de la venta de medicamentos genéricos a las farmacias. Sin embargo, la legislación francesa permite la compra directa de medicamentos por las farmacias de los hospitales además de las que se realizan a través de licitaciones.

En primer lugar, Schering-Plough difundió por muy diversos medios un mensaje alarmista a médicos y farmacéuticos sobre los riesgos de prescribir o dispensar el genérico Arrow. Debe recordarse que la denigración como comportamiento antimonopolio en los mercados de atención de la salud no es excepcional. Las Autoridades de la Competencia pueden calificar una práctica de denigración bajo las reglas de competencia, si resulta de un acuerdo o proviene de una empresa dominante. También comprueba si el discurso comercial es probable que afecte a la estructura del mercado, tratando de examinar sus efectos esperados o reales sobre los clientes potenciales del competidor objetivo y su efecto potencial disuasivo para los consumidores». Véase la Conseil de la Concurrence, Decisión n° 12-D-19, de 26 de septiembre de 2012, *relativa a las prácticas en el sector y blanqueo y blanqueo de dientes*, par. 81, 93.

En segundo lugar, entre enero y agosto de 2006, Schering-Plough finalizó su plan, antes de que el producto genérico se introdujera en el mercado, ofreciendo descuentos considerables a los farmacéuticos sin pretender obtener nada a cambio, simplemente con el fin de impedirles obtener suministros de Flecha. El objeto y efecto de estos descuentos fue saturar pasillos de farmacia con cajas de Subutex®. También se otorgaron opciones de pago fáciles (prórroga de plazos de pago, reducciones) además de las opciones de pago generalmente ofrecidas a los farmacéuticos. Con el

denuncia por descuentos abusivos (y conducta desleal) en el sector farmacéutico. Subutex® es un medicamento prescrito para el tratamiento de la adicción a los opiáceos (especialmente la heroína) de los toxicómanos. En 1997, Schering-Plough adquirió los derechos exclusivos de venta de Subutex® en Francia de Reckitt Benckiser (fabricante de Subutex®). A cambio, el primero pagó regalías a este último. En marzo de 2006, Arrow lanzó su equivalente genérico. Con anterioridad, Schering-Plough y Reckitt Benckiser adoptaron un plan francés contra los genéricos, mediante dos acciones: una campaña de desprestigio global y estructurada (denigración) y un esquema de descuentos de lealtad.

Como ejemplo de esta conducta en las compras de fármacos por hospitales privados, el también francés caso *Abbott*¹⁰⁸⁷. Ante la caducidad de su patente y la entrada de genéricos, la empresa del mismo nombre acordó con las tres grandes centrales de compras de medicamentos para centros privados la reducción sustancial de las tarifas a cambio de alcanzar acuerdos exclusivos de ventas.

5. Oferta «con precio cero» no predatoria

A pesar de existir algún antecedente en el Derecho español (caso *Arbora* y *Ausonia*), en el epígrafe dedicado a las ofertas predatorias se discutió el asentamiento de las ofertas con precio cero en dicha categoría. A continuación, se analiza si tales ofertas podrían ser encuadradas en otros tipo de abuso; en particular, en las ventas encadenadas (*bundling*) y, con mayores reservas, en la denegación de acceso. No parece aplicable, sin embargo, la doctrina de los descuentos anticompetitivos.

incentivo de estos descuentos y opciones de pago fáciles, los farmacéuticos acumulaban grandes existencias del producto originador para durar varios meses.

El comportamiento anticompetitivo del dominante tiene varias características que hacen que este caso sea significativo. En primer lugar, el abuso fue precedido por un acuerdo vertical entre el dominante y el fabricante del medicamento de marca. Dado que este último suministra la medicina en todo el mundo, su participación en la estrategia abusiva aumenta los riesgos de contagio de estas prácticas o similares a otros países. En segundo lugar, las prácticas abusivas intentaron perjudicar la reputación del medicamento genérico entre todos los profesionales que participan en el ciclo de vida del genérico: los médicos (denigración) y los farmacéuticos (descuentos por lealtad). En tercer lugar, a diferencia de los dos casos siguientes, el abuso no está relacionado con el precio del medicamento, sino con una estrategia de mejora de la lealtad

¹⁰⁸⁷ Conseil de la Concurrence, Decisión n° 01-D-23 de 10 de mayo de 2001, relativa a *las prácticas de la sociedad Abbott en el mercado de productos anestésicos*.

5.1. Ofertas encadenadas

Un operador hiperdominante o monopolista en el mercado del bien o servicio que es objeto del contrato administrativo puede supeditar su participación en la licitación a que el ente contratante le compre otro producto, sea en el mismo procedimiento de contratación, sea en otro o por la vía de la adquisición directa. Esta situación, denominada *tying* o ventas encadenadas ha sido objeto de estudio en el epígrafe V de este capítulo.

Para que una oferta con precio cero integre una venta vinculada de carácter abusivo, ha de reunir los requisitos expuestos por la Comisión y aceptados por el TPI en *Microsoft I*. En primer lugar, el licitador ha de ser dominante en el mercado del producto objeto del contrato o concesión pública. Como se afirma reiteradamente en este estudio, son muchos los sectores en los que el contratista goza de monopolio sobre el mercado del contrato o concesión. El ejemplo paradigmático es el sector funerario. En segundo lugar, los productos vinculante y vinculado han de ser distintos y susceptibles de venta separada. En tercer lugar, el operador dominante no ofrece al ente contratante (en la licitación) o terceros (durante la ejecución del contrato) la posibilidad de obtener separadamente el producto vinculado. En cuarto lugar, la venta asociada restringe la competencia en el mercado del producto asociado. Por último, el comportamiento abusivo no está objetivamente justificado ni presenta eficiencias significativas¹⁰⁸⁸.

Dada la configuración de los procedimientos de contratación en España, no cabe que un licitador imponga de forma directa al ente contratante la venta conjunta. Sin embargo, debe analizarse la posibilidad de que el licitador aplique una coerción indirecta pero suficiente para “convencer” al cliente público de aceptar una oferta con precio cero. En ambos casos, el objetivo es idéntico: lograr que el producto vinculado entre en el mercado de la contratación pública o que mejore su posición en él frente a los de sus rivales. Si el licitador dominante adopta una estrategia de ‘oferta económica a precio cero’, el cliente público adquiere el producto o servicio vinculado no porque sea el mejor en calidad, sino porque es el único medio de obtener el deseado o de hacerlo en condiciones favorables¹⁰⁸⁹. Esta no es sino una forma de ‘coerción’ del dominante sobre

¹⁰⁸⁸ STPI, de 17 de septiembre de 2007, T-201/04, *Microsoft/Comisión*, 854-859.

¹⁰⁸⁹ AREEDA, PHILIP E. y HOVENKAMP, HERBERT, *Fundamentals of Antitrust Law*, 3ª edición, 2007, 1702.

el órgano de contratación. Pero no cabe entenderlo como la forma convencional de coerción, dado que el órgano de contratación no ha sido privado de su libertad de elección y puede (debe) adjudicar el contrato conforme a Derecho. En realidad, el órgano de contratación está siendo empujado (*'nudged'*) a aceptar una oferta por la promesa de gratuidad absoluta.

El caso *Van den Bergh Foods* (VB) ejemplifica esta situación¹⁰⁹⁰. VB suministraba gratuitamente congeladores a las heladerías, siempre que los utilizaran exclusivamente para los helados VB. El TJUE determinó que los acuerdos de distribución exclusivos de VB constituían una vinculación ilegal. A pesar de que era teóricamente posible para los minoristas vender helados de otros minoristas, el espacio limitado en las heladerías y la popularidad de la gama de productos de VB habría llevado a los minoristas racionales a vender solo helados VB y a abstenerse de vender otras marcas de helados de surtidor. La entrega gratuita de los congeladores aumentaba aún más las barreras de entrada para otros proveedores de helados¹⁰⁹¹.

Para el Tribunal Supremo norteamericano, la coerción, en cualquiera de sus modalidades, es el requisito principal para la antijuridicidad del *tying*¹⁰⁹². Desde esta perspectiva, el órgano de contratación que adjudica al dominante el contrato de mediación a precio cero (producto vinculante) lo hace porque la aceptación de su oferta es obviamente menos costosa para obtener los servicios de una aseguradora (producto vinculado), que es el realmente buscado por el cliente público.

Catalogar la conducta estudiada como *tying* exige ampliar el concepto de coerción más allá de su significado más estrecho. Implica ir más allá de la imposición desnuda de la compra conjunta para extenderlo a conductas más lábiles, que muevan la voluntad del órgano de contratación hacia la dirección pretendida por el dominante, pero sin privarle

¹⁰⁹⁰ GAL, MICHAL y RUBINFELD, DANIEL L., "The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement" (January 1, 2015). *Antitrust Law Journal*, Vol. 80, No. 401, 2016

¹⁰⁹¹ STPI, T-65/98 *Van den Bergh Foods Ltd v Commission*.

¹⁰⁹² Tribunal Supremo, *Jefferson Par. Hosp. Dist. No 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 11, (1984). Frente a esta doctrina, el Tribunal del 4º Circuito sostuvo en *Stephen Jay Photography, Ltd v. Olan Mills, Inc*, 903 F. 2d 988, 990 (1990), que cuando el producto vinculante o el vinculado son entregados con precio cero al cliente no existe venta, por lo que falta el requisito ontológico fundamental de las ventas vinculadas. Como se observó más arriba, los tribunales de recursos contractuales han considerado que las ofertas a precio cero son válidas y dan lugar a verdaderos contratos públicos siempre que sea un tercero quien se encargue de la contraprestación (epígrafe 1.5.1). Ver NEWMAN, JOHN, M., *Antitrust in Zero-Price Markets: Applications*, Washington University Law Review, Volumen 94, No 1, 2016, pp. 97-98, http://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6238&context=law_lawreview.

de su capacidad de optar por la solución contraria. En gran medida, la aceptación de la tesis del denunciante dependerá de las circunstancias del caso concreto y de su capacidad de convicción.

5.2. Denegación de acceso

El ofrecimiento gratuito del producto vinculante al ente contratante bajo la condición *sine qua non* de que adquiriera por un precio el vinculado (o viceversa) es equivalente a negar el acceso separado a uno u otro. Esta situación ha sido considerada en algunas sentencias dictadas por los tribunales estadounidenses como denegación de acceso o de suministro (*refusal*)¹⁰⁹³.

No obstante los precedentes jurisprudenciales, lo cierto es que el objetivo fundamental de un proveedor que abusa de su posición de dominio al exigir la venta conjunta y rechazarla por separado no es prohibir el acceso a los productos vinculante y vinculado sino ‘colocar’ ambos a su cliente y con ello excluir o marginalizar a sus competidores en el mercado del producto vinculado.

5.3. Descuentos

La presentación de una proposición económica con precio cero equivale al ofrecimiento del máximo descuento posible. En el epígrafe IX.4 *supra* se argumenta por qué los descuentos abusivos no tienen cabida en el ámbito de la contratación pública.

Cuando el nivel de rebaja provoca que los precios estén por debajo de los costes tipo (marginales, totales medios, variables medios o incrementales medios), el Tribunal de Justicia no acude a la doctrina de los descuentos abusivos, sino al test de precios predatorios para resolver si reducciones tan significativas son constitutivas de abuso de posición de dominio¹⁰⁹⁴.

¹⁰⁹³ NEWMAN (2016), *cit.* pp. 106-107

¹⁰⁹⁴ STJUE de 27 de marzo de 2012, C-209/10, *Post Danmark*, 28 y 37.

X. ABUSOS EXPLOTATIVOS

Los abusos de posición de dominio explotativos están ligados al artículo 102 a) TFUE, que considera ilícito el «*imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas*». La conducta abusiva es explotativa cuando no se dirige contra los competidores del dominante en el mismo mercado o en otro conexo- sino contra sus clientes (*customers*) o consumidores (*consumers*), a quienes ‘explota’ imponiéndoles precios o condiciones excesivas o inequitativas y extrae de ellos rentas más allá de lo que resultaría de la competencia *on the merits* y que reducen su bienestar.

Los precios excesivos son el tipo más destacado de entre los abusos explotativos y, por ello, se les dedica el primer subepígrafe. El segundo aborda «*otros abusos explotativos*» se estudian otras conductas, imputables tanto al órgano de contratación como a los licitadores y contratistas.

1. PRECIOS EXCESIVOS

1.1. Reticencias del Derecho de la Competencia

El Derecho de la competencia comunitario ha asumido con muchos recelos la inclusión de los precios excesivos en el abuso de posición de dominio. Las reservas se encuentran ya en la multiplicidad de conceptos, tantos como escuelas económicas los han estudiado. Los teóricos de la organización industrial los definen como aquellos precios situados significativa y persistentemente por encima del nivel competitivo como consecuencia del ejercicio de poder de mercado por un operador económico¹⁰⁹⁵.

Directamente relacionado con su definición está la medición de cuándo el precio es excesivo. El parámetro debe ser el nivel de precios del producto o servicio en un mercado competitivo. Pero en ocasiones es imposible determinarlo¹⁰⁹⁶. La Jurisprudencia comunitaria ha pasado esta figura por el tamiz de la doctrina ordoliberal, de modo que un precio es excesivo cuando carece de relación con el valor económico

¹⁰⁹⁵ O'DONOGUE y PADILLA, 2013, *cit.* p. 733.

¹⁰⁹⁶ NIKPAY, *cit.* p. 512.

del producto o servicio proporcionado¹⁰⁹⁷. Una de las dificultades principales es decidir los métodos de medición de los costes de producción (costes históricos o actuales; en empresas multi-producto resulta difícil segmentar los costes para cada uno de los bienes o servicios)¹⁰⁹⁸. A la hora de determinar el ‘valor económico’, los tribunales acuden a una serie de parámetros, que se abordan en el subepígrafe 1.5, tanto a nivel general como en relación con la contratación pública.

Otras razones confluyen en la aversión de las autoridades de competencia a pronunciarse sobre cuándo un precio es o no excesivo. La libertad de empresa incluye la de fijar libremente los precios de venta de productos y servicios por lo que decidir si un precio es competitivo o explotativo es más una cuestión de intuición que de examen científico. La investigación sobre la magnitud de los precios arriesga el desincentivar a los empresarios más innovadores o eficientes¹⁰⁹⁹.

Se ha destacado que el pronunciamiento sobre el carácter competitivo de los precios conlleva una carga institucional y administrativa para la que no están dotadas las autoridades de competencia. El Tribunal Supremo norteamericano ha mantenido repetidamente esta posición en relación con las diferentes figuras de abuso exclusionario que recaen sobre los precios¹¹⁰⁰. Desde esta perspectiva, parece coherente encargar al regulador la tarea de pronunciarse sobre el carácter excesivo de los precios en los sectores regulados. La Unión Europea ha sido también muy poco receptiva a perseguir los precios excesivos por la vía del abuso de posición de dominio¹¹⁰¹. No obstante, a finales de 2016 la Comisaria de Competencia anunció - de un modo

¹⁰⁹⁷ Ver nota precedente.

¹⁰⁹⁸ WHISH, RICHARD y BAILEY, DAVID, *Competition Law*, 8th. Ed., Oxford, 2015, p. 760.

¹⁰⁹⁹ PAULIS, EMIL, «Session Three: Exploitative conduct and the remedies. Panel V. Part One: Exploitative conduct», en EHLERMANN, CLAUS, MARQUIS, MEL (eds.), *European Competition Law Annual, 2007. A Reformed Approach to Article 82 EC*, Oxford & Portland, 2008, pp. 477-478.

¹¹⁰⁰ *Pacific Bell Telephone CO., DBA AT&T California y otros contra Linkline Communications, inc y otros*, párr. 12: «(...) Problemas institucionales aconsejan rechazar tales solicitudes. Hemos enfatizado repetidamente la importancia de establecer reglas claras en Derecho de la Competencia. Los Tribunales están poco preparados para «actuar como planificadores centrales e identificar el precio adecuado, la cantidad y otros términos del negocio» (Trinko, 540 U. S. 408.). «Ningún tribunal debería imponer un deber de negociar que no pueda explicar o supervisar de forma adecuada y razonable. El problema debería ser considerado irremediable por la normativa de defensa de la competencia cuando el acceso obligatorio exige que el tribunal asuma controles diarios propios de las agencias reguladoras», Trinko, 415 . « (ver Areeda, *Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*, 58 *Antitrust L. J.* 841, 853 (1989)); ver también *Town of Concord v. Boston Edison Co.*, 915 F. 2d 17, 25 (CA1 1990)».

¹¹⁰¹ Para un estudio de las posiciones estadounidense y europea, ver ACKERMANN, THOMAS, «Excessive pricing and the goals of competition Law», en ZIMMER, DANIEL (ed.), *The Goals of Competition Law*, Edgar Elgar, 2012, pp. 349-371.

informal- un cambio de rumbo en la política del ejecutivo comunitario frente a los precios explotativos. En sus propias palabras, es el tiempo de clarificar «*cuándo deberíamos intervenir directamente para corregir tanto los precios excesivos como otras formas en las que las empresas explotan a sus clientes*». Como casos paradigmáticos de posible intervención situó los sectores gasístico y farmacéutico y los estándares de patentes esenciales. El límite máximo es que la acción comunitaria contra los precios excesivos no disuada o perjudique a la innovación¹¹⁰².

1.2. Procedencia de los precios excesivos en la contratación pública

1.2.1. Parámetros doctrinales

Los argumentos contrarios a la acción *antitrust* por precios excesivos han conducido a restringir su uso de forma casi absoluta en el ámbito comunitario. No obstante, esta figura tiene un lugar en la normativa de defensa de la competencia, al menos como ‘último recurso’¹¹⁰³; y no ha sido abandonada en el derecho de los Estados miembros¹¹⁰⁴. La doctrina ha diseñado series de parámetros que, aplicados de forma acumulativa, facilitan la identificación de los mercados candidatos para la aplicación de los precios excesivos¹¹⁰⁵. Su objetivo es reducir el riesgo de errores tipo I o tipo II¹¹⁰⁶.

¹¹⁰² VESTAGER, MARGRETHE, «Protecting consumers from exploitation», *Chillin’ Competition Conference*, Bruselas, 21 de noviembre de 2016.

¹¹⁰³ La Comisión parece postular el empleo de dos líneas sucesivas de actuación contra los precios excesivos: primera, una solución indirecta, por medio de la atención prioritaria a los abusos exclusionarios; segunda, los procedimientos de infracción al amparo del artículo 102.1.a) TFUE. La Comisaria de Competencia, Margrethe Vestager afirmó que «*necesitamos actuar con cuidado cuando abordemos los precios excesivos. La mejor defensa contra la explotación se halla en la habilidad (del cliente) para rechazar la oferta. De este modo, a menudo podemos proteger a los consumidores por la vía de impedir a las empresas poderosas de excluir del mercado a sus competidores. Pero todavía tenemos la opción de actuar directamente a través de la (técnica de los) precios excesivos*» (traducción del autor), VESTAGER, MARGRETHE, «Protecting consumers from exploitation», *Chillin’ Competition Conference*, Bruselas, 21 de noviembre de 2016.

¹¹⁰⁴ LAMADRID DE PABLO, ALFONSO, «On Excessive Pricing: The Common Ground in AG Wahl’s Opinion and Commissioner Vestager’s Chilling’Competition Speech», en el blog *Chilling Competition*, 3 de mayo de 2017, <https://chillingcompetition.com/2017/05/03/on-excessive-pricing-the-common-ground-in-ag-wahls-opinion-and-commissioner-vestagers-chillingcompetition-speech/>.

¹¹⁰⁵ Una relación comparativa de dichos criterios se encuentra en JENNY, FREDERIC, *Abuse of dominance by firms charging excessive or unfair prices: an assessment*, 11 de septiembre de 2016, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2880382>, pp. 38-42. También en PAULIS, EMIL, *Article 82 and Exploitative Conduct*, EUI, Robert Shuman Centre for Advanced Studies, 2007, EU Competition Law and Policy Workshop/Proceedings, pp. 4-7.

¹¹⁰⁶ EVANS, DAVID S., y PADILLA, A. JORGE., «Excessive prices: using economics to define administrable legal rules», *CEMFI Working Paper* n° 0416, Septiembre, 2004, pp. 23-30. Los errores tipo I o ‘falsos positivos’ debido al uso inadecuado de la doctrina de los precios excesivos son

Lo estimulante para este estudio es que un gran número de ellos son aplicables a los mercados de la contratación pública.

Un sector doctrinal entiende que los precios excesivos sólo son sancionables en casos excepcionales. Para su determinación emplean tres parámetros acumulativos (*three condition screening test*)¹¹⁰⁷. Primero, el mercado ha de soportar barreras de entrada elevadas y no transitorias, que conducen a una posición de super dominio o de monopolio. Segundo, la posición superdominante es debida a la posesión de derechos exclusivos o especiales o a la comisión de abusos exclusionarios no sancionados¹¹⁰⁸. Tercero, no existe un regulador específico con facultades para decidir sobre el carácter excesivo de los precios¹¹⁰⁹.

Las tres características concurren en ciertos contratos y concesiones de servicios o de obra pública. Especialmente porque en muchos casos, tales contratos articulan la ejecución de servicios públicos y de servicios de interés económico general (SIEG) cuya prestación han de asegurar los poderes públicos¹¹¹⁰. Y ello porque (se supone que) el mercado no está en condiciones de garantizarlos en condiciones de calidad, igualdad y universalidad. Un mercado estrecho y barreras de tipo legal, administrativo, urbanístico y financiero se suman para otorgar al adjudicatario el monopolio o superdominio sobre todo el mercado. Particularmente, cuando controla una infraestructura esencial (infraestructura eléctrica¹¹¹¹, tanatorio)¹¹¹², que precisa ser empleada por sus

particularmente peligrosos. Como afirman los autores, «*el coste de estos errores se traduce en la reducción de los incentivos que tienen las empresas para investigar e innovar. La disuasión no sólo tiene lugar en los sectores en los que la intervención tiene lugar sino en toda la economía. Los indicios falsos reducen los incentivos a invertir por la vía de minorar la tasa esperada de rendimientos en los sectores más innovadores*», p. 24.

¹¹⁰⁷ MOTTA, MASSIMO, STREEL, ALEXANDRE DE, «Excessive Pricing and Price Squeeze under EU Law», (2006), en C. D. Ehlermann, & I. Atanasiu (Eds.), *European Competition Law Annual 2003: What is an Abuse of Dominant Position?*, Oxford: Hart, 2006 pp. 109-112 y «Excessive Pricing in Competition Law: Never say Never?», *The Pros and Cons of High Prices*, Konkurrensverket (Swedish Competition Authority, 2007, pp.22-29.

¹¹⁰⁸ Otros autores citan tan sólo a los titulares de derechos especiales entre los ‘claros candidatos’ a incurrir en precios excesivos. Ver LAMADRID DE PABLO, ALFONSO, «On Excessive Pricing: The Common Ground in AG Wahl’s Opinion and Commissioner Vestager’s Chilling’ Competition Speech», en el blog *Chilling Competition*, 3 de mayo de 2017, <https://chillingcompetition.com/2017/05/03/on-excessive-pricing-the-common-ground-in-ag-wahls-opinion-and-commissioner-vestagers-chillingcompetition-speech/>.

¹¹⁰⁹ O’DONOGUE y PADILLA, 2013, cit. p. 775.

¹¹¹⁰ Decisión 2012/21/UE de 20 Diciembre, *Aplicación de las disposiciones del artículo 106.2 TFUE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general*, Considerando (1).

¹¹¹¹ *Emelat*, apartado 1.2.

competidores (abuso exclusionario) y/o por los clientes finales (abuso explotativo). Las elevadas barreras a la entrada y a la expansión implican, pues, que no exista presión efectiva del mercado para rebajar los precios a niveles competitivos¹¹¹³. También conducen a que los consumidores carezcan de alternativas reales a los productos o servicios ofrecidos por dominante¹¹¹⁴.

En casos tipo *Tanatorio de Catoira*, la instalación de infraestructuras mortuorias alternativas al tanatorio público presenta innumerables inconvenientes, atendida las limitaciones del mercado geográfico (ámbito municipal). Además de satisfacer las exigencias financieras, el operador precisa obtener autorizaciones administrativas y disponer de una reserva de suelo en los planes urbanísticos de la localidad. En el caso, la posición de dominio del concesionario (Pompas Fúnebres de Arosa) se ve reforzada por la existencia de una barrera de entrada de naturaleza administrativa: la concesión municipal del servicio de tanatorio. En virtud de dicho contrato, el Ayuntamiento de Catoira cedió al concesionario la parcela sobre la que se construyó el tanatorio, corriendo a cargo de éste el coste de ejecución de la obra. La concesión del servicio público supone una barrera de entrada por cuanto los potenciales rivales tendrían que competir sin la ventaja añadida que supone la cesión de la parcela por parte del ayuntamiento, teniendo por lo tanto que asumir la compra del terreno en el que edificar el tanatorio y la tramitación de todas las licencias necesarias para su construcción¹¹¹⁵.

En *Sorea*, el contrato administrativo está destinado a la prestación del servicio de distribución de agua a los ciudadanos, en el que se integra la realización de las obras para atender a los nuevos suministros de agua. Puesto que el mercado geográfico es municipal, la ejecución de dichas actividades ha sido reservada por el Ayuntamiento y la realización alternativa tendría unos costes desmesurados, nos hallamos ante un monopolio natural que sólo puede ser prestado por un operador económico.

En *Edelmag*, la Fiscalía Nacional Económica de Chile (FNE) consideró que la entrada de un nuevo competidor, que disciplinase el comportamiento del concesionario, era prácticamente imposible dadas las barreras de entrada legales existentes para la implementación de un sistema eléctrico, y debido a que un gran porcentaje de las

¹¹¹² Conseil de la Concurrence, Decisión 93-A-05, de 20 de abril de 1993, p. 67.

¹¹¹³ OFT, 1999, MOTTA y DE STREEL, 2006, nota a pie de página nº 51.

¹¹¹⁴ O'DONOGHUE y PADILLA, 2013, cit., p. 776.

¹¹¹⁵ *Tanatorio de Catoira*, apartado 57.

inversiones corresponden a costos hundidos. Por ende, la elasticidad precio de la demanda en este tipo de servicios es más bien pequeña, por lo que un aumento del 10% en las tarifas eléctricas no produciría una disminución significativa de la demanda para el concesionario y le sería rentable¹¹¹⁶.

En *Emelat*, la concesión del servicio público de distribución eléctrica otorga a Emelat exclusividad respecto de la intervención en sus redes, por lo que no existen otras empresas que puedan brindar los mismos servicios. La peculiaridad de este caso respecto de los restantes es que el monopolio alcanza a la totalidad del territorio nacional, pues tal es el mercado geográfico. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia chileno desestimó la denuncia porque la FNE no demostró que los precios impuestos fuesen injustificados¹¹¹⁷.

El segundo criterio tiene como fundamento que las empresas dominantes deben ser tratadas de forma diferente en función del origen de su poder de mercado. Cuando pruebe que este procede de su '*competition on the merits*', de la innovación o de inversiones arriesgadas, etc., no debe ejercitarse contra ellas la acción por precios excesivos¹¹¹⁸. Sí procede cuando el dominio del contratista se deba a una situación de monopolio nacida de la concesión de derechos exclusivos o especiales. En muchas ocasiones, los contratos y concesiones comprenden servicios de interés económico general - por ejemplo en el ámbito local (artículos 25 y 26 LBRL)- en mercados en los que no existe oferta previa (servicios mortuorios) o esta puede ser desplazada por el contratista o concesionario, que adquiere el monopolio del mercado.

En relación con el tercer requisito, este estudio defiende que el órgano de contratación ostenta la condición de regulador *de facto*. Ello significa, por ejemplo, que en el contrato de gestión de servicios públicos, el ente contratante debe velar porque el concesionario preste el servicio con la continuidad convenida y garantice a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas. Pero ello no exculpa al contratista, quien es responsable de una

¹¹¹⁶ *Edelmag*, párrs. 1.12 y 1.14.

¹¹¹⁷ *Emelat*, Considerando Cuadragésimo Cuarto.

¹¹¹⁸ MARTÍNEZ LAGE, SANTIAGO, Intervención en el «Panel Discussion, Panel One: Policy Objectives, Enforcement tools and actors, types of abuses, the case of excessive pricing?», en EHLERMANN, CLAUS. y ATANASIU, ISABELA (ed.), *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2006, p. 36.

conducta explotativa, de acuerdo con los principios de responsabilidad especial y autonomía del dominante¹¹¹⁹. Esta regla es evidente cuando las tarifas excesivas no hubiesen sido aprobadas por el poder de adjudicador o fuesen superiores a las autorizadas por este. Pero también es aplicable aunque hubiesen sido autorizadas, dado que es capaz de apreciar la legalidad de sus comportamientos.

Otros autores establecen relaciones de criterios parcialmente diferentes, pero también aplicables a los contratos públicos¹¹²⁰. Así, las diversas teorías suelen coincidir en la exigencia de que el mercado cuente con elevadas barreras de entrada y esté presidido por un operador superdominante o circunscriben la aplicación de los precios excesivos a aquellos mercados en los que las empresas dominantes venden directamente a los consumidores finales. El motivo es que en estos mercados no existen intermediarios que absorban una parte o la totalidad de los precios generados en el mercado aguas arriba¹¹²¹. Esta circunstancia concurre en los contratos y concesiones de servicios y en las concesiones de obra pública. También se halla presente en los restantes contratos públicos, en caso de considerar que los entes contratantes son consumidores finales. Por último, Akman propone emplear los abusos explotativos en el ámbito del artículo 102 TFUE como test definitivo de anticompetitividad: las conductas de los contratistas públicos, como los de cualquier operador dominante, sólo serán sancionados por abuso cuando sean explotativas. Esta posición asegura que sólo estarán prohibidas las conductas exclusionarias que perjudiquen a los consumidores, y no meramente a los competidores. En definitiva, sólo existiría una categoría de abusos, los explotativos¹¹²².

En sus Conclusiones al caso *AKKA/LAA*, el Abogado General Wahl cita tres indicadores que deben ser tenidos en cuenta cuando la autoridad de competencia emplee un sólo método para determinar si un precio es excesivo¹¹²³. Los dos primeros ya han

¹¹¹⁹ ACCO, *Sorea*, p. 14, STJUE, de 14 de octubre de 2010, C-280/08 P, *Deutsche Telekom*, párr. 202, 203. En el Derecho estadounidense, este motivo eximiría de responsabilidad al contratista, en caso de aplicarse la doctrina *Trinko y Linkline*.

¹¹²⁰ RÖLLER, LARS-HENDRIK, *Exploitative Abuses*, 12th Annual Competition Law and Policy Workshop, Robert Schuman Centre, 8-9 de junio de 2007, 2 de agosto de 2007.

¹¹²¹ PETIT, NICHOLAS, *Subversive thoughts (2)-Excessive pricing*, <https://chillingcompetition.com/2011/05/31/subversive-thoughts-2-excessive-pricing/>.

¹¹²² AKMAN, PINAR, *Exploitative Abuse in Article 82EC: Back to Basics?*, ESRC Centre for Competition Policy CCP Working Paper N°. 09-1, 25 de diciembre de 2008, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1328316>, p. 30.

¹¹²³ Conclusiones del Abogado General Nils Wahl en el asunto C-177/16, *Biedrība 'Autortiesību un komunikācijai konsultāciju aģentūra — Latvijas Autoru apvienība' contra Konkurences padome (AKKA/LAA)*, 6 de abril de 2017.

sido descritos: la existencia de barreras de entrada o de expansión¹¹²⁴ y la presencia de un regulador sectorial¹¹²⁵. El tercero es el grado de poder de mercado de los compradores. Una empresa en posición dominante es evidentemente menos capaz de hacer uso de esta posición cuando negocia con compradores poderosos¹¹²⁶. Este último elemento se suma a los dos anteriores a la hora de defender la aplicación de la figura de los precios excesivos a la contratación pública. Por lo general, los bienes y servicios públicos y SIEG se destinan a un número muy elevado (o indeterminado) de usuarios, a quienes su número y posición imposibilitan para controlar el mercado de demanda.

En 2017, la Autoridad de Competencia de Israel emitió una Declaración pública final relativa a «*La aplicación de la ley contra precios excesivos e inequitativos*». En ella establece el test de acción contra los precios excesivos. Según la nueva guía las empresas tienen libertad para fijar sus precios con carácter general. La Autoridad sólo intervendrá en los casos que reúnan una serie de condiciones acumulativas: a) se trate de mercados monopolísticos en los que no exista autoridad reguladora; b) no hay otra solución competitiva para hacer frente al problema subyacente del mercado examinado, cuyos síntomas se manifiestan al cobrar precios excesivos a los consumidores. A la hora de determinar si es excesivo, la Autoridad israelí comparará el precio del monopolista con el que se hubiese impuesto en condiciones de competencia. Para conocer si es inequitativo atenderá a una serie de circunstancias: posición del monopolista en el mercado, estructura de la industria, características de la industria y del mercado. En particular, se atenderá a que el ‘balance de poderes’ entre el monopolista y los

¹¹²⁴ A su juicio, «*no es fácil que un precio se sitúe considerablemente por encima del nivel competitivo cuando el mercado no está protegido por barreras elevadas de entrada o expansión. De otro modo, el mercado debería, en principio, poder reajustarse a corto o medio plazo: los precios altos normalmente atraen a nuevos operadores o inducen a los existentes a expandirse. Esta es la razón por la que el Abogado General sostiene que los precios no equitativos a que hace referencia el artículo 102 TFUE únicamente pueden existir en mercados regulados, en los que las autoridades públicas ejercen algún tipo de control sobre la capacidad de la oferta y, en consecuencia, el margen para una competencia libre y abierta es menor. Obviamente, cuanto más elevadas y duraderas sean las barreras creadas por el legislador, más posibilidades tendrá la empresa de explotar de forma abusiva su posición dominante*» (AKKA/LAA, párr. 48).

¹¹²⁵ «*En los mercados en los que existe un regulador sectorial que tiene encomendada, entre otras funciones, la de fijar o controlar los precios aplicados por las empresas que operan en ese sector presentan menores probabilidades de que los precios sean notablemente superiores al precio competitivo. Los organismos sectoriales están claramente más capacitados que las autoridades de la competencia para supervisar los precios y, cuando sea necesario, intervenir a fin de corregir los posibles abusos. Por tanto, parece que las infracciones de la competencia en tales situaciones deberían limitarse principalmente a casos de error o, en general, fallos del regulador: supuestos en los que la autoridad sectorial debería haber intervenido pero por error no lo hizo*». (AKKA/LAA, párr. 49).

¹¹²⁶ AKKA/LAA, párr. 50.

consumidores demuestre que los segundos no tiene otra alternativa real a los productos del primero.

Puede observarse como los supuestos en los que la Autoridad israelí actuará contra los precios excesivos se ajustan perfectamente a los casos que pudiesen plantearse en el ámbito de la contratación pública.

1.2.2. Control de los precios excesivos por el órgano de contratación

Partiendo de que la contratación pública es un sector regulado *latu sensu* (posee una normativa sectorial y agencias -órganos de contratación y de recurso- que velan por su aplicación), es razonable que los poderes adjudicadores establezcan los criterios que permitan dilucidar si el precio abonado al adjudicatario del contrato es injustificado e inequitativo. Así lo hace la normativa europea y estatal de contratos a la hora de fijar reglas para calcular el presupuesto base de licitación y el valor estimado del contrato, si bien de una forma un tanto difusa.

La Directiva 2014/24 no se pronuncia explícitamente, pues dispone que el cálculo del valor estimado del contrato se basará en el importe total a pagar por el poder adjudicador al futuro contratista. Se limita a señalar que dicho valor será «*estimado por el poder adjudicador*» (artículo 5.1), pero no indica cómo. Por su parte, la LCSP cita los sistemas de fijación del precio (entendido como presupuesto de licitación), en su artículo 102 (precios unitarios o a tanto alzado). Mayor precisión se encuentra en el artículo 101 para determinar el valor estimado, que remite a conceptos objetivos para cada tipo de contrato. En fase de ejecución del contrato, los criterios sobre precios se establecen en instrumentos tales como las ordenanzas.

A pesar de dichas deficiencias, lo cierto es que la normativa de contratos públicos impone a los órganos de contratación un mandato claro para que fijen el estándar de precio excesivo o inequitativo tanto para los licitadores como para los adjudicadores.

1. En el caso de los licitadores. Cuando el PCAP fija «*presupuesto base de licitación*» (artículo 67.2.c) RLCSP 2001) o «*precio cierto o modo de determinarlo*» (artículo 35.1.f) LCSP). Cuando el licitador lo supere, procede decretar su exclusión del procedimiento de contratación (art. 84 RLCSP); o

conceder puntuación 0 al criterio de adjudicación precio. Pero en este caso sería descartable que obtuviese el contrato.

2. En el caso de los adjudicatarios. Cuando se trata de contratos de gestión de servicios públicos o concesión de obra pública, la Ordenanza Fiscal o el PCAP establecen las tarifas totales o máximas que pueden percibir de los destinatarios o las reglas para su fijación. Si la tarifa es fijada de forma inmovible por el órgano de contratación, no cabe imputar responsabilidad *antitrust* al concesionario.

Estos extremos se estudian en los epígrafes correspondientes a precios excesivos en el procedimiento de contratación y en la ejecución del contrato.

1.3. Los precios excesivos durante el procedimiento de contratación

Las normativas nacionales han desarrollado un número significativo de herramientas para alcanzar la mejor oferta económica en los procedimientos de contratación pública. La técnica más exorbitante implica que la entidad contratante emplea su poder en el mercado de la demanda (que en algunos casos llega al monopsonio) frente los licitadores menos sensibles a la variable precio. A diferencia de regla entre los operadores privados, el componente económico del contrato público está condicionado por previsiones normativas y por la intervención del órgano de contratación.

Sin embargo, en algunos mercados - como el farmacéutico- un poder adjudicador poderoso se encuentra en ocasiones con un licitador (super-) dominante o monopolista en su mercado. Este tipo de licitador es tan fuerte como para imponer sus condiciones al órgano de contratación, aunque para ello incurra en prácticas abusivas. Si las condiciones de la contratación no lo impiden, el licitador puede verse tentado a cometer abusos exclusionarios, como la compresión de márgenes o empaquetamientos obligatorios, (caso *Genzyme* en Gran Bretaña).

Una segunda alternativa es la de exigir al órgano de contratación un precio supracompetitivo por la provisión de bienes y servicios. Precisar el significado de «precio excesivo» es particularmente importante en la contratación pública. Por ello, a la hora de pronunciarse sobre si la oferta económica del licitador es desproporcionada,

debe distinguirse entre precios excesivos desde el punto de vista del Derecho de la Competencia y desde el Derecho de la contratación pública.

1.3.1. Las ofertas excesivas para el Derecho de la contratación pública: exclusión del licitador

Una de las primeras obligaciones que la normativa de contratación impone al poder adjudicador es la de establecer un presupuesto de licitación. A través del mismo, el órgano de contratación fija de forma unilateral el precio límite que está dispuesto a pagar por adjudicar el contrato (precio de reserva o precio máximo). Dicho de otro modo, el presupuesto de licitación o precio de reserva es la suma más alta que podrá ofrecer un licitador para mantener vivas sus esperanzas de conseguir el contrato. Su importe se detalla en la documentación contractual, concretamente, en el pliego de cláusulas administrativas particulares¹¹²⁷.

¹¹²⁷ JCCA, Informe 26/08, de 2 de diciembre de 2008, *Determinación de en qué supuestos debe considerarse que cuando la Ley de Contratos del Sector Público habla de precio, importe, valor estimado o cualquiera de los distintos conceptos similares que utiliza para aludir al aspecto cuantitativo de los contratos, incluye la cuota por el Impuesto sobre el Valor Añadido y en qué supuestos no.*

«(...)La Intervención General plantea en su consulta, una nueva cuestión que en realidad requiere responder a tres cuestiones diferentes, la primera de las cuales se refiere a cuál sea el alcance que deba darse a los términos precio, cuantía, importe y otros similares utilizados en numerosos preceptos de la Ley de Contratos del Sector Público. Con referencia al valor de los contratos la Ley de Contratos del Sector Público utiliza tres conceptos principalmente que son precio, valor estimado y presupuesto, cuyas definiciones se contienen en los artículos 75 y 76 LCSP -86 Y 87 TRLCSP- y 131 del Reglamento. Junto a estos tres conceptos la Ley emplea otros términos no definidos por ella ni por las normas complementarias entre los que cabe citar como más frecuentes cuantía, importe o valor íntegro. La determinación del significado concreto de estos términos debe hacerse en función del contexto en que se incluyen y por tanto, al menos en principio, no cabe hacer una definición genérica. Ello no obstante, y por regla general cabe decir que deberán identificarse con el término que, en función de la fase en que se encuentre el contrato -fase de preparación y adjudicación o fase de ejecución- indique el valor del mismo con arreglo a la Ley. Así en la fase de preparación y adjudicación deberán entenderse los términos como referidos al presupuesto que deba servir de base para la celebración de la licitación pública y en la de ejecución deberá entenderse que los términos utilizados se refieren al precio de adjudicación del contrato, es decir el que deba percibir íntegro el contratista que hubiera resultado adjudicatario del contrato. Estas conclusiones, sin embargo, deberán matizarse en función del texto del artículo que contenga el término examinado. En base a ello, siempre que el término empleado sea distinto de precio, valor estimado o presupuesto, deberá entenderse que, por regla general, si el artículo hace referencia a la fase de preparación o adjudicación del contrato, el término que se emplea (cuantía, importe o cualquier otro similar) deberá referirse al concepto de presupuesto, lo cual supone estar a lo dispuesto en los artículos 131, 189 y 195 del Reglamento, si bien, en ningún caso, deberá considerarse incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido. Por el contrario, cuando en el precepto que utilice el término de que se trate se refiera a la fase posterior a la adjudicación del contrato, habrá que ponerlo en relación con el término precio. A este respecto, el término precio debe ser interpretado a tenor de lo dispuesto en el artículo 75.1 de la Ley de Contratos del Sector Público (87.1 TRLCSP) que lo considera como la

En el Derecho de la contratación pública, el presupuesto actúa como estándar de precio excesivo durante la licitación. El órgano de contratación fija de forma unilateral el presupuesto para todos y cada uno de sus procedimientos. Una oferta económica muy elevada pero inferior al presupuesto será admisible, pero el licitador corre el riesgo de perder el contrato si aquella es mejorada por una más reducida. Por encima del precio de reserva, la oferta será rechazada automáticamente por el órgano de contratación y el postor será expulsado de la licitación¹¹²⁸. Como consecuencia, durante el procedimiento de contratación no cabe hablar con propiedad de precios excesivos - frente al presupuesto- en el marco del derecho de la contratación pública.

1.3.2. Las ofertas excesivas para el Derecho de la Competencia: boicot a la licitación

Por este motivo, la presentación de ofertas desproporcionadas no constituye un tipo infractor a la ley de defensa de la competencia en forma de precios excesivos. Dicho de otro modo, las proposiciones económicas nunca son abusivas por exceso. La exclusión *ex lege* del licitador significa que el precio no es en estos casos el factor a

retribución del contratista, que podrá consistir tanto en metálico como en la entrega de otras contraprestaciones si la Ley así lo prevé. Siendo así, es criterio de esta Junta Consultiva que cuando en la Ley de Contratos del Sector Público se habla de precio del contrato debe entenderse el importe íntegro que por la ejecución del contrato percibe el contratista. Ello resuelve a su vez la problemática referente a si en el precio debe o no incluirse el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que grava la operación. Se puede plantear la duda por el artículo 75.2 de la Ley (87.2 TRLCSP) dispone que «En todo caso se indicará, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba soportar la Administración». Esta expresión puede interpretarse tanto en el sentido de que el Impuesto forma parte del precio, si bien debe hacerse constar separadamente su importe, como que éste es partida independiente del precio. La conclusión más adecuada, si duda, es considerar que en el precio está incluido el importe a abonar en concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido, como se desprende por el hecho de que se mencione, aunque sea para decir que se haga constar separadamente, en el artículo que regula con carácter general el precio de los contratos».

¹¹²⁸ La expulsión se produce también cuando la suma de los precios unitarios de los productos o servicios a contratar excede el presupuesto de licitación. Ver JCCA, Informe 13/2006, de 30 de noviembre, sobre la posibilidad de rechazar la proposición de un licitador que supera el precio unitario de uno de los elementos que integran la oferta, aún cuando su oferta global no sea superior al presupuesto máximo de licitación previsto en el pliego para la totalidad del objeto del contrato. No obstante, en algún caso los pliegos de cláusulas administrativas particulares han resuelto sustituir la exclusión por atribuir cero puntos al criterio de adjudicación 'precio'. Ver Acuerdo 24/2013, de 14 de mayo de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por Sociedad Aragonesa de Especialidades Químicas, S.A, contra la resolución por la que se adjudica el contrato, en el procedimiento de licitación denominado: «Acuerdo Marco para la contratación del suministro de guantes, ropa desechable y cobertura quirúrgica con destino a los Centros sanitarios del Servicio Aragonés de Salud y Consorcio Aragonés Sanitario de Alta Resolución», promovido por el Centro de Gestión Integrada de Proyectos Corporativos, del Servicio Aragonés de Salud.)

través del cual el operador pueda explotar de forma abusiva su posición de dominio en el mercado frente al órgano de contratación. Hasta tal punto, que si este dejase sin efecto la licitación y convocase otro procedimiento cuyo presupuesto fuese igual o superior a la oferta previamente ‘excesiva’, el precio ofrecido por el dominante -igual al del procedimiento anterior- sería perfectamente admisible en la nueva licitación. Por lo tanto, en las situaciones señaladas, el hipotético abuso de posición de dominio no lo será por precio excesivo.

Dicho lo cual, ya se ha observado que los licitadores cuyo poder de mercado es eminente están en condiciones de retar al órgano de contratación para imponerle proposiciones económicas desproporcionadas. Así acontece en tres casos. Primero, cuando el contrato recae necesariamente sobre bienes protegidos por patentes, innovadores o que carecen de alternativas en el mercado. Entonces, los únicos adjudicatarios posibles son los titulares de las patentes o de los productos no sustituibles. Segundo, en los sectores donde los costes de cambio (*switching costs*) son preeminentes y van acompañados de sus correlativos *learning-by-doing* y *learning-by-using*, los productos del contratista incumbente son en ocasiones difícilmente reemplazables, incluso por bienes o servicios «equivalentes»¹¹²⁹. Los ejemplos más claros son los productos tecnológicos carentes de interoperabilidad y las organizaciones complejas para la provisión de ciertos servicios. En estos y otros supuestos, la adjudicación de los contratos subsiguientes a operadores diferentes del incumbente puede ser (casi) imposible en términos técnicos o funcionales. Tercero, ya en un plano general las autoridades de competencia han desarrollado una aversión generalizada a iniciar investigaciones sobre precios excesivos. En gran medida debido a la dificultad de fijar estándares coherentes de ‘exceso’ en una economía que tiene entre sus pilares la libertad de precios.¹¹³⁰

En realidad, cuando una licitación no prospera debido a que el licitador único o un número significativo de oferentes presentan una oferta económica superior al precio de reserva, el eventual comportamiento anticompetitivo no debe ser calificado de precio

¹¹²⁹ IOSA, ELISABETTA, WATERSON, MICHAEL, «Maintaining Competition in Recurrent Procurement Contracts: A case study on the London Bus Market», *CEISS Tor Vergata Research Paper Series*, volumen 15, ejemplar 3, número 400, febrero 2017, p. 6.

¹¹³⁰ ESCODA VILLACORTA, DANIEL y SANZ FERNÁNDEZ-VEGA, BEATRIZ, «Prohibición del abuso de posición dominante (II): Tipos de abuso», en BENEYTO, JOSÉ-MARÍA y MAÍLLO, JERÓNIMO (Dir.), *Tratado de Derecho de la Competencia, Unión Europea y España*, Tomo I, 2ª. ed., Bosch, 2017, p. 477.

excesivo, sino de boicot ‘constructivo’ individual o colectivo. Este tipo de licitadores, o bien no comparecen a la licitación o se retiran durante la misma o su proposición excede el presupuesto de licitación, con lo que son excluidos. Pueden tener muy diversos motivos para utilizar el precio como forma de boicot. El más usual es el de coaccionar al órgano de contratación para que sustituya las licitaciones por acuerdos directos de venta (*AIO, Test diagnostici diabette*) o para que incremente el importe de un contrato cuya adjudicación tienen asegurada (debido a su posición de dominio o monopolio).

Pero también puede deberse - y no es inusual- a que los órganos de contratación fijen precios de reserva poco realistas. Eso sucede porque no tienen el conocimiento exacto del mercado o porque padecen escaseces presupuestarias. En tales casos, ningún oferente eficiente sería capaz de fijar un precio igual o menor que el presupuesto de licitación. Por este motivo, la oferta económica superior no es asimilable a un precio excesivo.

En conclusión, lo que podría definirse como precio excesivo en términos de la legislación sobre contratación pública no lo es para el Derecho de la competencia. El análisis de los precios excesivos debe centrarse en evaluar la relación entre el presupuesto de licitación y el precio de mercado del producto o servicio¹¹³¹. En caso de que ambos sean coherentes, un boicot individual o colectivo debe ser investigado. Cuando el boicot se traduce en la falta absoluta de ofertas válidas el órgano de contratación se verá obligado a poner en marcha un procedimiento negociado sin publicidad, sólo con los mismos oferentes que participaron en la licitación abierta anterior.

Por el contrario, cuando el presupuesto de licitación no se ajusta en absoluto al precio de mercado, el órgano de contratación será en gran medida responsable del mal comportamiento de los licitadores. Es también habitual que el presupuesto de licitación del contrato ulterior sea (casi) igual a la mejor oferta económica obtenida en la licitación precedente. Tales casos se encuentran en el límite. Si el precio de reserva es cercano al precio mínimo para ejecutar la prestación, el órgano de contratación podría estar induciendo a los licitadores a presentar las ofertas anormalmente bajas o incluso a

¹¹³¹ El artículo 102.3 LCSP dispone explícitamente que los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación.

recurrir a la fijación de precios predatorios¹¹³². Por estas razones, es tan importante para las agencias de defensa de la competencia elegir una metodología correcta para determinar cuándo una oferta es excesiva¹¹³³.

1.3.3. El caso *Hospital Garrahan*

La Secretaría de Comercio Interior de Argentina conoció de una denuncia por oferta con precio excesivo en la contratación pública de material diagnóstico. El denunciante, hospital de Pediatría Garrahan, ostentaba el poder de dominio sobre el mercado de demanda, al acumular al menos el 50% de las camas de terapia intensiva en la Ciudad de Buenos Aires. El denunciado, V. Tokatlián S.A., tenía posición de dominio sobre el mercado de oferta, referido a determinados reactivos de laboratorio, denominados ‘equipos’, que se utilizan en laboratorios, clínicas, hospitales y cualquier otro tipo de establecimiento en el que se realicen análisis bioquímicos en forma de radioinmunoanálisis y radioinmunoensayo y que son utilizados para confirmar un diagnóstico. La conducta denunciada se produce durante la licitación de contratación de reactivos de 2002. Tokatlián presentó una oferta al expediente en la que propuso como condición de pago contado contra entrega o en caso de hacerse a 30 días –según dispone el pliego de bases y condiciones- con un 172,56% de incremento en los precios, cual equivalía a una tasa anual de 2099,48% respecto al precio abonado en 2001.

La Secretaría de Comercio Interior consideró justificada la conducta del denunciado en la situación financiera de Argentina durante el año 2002, al producirse el fin de la convertibilidad. Las condiciones exigidas responden a la incertidumbre reinante en aquellos días en cuanto al valor al que podría llegar el tipo de cambio libre, como expresa la empresa investigada en sus explicaciones. Resulta acreditado entonces que el significativo incremento de pretensiones no fue producto de desproporcionadas prácticas monopólicas u oligopólicas de Tokatlián, sino de la situación de imprecisión y reajuste de precios de bienes y servicios en general y de productos importados

¹¹³² DINI, FEDERICO & CUCHIARELLY, ALBERTO, *Improving Pharmaceutical Procurement: AVCP Guidelines for Italian Public Health Structures*, International Public Procurement Conference, Dublin, 2014, <http://www.ipppa.org/IPPC5/Proceedings/Part10/PAPER10-1.pdf>

¹¹³³ ABBOTT, FREDERICK M., «Excessive Pharmaceutical prices and Competition Law: doctrinal developments to protect public health», *Forthcoming UC Irvine Law Review*, draft of 19 of January, 2016., p. 18 ss.

en particular, debido a la preocupante propensión ascendente del valor del dólar generada a partir de la devaluación del peso durante el año 2002¹¹³⁴.

1.4. Precios excesivos durante la fase de ejecución del contrato

El test general para determinar si un operador económico adopta un esquema de precios excesivos durante la ejecución del contrato, en su condición de contratista o concesionario presenta los siguientes hitos, expuestos de forma sucesiva:

1. Adjudicación del contrato al operador económico.
2. Obtención de la exclusividad sobre el contrato público.
3. En su caso, el contrato otorga al contratista derechos exclusivos o especiales para la gestión de servicios de interés económico general.
4. El contratista impone precios muy elevados e inequitativos que pueden constituir una conducta explotativa.
5. Imputación de la responsabilidad *antitrust* al contratista o a la entidad contratante.

Como resultado natural del procedimiento competitivo, el contratista adquiere una posición monopolística sobre el conjunto de prestaciones en que consiste el contrato público. Además, en no pocas ocasiones, la adjudicación de ciertos contratos - concesión de obra y contrato o concesión de servicios - tiene como efecto otorgar al contratista o concesionario derechos exclusivos o especiales para la gestión de servicios públicos o de servicios de interés económico general (ámbito objetivo del artículo 106, apartados 1 y 2 TFUE). El mero hecho de crear una posición dominante mediante la concesión de derechos exclusivos o especiales, en el sentido del artículo 106 TFUE, apartado 1, no es, como tal, incompatible con el artículo 102 TFUE o de su norma equivalente a nivel nacional.

La concesión de derechos exclusivos une en el contratista la posición de proveedor exclusivo sobre el contrato y monopolista sobre el mercado. Lo cual impide

¹¹³⁴ Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de Argentina. Secretaría de Comercio Interior, Dictamen de 28 de diciembre de 2012, Expediente N° SO1:0214169/2002,, *Hospital Garrahan*.

que otras empresas realicen la actividad económica de que se trata en el mismo territorio (*Ambulanz Glöckner*)¹¹³⁵. Tal es la situación ordinaria en múltiples contratos de concesión de obra (autopistas, hospitales) y de gestión de servicios públicos y SIEG locales (recogida de basuras, aguas). Por su parte, la concesión de derechos especiales otorga al contratista el monopolio sobre el contrato pero no necesariamente sobre el mercado, en el que pueden coexistir otras empresas que realicen actividades idénticas o similares. Es el caso de las concesiones sobre tanatorios o centros deportivos. La existencia de fuertes barreras de entrada causa muy frecuentemente que el concesionario acabe monopolizando el mercado, como ocurre en el caso de los centros deportivos.

La tendencia a la monopolización halla su lugar natural en los servicios públicos y SIEG locales. Las categorías recogida en el artículo 26 LBRL constituyen un servicio público esencial que tienen que prestar los Ayuntamientos, pudiendo gestionarse de forma directa o indirecta -incluso a través de sociedades mercantiles--, tanto en régimen de libre competencia como en régimen de monopolio. Una forma de alcanzar este segundo estadio es centralizar la prestación de servicios públicos y SIEG en sociedades mixtas (encomiendas de gestión verticales), en cuyo capital participan la administración titular y operadores privados. Así ocurrió en los repetidos casos *Funerarias de Madrid*. A principios de la década de 1990, los servicios funerarios se prestaban según el sistema de gestión indirecta, y en régimen de monopolio, por la Empresa Municipal de Servicios Funerarios de Madrid (EMSFM), que es una sociedad de economía mixta, constituida bajo la forma de sociedad mercantil¹¹³⁶.

Cuando el contratista impone precios muy elevados e inequitativos por la realización de la actividad o por la prestación del servicio, deben analizarse dos cuestiones: a) si dichos precios son o no excesivos; b) en caso de respuesta afirmativa, si la responsabilidad es imputable al contratista/concesionario o al órgano de contratación. A estas dos cuestiones se dedican los dos epígrafes subsiguientes.

1.5. Criterios definatorios de los precios excesivos en la contratación pública

Antes de plantearse sancionar a un operador dominante por incurrir en precios excesivos (ver subepígrafe 1.2.1, «*parámetros doctrinales*») es preciso determinar

¹¹³⁵ STJCE de 25 de octubre de 2001, *Ambulanz Glöckner*, C-475/99, apartado 24.

¹¹³⁶ RTDC, de 30 de diciembre de 1997, Expte 361/95, *Funerarias de Madrid 2*, pp. 19-20.

cuándo un precio tiene este carácter. A partir de *United Brands*¹¹³⁷, el Tribunal de Justicia declaró contraria al actual artículo 102 TFUE la aplicación de un precio excesivo que carecía de relación razonable con el valor económico del producto suministrado. En consecuencia, únicamente los precios desproporcionados o exorbitantes podían vulnerar dicha disposición¹¹³⁸. A tal efecto, el Tribunal de Justicia estableció un análisis en dos pasos. El primer paso consiste en determinar si existe un exceso — una diferencia significativa— entre el precio efectivamente cobrado por la empresa que goza de posición dominante en el mercado de que se trate y el precio que dicha empresa habría cobrado hipotéticamente si hubiera existido competencia efectiva en el mercado («precio de referencia»)¹¹³⁹. Tal como se estudia en párrafos posteriores, las autoridades de competencia emplean distintos métodos para determinar si el precio es excesivo.

Desde un punto de vista teórico, cualquier desviación respecto del precio competitivo en un mercado regulado podría justificar una intervención de las autoridades de la competencia. En efecto, cualquier diferencia entre el precio de referencia y el precio efectivo supone una cierta pérdida de bienestar del consumidor que no se habría producido si el mercado fuera competitivo. No obstante, este enfoque no sería ni realista ni aconsejable para las autoridades de la competencia. Únicamente cuando un precio permanece (o se sitúa de modo reiterado) por encima del precio de referencia durante un período sustancial podría ser abusivo conforme al artículo 102 TFUE¹¹⁴⁰.

Una vez que se haya comprobado que existe una diferencia notable y duradera entre el precio efectivamente cobrado por la empresa en posición dominante y el precio de referencia, es preciso determinar en qué medida ese precio efectivo no es equitativo, en sí mismo o en comparación con los productos competidores¹¹⁴¹. Ese segundo paso

¹¹³⁷ STJUE, de 14 de febrero de 1978, asunto 27/76, *United Brands Company y United Brands Continental/Comisión*.

¹¹³⁸ STJCE, de 5 de octubre de 1994, C-323/93, *Centro de inseminación de la Crespelle*, apartados 19 y 21.

¹¹³⁹ *United Brands*, apartado 249.

¹¹⁴⁰ Conclusiones del Abogado General Nils Wahl en el asunto C-177/16, *Biedrība 'Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra — Latvijas Autoru apvienība' contra Konkurences padome (AKKA/LAA)*, 6 de abril de 2017, párr. 101, 102 y 109.

¹¹⁴¹ *United Brands*, apartados 249 a 253. Un estudio doctrinal de los estándares de precio excesivo en Derecho comunitario se encuentra en AKMAN, PINAR y GARROD, LUKE, «When are excessive prices unfair?», *Journal of Competition Law & Economics*, Volumen 7, nº 2, 1 junio de 2011, pp.

consiste en investigar si la diferencia de precio es el resultado de una explotación abusiva de la posición dominante de la empresa o es consecuencia de otras razones, legítimas. Un precio sólo puede considerarse «no equitativo» en el sentido del artículo 102 TFUE, párrafo segundo, letra a), si no hay una justificación válida de la diferencia entre el precio de referencia y el precio efectivo impuesto por la empresa en posición dominante a sus clientes.

En *Canarias de Explosivos*, la CNC recogió los criterios definatorios de los precios excesivos¹¹⁴². La resolución diferenció entre criterios estructurales y comparativos. Ambos tipos son utilizables - y han sido empleados - en caso de prácticas explotativas en la contratación pública. Los estudiados en los epígrafes subsiguientes no tienen carácter acumulativo. En principio, las autoridades de competencia han empleado unos u otros en función de las particularidades del caso. Y cuando las circunstancias lo permiten, es adecuado emplear ambos. En *José Manuel Pascual Pascual*, la empresa homónima fue adjudicataria de varios contratos de gestión de servicios públicos, en modalidad de concierto, con el Servicio Andaluz de Salud. En virtud de los mismos adquirió la posición de monopolio en el mercado de la asistencia sanitaria de urgencias en la provincia de Cádiz. Para la autoridad andaluza de competencia, el monopolio se fundamentaba en la falta de capacidad estructural de los hospitales públicos, la saturación de sus servicios de urgencias y las enormes barreras normativas, técnicas y económicas para la apertura de nuevos hospitales (criterios estructurales)¹¹⁴³. La resolución aplicó uno de los varios criterios comparativos para concluir que el monopolista impuso precios excesivos al Servicio Andaluz de Salud en la ejecución del concierto sanitario (los precios eran anormalmente superiores a los facturados con anterioridad y muy superiores a cualquier otro precio susceptible de comparación¹¹⁴⁴).

403-426, HOU, LYIANG, «Excessive Prices Within EU Competition Law», *European Competition Journal*, abril 2011, pp. 47-70.

¹¹⁴² RCNC, 7 de septiembre de 2010, Expte. 626/07, *Canarias de Explosivos*, F.J. 9º. La resolución recoge un conjunto de criterios aplicables de forma combinada, dado que « (...) Ningún criterio está exento de posibles críticas.. Se debe elegir en cada caso aquéllos que resulten más válidos, observar si de la comparación se deducen diferencias significativas y emplear el conjunto de criterios de manera complementaria para verificar si apuntan en la misma dirección de manera que las conclusiones resulten más consistentes».

¹¹⁴³ *José Manuel Pascual Pascual*, pp. 90-103.

¹¹⁴⁴ *José Manuel Pascual Pascual*, p. 163.

1.5.1. Criterios estructurales

En primer lugar, *Canarias de Explosivos* considera como criterios estructurales a los presentes en «*las situaciones en las que unos precios elevados tienen una mayor probabilidad de ser abusivos: a) Operador en situación de monopolio o de cuasi-monopolio. En definitiva, ha de tratarse de un operador con un elevado poder de mercado, capaz de imponer precios. La literatura económica recomienda que esta posición no sea fruto de una competencia on the merits. Si el operador ostenta un monopolio como consecuencia, por ejemplo, de una determinada invención para la que ha invertido considerablemente, la identificación de precios excesivos será más cuestionable. b) Elevadas barreras de entrada, que impiden que los precios elevados provoquen la entrada de nuevos operadores en un plazo de tiempo razonable. c) Presencia de factores que determinan una demanda relativamente inelástica. Puede deberse a la falta de alternativas efectivas, compatibles con las preferencias de los consumidores, técnicamente válidas y económicamente rentables. Puede ser también el caso cuando el valor de un input necesario es pequeño sobre un producto total que, de lo contrario, se pierde*»¹¹⁴⁵.

Un contratista tipo reúne varios de estos criterios: a) será proveedor exclusivo y posiblemente monopolista de mercado; b) habrá superado elevadísimas barreras de entrada, tanto de tipo legal (procedimiento de contratación, barreras urbanísticas, de legislación sectorial), inmarcesibles para sus competidores en el mercado; c) se beneficia de una demanda inelástica: en caso de contratos de gestión de servicios públicos, lo más habitual es que a la generalidad de los destinatarios no resten más opciones que acudir al contratista.

En *Pfizer/Flynn*, la Competition & Markets Authority concluyó que el carácter inequitativo de los precios existe *per se* cuando a la hora de fijar los precios no concurren factores adicionales no relacionados con los costos que deberían aumentar el valor económico de los productos en este caso. En ausencia de tales factores no relacionados con los costos, la excesiva excesiva de un precio puede ser suficiente para

¹¹⁴⁵ *Canarias de Explosivos*, p. 25.

establecer que el precio no tiene relación razonable con el valor económico del producto suministrado¹¹⁴⁶.

Pfizer y Flynn fueron capaces de mantener precios excesivos durante cuatro años debido a que ambas empresas están protegidas de la competencia efectiva (patentes). Disfrutaban así de un mercado cautivo de pacientes estables que precisaban cápsulas de fenitoína fabricadas por Pfizer. Ambas partes obtuvieron beneficios comerciales que no habrían estado disponibles si hubieran enfrentado la competencia. Este caso muestra como el sector farmacéutico es proclive a que el monopolio sobre los medicamentos conceda a los proveedores la capacidad de imponer a los compradores (principalmente, el Sistema Nacional de Salud) precios supracompetitivos, inequitativos y excesivos. Como se estudia en otros puntos de esta obra, el monopsonio de hecho del que goza el Sistema Nacional de Salud británico y la aprobación de reglamentaciones para las compras de medicamentos no impide que las farmacéuticas establezcan precios excesivos

La importancia de las barreras de entrada como acicate de la imposición de precios excesivos encuentra un ejemplo palmario en *Tanatorio de Catoira*¹¹⁴⁷. En dicho asunto, la posición dominante de la empresa denunciada (Pompas Fúnebres de Arosa) se manifiesta en la elevadísima cuota de mercado de que dispone. Además, se ve reforzada por la existencia de una barrera de entrada de naturaleza administrativa: la concesión municipal del servicio de tanatorio. En virtud de dicho contrato, el Ayuntamiento de Catoira cedió al concesionario la parcela sobre la que se construyó el tanatorio, corriendo a cargo de éste el coste de ejecución de la obra. La concesión del servicio público supone una barrera de entrada por cuanto los potenciales rivales tendrían que competir sin la ventaja añadida que supone la cesión de la parcela por parte del ayuntamiento, teniendo por lo tanto que asumir la compra del terreno en el que edificar el tanatorio y la tramitación de todas las licencias necesarias para su construcción¹¹⁴⁸.

¹¹⁴⁶ Competition & Markets Authority, *Unfair pricing in respect of the supply of phenytoin sodium capsules in the UK (Pfizer/Flynn)*, Case CE/9742-13, 7 de diciembre de 2016.

¹¹⁴⁷ RCGC 3/2014, 4 de julio de 2014, *Tanatorio de Catoira*, Exps. S7/2012 y S20/2012, acumulados, F. J. 4º.

¹¹⁴⁸ En su párrafo 56, *Tanatorio de Catoira* explica la importancia de las barreras de entrada en la doctrina del abuso de posición de dominio: «Para determinar si una empresa tiene poder de mercado es frecuente, como ya indicamos, recurrir también al análisis de las barreras a la entrada de nuevos competidores en el mercado. Cuando la entrada a un mercado es fácil, es difícil concluir que una empresa pueda ejercer un poder de mercado porque cualquier intento por su parte de aplicar un

A los factores estructurales se oponen justificaciones objetivas de la conducta abusiva. Muchos contratos exigen del adjudicatario la asunción de costes fijos y hundidos, cuantiosas inversiones en inmuebles (hospitales, tanatorios, etc), gastos de personal, amortizaciones a largo plazo; factores todos ellos susceptibles de excusar las prácticas de precios excesivos. En términos generales, los precios inequitativos pueden justificarse por razones de demanda, como retribución a un esfuerzo inversor e innovación o desarrollo del producto, por razones de riesgo empresarial, porque el operador haya tenido que incurrir en unos elevados costes fijos que no se encuentren amortizados, por algún tipo de desventaja comparativa no imputable al operador o por la existencia de externalidades significativas¹¹⁴⁹.

La determinación de que los precios son excesivos/inequitativos *per se* exige a la autoridad de competencia de probar que los precios de las son además injustos en comparación con productos competidores.

1.5.2. Criterios de comparación: *Corinne Bodson*

El fundamento jurídico 9º de *Canarias de Explosivos* observa que estaremos en presencia de unos precios excesivos cuando el operador, haciendo uso de su posición de dominio, obtiene unos beneficios que no habría obtenido de haber habido una competencia suficiente (*United Brands*, párrafo 249). La forma de determinar que un precio es abusivo por exceso ha de ser por comparación con una referencia válida. La resolución reconoce, con carácter no exhaustivo, dos categorías posibles para la comparación: cotejo con los costes de producción del bien o de prestación del servicio y comparación con otros precios

1.5.3. Comparación con costes

Si el precio excede con mucho los costes el operador estará obteniendo un margen muy elevado. Esto plantea varias cuestiones, fundamentalmente qué costes emplear para la comparación o qué se entiende por un margen elevado. Además, que el

precio excesivo puede ser inmediatamente contrarrestado por otras empresas que, pese a no estar presentes en el mercado (competidores potenciales) acudirían rápidamente atraídas por los elevados precios impuestos por la empresa poderosa. Por el contrario, cuando la entrada en el mercado es complicada, la empresa puede establecer más fácilmente precios elevados porque sus competidores potenciales no se encuentran en disposición de contrarrestar su ejercicio de poder de mercado».

¹¹⁴⁹ *Canarias de Explosivos*, p. 25

margen sea elevado no necesariamente supone que sea abusivo, por eso el TJCE exige como requisito adicional que el precio sea inequitativo (*unfair*) comparado consigo mismo o con otros productos (*United Brands Company vs Commission*, párr. 251) y reza el propio artículo 6.2.a) de la Ley 16/1989. En definitiva, esta comparación de precios con costes, además de encerrar en sí misma ciertas dificultades, puede no ser concluyente. Razón por la cual el TJCE deja abierta la posibilidad de otros criterios de comparación (*United Brands Company vs Commission*, párr. 253)¹¹⁵⁰.

El TDLC de Chile empleó este test en el caso *Emelat*. Esta empresa, concesionaria del servicio público de distribución eléctrica en la Región de Atacama, fue denunciada por un cliente ante la FNE. La acusación consistía en haber impuesto a su cliente precios excesivos y discriminatorios por atender una solicitud de intervención del tendido eléctrico, conocido como «servicio de escolta». El TDLC contrastó los precios con los costos de mantenimiento y demás gastos necesarios para la prestación del servicio. De dicha comparación observó que no estaba justificado calificar como injustificados los mayores precios para este cliente respecto de otros¹¹⁵¹.

1.5.4. Comparación con otros precios.

En ausencia de criterios que puedan establecer un cálculo cuantitativo que permita pronunciarse sobre la equidad de una determinada tarifa, la jurisprudencia viene admitiendo como criterios válidos para analizar la comparación con tarifas análogas vigentes, bien en el ámbito internacional, bien dentro del mismo territorio¹¹⁵². En términos generales, *Canarias de Explosivos* señala que se puede establecer la comparación con otros precios que se consideren fijados en un entorno más competitivo, ya sea con otros productos, con otros mercados geográficos o con el propio producto desde una perspectiva intertemporal, observando si las variaciones de precios han sido desproporcionadas. La norma española al hablar de precios no equitativos incorpora este elemento de comparación¹¹⁵³.

¹¹⁵⁰ *Canarias de Explosivos*, pp. 25-26.

¹¹⁵¹ RTDLC de Chile, *Emelat*, de 6 de enero de 2010, Considerandos Trigésimo Séptimo y Cuadragésimo Cuarto.

¹¹⁵² STS 668/2017, de 24 de febrero, Sala C-A, Secc. 3ª, Rec. Casación 1314/2014, *AIISGE*, p. 3.

¹¹⁵³ *Cit.*, F.J. 9º.

Las dificultades de implementar correctamente la comparación coste/precio da una oportunidad al criterio comparativo precio/precio. A la hora de emplear este último, la referencia ideal sería el precio existente en una situación de competencia perfecta. La imposibilidad de conocerlo ha movido a autoridades de competencia y tribunales a emplear criterios sustitutivos. Con esta laxitud, la facilidad para encontrar casos parejos implica que este criterio sea sencillo de articular. Cabe acudir al cotejo con los precios fijados en contratos públicos idénticos o similares del mismo territorio (municipio o superior), de territorios vecinos o de otros que reúnan parecidas condiciones de población, PIB, tipo de destinatarios del servicio o actividad, tipo de contratistas o concesionarios, etc.

El TJCE refrendó la amplitud de este método comparativo en *Corinne Bodson*¹¹⁵⁴. El litigio enfrentó a la sociedad Pompes funèbres des régions libérées, filial de la sociedad Pompes funèbres Générales, a quien la ciudad de Charleville-Mézières había adjudicado a partir de 1972, y con carácter exclusivo, la concesión de los servicios exteriores de pompas fúnebres con, la empresa de Corinne Bodson. Cuando esta última llevó a cabo entierros en el término municipal, el concesionario exclusivo presentó contra ella una demanda de medidas provisionales, por vulneración del derecho exclusivo otorgado por la concesión. La sentencia admitió la ponderación de precios entre regímenes de prestación de servicios muy diferentes entre sí: los obtenidos por un concesionario que opera a escala nacional con los percibidos por pequeñas y medianas empresas en municipios que adoptaron formas diferentes de prestación del servicio: gestión pública directa o libre competencia plena.

«Tanto el Gobierno francés como Pompes funèbres des régions libérées han negado el carácter no equitativo de los precios practicados por las filiales de Pompes funèbres générales. No figura en autos ningún elemento que permita dilucidar esta cuestión. Teniendo en cuenta que en Francia más de 30.000 municipios no han atribuido a una empresa privada la concesión de la gestión de los servicios exteriores de pompas fúnebres, sino que lo gestionan directamente o dejan libertad total para su gestión, habrá de ser posible efectuar una comparación entre los precios practicados por el grupo de empresas concesionarias y los que se practican

¹¹⁵⁴ STJCE, de 4 de mayo de 1988, *Corinne Bodson contra S.A. Pompes Funebres des Regions Libereés*, Asunto 30/87.

en otros lugares; semejante comparación resultaría adecuada para facilitar una base para la apreciación del carácter equitativo o no equitativo de los precios practicados por los concesionarios».

En esta sentencia, el Tribunal de Justicia parece sugerir que, para determinar que el monopolista ha incurrido en un abuso explotativo, basta con demostrar que los precios del monopolio legal son diferentes de los precios que se aplican en condiciones competitivas en otras localidades. Aun suponiendo que una comparación correcta exige atender a las posibles diferencias en la calidad de los servicios prestados, el TJCE aplica el test *United Brands* de forma parcial, al concentrarse sólo en la segunda parte. La sentencia parece considerar que cuando el concesionario exige un precio más alto que el existente en un mercado (más) competitivo significa que obtendrá un alto margen de ganancia o soportará elevados niveles de ineficiencia, como resultado de su monopolio legal¹¹⁵⁵.

a) La comparación con los precios aplicados por otros contratistas: Funerarias de Madrid 2

Las deficiencias de los tests basados en la ponderación de precios y costes han motivado el uso de otros criterios comparativos. Cabe citar la comparación entre el precio que cobra el operador dominante por el producto en cuestión y los percibidos en el mismo mercado por empresas que no disfrutaban de posición dominante (comparación entre competidores) o por la misma empresa en posición dominante en distintos momentos (comparación en el tiempo) o los aplicados en otros mercados geográficos por esta o por otras empresas (comparación geográfica)¹¹⁵⁶. La idea subyacente es que, si los productos o mercados geográficos seleccionados son suficientemente homogéneos, la comparación de los precios puede ser significativa. Del mismo modo,

¹¹⁵⁵ OCDE, Policy Roundtables, *Excessive Prices*, 2011 (DAF/COMP(2011)18, 7 de febrero de 2012), p. 313.

¹¹⁵⁶ RTDCCYL, de 20 de abril de 2017, (Expediente TDC/SAN/6/2017): *denuncia presentada contra Nevasa, S.A.*, F.J. Quinto. La comparación se hizo a nivel nacional, con municipios de población asimilable a la de Valladolid (Alicante, Córdoba, Bilbao y Hospitalet) y a otras provincias de Castilla y León.

los patrones que siguen los precios de una empresa a lo largo del tiempo pueden ofrecer también indicios útiles¹¹⁵⁷.

Si el contratista público ostenta el monopolio sobre el lo más conveniente es combinar los criterios geográfico y temporal. Cuando el contratista dominante realiza prestaciones equivalentes en otros territorios - ostente o no en ellos posición de dominio - la autoridad de competencia tiene en su mano el ponderar si la política de precios y de condiciones comerciales adoptada en uno y otro - ahora y en el pasado- contiene evidencias de imposición de precios excesivos por el contratista. Para ello ha de comparar los precios cuestionados y los aplicados anteriormente o en otros mercados por la propia empresa para los mismos productos¹¹⁵⁸.

En caso de que el poder adjudicador cuestionado no sea titular de bienes o servicios comparables a aquel en el que presuntamente se exigen precios excesivos, el parámetro de medición más cercano está integrado por los precios de los bienes y servicios contratados por entidades diferentes. Este criterio ha sido admitido por la Audiencia Nacional en el caso *Funerarias de Madrid 2*. El Tribunal de Defensa de la Competencia había verificado un análisis de costes en fase de investigación de la conducta y concluido que del examen de las tarifas se desprendía que estas no guardaban relación con los costes de prestación de los servicios. La Audiencia Nacional señaló que:

«Tal término de comparación (entre los precios propuestos y aprobados en Madrid, y los aprobados en otros municipios) resulta especialmente importante en un razonamiento jurídico que justifica la declaración de que se ha cometido una infracción grave y a la imposición de una elevada sanción. El propio TDC ha señalado en sus Resoluciones que para valorar si unos precios son abusivos debe comprobarse la existencia de dos condiciones: 1.- La posibilidad por parte de la empresa de imponer precios diferentes a los que se darían en situación de competencia, y 2.- El establecimiento de un término de comparación para establecer la diferencia entre los precios presuntamente abusivos y los que rigen o deberían regir en competencia. Pues bien, se ha incorporado a los autos copia del Acuerdo adoptado por la Subdirección

¹¹⁵⁷ Conclusiones del Abogado General Nils Wahl en el asunto C-177/16, *Biedrība 'Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra — Latvijas Autoru apvienība' contra Konkurences padome (AKKA/LAA)*, 6 de abril de 2017, párrafo 19 y jurisprudencia citada.

¹¹⁵⁸ Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, Resolución de 26 de septiembre de 2016, A480, *Incremento prezzo farmaci Aspen*, apartado 136.

General sobre Conductas Restrictivas de la Competencia el 7-VI-2000 en la que se propone el sobreseimiento parcial de un expediente abierto contra la empresa hoy actora por el aumento de tarifas para los años inmediatamente posteriores al litigioso (1.992) porque «han sido semejantes a los del resto de Ayuntamientos preguntados e inferiores a los del Ayuntamiento de Bilbao»¹¹⁵⁹.

El principal problema que plantea este test radica en hallar casos equiparables, por ejemplo, en términos de costes de prestación del servicio en uno u otro municipio.

b) Comparación con tarifas oficiales

Otro método de definición de precios excesivos es el de contrastar los impuestos por el contratista a los destinatarios finales con tarifas o precios oficiales. En principio, el término de comparación serán las tarifas establecidas el poder adjudicador para el mismo servicio en el que el contratista impone precios excesivos. Ahora bien, cuando aquel no las hubiese fijado o dejase su determinación en manos del adjudicatario, el contraste deberá hacerse con las tarifas aprobadas por el mismo poder adjudicador- o en su defecto, por otros entes contratantes- respecto a bienes o servicios comparables.

Tabla XVII. Comparación con tarifas oficiales

		Término de contraste	Ente de contraste	
		Aprueba la tarifa	Tarifa de los mismos servicios	El mismo poder adjudicador
Poder adjudicador				
		No aprueba la tarifa	Tarifa de servicios distintos pero comparables	El mismo poder adjudicador
				Distinto poder adjudicador

Las tarifas oficiales para la prestación indirecta de servicios públicos se fijan de forma unilateral por un ente público, previa tramitación de un procedimiento administrativo reglado y participativo. Por último, se plasman en una norma jurídica,

¹¹⁵⁹ SAN, de 18 de diciembre de 2000, Sala de lo C-A, Sección 6ª, Rec. 545/1998, *Funerarias de Madrid* 2.

del tipo Ordenanza fiscal o similar¹¹⁶⁰. Todas estas características atribuyen a las tarifas resultantes la presunción de ser equitativas y no excesivas. Presunción que en tanto no sea destruida en sede administrativa o judicial permite que sean empleadas como término de comparación en los precios impuestos por el contratista o el concesionario.

Por analogía con la doctrina del TJUE en *AKKA-LAA*, cuando la comparación se hace con las tarifas aprobadas por otros entes contratantes, estos han de seleccionarse según criterios objetivos, apropiados y comprobables. Pero no se puede establecer un número mínimo de mercados que deban compararse y la elección de los mercados análogos apropiados depende de circunstancias particulares de cada asunto. Siguiendo con la analogía, para tener un abuso de posición dominante, los tipos aplicados por la empresa dominante deben considerarse «*notablemente superiores*» a los aplicados por otros entes contratantes. Sobre esta noción, si bien no existe un umbral mínimo por encima del cual un tipo debe considerarse notablemente más elevada, la diferencia entre

¹¹⁶⁰ El procedimiento de elaboración, aprobación y publicidad de las ordenanzas fiscales está regulado en el artículo 17 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

Artículo 17. Elaboración, publicación y publicidad de las ordenanzas fiscales.

- 1. Los acuerdos provisionales adoptados por las corporaciones locales para el establecimiento, supresión y ordenación de tributos y para la fijación de los elementos necesarios en orden a la determinación de las respectivas cuotas tributarias, así como las aprobaciones y modificaciones de las correspondientes ordenanzas fiscales, se expondrán en el tablón de anuncios de la Entidad durante treinta días, como mínimo, dentro de los cuales los interesados podrán examinar el expediente y presentar las reclamaciones que estimen oportunas.*
- 2. Las entidades locales publicarán, en todo caso, los anuncios de exposición en el boletín oficial de la provincia, o, en su caso, en el de la comunidad autónoma uniprovincial. Las diputaciones provinciales, los órganos de gobierno de las entidades supramunicipales y los ayuntamientos de población superior a 10.000 habitantes deberán publicarlos, además, en un diario de los de mayor difusión de la provincia, o de la comunidad autónoma uniprovincial.*
- 3. Finalizado el período de exposición pública, las corporaciones locales adoptarán los acuerdos definitivos que procedan, resolviendo las reclamaciones que se hubieran presentado y aprobando la redacción definitiva de la ordenanza, su derogación o las modificaciones a que se refiera el acuerdo provisional. En el caso de que no se hubieran presentado reclamaciones, se entenderá definitivamente adoptado el acuerdo, hasta entonces provisional, sin necesidad de acuerdo plenario.*
- 4. En todo caso, los acuerdos definitivos a que se refiere el apartado anterior, incluyendo los provisionales elevados automáticamente a tal categoría, y el texto íntegro de las ordenanzas o de sus modificaciones, habrán de ser publicados en el boletín oficial de la provincia o, en su caso, de la comunidad autónoma uniprovincial, sin que entren en vigor hasta que se haya llevado a cabo dicha publicación.*
- 5. Las diputaciones provinciales, consejos, cabildos insulares y, en todo caso, las demás entidades locales cuando su población sea superior a 20.000 habitantes, editarán el texto íntegro de las ordenanzas fiscales reguladoras de sus tributos dentro del primer cuatrimestre del ejercicio económico correspondiente.*

En todo caso, las entidades locales habrán de expedir copias de las ordenanzas fiscales publicadas a quienes las demanden.

precios puede calificarse de «notable» si es «*significativa y persistente*». Por lo tanto, ni temporal, ni episódica. Corresponde a las autoridades de competencia y a los tribunales la concreción de estas definiciones¹¹⁶¹.

El Tribunal de Defensa de la Competencia de Castilla y León (TRDCCyL) empleó este criterio en dos resoluciones¹¹⁶². Se trataba de dos expedientes tramitados a instancia de la misma empresa de servicios funerarios contra el mismo tanatorio en dos ayuntamientos diferentes. El Tanatorio denunciado es el concesionario del servicio de tanatorio en ambos ayuntamientos. En ambos expedientes se dilucidan precios excesivos y discriminatorios impuestos por el concesionario a las empresas de servicios funerarios competidoras de su división de servicios funerarios.

Lo más significativo de ambos casos es que el Tribunal C-León tomó como parámetro para medir el carácter excesivo de los precios la tarifa establecida por la Ordenanza fiscal. Así lo dispone el F.J. Cuarto de la primera resolución: «*Las presuntas prácticas anticompetitivas por las que se ha incoado expediente sancionador tanto al Ayuntamiento de Fuenteguinaldo como a la concesionaria Tanatorio Ciudad S.L., han consistido fundamentalmente en la imposición de precios superiores a los establecidos oficialmente y condiciones comerciales y de servicios no equitativas que pueden suponer que la empresa denunciada, gestora del Tanatorio Municipal, está ofertando los servicios funerarios requeridos en condiciones más ventajosas, infringiendo, si así fuera, el art. 2.2.a) de la LDC por imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos*».

¹¹⁶¹ STJUE de 14 de septiembre de 2017, C-177/16, AKKA-LAA, 38-46, 55-57. En este caso, el TJUE conoce de una reclamación por precios excesivos formulada contra la única sociedad de gestión colectiva de derechos de autor de obras musicales en Letonia. A la hora de valorar si las tarifas oficiales exigidas por dicha sociedad son excesivas, la sentencia admite como términos de comparación las tarifas que por las mismas actividades se cobran en Lituania y Estonia. Pero el Tribunal va más allá; partiendo de su doctrina precedente, define los elementos esenciales de la comparación con otros precios.

¹¹⁶² RTDCCyL, de 30 de noviembre de 2015, (Expediente TDC/SAN/7/2015): denuncia de D. Jesús Marín Picado, administrador de servicios funerarios Virgen del Vega, S.L., contra Tanatorio Ciudad, S.L., y contra el Ayuntamiento de Fuenteguinaldo (Salamanca) y RTDCCyL, de 30 de noviembre de 2015, (Expediente TDC/SAN/7/2015): denuncia de D. Jesús Marín Picado, administrador de servicios funerarios Virgen del Vega, S.L., contra Tanatorio Ciudad, S.L., y contra el Ayuntamiento de Navasfrías (Salamanca).

c) Comparación con los precios establecidos en los pliegos de condición

Si el órgano de contratación pública no opta por una norma de tarifas para especificar los precios de acceso a los servicios públicos (o a los SIEG), debe hacerlo en los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP). En ambos casos, el término de comparación a efectos de aplicar los precios excesivos es un dato objetivo, fijado unilateralmente por el ente contratante y conocido por el licitador antes de presentar su oferta. De no estar de acuerdo con los precios, la legislación de contratos del sector público pone a disposición de los interesados recursos administrativos y jurisdiccionales. Una vez aceptadas las condiciones de la licitación y adjudicado el contrato, debe aplicar los precios fijados en el PCAP.

Cuando el contratista o concesionario impone a los usuarios finales unos precios superiores a los que está obligado conforme a los pliegos, la autoridad de defensa de competencia tiene como primer elemento de comparación el baremo de precios incumplido. En *Tanatorio de Catoira*, a pesar de haber aprobado una ordenanza fiscal, el ayuntamiento ‘encomendó’ en el PCAP a los licitadores la determinación de las tarifas finales en sus ofertas. Las propuestas del adjudicatario fueron entonces autorizadas por el Ayuntamiento. El concesionario subió reiteradamente dichas tarifas, alejándolas de su propuesta original y de las previstas en la Ordenanza fiscal. El CGC constató este hecho¹¹⁶³, pero sancionó al concesionario por la imposición de precios discriminatorios a sus competidores.

En *Edelmag*, el Ayuntamiento de Puerto Williams (Chile) celebró en 2002 un contrato de concesión que tenía por objeto la prestación del servicio eléctrico en la localidad. Entre 2005 y 2007, el concesionario incrementó las tarifas entre un 15% y un 27%. La Fiscalía Nacional Económica de Chile (FNE) acusó a Edelmag de haber explotado de forma abusiva su posición monopolística en el sistema eléctrico de Puerto Williams. Para determinar el carácter excesivo de los precios, tanto la FNE como el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) apelaron a las bases de licitación, sus anexos y documentos complementarios. Estos textos establecían la tarifa media, los reajustes y las fórmulas de indexación. El TDLC concluyó, con cierta ironía, que la libertad de la empresa adjudicataria para fijar sus precios a los consumidores finales

¹¹⁶³ *Tanatorio de Catoira*, apartado 63.

sólo se encontraba restringida por el cumplimiento de las condiciones que voluntariamente suscribió al adjudicarse la licitación¹¹⁶⁴.

La deficiencia principal de este criterio - de la que participa, el test de las tarifas oficiales- radica en que depende de la exactitud de los precios que figuran en el PCAP o en la Ordenanza respecto de los de mercado. En caso de que los primeros sean muy inferiores a los segundos, lo probable no es que el adjudicatario haya incurrido en precios excesivos sino que el poder adjudicador haya infrapreciado los bienes o servicios licitados.

1.5. Dos casos que resumen todo: *Sorea I y II*

En 2008 y 2015, la autoridad de defensa de competencia de Cataluña (ACCO) dictó dos resoluciones homónimas (*Sorea I y II*). En ellas se resumen las características esenciales de la aplicación de los precios excesivos en la contratación pública; y también sus deficiencias.

1.5.1. *Sorea I*

En 1994, el Ayuntamiento de L'Ametlla celebró un contrato de gestión de servicios públicos y SIEG, modalidad de concesión, con Sorea para la gestión indirecta del servicio de suministro de agua con la empresa Sorea. La duración del contrato era de 25 años. Durante el mismo, la concesionaria debía realizar dos prestaciones en exclusiva. La principal: explotación de la red de abastecimiento de agua potable. La accesoria: la realización de obras –obra nueva o reforma y reparación, sobre la red de abastecimiento. Ambas prestaciones configuran dos mercados conexos: el de explotación de la red y el de obras sobre la red de abastecimiento.

Green House competía con Sorea en el segundo mercado de los citados. Denunció al Ayuntamiento y a Sorea el ya extinto Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia, porque: a) el primero estableció un régimen de exclusividad en el mercado de obras a favor de Sorea; b) no aprobó previamente un régimen de tarifas a las

¹¹⁶⁴ RTDLC de Chile, *Edelmag*, de 20 de agosto de 2008, Considerandos Séptimo, Octavo y Vigésimo Cuarto.

que debe someterse el concesionario; c) libre de toda restricción, Sorea impuso a los destinatarios unos precios abusivos y excesivos, muy superiores a los del mercado¹¹⁶⁵.

a) La exclusividad sobre el contrato público otorga el monopolio sobre el mercado

El suministro del agua potable es un servicio público de titularidad municipal. Los entes locales pueden gestionarlo de forma directa o indirecta. En este caso el Ayuntamiento optó por la modalidad contractual de una concesión administrativa. Una vez adjudicado el contrato, la empresa adjudicataria, Sorea es el único operador en el mercado de la distribución de agua en el municipio. Por tanto, obtuvo un monopolio legal que le otorgó una posición de dominio absoluta en el mercado correspondiente, con una cuota de mercado del 100%. Además, el Ayuntamiento incluyó en la concesión la realización de las obras necesarias para atender nuevos suministros y expansión de la red de distribución. Por este motivo, el concesionario también disponía de una cuota de mercado del 100% en este mercado conexo al de la distribución de agua¹¹⁶⁶.

b) Imposición de precios excesivos

El Ayuntamiento otorgó a Sorea la exclusiva de la realización de las obras para atender nuevos suministros en el municipio, sin haber aprobado previamente unas tarifas en las que el concesionario se hubiera de basar necesariamente para elaborar los presupuestos. Como consecuencia, Sorea fijó unos precios abusivos en los presupuestos, en el sentido de que son superiores a los precios de mercado¹¹⁶⁷.

La particularidad de la imposición de precios excesivos en esta concesión respecto del tipo ordinario radicaba en que el afectado por el comportamiento no era el usuario final del servicio, sino el ente contratante. La razón se halla en que la práctica anticompetitiva se verificó en el mercado conexo de obras, no en el de servicios públicos y SIEG. El destinatario de las nuevas infraestructuras fue el titular del servicio (Ayuntamiento), no los usuarios finales.

¹¹⁶⁵ RTCDC, de 23 de julio de 2008, Expediente 21/07, *Sorea* (I)

¹¹⁶⁶ *Sorea* I, págs. 6 y 11.

¹¹⁶⁷ *Sorea* I, pág. 7.

c) Test de la comparación con los precios de mercado

Con el fin de determinar si los precios aplicados por Sorea en el mercado de obras eran abusivos, el TCDC - en concreto, su unidad de investigación- solicitó un estudio al Colegio de Ingenieros Técnicos Industriales de Barcelona. El Colegio comparó los presupuestos presentados por Sorea y por su competidora Green House con los precios normales de mercado. En su informe, destaca que los presupuestos de ambas empresas los superaban. En el caso de la concesionaria, con porcentajes que iban desde el 8% al 88%¹¹⁶⁸. Con ese dato, el TCDC consideró que Sorea impuso precios excesivos e incurrido por ello en una conducta anticompetitiva.

d) Autonomía y margen de maniobra de Sorea. Responsabilidad especial del concesionario

Que el Ayuntamiento se abstuviese por completo de regular las tarifas (y sus incrementos sucesivos) no eximía de responsabilidad al concesionario, quien gozaba de absoluta autonomía para la aprobación de los presupuestos. Dicha autonomía le confería la posibilidad de evitar la imposición de precios excesivos. El TCDC entendió que tal margen de maniobra entra en el ámbito de la responsabilidad especial del operador dominante¹¹⁶⁹.

e) Anulación de la resolución en sede judicial

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña anuló la resolución dictada por el TCDC por insuficiencia de las pruebas periciales practicadas y por haber denegado la práctica de la prueba solicitada por el concesionario. A juicio de la sentencia, el informe pericial en el que se basó la autoridad de competencia no justificó la objetiva falta de justificación de los rasgos económicos de la transacción¹¹⁷⁰.

Por los datos que figuran en la resolución sancionadora, el informe del Colegio se limitó a emplear uno de los test admitidos para la evaluación de los precios excesivos. Advirtió que las tarifas fijadas por el concesionario fueron sustancialmente superiores a

¹¹⁶⁸ *Sorea I*, pág. 12.

¹¹⁶⁹ *Sorea I*, pág. 14-15. El TCDC rechaza que la inacción del Ayuntamiento fuese sinónimo de aprobación tácita de los presupuestos de Sorea.

¹¹⁷⁰ STSJ de Cataluña 3341/2011, de 18 de febrero, Sala de lo C-A, Secc. 5ª, Rec. 451/2008, que anula la Resolución 21/07, dictada por la ACCO en el caso *Sorea*, F. J., Quinto, epígrafes 3 y 4. Confirmada por la STS de 10 de junio de 2014, Sala de lo C-A, Secc. 3ª, Rec. de casación 2377/2011.

los precios de mercado sin que existiese una motivación económica para ello. La sentencia no discutió este test, pero lo consideró insuficiente, dadas las deficiencias del informe y la falta de contraste en la prueba pericial solicitada por el concesionario. La sentencia es un ejemplo de que las reticencias a aceptar la imposición de sanciones por precios excesivos aconseja que las autoridades de competencia empleen el mayor número posible de ellos. De otro modo, queda un flanco abierto a la anulación de la resolución sancionadora en vía jurisdiccional.

1.5.2. Sorea II

Desde el año 2011, Sorea es concesionaria del servicio municipal de abastecimiento de agua potable y alcantarillado de Torredembarra. El contrato contiene entre las prestaciones accesorias la realización de las obras necesarias para la prestación del servicio, sean abonadas por el Ayuntamiento o por los beneficiarios del mismo. En 2012, una empresa denunció ante la ACCO a Sorea y al Ayuntamiento. Alegó que la primera le impuso por la realización de unas obras un precio al menos dos veces superior al solicitado por otros operadores.

A diferencia de *Sorea I*, el precio reclamado por Sorea se correspondía con el que figuraba en la relación de tarifas aprobada por el Ayuntamiento. Aunque dicha aprobación lo hubiese sido por silencio administrativo, el Tribunal de la ACCO desestimó la denuncia dada su falta de jurisdicción para enjuiciar los actos en los que una administración pública actúa revestida de *ius imperii*¹¹⁷¹. Como se estudia acto seguido en el epígrafe 1.6, dicha declaración equivale a la exculpación tácita del contratista cuando sus precios excesivos hubiesen sido aprobados por el poder adjudicador.

1.6. Imputación de la responsabilidad

Esquemáticamente, las opciones a considerar son tres:

¹¹⁷¹ RACCO, de 22 de septiembre de 2015, archivo del asunto nº 46/12 *Sorea (II)*.

Tabla XVIII. Imputación de la responsabilidad

RESPONSABILIDAD ANTITRUST	Fijación/aprobación imperativa	Margen de maniobra	<i>Corinne Bodson</i>
Contratista	NO	SÍ	SÍ, siempre
Ente contratante	NO ¹¹⁷²	NO	NO, nunca

1.6.1. Responsabilidad del contratista público

No cabe duda de que un contratista o concesionario que, ‘por su cuenta y riesgo’, impusiese precios excesivos a los destinatarios finales del bien o servicio contratados, incurrirá en responsabilidad *antitrust* por incurrir en abuso explotativo de su posición de dominio, si concurrieran los restantes requisitos para ello¹¹⁷³. La pregunta pertinente es si debe exigirse esta responsabilidad cuando tales precios se deben única y exclusivamente al establecimiento de tarifas muy elevadas por parte de la Ordenanza Fiscal o del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), sin que el concesionario pudiese modificarlas. En caso de respuesta afirmativa, debe dilucidarse si la responsabilidad es imputable al contratista o al ente contratante.

Cuando la normativa del contrato (ordenanza fiscal, reglamento del servicio, PCAP) dejase al concesionario la posibilidad de reducir los precios, o dicho de otro modo, no se los impusiese de forma imperativa, la Jurisprudencia interna y europea permite interpretar de forma restringida el término «imponer», expandiendo así la imputabilidad del contratista¹¹⁷⁴. En tal caso, la responsabilidad *antitrust* por precio excesivo le es imputable, incluso aunque limite su comportamiento a aplicar las tarifas aprobadas por el órgano de contratación, siempre que la normativa aplicable -

¹¹⁷² Su responsabilidad sería exigible ante la Jurisdicción Concencioso-Administrativa, no ante las autoridades de defensa de la competencia

¹¹⁷³ La sanción al contratista se supedita que el comportamiento abusivo se debiese a dolo o negligencia. La exigencia de responsabilidad subjetiva se complica en el caso de los precios excesivos debido a la complejidad de su determinación y en la propia incertidumbre acerca de la generación de consecuencias negativas por la fijación de los mismos, RODILLA MARTÍ, CARMEN, «La flexibilización de la culpa en precios excesivos», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Nº 18, Sección Estudios, Primer semestre de 2016, Wolters Kluwer (Formato LaLeyDigital).

¹¹⁷⁴ Por ejemplo, cuando los pliegos de condiciones no se pronuncian sobre las tarifas (*Sorea I*) o se remiten a las ofertadas por el adjudicatario en la proposición económica que presenta a la licitación (*Tanatorio de Catoira*).

ordenanzas fiscales, pliegos, etc.,- le otorgue un grado de autonomía y un margen de maniobra suficientes para modular dichas tarifas y evitar su carácter excesivo. Esta interpretación se basa en el principio de la responsabilidad especial del operador dominante, doctrina establecida por el TJUE para los abusos exclusionarios¹¹⁷⁵.

1.6.2. Irresponsabilidad del contratista público

El concesionario estará exento de responsabilidad por abuso de posición de dominio: a) cuando la normativa reguladora del contrato administrativo establece los precios o tarifas que el adjudicatario debe cobrar a los usuarios finales, imperativamente y sin posibilidad de variación; b) cuando el contratista establece unilateralmente los precios y los somete a la aprobación -expresa o por silencio administrativo- del poder adjudicador. En ambos casos, el régimen de tarifas pasa a ser materia administrativa, por lo que su legalidad debe enjuiciarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Ello se debe a que una práctica abusiva, contraria al artículo 106 TFUE, apartado 1, existe, entre otros casos, cuando un Estado miembro confiere a una empresa el derecho exclusivo de ejercer determinadas actividades y crea una situación en la que dicha empresa resulta manifiestamente incapaz de satisfacer la demanda del mercado para este tipo de actividades¹¹⁷⁶. Si ese abuso existiera y fuera imputable a la normativa aplicable al contrato o concesión, dicha normativa sería contraria a los artículos 102 TFUE y 106 TFUE, apartado 1.

¹¹⁷⁵ STJCE, de 9 de noviembre de 1983, *Michelin I*, apartado 57, STJUE, de 14 de octubre de 2010, C-280/08 P, *Deutsche Telekom*, apartados 83 a 85. Señala ROBLES MARTÍN-LABORDA, ANTONIO: «A diferencia de lo que sucede en el [Derecho norteamericano](#), la jurisprudencia comunitaria ha establecido que la prohibición del abuso de una posición de dominio es plenamente aplicable también a las conductas reguladas por la normativa sectorial aplicable. De esta forma, [una tarifa puede resultar abusiva a pesar de que haya sido aprobada por la autoridad reguladora nacional competente](#) (STXUE DEUTSCHE TELEKOM) si la legislación nacional deja subsistir la posibilidad de una competencia que puede ser obstaculizada, restringida o falseada por comportamientos autónomos de las empresas. Pero la jurisprudencia –dictada en asuntos de abuso de exclusión, no de explotación- es aplicable a la conducta de la empresa dominante realizada aprovechando el margen de maniobra permitido por la regulación sectorial y cumpliendo fielmente lo establecido en ésta. Su infracción -que es lo que se reprochaba en este caso a IBERDROLA- constituiría una infracción de la normativa del sector eléctrico a la que debería corresponder únicamente la sanción en ésta prevista», ROBLES MARTÍN-LABORDA, ANTONIO, *La infracción de la normativa sectorial como supuesto de abuso de una posición dominante* (SAP de Murcia de 08.01.2016, *ERLE contra Iberdrola*), Competencia y Regulación, domingo, 14 de febrero de 2016.

¹¹⁷⁶ STJCE, de 23 de abril de 1991, C-41/90, *Höfner y Elser*, apartado 31.

Por lo tanto, un órgano de contratación no infringe los artículos 2 LDC y 102 TFUE (en conexión con el artículo 106 TFUE) por la mera concesión a un operador económico de derechos exclusivos o especiales para la prestación de un servicio público o de un SIEG. Tan sólo los vulnera cuando la empresa sea inducida, por el simple ejercicio de los derechos exclusivos que le han sido conferidos, a explotar su posición dominante de manera abusiva o cuando esos derechos puedan crear una situación en la que dicha empresa sea inducida a cometer tales abusos¹¹⁷⁷.

En *Emorvisa*, el Pleno del Ayuntamiento de Vigo aprobó la Ordenanza fiscal inicial en la que se fijaban las tarifas de la concesionaria de servicios mortuorios. Posteriormente, aprobó una segunda en la que estableció una subida lineal de tarifas¹¹⁷⁸. En *Sorea II*, el Tribunal de la ACCO desestimó la reclamación por precios excesivos contra un concesionario del servicio público de abastecimiento de agua potable y saneamiento público porque el Ayuntamiento había aprobado la relación de tarifas presentada por el concesionario. El hecho de que la aprobación no hubiese tenido lugar por resolución administrativa expresa, sino por silencio administrativo positivo, es una cuestión administrativa que no influye en la asunción de los precios por el Ayuntamiento. En estos casos, las autoridades de competencia no disponen de facultades de aplicación de la LDC para enjuiciar la actuación de una administración pública, en ejercicio de una función pública. Añadió el Tribunal que dichas autoridades encuentran un límite a su capacidad de acción en aquellas actuaciones de las administraciones públicas en las que actúan revestidas de *ius imperii*, es decir, actuaciones fundadas en el ejercicio de las potestades administrativas atribuidas por el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, sometidas al derecho administrativo. En estos supuestos, tendrá que ser la Jurisdicción Contencioso-administrativa quien determine la adecuación o no al ordenamiento jurídico, dado que en estos supuestos la administración no está actuando como operador económico.

La naturaleza pública o privada de las tarifas también ha sido considerada como determinante del régimen de responsabilidad. Si dichas tarifas tienen la consideración de precios privados, corresponderá establecerlas al concesionario (y aprobarlas, en su caso, al Ayuntamiento). Si, por el contrario, se trata de tasas o precios públicos, su fijación será competencia de la autoridad municipal. En *Funerarias de Madrid 2*, la

¹¹⁷⁷ STJUE, de 3 de marzo de 2011, C-437/09, *AG2R Prévoyance*, apartado 68 y jurisprudencia citada.

¹¹⁷⁸ RTDC, de 30 de octubre de 1993, Expte. 325/92, *Emorvisa*, p. 7.

Empresa Municipal de Servicios Funerarios de Madrid habría incurrido en la imposición de precios excesivos por haber incrementado los precios un promedio de un 15,92% (con picos del 302,6%) y aumentado en un 300% el precio de los servicios prestados a las personas no empadronadas en el municipio. El Tribunal de Defensa de la Competencia consideró que las tarifas no habían sido aprobadas por el Ayuntamiento, que únicamente había tomado en consideración los estados de previsión de ingresos y gastos que presentan las sociedades mercantiles con capital municipal. En Emorvisa se imputó a la concesionaria la aplicación de un incremento de tarifas que había sido establecido por una Ordenanza Municipal del Ayuntamiento de Vigo. En este caso, no sólo no se aprobaron las tarifas por el Ayuntamiento, sino que consta expresamente que la EMSFM hubiese suprimido y modificado servicios y establecido aumentos de tarifas sin que el Ayuntamiento de Madrid hubiese intervenido en el proceso¹¹⁷⁹. En vía de recurso, la Audiencia Nacional sostuvo que las tarifas habían sido aprobadas por la corporación municipal y adquirido el carácter de precios públicos¹¹⁸⁰. Las reclamaciones deberían dirigirse a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Este tipo de casos obvian la aplicación de la normativa de defensa de la competencia. Por un lado, los contratistas públicos carecen de responsabilidad *antitrust*; por otro, la eventual infracción de normas administrativas por el ente contratante se sustancia ante la jurisdicción contencioso-administrativa. La aplicación de esta doctrina está supeditada a que el contratista carezca de cualquier tipo de margen de maniobra para fijar los precios en un nivel conforme a la recta competencia. Si gozase de autonomía en este sentido, deben ser enjuiciado conforme a la normativa *antitrust*.

Por ende, la no tramitación de un procedimiento sancionador por vulneración de la normativa de competencia puede fácilmente dejar insatisfechas razonables reclamaciones de perjudicados por la aplicación de precios excesivos. En primer lugar, porque la reglamentación del contrato tiene unos plazos limitados de impugnación desde su aprobación. Durante este lapso es muy posible que los efectos anticompetitivos no sean observables. En segundo lugar, porque los tribunales resolverán el litigio en función de si las reglas sobre los precios son conformes a la normativa de contratos públicos, no a la de competencia. Y entenderán que tal conformidad existe cuando el nivel de precios está justificado para garantizar la prestación del servicio con niveles de

¹¹⁷⁹ *Funerarias de Madrid 2*, p. 21-22

¹¹⁸⁰ SAN, de 18 de diciembre de 2000, Sala de lo C-A, Sección 6ª, Rec. 545/1998, pp. 3-4.

calidad, continuidad o recepción suficientes. Nada les exige centrar el foco en los criterios empleados en el Derecho de la competencia para determinar si los precios son o no excesivos.

Una solución a estas ‘zonas oscuras’ es la de admitir que el ente contratante vulnera la normativa de defensa de competencia cuando fije o apruebe precios excesivos e injustificados para sus contratistas o concesionarios. Sería considerado facilitador de la conducta del contratista o autor, por abuso de su posición monopsonística o por incurrir en restricciones verticales.

En particular, la diferencia entre precios públicos y privados a efectos de excluir la sanción por vulneración de la normativa de competencia es una doctrina anticuada. La doctrina *FENIN/SELEX* requiere que se valore si el concesionario ejecuta o no una actividad económica, dirigiendo los bienes y servicios contratados al mercado. Es evidente que en los casos analizados, contratistas y concesionarios de servicios ponen a disposición de los usuarios un producto a cambio de un precios, en competencia real o potencial con operadores de mercado. Es por ello, que deben ser sometidos a enjuiciamiento de las autoridades de competencia.

1.6.3. Responsabilidad universal del contratista: doctrina *Corinne Bodson*

Una posición más extrema es la mantenida por la sentencia prejudicial *Corinne Bodson*. En dicha sentencia, la Corte de Justicia responsabilizó al concesionario de servicios públicos por la imposición de precios excesivos en cualquier caso. Es decir, con independencia de que la normativa o los pliegos de la licitación concedan o no al adjudicatario la autonomía para mover los precios y evitar que sean excesivos. El fundamento de esta posición se encuentra en que con la firma del contrato el concesionario decide de forma voluntaria asumir las condiciones de la contratación, por lo que responde de los precios excesivos en todo caso ¹¹⁸¹.

¹¹⁸¹ «Esos mismos intervinientes han puesto de relieve también que los concesionarios no están en condiciones de «imponer» un determinado precio, puesto que las tarifas que han de aplicarse vienen fijados en el pliego de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas que forma parte de las condiciones de la concesión. Este argumento no puede admitirse. En efecto, de los autos se desprende que la concesión de los servicios exteriores de pompas fúnebres se considera en Francia como un contrato celebrado entre el municipio y la empresa concesionaria, perspectiva en la que, por lo demás, se sitúa el órgano jurisdiccional nacional. Esta conclusión implica que el nivel de los

La doctrina *Corinne Bodson* no puede considerarse una aplicación singular de la teoría de los precios excesivos a la contratación pública. Se extiende al tratamiento de esta figura en el Derecho español. El Tribunal Supremo, al resolver el recurso de casación en el caso *Canarias Explosivos* establece que « *la culpabilidad resultaba «[...] acreditada en la medida en que depende de la voluntad y consciencia de la actora -a través de sus órganos de representación- el establecimiento de los precios»*.¹¹⁸²

2. OTROS ABUSOS EXPLOTATIVOS

2.1. Por parte de la entidad contratante

Para admitir que una entidad contratante incurra en abusos explotativos frente a sus proveedores, hay que partir de tres presupuestos: (1) que el órgano de contratación tenga una posición privilegiada sobre los licitadores y contratistas¹¹⁸³; circunstancia asegurada por la normativa de contratación pública; (2) que se admita la responsabilidad *antitrust* de los poderes adjudicadores; (3) en cada caso concreto, es preciso que la entidad goce de posición de dominio en el mercado específico (*buyer power*). La legislación contractual concede a las entidades contratantes la prerrogativa de definir unilateralmente los términos del negocio jurídico. Por ello, sus conductas abusivas se describirán en la documentación administrativa preparatoria del contrato (proyecto, PCAP, PPT, etc.) y en el mismo documento contractual. Como cualesquiera otros operadores económicos, las entidades contratantes incurrirán en prácticas explotativas sobre los precios o sobre otras condiciones comerciales.

2.1.1. Abusos explotativos en precios

El punto de partida es un mercado cuyas especificidades (producto, ámbito geográfico, sector reservado a una administración, etc.) han causado que un órgano de

precios es imputable a la empresa, pues ésta es plenamente responsable de los contratos que celebra», Corinne Bodson, párrafos 38 y 39

¹¹⁸² STS de 29 de mayo de 2013, Sala de lo C-A, Secc. 3ª, Rec. Casación 1310/2013, *Canarias Explosivos*, F.J. 7º.

¹¹⁸³ El concepto equivalente es el *superior bargaining power*. Ver HOU LIYANG, *Superior Bargaining Power: The Good, the Bad and the Ugly*, 22 de agosto de 2017, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3024015>, pp. 3 y 9ss.

contratación sea monopsonista o haya alcanzado una posición de superdominio sobre el mercado de demanda. En el lado de la oferta, las empresas han adaptado su modelo de negocio al cliente público único o predominante. Su facturación depende (casi) totalmente de los contratos públicos que celebren con el.

En una situación así, la entidad pública tiene un incentivo muy potente para reducir de forma sustancial el presupuesto de adjudicación de las licitaciones futuras; incluso aunque no existan variaciones sustanciales respecto de las precedentes. Por ejemplo, acuerda minorarlo en un 40%. Este precio es suficiente para la ejecución del contrato a satisfacción de la administración, pero no para que el futuro contratista obtenga beneficios, descontados los costes de producción del bien o del servicio adjudicados. Las empresas potencialmente proveedoras se enfrentan a una situación diabólica. De no concurrir a las licitaciones futuras verán peligrar su subsistencia. Si participan, lo harán a beneficio '0' o incluso a pérdida. Si proponen una oferta económica superior al presupuesto de adjudicación, pueden incurrir en un 'boicot colectivo' a la licitación, susceptible de ser investigado como práctica restrictiva, contraria al artículo 1 LDC o 101 TFUE.

Otra posibilidad es la de denunciar a la entidad contratante ante una autoridad de competencia por excesos en el ejercicio de su poder de mercado. En abstracto, tiene dos opciones. Primero, acusarle de abuso explotativo por la imposición de precios de compra excesivamente bajos y no equitativos. Segundo, sostener que los proveedores carecen de autonomía real respecto del poder adjudicador. Al fijar este un presupuesto de contratación excesivamente bajo incurrió en abuso de situación de dependencia económica, sancionable al amparo de los artículo 3 LDC y 16 LCD.

a) Presupuesto de contratación explotativo

La fijación de un presupuesto de contratación excesivamente bajo por el poder adjudicador, insuficiente para que el contratista cubra los costes de producción y que le obliga a operar a pérdida es, conceptualmente una práctica predatoria inversa. Dado que la relación entre ambas partes es vertical y no son competidoras entre sí, no se trata de un abuso exclusionario. Debe ser incluido entre las prácticas explotativas, al amparo de los artículos 2.2.a) LDC o 101 a) TFUE.

Para que el órgano de contratación sea sancionado deberá acreditarse que el limitado presupuesto de contratación es inequitativo. Al tratarse de un abuso explotativo, la aparente contradicción entre precios predatorios y abusivos no impide emplear cualquiera de los tests previstos para el análisis de estos últimos. Con todas sus deficiencias, los distintos métodos comparativos parecen adecuados para determinar si la reducción del presupuesto tiene una justificación objetiva o responde. El término de comparación más cercano son las licitaciones previas del mismo órgano de contratación. Cabe acudir también a los procedimientos contractuales con el mismo objeto convocadas por órganos de contratación parecidos en mercados similares.

b) Abuso de dependencia económica como falseamiento de la competencia por actos desleales

El abuso de dependencia económica tiene un largo recorrido en las legislaciones europeas¹¹⁸⁴. En 1991, la LDC reguló esta figura en su artículo 16, apartado segundo. La Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia lo incorporó al artículo 6, como un segundo tipo de abuso de posición de dominio¹¹⁸⁵. En realidad, el precepto contemplaba dos ilícitos distintos, aunque similares en su estructura. El destinatario del primer apartado, letra *a*), es la empresa en posición de dominio, mientras que el de la letra *b*) es la empresa con poder relativo de mercado, esto es, ejercitable únicamente frente a determinados proveedores o clientes como adquirentes o suministradores de determinados productos o servicios¹¹⁸⁶.

La vigente LDC no recogió esta figura en su artículo 2, por lo que debe considerarse extingida como tipo de abuso autónomo¹¹⁸⁷. No obstante, el abuso de

¹¹⁸⁴ KËLLEZI, PRANLLERA, «Abuse below the Threshold of dominance?. Market Power, Market Dominance, and Abuse of Economic Dependence», en MACKENDRODT, MARK-OLIVER, CONDE GALLEGU, BEATRIZ, ENCHELMAIER, STEFAN (Eds.), *Abuse of dominant position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?. MPI Studies on Intellectual Property, Competition and Tax Law*, Volumen 5, Springer, 2008, pp. 55-89.

¹¹⁸⁵ BERENGUER FUSTER, LUIS, «Otras formas de abuso de posición dominante (con especial mención al abuso de situación de dependencia económica)», en MARTÍNEZ LAGE, SANTIAGO y PETITBÓ JUAN, AMADEO (Dir.), *El abuso de posición de dominio*, Marcial Pons, 2006, pp. 415-436, p. 431.

¹¹⁸⁶ ZABALETA DÍAZ, MARTA, «El abuso de una situación de dependencia económica, ¿ilícito antitrust o ilícito desleal?», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XXVI (2005)*, pp. 339-377, p. 342.

¹¹⁸⁷ Sobre la naturaleza de esta figura como abuso de posición de dominio (explotativo), BOUGETTE, PATRICE, BUDZINSKI, OLIVER, MARTY, FRÉDÉRIC, «Exploitative abuse and abuse of

situación de dependencia económica conformará un comportamiento anticompetitivo, al amparo del artículo 3 LDC, si la práctica desleal prevista en el artículo 16.2 LCD perjudica los intereses públicos por falsear la competencia¹¹⁸⁸.

El primer requisito, pues, para que concurra la infracción del complejo [art. 3 LDC + art. 16 LCD] es que el contratista se halle en una situación de dependencia económica respecto de un poder adjudicador y que este explote abusivamente dicha dependencia. El artículo 16 LCD entiende que la explotación depende de que los proveedores *no dispongan de alternativa equivalente* para el ejercicio de su actividad. Una empresa proveedora es dependiente cuando no puede prescindir de las relaciones comerciales que mantiene con la empresa *fuerte* sin que su capacidad competitiva se vea seriamente comprometida. Dos criterios sirven para determinar la ausencia de alternativas equivalentes¹¹⁸⁹. El primero es un criterio objetivo que atiende a las posibilidades del contratista público de vender el producto de otras empresas través de canales alternativos de distribución para sus productos. Éste fue el empleado por el TDC en una de las primeras aplicaciones del supuesto. En la resolución se afirmaba que la existencia en el mercado de otras empresas suministradoras excluía la dependencia¹¹⁹⁰.

El segundo criterio, denominado subjetivo, niega la existencia de alternativa cuando la misma implique una carga desproporcionada para la empresa dependiente, como sería el caso si la alternativa supone un serio riesgo para su competitividad en el mercado. También debe ser objeto de valoración la opción del proveedor entre expandirse a otros clientes públicos o privados o bien vincularse a un cliente público específico de forma deliberada.

economic dependence: what can we learn from the industrial organization approach?», *GREDEG Working Papers Series*, nº 2017-37.

¹¹⁸⁸ MAESTRE BENAVENTE, RAFAEL, «El ilícito de explotación de situación de dependencia económica en la jurisprudencia: a propósito de la SAP de Málaga de 12 de diciembre de 2005», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Nº 6, Enero-Junio 2010, pp. 177 ss, (formato LaLeyDigital.com). En caso de que un mismo comportamiento haya dado lugar a una doble sanción, ha sido defendida la no aplicación del principio *non bis in idem*. Aunque la LCD y la LDC «persiguen un mismo objetivo, el buen funcionamiento del mercado, lo hacen desde ópticas distintas, la primera se ocupa de la libertad para competir y la segunda de la lealtad en el ejercicio del derecho a la libre iniciativa económica. Se trata de un supuesto de concurrencia acumulativa de normas jurídicas», GARCÍA MARTÍNEZ, ROBERTO, «La explotación abusiva de una situación de dependencia económica como nuevo ilícito antitrust en la Ley española de Defensa de la Competencia», *Revista del Poder Judicial*, nº 64, 2001, p. 318.

¹¹⁸⁹ ZABALETA DÍAZ, MARTA, cit., p. 365ss.

¹¹⁹⁰ RTDC de 22 de marzo de 1994 (Expediente núm. 73/1994); AC 1994/1634

Los tribunales adoptan en muchas ocasiones un criterio mixto. Lo fundamental es valorar si existen o no otras vías para obtener esos mismos bienes o servicios y si esas vías son equiparables. En definitiva, ha de determinarse si existe sustituibilidad o reemplazo del cliente (público). (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de Mayo de 2007). La dependencia se concreta en la falta real de posibilidades de elección en la que se encuentra quien no puede decidir entre alternativas semejantes. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de Febrero de 2012 insiste en que para la aplicación de este art. 16.2 LCD, basta con que se demuestre el comportamiento abusivo de una de las partes, en un mercado concreto, en relación con otro que se halle en una situación de dependencia económica y carezca de alternativas semejantes¹¹⁹¹.

El abuso de dependencia económica por el ente contratante sobre los licitadores no recae exclusivamente en los precios. Puede proyectarse sobre cualquier condición comercial relevante para que aquellos superen la fase de solvencia o se adjudiquen el contrato. En *FENIN*, la federación de empresas homónimas alegó que es sistema nacional de salud español, cliente monopsonista en su mercado había incurrido en diversas prácticas: retrasos en los pagos, trato discriminatorio y exigencia de contribuciones extraordinarias y obligaciones suplementarias a los contratistas¹¹⁹².

Pese a lo reseñado, la imputación de un ilícito *antitrust* a un poder adjudicador por explotación de dependencia económica es poco probable. La presunción *iuris tantum* de dependencia económica prevista por el artículo 16.2 LCD se produce cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares. Aun concebida de forma inversa, esta presunción no es aplicable a los contratos públicos. Los descuentos y las ventajas exclusivas a los proveedores no se acompañan con los sistemas europeos de contratación pública. Los principios

¹¹⁹¹ CHAMAT, SANTIAGO, *Derecho de la Competencia: Discriminación y abuso de situación de dependencia económica. ¿Qué puedo hacer si, como consumidor o proveedor, sufro algún tipo de discriminación con respecto a los demás adquirentes?*, <http://www.abogalista.com/derecho-de-la-competencia-discriminacion-y-abuso-de-situacion-de-dependencia-economica.html>

¹¹⁹² El Tribunal de Justicia desestimó la denuncia porque al articular sus contratos públicos el sistema nacional de salud no actúa como un operador económico. No obstante, las prácticas denunciadas son ejemplos de «prácticas de compra desleales» (unfair purchasing practices); HERRERA ANCHÚSTEGUI, IGNACIO, «Buyer power exploitation: unfair purchasing practices», en CACHAFEIRO GARCÍA, FERNANDO, GARCÍA PÉREZ, RAFAEL y LÓPEZ SUÁREZ, MARCOS, *Derecho de la Competencia y Gran Distribución*, Thomson Reuters, Aranzadi, 2016, p. 381.

fundamentales - igualdad y no discriminación, publicidad, transparencia y competencia- buscan precisamente favorecer que el mayor número de operadores económicos accedan a la contratación pública y evitar las relaciones de privilegio en favor de ciertos contratistas. Al factor ¹¹⁹³ anterior debe sumarse que la combinación entre los artículos 16 LCD y 3 LDC ha caído en desuso.

2.1.2. Abusos explotativos sobre condiciones comerciales: la cesión de derechos de propiedad industrial

Esta práctica abusiva tiene particular interés cuando los documentos procedimentales imponen al contratista la obligación de ceder al cliente público la titularidad de los derechos de propiedad intelectual o industrial resultantes de la ejecución del contrato. Cabe señalar dos ejemplos: la asignación de derechos de explotación no restringida en *Material móvil ferroviario* y los límites a la cesión previstos en la contratación pre-comerci

a) Cesión incondicionada: Material móvil ferroviario

Se entiende por incondicionada la cesión de derechos de propiedad intelectual e industrial hecha por el contratista a favor del poder adjudicador que abarque la propiedad y no meramente el uso, que sea gratuita y que extienda sus efectos a terceros, sin que el titular originario participe de estas decisiones. Dada la potestad del cliente público para configurar unilateralmente el negocio jurídico, está en su mano obligar a los licitadores a aceptar la cesión incondicionada. Si los documentos contractuales no son impugnados en tiempo y forma, el diseño de la licitación es consentido y firme para los licitadores y los terceros.

Tan sólo queda a disposición de los afectados acudir a las autoridades de competencia. Así ocurrió en el caso *Material móvil ferroviario*. Eurofina, compañía creada en base a un convenio internacional celebrado entre dieciséis administraciones ferroviarias europeas, tenía como objeto social suministrar a sus asociados material

¹¹⁹³ La mayoría de los casos de abuso de posición de dependencia económica conocidos por la autoridad de competencia española fueron rechazados sin realizar un análisis del mercado ni establecer si la dependencia económica existía en realidad; RUÍZ PERIS, JUAN IGNACIO, «El abuso de dependencia económica en el Derecho de la Competencia en el marco de la lucha contra las conductas abusivas», en CACHAFEIRO GARCÍA, FERNANDO, GARCÍA PÉREZ, RAFAEL y LÓPEZ SUÁREZ, MARCOS, *Derecho de la Competencia y Gran Distribución*, Thomson Reuters, Aranzadi, 2016, p. 52.

móvil ferroviario de diseño y calidad estándar en las condiciones más favorables. Las administraciones ferroviarias asociadas deberían especificar qué parte de sus compras encargarían a *Eurofina*, aunque podían acudir al mercado. En 1971, esta compañía había convocado un procedimiento competitivo para desarrollar y adquirir vagones de pasajeros para seis de sus socios nacionales. La convocatoria preveía sustituir gradualmente a los existentes para todos los socios nacionales de la adjudicataria que así lo quisiesen.

A mediados de 1972, la Comisión recibió una reclamación contra *Eurofina* por abuso de posición de dominio. Se la acusaba de reservarse derechos no restringidos de uso sobre todos los diseños, documentos, patentes y otros derechos de propiedad que resultasen del planeamiento y ejecución del contrato. En primer lugar, la Comisión entendió que esta compañía ostentaba posición de dominio en el mercado común. En segundo lugar, estimó la denuncia porque el contrato otorgaba a *Eurofina* un derecho de explotación no restringida sobre los productos fabricados, que no se limitaba al mantenimiento del material fabricado, sino que concedía a *Eurofina* la capacidad de otorgar futuras licencias a terceros sobre los productos del contrato, sin autorización ni compensación al contratista.

b) Cesión de derechos de propiedad intelectual e industrial en contratación pre-comercial

Conocida también como *pre-commercial procurement* (PCP), la contratación precomercial o compra pública precomercial (CPP) ha adquirido carta de naturaleza en la Unión Europea en la última década. En su *Comunicación sobre Contratación Precomercial*, la Comisión la caracteriza como la contratación de servicios de I+D que implica el reparto de riesgos y beneficios en condiciones de mercado y en la cual un número de empresas desarrollan en competencia nuevas soluciones para necesidades del sector público a medio y largo plazo. Tales necesidades son tan absolutamente exigentes y avanzadas respecto a lo que el mercado puede ofrecer que no existe ninguna solución comercialmente viable o las soluciones existentes presentan deficiencias que requieren nuevo I+D¹¹⁹⁴. En Derecho español, el artículo 4.1 r) del ya derogado TRLCSP de 2011 lo definió como «*el contrato de investigación y desarrollo remunerado íntegramente por el órgano de contratación, siempre que éste comparta con las empresas*

¹¹⁹⁴ Comunicación «*Pre-commercial procurement: Driving innovation to ensure high quality public services in Europe*», diciembre, COMM (2007), 799 final; p.1.

adjudicatarias los riesgos y los beneficios de la investigación científica y técnica necesaria para desarrollar soluciones innovadoras que superen las disponibles en el mercado».

En las definiciones citadas, la colaboración público-privada se caracteriza por su objeto (servicios I+D) y por la asignación compartida de riesgos y beneficios en la ejecución del contrato. Para las empresas licitadoras, el riesgo es evidente (fracaso en la creación del objeto contractual) y el beneficio hipotético. El modo más efectivo para hacer frente a la preeminencia del riesgo sobre el beneficio es la de conceder a ambas partes una porción de los riesgos actuales y un ‘pedazo de la tarta’ de los beneficios futuros.

El mecanismo más adecuado para favorecer la participación en el procedimiento pre-contractual y evitar al mismo tiempo la colusión es destinar a las empresas ganadoras beneficios más allá del pago de un precio en metálico. De este modo, además, cabe justificar la reducción del precio, compensado con ventaja por otros medios. Para ello, será necesario que la titularidad de los derechos de propiedad intelectual e industrial corresponda – total o parcialmente- al proveedor privado. Al ente público deberá bastarle la cesión a su favor del uso y explotación de tales derechos, con carácter gratuito. La negativa a compartir riesgos y beneficios fomentará conductas colusorias entre los participantes en la contratación precomercial, para así extraer todos los beneficios posibles del proceso¹¹⁹⁵. Sería así factible que las empresas se comprometiesen a presentarse en unión temporal de empresas a la fase de contratación comercial o acudiesen a subcontrataciones cruzadas.

Además de fomentar la colusión, la exigencia de cesión incondicionada de la totalidad de los derechos de propiedad intelectual e industrial sobre las innovaciones producto del contrato podría constituir un abuso explotativo en los términos de *Material Móvil Ferroviario*.

¹¹⁹⁵ ALBANO, GIAN LUIGI, BUCCIROSSI, PAOLO, SPAGNOLO GIANCARLO, ZANZA, MATTEO «Preventing collusion in procurement», *Handbook of Procurement*, Cambridge University Press, Nueva York, 2006, p.256.

2.1.3. Exenciones legales

En múltiples casos, prácticas materialmente explotativas del órgano de contratación quedan *extra muros* del derecho de la competencia. Esto sucede cuando el poder adjudicador se limita a ejecutar los privilegios o prerrogativas exorbitantes establecidas en su favor por la ley de contratos del sector público (modificación e interpretación unilateral, resolución unilateral, rescate del servicio, etc.). Las prerrogativas exorbitantes son el elemento característico de la contratación pública frente a la civil. En tanto en cuanto sean ejercitadas conforme a sus previsiones legales gozan de la exención legal prevista en el artículo 4.1 LDC.

2.2. Por parte de licitadores y contratistas

En los siguientes subepígrafes se estudian brevemente ciertas conductas explotativas cometidas por licitadores y contratistas contra entes no competidores. En dos casos (boicot y pasividad tecnológica) el perjuicio recae en el ente contratante y, por derivación, en los usuarios finales de los bienes y servicios contratados. En otros dos (*tying/bundling* y discriminación), los perjudicados son otros operadores económicos que no compiten en el mercado con el licitador o contratista dominante.

2.2.1. Boicot por un proveedor monopolístico al procedimiento

Cuando en un mercado determinado la totalidad de la oferta está en manos de un operador, este es el único participante posible en las licitaciones públicas. La adjudicación del contrato conlleva la suma de ambos monopolios. Si este operador no precisa participar en procedimientos de contratación pública pero la provisión de bienes o servicios en cuestión es esencial para el poder adjudicador se produce una situación de dependencia fáctica del segundo respecto del primero. La empresa une al poder de mercado consustancial al monopolio la urgencia de la satisfacción de las necesidades públicas. Por ello, su capacidad potencial para imponer conductas abusivas al cliente público es enorme.

Las prácticas disponibles para el licitador dominante son: a) No presentación de oferta a la licitación; b) Presentación de una oferta con unos precios superiores al presupuesto del contrato y/o con unas condiciones jurídicas o técnicas manifiestamente incompatibles con los requisitos establecidos en el PCAP o en PPT; c) Retirada de la

oferta durante la tramitación del procedimiento; d) No formalización del contrato una vez le ha sido adjudicado¹¹⁹⁶.

La consecuencia de todas estas conductas es la misma. El órgano de contratación está obligado a dar por terminado el procedimiento y declararlo desierto. Sus alternativas son: 1. Desistir de todo procedimiento futuro; 2.- Convocar un nuevo procedimiento competitivo; 3.- Celebrar un procedimiento negociado sin publicidad con el operador monopolístico, en el que no podría alterar sustancialmente ninguno de los elementos del procedimiento anterior (por ejemplo, las condiciones de solvencia, el objeto del contrato, el plazo de ejecución y el presupuesto de adjudicación). La tercera opción es sólo operativa - con muchos matices- en el segundo y tercero de los casos citados en el párrafo anterior.

Las posibilidades ‘sancionadoras’ ofrecidas por el Derecho de la contratación pública sólo contemplan la incautación de la garantía provisional - si esta hubiese sido establecida- en caso de retirada de la oferta o no formalización del contrato, y la imposición de prohibición de contratar (artículos 106 y 71.2 a) y b) LCSP). Pero carece de capacidad de reacción ante los dos supuestos de boicot por parte del licitador monopsonista.

De formular el órgano de contratación una denuncia por infracción de la normativa de defensa de la competencia, el único tipo a considerar sería el abuso de posición de dominio, dado que el licitador reúne el requisito del dominio del mercado. La figura abusiva en la que insertar la conducta sería la negativa de suministro. Pero no como abuso exclusionario, puesto que la denegación no trae por causa ni produce como efecto la mengua o expulsión de los rivales en el mercado horizontal. El dominante habría incurrido en una denegación explotativa. La imposición al cliente de precios o de condiciones comerciales inequitativas habría consistido en la no abstención de participar en la licitación o en su participación conscientemente infructuosa. La dificultad se halla en probar que una conducta negativa es anticompetitiva y en su carácter inequitativo.

Obtener una prueba suficiente del abuso es menos probable cuando el comportamiento haya consistido en la no presentación de una oferta. La libertad de

¹¹⁹⁶ El abandono del contrato en fase de ejecución da lugar a su resolución anticipada, con imposición al contratista de una prohibición de contratar (art. 71.2 d) LCSP), la incautación de la garantía definitiva y la indemnización de daños y perjuicios a la entidad contratante (art. 213.3 LCSP).

empresa ampara tanto el actuar en el mercado como el abstenerse de hacerlo. A falta de una prueba directa (confesión, documentos, correos electrónicos, etc.), el acudir a la prueba de presunciones se torna complicado (comparación con el comportamiento del dominante en licitaciones anteriores convocadas por el mismo o por otros órganos de contratación).

La exigencia de prueba es un tanto más liviana cuando el boicot individual consiste en la Presentación de una oferta con unos precios superiores al presupuesto del contrato y/o con unas condiciones jurídicas o técnicas manifiestamente incompatibles con los requisitos establecidos en el PCAP o en PPT. El operador monopolista no puede ignorar que una oferta válida por su parte resultará adjudicataria. Tampoco puede ignorar que su proposición es de imposible aceptación para el órgano de contratación, porque hacerlo supondría vulnerar la normativa contractual. Dado que perder voluntariamente un negocio rentable no es una conducta racional en ningún operador económico, su comportamiento sólo es explicable como un ‘gesto’ al órgano de contratación para que aumente el precio o mejore las condiciones comerciales del contrato en una licitación ulterior.

En otras palabras, el monopolista de demanda pudo decidir el no presentarse al procedimiento si entendía que las condiciones y requisitos eran para él inviables, imposibles de ejecutar o no provechosos. Pero si formula su oferta lo hace con conocimiento de la regla *«Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna»* (artículo 139.1 LCSP). No puede ignorar aquel que el precio superior al presupuesto o las características de su oferta incompatibles con los requisitos de solvencia, adjudicación, condiciones especiales de ejecución (que figuran en el PCAP) o con las especificaciones técnicas y funcionales (citadas en el PPT) generarán necesariamente la declaración de desierto y la no satisfacción de los intereses públicos.

Alternativamente, la conducta podría encauzarse como discriminación de segundo grado o explotativa en la que el perjudicado es el cliente final (como admite el Tribunal de Justicia en *Port of Helsingborg*). Para ello, es necesario que la autoridad de defensa de la competencia encuentre un término de comparación con otros procedimientos

similares o comparables del mismo o de otros entes contratantes en los que el licitador hubiese presentado una oferta válida en condiciones semejantes.

2.2.2. Tying o bundling

El contratista público que condiciona el acceso a los productos o servicios contratados a la adquisición por el usuario final de otros no incluidos en aquel o que reúne a unos y otros en un paquete de venta conjunta está en situación objetiva de incurrir en un abuso explotativo con los caracteres de *tying* (vinculación) o *bundling* (empaquetamiento), respectivamente. Cuando las dirige frente a clientes que no son competidores, cabe incluirlas entre los abusos explotativos. Si las dirige contra clientes que compiten con el contratista en el mercado descendente, comete sendos abusos exclusionarios. El estudio de la vinculación o empaquetamiento exclusionarios se ha verificado en el epígrafe V de este capítulo¹¹⁹⁷.

Desde la perspectiva del Derecho de la Competencia, el contratista es el operador dominante y se aprovecha de su poder de mercado para explotar a sus clientes¹¹⁹⁸. El abuso no se comete vía precios excesivos, sino por la imposición de «*condiciones comerciales inequitativas*». Como tales se entienden, en este grupo de casos, que empaquetamiento y vinculación son injustificados en atención al objeto y finalidad del contrato, son contrarios a las reglas de este y a la expectativa de los usuarios de disfrutar un servicio o actividad públicas. Por ende, se deja en manos del contratista determinar la extensión del acceso al servicio por razones diferentes a las previstas en la ley y en los documentos contractuales. El colofón puede ser en muchos casos la privación de dicho servicio para sus usuarios, no por carecer de las condiciones para acceder al mismo, sino por negarse a/ser incapaces de aceptar la suma de prestaciones verificada de forma unilateral por el contratista público.

El enjuiciamiento *antitrust* de ventas vinculadas y empaquetamientos como conductas explotativas ha sido arrumbado por la normativa de protección de los consumidores. El Tribunal Supremo parece considerarla el cauce natural para impugnar

¹¹⁹⁷ Los efectos exclusionarios y explotativos de ambas figuras han sido reconocidos expresamente por la Comisión Europea en su respuesta al cuestionario entregado por la International Competition Network. Ver ICN, *Report on Tying and Bundled Discounting*, The Unilateral Conduct Working Group, 8ª Conferencia Anual del ICN, Zurich, Suiza, junio 2009, pp. 9-10

¹¹⁹⁸ JONES, ALLISON., SUFRIN, BRENDA., *EU Competition Law. Text, Cases and Materials*, 5ª ed., Oxford, 2014, p. 358.

las prácticas vinculadas, al insistir en que no basta con la mera conducta de falseamiento de la competencia para considerar producido un abuso por *tying/bundling*. Es necesario que « *la vinculación produzca unos efectos significativos, actuales o potenciales, en la estructura o en el funcionamiento del mercado - tratándose del derecho comunitario, que la explotación abusiva afecte al comercio entre los Estados miembros -, lo que constituye un delimitador del ámbito de aplicación del derecho de la competencia*»¹¹⁹⁹.

Ahora bien, el tratamiento de estas prácticas por la vía de la normativa de defensa de los consumidores no impedirá el reenvío de la potestad sancionadora a las autoridades de competencia cuando lo acreditado sea el uso de prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios (art. 49.1. 1) LGDCU) y concurren los requisitos del artículo 3 LDC.

2.2.3. Discriminación explotativa

El abuso discriminatorio cometido por contratistas o concesionarios frente a sus clientes - empresas rivales en el mercado aguas abajo- suele ser considerado como discriminación de segundo grado al amparo del artículo 2.2.d) LDC (*Tanatorio de Catoira*). La razón se encuentra en que el contratista se aprovecha de su posición dominante en el mercado del contrato/concesión para perjudicar a unos clientes respecto de otros, provocando una situación exclusionaria en el mercado aguas abajo.

Sin embargo, el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, en su resolución *Tanatorios* entendió que los precios y de condiciones comerciales impuestos por la empresa titular del tanatorio a sus clientes eran inequitativos. Ello convertía al abuso en explotativo; por lo que atraía la atención del artículo 2.2.a) LDC.

2.2.4. Pasividad tecnológica

El último de los abusos explotativos estudiados lleva el curioso nombre de «la vida tranquila» (*the quiet life*). Concurrirá en el caso de que el contratista o concesionario rechace emplear los recursos tecnológicos u organizativos (más) modernos para la ejecución del contrato. O dicho de otro modo, que careciese de

¹¹⁹⁹ STS 481/2012, Sala 1ª, de 26 de julio de 2012, F.J. 7º.

cualquier justificación económica para sustituir medios ya superados en la provisión de los bienes o servicios contratados.

Fue *Porto di Genoa* la sentencia que hizo mención explícita de esta infracción. El Tribunal de Justicia estableció que las empresas de estiba a las que la legislación italiana había concedido derechos exclusivos fueron inducidas, por ello, a exigir el pago de servicios no solicitados, o a facturar precios desproporcionados, o a negarse a utilizar la tecnología moderna, lo que dio lugar a un incremento del coste de las operaciones y a una prolongación de los plazos de realización de éstas, o a conceder reducciones de precio a determinados usuarios, con la correspondiente compensación de dichas reducciones mediante un aumento de los precios facturados a otros usuarios¹²⁰⁰.

De la sentencia se deduce que esta conducta puede ser exclusionaria o explotativa. Tendrá carácter explotativo cuando el producto objeto del contrato público se dirige al destinatario final o sirve como insumo a una empresa cliente aguas abajo. Será exclusionario en el caso de que el perjudicado sea un competidor del contratista público en un mercado conexo a aquel en el que el segundo ostente posición de dominio. Por ello, esta modalidad exclusionaria no es autónoma, pues es incardinable en alguna de las conductas contempladas en los artículos 102 TFUE y 2 LDC¹²⁰¹.

La naturaleza infractora de tales conductas se encuentra en el presupuesto seminal de la posición de dominio aplicado al nivel exigible de desarrollo tecnológico o organizativo. El dominio es una situación de poder económico en que se encuentra una empresa y que permite a ésta impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores¹²⁰². En estos casos el contratista no está sujeto a presiones competitivas que lo fuercen a innovar. Por ello, puede ‘vivir una vida tranquila’¹²⁰³.

¹²⁰⁰ STJCE, de 10 de diciembre de 1991, C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genoa*, 19.

¹²⁰¹ *Porto di Genoa*, 18, «Según las letras a), b) y c) del párrafo segundo del artículo 86 del Tratado, tales prácticas abusivas pueden consistir, particularmente, en imponer a quien solicita los servicios de que se trate precios de compra u otras condiciones de transacción no equitativas, en limitar el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores y en aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes».

¹²⁰² *United Brands*, 38.

¹²⁰³ RODGE, BARRY y MAcCULLOGH, ANGUS, en «Competition Law and policy in the EC and the UK», Cavendish Publishing Limited, 2001, pp. 91-92.

El segundo fundamento de esta infracción radica en que es fuente de la conocida como «ineficiencia-X». Este tipo de ineficiencia ocurre cuando una empresa tiene poco incentivo para controlar los costes, por lo que no será técnicamente eficiente. Esto hace que el coste promedio de producción sea mayor de lo necesario. Entre las causas de ineficiencia-X está la posición de dominio, que en muchos contratos administrativos se acerca o alcanza el monopolio. Dado que un monopolio enfrenta poca o ninguna competencia durante el tiempo de vigencia del contrato administrativo carece de estímulos para ser eficiente, en tanto en cuanto su actividad le reporte beneficios netos.

La sanción por pasividad tecnológica explotativa plantea dificultades no pequeñas. En primer lugar, la autoridad de competencia habrá de definir un estándar tecnológico medio o suficiente que un contratista público debiera en las circunstancias del caso concreto. En segundo lugar, pesa sobre el adjudicatario la carga de probar que los medios con los que presta el servicio son suficientes para garantizar la adecuada satisfacción de los intereses públicos. Por ello, la justificación objetiva del adjudicatario adquiere gran importancia.

En puridad, la normativa de contratación pública otorga al poder adjudicador un arma regulatoria para evitar el estancamiento tecnológico del concesionario e impedir que incurra en este comportamiento abusivo. Se trata de la denominada «cláusula de progreso». Dicha arma también será útil a la autoridad de competencia a la hora de determinar el estándar tecnológico aplicable y la seriedad de la justificación planteada por el contratista.

En virtud de la cláusula de progreso, el adjudicatario de un contrato de concesión de obras deberá mantener las obras de conformidad con lo que, en cada momento y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios que resulte de aplicación. Además, la Administración podrá incluir en los pliegos de condiciones mecanismos para medir la calidad del servicio ofrecida por el concesionario, y otorgar ventajas o penalizaciones económicas a este en función de los mismos (artículos 261 LCSP). Para sufragar los mayores costes que no estuviese obligado a soportar, el concesionario podrá solicitar que el ente contratante active el mecanismo de restablecimiento del equilibrio económico del contrato (artículos 254 y 270 LCSP). En un sentido similar, el artículo 290 LCSP prevé la adaptación tecnológica del contrato de concesión de servicios públicos.

XI. PRÁCTICAS DESLEALES ANTICOMPETITIVAS

Los comportamientos colusorios o abusivos en los que incurren tanto licitadores como contratistas son infracciones directas de la normativa de defensa de la competencia. El estándar de legalidad es el establecido por los artículos 2 y 3 LDC (y 101-102 TFUE). Pero el artículo 3 de la ley 15/2007 también prevé que los operadores económicos sean sancionados cuando cometan alguna de las conductas calificadas como desleales por la ley 3/1991, de competencia desleal y, además, falseen la competencia.

Este tipo de infracciones ‘indirectas’ no son ajenas a la contratación pública. Licitadores y contratistas son empresas que rivalizan con otras en el curso del procedimiento (los primeros) o en la ejecución del contrato (los segundos). Sus relaciones de confrontación no son necesariamente contrarias a las exigencias de la buena fe. Pero si violasen este principio (artículo 3.1 LCD), los competidores afectados están legitimados para solicitar de los tribunales el castigo del infractor. En el caso de que concurran los requisitos del artículo 3 LDC, su legitimación se amplía y pueden accionar ante las autoridades de defensa de la competencia.

Dos tipos de infracciones son las más comunes: violación de normas (artículo 15 LCD) y oferta/venta a pérdida (artículo 17 LCD). En el primer caso, la normativa de contratos públicos tiene por finalidad articular la competencia entre los licitadores; su infracción es el paradigma de vulneración de normativa con carácter concurrencial. En el segundo, la oferta del licitador o el precio del contratista son inferiores a los parámetros racionales.

El estudio debe completarse con el que se hizo en presente capítulo en relación con los contratos y concesiones públicas que gestionan servicios y actividades públicas del tipo centros deportivos. Resoluciones y sentencias han rechazado hasta el momento presente que las ofertas bajo coste reúnan los requisitos de la venta a pérdida (artículo 17 LCD) antocompetitiva (artículo 3 LDC). En dicho epígrafe se analiza la doctrina desestimatoria y se ofrecen razones para afirmar el carácter anticompetitivo de estas conductas.

1. Falseamiento de la competencia e interés público

El requisito esencial para que se ponga en marcha el mecanismo del artículo 3 LDC no presenta especialidades de interés en la contratación pública. Las resoluciones más significativas (*Alcor Seguridad* y *Concurso Pinosolo*) lo abordan de forma convencional. El principio fundamental, adoptado por todas las resoluciones y sentencias, establece que la eventual de los organismos administrativos encargados de preservar la libre competencia sólo resultará pertinente si las conductas desleales de los empresarios, además de serlo, falsean la competencia, esto es, distorsionan las condiciones de competencia en el mercado con perjuicio para el interés público¹²⁰⁴.

Dada la naturaleza de la contratación pública y los fines a los que está ordenada (satisfacción de los intereses generales), cabe afirmar que toda conducta de un operador económico en el marco de la contratación pública producirá un perjuicio para los intereses públicos. Pero el considerado en el artículo 3 LDC no es el daño del licitador o contratista a los intereses públicos que toda administración debe proteger por mandato constitucional (artículo 103 CE); sino el que cause a la libre competencia en el mercado. Se trata, por lo tanto, de un requisito único con doble enunciado. A la autoridad de competencia corresponde dilucidar en cada caso si la gravedad del falseamiento de la competencia lo hace merecedor de sanción. A tal efecto, ha de explicar «*en qué consiste el daño, sobre quién recae y el nexo directo entre este y la conducta denunciada*»¹²⁰⁵. El Consello Galego da Competencia expuso, con cita de la doctrina administrativa y judicial, que las agencias de competencia sólo se pueden ocupar de los ilícitos desleales desde la perspectiva *antitrust* cuando las prácticas presuntamente desleales sean «cualificadas» en relación con su incidencia en el interés público (económico), que es lo que el legislador les tiene atribuido¹²⁰⁶. Esto significa que no existe infracción cuando lo

¹²⁰⁴ SAN, Sala C-A, Secc. 6ª, de 16 de febrero de 2004, F. J. 4º.

¹²⁰⁵ RCNMC, de 10 de abril de 2014, Expediente S/DC/0508/14, *DIA, S.A.* F.J. 4º.

¹²⁰⁶ «Como señaló en su día con claridad el Tribunal Supremo: «Es importante subrayar, pues, que la eventual actuación de los organismos administrativos encargados de preservar la libre competencia sólo resultará pertinente si las conductas desleales de los empresarios, además de serlo, falsean de manera sensible la competencia, esto es, distorsionan gravemente las condiciones de competencia en el mercado con perjuicio para el interés público. Previsión que se aplica a todo tipo de operadores económicos, gocen o no de una posición de dominio en el mercado. [...]» [STS, Sala 3ª, Sección 3ª, 20 de junio de 2006, *Planes Claros*. FJ 10. En el asunto conocido como «*Planes Claros*». RJ2006\3542). RCGC R 6/2012, de 18 de diciembre de 2012, *Gas envasado de Pontevedra*, F. J. 6º. Para un sector doctrinal, la vigente LDC 2007 no exige que la aptitud de la conducta para restringir o falsear la competencia sea cualificada o sustancial; es suficiente con que exista. Ver MARCOS, FRANCISCO, «La exigencia de sensibilidad en el falseamiento de la competencia en la LDC. Notas

protegido son los intereses privados del denunciante y, además, la conducta desleal no ha producido el cierre del mercado (*Wirking Calaf-FSC*)¹²⁰⁷.

La importancia de este requisito hace que las autoridades de competencia tiendan a invertir el orden establecido por el artículo 3 LDC y examinar primero si la conducta falsea la competencia en perjuicio del interés público. Tan sólo si el análisis de la conducta, de la estructura del mercado, del bien o servicio afectado y del contexto jurídico-económico se aprecian indicios de falseamiento, se entra en el carácter desleal de la conducta¹²⁰⁸.

2. Conducta desleal

Un comportamiento ejecutado en el marco de la contratación pública incurrirá en una infracción del artículo 3 LDC sí y sólo sí constituye una conducta desleal conforme a lo dispuesto por la normativa comunitaria y la Ley de Competencia Desleal. La primera constituye un límite insuperable para el legislador nacional¹²⁰⁹. Lo cual exige que (1º) concurren, con carácter previo, los presupuestos objetivos establecidos en el artículo 2.1 de la LCD, es decir, que se trate de actos realizados en el mercado y con finalidad concurrencial; (2º) que la acción sea incardinable en alguno de los tipos contemplados la LCD¹²¹⁰.

En relación con el primer requisito, es indudable que tanto los licitadores (en el procedimiento de contratación) como los contratistas/concesionarios (en sus relaciones

a propósito de la problemática puesta de manifiesto por la DTS de 29 de enero de 2008», *Diario La Ley*, Nº 7328, Sección Doctrina, 26 de enero de 2010, Ed. LA LEY, p. 5 (en LaLeyDigital).

¹²⁰⁷ RCNC, de 10 de febrero de 2012, Expte. S/0364/11, *Wirking Calaf-FSC*, F.J.2º.

¹²⁰⁸ RCDCA S/10/2012, de 15 de marzo, *Sísifo Ascensores*, F. J. 4º, con remisión a la RCNC, de 27 de enero de 2012, Expte. S/0377/11, *Amazon* y a la RCNC, de 15 de diciembre de 2011, Expte. S/0350/11, *Asistencia en Carretera*.

¹²⁰⁹ Con arreglo a la STJUE de 17 de octubre de 2017, C-295/16, *Europamur Alimentación*, los Estados miembros no pueden adoptar medidas más restrictivas que las definidas en esa misma Directiva a la hora de establecer criterios distintos de los enunciados en el art. 5 de la Directiva 2005/29, de 11 de mayo, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidor. Sobre la importancia de esta sentencia, ver GONZÁLEZ JIMÉNEZ, PEDRO, «La compleja regulación de la venta a pérdida en el Derecho Español y la necesidad de su reforma. A propósito de la STJUE de 19 de octubre de 2017», *Diario La Ley*, Nº 9116, Sección Tribuna, 11 de Enero de 2018.

¹²¹⁰ Sobre este último requisito, ver RCNMC, de 19 de noviembre de 2013, Expte. S/0398/12, *Loomis Prosegur*, F.J. 5º, p. 46.

con los competidores, clientes o usuarios) actúan en el mercado. Para que sus comportamientos sean verdaderas conductas desleales han de poseer, además, una finalidad concurrencial. Finalidad esta que no depende del propósito o voluntad del sujeto que la realiza sino, de acuerdo con la presunción *iuris tantum* prevista en el artículo 2.2 de la LCD, de su idoneidad objetiva para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias¹²¹¹. Quedan fuera de la citada presunción de la finalidad concurrencial las conductas que por su naturaleza están ordenadas a la obtención de otras finalidades no concurrenciales propias del sujeto que las efectúa y, además, son objetivamente idóneas para conseguirlas, aunque puedan afectar a la posición competitiva de determinados operadores¹²¹².

La prevalencia de objetivos no concurrenciales bien pudiera excluir la naturaleza concurrencial de aparentes conductas desleales ejecutadas directamente por entidades del sector público¹²¹³; cuestión que se discute en el epígrafe 2 de este capítulo. Pero no es el caso de los operadores económicos implicados en la contratación pública. Licitadores, contratistas y concesionarios concurren al proceso y ejecutan el contrato con la intención de obtener un lucro y mantener o mejorar su posición competitiva en el mercado frente a sus rivales. Esto es lo que explica que un concesionario monopolista ataque a sus rivales en un mercado conexo, abusando de su posición de dominio sobre el servicio contratado.

Respecto del segundo requisito, cabe afirmar que: (1º) la cláusula de deslealtad del artículo 4 LCD se aplica de forma subsidiaria. Tan sólo cabe acudir a ella cuando el hecho no es incardinable en ninguno de los tipos contemplados en el artículo 5 y siguientes; (2º) licitadores y contratistas pueden incurrir cualquiera de dichos tipos¹²¹⁴; (3º) en la práctica, la inmensa mayoría de las resoluciones dictadas por las autoridades de competencia en aplicación del artículo 3 LDC lo han sido por la infracción de normas (artículo 15 LCD) y la venta a pérdida (artículo 17 LCD). En la mayoría de los casos, el enjuiciamiento se produce por la violación de ambas normas.

¹²¹¹ De acuerdo con el artículo 2.2 LCD, «se presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el comprador de las prestaciones propias lo de un tercero».

¹²¹² RACCO, *Gremio de empresarios de cine de Cataluña*, cit., F.J. 4º, pp. 7-8

¹²¹³ RTGDC, *Cursos de inglés*, F.J. 12º, p. 9.

¹²¹⁴ La RTGDC, de 20 de febrero de 2008, Expte. S-2/2007, *Autobuses de Ourense*, descarta rápidamente que la conducta infrinja el artículo 15 LCD y centra su atención en la cláusula general (artículo 4 LCD) y en los actos de confusión y engaño (artículos 6 y 7 LCD)

3. Infracción de normas

Bajo la rúbrica «*Violación de normas*», el artículo 15 LCD considera dos conductas desleales: primera, prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva significativa adquirida mediante la infracción de las leyes (apartado primero); segunda, la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial (apartado segundo)¹²¹⁵.

Acudiendo a su texto, el artículo 15 LCD sólo entra en funcionamiento cuando la vulneración alcanza a «leyes» (apartado 1) o a «normas jurídicas» (apartado 2). Si bien el primero de los términos parece englobar la totalidad del texto normativo, la segunda expresión carece de un significado unívoco; ‘norma jurídica’ es sinónima tanto de ‘texto normativo’ como de ‘precepto’ singular.

La diferencia entre ambos apartados radica en: (a) la normativa infringida: para el primero son normas con rango de ley; el segundo admite también normas infralegales; y (b) el ámbito de la norma infringida: el primer apartado admite la vulneración de cualquier ley; el segundo, tan sólo de las normas cuyo objeto es la regulación de la actividad concurrencial. Consecuentemente, una conducta que viole una norma que tenga por objeto la regulación de la actividad concurrencial debería ser calificada cómo desleal, mientras que si la norma infringida no tiene por objeto regular la actividad competitiva, para calificar la conducta como desleal será preciso que la infractora se beneficie de la ventaja competitiva resultante y que la ventaja obtenida sea significativa¹²¹⁶.

3.1. Infracción de una ley relacionada con el contrato público

En el ámbito de la contratación pública, la lógica lleva a pensar que el apartado segundo del artículo 15 LCD es procedente casi sin excepción, puesto que el licitador o contratista incurrirá en infracción de la norma que rige el procedimiento y el contrato (LCSP). Pero son muchas las normas jurídicas relacionadas con este sector; por

¹²¹⁵ Sobre las diferentes interpretaciones doctrinales del artículo 15 LCD, ver GARCÍA PÉREZ, RAFAEL, «Falseamiento de la libre competencia por actos desleales e infracción de normas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial (a propósito de la resolución del consejo de la cnc de 24 de febrero de 2012, iberdrola sur)», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Nº 11, Segundo semestre de 2012, (formato LaLeyDigital.com).

¹²¹⁶ RTGDC de 4 de enero de 2010, *Gimnasio de Ferrolterra*, RA 26/2009, F. J. 13º, p. 9.

ejemplo, las que regulan el producto o servicio adquiridos por el cliente público. Ello conlleva que la aplicación del artículo 15.1 LCD no debe ser en absoluto descartada, siempre que concurran sus cuatro requisitos: que exista una infracción de leyes; que de la infracción derive una ventaja competitiva; que la ventaja competitiva sea significativa; y que el infractor se prevalega en el mercado de esa ventaja significativa.

En concreto, la violación de normas jurídicas no concurrenciales no supone en principio un acto de competencia desleal, sin perjuicio de las específicas consecuencias jurídicas previstas en esas normas que han sido infringidas. La violación de normas jurídicas que no tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial sólo se convierte en un ilícito competencial si el infractor de las mismas se prevale en el mercado de la ventaja competitiva y significativa adquirida con la conculcación de aquéllas normas¹²¹⁷.

Un precepto que ha sido invocado en las resoluciones de las autoridades de competencia es el artículo 44 LRHL (antes, artículo 45). Conforme a su apartado primero, el importe de los precios públicos deberá cubrir como mínimo el coste del servicio prestado o de la actividad realizada. Pero cuando existan razones sociales, benéficas, culturales o de interés público que así lo aconsejen, la entidad podrá fijar precios públicos por debajo del límite previsto en el apartado anterior (apartado segundo). En los contratos de gestión de servicios públicos, modalidad de concesión, en general, y en las concesiones de tanatorio en particular, la entidad (local) contratante aprueba y publica una ordenanza fiscal en la que deben figurar las tarifas que el concesionario cobrará a sus clientes, sean estos particulares o empresas (o las reglas para su fijación).

En un número no menor de casos, el concesionario incurre en abuso de posición de dominio por discriminación de segundo grado cuando reserva para sí las establecidas en la ordenanza e impone a sus otros clientes precios por encima de la tarifa oficial¹²¹⁸. En otros supuestos, que son los aquí estudiados, la entidad contratante es denunciada por fijar unas tarifas incapaces de cubrir los costes. Este hecho vulneraría directamente

¹²¹⁷ PEÑAS MOYANO, BENJAMÍN, « La «violación de normas» concurrenciales y no concurrenciales como actos de competencia desleal. SAP Zamora, núm. 223/2007, de 25 de octubre», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Nº 3, pp. 209 ss, (formato LaLeyDigital.com).

¹²¹⁸ Por ejemplo, RCGDC, 3/2014, de 4 de julio, *Tanatorio de Catoira*, Exptes S7 y S20/2012 (vinculados). Ver el epígrafe 3 de este capítulo, dedicado a los Abusos discriminatorios.

el artículo 44.1 LRHL y traería consigo la conducta desleal prevista en el apartado primero del artículo 15 LCD.

El entonces denominado Tribunal Galego de Defensa da Competencia (TGDC) acudió a los artículos 15.1 LCD y 3 LDC en tres resoluciones: RTGDC de 2 de febrero de 2009, *Transporte fluvial de Lugo*, R-7/2008, RTGDC de 20 de febrero de 2009, *Cursos de inglés del Ayuntamiento de Ferrol*, RA-17/2009. y RTGDC de 4 de enero de 2010, *Gimnasio de Ferrolterra*, RA 26/2009. En la primera, el análisis comparativo demostró que los precios eran superiores a los costes (F.J. 16º y 17º). En la segunda, el Tribunal acordó el archivo de la denuncia al amparo del entonces artículo 45, apartado 2 LRHL. La tercera es más interesante desde el punto de vista analítico. A la hora de enjuiciar su adecuación a este precepto, el TGDC atiende a toda la duración del contrato, no al período abarcado por la denuncia. Así, aunque admite que los ingresos derivados de las cuotas de abono serán deficitarios durante los cuatro primeros años, pero los precios públicos propuestos por SIDEKU -entidad que elaboró el estudio de viabilidad- para los servicios deportivos y físicos, junto con los otros ingresos previstos, permitirán cubrir los costes, proporcionando beneficios netos a partir del quinto año. A partir del año undécimo el proyecto tendría cubiertas todas las pérdidas de los primeros años. Por tanto, de los datos no se puede concluir que los precios públicos establecidos no cubran los costes del servicio prestado (F.J. 13º).

Cuando estamos en presencia de normas que carecen de naturaleza concurrencial, la infracción sólo se reputa desleal cuando la conducta antijurídica genera una ventaja competitiva significativa para el infractor de la que no disfruten los que han cumplido con la legalidad. Ambos son requisitos esenciales para que el artículo 15.1 LCD resulte aplicable. En el caso de que el comportamiento (a) no otorgue ninguna ventaja competitiva al infractor, (b) la ventaja sea escasa o despreciable, (c) los restantes interesados disfruten de un beneficio de igual entidad, no cabe acudir al precepto indicado para sostener que el operador económico ha incurrido en una conducta desleal.

3.2. Infracción de normativa reguladora de la actividad concurrencial

La conducta del licitador/contratista que infrinja normas – legales o infralegales – que establezcan las condiciones sobre las que se articula la competencia entre operadores económicos, será desleal con independencia de que otorgue o no una ventaja

competitiva significativa al infractor. La jurisprudencia observa que estas normas están destinadas directamente a cumplir la función de ordenar el mercado y disciplinar las conductas competitivas de quienes en él participan¹²¹⁹.

Tal como se anticipó más arriba, la norma concurrencial más obvia en el caso de la contratación pública es la LCSP. Debe analizarse la extensión del artículo 15.2 LCD en relación a este texto legal y la posible ampliación del precepto al pliego de cláusulas administrativas generales y a los pliegos de cláusulas administrativas particulares.

3.2.1. Deslealtad anticompetitiva por infracción de la LCSP o de los preceptos que regulan la actividad concurrencial

No todos los preceptos de la LCSP tienen por objeto directo regular las condiciones en las que se desarrollará la competencia entre los licitadores. Existen muchas normas orgánicas, procedimentales, organizativas, relativas a recursos, etc., que difícilmente pueden ser consideradas como fundamentadoras de la deslealtad del artículo 3 LDC. Por una parte, la lógica jurídica hace presumir que tan sólo la infracción de un precepto concurrencial de la LCSP permite aplicar el artículo 15.2 LCD. Pero el precepto menciona a «las leyes», aparentemente como textos completos cuya infracción en alguno de sus preceptos es desleal.

El TGDC parece participar de esta segunda opinión. En *Alcor Seguridad* afirmó que el TRLCSP tiene por objeto salvaguardar la libre competencia (artículo 1), ordenar el mercado de aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de las Administraciones Públicas y disciplinar las conductas competitivas de los licitadores que participan en el mismo¹²²⁰. Acto seguido, añadió que este texto legal -y más

¹²¹⁹ STS de 17 de febrero de 2011, citada en RCGC 1/2016, párr. 38.

¹²²⁰ El Ayuntamiento de Lugo convocó una licitación para la provisión de servicios de seguridad en un edificio público municipal (*Casa do Transeúnte*). Por disposición legal, (artículo 120 TRLCSP, hoy artículo 136 LCSP), Alcor Seguridad, S.L., adjudicataria del contrato anterior y licitadora en este, debía comunicar al órgano de contratación los costes laborales de los trabajadores subrogables en el futuro contrato, que se computarían a la hora de calcular el presupuesto de licitación, base de las proposiciones de los licitadores. El Concello de Lugo estimó que Alcor decidió ‘inflar’ dichos costes con la finalidad de que los rivales presentasen ofertas más elevadas que la suya. El Concello decidió desistir del procedimiento de contratación y comunicar los hechos al CGC. La autoridad gallega de competencia sancionó a Alcor por entender que los hechos eran constitutivos de una infracción del artículo 3 LDC. Ver RCGC 1/2016, de 6 de junio, Expte S 10/2014, *Licitación pública seguridade Concello de Lugo*. La resolución de la autoridad gallega de competencia fue anulada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en sentencia 128/2018, de 28 de marzo, rec. 4339/2016.

concretamente el artículo 120 TRLCSP¹²²¹- tienen por objeto regular la actividad concurrencial en el marco de la contratación pública de bienes y servicios y, por consiguiente, la infracción del mismo constituye *per se* un acto de competencia desleal por infracción de normas¹²²².

El mismo criterio siguió el TVDC en *Concurso Pinosolo*. Para la agencia vasca de competencia, la legislación en materia de contratación de las Administraciones públicas constituye regulación de actividad concurrencial ya que establece limitaciones a la actividad de provisión de bienes y servicios de la administración en el mercado y de este modo establece un marco de igualdad entre los proveedores de bienes y servicios a la Administración¹²²³.

Ambos casos tampoco aclaran la duda. Tanto *Alcor Seguridade* como *Concurso Pinosolo* examinan dos preceptos cuyo carácter concurrencial es indiscutible. En el primer caso, el artículo 120 TRLCSP (vigente artículo 138 LCSP). En el segundo, el artículo 129.2 de la Ley 30/2007, de contratos del sector público (vigente artículo 139.2 LCSP) que establecía el carácter secreto de las proposiciones (es evidente que el conocimiento de las ofertas por los otros licitadores perjudica la competencia y allana el camino para la colusión).

Un método para definir qué preceptos de la LCSP tienen naturaleza concurrencial es acudiendo a la definición de actos con finalidad concurrencial consignada en el arriba citado artículo 2.2 LCD. Por lo tanto, tan sólo aquellos preceptos que establezcan el

¹²²¹ Conforme a este artículo, cuando el contrato imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el contratista incumbente deberá facilitar al órgano de contratación la información sobre las condiciones contractuales de los trabajadores afectados por la subrogación que sea necesaria para la evaluación de los costes laborales que implique aquella. El órgano incluirá esta información en el propio pliego o en la documentación complementaria. En el caso en cuestión, el incumbente *Alcor Seguridade*, suministró al concello de Lugo importes salariales de los subrogados superiores a los reales. Por ello, la oferta económica de los restantes licitadores excedía de aquel en este concepto.

Como en toda práctica anticompetitiva en el ámbito de la contratación pública, la conducta del incumbente no se produjo en el mercado sino en las relaciones derivadas del procedimiento contractual. En este caso, la entrega de información falsa afectó a las relaciones del incumbente con la Administración. Al condicionar la información a la que accedió el concello de Lugo la intención del incumbente era influir en el resultado de la licitación a su favor. El CGC entendió que esta conducta se incardina en el artículo 3 LDC. Conceptualmente, la manipulación de la información que el contratista debe proporcionar al ente contratante que genera efectos anticompetitivos conforma un subtipo de restricción a la denominada competencia referencial. Para un análisis de la misma, ver SAN 427/2012, Sala C-A, Secc. 6ª, de 10 de marzo, *Asociación Española del Gas (SEDIGAS)*.

¹²²² *Alcor Seguridade*, párr. 63

¹²²³ RAVDC de 21 de mayo de 2013, Expte. 05/2012, *Concurso Pinosolo*.

marco para la ejecución de este tipo de actos están vinculados por el artículo 15. Con el fin de delimitar los preceptos de la LCSP que amparan la aplicación del artículo 15, un sector doctrinal observa que la interpretación literal del artículo 2.2 LDC debe matizarse, en un segundo paso, conjugándola con una interpretación finalista. Entre las normas que pueden ser infringidas mediante actos de competencia, sólo habrán de seleccionarse aquellas que protejan también, al menos, intereses tutelados por la LCD.¹²²⁴

Si aplicamos este criterio a los preceptos de la LCSP, tan sólo aquellos que tienen por objeto proteger los intereses tutelados por la LCD fundamentan el uso del artículo 15 (1 y 2). La LCD tiene por objeto «*la protección de la competencia en interés de todos los que participan en él mercado*» (art. 1.1) y «*será de aplicación a los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado*» (artículo 3.1). Para que esta interpretación sea admisible, hay que discernir: (a) si las compras públicas son actividades que se realizan en el mercado y tienen finalidad concurrencial; (b) cuáles son los intereses protegidos por la LCD.

Respecto del extremo primero (compras públicas como en el mercado y con finalidad concurrencial), la respuesta debe ser afirmativa. En la contratación pública existen vendedores y compradores; el órgano de contratación es un cliente final (consumidor) en la mayor parte de los casos, si bien como consumidor cualificado tiene prerrogativas y privilegios y está sometido a su normativa propia y no a la de consumidores. El procedimiento establece un mercado limitado en el que participan un número reducido de vendedores. Pero en el procedimiento más importante (procedimiento abierto) el número es ilimitado *a priori*. Por último, en ese mercado existe competencia, si bien por el mercado (dentro del procedimiento de contratación). También las empresas privadas pueden establecer modelos de compras competitivos e internos, en los que se den situaciones de competencia desleal (por ejemplo, en la RCNC, *Ambulancias de Cuenca*).

En relación con los intereses protegidos por la LCD, esta ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de «*todos los que participan en el mercado*»

¹²²⁴ GARCÍA PÉREZ, RAFAEL, «Falseamiento de la libre competencia por actos desleales e infracción de normas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial (a propósito de la Resolución del Consejo de la CNC de 24 de febrero de 2012, *Iberdrola Sur*)», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 11, Sección Comentarios de Jurisprudencia, segundo semestre de 2012, Editorial La Ley (LA LEY 16502/2012). Leído en La Ley Digital, p. 11

(artículo 1). La normativa de contratación del sector público tiene por objeto proteger la competencia en beneficio de: (1º) los entes contratantes, como compradores y consumidores, en cuanto medio para obtener el mejor producto o servicio (*value for money*); (2º) de los operadores económicos, a los que asegura condiciones de no discriminación, transparencia y competencia a la hora de participar en las licitaciones (3º) de los intereses públicos cuya gestión corresponde al órgano de contratación; (4º) y de los ciudadanos, usuarios o finales de los bienes y servicios públicos.

De seguir esta doctrina, el artículo 15 LCD resultaría aplicable, en conjunción con el artículo 3 LDC, tan sólo respecto de los preceptos implicados en la adjudicación/ejecución del contrato y cuyo uso ilegal o fraudulento por el licitador/contratista induce a error al ente contratante respecto a sus decisiones de compra.¹²²⁵

3.2.2. Deslealtad anticompetitiva por infracción del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales.

El artículo 15 LDC, en su apartado 1, considera como substrato de su aplicación la «infracción de leyes». El apartado 2, se refiere a la infracción de «normas jurídicas», expresión en la que deben incluirse también las infralegales.

Ambos preceptos coinciden en que sólo cabe considerar desleal un comportamiento contrario a normas jurídicas en sentido estricto, no de fuentes de derecho o actos diferentes que carezcan de rango normativo. De interpretar estrictamente el apartado primero, sólo cabe considerar desleal el prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de una norma con rango y fuerza de ley. Pero sí es desleal la simple infracción de normas jurídicas de

¹²²⁵ «El artículo 15 no protege al consumidor (el órgano de contratación) desde cualquier perspectiva o faceta, sino en su función de árbitro del mercado, es decir, en el momento de tomar decisiones de consumo. No se le protege, por lo tanto, frente a todos los riesgos imaginables, sino concretamente frente al riesgo de que se influya deslealmente en su comportamiento en el mercado. Si el consumidor adoptó su decisión de compra o de contratación de manera libre y sin ser inducido a error, serán el Derecho de contratos o el de daños (el Derecho de la Contratación Pública) los que lo amparen, no el Derecho contra la competencia desleal», GARCÍA PÉREZ, RAFAEL, *cit.*, p.13.

rango inferior a la ley que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial¹²²⁶.

Cabe preguntarse si cabe aplicar conjuntamente los artículos 3 LDC y 15.2 LCD fundada en una infracción del pliego de cláusulas administrativas generales (PCAG)¹²²⁷. Para ello sería necesario, en primer lugar, que estos tuviesen carácter normativo. Sobre este extremo siempre han existido posturas contrapuestas: (a) Las que le atribuyen el carácter de norma jurídica de carácter reglamentario (dictámenes del Consejo de Estado n° 2701 de 7 de diciembre de 1995, n° 606 de 14 de marzo de 1996 y n° 334 de 11 de abril de 2002); (b) Las que le niegan el carácter de norma jurídica (informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 65/1996, de 20 de marzo y 22/2004, de 7 de junio)¹²²⁸.

La discusión doctrinal sobre la cuestión de si las entidades locales pueden o no aprobar PCAG, parte de otra anterior, cuál es la naturaleza de tales pliegos, respecto a la que se pueden identificar tres posturas¹²²⁹: (a) Quienes consideran que los pliegos son verdadera normas jurídicas de carácter reglamentario. La necesidad de que los pliegos de condiciones administrativas particulares, contrarias a las generales, han de ser informados previamente por la Junta Consultiva, parece avalar esta teoría. Además, la jurisprudencia tiene establecido que la infracción de los pliegos generales puede servir de fundamento al recurso de casación. (Ver STS 2399/2008; ver así mismo la consideración que el Dictamen del Consejo de Estado DCE_2216/1995 hace de los PCAG como norma de desarrollo de la legislación de contratos); (b) Quienes consideran que la obligatoriedad de los PCAG, no nace de la ley sino del contrato, no siendo

¹²²⁶ En *Iberdrola Sur*, La CNC admitió que el artículo 3, en relación con el artículo 15.2 puede suponer que se falsee la competencia por vulneración de una orden ministerial a la que se atribuye naturaleza concurrencial. Ver GARCÍA PÉREZ, RAFAEL, *cit.*, p. 3.

¹²²⁷ Documento que acoge las disposiciones que contienen las declaraciones jurídicas, económicas y administrativas válidas para todos los contratos de objeto análogo.

¹²²⁸ En concreto, el Dictamen n° 334, de 11 de abril de 2012, afirma que «*Ha de tenerse en cuenta que dichos pliegos, de cláusulas administrativas generales, tienen una naturaleza normativa, al suponer un límite a la autonomía de la voluntad en la contratación pública (artículo 4 de la Ley de Contratos) y vincular a los pliegos de cláusulas administrativas particulares (artículo 50 de la Ley de Contratos). Como se decía en el dictamen 2.701/95, «el contenido material de los pliegos es efectivamente un desarrollo de la regulación legal de contratos, ya que deben definir el objeto de los contratos análogos, expresando su contenido (derechos y deberes de las partes), y, en definitiva, describiendo el tipo contractual que delimita la autonomía de la voluntad. Son, tales pliegos, pues, materialmente, ejecución de la Ley de contratos».*

¹²²⁹ <http://contratodeobras.com/t4-pliegos-de-clausulas-administrativas-y-de-prescripciones-tecnicas/>. Leído el 5 de octubre de 2017.

imperativas sus cláusulas en tanto no se incorporan al PCAP o al contrato. (Ver en este sentido los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) del Estado MEH_65/1996, MEH_71/1999, MEH_22/2004); (c) Por último, una tercera postura intermedia, considera las cláusulas incluidas en los PCAG, como normas internas de la Administración, imperativas para los funcionarios encargados de celebrar los contratos, y con un contenido contractual respecto a los contratistas.

3.2.3. Deslealtad anticompetitiva por infracción de los PCAP

Una interpretación estricta del artículo 15 LCD lleva a rechazar la posibilidad de emplear este artículo para considerar desleal a un comportamiento contrario a los PCAP, que no son normas jurídicas, sino actos preparatorios del procedimiento de contratación, integrados en el denominado expediente de contratación (artículo 116 LCSP).

Ahora bien, en el caso de que un comportamiento contraríe de forma directa alguna cláusula del PCAP, cabría impugnarlo por la vía de los artículos [3LDC+15LCD] -supuesta la concurrencia de los demás requisitos- cuando suponga además la vulneración algún precepto de la LCSP. Esta circunstancia no es tan extraña como pudiera parecer. Un gran número de cláusulas en los pliegos son reproducción (prácticamente) literal de la LCSP. En otros casos, el pliego se remite a la ley para explicar su sentido o finalidad. En realidad, tan sólo cabe negar la conexión directa entre cláusula de los PCAP y precepto legal respecto de aquellas cláusulas derivadas, explicativas o lejanas, o aquellas que desarrollan posibilidades tan sólo apuntadas de forma general por la LCSP (criterios sociales, p.ej).

Corresponderá al operador jurídico examinar si el incumplimiento aparente del PCAP es, en realidad, un incumplimiento la LCSP. Lo importante en este punto, es asegurarse de que en estos casos, el comportamiento desleal infringe directa e inmediatamente la LCSP y que el medio para descubrirlo ha sido el incumplimiento del PCAP. Es decir, no se trataría de una reclamación indirecta de ilegalidad. Por ello, quien la alegue debe acreditar que existe una vulneración directa e inmediata de la ley, no una violación del PCAP, documento que siempre traerá su causa y se ajustará a la ley.

3.2.4. La infracción del apartado 2 subsume la del apartado 1

La propia naturaleza de los procedimientos de contratación pública hace prácticamente inevitable que aquellos licitadores que vulneren del artículo 15.2 LCD, infrinjan además el apartado primero de este artículo. A la sazón, estos licitadores (a) cometen una infracción de normas jurídicas (legislación de contratación pública); (b) buscan con ello obtener una ventaja competitiva en el procedimiento de contratación; (c) la ventaja pretendida es significativa, pues garantiza o facilita decisivamente la adjudicación del contrato; (d) existe un aprovechamiento en el mercado de esa ventaja¹²³⁰.

El comportamiento desleal por infracción de normas reguladoras de la actividad concurrencial parte de la presunción *iuris tantum* de ventaja a favor del infractor. La importancia de este elemento para la autoridad de competencia deviene en que el artículo 15.1 LCD se emplee como argumento subsidiario en procedimientos tramitados por la vía del 15.2 LCD. Más concretamente, cuando pudiera discutirse que el precepto infringido regule la actividad concurrencial¹²³¹. En principio, el requisito principal para imputar a un licitador una infracción del artículo 15.1 LCD es la obtención de una ‘ventaja’. Sin embargo, cuando la vulneración tiene lugar en el marco de la contratación pública no es necesario acudir a dicha presunción, puesto que la posición de superioridad existe y ha sido expresamente buscada por el licitador.

Abundando en lo dicho, la normativa contractual garantiza la igualdad y no discriminación de los licitadores en el procedimiento. Es su incumplimiento por alguno y el respeto por los otros el que genera la correspondiente ventaja. Dicho de otro modo, la exquisita imparcialidad de la LCSP y la posición de garante del órgano de contratación exigen que el incumplimiento de la normativa de contratos públicos sea lo suficientemente hábil para generar alguna superioridad (potencial o definitiva) en la adjudicación del contrato frente a los participantes que cumplen la norma en cuestión.

¹²³⁰ La sistematización de tales condiciones se encuentra, por ejemplo, en la RTDC, 29 de julio de 1999, Expte. 439/98, *Ambulancias Cataluña*, p. 9

¹²³¹ «Y aún en el caso de que no se apreciase tal naturaleza del artículo 120 TRLCSP, la conclusión a la que habríamos de llegar sería la misma toda vez que la conducta engañosa realizada por Alcor Seguridad le ha generado una ventaja competitiva significativa (el conocimiento de los costes reales del servicio) de la que no disfruten los rivales que han cumplido con la legalidad (no conocen dichos costes y, por consiguiente, están en inferioridad para preparar sus respectivas propuestas económicas), de ahí que también se cumpliría lo dispuesto en el artículo 15.1 de la LCD», CGC, *Alcor Seguridad*, cit. p. 14, párr. 65.

En *Pinosolo*, el plano presentado por la UTE adjudicataria en su oferta estaba de antemano en poder de la empresa que redactó los pliegos de prescripciones técnicas y participó en dos comisiones de evaluación de las propuestas¹²³². En *Alcor Seguridad*, el contratista, único conocedor de los costes reales del servicio, proporcionó al órgano de contratación información inflada artificialmente sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afectaba la subrogación. Con ello se aseguraba que su oferta económica fuese inferior a la de los competidores¹²³³.

Así pues, el aprovechamiento de la ventaja derivada de la infracción de la norma contractual es un requisito fundamental del artículo 15.1 LCD¹²³⁴. Sin embargo, para entender vulnerado este precepto no es exigible que el comportamiento anticompetitivo sea exitoso. En *Alcor Seguridad*, el desconocimiento del artículo 120 TRLCSP por parte de la empresa sancionada era suficiente para asegurarse la adjudicación. Si esta no se produjo fue porque la reclamación de otro licitador movió al órgano de contratación a paralizar la licitación y a denunciar los hechos ante el Consello Galego da Competencia.

4. Oferta a pérdida

El artículo 17.1 LCD establece como principio general la libertad de fijación de precios en las operaciones económicas, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes o en los reglamentos. En el apartado segundo recoge las condiciones para que la venta a pérdida pueda ser considerada como un comportamiento desleal: a) cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento; b) cuando tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajenos; c) cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado.

En la contratación pública, el problema se plantea si un licitador o candidato presenta una oferta económica muy baja en un procedimiento de contratación pública, resulta ganadora y las tarifas percibidas de los destinatarios del servicio (sea la

¹²³² *Pinosolo*, cit. p. 41-42.

¹²³³ *Alcor Seguridad*, cit. p. 11. La sentencia que anula esta resolución rechazó esta conclusión. Consideró que Alcor suministró al Ayuntamiento la información solicitada por este (F.J. 3º).

¹²³⁴ RTDC, 20 de febrero de 2008, Expte. S-2/2007. *Autobuses de Ourense*, p. 12.

administración o los usuarios) son inferiores a los costos de prestación. En la tabla siguiente se muestra, de izquierda a derecha, como la conducta puede constituir un precio predatorio (artículos 102 TFUE y 2 LDC), un falseamiento de la competencia (artículo 3 LDC + 15 LCD), un acto de competencia desleal (artículo 15 LCD) o una oferta anormalmente baja. El estudio de las prácticas primera y cuarta se hace en el epígrafe III de este capítulo; la segunda es el objeto del presente epígrafe. La tercera conducta se halla fuera del ámbito del Derecho de la competencia.

Tabla XIX. Venta a pérdida anticompetitiva en la contratación pública

Artículo 2 LDC	Artículo 3 LDC	Artículo 15 LCD	Normativa Contratación Pública.
Precio predatorio	1º. Acto de competencia desleal	Venta bajo coste o bajo precio de adquisición, siempre que la venta:	Precio adecuado, fijado en función del precio general del mercado. (artículo 145 LCSP).
	2º. Falseamiento de la competencia	a) Sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento.	Ofertas anormalmente bajas (artículo 69 Directiva 2014/24 y 149 LCSP)
	3º. Afectación del interés público	b) O tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajenos. c) O forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado.	

4.1. Requisitos e insuficiencias de esta figura

Para determinar si un contrato del sector público proviene de una oferta ganadora hecha con pérdida, ha de procederse a un triple análisis: (1º) que la conducta reúna las tres características previstas en el artículo 3 LDC: acto de competencia desleal/falseamiento de la competencia/afectación del interés público; (2º) que concurren en él los rasgos previstos en los artículos 2 y 15 LCD; (3º) que la aplicación

de las normas anteriores está condicionada por el régimen jurídico público de la contratación administrativa.

Con carácter previo al estudio desagregado de esta figura, cabe reseñar que la legislación española no puede disponer que las ofertas a pérdida en la contratación pública son conductas desleales *per se*, sin atender a las circunstancias del caso concreto. En *Europamur Alimentación*, el TJUE estableció que «la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales¹²³⁵ debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece una prohibición general de ofertar o realizar ventas de bienes con pérdida, sin que sea necesario determinar, teniendo en cuenta el contexto fáctico de cada caso, si la operación comercial en cuestión presenta carácter «desleal» a la luz de los criterios enunciados en los artículos 5 a 9 de la propia Directiva y sin reconocer a los tribunales competentes margen de apreciación al respecto, siempre y cuando la referida disposición persiga finalidades relacionadas con la protección de los consumidores»¹²³⁶.

4.1.1. Reglas de fijación de la oferta

A los efectos de determinar que se trata de una «venta bajo coste o precio de adquisición», procede comprobar si a la hora de establecer los precios o tarifas se respetaron las reglas de fijación del precio en los contratos públicos (artículo 102 LCSP) y las normas sobre ofertas anormalmente bajas (artículo 149 LCSP). Esto significa, por ejemplo, que la ordenanza fiscal fijará el importe de las tarifas que el contratista o concesionario percibirá de los clientes finales de modo que respete el principio de cobertura de costes (artículo 44.1 LRHL), salvo que concurra la excepción prevista en el apartado 2. No obstante, el cumplimiento de todos estos preceptos tan sólo garantiza que el precio del adjudicatario ha sido fijado de forma correcta en términos de derecho de la contratación pública. Pero eso no significa que no se venda a pérdida en términos de derecho de la competencia desleal o de derecho de la competencia.

¹²³⁵ Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.

¹²³⁶ STJUE de 19 de octubre de 2017, C-295/16, *Europamur Alimentación*, párr. 34; ver ARROYO APARICIO, ALICIA, «Prácticas comerciales desleales y Derecho de la competencia: «Prácticas agresivas», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, N° 21, Sección Estudios, Segundo semestre de 2017, Wolters Kluwer (Formato LaLeyDigital).

4.1.2. Inducción al error en los usuarios

El primer supuesto de oferta a pérdida se produce cuando el precio «*sea susceptible de inducir a error a los consumidores...*». Se trata de una cláusula prevista para los artículos «gancho»: aquellos que se venden por debajo de su coste para conseguir que los clientes compren otros productos en los que el empresario recupera su margen. Es relativamente frecuente que grandes superficies o establecimientos especializados de gran tamaño, fijen un precio sin margen o incluso con pérdida y lo publiciten masivamente, haciendo creer a los clientes que todos los precios son muy bajos. Para que se considere que se incurre en competencia desleal: a) la venta debe ser a precio por debajo de coste; b) ha de transmitir la imagen de que todos los precios del establecimiento son igualmente bajos; c) el margen aplicado al resto de productos debe ser notablemente más alto, poniendo de manifiesto el engaño.

Sin embargo, es difícil hablar de que concurra este supuesto en la contratación pública, porque: (a) el cliente es único (órgano de contratación), no una pluralidad de consumidores; (b) la finalidad no es atraer a la clientela para que adquiera otros productos diferentes al gancho, sino para que compre este; (c) el consumidor o cliente es, en este caso, un ente del sector público. La LCSP le atribuye instrumentos para eliminar las asimetrías de información en la mejor forma posible (consulta a operadores de mercado, atención a licitaciones previas del mismo órgano o procedimientos de contratación de poderes adjudicadores); (d) la proposición económica de un licitador puede ser muy baja con la finalidad de que actúe como «gancho», pero no con el sentido del artículo 15 LCD, sino para conseguir situarse en el mercado, vencer a los competidores (con o sin efecto exclusionario), consolidar un mercado, expandirse a los mercados privados desde el público. Estas finalidades pueden pero no tienen porque ser anticompetitivos.

4.1.3. Denigración

En este caso, la conducta ha de tener «*por objeto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajenos*». Las prácticas denigratorias más habituales consisten en vender productos de marcas importantes, renombradas o notorias, muy por debajo de su precio de mercado para desprestigiarlos o la venta de productos a bajo

precio para desacreditar a otro establecimiento comercial, haciendo creer a los consumidores que sus precios son caros o abusivos.

Tampoco parece muy factible esta causa de deslealtad en el marco de los procedimientos de contratación pública: (1) En caso de que varios licitadores ofrezcan el mismo producto, la finalidad del que presenta un precio inferior es convencer al cliente público de que los competidores presentan precios superiores. Pero no con el ánimo de denigrar, desprestigiar, desacreditar o difamarlos, sino de vencerlos en un 'duelo'. (2) El procedimiento de compra habitual no está basado únicamente en la comparación de precios –aunque el precio sea el elemento más importante- sino en la «oferta económicamente más ventajosa»: se ponderan otros elementos relativos en general a la calidad del producto o servicio y a su ciclo de vida, de forma que se obtenga el mejor «*value for money*». (3) Esto significa que, idealmente, un precio bajo coste presentado por un licitador carece de eficacia denigrante o desacreditadora, dado que a través de las exigencias planteadas por el pliego de prescripciones técnicas, el órgano de contratación tiene una pluralidad de elementos para comparar e información sobre todos ellos.

Es más probable que el operador emplee una variedad de comportamientos anticompetitivos, dentro de los cuales la denigración desleal esté al margen de la contratación pública. Así ocurre en el sector farmacéutico. El ejemplo tipo es el de un operador monopolístico en un submercado de medicamentos, también contratista único e incumbente en las ventas a hospitales. Ante el riesgo de perder poder de mercado por la próxima introducción de un genérico, adopta una estrategia diversificada, por la cual: (a) desacredita a su futuro competidor en el mercado ordinario de ventas a clientes finales en farmacias (conducta desleal denigratoria) y (b) presenta proposiciones con un precio muy bajo en los procedimientos de contratación (oferta a pérdida o predatoria)¹²³⁷.

¹²³⁷ Autorité française de la Concurrence. Décision 13-D-21 du 18 décembre 2013 *relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché français de la buprénorphine haut dosage commercialisée en ville disponible sur le site internet de l'Autorité de la concurrence* (<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/13d21.pdf>)

4.1.4. Estrategia

La venta a pérdida puede también formar parte «*de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor*». La intencionalidad de la estrategia resulta trascendente, ya que la práctica predatoria va dirigida a eliminar a un competidor actual del mercado o a disuadir a uno potencial de entrar en él. Esta intencionalidad, es la que también debe observarse en el supuesto de venta a pérdida como conducta de competencia desleal, prohibida en el art. 3 de la LDC 2007¹²³⁸.

En la ausencia de este cuarto requisito se han basado las autoridades de competencia para archivar las denuncias contra contratistas/concesionarios por falseamiento de la competencia debidas a venta a pérdida. En todos los casos [*Transporte fluvial de Lugo, Cursos de inglés del Ayuntamiento de Ferrol, Gimnasio de Ferrolterra, Gremio de Empresarios de Cine de Cataluña (2 expedientes), Guarderías de Calatayud, DIR-UPC, y Cursos de idiomas del Ayuntamiento de Málaga*] las resoluciones analizaron de forma muy limitada los restantes elementos del tipo. Salvo excepciones, se centraron casi en exclusiva en alegar la imposibilidad lógica de que el ente público fijase las condiciones económicas del contrato con el objetivo de expulsar del mercado a los competidores del contratista/concesionario. Por mandato constitucional, las administraciones públicas sirven con objetividad los intereses general (artículo 103 CE) y su objetivo es realizar actividades y prestar servicios públicos, no actuar deslealmente en el mercado.

Al estudio de estos casos y de los argumentos liberatorios basados en el interés público del contrato se se dedica el epígrafe VIII (*supra*) de este capítulo («*Prácticas abusivas y desleales en la prestación de servicios públicos y SIEG*») y En el epígrafe 2.2.5 («*Sin embargo, pueden existir prácticas predatorias y desleales en la prestación (contractual) de servicios públicos y SIEG*») se analiza el papel del componente culpabilístico a la hora de decidir sobre la responsabilidad *antitrust* de los entes contratantes.

¹²³⁸ RETORTILLO ATIENZA, OLATZ, «La promoción de actividades deportivas por los Ayuntamientos y las concesiones administrativas para su gestión: ¿puede detectarse ilícito competencial?», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Nº 1, Sección Práctica, Julio-Diciembre 2007, Editorial LA LEY (LA LEY 6613/2008), p. 183.

4.2. Oferta con precio cero

La inclusión de una oferta a tipo cero entre los comportamientos desleales falseadores de la competencia encuentra su asiento bien en la violación de normas (artículo 15 LCD) o en la oferta a pérdida (artículo 17 LCD).

La normativa de contratos del sector público es un ejemplo palmario de ‘norma jurídica que tiene por objeto la regulación de la actividad concurrencial’. Por ello, la presentación de una oferta a pérdida en una licitación podría constituir una conducta desleal del artículo 15.2 LCD sin necesidad de que dicha conducta derivase para el licitador en la adjudicación del contrato a su favor (prevalimiento de la ventaja competitiva). Sin embargo, mientras se mantenga la doctrina administrativa favorable a la conformidad de las ofertas con precio cero a la LCSP resulta poco probable que los tribunales civiles o las autoridades de competencia admitan que dicho comportamiento colisione con los artículos 15 LCD o 3LDC.

La oferta a pérdida desleal plantea tres limitaciones derivadas de la necesaria interpretación restrictiva de esta figura. En primer lugar, la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales lleva a cabo una armonización completa de las normas relativas a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores y que, por tanto, como prevé expresamente su artículo 4, los Estados miembros no pueden adoptar medidas más restrictivas que las definidas en la referida Directiva, ni siquiera para garantizar un grado más elevado de protección de los consumidores¹²³⁹. Es contraria a la Directiva toda disposición nacional que contenga una prohibición general de ofertar o realizar ventas de bienes con pérdida y que establece excepciones a dicha prohibición basadas en criterios que no figuran en la propia Directiva¹²⁴⁰. En segundo lugar, el artículo 17 LCD establece como regla general la libertad de fijación de precios. La venta a pérdida debe ser considerada, pues, la excepción. No en el sentido de que aparezca muy raramente sino de que sólo concurre en los tres casos citados en el artículo 17 LCD. En tercer lugar, y relacionado con lo anterior, el comportamiento de un operador económico constituye una oferta a pérdida desleal tan sólo en los tres casos citados en dicho artículo.

¹²³⁹ Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, *relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior*.

¹²⁴⁰ STJU de 19 de julio de 2017, C 295/16, *Europamur Alimentación*, § 34 y 39.

La limitaciones anteriores muestran como las posibilidades de éxito de una acción civil por competencia desleal (o por falseamiento de la competencia, *ex* artículo 3 LDC) se incrementan cuando la oferta precio cero forme parte de una estrategia de un licitador encaminada a eliminar del mercado a sus competidores (artículo 17.2 c) LCD). En cuanto «estrategia», ha de consistir en una serie coordinada/sistematizada de actos cuyo objetivo es la eliminación de la competencia. El éxito de la reclamación dependerá, fundamentalmente, de probar la finalidad anticompetitiva de la oferta a cero y su capacidad real o potencial para expulsar a sus competidores. En contrapartida, la acción fenecerá si la contraparte acredita que su oferta responde a objetivos diferentes y no contrarios a la competencia.

Gestoría Administrativa Dessy es un ejemplo de sentencia que considera desleal una oferta a pérdida. Como se estudió en sede de ofertas predatorias (epígrafe III de este capítulo), la Audiencia Provincial de Barcelona no valoró aisladamente los aparentes efectos positivos de la oferta gratuita para los consumidores. Los consideró en relación con el plan del operador para hacer desaparecer la competencia. Probada esta estrategia y asumida la capacidad de la conducta para cerrar el mercado, la sentencia asumió que los efectos de esta a medio y largo plazo serían perjudiciales para ellos.

5. Utilidad del artículo 3 LDC en la contratación pública

Para un sector doctrinal, el artículo 3 LDC se encuentra en una etapa declinante, discutido por la jurisprudencia e insatisfactorio para la CNMC (cuyas resoluciones desde el año 2014 han sido de archivo)¹²⁴¹. No ocurre así entre las autoridades autonómicas de competencia, quienes lo han empleado en casos significativos y, precisamente, en el ámbito de la contratación pública¹²⁴².

En el pasado un número muy elevado de resoluciones dictadas en el ámbito de la prestación de servicios públicos y de SIEG desestimaron las denuncias por falta de alguno de los requisitos exigidos para la aplicación del artículo 3 LDC (ver epígrafe 3 de

¹²⁴¹ DÍEZ ESTELLA, FERNANDO, «El artículo 3 LDC: falseamiento de la competencia por actos desleales», en BENEYTO, JOSÉ-MARÍA y MAÍLLO, JERÓNIMO, Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España, Tomo I, Bosch, 2ª ed., 2017, p. 550.

¹²⁴² Tampoco el Tribunal Supremo se ha pronunciado definitivamente en contra de este precepto. Al contrario, la STS 603/2016, Sala C-A, Secc. 3ª, de 15 de marzo de 2016, ratificó la aplicación que la CNC había hecho del artículo 3 en su resolución de 29 de julio de 2011 (caso *Gas Natural*).

este Capítulo). Pero *Alcor Seguridad y Concurso Pinosolo* realizan un análisis muy preciso de las condiciones en las que este precepto encuentra su sitio. A ello contribuye que la normativa de contratación pública es un ejemplo paradigmático de norma de carácter concurrencial (a efectos del artículo 15 LCD) y que las ofertas bajo coste son una conducta tónica en este sector (a efectos del artículo 17 LCD).

Los artículos 15 y 17 LCD no son los únicos preceptos de la Ley de Competencia Desleal que amparan a las autoridades de defensa de la competencia para sancionar conductas desleales. Cualquier otro, conciliable con el artículo 3 LDC puede fundamentar su intervención. Por ejemplo, la amenaza de un licitador o de un tercero legitimado de plantear un recurso especial en materia de contratación pública contra una resolución de adjudicación hace entrar en juego los artículos 8 LCD y 3 LDC cuando el recurrente no puede ignorar que el recurso es totalmente infundado y que no puede prosperar, pero su objetivo es paralizar la adjudicación del contrato hasta su resolución. Debe recordarse que el artículo 53 LCSP dispone que la interposición de este recurso contra la resolución de adjudicación deja en suspenso la tramitación ulterior del procedimiento y, por ello, la adjudicación del contrato, hasta su resolución, salvo contadas excepciones ¹²⁴³.

¹²⁴³ En relación con esta conducta desleal, ver CASTRO GONZÁLEZ, SERGIO, «La amenaza con el ejercicio de acciones como acto de competencia ilícita en la jurisprudencia reciente», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Nº 21, Segundo semestre de 2017, (formato LaLeyDigital.com) y VEIGA TORREGROSA, AINHOA, «El ejercicio anticompetitivo del derecho a litigar», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Nº 10, Julio-Agosto 2009, pp. 67 ss, (formato LaLeyDigital.com) .

CAPÍTULO IV.

**LUCHA CONTRA LAS PRÁCTICA ANTICOMPETITIVAS EN
LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**

I. SISTEMAS Y MÉTODOS DE PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. Sistemas unitarios y dualistas

Los capítulos II y III del presente estudio muestran como las prácticas anticompetitivas en la contratación pública son decididas antes del inicio del procedimiento de contratación pero sus motivaciones, desarrollo y efectos son intrínsecamente contractuales. Los licitadores cartelizados materializan los pactos colusorios en el procedimiento de contratación. Los contratistas abusan de su poder de dominio durante la ejecución del contrato contra sus competidores o contra los usuarios del servicio. Y los perjuicios económicos ocasionados por estas prácticas se ceban en gran medida sobre los recursos del órgano de contratación. Al verse directamente afectados por las conductas *antitrust*, tanto el Derecho de la contratación pública como el de Defensa de la competencia están legitimados para luchar contra ellas.

Desde la perspectiva del Derecho de la contratación pública, cabe diferenciar tres modelos teóricos de intervención frente a las prácticas anticompetitivas: autónomo, heterónomo y mixto. En el primero, la defensa *antitrust* es implementada por entes integrados en el corpus orgánico de la contratación pública; en el segundo, la defensa frente a la colusión se encarga a su veedor ordinario, las autoridades de defensa de la competencia; en el tercero, los sistemas de contratación pública y de competencia oponen una doble barrera frente a las conductas anticompetitivas. Atendiendo al papel que se otorga a las autoridades de defensa de la Competencia, existen en Derecho Comparado dos modelos genéricos de tutela de la competencia en la contratación pública: el sistema unitario y el sistema dualista¹²⁴⁴.

¹²⁴⁴ Para un mayor conocimiento del Derecho Comparado sobre los modelos de contratación pública, ver SÁNCHEZ MORÓN, MANUEL (Dtor.), *El Derecho de los Contratos Públicos en la Unión Europea y sus Estados Miembros*, Lex Nova, 2011; AVCP (Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, Italia), *The Comparative Survey on the National Public Procurement Systems across the PPN*, diciembre, 2010; BAKER&MACKENZIE, *Remedies and Public Procurement Laws in Europe*, Third Edition, 2009; OCDE, *Public Procurement Review and Remedies Systems in the European Union*, Sigma Paper N°. 41, 6 de abril de 2007, p. 16.

El sistema unitario (sea autónomo o heterónimo) se caracteriza porque un solo ente público conoce y resuelve las infracciones a la normativa de defensa de la competencia y a la legislación de contratos públicos que se produzcan durante el procedimiento de contratación y durante la ejecución del contrato. Diferentes secciones de dicho ente conocerán de uno u otro tipo de asuntos y aplicarán la normativa que corresponda a cada tipo de infracción. Frente a sus resoluciones en ambos ámbitos cabe recurso ante los órganos jurisdiccionales. Este sistema rige en Alemania y en la República Checa.

El sistema dualista atribuye a entes diferentes la competencia para sancionar las infracciones contra el Derecho de la competencia y contra el Derecho de la Contratación pública. Los comportamientos *antitrust* se adjudican a Autoridades de Defensa de la Competencia. Por su parte, el desconocimiento de la normativa de contratos se enjuicia por órganos diferentes; normalmente, el procedimiento se inicia con una reclamación ante el ente adjudicador del contrato en cuestión, cuya resolución es recurrible ante los órganos judiciales, sean ordinarios o especializados¹²⁴⁵. Es el modelo genéricamente aceptado.

La diferencia entre los sistemas unitarios y dualistas se explica en términos ontológicos. Las conculcaciones de la normativa de defensa de la competencia atentan contra una regulación transversal pero ajena a la contratación. Se consideran infracciones administrativas contra las que se sustancia un procedimiento sancionador, cuyo resultado puede ser una multa pecuniaria y/o la imposición de medidas estructurales o de comportamiento. Por el contrario, la vulneración de la normativa contractual pública supone un ataque al principio de concurrencia (competencia por el mercado) en el procedimiento de contratación. En concepto de incumplimiento a un procedimiento administrativo se articula como recurso cuyo resultado puede ser la pérdida de eficacia de la decisión adoptada por el órgano de contratación.

Como apuntamos más arriba, en los sistemas dualistas la decisión sobre las infracciones a la normativa de contratos del sector público se asigna a distintos tipos de

¹²⁴⁵ Dado que la clasificación aquí efectuada atiende exclusivamente al principio de competencia en la contratación pública y al órgano protagonista en la protección de este principio nada obsta a que intervengan una pluralidad de órganos administrativos y/o judiciales a la hora de resolver las reclamaciones frente a los actos del poder adjudicador. Por ejemplo, la OCDE diferencia entre sistemas unitarios y dualistas en función de si un mismo órgano conoce de las recursos contra las decisiones del órgano de contratación y contra las reclamaciones por indemnización de daños y perjuicios derivados de dichas decisiones. Ver OCDE, *Public Procurement Review*, cit., p. 16.

órganos según el ordenamiento jurídico en el que nos encontremos. Sintéticamente, cabe diferenciar dos subsistemas: el judicial y el mixto. El primero de ellos se subdivide a su vez en ordinario y especializado.

En el subsistema judicial, la resolución del ente contratante— previo recurso ante el mismo si procede— es revisada por los órganos jurisdiccionales, bien del orden civil (sistema judicial ordinario), bien del contencioso-administrativo (sistema judicial especializado). El primero es el vigente en Gran Bretaña; el segundo en Italia y Francia y Portugal. El subsistema mixto mantiene el conocimiento de los recursos por la Jurisdicción; pero añade unos órganos administrativos independientes que conocen de ciertas reclamaciones. Es el modelo adoptado en España. En el siguiente cuadro puede verse la articulación de cada uno de los sistemas.

Tabla XX. Sistemas unitarios y dualistas

	SISTEMA DUALISTAS			SISTEMA UNITARIO
	SISTEMA JUDICIAL ORDINARIO	SISTEMA JUDICIAL ESPECIALIZADO	SISTEMA MIXTO	
VULNERACIÓN de la NORMATIVA CONTRATACIÓN PÚBLICA	Recurso ante el órgano de contratación	Recurso ante el órgano de contratación	Recurso ante el órgano de contratación	Recurso ante el órgano de contratación y después, o tan sólo, ante la Autoridad de Defensa de la Competencia
	Jurisdicción Civil	Jurisdicción Contencioso-Administrativa	<ul style="list-style-type: none"> ● Tribunales Administrativo de Recursos Contractuales. ● Jurisdicción Contencioso-Administrativa 	
VULNERACIÓN de la NORMATIVA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA	Autoridad de Defensa de la Competencia			

1.1. Sistemas unitarios

Los sistemas unitarios disponen la intervención cualificada de la autoridad de defensa de la competencia a la hora de resolver los incumplimientos de la normativa de contratación pública. Su ejemplo más destacado es el de Alemania¹²⁴⁶.

La normativa germana instauró un sistema unitario y judicial ordinario para conocer de los recursos interpuestos en el marco de los procedimientos de contratación pública cubiertos por las directivas de contratos. La primera instancia son los tribunales especializados en los niveles locales y regionales.

Pero la mayor especialidad del modelo alemán se da en el nivel superior. La Parte IV de la *Ley Federal contra las Restricciones de la Competencia* (GWB), dedicada a la «*adjudicación de los contratos (públicos)*», regula en su capítulo II los «*procedimientos de revisión*» (recursos). La singularidad radica en que el control de los contratos celebrados a nivel federal se encomienda a la autoridad de defensa de competencia estatal. En concreto, a los denominados Tribunales Federales de Contratación Pública. Se trata de tres cámaras o secciones especializadas del *Bundeskartellamt* (§ 106(1) GWB), dotados de competencia exclusiva para conocer de los recursos interpuestos contra los actos dictados en el procedimiento contractual (§ 104(1) GWB).

Las secciones actúan como un órgano de revisión de la contratación pública (es decir, como un tribunal de apelación contra las decisiones de los organismos de contratación pública). Los principios rectores de los tribunales de contratación pública del *Bundeskartellamt* son los procedimientos de competencia, transparencia, no discriminación y licitación equitativa. Las secciones revisan, previa solicitud, si las entidades públicas contratantes han cumplido sus obligaciones en el procedimiento de adjudicación. Los tribunales tienen derecho a tomar las medidas adecuadas para remediar una violación de los derechos y para prevenir cualquier menoscabo de los intereses afectados.

¹²⁴⁶ Las leyes 40/2004 y 137/2006 establecieron un sistema unitario y judicial especializado en fase de recurso. El reclamante interpondrá primero un recurso administrativo ante el poder adjudicador, cuya resolución desestimatoria es recurrible ante la Sección de Contratación de la Oficina de Defensa de la Competencia. La decisión de la Sección es recurrible ante el Presidente de la Oficina. En principio, no cabe recurso frente a la resolución del Presidente de la Oficina de Defensa de la Competencia. Sin embargo, de forma excepcional, el Tribunal Supremo Administrativo puede conocer en casación de un recurso contra aquella, OCDE, *op. cit.*, p. 51

Los Tribunales Federales de Contratación Pública son, pues, unidades administrativas integradas en la autoridad de competencia, que aplican la normativa de contratación pública. Están formados por un presidente y dos vocales, nombrados por un período de cinco años e independientes de los poderes adjudicadores federales.

También es característico del modelo alemán la ausencia de un recurso previo ante el ente contratante. El procedimiento se inicia con la presentación de un escrito directamente ante el Tribunal Federal (§ 108(1) GWB). Este instruirá un procedimiento contradictorio y dictará una resolución en el transcurso de cinco semanas (§§109 ss GWB). Contra la misma cabe recurso ante la jurisdicción ordinaria; en concreto, ante la Corte de Apelaciones que tenga jurisdicción en el ámbito del Tribunal Federal (§ 116 GWB).

1.2. Sistemas dualistas

1.2.1. Modelo general

Todos los modelos legislativos dualistas tienen en común el asignar el conocimiento de las infracciones *antitrust* producidas durante el procedimiento de contratación a la autoridad de competencia nacional y el de los incumplimientos de la normativa de contratos a otro tipo de órganos. En general, este segundo tipo de incumplimientos son residenciados ante el órgano de contratación y en segunda instancia ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

El Reino Unido es una excepción al esquema anterior. Las infracciones al *Public Contract Regulation* de 2015 (PCR) se sustancian directamente ante la jurisdicción ordinaria a través de las acciones judiciales comúnmente usadas entre particulares¹²⁴⁷. Conocerá de ellas una *High Court* (artículo 91.1 PCR). Dado que los contratos públicos tienen naturaleza privada, la *High Court* aplicará el Derecho mercantil común

¹²⁴⁷ ALEXOPOULOU, MARÍA, «EC Competition Rules in Public Procurement Cases: a Ground for Judicial Review», The University of Oxford Centre for Competition Law and Policy, *Working Paper CCLP (L) 24*, 28 de septiembre de 2009, pp. 5 y 13 (destacable la jurisprudencia citada en el texto).

(*commercial law*). Tan sólo acudirá a la denominada *judicial review* cuando en el contrato intervengan «elementos de Derecho Público»¹²⁴⁸.

1.2.2. Posición reforzada de los órganos de defensa de la competencia

En Dinamarca, la Autoridad de Competencia y Consumo (*Konkurrence-Og Forbrugerstyrelsen*) une a sus funciones de promoción, funciones formales e informales de investigación ante las infracciones de la normativa de contratación pública.

En primer lugar, la Autoridad tiene la encomienda de aconsejar a los órganos de contratación sobre la interpretación y aplicación de las normas de contratación pública. En esta vertiente de sus funciones de promoción, podrá dirigirse a aquellos – de oficio o a su instancia- para lograr la adecuación de un procedimiento a la normativa de contratos antes de su conclusión con la adjudicación del contrato. Si el órgano de contratación no atendiese a sus recomendaciones, la Autoridad puede para comunicar la existencia de una posible violación a la Junta de Reclamaciones de Contratación Pública (*Complaints Board*). Pero le está vedado decidir sobre la existencia de una vulneración o suspender el procedimiento contractual hasta la resolución de la Junta. También podrá dirigirse a los Tribunales en este mismo sentido¹²⁴⁹.

En Suecia, la intervención de la Autoridad de Competencia (*Konkurrensverket*), es muy significativa. La Ley de Contratación Pública de 2007 le concede la potestad de supervisión de la contratación pública nacional. Podrá, por ello, requerir a los poderes adjudicadores toda la información que precise para llevar a cabo dicha labor; aquellos estarán obligados a suministrarla (artículo 17).

En segundo lugar, goza de legitimación activa para promover la imposición de sanciones al órgano de contratación que hubiese incurrido en determinados comportamientos, tales como celebrar el contrato sin publicar el anuncio preceptivo (Capítulo 17).

En tercer lugar, su papel más importante es el gozar de legitimación activa para impugnar los procedimientos de contratación por encima del umbral de las Directivas

¹²⁴⁸ NIETO GARRIDO, EVA, «El Derecho de la Contratación Pública en el Reino Unido», en SÁNCHEZ MORÓN, M., *cit.*, pp. 183-236.

¹²⁴⁹ AVCP, *cit.*, pp. 38-41.

(contratos SARA). Existen dos modalidades de impugnación. La primera afecta a los actos del órgano de contratación que infrinjan los principios fundamentales de la contratación pública (artículo 9, Capítulo 1) o cualquier otra regla de la ley (artículo 5, Capítulo 16). La segunda permite a la Autoridad de Competencia impugnar los actos de adjudicación del contrato por las causas citadas en el artículo 5, Capítulo 16¹²⁵⁰.

1.3. Sistema español

1.3.1. Sistema dualista cualificado

En términos generales, rige en España un sistema dualista, que suma los subsistemas judiciales especializado y ordinario. Así, a la autoridad española de defensa de la competencia – y a sus homónimos autonómicos- corresponde el enjuiciamiento de las conductas *antitrust* desarrolladas durante el procedimiento contractual y la ejecución del contrato. La Disposición Adicional 4ª LDC incluye a las «pujas fraudulentas» en el concepto de cártel. Licitadores y adjudicatarios pueden incurrir tanto en abuso de posición de dominio como en comportamientos desleales, tal como se estudia en el Capítulo III.

Por su parte, las infracciones a la normativa de contratos públicos se residencian primero ante el órgano de contratación y en vía de recurso ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa o Civil (artículo 27 LCSP).

En su artículo 1.1, la LCSP se compromete a la salvaguarda de la libre competencia en la contratación pública. Entiende así a la «libre competencia» como uno de los principios fundamentales o ‘constitucionales’ de la contratación pública en España. Sigue en ello a las Directivas europeas, que prohíben un uso de la contratación pública que restrinja artificialmente la competencia. Se considera que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos (artículo 18.1 Directiva 2014/24).

La interpretación de este artículo ha tendido a restringir la salvaguarda de la competencia al fomento y tutela de la competencia por el mercado o competencia

¹²⁵⁰ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, JAVIER, «El Derecho de la Contratación Pública en el Suecia», en SÁNCHEZ MORÓN, M., *cit.*, pp. 553-577.

interna en el procedimiento de contratación. El objeto de atención no será la competencia en el mercado (defensa de la competencia *sr. sensu*); es decir, las prácticas restrictivas, abusivas o desleales que «tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior» (artículo 106. 1 TFUE), sino la competencia por el mercado (protección de la rivalidad entre los licitadores)¹²⁵¹.

Es decir, la salvaguarda de la competencia *ex* artículo 1 LCSP impone a las autoridades administrativas concernidas por esta ley (órganos de contratación) la obligación de definir y ejecutar procedimientos contractuales favorecedores de la participación del mayor número de licitadores en condiciones de igualdad de trato y de no discriminación. Dicho deber se filtra y concreta en múltiples preceptos de la normativa de contratación pública¹²⁵². Así lo han reconocido las autoridades de defensa de la competencia en varias resoluciones¹²⁵³.

La elección de un sistema heterónimo frente a las manipulaciones en las licitaciones –que, por otra parte, encubre la insuficiencia del Derecho de la contratación pública para afrontar en su seno las conductas colusorias- encuentra su expresión más lograda en tres preceptos. En primer lugar, el artículo 132.3 obliga a los órganos de contratación a comunicar a las autoridades de competencia cualquier indicio de comportamiento anticompetitivo. En segundo lugar, los artículos 71 y 150 LCSP prevén

¹²⁵¹ Sobre la operatividad de este doble sistema en un ámbito concreto de la contratación pública, ver ANTELO MARTÍNEZ, A., «Empresas vinculadas y límites legales a las prácticas colusorias en la contratación pública», *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº 17, Sección Opinión, Quincena del 15 al 29 Sep. 2015, Wolters Kluwer, pág. 1909s (texto consultado en www.laleydigital.com).

¹²⁵² Para un estudio resumido de los elementos de la contratación pública afectados por la protección de la competencia por el mercado, ver GARCÉS SANAGUSTÍN, M., «Contratación en el sector público y competencia: incidencia práctica de la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público», *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, Nº. 3, 2008, págs. 119-146.

¹²⁵³ RTDC de 25 de octubre de 2000, Expte. 476/99, *Agencias de Viajes*, F.J. Sexto: «Las normas de la competencia por lo tanto se aplican también a las Administraciones Públicas, no sólo cuando actúen como oferentes de bienes y servicios, sino también cuando actúen como demandantes de tales bienes y servicios. Los preceptos contenidos en la LCAP y en la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro tienen relación directa con las normas de la competencia. Las normas que contribuyen a asegurar la transparencia y la igualdad de concurrencia en la contratación pública tienen varios objetivos, pero no puede descartarse que entre estos objetivos se encuentre la finalidad concurrencial. En la medida en la que se trata de conseguir que la totalidad de oferentes puedan presentarse a la contratación pública en igualdad de condiciones y sin privilegios, la finalidad de tales normas de regular la actividad concurrencial aparece evidente». Ver DE LA MORENA LÓPEZ, J., «Principios generales de la contratación del sector público (art. 1 TRLCSP; arts. 1 y 2 Directiva 2004/18/CE; art. 76 Directiva 2014/24/UE)» *Contratación Administrativa Práctica*, Nº 139, Sección Contratación práctica, Septiembre 2015, Editorial LA LEY (leído en www.laleydigital.com).

la exclusión inicial o la expulsión sobrevenida de los licitadores cartelizados y es una resolución sancionadora de la autoridad de competencia la que excita la acción del órgano de contratación (prohibición de contratar) o viceversa (expulsión sobrevenida). En el artículo 132.3 LCSP la labor del órgano de contratación es de mera denuncia; a la autoridad de competencia corresponde toda la labor de investigación y decisión (*cooperación por exclusión*). En los artículos 71 y 150 LCSP, ambos órganos intervienen en la decisión sobre la prohibición de contratar o sobre la expulsión del procedimiento (*cooperación por adición*).

Ambos artículos ‘externalizan’ en parte la solución al ordenar a los órganos participantes en los procedimientos de contratación remitir a las autoridades de competencia los indicios de conducta anticompetitiva que hallen en ellos (artículo 132) o encomendar a estas autoridades que se pronuncien acerca de si los indicios de prácticas anticompetitivas cometidas durante el procedimiento deben conducir a la expulsión de los licitadores responsables (artículo 150).

Cuando lo recurrido son contratos sometidos a regulación armonizada, la LCSP introduce un tercer órgano de enjuiciamiento: los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales (Central, autonómicos y locales). Se trata de órganos administrativos independientes, no ligados a la autoridad de defensa de la competencia, que conocen de forma potestativa de los recursos especiales en materia de contratación pública contra el acto de adjudicación – y contra determinados documentos y actos de trámite- de aquellos contratos. Frente a su resolución cabe recurso contencioso-administrativo (artículos 44 ss LCSP). La presencia de Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales singulariza al Derecho español entre los modelos dualistas como un sistema dualista, subsistema mixto (administrativo y contencioso-administrativo).

1.3.2. Ruptura del monopolio de las autoridades de competencia

De facto, que no *de iure*, las autoridades de defensa de la competencia ostentan en Derecho español el monopolio en la persecución de comportamientos *antitrust*. La LDC (artículos 12 y 13), la Ley 1/2002 de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia (artículo 1) y la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (artículo 5), atribuyen a las

autoridades de defensa de la competencia el monopolio público para sancionar los comportamientos anticompetitivos. Ninguna otra autoridad administrativa está legitimada para enjuiciarlos ni las autoridades de competencia no pueden conocer de otras materias¹²⁵⁴.

Una excepción cada vez más importante es la competencia de los tribunales civiles para el conocimiento de las acciones privadas de reclamación de daños y de perjuicios. En caso de que exista previa resolución administrativa y/o judicial de competencia, el tribunal estará vinculado por los hechos declarados probados y por el sentido de la resolución si es sancionadora. No existe dicha vinculación cuando la resolución es absolutoria o de archivo¹²⁵⁵.

El Derecho de la contratación pública prevé dos casos en los que el órgano de contratación evalúa el posible comportamiento anticompetitivo de los licitadores y, en caso afirmativo decide su expulsión del procedimiento de contratación. El primero de ellos es el artículo 150 LCSP. Tal como arriba se indicó, este precepto regula la expulsión durante el desarrollo del procedimiento de aquellos licitadores sobre los que hubiese indicios bastantes de haber incurrido en prácticas anticompetitivas a la hora de participar en el procedimiento en curso. Para tomar la decisión de expulsión el órgano de contratación debe hacer una valoración de los indicios desde el punto de vista del Derecho de la Competencia. La particularidad en el Derecho español es la de poner en manos del órgano de competencia la resolución de la cuestión. La expulsión sobrevenida es objeto de estudio en el epígrafe IV.3 del presente capítulo.

El segundo ejemplo se encuentra en el artículo 70 LCSP. Dispone la exclusión del candidato o licitador que participó en la preparación del contrato - en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato o que hubieran asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación - tras un procedimiento contradictorio en el que tanto el licitador en cuestión como los restantes puedan presentar sus alegaciones y pruebas. Este precepto se aborda en el epígrafe IV.4 de este capítulo

¹²⁵⁴ RCNC de 24 de julio de 1997, Expediente 393/96, *Aparejadores Cádiz*, F.J. 4º.

¹²⁵⁵ HUERGO LORA, ALBERTO, «La CNMC, los tribunales civiles y los contencioso-administrativos en la aplicación del Derecho de la competencia», en *Almacén de Derecho*, 18 de enero de 2016 (<http://almacendederecho.org/la-cnmc-los-tribunales-civiles-y-los-contencioso-administrativos-en-la-aplicacion-del-derecho-de-la-competencia/>).

2. Métodos reactivos y proactivos

El primer paso para combatir los comportamientos anticompetitivos en la contratación pública es la obtención de indicios o pruebas bastantes para instar un procedimiento de infracción ante las autoridades de competencia. La conclusión de este procedimiento con una resolución sancionadora es un paso intermedio. El final es – o debería ser- que el castigo sea eficaz, tanto a nivel de represión como de prevención general y especial.¹²⁵⁶

El criterio canónico a la hora de clasificar los métodos empleados por las autoridades de defensa de la competencia para la detección de los cárteles diferencia entre métodos reactivos y métodos proactivos¹²⁵⁷. En los primeros, un tercero se dirige a la autoridad, la cual ‘reacciona’ ante dicha comunicación e inicia la investigación de los hechos. La comunicación externa puede proceder de una denuncia, de la acción de delatores e informantes (*whistleblowers & informants*) o de un solicitante de clemencia (*leniency applicants*). Por su propia naturaleza, estos mecanismos suponen la intervención *ex post facto* por la autoridad de competencia, una vez que el hecho presuntamente anti-competitivo está en curso o ha sido ejecutado .

Los métodos proactivos, muy variados, coinciden en un extremo: la autoridad de competencia inicia *motu proprio* la acción contra las prácticas anticompetitivas. Su actuación puede ser *ex post* (investigación de oficio) o *ex ante*. En este último caso, los métodos proactivos no operan como fórmula de detección del comportamiento *antitrust*, sino de prevención o evitación del mismo. Entre los métodos proactivos se encuentran, por ejemplo, la formación de los operadores en el mercado, la colaboración entre autoridades de competencia, el análisis de cárteles previos o del trabajo de otras

¹²⁵⁶ «Luchar eficazmente contra los cárteles exige que éstos sean descubiertos, que los cárteles descubiertos sean perseguidos con éxito y que los cárteles perseguidos con éxito sean castigados. Operar eficazmente en los tres estadios - detección, persecución y sanción- es crucial para destruir los cárteles existentes y para disuadir la formación de otros nuevos», HARRINGTON, JOSEPH., «Behavioral screening and the detection of cartels», en EHLERMANN, C. y ATANASIU, I. (editores), *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2007, p. 51.

¹²⁵⁷ ICN, (Cartel working group, Subgroup Two: Enforcement Techniques) *Anti-Cartel enforcement Manual. Chapter 4. Cartel case initiation*, marzo, 2010, pp. 6 ss.

autoridades, la monitorización de la industria, los medios de comunicación, la prensa o Internet y el uso de análisis econométricos (*screening*)¹²⁵⁸.

Los órganos de contratación tienen la obligación de velar por la salvaguarda de la libre competencia en el procedimiento de contratación (artículo 132.3 LCSP). Por lo tanto, deben asumir un papel principal para la detección de prácticas anticompetitivas, mano a mano con las autoridades de competencia¹²⁵⁹. Su capacidad de actuación a la hora de prevenir y/o impedir la comisión de acciones anticompetitivas por los licitadores o contratistas es clave en el ámbito de los métodos reactivos (poseen legitimación activa como denunciadores o informantes) y muy particularmente en el dominio de los proactivos, donde pueden actuar como auxiliares de la autoridad de competencia (instando una investigación de oficio, monitorizando el mercado y los procedimientos de contratación y colaborando en el *screening*) y/o protagonizar sus propios métodos proactivos¹²⁶⁰.

Los licitadores tienen también un papel esencial en la prevención y descubrimiento de conductas colusorias. El cumplimiento de la normativa de contratos públicos y el respeto a la competencia «*on the merits*» han de presidir su participación en los procedimientos contractuales. Para garantizar la plena eficacia de ambos principios, los licitadores tienen a su disposición una fórmula a la vez orgánica y operativa: los programas de cumplimiento normativo o *compliance*.

A continuación, se propone una enumeración de fórmulas de prevención, detección y combate de las prácticas anticompetitivas (singularmente, cárteles) que, partiendo de la clasificación al uso entre métodos reactivos y proactivos, establece

¹²⁵⁸ Un breve estudio de todos ellos se encuentra en ICN, (Cartel working group, Subgroup Two: Enforcement Techniques) *Anti-Cartel enforcement Manual. Chapter 4. Cartel case initiation*, marzo, 2010, p. 6 ss.

¹²⁵⁹ En esta denominación incluimos, a tal efecto, a los órganos de contratación en sentido estricto y a los entes públicos operativos en el ámbito de la contratación pública (juntas consultivas de contratación administrativa y tribunales administrativos de recursos contractuales).

¹²⁶⁰ Para la CNMC la labor del órgano de contratación en la promoción de la libre competencia debe tener lugar en el propio proceso de redacción y preparación del pliego (de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas), pues este es el principal elemento del juego competitivo en los procedimientos contractuales. Para la detección de comportamientos anticompetitivos una vez iniciado el procedimiento de contratación, la normativa de contratos públicos establece la obligación de notificación a las autoridades de defensa de la competencia; RCNMC, de 13 de julio de 2017, Expte. S/DC/0561/15 *Gases Medicinales*, p. 20. Al estudio de los pliegos como instrumento de defensa de la competencia y de la denuncia por el órgano de contratación se dedican los epígrafes 3.7.1 y 7, de este capítulo, respectivamente.

subcategorías en función del actor principal o destinatario de las medidas: el órgano de contratación, los licitadores o contratista y las autoridades de competencia.

Métodos reactivos:

1. denuncia
2. delatores o informantes
3. clemencia
4. Impugnación de actos y disposiciones administrativas

Métodos proactivos:

A. Ejecutados por y dirigidos al órgano de contratación:

1. Formación y profesionalización del personal de los órganos de contratación.
2. Conocimiento de los mercado de producto y geográfico. Elaboración de estudios de mercado.
3. Conocimiento del mercado de la licitación. Decisión sobre el procedimiento a seleccionar.
4. Algunas técnicas mencionadas por la Guía de Contratación y competencia de la CNMC tomadas de los documentos de la OCDE:
 1. Factores que pueden facilitar la colusión:
 1. ¿Qué características del mercado facilitan la existencia de colusión?
 2. ¿Qué características del diseño de licitación pueden favorecer la colusión?
 3. ¿Qué formas puede adoptar la colusión entre oferentes y qué tipo de técnicas se utilizan para realizarla?
 2. Indicadores a tener en cuenta en la presentación y en la adjudicación de las ofertas;

3. Indicadores relacionados con los precios;
4. Indicadores en la documentación o en el comportamiento de las empresas;
5. *Screening*.
6. Nulidad del contrato público.
7. Prohibición de contratar por prácticas anticompetitivas.

B. Ejecutados por el órgano de contratación y dirigidos a los licitadores

1. Diseño del procedimiento de contratación: Cláusulas contractuales.
 1. Cláusulas anticolusorias incluidas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares.
 2. Indicaciones relativas a los aspectos de la contratación de más fácil manipulación.
 3. El compromiso del licitador de no incurrir en prácticas colusorias
2. Fórmulas orgánicas de protección de la competencia en la contratación pública.

C. Ejecutados por la autoridad de defensa da competencia

Screening

Promoción

D. Ejecutados por los licitadores

Programas de cumplimiento normativo (*Compliance*)

El objetivo último de todos los mecanismos proactivos y reactivos citados es disuadir (*deterrence*) a los operadores económicos de la comisión de actos anticompetitivos en la contratación pública. Medir su efectividad exige responder tres preguntas: a) ¿Las acciones de las autoridades de competencia impiden el comportamiento anticompetitivo?; b) ¿Qué importancia tiene ese efecto disuasorio?; c)

¿Qué metodologías prácticas podrían utilizarse para medir el efecto disuasorio de su trabajo?¹²⁶¹.

Los supuestos más significativos de métodos proactivos serán objeto de estudio en los siguientes epígrafes. Los métodos reactivos (denuncia y clemencia) han sido reflejados de forma indirecta en los Capítulos II y III, al desarrollar los distintos tipos de infracciones. Fuera del objeto de este estudio quedan los mecanismos de lucha en aquellos casos en los que concurren colusión de los licitadores y corrupción del órgano de contratación¹²⁶².

II. MÉTODOS REACTIVOS

La respuesta de las autoridades de competencia ante la conductas anticompetitivas se concreta en su investigación y eventual sanción. El procedimiento de investigación puede iniciarse de oficio o por denuncia de un tercero. Desde 2007, las sucesivas leyes de contratación pública han regulado de forma específica la denuncia (denominada ‘comunicación’) procedente del órgano de contratación o de otros entes públicos que participan en el procedimiento contractual. La resolución sancionadora se traduce por lo general en una multa a las entidades infractoras y, en su caso, a sus directivos. Cierta doctrina apunta a otros remedios conductuales más eficaces que la sanción económica¹²⁶³. Por último, la clemencia es un instrumento empleado con cierta

¹²⁶¹ UK COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY, *The deterrent effect of competition authorities’ work. Literature review*, 7 de septiembre de 2017. Como su mismo nombre indica, el documento examina el efecto disuasorio de la aplicación de las normas de competencia.

¹²⁶² Un análisis detallado sobre respuestas en Derecho comparado a la conjunción colusión-corrupción en la contratación pública se encuentra en OCDE, *Collusion and Corruption in Public Procurement*, 2010. Sin embargo, la clemencia - el mecanismo contra los cárteles más exitoso en las últimas décadas- es dudosamente eficaz cuando se suma la corrupción. Ello se debe a que el beneficio de las políticas de clemencia no se extiende a los corruptos, cuyo enjuiciamiento y condena queda al arbitrio de la jurisdicción penal. De ahí que algunas legislaciones (Brasil, Méjico) han introducido programas específicos de clemencia para la corrupción. Sobre la eficacia de tales soluciones, ver LUZ, REINALDO y SPAGNOLO, GIANCARLO, *Leniency, Collusion, Corruption, and Whistleblowing* (April 18, 2016), Working Paper Series No 36, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2773671>.

¹²⁶³ El artículo 53.2 LDC prevé que la resolución sancionadora pueda contener la orden de cesación de la conducta, la imposición de condiciones u obligaciones estructurales o de comportamiento, de multas o de cualesquiera otras medidas autorizadas por la propia ley. Berasategui defiende que este precepto permite que la autoridad de competencia imponga al órgano de contratación medidas correctoras, condiciones y obligaciones para evitar la perpetuación de los efectos o su repetición p.ej., aumento de recursos técnicos y humanos o adaptar las licitaciones futuras a las exigencias de la CNC). BERASATEGUI, JAVIER, «Defensa de la competencia en la contratación pública: propuestas legislativas», *Contratación Administrativa Práctica*, n° 65, Secc. Reflexiones, Junio 2007, La Ley, p.

frecuencia contra los cárteles en la contratación pública y que ha resultado eficaz en procedimientos tramitados por la autoridad nacional de competencia.

1. Denuncia

1.1. Sujetos y mecanismos de denuncia

La notificación a las autoridades de competencia de posibles infracciones en el ámbito de la contratación pública presenta personas legitimadas y fórmulas diferentes según el momento al que sean imputables las conductas.

Cuando las prácticas presuntamente anticompetitivas se ejecutan durante el procedimiento de adjudicación, los posibles denunciadores son los colicitadores del infractor el órgano de contratación o terceros al procedimiento. Colicitadores y terceros optarán por presentar la denuncia a la autoridad de competencia o dirigirla al órgano de contratación. La denuncia formulada por este puede traer causa de una reclamación previa de otros licitadores (o de terceros). Pero también puede nacer de su propia iniciativa.

En *Transporte Ayuntamiento de Las Palmas*, En agosto de 2010, el concejo canario convocó concurso público a los efectos de adjudicar el contrato de prestación de servicios de transporte de viajeros para actividades lúdico-deportivas, socioculturales y socioeducativas. El día 6 de septiembre se verificó la apertura de las ofertas. El 29 de septiembre, uno de los participantes denunció ante el órgano de contratación la igualdad de precios existente entre las ofertas realizadas por tres de los licitadores. A partir del 7 de octubre se sucedieron los informes técnicos y las alegaciones dentro del procedimiento de contratación que constataban los fuertes indicios de colusión entre denunciados. El 15 de noviembre el órgano de contratación procedió a la adjudicación del contrato a uno de los licitadores denunciados e investigados. Sin embargo, el mismo órgano

31 ss, (consultado en LaLeyDigital.com). Es discutible que el artículo 53.2 LDC sea invocable frente a sujetos no investigados ni sancionados. Por ende, la imposición de estas obligaciones supone para la autoridad de competencia una carga de vigilancia difícil de exigir. Por ejemplo, la resolución que imponga a un ayuntamiento la obligación de contar con una unidad de contratación debe enfrentarse al principio de autonomía organizativa y a eventuales carencias presupuestarias que impidan o dificulten su ejecución.

remitió de oficio el escrito de denuncia el 23 de noviembre a la CNC, de acuerdo con lo establecido en la Disposición adicional vigésimo séptima de la ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (antecedente del artículo 132.3 LCSP de 2017)¹²⁶⁴.

En *Licitación pública seguridad Concello de Lugo*, un licitador manifestó de viva voz ante la mesa de contratación que el participante con mayor puntuación – y contratista incumbente- había aportado al órgano de contratación datos falsos sobre ciertos conceptos retributivos del personal adscrito al contrato y de sus retribuciones. Su finalidad sería la de ‘inflar’ los precios de sus competidores y asegurarse una nueva adjudicación. En este caso, el ayuntamiento lucense comunicó el caso al Consello Galego da Competencia en virtud del artículo 23.3 de ley 1 4/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico¹²⁶⁵.

Las denuncias por conductas *antitrust* cometidas durante la ejecución del contrato público se presentarán ante la autoridad de competencia. Tres son los posibles denunciante: (a) competidores del contratista en el mercado afectado por el contrato público; (b) clientes del contratista en ese mercado; (c) usuarios finales de los servicios públicos o de interés económico general gestionados por el contratista. Estos tres supuestos son comunes cuando se atribuye al contratista el abuso de su posición de dominio.

1.2. La comunicación por los órganos de la contratación pública.

El Derecho español ha establecido una fórmula específica para excitar la actuación de las autoridades de defensa de la competencia: imponer a los órganos de la contratación pública el deber de comunicar a aquellas los indicios de prácticas anticompetitivas de las que tengan conocimiento en el curso de los procedimientos contractuales.

Dicho mecanismo cualificado de denuncia no tiene su origen en el Derecho comunitario. Las Directivas de contratos de 2004 y 2014 no lo recogen. Pero tampoco es un endemismo español. El Derecho norteamericano encomienda a los presidentes de

¹²⁶⁴ RCNC de 25 de octubre de 2012, cit. pp. 10-11.

¹²⁶⁵ RCGC R1/2016, de 6 de julio, p.1.

las agencias federales la notificación al Departamento de Justicia de las evidencias de violación de la normativa *antitrust* que observen en los procedimientos de contratación tramitados por ellas¹²⁶⁶. A esta función debe sumarse la importante y continua labor de los defensores de la competencia (*advocates for competition*) en la corrección y denuncia de las prácticas anticompetitivas en la contratación de las agencias federales¹²⁶⁷.

La comunicación, inicialmente prevista en la Disposición Adicional 27^a de la LCSP 2007, y en la Disposición Adicional 23^a TRLCSP, se encuentra regulada actualmente en el artículo 132.3.LCSP. Conforme al mismo, «*los órganos de contratación, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado o, en su caso, los órganos consultivos equivalentes en materia de contratación pública de las Comunidades Autónomas y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 44 de esta Ley notificarán a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia, cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación*».

Este precepto constituye una habilitación legal para que las autoridades de defensa de la competencia reciban pruebas o indicios de comportamientos anticompetitivos procedentes de otras instancias públicas. La admisibilidad de pruebas ‘externas’ tiene respaldo en la doctrina comunitaria. En las Conclusiones a *FSL Holdings*, la Abogada General Kokott parte del principio de que la existencia de prácticas colusorias puede acreditarse recurriendo a cualquier medio de prueba adecuado. El Derecho de la Unión no conoce ningún principio general según el cual las autoridades de defensa de la competencia sólo puedan recurrir a determinadas pruebas o a las procedentes de unas fuentes determinadas. Los tribunales comunitarios ya han reconocido que las pruebas

¹²⁶⁶ 10 U.S.C. 2305(b)(9); 41 U.S.C.A 3707.

¹²⁶⁷ MIÑO LÓPEZ, ANTONIO, y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA, «Colusión en la contratación pública (*bid rigging*): Propuestas para combatirla eficazmente y posibilidades que ofrece la Directiva de contratos de 2014», en *Observatorio de los contratos públicos 2013*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 477-487.

procedentes de un proceso penal nacional pueden ser valoradas por la Comisión en un procedimiento en materia de prácticas colusorias¹²⁶⁸.

1.2.1. Ámbito de aplicación

El artículo 132.3.LCSP plantea una relación de cooperación entre órganos de contratación y de defensa de la competencia. Se trata, en primer lugar, de una cooperación no voluntaria. Tanto la interpretación literal («notificarán», «comunicarán») como la teleológica del precepto llevan a concluir que la denuncia es para los órganos concernidos una obligación, no una facultad o una posibilidad. En segundo lugar, es una cooperación obligatoria unilateral. El precepto sólo obliga a los órganos participantes en el procedimiento de contratación. Estos asumen el rol primario, activo y genérico de denunciante. Por el contrario, la autoridad de competencia española adopta una posición pasiva; la de mera receptora de las denuncias. Su activación dependerá de la valoración que haga de los datos comunicados y de la subsunción de los mismos en alguno de los tipos previstos en la LDC.

1.2.2. Legitimación activa

En términos de legitimación activa, el artículo 132.3.LCSP es una norma especial. Vincula únicamente a los órganos participantes en los procesos contractuales. El precepto se ciñe a «*los órganos de contratación, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 40*». Es decir, menciona a todos los entes y órganos participantes en el proceso de la contratación pública en vía administrativa. Esta especialidad encuentra su fundamento en la competencia de dichos órganos y en su participación directa en el procedimiento contractual.

La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación - organismo adscrito al Ministerio de Hacienda y uno de cuyos dos miembros natos es un representante de la CNMC- está legitimada para formular denuncia en materia de colusión en la contratación pública. El artículo 332.6 LCSP le impone la obligación de denuncia aquellas actuaciones de las que tenga conocimiento y que pudiesen ser

¹²⁶⁸ Conclusiones de la Abogada General Juliane Kokott, 17 de noviembre de 2016, C-469/15 P, *FSL Holdings y otros contra la Comisión Europea*, párrafos 31 y 47. De la misma opinión es la sentencia, STJUE de 27 de abril de 2017, C-469/15-C, *FSL Holdings NV*, párrafo 34.

constitutivas de delito o infracción, dará el correspondiente traslado, en función de su naturaleza, a la fiscalía u órganos judiciales competentes, o a las entidades u órganos administrativos competentes, incluidos el Tribunal de Cuentas y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, si procediera.

El alcance legitimador de este precepto es más restringido que el contemplado en los artículos 49.1 LDC (que no exige al denunciante ningún tipo de interés para formularla), 66 de la Ley 39/2015 para el procedimiento administrativo común («*solicitud de persona interesada*») y 48 LCSP para el recurso especial en materia de contratación pública (ceñida a aquéllos «*cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso*»). Por último, el artículo 132.3 LCSP trata a los órganos de la contratación pública de forma diferente a los demás órganos administrativos, a los órganos jurisdiccionales y a los ciudadanos, para los cuales la denuncia es voluntaria (artículo 49.1 LDC).

Al igual que sus precedentes - las disposiciones adicionales 27^a LCSP 2007 y 23^a TRLCSP- el artículo 132.3 LCSP no incluye en el deber de notificación a los juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo ni a los del orden civil. Haya sido una omisión consciente o una decisión de política legislativa, es indudablemente desafortunada. Los órganos judiciales de recurso tienen acceso a todo el expediente de contratación. Se hallan, pues, en una posición excelente para apreciar indicios de comportamientos anticompetitivos - ajenos al proceso contencioso- y notificarlos a las autoridades de competencia. Por ende, constituyen la única instancia independiente de recurso para todos los contratos del sector público, excepto para los sometidos a regulación armonizada (contratos ‘SARA’). En este sentido, son el mecanismo equivalente a los tribunales administrativos de recurso previstos para los contratos ‘SARA’ y que sí son citados en el artículo 132.3.LCSP ¹²⁶⁹.

La remisión de estos datos por el órgano judicial a la autoridad de defensa de la competencia no debiera plantear controversias procesales o sustantivas, fuera del peligro de prescripción de las infracciones de competencia (un máximo de 4 años para

¹²⁶⁹ La Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, admite que los órganos responsables de los procedimientos de recurso no sean de carácter jurisdiccional, siempre que sus decisiones sean motivadas por escrito y puedan ser objeto de un recurso jurisdiccional o de un recurso ante otro órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 del Tratado CE, y que sea independiente en relación con el poder adjudicador y con el órgano de recurso(artículo 2.9).

las infracciones muy graves). La notificación durante el curso del proceso contencioso no debe tampoco activar cuestiones de *non bis in idem* ni generar prejudicialidad, dada la asignación exclusiva de la conductas restrictivas a la autoridad de competencia española y las autonómicas equivalentes.

1.2.3. Obligación legal de notificación

Desde el punto de vista objetivo, la dicción literal de la disposición adicional es contundente: la obligación de notificación se extiende a toda práctica presuntamente anticompetitiva que sea conocida por los órganos citados en el artículo 132.3.LCSP, ya en el curso del procedimiento de contratación, ya en cualquier otro acto o situación que derive del ejercicio de sus funciones

El precepto presta especial atención a las prácticas restrictivas contempladas en el artículo 1 LDC imputables a los licitadores; ya adopten la forma de acuerdos, ya de decisiones o recomendaciones colectivas o bien de prácticas concertadas o conscientemente paralelas. Pero también concurre la obligación cuando se aprecien indicios de abuso de posición de dominio (artículo 2 LDC) o los requisitos establecidos en el artículo 3 LDC para hablar de falseamiento de la competencia por actos desleales. La aplicación preferente del mandato impuesto por el artículo 132.3.LCSP a las prácticas colusorias es perfectamente comprensible. Las pujas fraudulentas son los comportamientos anticompetitivos más comunes en el ámbito de la contratación pública. Resultará anecdótica la presencia de actos desleales con alcance anticompetitivo previstos en el artículo 3 LDC, dado lo discutible de la figura¹²⁷⁰.

Sin embargo, los comportamientos abusivos no distan de las conductas colusorias en gravedad y efectos perniciosos a la competencia. Con frecuencia se disfrazan de acuerdos entre el licitador dominante y los subordinados. Porque no todos los acuerdos entre operadores jurídicos son pactos colusorios que infringen el artículo 101 TFUE. Dicho de otro modo, determinadas categorías de acuerdos son actos unilaterales a los efectos del Derecho *antitrust*¹²⁷¹. Así ocurre cuando uno de los licitadores goza de

¹²⁷⁰ DÍEZ ESTELLA, FERNANDO: «El artículo 3 LDC: Falseamiento de la competencia por actos desleales», *Noticias de la Unión Europea*, nº 330, Julio 2012.

¹²⁷¹ Las relaciones contractuales enjuiciadas al amparo del artículo 102 TFUE no son excepción, hasta el punto de haber sido sistematizadas en categorías tales como los acuerdos exclusivos, vinculación y venta por paquetes; ver *Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente*

posición de dominio e impone el pacto a sus co-licitadores, en tal caso, el acuerdo no será otra cosa que la expresión conjunta de una imposición unilateral. Al no existir consenso o aquiescencia voluntaria, la conducta incurrirá en infracción del artículo 102 TFUE. La omisión de los comportamientos abusivos significa, a nuestro entender, que el artículo 57.4.d) de la Directiva es susceptible de ser sometido a una cuestión prejudicial de interpretación ante los tribunales comunitarios.

También los abusos puramente unilaterales tienen su asiento en la contratación pública. A título de ejemplo, las ofertas predatorias formuladas por el operador dominante en un determinado mercado. En *GlaxoSmithKline France*, el Conseil de la Concurrence de Francia sancionó al laboratorio homónimo por haber realizado ofertas predatorias *strictu sensu* en procedimientos de contratación frente a otros laboratorios que presentaron medicamentos genéricos bajo licencia de GlaxoSmithKline France Decisión nº 07-D-09, de 14 de marzo de 2007¹²⁷². Una vez concedidas las licencias, GlaxoSmithKline observó como los licenciarios se convertían progresivamente en competidores directos en procedimientos de contratación pública, ofreciendo sus medicamentos genéricos a menor precio que los del dominante, por lo que, a igualdad de especificaciones técnicas, este dato les otorgaba una ventaja evidente. Para evitar la pérdida de mercados públicos, la empresa dominante redujo los precios de sus medicamentos de forma predatoria exclusivamente en aquellos concursos en los que concurrían los fabricantes de genéricos. El efecto inmediato fue la expulsión de sus rivales y la desincentivación de aquéllos otros que habían pensado en presentarse a concursos en competencia con *GlaxoSmithKline France*.

1.2.4. Metodología

El artículo 132 es deliberadamente genérico a la hora de señalar el objeto de la denuncia. La comunicación comprenderá «*cualesquiera hechos (...) que puedan constituer infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, (...) cualquier indicio de acuerdo (...)*». El tenor literal implica que el deber de comunicación no se circunscribe a los hechos indiscutiblemente constitutivos de infracción. Es suficiente que puedan serlo. Dicho de otro modo, basta con que los

abusiva de las empresas dominantes (2009/C 45/02). Sobre los ‘límites difuminados entre los artículos 101 y 102 TFUE’ ver ROUSSEVA, E.: *Rethinking exclusionary abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, Oxford, 2011, p. 433-473.

¹²⁷² *GlaxoSmithKline France, cit.*

órganos de la contratación observen indicios de que los hechos se incardinan en alguna de las conductas contempladas en los artículos 1 a 3 LDC o 101 y 102 TFUE.

Salvo que una prueba directa e incontestable del carácter anticompetitivo de la conducta convierta a la notificación en automática, los órganos de la contratación deberán proceder a una valoración previa de los indicios que posean. Cabe preguntarse cuál es el estándar mínimo que deben emplear aquellos para garantizar la seriedad de la evaluación. En el nivel más exigente se halla la prueba de presunciones (o prueba indirecta). El Tribunal Supremo ha reconocido su especial pertinencia en el ámbito del Derecho de la Competencia, pues difícilmente los autores de los actos colusorios dejarán pruebas documentales de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar la validez de estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o concertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda¹²⁷³.

La respuesta a la pregunta anterior ha de ser necesariamente negativa. En primer lugar, los sujetos citados por el artículo 132 LCSP son legos en Derecho de la Competencia. No cabe exigirles que se apoyen en asesores a la hora de tomar una decisión. En segundo lugar, practicar la prueba de presunciones es exigente en términos de tramitación y tiempo. Esto los convierte en disuasorios para muchos órganos de la contratación. En tercer lugar, una vez comunicados los hechos, incumbe a las autoridades de competencia emplear dicha técnica cuando fuese necesaria para dilucidar si la conducta es una práctica concertada. Para ello deberá demostrar que: a) los hechos indiciarios de la existencia de una práctica concertada tienen que resultar suficientemente acreditados; b) los indicios tienen que resultar injustificados por las circunstancias del mercado, y c) existencia de una inferencia lógica entre los indicios y las consecuencias que de ellos se extrae. La acreditación de la práctica concertada consistiría, pues, en una argumentación sólida de que no hay ninguna otra explicación racional del conjunto de actuaciones de las empresas concernidas que la concertación entre ellas¹²⁷⁴.

Dado que el estándar de prueba debe ser inferior a la técnica empleada por las autoridades de competencia, basta que los órganos en cuestión verifiquen un juicio de

¹²⁷³ STS 1774/2000, Sala de lo C-A, Secc. 3ª, de 6 de marzo de 2000, Rec. 373/1993, F. J. 2º.

¹²⁷⁴ RACCO, de 9 de febrero de 2016, Expte. 57/2014, *Fisiogestión*, p. 21.

aproximación. Han de situar con la mayor precisión posible las conductas sospechosas en el ámbito de la normativa de competencia. Al fin y al cabo, la comunicación tiene como único efecto notificar unos datos. No es bastante para iniciar una investigación. Ni tan siquiera es una denuncia. Corresponde a las autoridades de competencia la valoración definitiva de los indicios y, en su caso, el inicio del procedimiento de oficio¹²⁷⁵. Ahora bien, una interpretación teleológica del precepto conduce a que los órganos citados tengan «manga ancha» a la hora de estimar la existencia de indicios de anticompetitividad. Exactamente lo contrario a lo que han hecho algunos tribunales administrativos de recursos contractuales, tal como se estudia en un epígrafe posterior.

Resumidamente, el deber impuesto por el artículo 132.3.LCSP se circunscribe a notificar acciones u omisiones imputables a los participantes en un procedimiento de contratación (licitadores, candidatos, contratistas y subcontratistas) que dichos órganos consideren son constitutivos de una infracción de la normativa de defensa de la competencia, a expensas de una ulterior evaluación por la autoridad de defensa de la competencia.

1.2.5. Contenido de la notificación

El artículo 132.3.LCSP es muy parco a la hora de definir los extremos que han de ser objeto de notificación a la autoridad de competencia. Conforme a la misma, la comunicación relacionará los «*hechos*» presuntamente constitutivos de la infracción y, en particular, los «*indicios*» de prácticas restrictivas del artículo 101 TFUE.

Atendiendo a la literalidad del precepto, la obligación de notificación se satisface mediante la descripción de aquellos elementos de hecho concurrentes en una licitación concreta que motivan la sospecha de incurrir en prácticas anticompetitivas. Un contenido tan exiguo reduce las posibilidades de que la autoridad de competencia otorgue *prima facie* credibilidad a la comunicación. En caso de estimarla mínimamente fundada y, siempre que la carga de trabajo no la disuada, la autoridad habrá de requerir

¹²⁷⁵ En *Fisiogestión*, la ACCO recibió una información facilitada por la Oficina Antifraude de Cataluña (p.1). En *Alta Partners*, la ACDA fue notificada de los hechos por la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (RADCA, de 5 de mayo de 2016, S/06/2016, *Alta Partners Capital SGECR* y *Albia Capital Riesgo SGECR*, p. 1). En *Facto y Salcoa*, la comunicación provino de la Empresa Municipal Almería Urban, S.A.U (RADCA, de 14 de octubre de 2015, S/08/2015, *Facto y Salcoa*, p. 1). La autoridades de competencia catalana y andaluza incoaron de oficio los procedimientos sancionadores en ambos casos.

un aporte importante de datos y documentos para iniciar el trámite de información reservada. Es por ello que la notificación debería incluir, cuando menos, los siguientes datos¹²⁷⁶:

1. Explicación suficientemente detallada de los hechos.
2. Documentación preparatoria del contrato.
3. Convocatoria del procedimiento de contratación.
4. Relación de ofertas presentadas, con indicación de las admitidas y de las rechazadas en la fase de presentación de proposiciones.
5. Relación de licitadores que superaron la fase de acreditación de la capacidad y la solvencia de los excluidos en ella.
6. Relación de la oferta adjudicataria y de las excluidas en la fase de adjudicación del contrato, con indicación de sus respectivas puntuaciones.
7. Documentación justificativa de la adjudicación (propuesta de adjudicación) y de las exclusiones.
8. Contrato.
9. En su caso, documentación relativa a la ejecución del contrato.
10. Si el órgano comunicante extiende sus sospechas bien a licitaciones idénticas o similares a la actual bien a otras relacionadas con esta, indicará los datos básicos de las mismas y las razones de sus sospechas. En su caso, aportará la documentación de los terceros procedimientos que estime oportuna.

Con el fin de garantizar una cierta uniformidad en las comunicaciones y motivar a posibles interesados, la Red de Autoridades de Competencia, formada por la CNMC y las autoridades autonómicas, debería redactar una guía que incluya el contenido mínimo unos modelos tipo de impresos y un esquema procesal o cauce formal para articular las notificaciones.

¹²⁷⁶ Para garantizar una cierta uniformidad en las comunicaciones y motivar a posibles interesados, la Red de Autoridades de Competencia, formada por la CNMC y las autoridades autonómicas, debiera redactar una guía que incluya el contenido mínimo y unos modelos tipo o estándar de notificaciones

En Japón, la Ley de promoción de la correcta licitación y contratación de obras públicas obliga a los órganos de contratación a notificar a la autoridad nacional de competencia (Comisión para el Comercio Leal) la información reunida acerca de los hechos relativos a las proposiciones y a los contratos de obras públicas que sean suficientes para fundar una investigación por violación de la ley antimonopolio. El manual utilizado por la Autoridad de competencia en los seminarios de formación que imparte al personal de los órganos de contratación señala los datos que deberá contener la comunicación: (1) la fecha y hora en que los órganos de contratación recibieron la información sobre la manipulación de licitaciones, (2) la denominación del objeto contractual (3) la fecha de la oferta, (4) la identificación del informante, (5) el receptor del informe (el responsable del órgano de contratación), (6) los medios por los que se obtuvo la información (teléfono, escrito, etc.), (7) los detalles de la información, (8) resumen de la respuesta dada a la información, y (9) los resultados de la licitación (cuando la oferta se lleva a cabo). Por otra parte, el órgano de contratación sistematizará la información que debe ser comunicada en tres partes. Primera, información relevante sobre la proposición en cuestión, que incluye el registro de oferta. Segunda, información sobre los estándares o los métodos de manipulación de las licitaciones que se basan en las experiencias del órgano de contratación, en la información recibida, y en otras fuentes. Tercero, la información de que dispone el órgano de contratación en su condición de tal (expediente de contratación)¹²⁷⁷.

El tenor literal del artículo 132.3 LCSP cita como sujetos al deber notificación los indicios de prácticas restrictivas previstos en el artículo 1 LDC (y 101 TFUE). Interpretada en sentido estricto, quedarían fuera de la obligación de notificación las restantes prácticas *antitrust*. Este criterio interpretativo iría, sin embargo, contra el efecto útil de este precepto. El órgano de contratación tan sólo tendría un papel activo en uno de los tres pilares del derecho de defensa de la competencia. Por lo tanto, cabe defender una interpretación extensiva que englobase las restantes conductas anticompetitivas (abusos de posición de dominio y prácticas desleales del artículo 3 LDC). O bien entender que la enumeración hecha por la disposición, en su inciso final, si bien va referida a prácticas concertadas es meramente enunciativa y no limitativa, debiendo practicarse la referida notificación en cualquier caso en que se aprecie posible infracción en materia de defensa de la competencia y cuando aún de forma individual se

¹²⁷⁷ OECD, *Ex officio cartel investigations and use of screens to detect cartels*, 2013, pp. 136-137.

pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación¹²⁷⁸.

1.2.6. Aspecto procedimental

En el plano procedimental, el 132.3.LCSP comentada no hace diferencias. La obligación de notificación es exigible cualquiera que sea el procedimiento de licitación y la forma de adjudicación empleados por el órgano de contratación. Al fin y a la postre, la autoridad de competencia no resolverá sobre eventuales infracciones de las normas administrativas atribuibles a aquél. Sin embargo, el grado de sensibilidad de los entes citados en el artículo 132.3.LCSP a la hora de proceder a la notificación guarda relación con el distinto papel que la LCSP ha otorgado a los órganos de contratación como «guardianes de la competencia» en los procedimientos contractuales. Cabe diferenciar dos categorías: los procedimientos ordinarios y los Sistemas para la racionalización de la contratación de las Administraciones Públicas.

En la primera categoría se hallan procedimientos que la normativa de contratos considera naturales: restringido, negociado, diálogo competitivo, y el concurso de proyectos (artículo 131 LCSP). En todos estos casos, la ley encomienda expresamente al órgano de contratación que asegure la competencia en relación con un aspecto concreto del procedimiento: el número de licitadores o candidatos que rivalizan por la adjudicación del contrato. En particular, cuando el procedimiento ha discurrido por fases sucesivas eliminatorias. El órgano debe siempre asegurarse que haya un número suficiente para que la competencia sea efectiva (artículos 132.2 LCSP) y no esté falseada (artículo 219.1 y 223.1 LCSP). El estímulo del órgano de contratación y de los demás entes públicos para utilizar la vía abierta por el artículo 132.3.LCSP es el ordinario: evitar que la colusión frustre el triunfo del procedimiento. Sin embargo, el órgano de contratación puede haber favorecido comportamientos anticompetitivos a la hora al diseñar los mecanismos muy restrictivos de selección o solvencia. Si el común de los empresarios del sector tienen claro que no superarán tales criterios, puede interesarles concertarse con el licitador con más posibilidades de vencer en la contienda. Por ejemplo, presentando ofertas de cobertura o retirando sus proposiciones, a cambio de contraprestaciones en el mismo o en otros contratos (subcontratación, acreditación de la solvencia por medio de un tercero, etc.).

¹²⁷⁸ TACRCM, Resolución 201/2016, de 6 de octubre, Recurso 184/2016, *TELTRONIC*, F.J. 6º.

Cuando de la segunda categoría se trata la LCSP supedita la misma elección del procedimiento a que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada. A ella pertenecen los sistemas dinámicos de contratación, pero también los acuerdos marco y la subasta electrónica. En los tres casos, el órgano de contratación deberá tener especial cuidado en adoptar uno de ambos procedimientos o la forma de adjudicación por subasta electrónica favorezca o consolide alguna de las infracciones contempladas en la LDC (artículos 223ss, 219ss y 143 LCSP, respectivamente). Ello exige que conozca las condiciones del mercado y examine procedimientos de contratación anteriores ante los mismos y diferentes órganos.

De evidenciarse prácticas restrictivas de la competencia en el curso de uno de estos procedimientos, no corre riesgo tan sólo su desarrollo sino todo él: la propiedad de su elección y la corrección de su diseño. Ello justifica que las entidades públicas deban ser especialmente activas en la promoción de un expediente sancionador ante las autoridades de competencia por la vía de la el artículo 132.3.LCSP. Así lo reconoce el Consejo de Estado en su Dictamen a la LCSP de 2007, para el cual *«(...) no debe olvidarse que se trata de figuras novedosas en nuestro ordenamiento interno, dotadas de un alto grado de flexibilidad y que permiten un mayor margen de actuación tanto para el órgano de contratación como para los operadores económicos, y respecto a las cuales deberán observarse todas las cautelas previstas por el Derecho comunitario – recurso no abusivo a estos instrumentos, utilización tal que no falsee la competencia– y aquellas relativas a los principios esenciales en la contratación pública de publicidad y concurrencia (vigilancia y notificación de prácticas contrarias a la libre competencia, disposición adicional vigésimo séptima) ».*

1.2.7. Razones de su ineficacia

A pesar de que su potencialidad es evidente, los precedentes del artículo 132.3.LCSP han gozado de escasa fortuna. Dos tipos de razones coadyuvan a ello: constitutivas (derivadas del propio precepto) e inherentes (relativas a su utilización). Entre las primeras destacan la tradicional carencia de carácter básico (situación y subsanada en la ley de 2017) y la insuficiente formación del personal público en

Derecho de la Competencia¹²⁷⁹. Los factores inmanentes más importantes son los siguientes: falta de iniciativa de los órganos a los que se impone el deber de notificación y el pavor del órgano de contratación a la paralización del procedimiento contractual.

La LCSP de 2017 ha reconocido que el artículo 132.3 tiene carácter básico. Se trata de una novedad, puesto que tanto el TRLCSP (2011), como antes la LCSP (2007), excluyeron a sus precedentes del catálogo de preceptos básicos. En un modelo de defensa de competencia como el español, regionalizado *de iure* desde la ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia y *de facto* desde bastante tiempo atrás, el «olvido» del legislador de contratos planteó problemas de no poca importancia.

En efecto, del análisis combinado de ambos preceptos no resultaba evidente que el deber de notificación vinculaba a los órganos de contratación pertenecientes a las Comunidades Autónomas en los términos de la D.A. 23ª. Desde luego, podrían aquéllos realizarla por su propia voluntad. Pero una vez eliminado su carácter obligatorio, la D.A. quedaba absolutamente desnaturalizada en el ámbito autonómico.

Varias fórmulas fueron utilizadas para poner solución a este ‘olvido’. En primer lugar, la utilización de esta disposición es prácticamente automática para todas aquellas comunidades autónomas de cuyos recursos especiales conozca el TACRC. En segundo lugar, estaba en manos de los órganos de contratación o de tribunales administrativos autonómicos el remitir las actuaciones a las autoridades de competencia al amparo de esta disposición, basándose, por ejemplo, en la ausencia de normativa autonómica en la materia y en que las entidades públicas y en especial los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación deben ser especialmente activos en la promoción y defensa de la competencia ante la CNMC¹²⁸⁰. Era tan sólo de

¹²⁷⁹ Otro factor no menos importante es la posición marginal de este precepto en la ley de contratos del sector público. Como señala la CNMC, «su relegación dentro del texto normativo al rango de Disposición Adicional hace que la misma, si bien goza *de aplicabilidad completa, quede en cierta manera aislada del resto del articulado pudiéndosele atribuir una importancia menor e incluso un mayor desconocimiento. Se recomienda la incorporación de dicho precepto dentro del articulado», (CNMC, Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público (IPN/CNMC/010/15), 16 de julio de 2015, p. 79*

¹²⁸⁰ En *FisioGestión*, la Dirección General de Competencia solicitó al Tribunal de la Autoridad catalana de Competencia (ACCO) que recordase a la administración pública contratante (CATSALUT) la obligación establecida por la D.A. 23ª. Insiste en que la utilización de este mecanismo hace posible detectar y corregir con mayor celeridad conductas colusorias en la contratación pública. Sin embargo, el Tribunal no acogió esta petición en sus fundamentos de derecho ni en el fallo (RACCO, de 9 de febrero de 2016, Expte. 57/2014, *FisioGestión*, p. 7). En Andalucía, la ADCA siguió procedimientos

una cobertura formal, pues los órganos citados en ella actúan como denunciantes. No tenían el deber sino la facultad de promover el recurso¹²⁸¹.

En tercer lugar, el legislador autonómico podía promulgar una norma similar a la D.A. 23ª TRLCSP, que estableciese como destinataria de las notificaciones a la CNC o a la autoridad equivalente de la Comunidad Autónoma, si la hubiere. Así se hizo en Galicia a instancias del Consello Galego da Competencia, con la inclusión de un tercer apartado en el artículo 23 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico (solución normativa)

En cuarto lugar, los entes contratantes de nivel autonómico podían atender al contenido de la D.A. 23ª TRLCSP *motu proprio*, por decisión de sus órganos superiores. Por último, cada entidad contratante está facultada para realizar la notificación a la CNMC atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Recibida la comunicación, la CNMC y al autoridad autonómica de defensa de la competencia arbitrarán el mecanismo de reparto establecido en la ley 1/2002, a efectos de decidir (solución fáctica).

a) Formación del personal del órgano de contratación

Como segundo motivo constitutivo aparece la insuficiente formación del personal público sobre Derecho de la Competencia. Un simple vistazo a los programas de diferentes oposiciones para acceder a la Función Pública pone de relieve que esta disciplina está ausente o se reduce a la mínima expresión. La promoción interna de los funcionarios exige normalmente una especialización funcional en las actividades del órgano o ente en el que se prestan funciones. Y aquí se halla un segundo factor distorsionador: el Derecho de la Competencia ha sido segregado en las Administraciones públicas por vía de una especialización funcional y orgánica absoluta.

de oficio en virtud de notificaciones procedentes de entidades contratantes en *Alta Partners* y en *Facto y Salcoa*. A instancia de un tribunal de recursos, ver TACRCM, Resolución 201/2016, de 6 de octubre, Recurso 184/2016, *TELTRONIC*, F.J. 6º. En ninguno de estos casos, las autoridades autonómicas se plantearon su (falta de) legitimación para emplear la disposición adicional. En *Fisiogestión*, la ADCA se basó además las «*Recomendaciones para facilitar el acceso y promover la competencia en el ámbito de la contratación pública andaluza*», elaboradas de forma conjunta por la ADCA y por la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa,

¹²⁸¹ En *Alta Partners*, la mesa de contratación encargó un informe a dos de sus miembros sobre las similitudes que presentaban dos ofertas en formato y contenido. A propuesta de la mesa, el órgano de contratación – Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía- «*de acuerdo con el contenido de la D. A. 23ª (...) pone en conocimiento*» de estos hechos a la autoridad andaluza de competencia. *Alta Partners*, pp. 1 y 18.

Es una característica propia del modelo administrativo que la defensa de la competencia corresponde a órganos especializados. Por lo tanto, «*son ellos los que tienen que saber Competencia*».

La solución a la falta de formación del personal de la contratación pública es conceptualmente sencilla: Desde una perspectiva general, debe proporcionárseles una cierta especialización en Derecho y Economía de la Competencia; o bien designar un especialista en cada órgano de contratación, al modo del Defensor de la Competencia en el Derecho norteamericano¹²⁸².

Para responder a casos concretos de colusión, la OCDE primero y las autoridades nacionales de competencia después han dirigido al personal de los órganos de contratación advertencias útiles a la hora de notificar a las autoridades de competencia un caso de colusión. En sus *Recomendaciones* de 2012, la OCDE aconseja no comentar los indicios de cartelización con los licitadores; guardar todos los documentos, correspondencia, sobres, etc., que puedan ser útiles al órgano de competencia; registrar todas las declaraciones, eventos, comportamientos y cualquier dato que parezca sospechoso, así como considerar la oportunidad de suspender el procedimiento en tanto no se pronuncie la autoridad de competencia¹²⁸³.

b) Inconsciencia sobre el riesgo de las prácticas colusorias

El primero de los problemas immanentes a considerar es la falta de iniciativa o la actitud pasiva de los órganos encargados por el artículo 132.3.LCSP de fomentar su aplicación. Entre las causas, además de la ya comentada formación deficiente en materia *antitrust*, debe sumarse una cierta inconsciencia sobre la incidencia de las pujas fraudulentas, así como la abulia causada por la rutina de los procedimientos de contratación o la seguridad en que el Derecho de la contratación pública tiene mecanismos suficientes para ponerle coto. Una encuesta interna realizada por la Dirección de Investigación del Consello Galego da Competencia entre personal de órganos de contratación autonómicos puso de manifiesto que aquel es masivamente

¹²⁸² MIÑO LÓPEZ, ANTONIO (figura como LÓPEZ MIÑO, A.), y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA, «Colusión en la contratación pública (*bid rigging*): Propuestas para combatirla eficazmente y posibilidades que ofrece la Directiva de contratos de 2014», en *Observatorio de la contratación pública 2013*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 425-487.

¹²⁸³ OCDE, *Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement* 17 de julio de 2012 [C(2012)115 -C(2012)115/CORR1 -C/M(2012)9], p. 19, <http://www.oecd.org/daf/competition/RecommendationOnFightingBidRigging2012.pdf>.

conocedor de qué es el *bid rigging* y de su importante presencia en la contratación pública. Sin embargo, una gran mayoría de los encuestados se mostraba seguro de que la colusión no se producía o era muy escasa en los procedimientos contractuales tramitados por el órgano al que ellos pertenecían.

1.2.8. Momento de ejercicio del deber de notificación

El segundo de los elementos inmanentes guarda relación con el momento de ejercicio del deber de notificación. El artículo 132.3.LCSP no especifica el momento en que debe hacerse la notificación. En puridad, lo más recomendable es que se efectúe en el plazo más breve posible desde el momento en que se hayan detectado indicios de prácticas colusorias¹²⁸⁴.

Debe considerarse la suspensión del procedimiento de contratación en tanto se decide sobre la fortaleza de los mismos¹²⁸⁵. No puede desconocerse que la suspensión del procedimiento contractual desencadene un miedo agudo en los órganos de contratación. Principalmente, porque la duración de un procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia puede extenderse hasta un máximo de 18 meses (artículo 36.1 LDC). Las consecuencias son de gran importancia: posible parálisis o supresión de un servicio público y pérdida de los recursos económicos exógenos que integran –a veces mayoritariamente- el presupuesto del contrato.

Sobre este extremo, el Tribunal de recursos contractuales de la Comunidad de Madrid ha concluido que la resolución que dicte el Tribunal no ha de ser necesariamente posterior a la de la autoridad de defensa de la competencia con suspensión del procedimiento de recurso hasta el pronunciamiento de la Comisión. Tal decisión de suspensión supondría que el Tribunal no se podría pronunciar hasta conocer la resolución de la autoridad de defensa de la competencia, la cual puede dilatarse hasta 18 meses según la LPC. Considera el Tribunal que se trata de ámbitos competenciales distintos y delimitados, por lo que nada obsta para dictar resolución, la dación de cuenta

¹²⁸⁴ Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares, Informe 5/2013, de 15 de noviembre, *Prácticas colusorias en el ámbito de la contratación pública*, F. J. 4º. Añade el Informe que desde el mismo momento del descubrimiento de los indicios, conviene que el órgano conserve todas las pruebas que consideren relevantes y actúe con el máximo sigilo a fin de evitar que los licitadores implicados destruyan los documentos, los archivos y todo aquello que pueda servir para probar su comportamiento ilícito

¹²⁸⁵ CNC, *Guía sobre contratación pública y competencia*, op. cit, p. 45

a la autoridad de competencia, y su posterior resolución y sin que ello suponga infracción del principio *non bis in idem*. Como hemos señalado más arriba, las autoridades de competencia serán competentes para conocer las infracciones de la Ley 15/2007 y el Tribunal se limita a remitir los datos que posea, resolviendo el recurso conforme a las exigencias de legalidad y respeto de los principios generales de la LCSP¹²⁸⁶.

No obstante, la suspensión del procedimiento contractual derivada del ejercicio de acciones no es ya ignota para los órganos de contratación españoles. En determinadas circunstancias, es una consecuencia natural de la interposición de un recurso especial en materia de contratación. Una vez presentado el recurso, si el acto recurrido es el de adjudicación, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación pública (artículo 53 LCSP); con el agravante de que una resolución estimatoria del recurso puede conllevar la retroacción en el procedimiento contractual, la adjudicación a un licitador diferente del inicial y la imposición al órgano de contratación de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados al recurrente (artículos 57 y 58 LCSP).

Una solución evidente contra este pavor a la paralización consiste en que la tramitación del procedimiento contractual continúe hasta la adjudicación y firma del contrato. Una vez verificados ambos actos, el órgano de contratación dirigirá la notificación de indicios a la autoridad de competencia. Así lo ha aconsejado la *Agencia della Concorrenza* de Italia en su Vademécum de 18 de septiembre de 2013:

«9. (...) Por lo tanto, los informes (que advierten de posibles prácticas anticompetitivas) no deben ser concebidas necesariamente como expresiones definitivas del conocimiento del ente contratante, sobre la existencia de cuestiones críticas en materia de competencia en su propio procedimiento de contratación. Por lo tanto, estos informes no justifican la interrupción del procedimiento o, incluso menos, la renuncia a adjudicar el contrato al adjudicatario. Sobre la base del informe enviado por una autoridad contratante, la autoridad de competencia, después de los controles necesarios y teniendo en cuenta otros informes similares, puede llegar a la convicción de que hay elementos suficientes para iniciar una investigación preliminar. Pero solo al final de este procedimiento podrá determinarse la presencia efectiva

¹²⁸⁶ TACRCM, Resolución 201/2016, de 6 de octubre, Recurso 184/2016, *TELTRONIC*, F.J. 6º.

de una conducta que infrinja la ley antimonopolio. La AGCM mantendrá a la estación informante constantemente informada de los desarrollos en la materia».

A la misma solución llegó el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Madrid en *Willis*. Sostiene que su resolución no ha de ser necesariamente posterior a la de la autoridad de defensa de la competencia con suspensión del procedimiento de recurso hasta el pronunciamiento de la Comisión. Esto supondría que el Tribunal no se podría pronunciar hasta conocer la decisión de la autoridad de competencia que puede dilatarse hasta 18 meses; lo cual genera «*graves consecuencias en la satisfacción de los intereses que se pretenden cubrir con la contratación en curso y posible pérdida de recursos económicos que recaerán sobre la Administración contratante y sobre el interés público que se verá perjudicado, y no sobre los presuntos infractores*». Considera el Tribunal que se trata de «*ámbitos competenciales distintos y delimitados, por lo que nada obsta para dictar resolución, la dación de cuenta a la CNMC, y su posterior resolución y sin que ello suponga infracción del principio non bis in ídem*»¹²⁸⁷.

Similar argumento se encuentra en *Sociedad Levantina*. En el cuerpo de la resolución, el órgano de contratación expuso que, de forma independiente y dado que el procedimiento de adjudicación y el procedimiento de comunicación de hechos al órgano correspondiente de defensa son independientes entre sí, ha comunicado la existencia de indicios de prácticas colusorias a la Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunidad Valenciana.

A su juicio, la Disposición Adicional vigésimo tercera del TRLCSP (hoy, artículo 132.3 LCSP) indica qué órganos deben notificar los hechos que puedan constituir infracción de la legislación de defensa de la competencia y detalla los indicios que en particular deben comunicarse, pero no indica en qué momento debe realizarse la comunicación ni prevé la suspensión del procedimiento.

Considera que el hecho de que la autoridad de defensa de la competencia incoe un procedimiento sancionador no afecta a la tramitación del procedimiento de contratación ni interfiere en la misma, aunque la de ambos procedimientos sea paralela, siendo distinto el resultado que persiguen los procedimientos, uno de ellos (licitación)

¹²⁸⁷ TARCP Madrid, Resolución nº 215/2014, de 3 de diciembre, Recurso 221/2014, *Willis*.

adjudicación a la oferta más ventajosa en un marco de estricta legalidad, el otro (defensa de la competencia) sanción de conductas que se considere punibles en el marco de defensa de la competencia¹²⁸⁸.

Si la paralización del procedimiento de contratación por causa del uso del artículo 132.3 LCSP pone en peligro su eficacia, la no paralización plantea problemas de gran envergadura. Supone, por una parte, el triunfo del cártel, puesto que su objetivo primario es la adjudicación del contrato. Para el adjudicatario cartelizado esta victoria se traduce en un triple beneficio: la ejecución del negocio, la percepción de la remuneración y la exclusión de sus rivales, lo que redundará en un empeoramiento de su posición en el mercado frente al adjudicatario.

El artículo 150 LCSP abre un nuevo cauce para instar la comunicación prevista en el artículo 132.3 LCSP. Aquel precepto impone al órgano de contratación suspender el procedimiento hasta que la autoridad de competencia se pronuncie sobre la expulsión de aquellos licitadores sospechosos de haber incurrido en conductas anticompetitivas en el procedimiento. Si fuera el caso, el órgano podrá aprovechar este trámite para comunicar a la autoridad que, además de los citados indicios, todos o algunos de los licitadores implicados han sido sancionados con carácter firme por falseamientos de la competencia

La segunda cuestión, de no menos envergadura, es la insuficiencia de la reacción represiva del Derecho de la competencia. Consiste, única y exclusivamente, en la imposición de una sanción económica al adjudicatario, pero no – hasta la fecha- en la declaración de nulidad del contrato. Esta situación es particularmente nociva en los contratos de tracto sucesivo y larga duración (concesiones de obras y servicios públicos, colaboración público-privada): la sanción impuesta por la Autoridad de Defensa de la Competencia mantiene a las empresas condenadas en la titularidad del contrato hasta la extinción de éste, lo que puede acontecer años o décadas después.

Por ejemplo, uno de los contratos cartelizados en el expediente *Residuos* se adjudicó el 16 de mayo de 2013 a una UTE formada por URBASER y FCC. El contrato versaba sobre el servicio de recogida, transporte y tratamiento de envases ligeros en los municipios que gestiona el Consorcio de Residuos Sólidos Urbanos de Málaga. Su valor

¹²⁸⁸ TACRC, Resolución nº 1109/2015, Recurso 1096/2015 C. Valenciana 166 y 168/2015, *Sociedad Levantina*.

estimado era de 76 millones de euros y su duración de 15 años. Dado que la Resolución de la CNMC fue pronunciada el 8 de enero de 2015 – menos de 2 años después de su adjudicación- y no decretó la nulidad del contrato, la UTE continuará ejecutándolo y siendo remunerada por ello durante 13 años después de la imposición de la sanción¹²⁸⁹.

La victoria en la adjudicación y la seguridad de que el contrato no va a ser anulado convierten en probable que el ejercicio del deber previsto en el artículo 132.3.LCSP durante el procedimiento contractual sin que vaya acompañado de su paralización beneficie al adjudicatario infractor. Es más, el cártel puede haber internalizado esta posibilidad a la hora participar en el procedimiento. Ambos factores (falta de iniciativa y temor a la suspensión del procedimiento) confluyeron en la Resolución *Transporte Ayuntamiento Las Palmas*¹²⁹⁰.

El órgano de contratación tuvo indicios suficientes de colusión durante la tramitación del procedimiento contractual. Así lo demuestran los informes internos que constataron por escrito lo que era una realidad obvia: más de 900 coincidencia en precios entre tres licitadores no pueden ser casuales en absoluto y constituyen evidencia suficiente para que por aquél se implementase la D.A. 23ª TRLCSP (hoy, artículo 132 LCSP). Partiendo de que el Ayuntamiento de Las Palmas tampoco podía ignorar la existencia de dicha disposición, para explicar su uso posterior a la adjudicación no se alcanza otra razón que garantizar la prestación del servicio de transporte.

Los problemas citados no se plantean cuando la notificación se implementa tras la finalización del procedimiento de adjudicación. Es el momento de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, si se trata de contratos sometidos a regulación armonizada (salvo que se acuda directamente a la interposición del recurso contencioso-administrativo). En los contratos situados por debajo de los umbrales, la decisión sobre la notificación corresponderá al órgano de contratación al conocer del recurso de reposición.

La práctica (escasa) de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales en la materia parece poco prometedora. Va desde el rechazo consciente al uso de este

¹²⁸⁹ RCNMC, de 8 de enero de 2015, Expte. S/0429/12, *Residuos*, p. 44 *in fine*.

¹²⁹⁰ RCNC de 25 de octubre de 2012

mecanismo (caso *RIBÉ SALAT BROKER*) hasta el desbordamiento por la vía de actuar materialmente como autoridad de competencia (caso *WILLIS*).

1.2.9. La pasividad de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales

Una condición contractual contraria a la libre competencia sería susceptible de recurso especial en materia de contratación¹²⁹¹. La falta de entusiasmo de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales (TARCs) en utilizar la vía abierta por el artículo 132.3.LCSP no encuentra acomodo en las mismas causas que el órgano de contratación¹²⁹². A la hora de enfrentar el proceso contractual, las entidades de contratación se enfrentan con factores que debilitan la regla de «*la ley ante todo*». A título ejemplificativo: su carácter ejecutivo – no reflexivo-; debido a ello, su objetivo de concluir el procedimiento, adjudicar el contrato y satisfacer el interés público; la consiguiente zozobra ante el retraso, suspensión o inejecución del negocio; y de ocurrir esto, el riesgo de pérdida o devolución de recursos procedentes de otras instancias (por ejemplo, fondos comunitarios).

En un gran número de casos, son estos factores los que provocan las deficiencias del procedimiento de contratación y motivan la intervención asesora de las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa y reparadora de los TARCs. La única razón de ser de ambos órganos es la de garantizar la adecuación de procedimientos y contratos a la legalidad contractual. Legalidad que abarca tanto la normativa de contratos del sector público como las restantes leyes de aplicación en este sector. Juntas y Tribunales deben proteger todo este corpus normativo cuando tengan reconocido un título de intervención y con los límites por él marcados.

Cuando de la normativa de defensa de competencia se trata, el título de intervención viene a aquéllos conferido explícitamente por el artículo 132.3 LCSP de forma imperativa y con un significado muy preciso: comunicar a la autoridad de

¹²⁹¹ GARCÉS SANAGUSTÍN, MARIO, «Contratación en el sector público y competencia: incidencia práctica de la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, N° 3, Julio-Diciembre 2008, pp. 119 ss (formato LaLeyDigital.com).

¹²⁹² Los mismos razonamientos pueden aplicarse a las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa.

competencia los indicios de prácticas anticompetitivas que conociesen en el ejercicio de sus funciones consultivas y revisoras.

Es particularmente importante recordar dicho principio en el caso de los TARCs. Resulta reseñable que dichos Tribunales hayan sido tan parcos a la hora de dirigirse a las autoridades de competencia sobre indicios de colusión obtenidos al examinar el expediente de contratación (normalmente no se someterá a la jurisdicción de dichos Tribunales un recurso fundado de forma exclusiva en la infracción de la LDC, aunque sí cabe encontrarlo entre los varios motivos)¹²⁹³. Son escasas las resoluciones que abordan el artículo 132.3.LCSP. Destaca la Resolución 396/2014, *RIBÉ SALAT BROKER*, dictada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC). A la hora de motivar la no remisión, el TACRC cita una lista de causas, reconducibles a dos: a) argumentos justificativos de su inactividad; b) decisión sobre el fondo del asunto, denegatoria del carácter anticompetitivo de la conducta. A pesar de su aparente contradicción, ambos tipos son expresiones paralelas de un mismo fin: fundar ante los recurrentes la no remisión del caso a la autoridad de defensa de la competencia.

A la hora de argumentar su inactividad, el Tribunal apela al principio de precaución, a la aportación de un caudal probatorio aportado por el recurrente y a la ausencia de una sanción a estas conductas por parte de la normativa contractual. No es suficiente con que el recurrente afirme que la conducta en cuestión es presuntamente anticompetitiva. Es imprescindible que aporte prueba suficiente de dicha alegación. Cuando «*carece del mínimo soporte probatorio*» su argumento no tiene más valor «*que eso simplemente, una mera alegación, sin prueba alguna*»¹²⁹⁴.

Pero la exigencia de un esfuerzo probatorio a la parte no responde sólo a la lógica de los recursos administrativos. Lo que resulta criticable es que se trata de una opción

¹²⁹³ En contrapartida, es también discutible la pasividad de muchas autoridades de competencia a la hora de abordar la protección ex ante de la competencia en la contratación pública. Pueden aquellas ejercitar una labor de advocacy avanzada, velando porque los pliegos y el proceso de adjudicación respeten el principio y las reglas de competencia fijados en las Directivas de contratos y en la LCSP o interponiendo los recursos pertinentes. O, por el contrario, pueden limitarse a investigar los comportamientos de licitadores y contratistas contrarios a la LDC, dejando a los interesados en la licitación la defensa de sus intereses y la protección de la LCSP través del recurso especial en materia de contratación pública y de los recursos administrativos y contenciosos ordinarios. PEDRAZ, MERCEDES, «Los contratos públicos y la defensa de la competencia», en GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER (Dir.), *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*, Thomson Reuters, Civitas, 2011, P. 365.

¹²⁹⁴ TACRC, Resolución nº 396/2014, de 23 de mayo, *RIBÉ SALAT BROKER*, Recursos nº 230, 231 y 232/2014, p. 42.

‘ideológica’ del Tribunal, basada en la auto-restricción y en la desconfianza hacia el artículo 132.3.LCSP. Este sospecha que alegar una conducta anticompetitiva puede encubrir motivos espurios. Por ello, deben tener especial precaución a la hora de considerarla. Así:

«la seriedad de una denuncia de este tipo, exige a los órganos inmersos en un procedimiento de la naturaleza específica que tiene el procedimiento de contratación, una cierta cautela ante alegaciones de esta naturaleza, que pueden resultar encaminadas a excluir a una determinada empresa, y ello sin otro fundamento que el de que existe una actuación contraria a las normas competenciales»¹²⁹⁵.

Otra aparente razón para mostrar desconfianza es la ausencia en la normativa de contratación pública de una sanción a las conductas anticompetitivas. En efecto:

«(...) nada establece la normativa específica, respecto de las consecuencias de este tipo de actuaciones contrarias a la competencia, fuera de lo que sería, entendemos, entrar en la investigación de una actuación de esta naturaleza, siempre, eso sí, que se aportase un principio de prueba mínimo que pudiese evidenciar su posible existencia»¹²⁹⁶.

La suma de argumentos en pro de la inactividad lleva a afirmar la inadecuación del recurso especial en materia de contratación para plantear la existencia de infracciones a la normativa de defensa de la competencia:

«(...)no es el recurso especial que nos ocupa el cauce formal para hacer este tipo de afirmación, y además que no es este Tribunal el que tiene que tener conocimiento de una actuación de este tipo, incluso aun cuando se hubiera realmente producido, por lo que no es este Tribunal, en definitiva, quien tiene que hacer pronunciamiento alguno al respecto, fuera del estrictamente desestimatorio formal de una alegación que no tiene, como decíamos, cabida en este tipo de recursos, y no presenta tampoco, en el presente caso, sustento alguno de apoyo, para ni siquiera tomarlo en consideración»¹²⁹⁷.

¹²⁹⁵ TACRC, Resolución nº 396/2014, p. 42.

¹²⁹⁶ TACRC, Resolución nº 396/2014, p. 42.

¹²⁹⁷ TACRC, Resolución nº 396/2014, p. 43. En el mismo sentido, la Resolución 15/2016, de 26 de enero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, *Tecnologías Plexus*, S.L p. 26.

El párrafo anterior tiene un componente falaz. Es palmario que los TARCs carecen de competencias para decidir sobre las infracciones anticompetitivas, dado que su conocimiento ha sido entregado a las autoridades de defensa de la competencia. Sin embargo, en su formulación literal, la resolución discute la propia razón de ser del mecanismo arbitrado por la D.A. 23^a, la cual no imponía a los TARCs la decisión, sino la notificación de los indicios a aquellas autoridades¹²⁹⁸.

Pero la Resolución *RIBÉ SALAT BROKER* no se limita a enumerar razones formales y filosóficas para evitar la notificación a la autoridad de defensa de la competencia. Además, resuelve sobre el fondo del asunto. Concluye, al fin, que los comportamientos analizados no constituyen prácticas anticompetitivas.

Esta decisión sobre el fondo es cinco veces incongruente. Lo es, en primer lugar, con su anterior afirmación acerca del nulo aporte probatorio aportado por el recurrente. Si no existe prueba de parte y el Tribunal no insta la práctica de prueba de oficio, su resolución sustantiva carece de fundamentación en Derecho. Sólo puede ser tomada como *obiter dicta*¹²⁹⁹. Es incongruente, en segundo lugar, con el criterio del mismo Tribunal sobre la ausencia de sanción en vía contractual de las prácticas anticompetitivas y la inadecuación del procedimiento administrativo de recurso para solventar tales casos. Lo es, en tercer lugar, porque al resolver sobre el fondo, asume la posición de la autoridad de defensa de la Competencia. Y no lo hace a título ‘meramente ilustrativo’, dado que rechaza la remisión de la notificación a la autoridad de competencia¹³⁰⁰.

Pero al actuar como autoridad de defensa de la competencia, la resolución es incongruente, en cuarto lugar, con los criterios y reglas que dichas autoridades deben

¹²⁹⁸ La CNMC ha mostrado su sorpresa por la nula utilización del procedimiento de recurso especial para notificar a las autoridades de competencia la existencia indicios de de prácticas anticompetitivas en la contratación pública, CNMC, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público (IPN/CNMC/010/15)*, 16 de julio de 2015, p. 83.

¹²⁹⁹ Pueden para ello acudir al consejo de las autoridad de competencia. No están obligados a realizar la notificación en ningún momento concreto del procedimiento de recurso; aquélla puede ser simultánea a la resolución del mismo.

¹³⁰⁰ Cuando los órganos de recurso deban pronunciarse sobre la notificación en base a alegaciones de alguna de las partes, deberán ser especialmente cuidadosos en apoyar la negativa de notificación en un examen de fondo de las prácticas eventualmente colusorias. Es cierto que así impedirán que fructifique una alegación de incumplimiento de la LCSP. Pero también lo es que su artículo 132 sólo les permite que se pronuncien sobre la existencia y entidad de los indicios a efectos de resolver sobre su remisión a las autoridades de competencia. Les está vedado pronunciarse sobre el fondo; es decir, fundamentar su actuación argumentando que tales indicios no constituyen infracciones a la LDC.

emplear para examinar el carácter anticompetitivo de una conducta. Dichos criterios se encuentran en la normativa y jurisprudencia comunitaria y nacional sobre defensa de la competencia y exigen una investigación profunda¹³⁰¹. La Resolución se limita a apelar a la analogía ente las ofertas y a su respeto al mercado:

«No aparece dato alguno que ponga de manifiesto concierto entre los interesados a la hora de hacer las ofertas correspondientes, más al contrario, cada uno aparenta realizar su oferta con independencia de los demás por cuanto alguno de los que realiza esta oferta simbólica recurre la adjudicación a favor de otros de los oferentes que también ha hecho una oferta análoga. Pero lo que es esencial, a juicio de este Tribunal, es que este tipo de ofertas son plenamente ajustadas al mercado y fruto, precisamente, de la libre competencia entre los licitadores, y de las exigencias actuales del mercado»¹³⁰².

La quinta incongruencia proviene del tratamiento parcial del asunto. Con los escasos argumentos citados, la resolución concluye que no existe ni ha existido *«manifiesto concierto entre los interesados a la hora de hacer las ofertas correspondientes»¹³⁰³*. Es decir, que no ha existido colusión. Añade que tampoco ha habido actos de competencia desleal con trascendencia anticompetitiva. Pero no se pronuncia sobre si se ha producido abuso de posición de dominio, cuando una de las empresas afectadas afirmaba que uno de los propósitos de su conducta es garantizar *«la imagen de líder en nuestro sector»¹³⁰⁴*.

Dado que la competencia para conocer de las infracciones de la LDC corresponde en exclusiva a las autoridades de competencia, no cabe explicar la pasividad en el peligro de suspensión del procedimiento de recurso, en la posible litispendencia o en el principio *non bis in ídem*. El TARC pondrá los datos que posea en conocimiento de la CNMC o del organismo autonómico equivalente y continuará la tramitación del recurso, cuya resolución no decidirá sobre los comportamientos colusorios.

¹³⁰¹ Como se estudia en el apartado correspondiente, en el caso de que la conducta citada fuese abusiva, podría verse amparada por la excepción prevista en el artículo 4.1 LDC. En efecto, la oferta simbólica del operador dominante gozaría del soporte legal prevista por el artículo 29 de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados.

¹³⁰² TACRC, Resolución nº 396/2014, pp. 42-43.

¹³⁰³ TACRC, Resolución nº 396/2014, p. 43.

¹³⁰⁴ TACRC, Resolución nº 396/2014, p. 19.

Frente al ejemplo comentado, dos principios de actuación debieran atender los tribunales de recursos a la hora de decidir sobre la aplicación del artículo 132.3 LCSP. En primer lugar, una postura favorable a la remisión. Las exigencias de alegación y prueba pueden ser decididas por los Tribunales en sus resoluciones o por vía de directrices. No se advierte la necesidad de cautela o autolimitación a la hora de efectuar la remisión, teniendo en cuenta que la notificación a la autoridad de defensa de la competencia no suspende la tramitación del recurso ni influye en su resolución. En segundo lugar, un criterio proactivo a la notificación de oficio, cuando del examen del expediente el TARC advierta indicios de comportamiento anticompetitivo.

De lege data, el principio general favorable al uso de el artículo 132.3.LCSP por los TARCs encuentra una excepción razonable en la imputación de una conducta anticompetitiva al ente contratante. La jurisprudencia comunitaria (doctrina FENIN/SELEX) no considera a los poderes adjudicadores sujetos infractores del Derecho de la Competencia. Cuando alguno de los motivos del recurso sea la aparente comisión por el órgano de contratación de una de dichas infracciones, el Tribunal de recursos podría rechazarla directamente al amparo de la doctrina FENIN/SELEX. Pero también puede admitirla al amparo de la doctrina de la autoridad nacional de la competencia, en las resoluciones *Uva de Jerez* y *Puerto de Valencia*.

En *D.R.U.T.*, el Organismo Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco desestimó acudir el artículo 132.3.LCSP contra un órgano de contratación. Pero lo hizo por motivos diferentes a su falta de imputabilidad en el Derecho de defensa de la Competencia. En concreto, apeló a la falta de fundamentación de las alegaciones. Por ende, el recurrente citó como normativa vulnerada a la Ley 3/1991, de Competencia Desleal. Pero las conductas desleales en ella reguladas sólo admiten su persecución por las autoridades de defensa de la Competencia. cuando reúne los requisitos del artículo 3 LDC, lo cual no ocurría en el caso¹³⁰⁵.

1.2.10. El desbordamiento de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales

El caso *WILLIS* demuestra como un TARC puede lograr la *cuadratura del círculo*: aplicar la entonces vigente D.A. 23ª y simultáneamente resolver un problema de

¹³⁰⁵ OARC/KEAO, Resolución 58/2013, de 11 de julio de 2013, *D.R.U.T.* (EB 2013/015, p. 4)

competencia en la contratación pública¹³⁰⁶. Al hacer esto último, relativiza el deber de notificación y convierte a la autoridad de defensa de la competencia no en necesaria sino en complementaria.

El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACPMadrid) conoció de un recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato de «servicios de asesoramiento y mediación de los seguros de responsabilidad civil/patrimonial, transporte terrestre de la custodia de plata y daños en los bienes del Ayuntamiento de Madrid». Dado que el único criterio de adjudicación fue el «precio más bajo» y dos de los licitadores presentaron ofertas iguales a cero euros (GTA y Willis), el contrato se adjudicó a aquélla que disponía del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad (GTA).

El recurrente (Willis) denunció que GTA y un tercer licitador (AON), si bien no pertenecen al mismo grupo de empresas, participaron de forma coordinada y con una única oferta en el procedimiento. La coordinación se habría visto favorecida por la coincidencia de ofertas a ‘precio cero’ y la necesidad de acudir a fórmulas de desempate.

El TACP Madrid comenzó por advertir que la conducta denunciada podía constituir un caso de colusión entre GTA y AON. Al tratarse de una posible infracción de la LDC, la competencia correspondía a la CNMC, por lo que decidió notificarle el caso, ejercitando la D.A. 23ª. Pero como dicha conducta atañe también a la competencia por el mercado («*concurrentia en el proceso de contratación*»), resolvió sobre el fondo. A la hora de fundamentar su decisión sobre el fondo del asunto, el TARC acude a los criterios establecidos por la *Guía sobre Contratación Pública y Competencia* de la autoridad española de competencia para dilucidar si existen actos colusorios. Dado que no encontró prueba directa de posibles acuerdos entre GTA y AON, el TARC acudió a la prueba de indicios. Para ello, examinó la doctrina del TC sobre el uso de indicios en caso de infracciones a LDC.

Aplicando este arsenal jurídico, el TARC concluyó que ambas empresas se habían coordinado para la presentación de ofertas y con ello han vulnerado el artículo 139.3 LCSP (proposición única) y el principio de libre competencia recogido en el artículo 1 LCSP, aunque no formasen un grupo empresarial ni estuviesen vinculadas en el sentido

¹³⁰⁶ TACP Madrid, Resolución nº 215/2014, de 3 de diciembre, Recurso 221/2014, *Willis*.

del artículo 42 CCom. La infracción de ambos preceptos trae como consecuencia la no admisión de ambas proposiciones y la retroacción del procedimiento hasta la fase de clasificación de las ofertas, que debe hacerse sin valorar aquéllas.

La resolución *Willis* ejemplifica el grado de tensión al que ha llegado en España el sistema dual y cooperativo de protección de la competencia en el ámbito de la contratación pública. El razonamiento del Tribunal de recursos madrileño parte de que en el caso en cuestión no existía una vulneración literal y tangible y manifiesta del TRLCSP, sino del principio de competencia por el mercado. Dado que la normativa contractual no facilita instrumentos de investigación y sanción a los órganos de recursos, estos deben acudir a las fórmulas (criterios de la *Guía* y prueba indiciaria) que las autoridades de defensa de la Competencia emplean en su pugna contra las prácticas colusorias. En su sentencia de apelación, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid fue más conservador. Al examinar el conflicto exclusivamente desde la perspectiva de la normativa de contratación pública, el Tribunal estimó parcialmente el recurso y anuló la resolución¹³⁰⁷.

Ahora bien, los TARC no emplean dichas fórmulas en su ámbito natural, el procedimiento largo, complejo y técnicamente hiperdesarrollado que la LDC ha establecido para la persecución de las prácticas anticompetitivas. Por el contrario, las incorporan al procedimiento de resolución del recurso especial para resolver el asunto en el ámbito de la contratación pública.

La *solución Willis* - decisión sobre el fondo empleando ‘en bruto’ las técnicas del Derecho de defensa de la competencia combinado con el uso cumulativo de la D.A. 23^a - admite un juicio crítico ambivalente. Por una parte, manifiesta la actitud proactiva de (algunos) TARC a la hora de enfrentarse a asuntos donde competencia por y en el mercado no tienen límites claros. Pero por otra, no deja de ser una utilización *ultra vires*

¹³⁰⁷ STSJ de Madrid nº 80/2016, de 31 de marzo, F.J. 6º, «no se puede estimar que los indicios que utiliza el Tribunal permitan establecer la existencia de fraude de ley y de una actuación concertada contraria al art. 145 TRLCSP y al principio de libre competencia, pues no se puede desconocer que en el contexto de los pliegos del contrato y de la actuación de la propia Administración cualquiera de las licitadoras podía presentar la oferta de 0% -como fue en el supuesto de Willis- así como utilizar las posibilidades de contratación de trabajadores con la antelación que concurrió en el caso de la actora». La sentencia manifiesta que la Dirección de Competencia de la CNMC incoó el expediente DP/DC/0051/14, en el que con fecha 15 de enero de 2015 se acordó «(...) el cierre de las diligencias previas DP/DC/051/2014, al no apreciar esta Dirección de Competencia indicios de infracción del artículo 1 de la LDC (...)».

del recurso administrativo especial respecto de asuntos que encuentran su asiento en el Derecho de defensa de la Competencia.

Para poner fin de una vez por todas a esta paradoja bastaría con reemplazar el sistema dual por otro en el que se encomendase a las autoridades de defensa de competencia la resolución de todos los conflictos de la contratación pública. Estas autoridades sumarían a las actuales las competencias para decidir el recurso especial en materia de contratación pública. Ello supondría la supresión de los TARC o su integración en la estructura orgánica de aquellas. Implicaría también la derogación del artículo 132.3 LCSP, por innecesaria. Una respuesta intermedia es la de establecer mecanismos de coordinación entre ambos órganos, tales como protocolos de actuación, directrices conjuntas, convenios de colaboración, etc. En ellos deben clarificarse las competencias de unos y de otros y el uso que se hará del deber de notificación del artículo 132.3 LCSP:

La última a considerar debiera ser la solución Willis. Explicita la insuficiencia del Derecho de la Contratación pública para resolver en su seno conductas colusorias y la necesidad de cambiar el modelo. Es, además, un esquema asistemático y desorganizado, que deja al albur de cada TARC la decisión sobre qué hacer. Esto lleva a contradicciones entre respuestas más conservadoras (Ribé Salat Broker) y otras más atrevidas (Willis) . El TACP Madrid trató de resolver este problema de forma contingente: dejando sin efecto el contrato para garantizar la pronta satisfacción del interés público y remitiendo la cuestión a la CNMC para que decida si constituye una práctica colusoria.

1.3. Otras fórmulas de colaboración entre entidades públicas

La importancia del artículo 132.3 LCSP radica, desde el punto de vista adjetivo, en que establece un procedimiento formal para canalizar las denuncias emanadas de los entes públicos participantes en las licitaciones; y desde el punto de vista sustantivo, en hacer obligatoria la denuncia para los citados en él. Pero no impide que se articulen mecanismos de comunicación formales o informales que busquen idéntico objetivo y

obtengan resultados parejos. Resumidamente, la comunicación puede partir de órganos administrativos o de órganos jurisdiccionales.

1.3.1. Comunicación por órganos administrativos

En *Agencias de Medios*, la CNMC recibió una consulta de la Junta de Contratación Centralizada del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (en adelante, «la Junta»), relativa a la conducta de algunos licitadores en el desarrollo de un Acuerdo Marco para la materialización de las campañas de publicidad institucional de la Administración General del Estado. En realidad, la Junta canalizó las quejas presentadas por dos licitadores, quienes habían formulado una denuncia ante el TACRC por infracción de la normativa de contratación pública, pero que no se habían dirigido a la autoridad de competencia.

La Dirección de Competencia de la CNMC abrió diligencias preliminares sobre la base de dicha consulta que archivó en 2014, para reiniciar la investigación en 2015 sobre la base de nuevas evidencias aportadas por la Junta. El procedimiento sancionador terminó en una sanción a los licitadores denunciados y a sus principales directivos.

En *Fisiogestión*, la Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO) recibió en octubre de 2013 un oficio con documentación adjunta de la Oficina Antifraude de Cataluña (OAC), donde se ponía en su conocimiento la posible existencia de conductas restrictivas de la competencia infractoras de la LDC en el ámbito de la licitación de contratos públicos de prestación de servicios sanitarios de rehabilitación y logopedia del Servicio Catalán de la Salud (en adelante, CATSALUT). La tramitación del expediente por la ACCO concluyó en el pronunciamiento de una resolución sancionadora conducta constitutiva de una infracción del artículo 1.1.c) de la LDC 2007 por haber llevado a cabo un práctica concertada consistente en el reparto del mercado en la licitación de cuatro lotes de la contratación pública de la prestación de servicios de rehabilitación física y logopedia en la modalidad ambulatoria y domiciliaria de CATSALUT para el año 2012¹³⁰⁸.

¹³⁰⁸ RACCO, de 9 de febrero de 2016, Expte. 57/2014, *Fisiogestión*.

1.3.2. Comunicación por órganos jurisdiccionales

En *Sintrabi*, el Juzgado de Instrucción nº 1 de Barakaldo abrió diligencias previas por un delito contra los consumidores contra ciertos miembros del Sindicato de Transportistas del Puerto de Bilbao (SINTRABI) en septiembre de 2005. Diversos informes policiales confirmaron comportamientos idénticos a los ya sancionados por el Tribunal de Defensa de la Competencia, en su Resolución de 19 de diciembre de 2001: la formación de un cártel entre camioneros que impedía la libre competencia en la entrada y salida de mercancías del puerto. En diciembre de 2007 el Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia remitió a la extinguida CNC noticias de prensa sobre la subasta de un número de licencias para entrar en el Puerto de Bilbao y una recomendación de incremento de precios. La Dirección de Investigación procedió a la apertura de una información reservada.

En agosto de 2008 el Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional entendió que lo único acreditado era la continuación de las prácticas sancionadas por el TDC en el año 2001. Acordó por Auto el sobreseimiento parcial de las diligencias previas y el traslado de los informes por la Ertzainza a la CNC. En su resolución, la CNC declaró la existencia de una infracción del artículo 1 de la LDC 16/1989, y del artículo 101 TFUE, entre los años 2002 y 2006, al crear un cártel en el Puerto de Bilbao para los servicios de transporte de mercancías por carretera en un radio de 200 kilómetros, mediante acuerdos para limitar el acceso a las infraestructuras portuarias, imponer una tarifa para estos servicios, y repartir el mercado ¹³⁰⁹.

Tanto *Fisiogestión* como *Sintrabi* muestran una serie de características comunes. En primer lugar, la comunicación de los hechos a las autoridades de competencia se produce de oficio por los órganos administrativo y judicial. En segundo lugar, los comunicantes son órganos de fiscalización y sanción. En tercer lugar, la naturaleza y especialización de los órganos remitentes les confiere la *auctoritas* de denunciante cualificados. En cuarto lugar, ninguna de las comunicaciones es denominada ‘denuncia’. Pese a ello, poseen tal condición y producen los efectos propios de la misma (excitar la labor investigadora de la autoridad de defensa de la competencia). En quinto lugar, la comunicación se produce cuando los órganos judicial y administrativo entienden que los hechos no son constitutivos de infracción criminal, en el primer caso,

¹³⁰⁹ RCNC, de 26 de octubre de 2011, S/0060/08, *SINTRABI*.

o su investigación está fuera del ámbito competencial del órgano de control, en el segundo. Se evita así cualquier conflicto de prejudicialidad o de *non bis in idem*. Por último, la comunicación se produce en virtud de un deber general de denuncia que incumbe a las autoridades, sin que sea precisa la formalización de un convenio de colaboración entre autoridades que la instrumente o la promulgación de una norma similar a el artículo 132.3 LCSP.

2. Clemencia

Desde 1978, la *Antitrust Division* del Departamento de Justicia de los EE.UU admitió la posibilidad de evitar las sanciones criminales en determinados casos. En 1993 la *Corporate Leniency Policy* admitió la clemencia en dos casos: que la empresa solicitante revelase información antes del inicio de la investigación o que lo hiciese en cualquier momento anterior a que la División fuese capaz de probar la colusión.

En el ámbito comunitario, la *Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel*¹³¹⁰ estableció el sistema vigente por el cual se recompensa la cooperación con la investigación de la Comisión por parte de empresas que han formado o forman parte de cárteles secretos que afectan a la Comunidad. La Comisión dispensará del pago de la multa que de otro modo se le hubiera impuesto a toda empresa que revele su participación en un presunto cártel que afecte a la Comunidad cuando sea la primera en facilitar información y elementos de prueba que, a juicio de la Comisión, permitan a ésta: (a) efectuar una inspección oportunamente orientada sobre el presunto cártel; o (b) determinar la existencia de una infracción al artículo 81 del Tratado CE en relación con el presunto cártel.

El diseño de la política de clemencia en España se encuentra en la *Comunicación de 19 de junio de 2013, de la CNC, sobre el Programa de Clemencia*¹³¹¹. Este documento establece los criterios interpretativos y el marco operativo de los artículos 65 y 66 LDC (y artículos 46 a 53 RDC). Estos preceptos permiten a las autoridades de

¹³¹⁰ DOUE de 8 de diciembre de 2006. Para un análisis de la política de clemencia de la Comisión Europea desde 1996, ver MOTTA, MASSIMO y POLO, MICHELE, «Leniency Programs and Cartel Prosecution», *International Journal of Industrial Organization*, marzo de 2003, pp. 347-379.

¹³¹¹ BOE de 16 de agosto de 2013.

defensa de la competencia proceder a la exención del pago de la multa o a la reducción de su importe a aquella empresa o persona física que ponga en conocimiento de aquella la existencia de un cártel y su participación o responsabilidad en éste, aportando las pruebas sustantivas que tenga a su disposición o que pueda recabar a través de una investigación interna, siempre y cuando cumpla los requisitos y condiciones establecidos en la LDC y en su normativa de desarrollo.

Las comunicaciones comunitaria y española limitan el ámbito de la clemencia a los casos de cártel. Quedan excluidas de ella las restantes restricciones horizontales, todas las verticales así como las conductas contrarias a los artículos 2 y 3 LDC. La Comunicación justifica la circunscripción a los cárteles por la dificultad inherente en detectar y poner fin a conductas anticompetitivas muy graves.

Puede solicitar clemencia, en aplicación de los artículos 65 o 66 LDC, cualquier empresa o persona física - directamente o por medio de sus representantes legales debidamente acreditados - participante en un cártel que afecte a todo o a parte del territorio nacional. La solicitud de exención del pago de la multa deberá presentarse con carácter previo a la notificación del Pliego de Concreción de Hechos. La autoridad de competencia rechazará automáticamente dicha solicitud si se presenta en un momento procesal posterior.

El artículo 65 LDC condiciona la exención del pago de la multa a que el solicitante sea el primero en aportar suficiente información y elementos de prueba que permitan a la unidad de investigación ordenar una inspección en relación con un cártel o establecer la existencia de dicha infracción. Cuando se presenten dos o más solicitudes de exención en relación con un mismo cártel, la unidad de investigación procederá a su examen atendiendo a su orden de recepción.

La Comunicación impone al solicitante una serie de requisitos, que ha de satisfacer en el momento de presentar la solicitud de clemencia: declarar si el cártel sigue en funcionamiento; si continúa participando en el mismo; debe haber puesto fin a su participación como condición para beneficiarse de la clemencia o declarar su intención de hacerlo en el momento de presentar la solicitud. Sin embargo, para preservar la investigación del cártel o para no alertar a los demás participantes, la unidad de investigación podrá autorizar al solicitante de clemencia para mantener contactos o actuaciones indispensables para conservar la apariencia de que su

participación continúa durante el tiempo necesario para preparar las medidas de investigación oportunas por la Dirección de Investigación. Una vez cumplidos estos requisitos iniciales, se impone al solicitante el deber de cooperar plena, continua y diligentemente con la autoridad de competencia hasta la finalización del procedimiento sancionador.

Queda descalificado para optar a la exención del pago de la multa, conforme al artículo 65.2.d) LDC, el solicitante de exención que haya adoptado medidas para obligar a otras empresas y/o personas físicas a participar en el cártel o a mantenerse en él. Entre las medidas descalificadoras, la Comunicación cita las coacciones, una presión económica tan fuerte como para crear un riesgo real de expulsión del mercado y el boicot o negativa de suministro. La descalificación para la exención no es óbice para que dicho solicitante pueda obtener una reducción del importe de la multa.

El artículo 66.1 LDC faculta para presentar una solicitud de reducción del importe de la multa a una empresa o persona física participante en un cártel que no pueda optar a la exención, por no estar dicha exención disponible o por haber quedado descalificada para solicitar ésta al haber coaccionado a otros participantes en el cártel. La solicitud de reducción puede presentarse tras la notificación del pliego de concreción de hechos. El solicitante debe aportar los elementos de prueba que contribuyan de forma significativa y concluyente a la investigación del cártel y ha de facilitar la labor de la unidad de investigación.

Para determinar si la colaboración del solicitante de exención aporta valor añadido significativo a la investigación es preciso evaluar la idoneidad intrínseca de los elementos de prueba aportados por el solicitante de reducción, por su propia naturaleza o nivel de detalle (artículos 66 de la LDC y 49 RDC). En caso afirmativo, en la propuesta de resolución la unidad de investigación propondrá, respecto del primer solicitante de reducción que cumpla el requisito de aportar valor añadido significativo una reducción de entre el 30% y el 50% del importe de la multa; respecto del segundo una reducción de entre el 20% y el 30%, y respecto de los sucesivos solicitantes una reducción de hasta el 20%, señalando el orden entre éstos.

La clemencia ha mejorado la eficacia de las autoridades de competencia en la lucha contra los cárteles. Algún estudio ha calculado la mejora entre un 10 y un 21%¹³¹².

En los últimos años, la autoridad de competencia estatal ha estimado tres peticiones de clemencia (total y/o parcial) en resoluciones sancionadoras por *bid rigging*: *Sobres de papel* (exención y reducción), *Rodamientos ferroviarios* (exención) y *Postensado y Geotecnia* (reducción).

3. Impugnación de actos y disposiciones administrativas

El artículo 5.4 LCNMC otorga a la CNMC legitimación activa para impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa los actos administrativos y las disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados. La propia Comisión la define como una actividad de promoción empleada *ex post*, así como la principal herramienta coactiva y el último recurso de la CNMC en su función de promoción de la competencia¹³¹³.

Desde su puesta en funcionamiento en 2010 hasta agosto de 2018, ha sido tres los recursos contencioso-administrativos interpuestos por la CNMC contra actos o disposiciones administrativas en materia de contratación pública. Los dos primeros («Autobuses Galicia» y «Prórroga de autobuses interurbanos Valencia») en 2010, impugnaron una resolución gallega y un Decreto valenciano que acordaban la prórroga de las concesiones de transporte interurbano, con infracción del Reglamento (CE) 1370/2007, que no contemplaba dicha prórroga, y porque esta obstaculizaba la competencia efectiva en el mercado. Ambos fueron estimados por los tribunales¹³¹⁴. El

¹³¹² BORRELL ARQUÉ, JOAN RAMÓN, JIMÉNEZ GONZÁLEZ, JUAN LUIS, ORDÓÑEZ DE HARO, JOSÉ MANUEL, «Redefiniendo los incentivos a la colusión: el programa de clemencia», *Revista ICE*, nº 876, enero-febrero 2014, p. 33.

¹³¹³ <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/promocion-de-la-competencia/legitimacion-activa>. Antes de la entrada en vigor de la LCNMC, la legitimación activa de la CNC estaba regulada en el artículo 12.3 LDC y la de las autoridades autonómicas en el artículo 13 LDC

¹³¹⁴ En el caso gallego, la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en fecha 24 de mayo de 2012 (Rec. 4348/2010) fue anulada por la STS de 14 de marzo de 2016 (Rec. Casación 3718/2012). En el valenciano, la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 22 de octubre de 2012 (Rec. 418/2010) estimó el recurso de la CNMC.

tercer recurso se dirigió contra las Instrucciones de contratación pública de la Generalitat de Cataluña) en 2014 por imponer como criterio de adjudicación en las licitaciones autonómicas el de la proximidad de las delegaciones de los licitadores o de su estructura de gestión fue retirado cuando la Generalitat eliminó la restricción.

III. MÉTODOS PROACTIVOS

1. POR Y PARA EL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN

La acción sancionadora de las autoridades de competencia en la lucha contra las prácticas anticompetitivas en la contratación pública puede y debe ser efectiva y disuasoria. Pero como se produce *a posteriori*, en la mayoría de los casos el procedimiento de adjudicación habrá finalizado y la asignación del contrato a los infractores se habrá consumado. El único remedio posible es la imposición de una multa. El paso siguiente – y definitivo- es que la corrección de las conductas anticompetitivas tenga lugar en el procedimiento de contratación, si es posible, antes de la formalización del contrato.

Una de las grandes innovaciones de la Directiva 2014/24 respecto de las Directivas de 2004 ha consistido en habilitar expresamente a los poderes adjudicadores a perseguir la colusión en la contratación pública. Frente a la situación precedente, marcada por la pasividad del Derecho de la contratación pública ante los comportamientos colusorios, la Directiva 2014/24 atribuye a los órganos de contratación (poderes adjudicadores) la tarea de fiscalizar la participación en los procedimientos contractuales de aquellas empresas que pudieran haber incurrido en conductas anticompetitivas; encargo que se les hará hasta el punto de obviar toda mención a las autoridades de competencia de cualquier nivel. Este aspecto plantea ya una notable diferencia de principio en comparación con el criterio que actualmente se sanciona en el artículo 132.3 LCSP.

Los mecanismos que un órgano de contratación tipo puede emplear para reducir los riesgos de colusión son muy variados. En los subepígrafes siguientes se estudian nueve tipos, agrupables en tres categorías: (1ª) métodos organizativos: profesionalización del personal de contratación, incorporación de expertos, elaboración de estudios de mercado y elección del procedimiento de contratación más

procompetitivo; (2ª) métodos de vigilancia: examen de la concurrencia en los licitadores o en sus proposiciones de ciertos indicios de práctica anticompetitiva, *screening*; (3ª) métodos represivos: nulidad y resolución del contrato público, prohibiciones de contratar y expulsión del procedimiento de contratación.

1.1. Profesionalización e incorporación de expertos en «Derecho *Antitrust*»

Es una realidad que la contratación pública se ha convertido en un sector más complejo, técnico y especializado. Hay muchas voces que hace tiempo vienen insistiendo en la necesidad de profesionalización de los actores que actúan en este ámbito¹³¹⁵. Se trata de una muestra más de la transición hacia una «contratación pública inteligente» o «*smart procurement*». Para elevar el perfil de las contrataciones públicas, éstas deben ser gestionadas por los especialistas adecuados.

La búsqueda de una mayor profesionalización de los gestores de la contratación pública no es nueva¹³¹⁶. Su análisis y manejo ya no puede abordarse desde un enfoque estrictamente jurídico-público. La búsqueda de mayores cotas de integridad, transparencia, simplificación, así como la eficiencia en la utilización de fondos públicos constituyen desafíos cuyo cumplimiento exige el desarrollo de nuevas aptitudes y conocimientos de los empleados públicos, que trascienden la mera regulación de la normativa de contratación pública tal cual hoy la conocemos¹³¹⁷.

El papel del personal de los órganos contratantes en la prevención y detección de acuerdos colusorios es crucial. Por ello, la primera medida en la lucha contra la colusión es la formación de quienes trabajan en materia de contratación pública en «Derecho *Antitrust*»¹³¹⁸. Los gestores han de conocer el marco general de competencia en el se

¹³¹⁵ SANCHEZ GRAELLS, ALBERT: «The difficult balance between transparency and competition in public procurement: Some recent trends in the case law of the European Courts and a look at the new Directives», *University of Leicester School of Law Research Paper* No. 13-11, 2013, págs. 24 y 25; STELKENS, ULRICH.: «La amministrazione pubblica dei contratti in Germania», *L'Amministrazione pubblica dei contratti*, Editoriale Scientifica Napoli XXXIII, Napoli, 2013, pp. 391-392.

¹³¹⁶ El documento de la OCDE en su versión española promovida por el INAP en 2009 sobre *La integridad en la contratación pública. Buenas prácticas de la A a la Z* da buena muestra de ello.

¹³¹⁷ SANMARTÍN MORA, MARÍA.: «El reto pendiente. Hacia la profesionalización de los gestores de la contratación pública», OBCP, 14/09/2011. <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.23/relcategoria.121/relmenu.3/chk.adc92f867fe2b72c777bd51b74ed6a79>

¹³¹⁸ La Recomendación (UE) 2017/1805 de la comisión, de 3 de octubre de 2017 sobre la profesionalización de la contratación pública. *Construir una arquitectura para la profesionalización*

desarrollan las relaciones entre los licitadores y los riesgos que pueden presentar situaciones ajenas al procedimiento contractual. Inocular dicho conocimiento precisa de cooperación con las autoridades nacional y regionales de competencia, tanto a nivel general como en el marco de los procedimientos de contratación¹³¹⁹.

Los Tribunales Administrativos de Recursos, órganos independientes especializados en materia de contratación, han logrado mejorar la calidad de los procedimientos contractuales¹³²⁰; pero son inadecuados para la lucha *antitrust*, tal como se demostrará en el epígrafe dedicado al artículo 132.3 LCSP. Diversas resoluciones así lo demuestran¹³²¹.

1.2. Elaboración de estudios de mercado

La primera exigencia de una contratación pública eficiente y anticolusoria es el conocimiento del mercado. El órgano de contratación debe definir, en primer lugar, qué bien o servicio necesita. Para ello habrá de delimitar el mercado de producto y conocer su funcionamiento (operadores económicos, precios y condiciones de calidad). En segundo lugar, es aconsejable que investigue el mercado geográfico de la compra pública; no con el fin de limitar el acceso a licitadores situados fuera de su

de la contratación pública, pide a los Estados miembros que elaboren programas adecuados de formación inicial y permanente para el personal dedicado a la contratación pública. Este documento se pronuncia en términos muy generales, sin especificar los sectores en los que debe centrarse la formación.

¹³¹⁹ Un buen ejemplo de cooperación sería el proyecto «Asociación del Sector Público», iniciado en 2005 por la Autoridad de Competencia de Finlandia. Con la expresa finalidad de luchar contra los cárteles, la Asociación desarrolla acciones formativas y ha creado cauces de comunicación entre la Autoridad y los órganos de contratación más importantes del país para prevenir las prácticas colusorias en la contratación pública. En el mismo sentido, la Fiscalía Nacional Económica de Chile ha creado el llamado «Comité Anti-Colusión entre Oferentes en Licitaciones de Abastecimiento Público» (*Recomendaciones ADCA*, p. 37).

¹³²⁰ GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA.: «Los Tribunales Administrativos Especiales de Contratación Pública y su principal doctrina (en especial la de Aragón). ¿Hacia un control efectivo de los contratos públicos?», en *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson Reuters, 2014, págs. 25-138; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA y FERNÁNDEZ ACEVEDO, RAFAEL, «La organización administrativa para el control de la contratación pública en España. En particular, los órganos consultivos y de recursos», en el libro *L'Amministrazione pubblica dei contratti*, Editoriale Scientifica Napoli XXXIII, Napoli, 2013, págs. 309-375; BERNAL BLAY, MIGUEL ÁNGEL; «El sistema de tutela de la buena administración contractual: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 160, 2013, págs. 189-216.

¹³²¹ TACRC, Resolución n° 396/2014, de 23 de mayo; OARK/KEAO (Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi), Resolución 58/2013, de 11 de julio de 2013.

jurisdicción¹³²², sino para extenderlo lo más posible, si ello repercute en mejores ofertas. En los procedimientos sujetos a una publicidad legal muy limitada – negociados sin publicidad y contratos menores- la ampliación geográfica puede reducir los costes de la contratación (especialmente si los de transporte son poco relevantes). El conocimiento requerido se obtiene de dos formas complementarias: la experiencia de los gestores de la contratación y la elaboración de estudios de mercado¹³²³.

La elaboración, al menos en los casos que se consideren más relevantes, de estudios completos que no sólo expresen las necesidades a satisfacer sino las características que definen el mercado y el entorno en el que se verificará la compra, pueden resultar fundamentales para identificar algunos de los elementos que se deberían incluir en los documentos contractuales para hacer frente a la colusión. Conocer, por ejemplo, si no hay muchas empresas susceptibles de proveer el bien o servicio que se precisa, puede servir para determinar si es adecuado prohibir la subcontratación o imponerla en los topes máximos admisibles por la Ley.

Poseer un estudio de mercado comprensivo es todavía más importante para saber si la contratación pública entra en mercados especialmente proclives a la colusión. El órgano deberá saber si el mercado es estable, las barreras de entrada, si los competidores son escasos o están dotados de poder de mercado; si el producto es homogéneo, innovador o escaso, etc. (*Recommendations* OCDE, págs. 6-7).

El análisis del mercado es esencial a la hora de diseñar figuras contractuales nuevas y ligadas a la innovación. En particular, la compra pública de tecnología

¹³²² La STJUE de 27 de octubre de 2005, C-158/05, *Comisión/Reino de España*, condenó a el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 CE al incluir en el pliego de condiciones de un contrato público de prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida, por una parte, un requisito de admisión que obligaba a la empresa licitadora a disponer, en el momento de la presentación de la oferta, de una oficina abierta al público en la provincia en la que debe prestarse el servicio o, en su caso, en su capital y, por otra parte, unos criterios de valoración de las ofertas que, a efectos de atribuir puntos adicionales, tomaban en consideración la existencia, en ese mismo momento, de instalaciones de producción, de acondicionamiento y de envasado ubicadas, según el caso, en España o a menos de 1.000 km de la provincia de que se trate, o de oficinas abiertas al público en otras localidades determinadas de esta última, y que, en caso de empate entre varias ofertas, favorecerían a la empresa que había prestado anteriormente el servicio de que se trata (apartado 87 y Fallo).

¹³²³ La LCSP liga la definición previa del contrato al principio de eficiencia. En su artículo 28.1 («Necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación») dispone que « (...) la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación».

innovadora, la asociación para la innovación y la contratación pre-comercial¹³²⁴. Al tratarse de ideas, tecnologías o productos inéditos, no existirá un mercado privado consolidado. En ocasiones, el ente contratante actúa como cliente de lanzamiento. Adquiere bienes o servicios que acaban de llegar al mercado y no están aún disponibles de forma comercial a gran escala¹³²⁵. En tales casos, será la propia contratación pública la que cree dicho mercado a través de la denominada «demanda temprana»¹³²⁶.

A pesar de su importancia, lo cierto es que no es usual encontrar este tipo de estudios en los expedientes de contratación. En ellos, a lo sumo, se incluyen documentos en los que se explican las necesidades que pretende satisfacer el ente con la promoción del contra y que, en tal sentido, se consideran suficientes para justificar su celebración.

1.3. Decisión sobre el procedimiento contractual.

Tras la investigación sobre el mercado, el segundo paso del órgano de contratación debe ser la elección del procedimiento contractual que favorezca la competencia en y por el mercado. La OCDE, en sus Directrices de 2009 y las Recomendaciones de 2012 dedica a este punto el grueso de su parte primera (páginas 4 a 9). Ambos documentos aconsejan al órgano de contratación que obtenga la información necesaria para diseñar el procedimiento de contratación; opte por aquel que maximice la participación de empresas que deseen competir; evite la predictibilidad de las cláusulas; reduzca la comunicación entre los licitadores y escoja los criterios de adjudicación de forma procompetitiva¹³²⁷.

¹³²⁴ En estos casos, el análisis del mercado debe hacerse una vez identificada la necesidad, aunque ni sus detalles ni el presupuesto hayan sido todavía decididos; ver PROCUREMENT OF INNOVATION PLATFORM, *Public Procurement of Innovation. Guidance for Public Authorities*, 1ª edición, enero 2014, p.15, https://www.innovationprocurement.org/fileadmin/editorcontent/Guides/Consultation/PPI_Guide_public_consultation_draft_with_case_studies.pdf.

¹³²⁵ MIÑO LÓPEZ, ANTONIO, «La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública», en PERNAS GARCÍA, J.J., *Contratación Pública Estratégica*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 229.

¹³²⁶ FUNDACIÓN COTEC, *La compra pública de tecnología innovadora en biotecnología. Libro Blanco*, 2010, pp. 27-28.

¹³²⁷ Respecto de la compra pública de tecnología innovadora y de la contratación pre-comercial, la *Guía sobre Compra Pública Innovadora* dedica al diseño del procedimiento pro-competitivo gran parte de su texto, Ver *Guía*, MINISTERIO DE CIENCIA E INNOVACIÓN, 2011, pp. 12 ss.

En particular, la elección del procedimiento más competitivo se antoja esencial para reducir el ya de por sí elevado riesgo de comportamientos anticompetitivos – especialmente colusorios- en la contratación pública. Si bien en la mayoría de las resoluciones el órgano de contratación optó por el procedimiento abierto, ello se explica por ser el tipo ordinario más al uso en los ordenamientos europeos. Pero por su propia configuración, los restantes procedimientos restringen la competencia en mayor medida y provocan por ello más posibilidades de que triunfe una licitación no competitiva¹³²⁸.

La multiplicidad de recomendaciones, consejos y sugerencias tienen un objetivo común y es reconducible a tres categorías. El objetivo principalísimo de las medidas propuestas es el de fomentar la participación igual, transparente y competitiva de empresas en los procedimientos contractuales públicos. No buscan directa e inmediatamente evitar la cartelización, aunque contribuyan indirectamente a ello. Puede decirse que poseen un fin directamente procompetitivo e indirectamente contra-colusorio. `

Como arriba se apuntó, cabe subdividir toda la pléyade de proposiciones en tres categorías: la supresión de barreras de entrada; la limitación ponderada de la transparencia; y la propuesta de patrones estadísticos de comportamiento. Unas y otras van dirigidas al órgano de contratación, no a los licitadores.

La eliminación de todas las barreras legales y administrativas busca el acceso del mayor número de empresas a la convocatoria. Un incremento de los licitadores puede, de forma indirecta, disuadir la constitución de cárteles o hacerlos ineficaces. Insisten las diferentes guías en sugerir la flexibilización en los pliegos de las condiciones de solvencia, los criterios de adjudicación y las condiciones de ejecución. También importa la opción por especificaciones funcionales, la reducción de trabas administrativas y costes de transacción y la tendencia hacia la contratación electrónica.

La excesiva transparencia en el procedimiento de contratación facilita la creación y acción de los cárteles, ya que elimina las asimetrías en la información, reduce los costes de transacción internos y, sobre todo, garantiza al cártel una provisión ‘gratuita’ de información, útil para su constitución, operatividad y para el castigo de los traidores

¹³²⁸ Algunos ejemplos de resoluciones sancionadoras de comportamientos colusorios en el procedimiento restringido son *Licitaciones de Carreteras y Asfaltos*; en el negociado sin publicidad, *Rodamientos ferroviarios*, *Sobres de papel* y *Transporte balear de viajeros*; en el acuerdo marco, *Construcciones modulares*.

al pacto colusorio. Entre otras medidas, las propuestas se centran en moderar el contacto entre los licitadores, limitar la información que se les suministra (especialmente las decisiones de exclusión y adjudicación) y ser vigilantes con el uso de UTEs y subcontratación.

Por último, los documentos examinados inciden sobre la labor de investigación del órgano de contratación. No se trata ya de estudiar el mercado, sino al procedimiento de contratación y a los licitadores.

Otro mecanismo es optar por la contratación conjunta (entre varios órganos de contratación) y/o centralizada (a través de un órgano único, denominado central de compras), pues incrementa las armas procedimentales y organizativas, especialmente si participan en ellas entes contratantes de pequeño tamaño y escasa capacidad de luchar individualmente contra la colusión¹³²⁹.

1.4. Factores e indicadores de la colusión

La OCDE (*Guidelines* de 2009) y la CNC (*Guía sobre contratación y Competencia* de 2011) recogieron una pléyade de situaciones que favorecen la colusión en la contratación pública. La *Guía* diferenció entre características del mercado y características del diseño de los pliegos¹³³⁰. Con el fin mejorar las opciones de los órganos de contratación para localizar e impedir los comportamientos colusorios de los licitadores, ambos documentos distinguieron tres tipos de indicadores: (1) presentes en la presentación y adjudicación de las ofertas; (2) relacionados con los precios; (3) resultantes de la documentación o del comportamiento de las empresas. Cada uno de estos grupos tiene una pluralidad de manifestaciones¹³³¹.

1.5. Registro de patrones de comportamiento o «screening»

La labor en defensa de la competencia en la contratación pública se vería facilitada si el órgano de contratación adquiere la costumbre de crear un registro interno en el que recoja de forma sistematizada los datos más relevantes de las licitaciones

¹³²⁹ HEIMLER, ALBERTO, «Cartels in public procurement», *Journal of Competition Law&Economics*, 2012, p. 861.

¹³³⁰ *Guía*, pp. 31-34.

¹³³¹ *Guidelines*, p. 4ss, *Guía*, pp. 38-40

precedentes y del procedimiento en curso. Con sólo comparar las cifras obtendrá fácilmente patrones estadísticos de comportamiento del propio órgano, del procedimiento de contratación y de los licitadores.

La importancia de mantener este tipo de registros actualizados a efectos de lucha contra la colusión es palmaria. En muchos casos el órgano de contratación extraerá de ellos indicios potentes acerca de la comisión de actos anticompetitivos en el procedimiento incoado. Es cierto que, como veremos, la legislación de contratos le impide actuar contra los licitadores sospechosos. Pero también lo es que su envío temprano a las autoridades de defensa de la competencia incrementa las posibilidades de éxito de una investigación *antitrust*. Por ende, el registro de datos contribuirá a la mejor definición de procedimientos contractuales futuros. Por último, a la hora de elegir el procedimiento de contratación, el órgano debe optar por aquel que mejor garantice la competencia, en función de las circunstancias del caso. Por ejemplo, debe valorar acudir a un procedimiento abierto aunque en términos legales sea admisible un procedimiento negociado, o incluso un acuerdo marco.

Muy resumidamente, la CNMC hace una serie de recomendaciones -a título de *screening* estructural- para el caso de que el órgano de contratación tenga sospechas previas de colusión entre las empresas participantes. Comienza por pronunciarse en favor de emplear los procedimientos ordinarios de licitación, en particular el procedimiento abierto, y no abusar de técnicas como el acuerdo marco y los sistemas dinámicos de adquisición. También se muestra favorable a las subastas electrónicas que, por su transparencia, pueden facilitar la detección de incumplimientos de los acuerdos de colusión, sobre todo en subastas recurrentes. Si la subasta consta de varias fases, recomienda condicionar su celebración a la participación de un número mínimo de empresas. Por último, aconseja limitar la información proporcionada a los licitadores a la que la ley exige; por ejemplo, comunicarles en cada fase su clasificación, sin difundir otros datos adicionales como, por ejemplo, el número de licitadores en cada fase, los precios ofertados, o la puntuación otorgada a otros elementos de la oferta del resto de licitadores¹³³².

A modo de *screening* conductista, el órgano de contratación debe recopilar toda la información posible sobre anteriores procedimientos similares al que pretende iniciar:

¹³³² CNC, *Guía sobre contratación pública y competencia*, p. 43.

tipo de procedimiento, duración, condiciones de solvencia y de adjudicación, garantías, etc. Analizará tanto la documentación contractual como el resultado final del procedimiento (importe de la adjudicación, ofertas anormalmente bajas, renunciaciones, empates, aplicación de criterios sociales y medioambientales, etc), así como las incidencias surgidas en la ejecución del contrato (modificaciones, procedimientos complementarios, suspensión, resolución anticipada, cesión, subcontratación, etc). En segundo lugar, examinará a los licitadores de anteriores convocatorias: sus ofertas económicas y técnicas, pertenencia a grupos de sociedades, participación en UTE, etc.).

En tercer lugar, deberá examinar la licitación en curso y la concurrencia en ella de indicios de posible manipulación. En 2017, la CNMC propuso una lista de indicios de colusión (*check list*) que resume los criterios ya recogidos por la OCDE en sus documentos¹³³³.

1.6. Nulidad y resolución de los contratos públicos

1.6.1. Nulidad de la conducta colusoria

Con carácter previo al planteamiento de la nulidad de los contratos públicos por causa del falseamiento de la competencia es preciso relacionar tres conceptos repetidamente empleados en este estudio: oferta, contrato público y práctica colusoria. Oferta y contrato son figuras intrínsecas al sistema de contratación pública, imputables a sujetos ya integrados en dicho procedimiento: el licitador y el adjudicatario (o contratista). Por ello, constituyen los pasos inicial y final del procedimiento contractual, respectivamente. Por el contrario, la práctica colusoria se define antes de la licitación y es imputable a cada partícipe en cuanto empresa.

Lo fundamental en este epígrafe es que el acuerdo o práctica concertada en que hubiesen incurrido los licitadores conforman los únicos negocios jurídicos afectados por

¹³³³ En su *Guía contra el fraude en la licitación pública*, la CNMC propone como principales indicios de manipulación de concursos: 1. Reducido número de licitadores; 2. Ofertas incoherentes de un mismo licitador; 3. Similitudes sospechosas en las ofertas presentadas; 4. Sospechas de boicot; 5. Ofertas no competitivas; 6. Patrones de comportamiento sospechoso entre las empresas licitadoras; 7. Subcontratación no justificada entre empresas licitadoras; 8. Ofertas presentadas por las mismas personas físicas; 9. Ofertas económicas de idéntica redacción, formato o errores; 10. U.T.E.s entre licitadores sin justificación aparente.
<https://www.cnmc.es/novedades/2017-01-18-la-cnmc-intensifica-su-esfuerzo-en-la-persecucion-de-las-irregularidades-en> (consultada el 19 de enero de 2017).

la tacha de anticompetitividad, sobre los que versa la investigación de la autoridad de competencia. En consecuencia, serán los únicos declarados nulos por la resolución sancionadora.

Tanto el Artículo 101.2 TFUE como el artículo 1.3 LDC son taxativos a la hora de fijar los términos y límites de la nulidad de los comportamientos anticompetitivos. En primer lugar, la invalidez afecta únicamente las prácticas restrictivas (acuerdos, decisiones y recomendaciones). Quedan excluidos los abusos de posición de dominio y la falsificación de la competencia por actos desleales. En segundo lugar, la normativa europea y nacional imponen el grado de invalidez máxima: nulidad de pleno derecho. Por lo tanto, una sentencia o resolución firmes que declaren la existencia de una práctica restrictiva en la contratación pública contiene *ex lege* una declaración de nulidad inicial del comportamiento colusorio adoptado por los licitadores¹³³⁴.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado reiteradamente que el artículo 101.2 TFUE establece la invalidez absoluta o nulidad de pleno derecho de las prácticas restrictivas. La nulidad afecta tan sólo a aquellas partes del acuerdo incluidas en el ámbito de la prohibición o a su totalidad si aquellas no son separables del conjunto¹³³⁵. Como tal, puede ser invocada por cualquier persona, se impone al juez cuando concurren los requisitos de aplicación del apartado 1, y el acuerdo de que se trate no pueda justificar la concesión de una exención en virtud del apartado 3 de dicho artículo¹³³⁶. Como la nulidad que establece el artículo 101, apartado 2, tiene carácter absoluto, un acuerdo nulo con arreglo a dicha disposición no produce efectos en las relaciones entre las partes contratantes ni es oponible a terceros¹³³⁷. Además, esta nulidad produce efectos *ex tunc*, desde el momento de la adopción del acuerdo y

¹³³⁴ La nulidad de las conductas colusorias es estructural, automática, absoluta, con efecto *erga omnes*, originaria y definitiva; HERRERO SUÁREZ, CARMEN, «La nulidad de las conductas anticompetitivas», en ROBLES MARTÍN-LABORDA, ANTONIO, *La lucha contra las restricciones de la competencia. Sanciones y remedios en el ordenamiento español*, Comares, 2017, pp. 231-234. Un estudio pormenorizado de esta materia se encuentra en PEÑA LÓPEZ, FERNANDO, *La responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust*, Comares, 2001.

¹³³⁵ STJCE de 30 de junio de 1966, Asunto 56-65, *Société Technique Minière (L.T.M.) contra Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, apartados 249-250 STJCE sentencia de 13 de julio de 1966, asuntos acumulados 56/64 y 58/64, *Consten y Grundig contra la Comisión*, apartado 244, STJUE de 20 de septiembre de 2001, C-453/99, *Courage Ltd y Bernard Crehan*, apartado 22, STJUE, de 1 de junio de 1999, C-126/97, *Eco Swiss*, , apartado 36.

¹³³⁶ STJUE de 9 de julio de 1969, asunto 10/69, Rec. p. 309, *Portelange*, apartado 10.

¹³³⁷ STJUE de 25 de noviembre de 1971, 22/71, Rec. p. 949, *Béguelin*, apartado 29

produce efectos retroactivos, presentes y futuros¹³³⁸. Puede por ello alcanzar a todos los efectos, pasados o futuros, del acuerdo o de la decisión de que se trate, sin necesidad de declaración judicial expresa al respecto¹³³⁹.

1.6.2. Ineficacia del contrato administrativo

Así pues, la resoluciones sancionadoras dictadas por las autoridades de competencia suponen la declaración de nulidad de los pactos colusorios y al adjudicatario como miembro del cártel. Pero no del contrato administrativo ni la pérdida de la condición de contratista. Más explícitamente: la nulidad del acuerdo colusorio concertado entre los licitadores no alcanza inmediatamente al contrato público. Aunque el pacto se haya demostrado eficaz y exitoso para el cártel, si el procedimiento de contratación ha respetado la legalidad contractual, entonces ha generado un negocio jurídico administrativo dotado de las presunciones de validez y de eficacia. El licitador triunfante se convierte en contratista y está facultado para ejecutar el contrato. La adjudicación del contrato al licitador cartelizado es un acto debido para el poder adjudicador. Su negativa desnuda puede constituir, como mínimo, una vía de hecho arbitraria.

Dicho lo anterior, lo cierto es que el contrato administrativo exitoso para un cártel de licitadores está afectado por un vicio de origen. En su consecución se han vulnerado tanto los principios sustantivos de la normativa de contratación pública como las reglas *antitrust*. Su continuidad en la vida jurídica repugna cualquier lógica. Al fin y al cabo, la adjudicación no se habrá realizado al mejor candidato (*value for money*). Por ello, el poder adjudicador sufrirá un perjuicio económico y/o de calidad. En contrapartida, el adjudicatario felón obtendrá un beneficio inmerecido durante un tiempo no despreciable. En muchos casos, habrá cerrado un concreto mercado en su favor durante el período de duración del contrato. Por el contrario, el interés de los restantes licitadores resulta frustrado. Poco consuelo encontrarán en la eventual sanción impuesta por la autoridad de competencia si el infractor mantiene el disfrute del contrato;

¹³³⁸ MARTÍ MIRAVALIS, JAUME, «La nulidad contractual por fijación de precios mínimos», en VELASCO SAN PEDRO, L y otros (dir.), *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, p. 341.

¹³³⁹ STJUE de 6 de febrero de 1973, 48/72, Rec. p. 77, *Brasserie de Haecht*, apartado 26.

elemento este desincentivador de las denuncias¹³⁴⁰. Resulta así de interés estudiar si los mecanismos de cierre establecidos por la normativa de contratación pública para eliminar los contratos ilegales son aplicables a aquellos ganados por operadores integrados en cárteles de licitadores. Tales mecanismos de cierre son la nulidad y la resolución.

1.6.3. Nulidad del contrato administrativo

La LCSP regula el «*Régimen de invalidez*» en el Capítulo IV, Título I de su Libro I. El artículo 38 b) LCSP dispone que los contratos celebrados por los poderes adjudicadores serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de nulidad de derecho administrativo o de derecho civil contempladas en los artículos subsiguientes. Este precepto establece dos presupuestos para la declaración de invalidez de un contrato público, el primero condicionado al segundo: a) que la invalidez afecte a algún acto preparatorio o al acto de adjudicación del contrato; b) que concurra estrictamente alguna de las causas de nulidad mencionadas en la ley.

Cuando es exitoso - e incluso en caso de no serlo- el acuerdo colusorio incide directamente en la fase de adjudicación del contrato, viciando el procedimiento hasta el punto de llegar a predeterminar su resultado en favor de la posición sostenida por el cártel. Cabe entender pues que en los contratos adjudicados a licitadores cartelizados se encuentra el primer presupuesto de la invalidez del propio contrato.

En relación con el segundo requisito, el artículo 38 LCSP establece dos órdenes de causas que determinan la invalidez de los contratos públicos: nulidad de Derecho Administrativo (artículos 39 y 40 LCSP) y nulidad de derecho civil (artículo 43 LCSP). A su vez, las causas de nulidad de derecho administrativo son de dos tipos: a) nulidad del procedimiento de contratación en el que se cometió el acto anticompetitivo; b) nulidad de un procedimiento posterior en el que participan operadores jurídicos sancionados por comportamientos anticompetitivos.

¹³⁴⁰ RAVC, de 21 de noviembre de 2017, Proyecto LEA/AVC nº 26-SAN-2013, *Servicio de transporte y asistencia a emergencias sanitarias para la Red de Transporte Sanitario Urgente de la CAE*, p. 5. La empresa denunciante, que había participado en la licitación solicitó y que se acordase la nulidad de la adjudicación, suspendiendo la actividad que desarrollaba ilegalmente.

a) Nulidad del procedimiento de contratación

Concurre en los contratos administrativos una causa de nulidad de derecho administrativo cuando se halle presente alguna de las circunstancias previstas en el artículo 47.2 LRJAP. De todas las allí citadas, es pertinente acudir a la contemplada en el apartado f) («*Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición*»).

Según la doctrina del Consejo de Estado, la apreciación de la causa de nulidad prevista en el apartado f) requiere no sólo que se produzca un acto atributivo de derechos que se adquieren en virtud de él y que dicho acto sea contrario al ordenamiento jurídico, sino también que falten los requisitos esenciales para su adquisición. En relación con esta última condición, ha de advertirse que no es suficiente con la constatación de que se han incumplido los requisitos previstos en la normativa de aplicación, sino que es necesario que el incumplimiento sea cualificado. Por ello, resulta preciso distinguir entre «requisitos necesarios» y «requisitos esenciales». No todos los que puedan ser considerados como necesarios para la adquisición de una facultad o derecho merecen el calificativo de «esenciales». Sólo revestirán tal carácter cuando constituyan los presupuestos de la estructura definitoria del acto, o sean absolutamente determinantes para la configuración del derecho adquirido o la finalidad a alcanzar.

Añade el Consejo de Estado que la necesidad de este criterio riguroso responde a que una laxitud en cuya virtud se pudiera transitar desde el vicio de legalidad a la apreciación, por concurrencia, de la ausencia de un requisito esencial (entendido por tal el legalmente exigido), arrasaría la distinción entre grados de invalidez y atentaría gravemente contra la seguridad jurídica al permitir cuestionar, en cualquier momento, no sólo los actos incursos en un vicio de singular relevancia para el interés público concreto y para el genérico comprometido en la legalidad del actuar administrativo, sino todos los actos en los que una prescripción legal hubiera sido vulnerada o un requisito legal se hubiera desconocido. Así pues, se requiere no sólo que se produzca un acto atributivo de derechos y que dicho acto sea contrario al ordenamiento jurídico, sino

también que falten los requisitos esenciales, es decir, relativos a la estructura definitiva del acto, para la adquisición de los derechos por su beneficiario¹³⁴¹.

Es obvio que el contratista que debe esta condición al éxito del pacto colusorio ha obtenido el contrato administrativo careciendo del requisito esencial para la adjudicación a su favor: haber presentado la oferta económicamente más ventajosa, conforme a los criterios de valoración establecidos en el artículo 145 LCSP. La comisión del acuerdo colusorio es determinante del acto de adjudicación y debe producir la nulidad del mismo y la del contrato por la aplicación combinada de los artículos 39 LCSP y 47.1.f) LPC. Para cerrar el círculo, la declaración de nulidad de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido (artículo 42 LCSP).

En caso de aplicación del artículo 47.1.f) LPC, el iter expuesto es el siguiente:

Práctica anticompetitiva → resolución sancionadora firme de competencia (nulidad del pacto colusorio) → revisión de oficio del contrato público (a. 106 LPC) → declaración de nulidad del contrato público

b) Nulidad y prohibición de contratar

Tal como se explica en el epígrafe IV de este capítulo, el artículo 71.1.b) LCSP impone una prohibición de contratar a los operadores económicos que hayan sido sancionados con carácter firme por «falseamiento de la competencia». La imposición de esta prohibición de contratar es el paso intermedio para la declaración de nulidad del contrato administrativo.

El contrato administrativo es nulo si la empresa se halla incurso en alguna de las prohibiciones de contratar previstas en la LCSP (artículo 39.2.a) durante la tramitación del procedimiento y en el momento de la adjudicación. A su vez, el artículo 42.1 LCSP añade que la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la

¹³⁴¹ Entre otros, Dictámenes 384/2004, de 30 de agosto, 336/2005, de 28 de abril, 636/2008, de 4 septiembre, 696/2009, de 30 de julio, 1.127/2009, de 3 de diciembre, 1/2013, de 24 de enero, 521/2014, de 29 de octubre

adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación. Por la aplicación conjunta de dichos preceptos, cabe contemplar cuatro escenarios:

En primer lugar, cuando un operador económico incurso en una prohibición de contratar por haber sido sancionado con carácter firme por prácticas contrarias a la competencia en una licitación anterior gana una licitación posterior - o cuando aquella se le impone después de la adjudicación-, el acto de adjudicación del segundo contrato es nulo, lo que determina la nulidad de este.

El *iter* expuesto es el siguiente:

Práctica anticompetitiva → resolución sancionadora firme de competencia (nulidad del pacto colusorio) → prohibición de contratar (resolución o sentencia) → formalización del contrato → revisión de oficio del nuevo contrato → declaración de nulidad del nuevo contrato.

En segundo lugar, cuando la resolución sancionadora firme contemplase la imposición de la prohibición de contratar y fuese anterior a la formalización del contrato público, este debe ser declarado nulo, aunque la prohibición de contratar se dictase con posterioridad a dicha formalización. Ello se debe a que es la resolución sancionadora la que entiende que existe causa para imponer la prohibición; el órgano de contratación se limita a «apreciar directamente» su concurrencia.

Práctica anticompetitiva → resolución sancionadora firme de competencia (nulidad del pacto colusorio) CON pronunciamiento sobre la prohibición → formalización del contrato → prohibición de contratar (resolución o sentencia) → revisión de oficio del nuevo contrato → declaración de nulidad del nuevo contrato.
--

En tercer lugar, cuando la resolución sancionadora firme anterior a la formalización del contrato no se pronunciase sobre la prohibición de contratar, el contrato formalizado con posterioridad debe ser declarado nulo, dado que la imposición de una sanción firme en materia de competencia determina la prohibición. El procedimiento *ad hoc* no decide si concurren o no los requisitos para imponerla; tan sólo su alcance y duración (artículo 72.2 LCSP).

Práctica anticompetitiva → resolución sancionadora firme de competencia (nulidad del pacto colusorio) SIN pronunciamiento sobre la prohibición → formalización del contrato → prohibición de contratar (resolución o sentencia) → revisión de oficio del nuevo contrato → declaración de nulidad del nuevo contrato.

En cuarto lugar, cuando la resolución sancionadora firme sea posterior a la formalización del contrato, no procedería declarar la nulidad del contrato, dado que la sentencia o resolución sancionadora firme tienen carácter constitutivo de la prohibición¹³⁴².

Práctica anticompetitiva → formalización del contrato → resolución sancionadora firme de competencia (nulidad del pacto colusorio) → prohibición de contratar (resolución o sentencia) → NO revisión de oficio del nuevo contrato → NO declaración de nulidad del nuevo contrato.

c) Nulidad por causas de Derecho Civil

El acto de adjudicación - y consiguientemente el contrato público- puede devenir nulo cuando concurre una causa de invalidez de Derecho Civil. El Código Civil recoge en su articulado una pluralidad de razones para declarar la nulidad de un contrato¹³⁴³. De ellas, la que puede fundamentar la nulidad del contrato público por nulidad del acto de adjudicación es la relativa a la causa del contrato

El artículo 1304 CC establece que los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral. La invalidez por razón de la ilicitud de la causa se predica del acuerdo colusorio.

¹³⁴² Un desarrollo muy amplio de esta postura negativa se encuentra en BACHES OPI, SEGIO, «La prohibición de contratar con las administraciones públicas por infracciones del derecho de la competencia: “setting a sale on a sea of doubt”», en CANEDO, MARÍA DEL PILAR (Dir.), *La competencia como motor del desarrollo económico*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 195-200.

¹³⁴³ Muy resumidamente, las causas de nulidad del contrato son las siguientes: 1.- El haber traspasado las partes los límites a la autonomía privada, como son ley, moral y orden público, según el Art.1255 Cc. La sanción de nulidad está específicamente prevista en el **Art. 6-3 Cc**, según el cual: «*Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.*» 2.- La falta absoluta de consentimiento. 3.- La inexistencia, falta absoluta de determinación o ilicitud del objeto del contrato. 4.- La inexistencia o ilicitud de la causa. Para estos supuestos, la nulidad derivaría del **Art. 1261 Cc**, según el cual: «*No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: Consentimiento de los contratantes. Objeto cierto que sea materia del contrato. Causa de la obligación que se establezca.*» 5.- La falta de forma cuando venga exigida por la ley con el carácter de forma *ad solemnitatem*.

Acreditada la infracción de la normativa de defensa de competencia en la oportuna resolución o sentencia, el acuerdo colusorio debe entenderse nulo por padecer una causa ilícita. Puesto que dicho acuerdo predetermina el resultado de la adjudicación, el acuerdo de adjudicación deviene inválido y con él el contrato administrativo ex artículo 38 LCSP.

1.6.4. Revisión de oficio

Con independencia de que la nulidad del acuerdo colusorio sea considerada como causa de invalidez de Derecho Administrativo o de Derecho Civil, la nulidad del contrato administrativo será declarada previa revisión de oficio del acto de adjudicación. Serán competentes para declarar la nulidad de estos actos o declarar su lesividad el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, o el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, cuando ésta no tenga el carácter de Administración Pública. En este último caso, si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria.

Así pues, *de lege data*, la competencia para proceder a la revisión de oficio y a la consiguiente declaración de nulidad del contrato corresponde al órgano de contratación (artículo 41 LCSP). En la práctica, no existen precedentes de haberse adoptado esta medida. Esta inactividad no es extraña¹³⁴⁴. La anulación del contrato conlleva la convocatoria de una nueva licitación. Hasta la adjudicación del futuro contrato, las actividades que motivaron la licitación serán paralizadas, salvo que la declaración administrativa de nulidad produjese un grave trastorno al servicio público. En este caso, el órgano de contratación podrá disponer en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquél y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio (artículo 42.3 LCSP). Elegir entre el mero respeto a la legalidad y la ejecución rápida de lo contratado supone conceder al órgano de contratación escasos incentivos para proceder a la anulación.

¹³⁴⁴ AYMERICH CANO, CARLOS, *Un Problema Pendiente. La Anulación De Los Contratos Administrativos Afectados Por Actos De Corrupcion*, Thomson-Reuters Aranzadi, 1ª ed. 2015.

Tan sólo la distancia al contrato administrativo y a su ejecución garantiza que la nulidad sea una medida efectiva. Por ello, *de lege ferenda*, la competencia para imponer la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia, acordar la revisión de oficio y la declaración de nulidad del contrato administrativo debería corresponder a las autoridades de de defensa de la competencia.

1.6.5. Resolución del contrato administrativo

La finalización anticipada de un contrato público puede lograrse por la vía de instar su resolución. La LCSP (artículo 211) no ha previsto un motivo que contemple el supuesto estudiado. Sin embargo, ambos textos legales permiten al órgano de contratación introducir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares una cláusula que declare resuelto el contrato cuando le sea notificada la resolución o sentencia sancionadora firme condenando el contratista por haber incurrido en acuerdos colusorios o prácticas concertadas para lograr la adjudicación del contrato.

La vía para hacerlo es la prevista en el artículo 209, apartados f) («*el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato*») e h) («*las establecidas expresamente en el contrato*»).

1.6.6. Nulidad o resolución del contrato no adjudicado a los cartelistas

Cuando el acuerdo colusorio declarado nulo por la autoridad de defensa de la competencia ha predeterminado el resultado de la adjudicación en favor del cártel cabe defender la nulidad o la resolución del contrato público. En tal caso, el pacto ha producido efectos anticompetitivos y desnaturalizado tanto la licitación como la adjudicación, que ha recaído en quien carecía de los requisitos establecidos por los pliegos para ser el contratista por sus propios méritos.

Cabe preguntarse si también procede declarar la nulidad del contrato público cuando el cártel autor del acuerdo colusorio inválido no ha sido exitoso. Es decir, si la adjudicación ha recaído en un licitador tercero al cártel o este no ha conseguido sus otros objetivos (por ejemplo, el boicot de la licitación).

En tales casos, el acuerdo colusorio no parece haber producido efectos anticompetitivos, dado que el cártel no ha logrado ninguno de sus objetivos, sea obtener el contrato para sus socios sea perjudicar o eliminar a sus competidores. Siendo así, castigar el fracaso del cártel con la nulidad o resolución del contrato público podría estimarse como desproporcionado e ineficaz porque no redundaría en un mayor castigo para el cártel, sino que perjudica al adjudicatario, al poder adjudicador y, en definitiva, al interés público satisfecho con el contrato.

No obstante, la solución caso-a-caso parece la más adecuada. Debe recordarse que los cárteles en licitaciones públicas son el prototipo de restricciones por objeto. Incluyen normalmente un pacto sobre precios y el reparto de clientes o de mercados. Es posible que en algunos supuestos, la participación infructuosa de un cártel de licitadores coadyuve decisivamente a que el contrato no se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa.

En ocasiones, es el cártel de licitadores el que decide no presentarse a un procedimiento de contratación o no alcanza un acuerdo interno en alguna licitación. En otros casos, la noticia del acuerdo colusorio entre los demás licitadores puede incentivar la no presentación inicial o la retirada sobrevenida de proposiciones (reducción de la competencia por el mercado). Cuando el cártel establece un esquema de precio predatorio con ofertas de cobertura, las ofertas predatorias o por encima del precio razonable se consideran para definir el umbral de oferta anormalmente baja. Si el pacto se conforma entre las empresas de un mismo grupo, para aplicar el régimen de apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias se tomará únicamente la oferta más baja, produciéndose la aplicación de los efectos derivados del procedimiento establecido para la apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, respecto de las restantes ofertas formuladas por las empresas del grupo (artículo 86.1 R.D. 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la LCAP). Quizás el caso más significativo es el del boicot. En su modalidad más extrema, la abstención de todos los posibles licitadores – que integran el cártel- provocará la anulación del procedimiento y la convocatoria de un procedimiento negociado¹³⁴⁵.

¹³⁴⁵ En este punto, las diferencias entre el TRLCSP y la LCSP son evidentes. En el primer caso (artículo 170 a) y c), la ausencia total de ofertas o la ausencia de ofertas admisibles en el procedimiento da lugar a que se tramite el procedimiento negociado sin publicidad. En la LCSP, en estos casos se acudiría al procedimiento negociado con publicidad (artículo 165), o al negociado sin publicidad en determinadas circunstancias (artículo 166).

1.7. Prohibición de contratar por falseamiento de la competencia

La Directiva 2014/24 y en su transposición la LCSP de 2017 han incluido expresamente entre las prohibiciones de contratar la causada por haber incurrido en conductas que falseen la competencia. También prevén que los licitadores sospechosos de estar incursos en tales conductas expulsados del procedimiento de contratación.

Ambas figuras constituyen un punto de inflexión hacia un mayor rigor del Derecho de la contratación pública en la lucha contra las prácticas anticompetitivas. Su importancia ha sido destacada unánimemente por la doctrina. Por todo ello, se dedica a su estudio el epígrafe V de este capítulo.

2. POR EL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN Y PARA LOS LICITADORES

2.1. Cláusulas contractuales y fórmulas orgánicas

Cabe diferenciar dos grupos de cláusulas incorporables a los pliegos, reglamentarias y orgánicas. Las primeras contienen disposiciones -expositivas o vinculantes- destinadas a evitar o prevenir conductas *antitrust* de las empresas en el procedimiento de contratación. Las segundas refieren la participación de comités y expertos en materia de competencia que auxilien al órgano de contratación y a la Mesa a la hora de impedir y reaccionar frente a dichas conductas.

2.2. Diseño del procedimiento. Cláusulas anticolusorias en los pliegos

El consenso general en la teoría económica de la formación de cárteles en la contratación pública, relativa al *bid rigging*, es que las reglas de los procedimientos de contratación tienen una importancia esencial en la formación y estabilidad de los cárteles¹³⁴⁶. A la hora de diseñar un procedimiento de contratación pública debe

¹³⁴⁶ MATTOS, CARLOS, «Procurement Procedures and Bid-Rigging in Brazil», en JENNY, FREDERIC y KATSOULACOS, YANNIS (Ed.), *Competition Law Enforcement in the BRICS and in Developing Countries. Legal and Economic Aspects*, Springer, 2016, p. 170.

atenderse a tres principios: eficiencia, economía y competencia¹³⁴⁷. La dinámica de cualquier sistema desarrollado de compras públicas se resume en promover la mayor participación posible de licitadores independientes y no concertados con el objetivo de obtener el producto o servicio de mejor calidad al mejor precio posible (*value for money*).

En términos generales, los pliegos de cláusulas administrativas particulares contienen estipulaciones de dos tipos: las que instrumentan la gestión del procedimiento contractual por el órgano de contratación y las que regulan los requisitos y conductas de las empresas a efectos de su entrada, participación y selección de sus ofertas. A la segunda categoría pertenecen las que ahora nos ocupan. Su expresión en el pliego tiene como objetivo hacerlas partícipes de los efectos informativo y normativo que caracterizan a aquél en cuanto «ley del contrato».

Entre las múltiples clasificaciones que admiten las cláusulas anticolusorias, nos hemos decidido por un criterio funcional. Así diferenciamos entre: a) indicaciones relativas a los aspectos de la contratación de más fácil manipulación; b) el compromiso del licitador de no incurrir en prácticas colusorias.

2.2.1. Aspectos de manipulación más sencilla

La colusión puede producirse en muy diversos momentos del proceso contractual. No sólo durante el procedimiento propiamente dicho sino durante su ejecución. El pliego de cláusulas administrativas particulares dirige el contrato desde su inicio hasta su fin. Por ello, la inclusión en el mismo de cláusulas contra-colusión permite activarlas a lo largo de toda la vida del contrato, según el momento en el que se produzca el riesgo de manipulación.

Necesariamente, el expediente de contratación habría de incluir una relación de las reglas de competencia aplicables y las prácticas anticompetitivas más comunes en este ámbito. No es preciso que se recojan en el PCAP. Bastaría una presentación general y una remisión a un documento al uso, como la Guía de la CNC sobre contratación pública y competencia o sus equivalentes en Andalucía y Cataluña. O bien cabe asentar el clausulado de reglas, prácticas y prohibiciones relativas al *bid rigging* en el perfil del

¹³⁴⁷ LEONG, JIA YI JAYME, TAN, HI LAN, «Designing auctions to protect competition and to promote efficiency and revenue», *Journal of Competition Law & Economics*, 0(0), 2016, pp.1-28, pp. 2-4.

contratante, desde el que puede filtrarse a cada procedimiento por la vía de su cita y referencia en el anuncio de licitación o en los pliegos.

La importancia de este contenido no debe de ser minusvalorada, aunque no pueda fundar la resolución del contrato por incumplimiento de una obligación esencial contenida en los pliegos. Posee, en primer lugar un alcance singularizado para cada licitador. Su importancia radica en lo que tiene de formativo para los licitadores, quienes difícilmente podrán alegar ignorancia del carácter anticompetitivo de la conducta o de sus efectos si han tenido la oportunidad de informarse sobre ellas antes de presentar su proposición. Por ende, es un complemento recíproco del compromiso del licitador para no incurrir en prácticas colusorias, cuyos efectos serán analizados en el epígrafe subsiguiente.

En segundo lugar, es una vía de promoción de la competencia en la contratación, pues goza de la capacidad expansiva que aporta el perfil de contratante. La posibilidad de incluir esta relación aparece claramente acogida en el artículo 63.2 LCSP entre *«cualesquiera datos e informaciones referentes a la actividad contractual del órgano de contratación»*. Esta expresión tiene en este precepto un alcance mucho más amplio que el limitado a los pliegos de cada contrato concreto.

2.2.2. El protocolo de legalidad

A diferencia de los supuestos estudiados en el epígrafe precedente, un mecanismo para lograr la implicación activa del licitador en la prevención de la colusión consiste en la inclusión de un protocolo de legalidad en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, que cada licitador o candidato cubrirá, firmará y presentará junto a su oferta. El protocolo instrumenta el compromiso de los participantes en la licitación de no acometer o participar en manipulaciones colusorias. A efectos prácticos, resulta conveniente añadir al pliego un Anexo, que contendrá un modelo de compromiso elaborado por el órgano de contratación. Los participantes podrán presentar un documento alternativo, que sólo será admitido si reúne garantías equivalentes al modelo.

a) Funciones del protocolo: informativa y disuasoria

Las funciones esenciales del compromiso son la informativa y la disuasoria. La primera opera en todos los procedimientos de contratación. Y tiene mayor importancia en aquéllos en los que concurren factores que aminoran la competencia (mercados locales, escasas empresas participantes, predominio de PYMEs, etc.), la exigencia del compromiso concede al licitador una idea exacta *ab initio* de la importancia de concurrir autónomamente respecto a sus rivales. Su presencia, unida a la formación que proporcionen al licitador las explicaciones sobre *bid rigging* anexadas a y referenciadas en el pliego no es sino otro medio de promoción de la competencia en la contratación pública. Su valor intrínseco como tal es enorme dado el gigantesco volumen de procedimientos y la garantía de diseminación que ofrece el perfil de contratante¹³⁴⁸. Pero más importante que la labor informativa/educadora es que al licitador no se le ofrezcan dudas sobre los efectos derivados de su incumplimiento. Por ello, en el modelo de compromiso deben primar ideas puramente negativas: la exigencia de no participar en prácticas colusorias y las consecuencias de incurrir en ellas.

b) Eficacia disuasoria y represiva

Imponer a los licitadores la obligación de firmar un protocolo de legalidad sólo es justificable si en paralelo se adoptan medidas para garantizar su eficacia. Ello exige otorgar al compromiso un carácter inmediatamente disuasorio y eventualmente represivo. El licitador debe conocer que tanto la negativa a formalizar el protocolo como su incumplimiento son sancionables en el ámbito de la contratación pública en el del derecho de la competencia y en sus esferas personal y profesional.

c) Disuasión en el ámbito de la contratación pública

En el ámbito de la contratación pública, la consecuencia más penosa para el licitador es la imposición de una prohibición de contratar por un período de hasta cinco años. Esta sociedad plantea dos cuestiones fundamentales: determinar los criterios para imponer la prohibición de contratar; y precisar en cuál de las prohibiciones de contratar puede inscribirse el desconocimiento del protocolo de legalidad.

¹³⁴⁸ Para garantizar una mayor efectividad del compromiso no sería desaconsejable incorporar una referencia a las aclaraciones sobre la naturaleza y características del *bid rigging* incorporadas o adjuntadas al pliego.

d) Prohibición de contratar

A esta cuestión ha respondido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia *Edilux*¹³⁴⁹. El Tribunal conoció de una cuestión prejudicial planteada por el *Consiglio de Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana* acerca de la conformidad con el Derecho de la Unión Europea del artículo 1, apartado 17, de la Ley n° 190/2012, que permite que el poder adjudicador establezca como causa legal de exclusión de las empresas participantes en una licitación convocada para la adjudicación de un contrato público su no aceptación -o la falta de prueba documental de la aceptación- de los compromisos contenidos en protocolos de legalidad dirigidos, en primer lugar, a luchar contra la infiltración de la delincuencia organizada en el sector de la adjudicación de contratos públicos. Estos compromisos incluían, además, cláusulas destinadas a impedir la colusión en las licitaciones, en particular a través de la subcontratación.

Edilux establece tres criterios para examinar la validez de los protocolos de legalidad. En primer lugar, su imposición como obligatorios a licitadores y candidatos está supeditada a que los compromisos respeten los principios fundamentales de la contratación pública (igualdad, no discriminación, publicidad, transparencia y competencia)¹³⁵⁰ y respondan a razones fundadas de interés general¹³⁵¹.

En segundo lugar, el desconocimiento o incumplimiento del protocolo facultará al poder adjudicador para imponer al licitador una prohibición de contratar tan sólo cuando el compromiso mencione inequívocamente la obligación de aquél de no incurrir en actos o acuerdos anticompetitivos (o contrarios a otra ley)¹³⁵².

¹³⁴⁹ STJUE de 22 de octubre de 2015, C-425/14, *Impresa Edilux*.

¹³⁵⁰ La apelación a estos principios se debe, además de a su carácter seminal, a la imposibilidad del TJUE para decidir las cuestión prejudicial acudiendo a las Directivas de contratos. El contrato en cuestión se encontraba por debajo de los umbrales exigidos, *Edilux*, párr. 21.

¹³⁵¹ Las razones que motivan la imposición del protocolo deben consistir en intereses generales cuya infracción es sancionable por la ley sectorial (corrupción, defensa de la competencia, medio ambiente...). «*Resulta obligado hacer constar que, al oponerse la actividad delictiva y a las distorsiones de la competencia en el sector de los contratos públicos, una medida consistente en obligar a declarar que se acepta este tipo de protocolo de legalidad parece adecuada para reforzar la igualdad de trato y la transparencia en la adjudicación de los contratos. Además, como esa obligación recae sin distinción sobre todos los candidatos o licitadores, no vulnera el principio de no discriminación*», *Edilux*, párr. 28.

¹³⁵² «*En lo que respecta a la declaración que figura en la letra g) del protocolo de legalidad que se discute en el litigio principal, en la que el participante en la licitación declara que no se ha puesto de acuerdo ni se pondrá de acuerdo con otros participantes en el procedimiento de licitación para limitar o eludir la competencia, su objetivo consiste simplemente en proteger los principios de*

A *contrario sensu*, y en tercer lugar, cuando el protocolo prohíba comportamientos genéricos o no necesariamente antijurídicos, no es posible emplear presunciones *iuris et de iure* de antijuridicidad. Por tanto, no cabe excluir automáticamente de procedimientos futuros al licitador que evite o infrinja este tipo de compromisos; es necesario darle la oportunidad de alegar y probar. Así ocurre cuando se impone a los participantes en la licitación la prohibición genérica de llegar a todo tipo de acuerdos¹³⁵³ o la de subcontratar todo tipo de tareas a otras empresas participantes en la licitación, siendo consciente de que, en caso contrario, tales subcontratas no se autorizarán¹³⁵⁴.

La constancia de una firma al pie del mismo apuntalaría otros indicios de manipulación conocidos en el curso de un proceso penal o de un procedimiento de investigación instado por las autoridades de competencia.

e) ¿Qué prohibición de contratar?

El derecho de la contratación pública ha establecido una prohibición de contratar en la que puede incardinarse perfectamente el supuesto estudiado. La Directiva 2014/24, de contratos públicos, la incluye entre las prohibiciones facultativas para el legislador nacional. Su artículo 57.4.e) sanciona a quienes hubiesen incurrido en «*falsedad (...) al facilitar cualesquiera otros datos relativos a su capacidad y solvencia*». El artículo 71.1.e) LCSP reproduce el precepto comunitario pero lo incluye entre las prohibiciones obligatorias. No cabe otra opción al órgano competente que sancionar al licitador o candidato respecto del que pueda acreditarse el incumplimiento del protocolo de

competencia y de transparencia en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos.», Edilux, párr. 33.

¹³⁵³ «En la letra e) del mencionado protocolo figura igualmente la declaración en la que el participante en la licitación afirma que no se ha puesto de acuerdo ni se pondrá de acuerdo con otros participantes en el procedimiento de licitación. Al excluir así todo acuerdo entre los participantes, incluidos los acuerdos que no puedan restringir el juego de la competencia, esta declaración va más allá de lo necesario para proteger el principio de competencia en el ámbito de los contratos públicos. Por este motivo, tal declaración es diferente de la que figura en la letra g) del protocolo de legalidad que se discute en el litigio principal.», Edilux, párr. 37.

¹³⁵⁴ «Es preciso aplicar consideraciones similares a la declaración que figura en la letra f) del protocolo de legalidad que se discute en el litigio principal, en la que el participante en la licitación declara que no subcontratará ningún tipo de tareas a otras empresas participantes en la licitación, siendo consciente de que, en caso contrario, tales subcontratas no se autorizarán. En efecto, esta declaración implica una presunción *iuris et de iure* de que la eventual subcontratación a otro de los participantes en la misma licitación efectuada por el adjudicatario tras la adjudicación del contrato es consecuencia de una colusión entre las dos empresas de que se trata, sin ofrecerles la oportunidad de demostrar lo contrario. Así pues, tal declaración va más allá de lo necesario para prevenir comportamientos colusorios», Edilux, párr. 39.

legalidad con la exclusión de la participación en futuras licitaciones durante el período previsto en la ley (ver nueva ley)¹³⁵⁵.

Para afirmar que el participante en el procedimiento de contratación ha incurrido en falsedad a la hora de redactar y firmar el protocolo de legalidad es imprescindible que su comportamiento haya sido previamente declarado anticompetitivo por una resolución firme de la Autoridad de Competencia o una sentencia judicial dictada en fase de recurso. Recaída una u otra decisión, la autoridad competente instruirá el procedimiento previsto en la normativa contractual para las prohibiciones de contratar y resolverá en función de los criterios definidos por la jurisprudencia comunitaria.

f) Disuasión en el ámbito del Derecho Penal

En el ámbito penal el compromiso engañoso podría encajar en el tipo de falsificación documental, más o menos agravada según se tuviese a aquél por documento privado, oficial o público. Es esencial, por ello, precisar la naturaleza jurídica del compromiso a los efectos penales. Cuando la falsificación en documento público, oficial o mercantil (documento POM) es imputable a un particular –caso del licitador- el artículo 392 CP castiga al autor con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses. El artículo 395 del Código Penal (redacción según Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), castiga con la pena de prisión de seis meses a dos años al particular que, para perjudicar a otro, cometiere en documento privado alguna de las falsedades previstas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390. Este último define el delito de falsificación del documento POM. En sus tres primeros números alude a las conductas siguientes: a) Alteración de un documento POM en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial; b) Simulación de un documento POM en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad; c) Suposición en un acto de la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.

Estrictamente, en Derecho Penal son privados aquellos documentos que han sido confeccionados por los particulares sin el propósito de producir efectos en el orden

¹³⁵⁵ En el TRLCSP, la competencia para resolver sobre la prohibición de contratar se imputa a Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, o a los órganos que resulten competentes en el ámbito de las Comunidades Autónomas (artículo 61.2)

oficial o público, y siempre que no sean reflejo o manifestación de operaciones o actividades mercantiles. El compromiso firmado por el licitador según el modelo oficial o similar, anexo a su oferta y sellado por funcionario competente no se dirige al tráfico jurídico privado. Por el contrario, se incorpora al expediente de contratación para producir efectos en el mismo. Su carácter anfibiológico lo inserta en la categoría de «documentos públicos por destino o por incorporación».

La posición jurisprudencial sobre los documentos por destino ha variado a lo largo del tiempo. Durante los años 80, la doctrina jurisprudencial, de modo pacífico y terminante, vino declarando que la incorporación de documentos inicialmente (o por su origen) «privados» a los procedimientos judiciales o a los expedientes administrativos, producía en los mismos un cambio de naturaleza transformándolos (por destino) en «oficiales» o «públicos» (Sentencias de 27 junio 1983 y 9 de febrero de 1989). A partir de 1990 se operó un giro radical en el sentir jurisprudencial. Han de citarse las Sentencias 11 y 25 octubre 1990 como iniciadoras de la doctrina según la cual lo determinante es la naturaleza del documento en el momento de soportar las manipulaciones o acoger el contenido inveraz. Aunque se aceptase que el documento privado falso se transmute después en público oficial o mercantil, lo que no se alteraría nunca es la realidad de que se falsificó un documento privado. Para mantener la categoría de públicos, ciertos documentos ‘privados’ de particular configuración y suscripción surgen, desde el instante mismo de su confección, con inexorable y único destino de incorporación a la esfera pública, a cualquiera de los órganos que integran la Administración y cuyo fin es de provocar una resolución del ente receptor¹³⁵⁶. La jurisprudencia más reciente ha ratificado dicha distinción¹³⁵⁷.

¹³⁵⁶ STS, Sala de lo Penal nº. 522/1996 de 19 septiembre, Rec. casación nº. 1237/1995.

¹³⁵⁷ Sirva de referencia la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, nº 165/2010, de 18 de febrero de 2010 (Rec. casación nº. 1351/2009, F.J. 4º): «Con respecto al delito de falsedad en documento oficial por incorporación de documento privado, en las SSTS 386/2005, de 21 de marzo, y 575/2007, de 9 de junio, se afirma lo siguiente: «de acuerdo con la doctrina de esta Sala, que ha eliminado la anterior categoría de ‘documentos públicos u oficiales por destino’, anteriormente existente —SSTS de 9 de febrero y 16 de mayo de 1990—, criterio del que ya se separan las SSTS de 11 y 25 de octubre del mismo año, y que hoy es la consolidada de la Sala, hay que estar a la naturaleza del documento en el momento de la comisión de la maniobra mendaz —SSTS de 10 de marzo de 1993, 28 de mayo de 1994, 10 de septiembre de 1997—, y de acuerdo con ello podría defenderse la naturaleza privada de dicho documento. Tal doctrina tiene una importante matización en relación a aquellos documentos privados que tienen como única razón de ser el de su posterior incorporación a un expediente público y por tanto la de producirse efectos en el orden oficial, provocando una resolución con incidencia o trascendencia en el tráfico jurídico —SSTS de 19 de septiembre de 1996, 4 de diciembre de 1998, 3 de marzo de 2000, 16 de junio de 2003 y 24 de enero de 2002—. Y en la sentencia de este Tribunal 1529/2003, de 14 de noviembre, se argumenta, con mayor claridad

De la abundante doctrina jurisprudencial sólo cabe concluir que el compromiso – en cuanto se emite en relación con ningún tipo de resolución administrativa- tiene el carácter de documento privado. Por ello, su falsificación incurrirá en el delito contemplado en el artículo 395 CP, si concurren los requisitos típicos. El esencial es el ánimo de dañar a un tercero.¹³⁵⁸

En el campo de la contratación pública los perjuicios derivados de la manipulación de licitaciones son difícilmente discutibles. Pero para que existiese delito en un caso concreto, sería necesario probar la relación de causalidad entre la falsificación y el hecho dañoso y los concretos perjuicios producidos. En el primer caso, la carga de la prueba se ve respaldada por otros indicios presentes en el expediente de contratación y en la ejecución del contrato. Unos y otros se complementan y apoyan. La adulteración del compromiso corrobora la naturaleza colusoria de las conductas observadas en el expediente, a la vez que estos ratifican aquélla. En segundo lugar, la prueba del perjuicio producido resultaría de comparar el importe y características de la proposición del adjudicador falsario con la oferta económicamente más ventajosa que debió haber obtenido el contrato.

expresiva, que: «cuando un impreso es completado por un particular, que efectúa en el mismo determinadas manifestaciones, no es otra cosa que una declaración particular, por lo que no llega a adquirir, solo por el hecho de constar en un impreso de uso estandarizado, el carácter de documento oficial. El que posteriormente tal documento sea incorporado a un ámbito oficial no modifica su naturaleza, o al menos no altera el hecho de que las manifestaciones fueron vertidas en un documento privado» (...)Puede ocurrir, sin embargo -sigue diciendo la referida sentencia-, que el documento suscrito, confeccionado o rellenado por el particular, que contiene como tal solo manifestaciones particulares, tenga como destino único y como exclusiva razón de su existencia, el incorporarse a un expediente oficial, administrativo o de otra clase, con la finalidad de servir de base a una declaración o resolución oficial, que resulta así, una vez emitida, de contenido falsario a causa de la mendacidad del particular, pudiendo decirse que en estos casos el autor mediato utiliza al funcionario como instrumento de la falsedad cometida en el documento, que al emanar de aquél en el ejercicio de sus funciones, resulta ser un documento oficial». Y acaba afirmando que «así lo ha entendido esta Sala en algunas ocasiones, precisando su doctrina más actualizada que negaba la simple conversión de la naturaleza del documento en atención a su destino oficial. Entre ellas en la STS 1720/2002, de 16 octubre, en la que se afirmó que el documento 'ab initio' privado que nace o se hace con el inexorable, único y exclusivo destino de producir efectos en un orden oficial, en el seno de la Administración Pública o en cualquiera de sus vertientes o representaciones se equipara al documento oficial, siempre que sea susceptible de provocar una resolución administrativa del ente receptor que incorpore el elemento falso aportado». En el mismo sentido, la STS 79/2002, de 24 enero.

¹³⁵⁸ «La falsificación de un documento privado del art. 395 del Código Penal sólo es delito cuando se realiza para perjudicar a otro (...). La falta de verdad que comporta toda falsedad documental no es suficiente, si la falsedad se realiza en un documento privado, para que el hecho sea punible. Es preciso que la mendacidad escrita en un documento privado –que, por sí sola, no afecta a ningún bien jurídico penalmente protegido– esté encaminada a causar a otro un perjuicio que, en la mayoría de los casos será económicamente evaluable aunque no pueda descartarse la posibilidad de un perjuicio no patrimonial», STS, Sala de lo Penal, nº. 2015/2001, de 29 octubre, rec. casación 4271/1999, F.J. 3º..

g) Disuasión en el ámbito del Derecho de la Competencia

En el marco de una investigación llevada a cabo por una autoridad de competencia la presencia de indicios de colusión acentúa la importancia del compromiso de no incurrir en prácticas colusorias. En primer lugar, el ya reseñado alcance informativo de este documento dificulta que el licitador alegue ignorancia del hecho ilícito. En segundo lugar, facilita la prueba de la existencia de culpa en el infractor, que la jurisprudencia ha considerado suficiente para entender colmado el requisito de la responsabilidad subjetiva, establecido por el artículo 130 LPC¹³⁵⁹. Por último, reduce sino elimina las atenuantes factibles (artículo 64.1.g) LDC). El sujeto no podría negar que conociera la posibilidad de cometer un acto colusorio, los requisitos y que se hubiera comprometido a no hacerlo.

2.2.3. El *placet* comunitario a las cláusulas contracolusorias

a) La sentencia PC-WARE

La imbricación de la normativa *antitrust* en la contratación pública— más concretamente, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares— ha sido admitida al menos una vez por los tribunales comunitarios. El Tribunal General (TG), en su sentencia *PC-Ware*¹³⁶⁰, lo hace de forma tímida e involuntaria, incluso inconsciente, dado que el pronunciamiento guarda relación con la competencia desleal (venta a pérdida). Pero, a nuestro juicio, no cabe duda de que su contenido sería idéntico si versase sobre defensa de la competencia.

La sentencia en cuestión decide una demanda de anulación formulada por una empresa licitadora, *PC-Ware Information Technologies*, contra la decisión de la Comisión — tomada como órgano de contratación— de adjudicar un contrato de servicios de reventa de cuentas grandes de productos Microsoft a otra empresa cuya oferta, a juicio de la recurrente, había incurrido en baja temeraria y en venta a pérdida.

Los Reglamentos 1605 y 2342/2002 que rigen la contratación de la Comisión regulan la figura de las ofertas anormalmente bajas, pero no así la venta a pérdida (artículos 131.1 y 146.4, respectivamente). No obstante, las especificaciones técnicas de la licitación disponían en su punto 3.3 que «el contrato resultante estará regulado por el

¹³⁵⁹ Por todas, STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 1 marzo 2012, F.J. 6º.

¹³⁶⁰ STG de 10 de mayo de 2010, T-121/08, *PC-Ware Information Technologies BV contra Comisión Europea*..

Derecho de la Comunidad Europea, *completado por el Derecho belga en los puntos para los que el Derecho comunitario no regule la cuestión de Derecho de que se trate*»¹³⁶¹. Dado que el artículo 40 de la ley belga de 14 de julio de 1991, sobre prácticas comerciales y sobre la información y protección al consumidor, prohíbe la venta a pérdida, la recurrente sostuvo que al decidir la adjudicación la Comisión desconoció este precepto y vulneró además aquéllos que vedan las bajas temerarias¹³⁶². Por ende, y es lo que más importa, alegó que el órgano de contratación estaba obligado a enjuiciar las proposiciones al albur de toda la legislación aplicable a la licitación, directamente o por remisión –por tanto, también de la que castiga la competencia desleal- y no solamente tomando como parámetro a la normativa de contratación pública¹³⁶³.

El TG desestimó el recurso sobre la base de un argumento muy discutible: las especificaciones técnicas, cuyo punto 3.3 preveía la aplicación subsidiaria de la legislación belga, son uno de los elementos del pliego, pero no constituyen normas de la contratación pública; así pues, no son invocables por el licitador ante el Tribunal comunitario por vía de su proximidad a la figura de la baja temeraria¹³⁶⁴. Dicho criterio invalida *ab initio* el apartado 3.3 como regla contractual en base a la inadecuación de su fuente originaria (debiera serlo una norma, no un acto).

Sin embargo, la previsión de aplicación supletoria de la normativa belga no queda exánime. La sentencia añade que la Comisión está obligada por ella en virtud de los principios de buena administración y cooperación leal entre las instituciones de la Unión y los Estados miembros. Como ‘guardián de las reglas del contrato’, el órgano de contratación debe «garantizar que las condiciones previstas en la presente licitación no incitasen a los licitadores potenciales a infringir la legislación belga que se aplica al contrato»¹³⁶⁵. No puede desconocer que las especificaciones técnicas contenían un compromiso destinado a evitar las ofertas a pérdida en cuanto constitutivas de acto de competencia desleal. Pero el estándar que el TG fija para este deber es puramente formal. Resulta satisfecho por la mera comprobación de que el compromiso acompaña a

¹³⁶¹ *PC-Ware*, 7.

¹³⁶² *PC-Ware*, 46.

¹³⁶³ *PC-Ware*, 47, «En segundo lugar, al no haber controlado la Comisión, a pesar de la información comunicada por la demandante, si la oferta del adjudicatario infringía la prohibición de las ventas a pérdidas, la Comisión vulneró el principio de buena administración, ya que no examinó minuciosamente e imparcialmente todos los elementos pertinentes»

¹³⁶⁴ Por dicho motivo, el TG sostiene que la vulneración de la prohibición de venta a pérdida es una cuestión residencial ante los Tribunales belgas, *C-Ware*, 58-62.

¹³⁶⁵ *PC-Ware*, 63.

la oferta. O dicho de otro modo, la inclusión en los pliegos del compromiso por el cual los licitadores se obligan a no incurrir en prácticas contrarias a normativa ajena a la contratación pública no exige del órgano de contratación la evaluación del (grado de) cumplimiento sustantivo de lo comprometido¹³⁶⁶.

Naturalmente, un compromiso de este tipo puede versar sobre la prohibición de prácticas anticompetitivas. De hecho, la venta a pérdida adquiere aquella condición cuando concurren en ella las características del precio predatorio, figura paradigmática del abuso de posición de dominio¹³⁶⁷. Por lo mismo, es perfectamente admisible incluir en los pliegos el compromiso de no incurrir en prácticas colusorias en general, o con el grado de detalle que se estime oportuno.

La importancia de este reconocimiento ‘en negativo’ es, sin embargo, escasa. No era preciso un pronunciamiento comunitario para admitir compromisos dirigidos a los licitadores en los pliegos. Pero sí resulta destacable que el Tribunal General entienda que la exigencia de un compromiso y la constatación formal de su inclusión en la oferta basta al órgano de contratación para acreditar el cumplimiento del deber de evitar la colusión en la licitación. El documento único comunitario (DEUC) es la plasmación de este criterio en la práctica de la contratación pública. Al responder negativamente a sendas preguntas contenidas en dicho documento, los licitadores acreditan no haber cometido prácticas anticompetitivas ni incurrido en prohibición de contratar

b) El reconocimiento expreso: la sentencia Edilux

El artículo 1, apartado 17, de la Ley italiana nº 190/2012 establece que los poderes adjudicadores pueden exigir, bajo pena de exclusión, que la aceptación de estos protocolos, necesaria para la obligatoriedad de las cláusulas recogidas en ellos, se produzca con carácter previo. El órgano jurisdiccional remitente explicó que la introducción de los protocolos de legalidad en el ordenamiento jurídico italiano persigue el objetivo de prevenir y luchar contra las infiltraciones de la delincuencia organizada, sobre todo en el sector de las obras públicas, que se ha consolidado en ciertas regiones del

¹³⁶⁶ Dicha conclusión es, sin embargo, puesta en solfa por el propio TG en el párrafo 65, al proceder a un examen parcial de fondo sobre la concurrencia de venta a pérdida. La sentencia analiza las alegaciones del recurrente y concluye que de las mismas no puede deducirse la existencia de aquélla. Si bien es cierto que no existe un análisis de los requisitos de la figura, también lo es que el Tribunal entiende que dichos requisitos no se deducen de lo aportado por el recurrente.

¹³⁶⁷ Sobre precio predatorio, ver STJUE de 2 de abril de 2009, *France Télécom* contra Comisión, C-202/07P.

sur de Italia. También permiten proteger los principios fundamentales de competencia y de transparencia, que se hallan en la base de la normativa de contratos públicos italiana y de la Unión Europea. Si sólo fuera susceptible de sanción el incumplimiento de estas cláusulas en la fase de ejecución del contrato, desaparecería el efecto explícitamente perseguido de anticipar al máximo el nivel de protección y de disuasión¹³⁶⁸.

El Tribunal de Justicia asumió las razones expuestas por el órgano remitente y concluyó que *«las normas fundamentales y los principios generales del TFUE, en particular los principios de igualdad de trato y de no discriminación y la obligación de transparencia no se oponen a una normativa nacional en virtud de la cual un poder adjudicador puede establecer que un licitador quedará automáticamente excluido del procedimiento de licitación de un contrato público si no presenta, junto con su oferta, una aceptación por escrito de los compromisos y declaraciones contenidos en un protocolo de legalidad cuyo objetivo es luchar contra la infiltración de la delincuencia organizada en el sector de los contratos públicos»*.

Lo fundamental de *Edilux* para este estudio es que el Tribunal de Justicia condiciona la admisión de los protocolos de legalidad - a lo que puede sumarse los programas de cumplimiento- a la concurrencia de dos requisitos: (1) la previsión expresa en una ley nacional y (2) el respeto al principio de proporcionalidad¹³⁶⁹. Pero no impone ningún límite objetivo a la disposición nacional que establezca la necesidad de un protocolo o programa. Esto es, no restringe su admisibilidad a la lucha contra (determinadas) infracciones criminales. Son admisibles otros objetivos. En su apartado 35, la sentencia admite la introducción de protocolos de legalidad como instrumento de lucha contra las prácticas anticompetitivas en la contratación pública:

«En lo que respecta a la declaración que figura en la letra g) del protocolo de legalidad que se discute en el litigio principal, en la que el participante en la licitación declara que no se ha puesto de acuerdo ni se pondrá de acuerdo con otros participantes en el procedimiento de licitación para limitar o eludir la competencia, su objetivo consiste simplemente en proteger los principios de competencia y de transparencia en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos».

¹³⁶⁸ *Edilux*, 13, 14.

¹³⁶⁹ *Edilux*, 29.

La plasmación de los criterios sentados en las sentencias *PC-Ware* y *Edilux* se encuentra en el documento único comunitario (DEUC) que es objeto de estudio a continuación.

2.2.4. El documento europeo único de contratación (DEUC)

El documento europeo único de contratación (DEUC) consiste en una declaración de los operadores económicos interesados que sirve de prueba preliminar, en sustitución de los certificados expedidos por las autoridades públicas o por terceros. De conformidad con el artículo 59 de la Directiva 2014/24/UE, constituye una declaración formal por la que el operador económico certifica que no se encuentra en alguna de las situaciones en las que deba o pueda ser excluido; que cumple los criterios de selección pertinentes, así como, cuando proceda, las normas y los criterios objetivos que se hayan establecido con el fin de limitar el número de candidatos cualificados a los que se invite a participar. Su objetivo es reducir las cargas administrativas que conlleva la obligación de presentar un número sustancial de certificados u otros documentos relacionados con los criterios de exclusión y de selección. Desde el 18 de abril de 2016, su incorporación a la proposición tiene carácter obligatorio para todas las licitaciones de contratos sometidos a regulación armonizada (artículo 1 Reglamento UE 2016/7).

El Reglamento UE 2016/7 establece que en el DEUC contendrá declaraciones del licitador en relación a cuatro extremos o Partes. En su Parte III («Criterios de exclusión»), apartado C («Motivos referidos a la insolvencia, los conflictos de intereses o la falta profesional (véase el artículo 57, apartado 4, de la Directiva 2014/24/UE)»), el licitador deberá señalar:

<p>¿Ha celebrado el operador económico acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia?</p> <p>En caso afirmativo, especifíquense</p>	<p><input type="checkbox"/> Sí <input type="checkbox"/> No</p> <p>[.....]</p>
	<p>En caso afirmativo, ¿ha adoptado el operador económico medidas autocorrectoras?</p> <p><input type="checkbox"/> Sí <input type="checkbox"/> No</p> <p>Si lo ha hecho, descríbanse las medidas adoptadas</p> <p>[.....]</p>

En términos de Derecho de la Competencia, el DOUE previsto en el Reglamento UE 2016/2007 contiene un modelo normalizado de compromiso del licitador de no haber incurrido en prácticas anticompetitivas. Su importancia y efectos se miden en función de tres variables: a); su operatividad como protocolo de legalidad (en este Capítulo, epígrafe.7.1); b) la constancia para el órgano de contratación de la política de cumplimiento - *self-cleaning, compliance*- del licitador (en este Capítulo, epígrafe III.8.3.b) y c)), la rehabilitación del licitador contra el que se promueve una prohibición de contratar por haber incurrido en comportamientos anticompetitivos (en este Capítulo epígrafe VII.2.5).

2.3. Fórmulas orgánicas de protección de la competencia

La eficacia de las cláusulas estudiadas en los párrafos precedentes se vería reforzada si algún órgano, comité o experto tuviese el encargo de localizar y actuar frente a dichas conductas en el se encuentra en los artículos 150 y 68 LCSP, que encomiendan a la mesa el análisis de posibles indicios de prácticas anticompetitivas entre los licitadores y su remisión a la autoridad de competencia para que decida sobre su expulsión. El artículo 326 LCSP encarga a la Mesa de contratación la competencia para la valoración de las ofertas; lo que se traduce en la actualización de las reglas previstas en el artículo 145 LCSP y concordantes. En su apartado 2, este artículo establece criterios objetivos de adjudicación que deben ser valorados por la Mesa (precio, calidad, aspectos medioambientales...). En ningún caso se alude a factores anticompetitivos como criterios de valoración, sobre los que aquella pueda pronunciarse. Más limitada aún es la funcionalidad del Comité de expertos citado en el apartado 2 a) del artículo 145 LCSP, que se pronunciará sobre los criterios de adjudicación sólo cuando los criterios dependientes de un juicio de valor tengan un peso inferior a los evaluables de forma automática.

Ahora bien, entendemos que la LCSP no impide que los pliegos prevean la participación en el procedimiento de contratación de expertos, grupos o comités que se integren en la mesa o auxilien a ésta y al órgano de contratación sobre los aspectos que tengan por conveniente; por ejemplo, cuando el objeto del contrato es de gran complejidad técnica. No existen tampoco obstáculos a que dichos partícipes sean externos al órgano de contratación, y de naturaleza pública o privada. Por lo mismo, no debe concurrir ningún impedimento para que los pliegos prevean la participación o el

auxilio de expertos en competencia que, conforme a las reglas de manejo funcional establecidas en el seno de la Mesa, examinen la documentación de los licitadores desde una perspectiva *antitrust*.

Dicha posición encuentra acomodo en lo dispuesto para la Mesa de contratación en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cuyos artículos 21 y 22 regulan su composición y funciones, respectivamente. En relación con los integrantes de la Mesa, el artículo 21 es muy laxo. El único miembro de aquélla que deberá pertenecer al órgano de contratación es el Secretario. Normalmente reunirán la doble condición el asesor jurídico y el interventor, aunque ello no es estrictamente necesario. Para los restantes miembros se exige únicamente que «estén designados» por el órgano de contratación y, desde el punto de vista formal, que todos los integrantes sean identificados en el perfil de contratante del órgano. Si la Mesa tuviese funciones permanentes o relativas a una pluralidad de contratos, deberá publicarse la composición en el boletín oficial correspondiente al ámbito del órgano de contratación y de efectividad del contrato.

En consecuencia, el órgano de contratación está facultado para incluir en la mesa a expertos en defensa de la competencia integrados o ajenos a aquél, con voz y voto. Por ello, sus eventuales posiciones discrepantes sobre la conformidad de la selección o de la adjudicación con la normativa de defensa de la competencia figurarán en un acta, lo cual les otorga *autorictas* y previsibles efectos futuros. Pero es todavía más importante su capacidad de incidir directamente en la toma de decisiones por la Mesa gracias a la facultad de voto. Teniendo en cuenta su especialización en ciertas materias, una solución contraria a su postura deberá estar especialmente motivada.

Alternativamente, el artículo 21 permite en su apartado 5, la intervención de expertos en competencia por la vía del auxilio técnico. En tal caso, tendrán la posibilidad de pronunciarse en la reunión y en el acta, pero no derecho de voto.

A la vista del precepto analizado, no ofrece dudas que el órgano de contratación podrá acudir a expertos externos al mismo. Tampoco la ofrece que, en materia de competencia, serán las autoridades nacional y autonómicas de competencia las más capacitadas para ofrecer el asesoramiento pertinente, sea por vía de integración o de auxilio técnico a la Mesa. Ciertamente que esta solución no es viable para la totalidad de los

procedimientos contractuales de todas las Administraciones públicas. Sin embargo, su implementación está lejos de ser utópica. Bastará con aprovechar las facultades de autoorganización administrativa para diseñar aquellos supuestos en los que la participación de la autoridad de competencia – o de otro tipo de asesores- es aconsejable. Como pautas de actuación, tenemos: su uso ciertos tipos (obras pública, concesiones) o los en contratos sometidos a regulación armonizada; su restricción a los contratos celebrados por las centrales de compras, o a aquéllos tramitados por dos o más Administraciones públicas, etc.

La efectividad de dicha participación será evidente cuando las cláusulas de protección de la competencia incorporadas a los pliegos de condiciones tengan el carácter de «*requisitos*» (artículo 22.1. c) Real Decreto 817/2009), «*obligaciones contractuales esenciales*» o «*causas de resolución previstas en el contrato*» (artículo 211 LCSP). O bien cuando las proposiciones sean rechazables por incurrir en los vicios previstos en el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas¹³⁷⁰.

Para que estas Mesas reforzadas sean eficaces en términos de identificación y eliminación de prácticas colusorias es preciso que este último paso se dé en el propio procedimiento contractual. Cuando las conductas anticompetitivas consistan en la infracción de una cláusula incluida en los pliegos que ostente la categoría de requisito del contrato, el resultado excluyente es producto de la decisión de la Mesa de contratación, tal como subrayamos en el párrafo precedente. En los restantes casos, habrá que acudir a la actividad sancionadora de la autoridad de competencia. Pero ésta se verá favorecida por la mayor preparación de la propia Mesa para la identificación de la conducta y de los rasgos que la definen como contraria a la competencia (por ejemplo, en base a un estudio diacrónico de procedimientos anteriores sobre el mismo objeto o en los que hubiesen concurrido las empresas sospechosas). Las técnicas de colaboración entre las distintas Administraciones públicas serán muy útiles para esta

¹³⁷⁰ «Artículo 84. Rechazo de proposiciones. Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición».

tarea, a través de la comunicación de información sobre los resultados de procesos contractuales, indicios en casos anteriores, etc.

De lege ferenda, la solución viene dada por una mayor y mejor imbricación entre los órganos de contratación y los de competencia, de forma que la detección y corrección de conductas anticompetitivas en la contratación pública pueda verificarse en su ámbito y en el procedimiento de forma natural, sin dar lugar a retrasos en la adjudicación.

3. POR LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA

3.1. El «screening»

3.1.1. El *screening* como análisis econométrico de la contratación pública

El uso de métodos proactivos por las autoridades de competencia para la detección de cárteles ha venido prosperando en las últimas décadas con diferente grado de intensidad y de éxito¹³⁷¹. Entre dichos métodos se ha desarrollado especialmente la confección de análisis econométricos que miden la porosidad a la cartelización de ciertos mercados, industrias o actividades económicas concretas¹³⁷². Esta técnica, conocida como *screening* (chequeo o revisión, en español), ha sido definida de múltiples formas: proceso por el cual las industrias o sectores económicos son identificados por la probabilidad de ser infectados por cárteles¹³⁷³; herramienta estadística para verificar si existe colusión en un mercado y cuyo propósito es señalar el

¹³⁷¹ En este epígrafe se estudiará el *screening* conducido por las autoridades de defensa de la competencia. Al realizado por los entes contratantes ha prestado atención la Autoridad Catalana de Competencia como medio para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública (*Guía para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública*, junio 2010, p. 10s) y en los contratos derivados de los acuerdos marco (*Acuerdos Marco en el ámbito de la contratación pública: Guía para un uso anticompetitivo*, mayo 2013, p. 17)

¹³⁷² Para una visión global en Derecho comparado, véase OCDE, *Ex officio cartel investigations and use of screens to detect cartels*, 2013

¹³⁷³ HARRINGTON, JOSEPH., «Behavioral screening and the detection of cartels», en EHLERMANN, CLAUS-DIETER. y ATANASIU, ISABELA. (ed.), *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2007, p. 52.

comportamiento ilegal a través del análisis económico y estadístico¹³⁷⁴; todos los métodos diseñados para detectar mercados, industrias o empresas para una investigación más intensa asociada con una mayor probabilidad de colusión¹³⁷⁵.

Este método proactivo sirve a las autoridades de competencia de contador *geiger* de baja intensidad acerca del grado de cartelización en los sectores examinados. Como tal, cumple una doble función: (1ª) realizar el diagnóstico primario sobre el grado de respeto a la normativa antitrust; (2ª) singularizar aquellos sectores o actividades en los que, detectados indicios de colusión, conviene implementar otro tipo de métodos proactivos o reactivos más incisivos, según la gravedad de la situación. El screening responde a la necesidad de ahondar en la investigación de los sectores chequeados¹³⁷⁶. Pero no obliga en absoluto a la tramitación de un procedimiento de infracción, sino que constituye la primera fase de un proceso que puede o no terminar con la persecución de la conducta por las autoridades de competencia¹³⁷⁷.

En el ámbito de la contratación pública, el *screening* supone el cribado de la información relativa a los mercados de licitación o de la obtenida de los procedimientos contractuales concretos con el fin de obtener indicios primarios de colusión o bien descartar su existencia. La contratación pública es el sector preferido por las autoridades de competencia para ensayar técnicas de *screening*, que después se adaptarán a los restantes supuestos de cartelización. Son varios los motivos que explican esta tendencia: la riqueza de datos contenidos en el expediente de contratación; la proclividad a la colusión de un número no menor de procedimientos contractuales; y el elevadísimo porcentaje de casos de *bid rigging* entre los cárteles sancionados por las autoridades de competencia.

¹³⁷⁴ HUBER, MARTIN e IMHOF, DAVID, «Machine Learning with Screens for Detecting Bid-Rigging Cartels», *Working Papers SES*, n° 494, IV.2018, Universidad de Friburgo, p. 5. En este documento se citan numerosos trabajos de economistas que estudian el *screening* – y sus diferentes tipos- aplicado a la detección de la colusión en la contratación pública.

¹³⁷⁵ OCDE, *Roundtable on ex officio cartel investigation and the use of screens to detect cartels*, 2013, p. 7.

¹³⁷⁶ LAITENBERGER, ULRICH, y HÜSCHEL RATH, KAI, «The adoption of screening tools by Competition Authorities», *CPI Antitrust Chronicle*, Septiembre 2011 (2), p. 3.

¹³⁷⁷ Una dificultad a la que se enfrentan las técnicas de screening se halla en discernir si el comportamiento paralelo de los operadores tiene por causa la colusión expresa o la colusión tácita. Ver ABRANTES-METZ, ROSA M., y METZ, ALBERT, «How Far Can Screens Go in Distinguishing Explicit from Tacit Collusion? New Evidence From the Libbor Setting», *CPI Antitrust Chronicle*, Marzo 2012, pág. 3.

Para ser eficaz, cualquier mecanismo de *screening* deberá reunir tres propiedades: suficiencia, sencillez y fiabilidad. Un número limitado de datos debería ser suficiente para desarrollar el *screening*. El origen de los datos utilizados por la autoridad de competencia no ha de hallarse en las propias empresas, con el fin de evitar sospechas y borrados por parte de los miembros del cártel (suficiencia). La metodología empleada ha de ser replicable fácilmente en otros casos, sin perjuicio de que existan particularidades para supuestos o sectores concretos (sencillez).

Por último, el *screening* ha de lograr resultados confiables. Esta propiedad no significa que haya de producir evidencias suficientes como para conocer la existencia de un cártel. Basta que aporte indicios convincentes para que la autoridad de competencia inicie una investigación (fiabilidad)¹³⁷⁸. En general, las críticas más comunes a esta técnica denuncian que no proporciona pruebas definitivas por sí misma de la existencia de prácticas anticompetitivas y que no diferencia entre colusión tácita y explícita¹³⁷⁹. Ambos defectos generan incertidumbre a la hora de iniciar un procedimiento de investigación exclusivamente sobre la base de un chequeo y los riesgos de que sea infructuosa o de que cause falsos positivos o falsos negativos.

3.1.2. Screening estructural y screening conductista

La OCDE ha definido y descrito ambos tipos de chequeo en el marco de su política de promoción de la competencia en la contratación pública. Se denomina *screening* estructural al que efectúa un análisis de las características de los mercados de licitación, marcando aquellos mercados o sectores en los que la colusión sea más probable, para poder tomar medidas; Los *screenings* conductistas (o conductuales) observan el comportamiento de los oferentes para evaluar si es más o menos probable que exista una colusión¹³⁸⁰.

¹³⁷⁸ IMHOF, DAVID, KARAGÖK, YAVUZ, RUTZ, SAMUEL, «Screening for bid-rigging-Does it work?», Universidad de Friburgo, *Working Papers*, nº 468, IV. 2016.

¹³⁷⁹ DENG, AI, «Cartel detection and monitoring: a look forward», *Journal of Antitrust Enforcement*, 2017, p. 490.

¹³⁸⁰ OCDE, Dirección de asuntos financieros y empresariales, Comisión de Competencia, Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia, 12-13 de abril de 2016, Ciudad de Méjico, *Sesión III: Promoviendo la competencia efectiva en los procesos de compras públicas, Solicitud de contribuciones a las partes*, párrafo 9 (DAF/COMP/LACF(2016)3).

a) Screenings estructurales

La criba estructural está basada en la teoría económica y la investigación empírica sobre la relación entre las características del mercado y la probabilidad de que estos sufran colusión, básicamente identificando ciertas cualidades estructurales de productos o mercados que la faciliten. Las autoridades de la competencia pueden cribar mercados o sectores para identificar aquellos en los que hay más probabilidades de que surja un cártel. La investigación económica ha identificado una serie de factores favorecedores de la colusión que se hallan presentes en la generalidad de la contratación pública. Estos factores pueden agruparse en estructurales *strictu sensu*, relativos a la demanda o relativos a la oferta. Los factores estructurales en sentido estricto son: número reducido de competidores, grandes obstáculos a la entrada, interacción frecuente entre empresas (reiteradas oportunidades de licitación) y transparencia del mercado. Los relativos a la demanda incluyen: condiciones estables de la demanda, baja elasticidad en la demanda, poder de compra y la ausencia de efectos de asociaciones y redes. Los relacionados con la oferta comprenden un sector en fase madura, ritmo de innovación lento, simetría o reparto de costes, capacidades simétricas, homogeneidad de producto, contactos multimercado, vínculos estructurales y un historial de comportamientos anticompetitivos, así como relaciones contractuales frecuentes entre competidores (ej. acuerdos de cooperación)¹³⁸¹.

La concurrencia de dichos factores ha sido estudiada en muy diversos sectores de la contratación pública. De entre ellos, la compra pública de medicamentos es paradigmática, al reunir los riesgos potenciales de colusión más significativos. En relación con las condiciones específicas de la contratación de medicamentos genéricos, la doctrina ha identificado una serie de factores estructurales (perfectamente generalizables a otros sectores) que favorecen la colusión. Su concurrencia incentiva a los licitadores a integrar y permanecer en el cártel y los disuade de engañar a los restantes conspiradores, dado que: a) los beneficios inmediatos del engaño son inferiores a las previsibles ganancias a largo plazo de la colusión; b) el cártel goza de más oportunidades para consolidarse y poner en práctica mecanismos eficaces de sanción interna. Tales factores son¹³⁸²:

¹³⁸¹ OCDE, 2016, *cit.*, párrafo 10.

¹³⁸² ESTRADA, ERNESTO, y VÁZQUEZ, SAMUEL, «Bid rigging in public procurement of generic drugs in México», *CPI (Competition Policy International)*, 28 de julio de 2013, p.103.

1. Oligopolio de oferta (número reducido de posibles licitadores).
2. Restricciones a la competencia internacional: hacen la colusión más atractiva al reducir el riesgo de que las futuras ganancias colusorias desaparezcan debido a la entrada de competidores globales.
3. Altísima transparencia: la información pública sobre las ofertas facilita la comunicación interna y la disciplina dentro del cártel (detección y sanción de desviaciones).
4. Elevada frecuencia y regularidad de las licitaciones: ayuda a la implementación y consolidación del cártel, de su vigilancia interna y reduce la capacidad de cada licitador para oponerse al cártel.
5. Compra de productos homogéneos y estandarizados: limita al precio la necesidad de coordinación dentro del cártel.

b) Screenings conductistas

El segundo tipo de análisis econométricos busca indicios de colusión en mercados o licitaciones concretas y en la conducta que en ellas tienen los licitadores. Para ello emplea marcadores (*markers*), cuya presencia o ausencia es indicativa del nivel de competencia o colusión existente en las licitaciones objeto de chequeo. En general, la doctrina ha propuesto el uso de marcadores coincidentes con las características definitorias de los distintos tipos de prácticas colusorias (precios idénticos o parecidos, reducción de cantidades, etc.,)¹³⁸³.

Al atender a mercados y licitaciones específicos, los *screenings* conductistas admiten un número potencialmente infinito de métodos. Cada autoridad de competencia - auxiliada debidamente por los órganos de contratación de su jurisdicción- puede definir a su arbitrio los conceptos que serán objeto de análisis. Pero, en general, no deberían ser distintos de los ya apuntados al estudiar el cribado conducido por los órganos de contratación: a) características de la licitación, del producto o servicio contratado y de los licitadores admitidos, excluidos y del adjudicatario; b) datos de las

¹³⁸³ VON BLANCKENBURG, KORBINIAN y GEIST, ALEXANDER, «How Can a Cartel Be Detected», *International Advances in Economic Research*, noviembre de 2009, HARRINGTON, JOSEPH E. JR., «Detecting Cartels», en BUCCIROSSI, PAOLO, ed.), *Handbook of Antitrust Economics*, The MIT Press, 2008.

ofertas y proposiciones; c) datos de los procedimientos precedentes con el mismo objeto y comparativas diacrónicas entre sus resultados a lo largo de un período (por ejemplo, el coincidente con el plazo de prescripción de las infracciones muy graves a la ley de defensa de la competencia).

Además de los elementos indicados, el proceso de chequeo no debería descuidar el análisis de los elementos citados en las Recomendaciones OCDE de 2012¹³⁸⁴, bajo la rúbrica de «*checklist for designing the procurement process to reduce risks of bid rigging*», y especialmente, de «*checklist for detecting bid rigging in public procurement*»¹³⁸⁵.

Otro tipo de método conductista consiste en el uso de *contrafactuales* de muy diverso tipo. Sintéticamente, los contrafactuales estudian el grado de colusión o competencia en el mercado analizado por la vía de proponer escenarios alternativos, basándose en el análisis de variables como precio, cantidades, cuotas de mercado, decisiones de licitación, etc. Los economistas observan el comportamiento de los mercados y sus participantes y sopesan si tienen más o menos probabilidades de mostrar competencia o colusión¹³⁸⁶.

Los chequeos conductistas son los preferidos en Derecho comparado. Frente a la generalidad de los marcadores estructurales, los conductistas permiten definir marcadores adaptados a las singularidades de los procedimientos contractuales en cada jurisdicción nacional.

La generalidad de la doctrina no sitúa la diferencia entre ambos tipos al nivel de actividad económica, sino al de mercado.¹³⁸⁷ Sin embargo, la correcta utilización de *screenings* conductistas en la contratación pública aconseja reducir el ámbito de actuación. Especialmente en Estados descentralizados en los que entes sub-estatales actúan como órganos de contratación plenos en sus territorios (Comunidades Autónomas en España). Como se estudió en el epígrafe 2 del Capítulo I, el mercado

¹³⁸⁴ *Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*, 2012, pp. 5 ss.

¹³⁸⁵ El documento general de la OCDE es *Ex-Officio Cartel Investigations and the Use of Screens to Detect Cartels*, 2013.

¹³⁸⁶ OCDE, 2016, *cit.*, párrafo 11.

¹³⁸⁷ LAITENBERG y HÜSCHEL RATH definen a los screening estructurales como «herramientas multisectoriales» (*cross-industry tools*) y a los conductistas como «herramientas basadas en el mercado» (*market-based tools*). *Cit.*, pp. 3-4. Del mismo modo, OCDE 2013, p. 24, apartado 3.2.

geográfico suele ser nacional; pero las licitaciones son convocadas a nivel autonómico y local. La diversidad de órganos contratantes ocasiona que los marcadores sea divergentes y no generalizables. Esta situación afecta en particular a los marcadores estructurales. Por ende, las autoridades de competencia autonómicas sólo estarán autorizadas para verificar *screenings* en el territorio de su Comunidad Autónoma. Delimitar el *screening* por razón del mercado, cuando este sea nacional, convierte en parciales a los cribados realizados por aquellas¹³⁸⁸.

3.1.3. Ejemplos en Derecho comparado

Un importante número de autoridades de competencia han diseñado sistemas de chequeo, ya de tipo general, ya específicos para la contratación pública. En la mayor parte de ellos predomina el elemento conductista, pero no faltan ejemplos de *screening* estructural. Dado que el condicionante primario del éxito es la correcta fijación de los marcadores, el estudio se centrará en este punto.

a) Screenings estructurales: Países Bajos, Gran Bretaña y EE.UU

En 2008 y 2011, la Autoridad de Competencia holandesa publicó un documento en el que proponía un muestreo en dos etapas. La primera consistía en identificar a las empresas por su riesgos de colusión. Para ello se emplearon cuatro marcadores: concentración del mercado; dinámica del mercado; índice de precios nacional; organización de cada sector, medida por el número de sindicatos. La segunda etapa se centra en verificar un *screening* conductista de los 20 sectores con mayor potencialidad colusoria.

La Office of Fair Trading adoptó en 2004 un *screening* basado en modelos econométricos que estimaban la presencia de determinados marcadores estructurales de colusión en sectores escogidos. Por último, en 1998, la Federal Trade Commission diseñó un método basado en los movimientos de precios a los largo del ciclo de negocios. Las sospechas recayeron en ciertas industrias que experimentaron

¹³⁸⁸ Para evitar este problema, la Autorità Italiana della Concorrenza ha diseñado un *screening* conductivo aplicable a contratos cuantitativamente relevantes, sobre productos homogéneos y de carácter nacional, a efectos de delimitación del mercado. OCDE, 2013, p. 130.

incrementos de precios en períodos en los que la producción era estable o incluso de recesión¹³⁸⁹.

Las críticas a estos modelos se centran en su inoperancia, debido a dos razones: primera, el uso de sectores completos, que carecen de homogeneidad suficiente como para extraer patrones comunes; segunda, la mínima eficacia de los modelos precisaba completarlos con screenings conductistas, más ‘pegados al terreno’.

b) Screenings conductistas: Italia, Corea del Sur y Colombia

Lo más característico del modelo italiano es la complitud de los marcadores empleados para detectar indicios de colusión. Comprenden los datos siguientes: identidad del órgano de contratación; fecha de publicación de la convocatoria y de adjudicación del contrato; descripción del tamaño y contenido del contrato; comienzo y fin de su ejecución; criterios de adjudicación; identidad de los adjudicatarios; precio de la oferta ganadora; número e identidad de los restantes licitadores; identidad de los subcontratistas.¹³⁹⁰

Corea del Sur diseñó el «Bid Rigging Indicator Analysis System» (BRIAS). Utiliza información relativa la tasa de ofertas ganadoras, el número de licitadores participantes en el procedimiento, las ofertas económicas, el número de ofertas excluidas y la conversión de negocios públicos a contratos privados¹³⁹¹.

En Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) desarrolló una herramienta de detección para la colusión en la contratación pública en Colombia, llamado ALCO (aplicativo para la lucha contra la colusión en procesos de contratación pública en Colombia). La aplicación se divide en tres bloques. En la primera parte, se evalúa las características generales del proceso, incluidos los documentos presentados y el número de posibles proveedores, entre otros. El segundo bloque está dedicado al análisis de cada proponente y su historia en términos de la contratación pública. La sección final incorpora las cuestiones relativas a la oferta real, pidiendo información acerca de lo que se ofrece en cada propuesta. Al término del ejercicio, la aplicación

¹³⁸⁹ LAITENBERG y HÜSCHEL RATH, cit. pp. 4-6.

¹³⁹⁰ El modelo mejicano guarda cierta similitud con el caso italiano: emplea una lista considerable de marcadores conductistas, a los que añade cuatro criterios estructurales: homogeneidad de los bienes; número de competidores en el mercado; existencia de barreras de entrada y estabilidad de la demanda. OCDE, 2012, p. 157 y ESTRADA y VÁZQUEZ, cit., pp. 105ss

¹³⁹¹ OCDE, 2012, pp. 130, 141-142

produce una puntuación final, revelado como un color, que representan diferentes niveles de riesgo de la probabilidad de colusión. Esto funciona como un consejo para el oficial para tomar una decisión si se debe informar o no a la SIC para iniciar una investigación administrativa sobre este proceso¹³⁹².

Un extremo común a los tres sistemas y, en general, a todo *screening* conductista, es la colaboración entre órganos de contratación y autoridades de competencia. Principalmente, en lo que a transmisión de la información se refiere. Los órganos de contratación aplican los marcadores definidos por la autoridad de competencia y suministran a esta los datos necesarios para el chequeo. En el caso de Italia, es un organismo intermedio (la Autoridad para la Supervisión de los Contratos públicos) el que recibe la información y la remite a la *Autorità della Concorrenza*¹³⁹³. Los modelos coreano y colombiano siguen un esquema más clásico: es cada órgano de contratación - de cualquier nivel- el que proporciona los datos a la autoridad de defensa de la competencia.

3.1.4. El *screening* como base de procedimientos de infracción

Tomado aisladamente, el *screening* tiene un valor estadístico y refleja el nivel de respeto al derecho de la competencia en un sector, mercado o en un tipo de licitaciones. Pero tan sólo se le puede asignar un alcance sustantivo cuando los indicios obtenidos mediante el muestreo son suficientemente sólidos para pasar a la fase de investigación de las conductas. Es en estos casos cuando cumple su papel de mecanismo de detección de comportamientos anticompetitivos. En Derecho comparado existen casos que así lo demuestran.

En Suecia, la utilización de técnicas de *screening* conductista sirvió para confirmar las sospechas de la Autoridad de Competencia sobre la cartelización del mercado de servicios funerarios. A partir de un soplo de un funcionario perteneciente a un órgano de contratación, la Autoridad decidió revisar todas las adjudicaciones de los últimos dos años. Como técnica de muestreo, prestó atención únicamente a las ofertas adjudicatarias. Descubrió que en varias licitaciones dos o más participantes habían presentado ofertas exactamente iguales. La identidad de ofertas es un marcador típico en

¹³⁹² OCDE, 2016, Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia, Contribución de Colombia, pp. 1-2.

¹³⁹³ OCDE, 2012, P. 129.

los *screenings* conductistas y fue bastante para tramitar un procedimiento de infracción y sancionar a tres compañías¹³⁹⁴.

a) El cártel de los medicamentos licitados por el sector salud de Méjico

Significativo fue el *screening* llevado a cabo por la Comisión Federal de Competencia Económica de Méjico (COFECE) en la investigación de las prácticas colusorias producidas en las contrataciones de medicinas por el Instituto Mexicano de Seguridad Social (IMSS)¹³⁹⁵.

Cuatro grandes empresas internacionales en el mercado de los medicamentos fueron sancionadas por la COFECE por establecer, coordinar y concertar posturas en las licitaciones públicas convocadas por el IMSS para la provisión de insulina humana. A la vez, tres grandes farmacéuticas fueron sancionadas por incurrir en colusión en las licitaciones para adquirir suero y soluciones electrolíticas. Las empresas implicadas incurrieron en dos conductas colusorias: ofertas de cobertura y rotación de licitaciones. En primer lugar, presentaron proposiciones con precios (prácticamente) idénticos en los sucesivos procedimientos. Tan sólo variaba el licitador ganador y los perdedores. En segundo lugar, el mecanismo interno de compensación entre los miembros del cártel consistía en el reparto de victorias entre ellos. Después de un número de licitaciones, los participantes que habían ofrecido posturas elevadas presentaban ofertas más reducidas y viceversa.

Para el descubrimiento de ambos cárteles, el IMSS proveyó a la COFECE de copiosa información, sobre la que la Comisión aplicó cuatro marcadores: 1) la identidad de ofertas ganadoras y perdedoras; 2) la convergencia en las cuotas de mercado de los licitadores; 3) los cambios estructurales en los contratistas establecidos (*incumbents*) antes de la entrada de nuevos competidores; 4) los altos márgenes de beneficios para los contratistas no motivaban la entrada de nuevos licitadores. Los resultados fueron contundentes y concluyeron en una sanción a los laboratorios farmacéuticos por eliminar la competencia en la contratación de insulina.

¹³⁹⁴ OCDE, 2012, p. 184.

¹³⁹⁵ Comisión Federal Económica de Méjico (COFECE), Resolución de 11 de marzo de 2010, IO-003-2006, *Medicamentos licitados por el sector Salud*.

b) El cártel suizo de la construcción. Screening de la colusión parcial

En 2016, la Comisión de la Competencia (ComCo) impuso una multa de 5 millones de francos suizos (4,57 millones de euros) a ocho empresas de ingeniería civil y construcción después de encontrar pruebas de colusión sobre contratos públicos en los distritos See-Gaster, March y Höfe de Suiza, entre 2002 y mediados de 2009 . Los participantes en el cártel se reunían periódicamente para celebrar «reuniones de investigación del mercado» en las que elaboraban listas de proyectos disponibles y decidían colectivamente quién ganaría. Esto fue confirmado por las conclusiones de la autoridad de competencia. Un argumento decisivo para iniciar el procedimiento de investigación fue el proceso de *screening* desarrollado por la ComCo.¹³⁹⁶

El punto de partida para la construcción del *screening* fue la obtención por la ComCo de las estadísticas anuales de contratación del cantón suizo objeto de examen. En ellas se enumeraban todos los contratos adjudicados, agrupados por categorías de servicios, entregas y construcción. Estas estadísticas contenían el nombre del ganador de cada licitación, detalles sobre el precio concedido y una descripción muy breve del proyecto licitado. La información sobre las ofertas perdedoras fue solicitada de cada ente contratante.

La ComCo decidió examinar con mayor profundidad un segmento de los datos por entender que sólo había indicios de colusión parcial. Concluyó que los métodos de *screening* propuestos por la doctrina y los usados en Derecho comparado eran válidos cuando la colusión puede estar presente en todos los contratos de la muestra, no cuando es previsible que se halle en una porción. Por ello, diseñó una metodología de *screening* conductual para los casos de colusión parcial. Consiste en someter a los contratos a cuatro pruebas interrelacionadas (*mutually reinforcing tests*).

El procedimiento consta de cuatro pasos¹³⁹⁷. En el primero, se aíslan los contratos y firmas que exhiben un patrón de oferta específico (sospechoso) de conjunto total de datos. Para ello, se combinan el test de variación y el de oferta de cobertura respecto de los contratos que presentan simultáneamente un bajo coeficiente de variación y una medida de distancia relativa elevada. En un segundo paso se analiza si existen grupos de

¹³⁹⁶ IMHOF, DAVID, KARAGOZ, YAVÜZ, RÜTZ, SAMUEL, *Screening for bid rigging-Does it work?*, Université de Fribourg, n.º. 468, abril 2016.

¹³⁹⁷ IMHOF, D., *cit.* p. 13.

empresas que presentan regularmente ofertas para los mismos contratos. En un tercer paso se atiende al ámbito geográfico en el que tiene lugar el comportamiento colusorio. Por último, se desarrolla un método gráfico diseñado para visualizar la rotación de ofertas dentro de un grupo de empresas¹³⁹⁸.

En España, guarda cierto parecido con un *screening* la investigación llevada a cabo por el Director General de la Autoridad catalana de defensa de la Competencia en el caso *Alumbrado público de Canovelles*¹³⁹⁹. La conducta denunciada versaba sobre presuntos intercambios de información entre dos empresas participantes en la misma licitación y una tercera, de la cual aquellas ostentaban la titularidad del capital social por mitades. Con el objetivo de averiguar si las supuestas conductas colusorias se habían producido en otras licitaciones, el órgano instructor buscó aquellos concursos públicos en los que hubiesen concurrido las denunciadas y fuesen de características similares al cuestionado. Se observó que entre los años 2009 y 2011, al menos dos de las tres empresas habían concurrido a licitaciones convocadas por corporaciones locales. Y se escogió un caso como el más similar.

El caso catalán responde más a la lógica de la búsqueda de antecedentes que a la del *screening*. Una vez apuntada la coincidencia entre el denunciado y uno anterior, la resolución obvia cualquier referencia al mismo. No recoge que entre ambos existiesen patrones de actuación generalizables. Y la sanción se impone sólo por la conducta – intercambios de información colusorios- cometida en el caso objeto de la denuncia.

3.2. Promoción de la libre competencia en la contratación pública

Procurar que todos los sujetos participantes en los procesos de contratación pública miren más allá de la legislación contractual, respeten la normativa de defensa de la competencia y se sientan partícipes de sus objetivos es tarea de la promoción de la competencia. A diferencia de la investigación, la promoción tiene carácter proactivo y preventivo. Por ello. Sus destinatarios preferentes no son los licitadores, sino los entes contratantes.

Cabe diferenciar dos modalidades de promoción de la competencia en este sector. En primer lugar, la verificada a través de recomendaciones y guías dirigidas *erga*

¹³⁹⁸ IMHOF, D., *cit.* p. 20.

¹³⁹⁹ *Alumbrado público de Canovelles*, *cit.*, Antecedente de hecho 7.

omnes. Se desarrolla sin relación alguna con conductas anticompetitivas concretas y su finalidad es encauzar la contratación pública para eliminarlas o minimizar su impacto. En segundo lugar, los dictámenes e informes emitidos por las autoridades de defensa de la competencia (u otros organismos consultivos) en relación con expedientes concretos. Su objetivo es dar a conocer a los órganos de contratación tanto los requisitos indispensables (el *ser*) como las condiciones ideales (el *deber ser*) de los procedimientos contractuales en cuestión.

Los documentos resultantes de ambas acciones de promoción no tienen carácter vinculante. Su eficacia radica en la *auctoritas* del órgano remitente. Pero si las recomendaciones y guías poseen únicamente una autoridad genérica o inexigible, los informes específicos añaden un efecto compulsivo indirecto a sus destinatarios. No en vano, el artículo 35.1.c) LRJAP exige que los actos que se separen del dictamen de órganos consultivos sean motivados, con sucinta referencia a los hechos y fundamentos de derecho.

3.2.1. La acción informativa: recomendaciones y guías

En las últimas décadas, el fomento de la competencia en la contratación pública se ha desarrollado tanto a nivel internacional como interno. En el primer plano, la labor de promoción tiene un nombre propio: la OCDE. Su acción en este campo ha sido continua e incesante. El primer y principal ámbito de actuación se ha centrado en la publicación de recomendaciones y directrices. Desde que en 1998 publicase su *Competition Policy and Procurement Markets* ha emitido otros cuatro documentos: *Regulating Market Activities by the Public Sector* (2004), *Concessions* (2006) *Competition in Bidding Markets* (2006), *Competition Policy and Concessions* (2007). En el año 2009 su Comité de Competencia publicó sus Directrices para luchar contra la colusión en la contratación pública (*Guidelines on fighting bid rigging in public procurement*), en 2010, *Collusion and Corruption in Public Procurement* y en 2012, *Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*¹⁴⁰⁰. A petición de gobiernos y de poderes adjudicadores singulares, la OCDE procede además a verificar exámenes de

¹⁴⁰⁰ Inspirada por las acciones de la OCDE, la UNCTAD publicó en 2012 un conjunto de propuestas para que los sistemas de contratación pública promuevan la competencia y para la prevención, detención y persecución del bid-rigging. *Competition policy and public procurement*, Nota de la Secretaría de la UNCTAD, 24 de abril de 2012, http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd14_en.pdf

las prácticas de contratación y a elaborar informes y recomendaciones para ayudar a estas entidades a prevenir y detectar las manipulaciones de licitaciones, mejorar su organización y métodos de adquisición¹⁴⁰¹. Otro actor significativo en el campo de la promoción ha sido la *International Competition Network* (ICN). En este campo, su labor principal consiste en catalizar y potenciar el trabajo de autoridades nacionales de defensa de la competencia, profesionales e investigadores en la lucha contra la colusión en la contratación pública.

El resultado práctico de estas y otras aportaciones ha sido el nacimiento de un Derecho comparado anti-*bid rigging*, todavía en ciernes, que presenta tres hitos. El primero, la identificación de signos reveladores de colusión. El segundo, la definición de mecanismos preventivos utilizables por los poderes adjudicadores en el propio procedimiento contractual. Por último, la persecución de estos cárteles por las autoridades *antitrust*.

El efecto multiplicador de todas estas aportaciones es significativo. Distintas autoridades nacionales de competencia se han inspirado – más o menos literalmente- en todo este material para configurar Guías y Directrices, a fin de aconsejar a los órganos de contratación cómo fomentar la competencia en los procesos contractuales públicos. A ellos se suman decenas de documentos divulgativos en forma de artículos, presentaciones, carteles y otros documentos¹⁴⁰².

En España, destacan la *Guía sobre contratación pública y competencia* (CNC, 2010); la *Guía para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública* (ACCO, junio 2010); el *Estudio sobre la Contratación Pública en la Comunidad Autónoma Andaluza desde el punto de vista de la Competencia* (ADCA, octubre 2010); las *Recomendaciones para facilitar el acceso y promover la competencia en el ámbito de la contratación pública andaluza* (ADCA y Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía, diciembre 2010) y la *Guía sobre contratación pública y*

¹⁴⁰¹ Como ejemplo, *Combate a la Colusión en los Procesos de Contratación Pública. Un examen de las normas y prácticas de contratación de PEMEX en México*, OCDE, 2016.

¹⁴⁰² Para una relación de los documentos emitidos o inspirados por la ICN, ver internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/cartel/awareness/procurement.aspx; acceso el 26 de octubre de 2015.

competencia (Autoridad Vasca de la Competencia, abril 2018). Esta última toma ya como referencia la Ley de Contratos del Sector Público de 2017¹⁴⁰³.

En todos los textos se observa una división en dos grandes bloques. El primero, relativo a la construcción de un procedimiento de contratación favorecedor de la concurrencia, tiene por objetivo inmediato el fomentar la competencia intra-procedimental (o por el mercado). No obstante, las formas de actuación propuestas aprovechan indirectamente a la lucha contra la colusión. El segundo es un clausulado de acciones que los órganos de contratación y las agencias de defensa de la competencia pueden articular contra el *bid rigging*. Su propósito es el de proteger la competencia en el mercado).

Un estudio sistemático de una serie de textos permite sintetizar las medidas anti-colusión en una sola, de raigambre socrática. El órgano de contratación debe conocer el mercado del producto o servicio y el procedimiento a seguir para su adquisición. De este ‘mega-principio’ descienden todos los demás. Resumidamente, para el conocimiento del mercado son precisos cinco pasos. Primero, la debida formación y profesionalización del personal de los órganos de contratación. Segundo, la realización por dicho personal o por medios externos de estudios e investigaciones sobre el mercado, para conocer si es proclive a la cartelización. Tercero, la investigación sobre los procedimientos (los habituales y los deseables) para la adquisición del producto o servicio a contratar, sus condiciones jurídicas, económicas y técnicas, así como el tipo de licitador que se presenta y su oferta. Este último punto aconseja la sistematización plurianual de los patrones de comportamiento de los licitadores en pasadas convocatorias. Cuarto, el establecimiento de fórmulas orgánicas de colaboración y participación de las autoridades de defensa de la competencia. Y quinto: de los pasos anteriores debe resultar la elección de un procedimiento de contratación que cumpla cuatro requisitos: 1º.- favorezca la participación de verdaderos competidores; 2º.- reduzca el riesgo de transparencia y de comunicación entre los licitadores; 3º.- defina las condiciones del procedimiento de forma tal que no facilite el triunfo del cártel o el

¹⁴⁰³ Cierta doctrina ha subrayado el carácter incompleto de la Guía de la CNC, señalando que es una «*interesante iniciativa de promoción de la competencia en un área de actividad económica de gran relevancia, desaprovecha (o aprovecha sólo limitada y parcialmente) la oportunidad de establecer un marco completo de recomendaciones (una verdadera policy) en la materia (...)*». Esta crítica es extendible a los documentos posteriores; ver SÁNCHEZ GRAELLS, ALBERT, «Una visión crítica de la Guía sobre contratación pública y competencia publicada por la CNC», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Nº 21, Mayo-Junio 2011, Wolters Kluwer (Formato LaLeyDigital).

abuso de un operador dominante; 4º.- incorpore ‘cláusulas anti-colusión’, tales como un compromiso de no incurrir en comportamientos anticompetitivos.

Que estos requisitos sean ignotos en la mayor parte de los casos– de hecho, son imposibles en los procedimientos más usados, contrato menor y negociado- muestra hasta qué punto la lucha contra la colusión es secundaria en la contratación pública española (a lo que debe añadirse el deficiente funcionamiento del mecanismo de notificación previsto en el artículo 132.3LCSP).

En los apartados sucesivos se hará un breve estudio crítico de los cinco estadios citados. Conviene advertir que las actuaciones propuestas por las Guías y Directrices mencionadas aprovechan indirectamente a la pugna contra la colusión en la contratación pública. Para encontrar medidas directamente vocadas a este fin hay que acudir a la inclusión de cláusulas contractuales y orgánicas en la contratación.

3.2.2. La acción consultiva: informes y dictámenes

La labor de ‘aconsejamiento’ sobre el respeto al principio y a la normativa de competencia no es patrimonio de un órgano específico. En el ámbito de sus competencias, es asumida por los entes consultivos generales (Consejo de Estado y equivalentes autonómicos) y sectoriales (juntas consultivas de contratación administrativa).

Las autoridades de defensa de la competencia actúan como órganos consultivos en los términos establecidos por su propia normativa. En el caso de la CNMC, el artículo 5, apartado 2, de su ley de creación (Ley 3/2013, de 4 de junio), destaca que la autoridad nacional de competencia actuará como órgano consultivo sobre cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y el buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos. Podrá ser consultado, «*en particular*», por las Cámaras Legislativas, el Gobierno, los departamentos ministeriales, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales, los Colegios Profesionales, las Cámaras de Comercio y las Organizaciones Empresariales y de Consumidores y Usuarios. Lo cual no obsta que otros órganos con interés legítimo o directo formulen la consulta.

El mecanismo establecido por el artículo 5 habilita a la CNMC para formular un informe sobre los PCAP con anterioridad a su aprobación. En concreto, se emplea de

forma habitual para el informe sobre PCAP de acuerdos marco convocados por la AGE, a petición del Ministerio convocante¹⁴⁰⁴. La peculiaridad de estos informes radica en que: (1) se emiten en el contexto de un procedimiento de contratación y (2) analizan categorías jurídico-contractuales (capacidad, solvencia, criterios de adjudicación, etc...); pero (3) su análisis se verifica desde la perspectiva de la LCSP, no de la LDC; (4) en consecuencia, no pretenden promover la competencia en el mercado, sino el cumplimiento de los objetivos y finalidades propios de la contratación pública, contemplados en el artículo 1 de la LCSP. En términos generales, los objetivos citados en el artículo 5, apartado 2 de la ley de 2013 [mantenimiento de la competencia efectiva y del buen funcionamiento de los mercados] deben traducirse aquí por mantenimiento de la competencia por el mercado (rivalidad entre los licitadores) y del buen funcionamiento del procedimiento de contratación.

La LCSP también ha asignado tareas de promoción a la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación y a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE) del Ministerio de Hacienda. El artículo 332.8 impone a la primera la obligación de elaborar y remitir a la JCCPE el denominado «Informe de Supervisión». Sintéticamente, el Informe debe recoger una relación de los principales incumplimientos o errores en la aplicación de la normativa de contratación pública y sobre las actuaciones para prevenir y detectar fraudes, corrupción, conflictos de intereses o colusión en la contratación pública. Se integrará en el informe nacional que la Junta Consultiva debe remitir cada 3 años a la Comisión Europea (artículo 332 LCSP). Una vez enviado a la Comisión, la JCCPE pondrá el informe en conocimiento de la CNMC. Así pues, el mencionado informe es puesto a disposición de dos entidades – la Comisión y la autoridad de competencia estatal- que podrán emplearlo tanto en su actividad de promoción como en la de investigación.

¹⁴⁰⁴ <https://www.cnmc.es/informes?t=&idambito=11&edit-submit-buscador-informes=Buscar&idprocedim=All&idtipoexp=All&datefrom=&dateto=>

4. POR LOS LICITADORES

4.1. Programas de cumplimiento normativo («*compliance programmes*»)

Con este nombre se conoce a una serie de medidas adoptadas por empresas y grupos con el fin de informar a sus directivos y trabajadores acerca de las conductas prohibidas por la normativa de defensa de la competencia, instruirlos para evitar su comisión y reaccionar ante aquellas prácticas anticompetitivas ejecutadas por terceros pero susceptibles de involucrar a la empresa autora del programa¹⁴⁰⁵.

En términos generales, su función es la de controlar y vigilar el cumplimiento de la normativa de defensa de la competencia¹⁴⁰⁶. Profundizando un poco más, cabe decir que son dos los objetivos principales que mueven a los operadores económicos (licitadores en el caso de la contratación pública) a implantar programas de cumplimiento del Derecho de la competencia. El primero, prevenir y evitar la comisión de comportamientos *antitrust* en aquellas licitaciones en las que tomen parte (finalidad preventiva). El segundo, aminorar la sanción en un eventual procedimiento sancionador en materia de competencia instado contra ellos (finalidad atenuante). A nivel preventivo, el *compliance programme* actúa como método proactivo de detección y lucha contra las prácticas colusorias en la contratación pública. En su vertiente de atenuante constituye un mecanismo de defensa procedimental ejercitado ante las autoridades de defensa de la competencia.

¹⁴⁰⁵ Un ejemplo palmario de inobservancia del programa de cumplimiento se encuentra en *Tondini*. La resolución de la Autorità della Concorrenza y del Mercato describe los programas de cumplimiento de las empresas integrantes de un cártel de proveedores de cemento para, entre otros clientes, licitadores de obras públicas. Una de ellas, Ferrera Balsabbia, expresaba que su Manual de Cumplimiento y las Pautas de Cumplimiento de la Ley de Competencia van dirigidos a todo el personal (del grupo de empresas) y prevén en particular: (i) el nombramiento de un Oficial de Cumplimiento, en la persona del director de una empresa, con la tarea de garantizar, a través del monitoreo constante, el respeto del Manual y, de manera más general, de las Reglas de Competencia; (ii) una descripción detallada de las reglas para la celebración de las reuniones (antes, durante y después), así como en la redacción / custodia de documentos y comunicaciones dentro y fuera del grupo, y (iii) medidas disciplinarias (incluido el despido) por incumplimiento de las disposiciones del manual en sí mismo. Ver RAGCM, de 19 de julio de 2017, Procedimiento 26686, 1742 *Tondini per cemento armato*, p. 206.

¹⁴⁰⁶ PÉREZ FERNÁNDEZ, PATRICIA, «La importancia de los programas de cumplimiento -*compliance programmes*-» en las políticas sancionadoras de las Autoridades de Competencia», en *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, Nº 876, 2014 (Ejemplar dedicado a: «50 aniversario de la primera ley de competencia en España»), pp. 75-90, p. 75.

4.2. Políticas de *compliance* y contratación pública

La adopción de políticas de cumplimiento en el ámbito de la contratación pública se justifica en múltiples razones. Desde la perspectiva de los intereses públicos, la contratación pública es un instrumento esencial para el desempeño de las restantes actividades administrativas, destaca en términos del PIB¹⁴⁰⁷ y las conductas colusorias causan daños a los poderes adjudicadores, a la Hacienda pública y a la economía en general¹⁴⁰⁸. Desde el punto de vista de los operadores económicos, es indiscutible la identidad propia de la contratación pública entre las actividades económicas, así como la exigencia de que los licitadores cuenten con personal especializado en la ejecución de trabajos públicos. Respecto del Derecho de la contratación pública, los esquemas colusorios exitosos convierten en ‘papel mojado’ los principios de la contratación pública y las garantías de los procedimientos contractuales machaconamente repetidas en la normativa europea y estatal. Por último, para el Derecho de la Competencia el *bid rigging* es un ejemplo palmario de cártel (LDC, Disposición adicional cuarta), una restricción por objeto y cártel duro.

La lógica invita a pensar que el resultado práctico de la monitorización constante de la actividad contractual a través de este tipo de programas conlleva dos ventajas. El primer beneficio atañe la competencia en la contratación pública; los programas de cumplimiento deberían suponer la progresiva reducción o eliminación de las prácticas de *bid rigging*, tanto a nivel singular como agregado. El segundo, para la propia empresa, que gozará en el procedimiento sancionador de una presunción *iuris tantum* de diligencia en el cumplimiento de la normativa de competencia a la hora de tomar parte en licitaciones, con la posible atenuación de la sanción.

Sin embargo, las especificidades de la colusión en la contratación pública para las políticas de cumplimiento son también los problemas para su impulso. Cabe citar tres: la

¹⁴⁰⁷ En 2014, la media era del 15% para los países de la OCDE. En España, aumentaba hasta el 18,5 % del PIB nacional (CNMC, PRO/CNMC/001/15 *Análisis de la Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia*, 5 de febrero de 2015, p. 3).

¹⁴⁰⁸ En *Mudanzas Internacionales* (p.83), la CNMC afirma que «En supuestos similares en los que se ha investigado la manipulación de licitaciones públicas, tanto la CNC como la CNMC han señalado los perniciosos efectos de dichas prácticas, constitutiva de un plus de gravedad de la infracción, dado el encarecimiento del coste de estas licitaciones que debe soportar la Administración y, en última instancia, los ciudadanos que a través de sus impuestos también resultan perjudicados, al requerir un mayor cargo presupuestario que asume el contribuyente». La Resolución cita otras anteriores, que resuelven casos de colusión en la contratación públicas; concretamente, RCNC de 19 de octubre de 2011, Expte. S/0226/10 *Licitaciones de carreteras* y RCNMC de 4 de diciembre de 2014, Expte. S/0453/12 *Rodamientos Ferroviarios*.

atomización propia de este sector, la duración de muchos contratos y la subsistencia del contrato a la declaración de nulidad de las prácticas anticompetitivas.

La atomización de la gran mayoría de los licitadores (pymes) y de la mayor parte de los contratos públicos (contratos menores y procedimientos negociados), significa por una parte que la mayoría de los licitadores carecen de estructura y/o recursos para establecer programas y órganos de cumplimiento; por otra supone que extender las políticas de cumplimiento a los pequeños contratos es prácticamente imposible y siempre ineficiente. La limitación de dichas políticas a los grandes contratos y a los grandes licitadores afectaría a los viveros de grandes infracciones a la defensa de la competencia. De ser exitosa, reduciría futuros grandes casos. Sin embargo, tal instrumento no beneficiaría a los «peces pequeños», quienes penarían por las infracciones a la normativa sancionadora pero no se beneficiarían de sus posibles vías de escape.

La larga duración de muchos contratos administrativos significa que a los cárteles o licitadores abusivos exitosos les compensa infringir la normativa de competencia porque cierran un determinado mercado durante años. Salvo que se les imponga una prohibición de contratar, el importe de las multas hace rentable la infracción y el daño reputacional es mínimo¹⁴⁰⁹.

A los dos rasgos precedentes se une que la resolución sancionadora dictada por la autoridad de competencia no puede decretar la nulidad del contrato público. Este extremo ha sido objeto de estudio en el epígrafe IV de este capítulo.

Un último problema para aplicar las políticas de cumplimiento en la contratación pública es la dificultad de establecer la culpa, negligencia, imprevisión o inexperiencia como razón de la colusión en la contratación pública. En este sector la competencia no es nunca difusa, inordinada o sujeta a los vaivenes del mercado. Por el contrario, los licitadores saben que el estado natural de las cosas es competir; que la propia normativa de contratación pública ha establecido reglas y procedimientos selectivos en régimen competitivo (competencia por el mercado): «*sólo puede ganar uno*». Por ello, los licitadores incurren en bid rigging de forma consciente y deliberada.

¹⁴⁰⁹ El artículo 29 PLCSP prevé una duración marco de 5 años (contratos de suministros, servicios y arrendamiento de inmuebles). Pero los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios pueden alcanzar los 10, 25 o incluso los 40 años.

Dicho lo cual, de plantearse la admisión de PC en el ámbito de la contratación pública, con tintes de especialidad, hay que tener en cuenta su doble naturaleza (preventiva y atenuante) y el papel que compete a los entes contratantes, a las autoridades de competencia y, naturalmente, a los propios licitadores.

4.3. El *compliance* como método preventivo

Afirmar que el primer y principal objetivo de un programa de cumplimiento es -o debería ser- la prevención de prácticas anticompetitivas, equivale a incluir a los *compliance programmes* entre los métodos proactivos de lucha contra la colusión (en la contratación pública). Su particularidad respecto de los citados en el epígrafe III.1 *in fine* radica en que su centro de imputación no se encuentra en los órganos administrativos a quienes se ha encomendado la gestión de la contratación pública y la defensa de la competencia. Por el contrario, la creación, organización, funcionamiento y asunción de su éxito o fracaso corresponde en exclusiva a los operadores económicos (en su caso, los licitadores). Ni las autoridades de competencia ni los órganos de contratación están obligados a aprobar uno o varios modelos de programas de cumplimiento ni a homologar los presentados por los licitadores; sin perjuicio de que pudiesen asumir una o ambas funciones *motu proprio*¹⁴¹⁰.

Para que un programa de cumplimiento tenga este carácter proactivo debe reunir dos condiciones: haber sido organizado y estar a pleno rendimiento antes de la comisión de la conducta colusoria e incluir previsiones específicas contra la colusión en la contratación pública. Sólo en ambos casos se hallará en condiciones de cumplir plenamente su misión preventiva.

4.3.1. Preexistencia a la práctica colusoria

Tan sólo un programa de cumplimiento que haya sido creado y esté operativo antes del inicio de la práctica colusoria ha tenido la oportunidad de impedirlo o de reducir su incidencia. Por el contrario, un *compliance programme* instaurado por una

¹⁴¹⁰ Por ejemplo, la Australian Competition & Consumer Commission (ACCC) diseñó cuatro plantillas de programas de cumplimiento, clasificadas por niveles. (<https://www.accc.gov.au/business/business-rights-protections/implementing-a-compliance-program#compliance-program-templates>).

empresa con posterioridad a la comisión de la infracción o al inicio del procedimiento sancionador carece por naturaleza del carácter preventivo.

Esta conclusión general se evidencia con mayor intensidad cuando de prácticas colusorias en la contratación pública se trata. Dichas conductas son el paradigma de cárteles duros e infracciones por objeto. Para su castigo no es preciso que se materialicen resultados anticompetitivos en la realidad económica. Por lo tanto, un programa de cumplimiento puesto en marcha después del inicio de la conducta no estará en condiciones de impedirla - y de evitar así la sanción. Sin perjuicio de ello, podrá evitar o reducir los efectos y con ello, aminorar el importe de la multa. En determinadas condiciones cabe reconocer el efecto atenuante en programas motivados por el inicio del procedimiento sancionador y, por lo tanto, posteriores al mismo¹⁴¹¹.

4.3.2. Inclusión de previsiones específicas *anticolusión*

La singularización del *bid rigging* a la hora de elaborar programas de cumplimiento admite dos modalidades: a) la inclusión de cláusulas de descripción y prevención del *bid rigging* en los *compliance programmes* ordinarios; b) la confección de programas de cumplimiento separados en los que se contemplase la colusión en la contratación pública.

Las características de muchas empresas convierte en razonable que las autoridades de competencia vinculen previsiones específicas y efecto preventivo tan sólo respecto de ciertos licitadores incurso en un procedimiento sancionador. Cabría limitarla a las empresas dedicadas exclusivamente a la contratación pública o cuyo volumen de negocios en este sector fuese significativo respecto del total; que tuviesen experiencia

¹⁴¹¹ La CNMC expresó con sagacidad los límites de los programas posteriores a la infracción en su *Mudanzas Internacionales*. Observa que «En lo que se refiere ya no a la existencia de un programa de cumplimiento previo a la infracción, sino a su implantación posterior una vez ocurrida la conducta e iniciado el expediente sancionador, esta Sala hace suya la consideración de la Comisión Europea de que la principal recompensa derivada de la introducción de tales programas, si se revelan eficaces, será la inexistencia de conductas contrarias a la competencia o, en el peor de los casos, su inmediata detección y las ventajas derivadas de poder hacer uso de los Programas de Clemencia. Igualmente, esta Sala de Competencia ha puesto de manifiesto que, si bien la adopción de medidas de cumplimiento una vez iniciada la instrucción de un expediente sancionador refleja formalmente la voluntad cumplidora de la empresa, el efecto real de tales medidas a efectos del respeto de la normativa de competencia sólo podrá valorarse en fase de vigilancia de la resolución sancionadora, lo cual no impide que, en función de las circunstancias del caso concreto, pueda ser considerado como elemento moderador de la sanción (en análogo sentido, RCNMC de 17 de septiembre de 2015, Expte SNC/0036/15 MEDIASET)» (*Mudanzas*, p. 104).

demostrada en múltiples licitaciones y contasen por ellos con estructuras internas - más o menos formales- dedicadas a la presentación de proposiciones a procedimientos contractuales.

Esta limitación sería también aplicable a la política de las autoridades de competencia relativa a la relación entre las previsiones específicas y la circunstancia atenuante en el procedimiento sancionador.

4.3.3. Operatividad de los programas de cumplimiento preventivos

En cuanto mecanismo de prevención, el desarrollo de las políticas de cumplimiento se halla en manos de los licitadores. Para su implantación es preciso un compromiso expreso y público, así como su materialización en medidas concretas y *tailorización*¹⁴¹². En relación con este requisito, es conveniente que los licitadores hayan conformado programas de cumplimiento específicos para la contratación pública. Su órgano o gestor de compliance debe poseer conocimientos en materia de contratación pública. Si la gestión de las políticas de cumplimiento se lleva a cabo por bufetes o consultoras externas, este dato parece (o debiera parecer) garantizado. Cuando el órgano es interno, es importante la distancia con las unidades encargadas de participar en las licitaciones. Los pliegos pueden disponer que el licitador añada a su proposición un compromiso de no haber incurrido en conducta colusoria; esta previsión es obligatoria para los contratos sometidos a regulación armonizada y se recoge en el formulario tipo del DEUC (documento único comunitario). El compromiso debería ser acompañado por un documento del gestor de compliance, que garantice la vigencia y efectividad de la PC y la posesión de un programa de cumplimiento

El DEUC (documento único comunitario) incluye una casilla en la que cada licitador licitador ha de reseñar si «¿Ha celebrado el operador económico acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia [Sí [No]» y «En caso afirmativo, ¿ha adoptado el operador económico medidas autocorrectoras? [Sí [No. Si lo ha hecho, descríbanse las medidas adoptadas]». Aunque no lo diga

¹⁴¹² MARTÍNEZ CORRAL, BORJA, «Asegurando el cumplimiento: los «compliance programs» en materia de Derecho de la Competencia (1)», en RECUERDA GIRELA, MIGUEL-ÁNGEL, *Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia, Anuario de Derecho de la Competencia 2016*, Civitas Thomson Reuters, 2016, p. 101.

expresamente, una interpretación lógica de esta cláusula supone identificar la expresión «medidas autocorrectoras» con programa de cumplimiento. El documento no autoriza al licitador a explicar la opción escogida ni adjuntar documentación justificativa. Pero sí permite al órgano de contratación y a la autoridad de defensa de la competencia suponer la existencia de un programa de compliance, a los efectos de decidir sobre la exención de la prohibición de contratar y de atenuar la sanción¹⁴¹³.

Los entes contratantes y las autoridades de competencia pueden mantenerse por completo al margen y esperar a valorar su carácter paliativo durante el procedimiento sancionador en materia de competencia. Sin embargo, cabría adoptar una serie de medidas de intervención por una u otra autoridad. Por ejemplo, implantar un sistema de consultas por parte de los órganos de cumplimiento. La consulta no podría dar pie a una investigación, lo que supone un peligro de utilización fraudulenta de esta vía. También sería posible la presentación previa de los programas de cumplimiento a dichas autoridades, sea a su aprobación o como declaración responsable (en el sentido del artículo 69.1 LPACAP)

La adopción de estas medidas presenta múltiples problemas. Precisaría regulación, cuando menos *soft law*. Sería difícil de gestionar ante el volumen de empresas licitadoras y de licitaciones. Convertiría a los órganos de contratación y a las autoridades de competencia en verdaderos reguladores. Por último, cabría preguntarse qué órgano sería competente para implementarlas. En el ámbito de la contratación pública, lo más conveniente sería que la gestión correspondiese a las juntas consultivas de contratación administrativa, en cuanto órganos consultivos y autónomos. En el ámbito del derecho de la competencia serían las autoridades de defensa de la competencia.

4.4. El *compliance* durante el procedimiento sancionador

Es esencial destacar que las políticas de cumplimiento poseen un doble alcance favorable para el licitador cuando el procedimiento sancionador se sigue por colusión en la contratación pública. A la posible minoración de la multa (efecto paliativo en el Derecho de la Competencia) se sumará la no imposición de una prohibición de contratar

¹⁴¹³ Sobre el DEUC la rehabilitación del licitador, ver el epígrafe VII.2.5.a) de esta obra.

cuando aquel acredite el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 72.5 LCSP y 57.5 Directiva 2014/24 (efecto eximente en el Derecho de la Contratación Pública).

4.4.1. En relación al Derecho de la Competencia: atenuante de la sanción

En el curso de un procedimiento sancionador, aquellos licitadores que advierten a la autoridad de defensa de la competencia acerca de la existencia de un programa de cumplimiento del derecho de la competencia estarán interesados en hacerlo valer como atenuante, al amparo del artículo 64.3 LDC, letras a) (*realización de actuaciones que pongan fin a la infracción*) o d) (*colaboración activa y efectiva con la autoridad de competencia*). Las consecuencias son diferentes según el programa sea anterior a la infracción o haya sido establecido con posterioridad a la conducta anticompetitiva.

Cuando se insta un procedimiento sancionador frente a una empresa dotada de un sistema de *compliance* preexistente, el programa de cumplimiento parece haber sido ineficaz para evitar la participación en un cártel de licitadores. Pierde por ello su naturaleza proactiva y pasa a ser invocado como atenuante por la defensa del licitador. En tal caso, la aceptación del carácter moderador de la sanción por la autoridad de competencia no es automática. Tal y como ha puesto de manifiesto la CNMC, siguiendo la posición adoptada por el TJUE en su sentencia de 18 de julio de 2013 (asunto C-501/11 *Schindler Holding y otros/Comisión*), el mero hecho de introducir estos programas internos de adecuación a las normas sobre competencia no puede tomarse sin más como una circunstancia atenuante¹⁴¹⁴. No basta para ello considerar, con carácter general, que son positivas todas las actuaciones de las empresas dirigidas a fomentar internamente el conocimiento de las normas de competencia y a prevenir y evitar su posible incumplimiento¹⁴¹⁵. Para admitir al *compliance* como causa de reducción de la

¹⁴¹⁴ RCNMC, de 8 de junio de 2017, Expte S/DC/0557/15, *Nokia*, p. 87, con remisión a STJUE de 18 de julio de 2013, C-501/11, *Schindler Holding y otros/Comisión*.

¹⁴¹⁵ RCNMC, de 6 de septiembre de 2016, Expte S/DC/0544/14, *Mudanzas Internacionales*, p. 103. Ver DE LA VEGA GARCÍA, FERNANDO, «Programas de cumplimiento normativo (*compliance*) y Derecho Antitrust (Res. CNMC de 6 de septiembre de 2016, *Mudanzas Internacionales*)», <http://derechoycompetencia.blogspot.com.es/2016/09/programas-de-cumplimiento-normativo.html#more>

sanción, la autoridad de defensa de la competencia deberá necesariamente valorar la seriedad de su organización y de su funcionamiento en el caso concreto¹⁴¹⁶.

Como explica la autoridad española de competencia en *Fabricantes de automóviles*, si los hechos acreditados no permiten concluir la existencia previa a la infracción de un programa de cumplimiento exitoso que efectivamente hubiera articulado y aplicado controles internos y severas sanciones disciplinarias, no cabe deducir el genuino compromiso de la empresa de que se trate con la observancia de la normativa de competencia, a los efectos de valorarlo como atenuante¹⁴¹⁷. Es más, en caso de que el programa de cumplimiento hubiese fallado de forma palmaria o hubiese dificultado las labores de investigación de la autoridad de competencia, ésta debe rechazar la atenuación de la sanción¹⁴¹⁸.

Cuando el licitador instaura un programa de cumplimiento después de la comisión de la infracción (o del inicio de la investigación), es presumible que el *compliance* busque la minoración del importe de la sanción. La CNMC ha adoptado un criterio prudente a la hora de aceptar esta causa de atenuación¹⁴¹⁹. Por una parte, entiende que la principal recompensa derivada de la introducción de tales programas, si se revelan eficaces, será la inexistencia de conductas contrarias a la competencia o, en el peor de los casos, su inmediata detección. Igualmente, la CNMC ha puesto de manifiesto que, si bien la adopción de medidas de cumplimiento una vez iniciada la instrucción de un expediente sancionador refleja formalmente la voluntad cumplidora de la empresa, el efecto real de tales medidas a efectos del respeto de la normativa de competencia sólo podrá valorarse en fase de vigilancia de la resolución sancionadora, lo cual no impide

¹⁴¹⁶ Las autoridades de competencia de Gran Bretaña y Francia se han pronunciado expresamente a favor de considerar a los programas de cumplimiento como circunstancias atenuantes de la responsabilidad sancionadora. Ver MARTÍNEZ PERAL, BORJA, cit. p. 109

¹⁴¹⁷ RCNMC de 23 de julio de 2015, Expte S/0482/13, *Fabricantes de automóviles*, p. 89

¹⁴¹⁸ *Schindler Holding y otros/Comisión*, pár. 144. La empresa homónima tenía conocimiento del carácter anticompetitivo de su conducta y el programa de *compliance* obstaculizó la inspección llevada a cabo por la Comisión.

¹⁴¹⁹ En la Unión Europea, tan sólo las autoridades de competencia del Reino Unido, Francia, Suiza e Italia prevén que la adopción de un programa de *compliance* minore las sanciones (blog «Trust in IP, 26 de abril de 2018»). El Borrador de Recomendaciones sobre «*compliance antitrust*» redactado por la autoridad transalpina prevé que los programas aprobados después del inicio de la investigación pero antes del pliego de concreción de hechos pueden lograr la reducción de la multa hasta un máximo del 5%. Los programas aprobados con anterioridad a la investigación minorarán la multa hasta un 15% si la empresa hubiese puesto fin a la conducta antes del inicio de la investigación. En caso contrario, la reducción alcanzará el 5% si el programa fuese manifiestamente inadecuado para evitar la comisión de la infracción o un 10%, si no era evidentemente inadecuado, pero se hubiese revelado infructuoso (*Schema di linee guida sulla compliance antitrust*).

que, en función de las circunstancias del caso concreto, pueda ser considerado como elemento moderador de la sanción¹⁴²⁰. Por otra, exige que las empresas presenten una reorganización preventiva e investigadora y establezcan medidas eficaces para prevenir, evitar y, en su caso, descubrir con prontitud las infracciones¹⁴²¹.

4.4.2. En relación al Derecho de la Contratación pública

La vía más efectiva para la promoción de políticas de cumplimiento entre los licitadores consiste en otorgar alguna ventaja competitiva a los que acrediten tener en marcha un programa de cumplimiento a la fecha del anuncio de licitación. Esta ventaja debe entenderse en términos de aseguramiento de una posición de privilegio frente a los rivales que hubiesen descuidado el *compliance*. Así pues, el provecho se adscribe al principio de competencia intra-procedimental (o competencia por el mercado).

En abstracto, la presencia de un programa de cumplimiento permitiría al órgano de contratación atribuir a la empresa tres tipos de beneficios. Enumerados de mayor a menor grado de privilegio, son: primero, la exigencia del programa de cumplimiento para no ser excluido de la licitación (condición de solvencia); segundo, la inclusión entre los criterios de adjudicación del contrato; tercero, la supeditación del cumplimiento del contrato a la operatividad del programa (condición especial de ejecución).

En realidad, el programa de cumplimiento sería en principio admisible como criterio de solvencia y, alternativamente, de adjudicación, pero no como condición especial de ejecución.

a) Criterio de solvencia: certificado de calidad o modelo Edilux

A la vista de los preceptos que la LCSP dedica a las condiciones de solvencia, la inclusión de un programa de cumplimiento entre ellos deberá hacerse bajo la forma de certificado de calidad. Cabría acudir al certificado ISO 37001, que es el estándar

¹⁴²⁰ RCNMC, *Nokia*, p. 87. En análogo sentido, RCNMC de 17 de septiembre de 2015, Expte SNC/0036/15 *Mediaset*.

¹⁴²¹ RCNMC, Expte S/DC/0544/14, *Mudanzas Internacionales*, p. 104.

internacional que especifica los requisitos y proporciona una guía para establecer, implementar, mantener, revisar y mejorar un sistema de gestión antisoborno¹⁴²².

La LCSP prevé en su artículo 93 que el órgano de contratación podrá exigir la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el empresario cumple determinadas normas de garantía de la calidad (europeas o equivalentes). Pero sólo cuando se trate de contratos sometidos a regulación armonizada. No en el caso de que los contratos no alcancen los umbrales necesarios para tener esta condición.

Así pues, el órgano de contratación que anuncie la convocatoria de una licitación para la celebración de un contrato sometido a regulación armonizada podrá condicionar la admisión de los licitadores a la presentación de un certificado ISO 37001 (o equivalente, si existiese). Los licitadores que no se hallen en posesión del mismo - lo que significa afirmar que carecen de programa de cumplimiento- serán excluidos del procedimiento de contratación. Dicho de otra forma, sólo los participantes que cuenten con un programa de cumplimiento aspirarán a ser adjudicatarios del negocio y convertirse en contratistas públicos.

Para sostener los argumentos anteriores ha de admitirse que un certificado que tituliza un programa de cumplimiento es un certificado de calidad. Sí lo es para la entidad certificadora, pues todo certificado ISO crea estándares que proporcionan requisitos, especificaciones, directrices o características que se pueden utilizar de forma consistente para garantizar que los materiales, productos, procesos y servicios son adecuados para su propósito¹⁴²³. Es decir, la calidad también incluye la limpieza de la organización y de los procesos de toma de decisiones (que por otra parte es una garantía de la eficiencia, de la seguridad jurídica y de la confianza en la relaciones comerciales).

De no admitirse tal interpretación, aún cabría introducir los programas de cumplimiento como condición de solvencia, de acuerdo con la doctrina establecida por la sentencia *Edilux*. El Tribunal de Justicia condicionó la admisión de los protocolos de legalidad a su previsión expresa en una ley nacional y a que se respetase el principio de proporcionalidad (ver en este Capítulo, epígrafe III.7.1.c) 2).

¹⁴²² AENOR, *Certificación ISO 37001 del Sistema de gestión para prevenir el soborno en las organizaciones*, https://www.aenor.es/aenor/certificacion/resp_social/iso37001.asp#.WWqQA4rYVE4.

¹⁴²³ ISO.ORG. <https://www.iso.org/standards.html>.

Siempre que se cumplan ambos requisitos la misma solución es admisible para los programas de cumplimiento. Estos documentos constituyen una mayor garantía para el poder adjudicador por cuanto acreditan el compromiso con la normativa de competencia antes, durante y después de la licitación. Además, cabe introducir un protocolo de legalidad en el programa de cumplimiento, bien como parte de su contenido o como documento anexo. Por ambos motivos, sería ilógico que gozase de reconocimiento el protocolo y no el programa.

b) Criterio de adjudicación

Las juntas consultivas de contratación administrativa han considerado correcta la valoración de la «calidad» mediante la toma en consideración de los correspondientes certificados, pero siempre que tal circunstancia no se haya exigido como requisito de solvencia técnica para participar en el concurso¹⁴²⁴.

c) Condición especial de ejecución

Las condiciones especiales de ejecución no operan durante la licitación sino durante el cumplimiento del contrato público. En consecuencia, no se exigen a los licitadores sino al contratista. Su incumplimiento da lugar a la resolución del contrato público (artículo 211.f) LCSP).

La inclusión del programa de cumplimiento entre las condiciones especiales de ejecución no parece conciliarse con el tipo de medidas previstas tanto por la Directiva 2014/24 (artículo 70) como la LCSP (artículo 202). La Directiva precisa que dichas condiciones podrán incluir consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, consideraciones de tipo medioambiental, social, o relativas al empleo. Además, han de estar «*relacionadas con el objeto del contrato*», no con la empresa licitadora. Ninguno de estos requisitos se cumple en el *compliance*. Aunque las condiciones citadas no constituyen *numerus clausus*, la doctrina judicial ha considerado las condiciones especiales en relación con aspectos sociales o medioambientales¹⁴²⁵.

¹⁴²⁴ Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, Resolución 20/2011, de 15 de junio (Rec. 20/2011), p. 20.

¹⁴²⁵ Por todas, STJUE, de 17 Nov. 2015, C-115/2014, *RegioPost*;

4.4.3. Exención de la prohibición de contratar

La acreditación de la existencia de un programa de cumplimiento es uno de los tres requisitos establecidos por el artículo 57.5 de la Directiva 2014/24 y 72.5 LCSP para que el licitador pueda solicitar y obtener la exención de la prohibición de contratar por haber incurrido en conductas falsificadoras de la competencia. Es la denominada ‘rehabilitación’ del licitador, que será objeto de estudio en el epígrafe VI.2.2.1.

IV. PROHIBICIÓN DE CONTRATAR Y EXPULSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN

1. Consideraciones generales

El artículo 65.1 de la LCSP enumera los presupuestos que han de cumplirse para que una persona pueda convertirse en contratista del sector público, a saber: (1) ser persona natural o jurídica, española o extranjera; (2) tener plena capacidad de obrar; (3) no estar incurso en prohibición de contratar; (4) acreditar la solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en su caso, cuando la Ley lo exija, tratarse de una empresa debidamente clasificada.

Desde el punto de vista sistemático, es útil recordar que la doctrina ha agrupado tales exigencias en dos grandes grupos¹⁴²⁶. De un lado, se habla de los «requisitos positivos» que deben cumplir los candidatos y licitadores para llegar a ser contratistas del sector público. Se trata de requisitos o condiciones que toman en consideración su capacidad, su situación económico-financiera, sus conocimientos técnicos, o su experiencia profesional. De otro, los «requisitos negativos», o situaciones en las que no pueden estar incurso candidatos y licitadores para contratar con el sector público pues evidencian su poca fiabilidad o capacidad moral en orden a garantizar en lo posible que el éxito final del contrato. En este grupo se encuentran las prohibiciones de contratar.

¹⁴²⁶ Cfr. MORELL OCAÑA, LUIS.: «Requisitos de los contratos. Capacidad y solvencia de las empresas (artículos 10 a 23 de la Ley)», AA.VV. (Dir. GÓMEZ-FERRER MORANT, R.), en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2004, pp. 136 y 137.

El requisito negativo que se exige para celebrar contratos con el sector público es que los candidatos o licitadores no estén incurso en alguna de las causas de incapacidad o prohibición que enumera el artículo 71 de la LCSP, precepto que se refiere a distintos supuestos que guardan relación con muy diversos ámbitos.

Las prohibiciones para contratar son una medida de policía que limita la capacidad de obrar de las personas físicas o jurídicas al eliminar de manera absoluta durante cierto tiempo que quienes incurran en ellas gocen del derecho a participar libremente en las licitaciones públicas. Su naturaleza limitativa de derechos, aún no teniendo carácter propiamente sancionador, implica que respecto de las mismas rige una interpretación restrictiva amparada por la reserva de Ley, que supone que solo pueden considerarse tales las expresamente previstas en ella, sin que los pliegos de cláusulas administrativas de contratos particulares puedan incluir otras distintas¹⁴²⁷.

La Directiva 2014/24 introdujo las prohibiciones de contratar debidas a la comisión de comportamientos anticompetitivos (artículo 57). El apartado d) regula la prohibición en sentido estricto o exclusión de futuros procedimientos a aquellos operadores respecto de los cuales el órgano de contratación posea «*indicios suficientemente plausibles*» o conocimiento de haber sido sancionados por episodios de colusión precedentes. Pero también se regula la expulsión sobrevenida de una licitación en curso por la constancia de resoluciones sancionadoras en materia de competencia. El artículo 57.5 permite en su segundo párrafo expulsar a un licitador «*en cualquier momento del procedimiento*» en el caso de que, en vista de los actos cometidos u omitidos antes del procedimiento o durante el mismo, existan evidencias sensibles de que su oferta está viciada por la colusión. La LCSP transpuso ambos preceptos en sus artículos 71.1.b) y 150, respectivamente e introdujo modificaciones relevantes sobre el tenor literal de la Directiva

La imposición de prohibiciones de contratar ha sido discutida por la doctrina, La crítica principal es de oportunidad. Aplicadas de forma rigurosa son capaces de reducir la oferta de bienes y servicios por un largo período de tiempo¹⁴²⁸. Especialmente, en mercados formados por oligopolios estrechos. La situación colapsaría cuando la

¹⁴²⁷ Por todas, cfr. SSTS de 30 de enero de 2007 (RJ 2871/2004) y de 31 de mayo de 2007 (RJ 9762/2004).

¹⁴²⁸ SÁNCHEZ GRAELL, ALBERT., «Competition Infringements and Procurement Blacklisting», pendiente de publicación en *Competition Law Journal*, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2885278> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2885278>, 14 de diciembre de 2016

prohibición ha sido impuesta al monopolista de oferta. Sin embargo, esta objeción no es privativa de las prohibiciones de contratar por vulneración de la normativa antitrust. Resulta aplicable a la generalidad de las causas de exclusión. Piénsese, por ejemplo, el monopolista que ha sido condenado con carácter firme por infracciones tributarias o contra la seguridad social.

Con el establecimiento de este tipo de prohibiciones se intenta proteger el interés público¹⁴²⁹ evitando que las entidades que integran este sector contraten con personas que han demostrado una cuestionable reputación cometiendo conductas ilegales o que se encuentran en una situación objetiva que razonablemente invita a pensar que la ejecución del contrato podría malograrse. Estas circunstancias impiden que sean acreedoras de la confianza que el sector público ha de depositar en quien contrata. Paralelamente, desde un punto de vista más económico-empresarial, la previsión de estas medidas se entiende que puede servir para desincentivar el quebrantamiento de la legalidad vigente por parte de potenciales contratistas del sector público. Saben que si cometen alguna de conductas tipificadas como prohibiciones y así se declara en la forma que luego veremos, no podrán, al menos durante un tiempo, resultar adjudicatarios de este tipo de contratos¹⁴³⁰.

El requisito de no estar incurso en ninguna de las prohibiciones que se enumeran ha de cumplirse, en todo caso, en el momento de presentación de las proposiciones y mantenerse hasta el momento de adjudicación y formalización del contrato. De tal forma que si un órgano de contratación adjudica un contrato a una entidad en la que concurre una causa de prohibición de contratar, dicha adjudicación, por aplicación del artículo 39.a) LCSP, ha de considerarse nula de pleno derecho, de manera que el contrato puede declararse nulo en cualquier momento de su vigencia hasta su extinción. Sin embargo, cuando una empresa incurre en una prohibición de contratar tras la perfección de un contrato, tal situación no invalida ni la adjudicación ni la formalización del mismo. No tiene efecto alguno sobre la validez de dicho contrato salvo, y aún esto

¹⁴²⁹ El Tribunal Supremo las ha concebido como medidas tendentes a garantizar el interés público. Cfr. STS de 2 de octubre de 2000 (RJ 1546/1995), FJ 4°.

¹⁴³⁰ CEA AYALA, Á.: «Breves reflexiones acerca de las prohibiciones para contratar», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, nº 67, 2007, pp. 26-40.

podría cuestionarse, que en el pliego de cláusulas administrativas particulares se hubiese dispuesto expresamente otra cosa¹⁴³¹.

El estudio de la prohibición de contratar y de la expulsión sobrevenida del procedimiento de contratación se hace desde la perspectiva del Derecho de la Competencia, no del Derecho Administrativo. Por ello, los aspectos procedimentales u orgánicos son abordados de forma sucinta¹⁴³².

2. Prohibición de contratar: exclusión previa del procedimiento.

La exclusión (*debarment*) de futuros procedimientos contractuales es una medida prevista frente a aquellas empresas que hayan cometido prácticas anticompetitivas en el pasado. En el Derecho de la Contratación pública se incluye dentro de la categoría general de las prohibiciones de contratar¹⁴³³. Incide así sobre la propia esencia de las empresas potencialmente licitadoras: la posibilidad de participar contratos públicos. Por ello, su impacto dependerá de su duración y de la importancia de la contratación pública en su volumen de negocios¹⁴³⁴.

A pesar de su amplia utilización, la doctrina sobre la prohibición de contratar por vulneración de la normativa de competencia es escasa (aunque creciente en proporción geométrica). La principal laguna de esta figura resulta de la ausencia de evidencias

¹⁴³¹ Cfr. *Informes 14/2012, de 30 de noviembre y 13/2010, de 26 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya.*

¹⁴³² Para un mayor estudio del procedimiento pueden consultarse los estudios de Calviño Gerrero, Guillén Caramés y Huergo Lora citados repetidas veces en este epígrafe.

¹⁴³³ El artículo 41 de la Directiva 2014/24 prevé que el candidato o licitador que haya asesorado al poder adjudicador o haya participado de algún otro modo en la preparación del procedimiento de contratación será excluido del mismo cuando no haya otro medio de garantizar la igualdad de trato con sus rivales, previa oportunidad para que demuestre que su participación no pudo falsear la competencia. Este supuesto de no admisión del procedimiento de contratación no es una prohibición de contratar sino una causa especial de incompatibilidad cuya primera formulación se encuentra en la jurisprudencia comunitaria (STJUE, de 3 de marzo de 2005, C-21/2003, *Fabricom*, apartados 32-26). Para un estudio sobre la figura, ver RECUERDA GIRELA, MIGUEL-ÁNGEL., «La exclusión del licitador por la participación en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato», *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 103, septiembre-diciembre 2015, pp. 311-342.

¹⁴³⁴ ROMATOWSKI, PETER J., «Government Procurement Fraud: An Overview – Criminal Investigations and Prosecutions of Government Contractors and their Employees», C 640, *ALI-ABA* 51, 70 (1991).

empíricas de sus efectos, debido a las dificultades para detectar la colusión¹⁴³⁵. Y la crítica más acerada pone el acento en que la aplicación mecanizada de esta prohibición de contratar podría eliminar a todos los proveedores – especialmente en mercados pequeños- y convertir a la contratación pública en ineficaz¹⁴³⁶. Este estudio no comparte dicha posición. En sentido estricto, no considera que deba darse a la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia un tratamiento singular. No cabría imaginar una crítica tal si todos o la mayor parte de los operadores presentes en un mercado son excluidos por haber incurrido en algunos de los delitos citados en el artículo 71 LCSP¹⁴³⁷.

2.1. Antecedentes

2.1.1. Prohibición por «falta grave en materia profesional». *Forposta y Generali*

Un sector doctrinal sostiene que la prohibición de contratar por acto colusorio se hallaba ya contemplada en las Directivas de 2004 y, por vía de transposición, en la normativa española de contratos¹⁴³⁸. En concreto, la consideran incluida en la prohibición nacida de falta grave en materia profesional¹⁴³⁹. Como fundamento de

¹⁴³⁵ CERRONE, CLAUDIA, HERMSTRÜVER, YOAN y ROBALO, PEDRO, «Debarment and Collusion in Procurement Auctions», *Discussion papers of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods* 2018/5, Bonn, abril, 2018. Los autores citan como referencia a AURIOL, EMMANUELLE y SØREIDE, TINA, «An Economic Analysis of Debarment», en SSRN, 29 de enero de 2017. Para este estudio, los efectos disuasorios de la prohibición de contratar sobre la colusión dependen de la probabilidad de detección del cártel; p. 21.

¹⁴³⁶ ARMENGOL I GASULL, ORIOL, «Derecho de la Competencia y prohibiciones de contratar con la Administración: una visión crítica», en RECUERDA GIRELA, MIGUEL ÁNGEL, *Anuario de Derecho de la Competencia 2017, Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia*, Thomson Reuters Civitas, 2017, pp. 297-300.

¹⁴³⁷ delitos de terrorismo, constitución o integración de una organización o grupo criminal, asociación ilícita, financiación ilegal de los partidos políticos, trata de seres humanos, corrupción en los negocios, tráfico de influencias, cohecho, fraudes, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, prevaricación, malversación, negociaciones prohibidas a los funcionarios, blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio.

¹⁴³⁸ BERMEJO VERA, JESUS, «Las prohibiciones de contratar en la Ley de Contratos del Sector Público», en *El Derecho de los Contratos del Sector Público, número monográfico de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, (José M^o Gimeno Feliú, Ed.), Ed. Departamento de Presidencia del Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2008, p. 116; SÁNCHEZ GRAELLS, ALBERT: *Public procurement and the EU Competition rules*, Hart Publishing, Oxford, 2012, p. 253-255.

¹⁴³⁹ Concretamente, se sanciona a aquellas empresas «que hayan cometido una falta grave en materia profesional, que pueda ser comprobada por cualquier medio que los poderes adjudicadores puedan

derecho más destacado aluden a su mención en el Considerando 54 de la ya derogada Directiva 2004/17 (Considerando 43 de la también Directiva 2004/18), a pesar de su carácter *obiter dictum*¹⁴⁴⁰.

Este sector se apoyó además en la sentencia *Forposta*¹⁴⁴¹. Este pronunciamiento comunitario establece el concepto comunitario de «falta grave en materia profesional» y sus límites como prohibición de contratar prevista en la Directiva 2004/18, para lo cual adopta una interpretación extensiva. De acuerdo con su apartado 27, el concepto de «falta en materia profesional» abarca cualquier comportamiento que incurra en culpa y que afecte a la credibilidad profesional del operador económico en cuestión, y no sólo, en sentido estricto, las infracciones de las normas deontológicas de la profesión a que pertenece el operador económico que sean declaradas por el órgano disciplinario previsto en el ámbito de dicha profesión o por una resolución judicial con autoridad de cosa juzgada. Dentro de dichos límites, dicho concepto puede precisarse y especificarse en el Derecho nacional, respetando siempre el Derecho de la Unión (apartado 27)¹⁴⁴². En Derecho comparado existe algún ejemplo de esta interpretación extensiva, como demuestra el asunto *Connexion Taxi Services*, tratado en el epígrafe VII.1.

Otro sector entiende errónea la interpretación anterior en el contexto del Derecho español¹⁴⁴³. En primer lugar, porque una visión lógica de la normativa comunitaria

justificar» (artículo 45 2.d) Directiva 2004/18) o por «haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia profesional» (artículo 71.1.b) LCSP).

¹⁴⁴⁰ De acuerdo con el Considerando 54, «Si el Derecho nacional contempla disposiciones a tal fin, el incumplimiento de la legislación en materia de medio ambiente o de la normativa sobre acuerdos ilícitos en materia de contratos públicos que haya sido objeto de una sentencia firme o de una resolución de efectos equivalentes podrá considerarse un delito que afecta a la moralidad profesional del operador económico de que se trate o una falta grave. La inobservancia de disposiciones nacionales de aplicación de las Directivas 2000/78/CE (22) y 76/207/CEE (23) del Consejo relativas a la igualdad de trato de los trabajadores que haya sido objeto de una sentencia firme o de una decisión de efectos equivalentes se podrá considerar un delito que afecta a la moralidad profesional del operador económico de que se trate o una falta grave».

¹⁴⁴¹ STJUE de 13 de diciembre de 2012, *Forposta*, C-465/11.

¹⁴⁴² El Tribunal precisa el concepto de «falta grave», que debe entenderse referido a un comportamiento que revele dolo o una negligencia de cierta gravedad por parte del operador económico en cuestión. Todo cumplimiento incorrecto, impreciso o defectuoso de un contrato o de parte del mismo podrá acreditar, a lo sumo, que la competencia profesional del operador económico en cuestión es limitada, pero no equivale automáticamente a la comisión de una falta grave. La comprobación de la comisión de una «falta grave» requiere, en principio, que se realice una apreciación concreta e individualizada de la actitud del operador económico de que se trate (*Forposta*, apartados 30-31).

¹⁴⁴³ MIÑO LÓPEZ, ANTONIO y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA, «Colusión en la contratación pública (*bid rigging*): propuestas para combatirla eficazmente y posibilidades que ofrece la Directiva 2014/24/CE sobre contratación pública», en GIMENO FELIU, JOSÉ M^a, *Observatorio de los Contratos Públicos*, 2013, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 460.

parecía rechazarla. *Forposta* no decidió un caso de falta grave en materia profesional relacionado con una práctica anticompetitiva en la contratación pública. Y las Directivas de 2004 no contemplaron la prohibición de contratar por la existencia de indicios o pruebas de *bid rigging*. Ha sido el artículo 57 de la Directiva 2014/24 el que lo regula por vez primera.

En segundo lugar, aquella doctrina es dudosamente conforme con los principios de tipicidad de las infracciones administrativas y de responsabilidad de sus autores (artículo 129 y 130 Ley 30/1992); ambos directamente ligados al principio constitucional de presunción de inocencia que la norma nacional contemple expresamente ¹⁴⁴⁴. En tercer lugar, el mencionado Considerando 54 de la Directiva 2004/17 exigía que la ley nacional definiese expresamente a los acuerdos colusorios como prohibición de contratar.

Asimismo, la jurisprudencia comunitaria ha adoptado una posición restrictiva respecto de la falta grave en materia profesional como prohibición de contratar. *Forposta* debe ser entendida como la reafirmación por el TJUE de su doctrina acerca de que la legislación nacional no puede establecer prohibiciones de contratar por razón de las cualidades profesionales del operador económico diferentes a las previstas en la Directiva de contratos (párrafos 38 y 39). En caso de que las causas de exclusión tuviesen otro fundamento, las prohibiciones de contratar deberán «*precisarse y especificarse en el Derecho nacional, respetando siempre el Derecho de la Unión*» (párrafo 26).

Por último, porque dicha posición implica una reducción del ámbito de la prohibición de contratar en la Directiva vigente respecto de las anteriores. Ello es así porque, debido a la amplia dicción empleada por las Directivas de 2004 para justificar la prohibición (falta grave en materia profesional) resultaban comprendidos cualesquiera prácticas contrarias a la normativa de competencia, ya sean acuerdos (artículo 101 TFUE) ya actos (unilaterales) constitutivos de abuso de posición de dominio (artículo 102 TFUE). Sin embargo, el artículo 57.4.d) de la Directiva 2014/24 es taxativo cuando

¹⁴⁴⁴ No debe olvidarse que en el ordenamiento jurídico español, el Derecho de la Competencia es una rama del Derecho administrativo, gestionado entes públicos (autoridades nacional y regionales de defensa de la competencia) que tramitan procedimientos administrativos y dictan resoluciones sancionadoras, las cuales son impugnables ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Ello sin perjuicio de que los perjudicados por comportamientos anticompetitivos puedan acudir ante el orden jurisdiccional civil para solicitar reparación de los daños y perjuicios causados (aplicación privada del Derecho de la competencia).

menciona tan solo a los «acuerdos» como causa de la exclusión. Se señalaba que, a salvo la futura posición del TJUE, una interpretación de tal calado que incluya entre las causas de prohibición de contratar al abuso de posición de dominio debe quedar vedada por la prohibición de interpretación extensiva de las normas sancionadoras.

Esta posición restrictiva parece haber sido confirmada *a posteriori* por el legislador español. En su redacción originaria, el artículo 60.1 TRLCSP de 2011 no mencionó las prácticas anticompetitivas entre las prohibiciones de contratar. Ha sido en 2015, ya vigente la Directiva 2014/24 y durante el período de transposición de la misma al Derecho Español, cuando la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público modificó el artículo citado para prohibir contratar a aquellas empresas que, además de *por infracción grave en materia profesional*, hubiesen sido «sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de falseamiento de la competencia». Esta adicción se ha realizado pocos meses antes de la previsible entrada en vigor de la nueva ley de contratos y por una ley – la 40/2015- que entró en vigor el 2 de octubre de 2016, un año después de su publicación en el BOE (Disposición Final 18ª). Si la interpretación extensiva fuese pacífica la inclusión expresa de esta causa de exclusión sería innecesaria.

La inclusión de los comportamientos *antitrust* entre las prohibiciones de contratar – y también entre las causas de expulsión de un procedimiento contractual en curso- ha obtenido su sanción legal a nivel comunitario en la Directiva 2014/24, tal como se estudia en el siguiente epígrafe. Ha sido también esta Directiva la que considera a dichos comportamientos como una variedad de falta grave en materia profesional. Esta relación es conceptual y de género a categoría, dado que faltas profesionales y prácticas restrictivas están previstas en las letras c) y d) del artículo 57.4, como causas diferentes de prohibición de contratar. Así lo explica su Considerando 101, en su párrafo primero:

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

Fue con posterioridad a la publicación de la Directiva 2014/24 que el TJUE consideró que las violaciones de la normativa de defensa de competencia integran una prohibición de contratar al amparo del artículo 45, apartado 2, letra d) de la Directiva 2004/18, en concepto de falta grave en materia profesional, por afectar a la credibilidad profesional del operador económico en cuestión. Es decir, el TJUE no estableció la doctrina *Forposta* para los actos anticompetitivos de forma autónoma, asumida después por la Directiva. A la inversa, dicha doctrina se mantuvo en términos generales en la jurisprudencia del Tribunal. Sólo cuando la Directiva 2014/24 la estableció como fórmula legal, el TJUE la recogió en su sentencia *Generali*¹⁴⁴⁵. De hecho, *Generali* cita expresamente al Considerando 101 y al artículo 57.4 d) de la Directiva 2014/24 como fundamentos de su posición (apartado 37). Inmediatamente después de la doctrina *Forposta* (apartado 35) admitió la interpretación extensiva en su sentencia *Generali*, de 18 de diciembre de 2014. Así pues, el reconocimiento tuvo lugar una vez vigente la Directiva 2014/24, que establece de forma expresa la prohibición de contratar por mor de cartelización. Dicha sentencia, que desborda y va más allá de la Directiva, será objeto de estudio en el siguiente epígrafe.

2.1.2. La Directiva 2014/24

El apartado 4 d) del artículo 57 dispone que «*Los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación, por sí mismos o a petición de los Estados miembros, en cualquiera de las siguientes situaciones: (...) d) Cuando el poder adjudicador tenga indicios suficientemente plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia*». El apartado 7 señala que la duración de la prohibición será fijada por la normativa de cada Estado miembro. Si la exclusión hubiese sido decidida por sentencia firme que no hubiera establecido su duración, en ningún caso excederá de 3 años, contados desde la fecha del «hecho significativo» (*relevant event*). Por hecho significativo no debe entenderse el momento de producción del acuerdo o práctica concertada, por naturaleza secretos, sino la firmeza de la resolución de competencia.

En un plano ontológico, la Directiva considera a esta causa de exclusión como uno de los subtipos integrados en una categoría más general: las prohibiciones de

¹⁴⁴⁵ STJUE de 18 de diciembre de 2014, C-470/2013, *Generali*.

contratar por incurrir en falta profesional grave. La identidad de razón en todos los casos se encuentra en la falta de aptitudes ontológicas o morales del licitador. En su Considerando 101, reconoce a los poderes adjudicadores la posibilidad de excluir a los operadores económicos «*que hayan dado muestras de no ser fiables, por ejemplo debido a que (...) o a que han cometido otras formas de falta profesional grave, como infracciones de las normas sobre competencia o de los derechos de propiedad intelectual e industrial. (...) una falta profesional grave puede poner en tela de juicio la integridad de un operador económico y por tanto hacerle no apto para ser adjudicatario de un contrato público, con independencia de si, en otros aspectos, pueda disponer de capacidad técnica y económica para ejecutar el contrato*».

Puede atribuirse a este apartado un objetivo similar al buscado con la prohibición debida a condena firme por corrupción (artículo 57.1.b): asegurar la competencia real en los procedimientos de adjudicación y, en último término, prevenir la colusión en la contratación pública¹⁴⁴⁶. Y responde claramente al objetivo de una Directiva de contratos en la lucha contra las prácticas anticompetitivas: no ser un sustituto de la legislación en materia de corrupción o de competencia¹⁴⁴⁷. Lo esencial es proporcionar una línea de defensa adicional con su rigurosa disciplina en materia de procedimiento¹⁴⁴⁸.

La semejanza ontológica entre las prohibiciones por corrupción y por comportamientos anticompetitivos no basta para equipararlas en magnitud. La primera

¹⁴⁴⁶ MEDINA ARNÁIZ, TERESA, «Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: Perspectiva europea y su incidencia en la legislación española», pp. 328; en FERNÁNDEZ ACEVEDO, RAFAEL y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA (Directores), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson Reuters, 1ª edición, 2014.

¹⁴⁴⁷ COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, *Dictamen de la Sección Especializada de Mercado Único, Producción y Consumo sobre el Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE - Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente* COM(2011) 15 final, 7 de julio de 2011, p. 14.

¹⁴⁴⁸ No faltan autores para quienes la eficacia de la lucha contra la corrupción y la colusión en la contratación pública está supeditada a la adopción de medidas conjuntas. En un nivel mínimo, una base de datos centralizada a nivel estatal habría de registrar las prácticas corruptas y anticompetitivas de los licitadores y las medidas adoptadas en torno a ellas (clemencia, terminación convencional de los procedimientos sancionadores, prohibiciones de contratar, etc). Pero la solución más conveniente sería la de extender el mandato de las autoridades de defensa de competencia a la persecución o reacción contra la corrupción en la contratación pública. En relación con las prohibiciones de contratar, cada autoridad valoraría si su adopción limita excesivamente el número de posibles proveedores y perjudica por ello a los intereses públicos. En tal caso, podría, , sustituir el *debarment* por sanciones administrativas o penales contra los directivos de las empresas involucradas o multas más elevadas. Ver AURIOL, EMMANUELLE, HJELMENG, ERLING, SØREIDE, TINA, «Deterring corruption and cartels: in search of a coherent approach», *Concurrences Review*, febrero de 2017.

es considerada como imperativa por el apartado 1 del artículo 57. La prohibición por infracción antitrust está incluida entre las prohibiciones facultativas. Sea por la conciencia de una menor gravedad, por las dificultades de implementación o por discrepancias en la redacción del artículo, lo cierto es que a la colusión se le asigna una importancia menor y, lo que es más relevante, se deja al arbitrio del operador nacional su efectividad. Debe reconocerse, no obstante, que ello no supone novedad respecto al artículo 45 de la Directiva 2004/18 («situación personal del candidato o licitador»). Como veremos, legislaciones como la británica mantienen el carácter facultativo. Otras, como la española elevan esta prohibición a obligatoria¹⁴⁴⁹.

La primera y quizás la más significativa de las innovaciones introducidas por la Directiva es la amplitud de la prohibición de contratar. La expresión «(...) *el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia*» significa que su alcance no queda reducido a la colusión en la contratación pública. El licitador será excluido del procedimiento de contratación si hubiese incurrido previamente en cualquier práctica restrictiva del artículo 101 TFUE. Tal extensión no es casual. Con ella, el legislador comunitario no se limitó a crear Derecho de la Competencia. Está haciendo política de competencia. Su objetivo es estimular el respeto a la normativa *antitrust* por los operadores económicos mediante la amenaza de no participación en un sector tan significativo como el de la contratación pública. El efecto incentivador se acrecienta en el Derecho español, dado que la Ley de Contratos del Sector Público otorga a esta prohibición carácter obligatorio para el órgano de contratación.

El apartado en cuestión reduce el objeto de la prohibición de contratar a los acuerdos colusorios, excluyendo las conductas abusivas y desleales en la contratación pública. No obstante, una interpretación tan reducida choca con la postura del TJUE

¹⁴⁴⁹ El carácter facultativo que el artículo 45, apartado 2, de la Directiva 2004/18 atribuye a ciertas prohibiciones de contratar significa que «*la Directiva no persigue una aplicación uniforme de las causas de exclusión que en ella se mencionan a escala de la Unión, en la medida en que los Estados miembros están facultados para no aplicar en absoluto dichas causas de exclusión o bien integrarlas en la normativa nacional con un grado de rigor que podría variar según el caso, en función de consideraciones de carácter jurídico, económico o social que prevalezcan en el plano nacional. A este respecto, los Estados miembros pueden moderar o hacer más flexibles los requisitos establecidos en dicha disposición (sentencia de 10 de julio de 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, apartado 36 y jurisprudencia citada)*», STJUE de 14 de diciembre de 2016, C-171/15, *Connexion Taxi Services*, párrafo 29. El mismo carácter dispositivo es predicable del artículo 57, apartado 4, de la Directiva 2014/24, en cuanto regula las prohibiciones de contratar de forma prácticamente idéntica al artículo 45, apartado 2, de la Directiva 2004/18.

(sentencia *Generali*) y la transposición de la ley española, tal como se estudia en epígrafes posteriores.

El artículo 57 exige que la conducta tenga por finalidad «falsear la competencia». Tanto la Comisión como el TJUE han relativizado la importancia del elemento intencional en la comisión de los ilícitos anticompetitivos. El artículo 101 TFUE no requiere una intención cualificada cuando resulte probado que su objeto o efecto sea impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior. En el Derecho español, sin embargo, la represión de las prácticas anticompetitivas se integra en un procedimiento sancionador, sometido a los principios previstos en la Ley 30/1992. Entre ellos se encuentra el de responsabilidad subjetiva (art. 130), que al exigir un mínimo de «simple inobservancia» alude a las distintas formas de dolo y negligencia, pero veda toda responsabilidad objetiva¹⁴⁵⁰.

No obstante, cuando de cárteles se trata, la CNMC ha llevado al extremo la objetivización de la responsabilidad. Estos acuerdos, consistentes principalmente en la fijación de precios, y otras conductas, tales como el intercambio de información estratégica y sensible, constituyen conductas que tanto el artículo 1 de la LDC como la Disposición Adicional Cuarta de la misma Ley prevén como acuerdos prohibidos y merecedores de sanción. Igualmente, las empresas adoptan sus acuerdos con manifiesta ocultación y secretismo, por lo que difícilmente puede hablarse de ausencia de culpa¹⁴⁵¹.

La demostración de que el licitador o candidato incurrió en una conducta colusoria en un procedimiento contractual previo no plantea especiales retos para el órgano de contratación. El estándar probatorio fijado por la Directiva es liviano (indicio fuerte). Naturalmente, se verá satisfecho cuando el órgano de contratación posea pruebas de la colusión. Así acontece cuando exista una resolución sancionadora emanada de las autoridades de competencia o una sentencia judicial (en ambos casos, nacional o comunitaria)¹⁴⁵².

¹⁴⁵⁰ STS de 1 de marzo de 2012, Sala C-A, Secc. 3ª, Rec. Casación 1298/2009, *Asociación Española de Fabricantes de Cartón Ondulado (AFCO)*, F. J. 6º; SAN 2903/2013, de 24 de junio, Secc. 6ª, Rec. 620/2010, *FEDEJEREZ*, F.J. 8º.

¹⁴⁵¹ RCNMC de 5 de marzo de 2015, Expte. S/0489/13 *Concesionarios Opel*, F.J. 6º.

¹⁴⁵² En el plano nacional, la sentencia procederá de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando resuelva un recurso frente a la resolución de la autoridad de competencia; y de la jurisdicción civil si se hubiese pronunciado en un pleito entre los operadores (aplicación privada del Derecho de la Competencia).

Para que la prohibición de contratar sea operativa no es imprescindible que la resolución o la sentencia sean firmes. Lo prueba el propio apartado 4 del artículo 57, que, en coherencia con el carácter potestativo de su transposición a la legislación interna -frente a la imposición prevista para los supuestos de los apartados 1 y 2- no establece una presunción *iuris et de iure*. Salvo que la colusión se halle acreditada por una resolución administrativa o por una sentencia judicial firmes, el operador económico está facultado para demostrar al órgano de contratación su no participación en un acto colusorio y, de esta forma, evitar la prohibición de contratar¹⁴⁵³.

Cuando el órgano de contratación deba decidir sobre la prohibición de contratar con base en una resolución o sentencia recurribles, cabe al licitador la posibilidad – y la carga- de probar su no implicación en el acto colusorio. Supeditar la eficacia de la prohibición al resultado de la prueba pone en cuestión la eficacia del artículo 57.4.d). Habrá de ser la norma de incorporación la que concilie el efecto útil de la Directiva con las exigencias mínimas del Derecho español sobre el derecho de alegar y probar, directamente relacionado con el derecho a la presunción de inocencia (artículo 24 CE).¹⁴⁵⁴ Otra cuestión no resuelta es la situación de los autores en una práctica colusoria acogidos a la vía de la clemencia. Interpretado literalmente, el artículo 57.4.d) de la Directiva permite al órgano de contratación excluir de los procedimientos contractuales a aquellos operadores que, habiendo reconocido su implicación en el comportamiento anticompetitivo, han colaborado con la autoridad de competencia en su esclarecimiento, por lo cual son exonerados del pago de la multa en la resolución sancionadora (artículo 65 LDC). La interpretación literal impide que la clemencia tenga cualquier papel en los casos de *bid rigging*. Los participantes en un pacto colusorio perderían cualquier

¹⁴⁵³ La cuestión fundamental es la demostración de la colusión en grado suficiente. El problema se simplifica si existe una decisión sancionadora de la autoridad de competencia (o la sentencia judicial, en su caso). Sin embargo, la dicción literal del artículo 57 se pronuncia en términos más genéricos, dejando a la ley estatal la decisión de si se admiten otros medios de prueba. En el Derecho español, entendemos que tales medios se reducirán a la señalada resolución de la autoridad de competencia o a la decisión de exclusión adoptada en un procedimiento de contratación precedente y fundada en el incumplimiento de una obligación o un requisito esencial presente en los pliegos, tal como indicamos en un epígrafe precedente.

¹⁴⁵⁴ No obstante, no debe desconocerse la doctrina del TJUE que reconoce a quien le fue negado el acceso al procedimiento de contratación interés legítimo para recurrir frente a la decisión de rechazo, incluso aunque no sea parte real en el procedimiento (TJUE, Sala Primera, Sentencia 144/2008 de 10 Nov. 2008, rec. 6219/2004). Impedir a una empresa participar en un procedimiento podrá conllevar la interposición de un recurso por su parte, capaz en algunos casos de producir la suspensión del procedimiento (artículos 4 y 53 LCSP) y que, de prosperar, podría suponer su anulación o la adjudicación a otro licitador (artículo 57 LCSP).

incentivo para denunciarlo ante la autoridad de competencia, al verse estarán expuestos a sufrir una prohibición de contratar durante un período considerable de tiempo.

Los medios ofrecidos al licitador o candidato citadas en el apartado 6 del artículo 57 de la Directiva para probar su inocencia exigen de este la supresión de los efectos anticompetitivos nacidos las prácticas sancionadas. Así, el interesado deberá probar que ha compensado o se halla en curso de compensar el daño provocado por el delito o la conducta anticompetitiva, que aclaró íntegramente los hechos y las circunstancias colaborando activamente con las autoridades investigadoras y que ha tomado medidas concretas de índole técnica, organizativa y de personal apropiadas para prevenir otros delitos penales o faltas de conducta. El órgano de contratación evaluará las medidas adoptadas por los agentes económicos, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de gravedad y el delito o de una falta.

Las diferentes modalidades de satisfacción se corresponden *latu sensu* con las sanciones consistentes en medidas de comportamiento o estructurales establecidas por la normativa de competencia. Dicho de otro modo, el órgano de contratación nunca considerará como prueba de la veracidad el mero abono por el licitador de la multa fijada por la autoridad judicial o de competencia. En segundo lugar, el dato de que la exclusión no sea automática exige una decisión motivada del órgano de contratación. Las razones en las que funde aquélla son esencialmente las propias del Derecho y de la jurisprudencia *antitrust*, no las procedentes del sistema de contratación pública. En este sentido, el órgano de contratación actúa materialmente como órgano de competencia.

Como se precisa en el epígrafe relativo a la transposición de este precepto al Derecho español, cuando el operador rechazase la autoría de la conducta anticompetitiva, el artículo 85 LCSP le permite probar la no concurrencia de una prohibición de contratar mediante testimonio judicial o resolución dictada por la autoridad de defensa de la competencia, reemplazables por declaración responsable si no es posible obtener aquellas.

2.1.3. Generali y el desbordamiento de la Directiva 2014/24

Como se destacó en el epígrafe precedente, el apartado 4, párrafo segundo, del artículo 57 reserva la prohibición de contratar al falseamiento de la competencia por actos colusorios («*acuerdos*»). Por ello, dicho precepto no podría emplearse para

impedir la participación en un procedimiento de contratación a aquellos licitadores que hubieren incurrido en comportamientos abusivos o desleales; incluso aunque dichas infracciones *antitrust* hubiesen merecido sanción firme por las autoridades de competencia o los tribunales.

Esta posición restrictiva del articulado contrasta con la dicción literal del Considerando 101, párrafo primero, de la propia Directiva, que postula conceder a los poderes adjudicadores la posibilidad de excluir a los operadores económicos que hayan cometido «*infracciones de las normas sobre competencia*». Por tanto, a los operadores jurídicos que cometiesen comportamientos colusorios, abuso de posición de dominio o deslealtades contrarias a la competencia.

No cabe duda de la prevalencia del artículo 57 sobre el Considerando 101. La Exposición de Motivos de un acto comunitario carece de valor jurídico vinculante y no puede ser invocada para establecer excepciones a las propias disposiciones del acto de que se trata¹⁴⁵⁵. Los Considerandos suelen resumir los principios generales del Derecho comunitario sobre la materia normativizada y son imprescindibles para precisar el objetivo del acto comunitario¹⁴⁵⁶.

Sin embargo, el conflicto entre el articulado y los Considerandos no puede zanjarse con una apelación formal a la preponderancia del primero. En el caso presente la discrepancia entre el artículo 57 y el Considerando 101 afecta a un aspecto tan sustancial como la extensión objetiva de la prohibición de contratar. Está en peligro el efecto útil de la Directiva en este punto. Dicho efecto es, sin duda, el señalado en el párrafo primero del Considerando 101: excluir a los licitadores que no sean fiables por haber cometido una falta profesional grave, consistente en incurrir en infracción a las normas sobre competencia. De no admitirlo así, una disposición legal eximirá a un porcentaje de infractores de la prohibición de contratar; lo que no deja de ser un curioso ejemplo de aplicación del artículo 4.1 LDC. Una exención de tal calado podría motivar comportamientos estratégicos de los operadores económicos, conscientes de las menores consecuencias perjudiciales de las conductas abusivas sobre las colusorias.

¹⁴⁵⁵ STJUE de 19 de noviembre de 1998, C-162/1997, *Gunnar Nilsson*, apartado 54.

¹⁴⁵⁶ STJUE de 4 de julio de 1963, asunto 24/62, RFA / Comisión; KLIMAS, TADAS, VAIČIUKAITĖ, JURATE, «The law of recitals in European Community Legislation», *ILSA Journal of Int'l & Comparative Law*, Vol. 15:1, 2008, pp. 1-33.

En *Generali*, el TJUE sostuvo una interpretación del ámbito objetivo de esta prohibición de contratar coincidente con el Considerando 101. Fundamentó su posición directamente en el TFUE (artículos 49 y 56), los cuales «*no se oponen a la aplicación de una normativa nacional que excluye de la participación en un procedimiento de licitación a un operador económico que ha cometido una infracción contra la normativa sobre competencia, infracción que ha sido declarada mediante sentencia judicial que ha adquirido autoridad de cosa juzgada y por la que se ha impuesto una multa*»¹⁴⁵⁷.

Por ende, existe un riesgo cierto de que se traslade a las normas nacionales de transposición. Como veremos, tal es el caso de España. Sería deseable que los tribunales internos planteen en el futuro una cuestión prejudicial de interpretación al TJUE en defensa del efecto útil. Este extremo será desarrollado al tratar la transposición del artículo 57.4.d) al Derecho español.

2.2. La Ley de Contratos del Sector Público

La incorporación al Derecho español de la prohibición de contratar por causa de prácticas anticompetitivas se ha producido con carácter singular y anticipado, lo cual da buena muestra de su importancia, puesto que el grueso de la Directiva no ha sido traspuesta en el plazo establecido por la Directiva 2014/24 (18 de abril de 2016). El artículo 57.4.d) fue objeto de transposición parcial por la Disposición Final Novena de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que dio nueva redacción al artículo 60.1.b) TRLCSP. En la Ley de Contratos del Sector Público esta prohibición de contratar está asentada en el artículo 71.1, b). Ambos artículos contienen la misma redacción.

La nueva normativa sobre prohibición de contratar vinculada a prácticas anticompetitivas aborda las siguientes cuestiones: a) Carácter imperativo de la prohibición, b) Extensión objetiva; c) Extensión subjetiva; d) Estándar probatorio e infracción desencadenante; e) Derecho Transitorio; f) Prohibición de contratar y clemencia.

¹⁴⁵⁷ *Generali*, apartado 39.

2.2.1. Carácter imperativo y no sancionador

El artículo 71, apartado 1º, letra b) LCSP prohíbe contratar a las personas que, hayan sido «sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia profesional que ponga en entredicho su integridad, de disciplina de mercado, de falseamiento de la competencia, de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o de extranjería, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente; o por infracción muy grave en materia medioambiental de conformidad con lo establecido en la normativa vigente, o por infracción muy grave en materia laboral o social, de acuerdo con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, así como por la infracción grave prevista en el artículo 22.2 del citado texto».

La comparación entre el tenor literal de los artículos 57.1.d) de la Directiva 2014/24 y 71 LCSP muestra que la normativa nacional es más favorable a la operatividad de la prohibición de contratar que la propia Directiva. Mientras que aquella la considera como una consecuencia imperativa de la sanción, («No podrán contratar...»), la Directiva la entiende como facultativa («Los poderes adjudicadores podrán excluir ...»).

El carácter imperativo es insuficiente para garantizar la eficacia de esta prohibición de contratar. Impedir la participación de las empresas sancionadas en procedimientos futuros exige que los órganos de contratación tengan noticia de qué operadores han sido excluidos y por cuánto tiempo. La comunicación de tales datos ha de ser oficial, fehaciente, universal e inmediata y a escala nacional. La vía más adecuada es la constitución de un registro electrónico, que recibirá los datos de las entidades que impongan las prohibiciones de contratar y las notificará a todos los entes contratantes. El registro ha de integrarse en la estructura de una autoridad pública estatal con competencias en materia de contratación. En buena posición para desempeñar estas funciones se halla la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda¹⁴⁵⁸.

¹⁴⁵⁸ El 20 de febrero de 2017 el Ministro alemán de Economía presentó un anteproyecto de ley para la creación de un registro de competencia (*Wettbewerbsregister*) en el año 2019. En él se inscribirá a las empresas que hayan cometido ciertos delitos (como soborno, evasión de impuestos y blanqueo de capitales). Pero también incluirá la colusión en la contratación pública. La autoridad responsable del

Existe un gran consenso acerca de no calificar como sanciones administrativas a las prohibiciones de contratar citadas en la LCSP en general y a la estudiada en particular. Dicha ley no las menciona como tales, a diferencia de los artículos 63.2.b) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones y 186.1.b) de la Ley 59/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria¹⁴⁵⁹. Al rechazar su carácter sancionador, se evita la entrada en juego del principio «*non bis in idem*» por imposición de una doble sanción - multa y la prohibición - a la misma conducta¹⁴⁶⁰.

2.2.2. Ámbito objetivo

La sujeción a la prohibición de contratar está supeditada a la concurrencia de dos requisitos acumulativos: 1) la comisión de infracciones graves que supongan el falseamiento de la competencia y 2) la imposición de una sanción firme en el procedimiento administrativo sancionador de defensa de la competencia.

a) Infracciones graves que suponen el falseamiento de la competencia

El dato más relevante sobre el ámbito de la prohibición de contratar es la distancia entre las conductas que el artículo 57.1.d) de la Directiva contempla como fundamento de la prohibición (*acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia*) y las citadas en el artículo 71.1.b) LCSP (*infracción grave de falseamiento de la competencia*). Esto significa que la Directiva ciñe la prohibición de contratar a las conductas previstas en el artículo 101 TFUE (1 LDC). Por el contrario, la

registro evaluará la suficiencia de las medidas de corrección adoptadas por las empresas a efectos de decidir la cancelación de la inscripción. Las entidades contratantes deberán consultar el registro antes de adjudicar cualquier contrato – por encima o por debajo de los umbrales comunitarios- y están autorizados a excluir a los licitadores que estén inscritos en el registro, FRITON, PASCAL, «The German draft bill for a so-called «register of competition» [guest post* by Dr Pascal Friton], en el blog *howtocrackanut.com*, 8 de marzo de 2017, <http://www.howtocrackanut.com/blog/2017/3/8/the-german-draft-bill-for-a-so-called-register-of-competition-guest-post-by-dr-pascal-friton>.

¹⁴⁵⁹ GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER, «La compleja naturaleza jurídica de las prohibiciones de contratar por infracciones en materia de falseamiento de la competencia», en GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER y HERNANDO RYDINGS, MARÍA, *Contratación, Competencia y Sostenibilidad: últimas aportaciones desde el Derecho Administrativo*, Civitas, Thomson Reuters, 2017, p. 133ss. Si bien el citado autor entiende que esta prohibición de contratar es materialmente una sanción administrativa porque la finalidad perseguida es idéntica a la de esta categoría jurídica, *cit.* pp. 140, 149.

¹⁴⁶⁰ HUERGO LORA, ALEJANDRO, «La prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia», *Revista española de derecho administrativo*, N° 182, 2017, pp. 223ss.

normativa nacional parece someter a prohibición todos los comportamientos anticompetitivos que hayan sido sancionados con carácter firme¹⁴⁶¹.

El artículo 71 LCSP sitúa como primer requisito objetivo para que un operador económico sea destinatario de la prohibición de contratar el haber sido sancionado con carácter firme por la «*infracción grave*» de las normas de defensa de la competencia. La limitación terminológica es un vacío normativo. Los criterios interpretativos lógico, teleológico y sistemático exigen la inclusión de las infracciones muy graves en el ámbito de la prohibición. Dentro de esta categoría se incluyen los cárteles y los abusos de posición dominante más significativos. Así lo ha entendido también la CNMC en *Construcciones Modulares y Mudanzas Internacionales*¹⁴⁶².

A la hora de evaluar la extensión objetiva de la prohibición de contratar en la ley española cabe distinguir tres posibilidades. Primero, una extensión en grado máximo, que abarcaría las prácticas restrictivas, el abuso de posición de dominio y las conductas desleales del artículo 3 LDC. Segundo, una extensión en grado medio, que restringiría la prohibición a las prácticas restrictivas. Tercero, una extensión en grado mínimo, que la acotaría a los acuerdos horizontales (cárteles) en procedimientos de contratación pública (*bid rigging*). Las tres posiciones admiten argumentos a favor y en contra.

La extensión en grado máximo se fundamenta en la interpretación literal y teleológica de la norma nacional así como en razones de política legislativa. Interpretados literalmente, los artículos 60 y 71 LCSP sitúan como parámetro de la exclusión al falseamiento de la competencia, el cual no se halla ligado a las prácticas restrictivas sino que alcanza al abuso de posición de dominio o a las conductas desleales del artículo 3 LDC. Por ende, los abusos de posición de dominio en el ámbito de la contratación pública no carecen en absoluto de gravedad. Cuando se manifiestan en la licitación son perfectamente capaces de eliminar la competencia o incrementar el precio de adjudicación. Cuando el comportamiento abusivo es ejecutado por el contratista o concesionario, la exclusión de los rivales es moneda común en ciertos mercados, como

¹⁴⁶¹ HUERGO LORA, ALEJANDRO, «La prohibición de contratar en el sector público por falseamiento de la competencia», en CANEDO, MARÍA DEL PILAR (Dir.), *La competencia como motor del desarrollo económico*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, p. 234.

¹⁴⁶² CALVIÑO GUERRERO, IRIA, «Prohibición de contratar por infracciones en materia de falseamiento de la competencia (I)», en GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER y HERNANDO RYDINGS, MARÍA, *Contratación, Competencia y Sostenibilidad: últimas últimas aportaciones desde el Derecho Administrativo*, Civitas, Thomson Reuters, 2017, p. 193.

el funerario. Por último, razones de política legislativa aconsejan dar una extensión máxima a la prohibición de contratar, en cuanto arma cuasi-definitiva contra las prácticas anticompetitivas en la contratación pública y desincentivadora de dichas prácticas en general. En primer lugar dada la importancia objetiva de la contratación para la economía nacional, el volumen de recursos públicos que consume y la facilidad para ser parasitada por prácticas anticompetitivas, conviene emplear todos los medios disuasorios para asegurar la competencia en las licitaciones. Difícilmente se encontrará un arma desincentivadora más eficaz que la exclusión temporal de la contratación pública de aquellas empresas que hubiesen incurrido en ellas. En general, la amenaza de la prohibición sirve como mecanismo disuasorio general frente a cualquier comportamiento *antitrust*.

Sin embargo, la posición en grado máximo genera consecuencias indeseables de forma automática. En aquellos mercados en los que existe un único contratista, sumar una prohibición de contratar a la sanción por abuso de posición de dominio impide las compras públicas. Imponer tal prohibición al responsable de una conducta contemplada en el artículo 3 LDC puede ser excesivo, dado el carácter marginal y discutible de este artículo en el Derecho español.

El segundo criterio (extensión en grado medio) admite una subdivisión en función de si la prohibición de contratar estará limitada a las restricciones horizontales o incluirá las verticales. Esta cuestión plantea dudas similares al caso precedente. Es posición unánime que las restricciones verticales son menos dañinas para la competencia que las horizontales. Sin embargo, este consenso no puede ignorar que en la contratación pública los acuerdos que vinculan a licitadores con proveedores o subcontratistas o las relaciones verticales incluidas en un *pacto hub & spoke* son enormemente peligrosas¹⁴⁶³.

Por último, la extensión en grado mínimo limita la prohibición de contratar a los operadores jurídicos que hubiesen sido sancionados con carácter firme por haber incurrido en prácticas colusorias – horizontales y cartelizadas- en procedimientos de contratación pública anteriores. Se trata de una posición minimalista y puramente retributiva, pero perfectamente coherente y la más sencilla de aplicar¹⁴⁶⁴. Es también la

¹⁴⁶³ *Postensado y Geotecnia y Elli Lily*.

¹⁴⁶⁴ BERASATEGUI, JAVIER, «La integración de la contratación pública en la Defensa de la Competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Nº. 247, Enero/Febrero 2007.

más beneficiosa de las tres para los operadores económicos en conjunto, pues el grado de retorsión de la prohibición dependerá de la especialización en la contratación pública o del volumen de negocio que esta supone para la empresa afectada.

Optar por alguno de los criterios interpretativos es una exigencia para los órganos participantes en la tramitación de las prohibiciones de contratar y para los órganos jurisdiccionales de recurso. No debe descartarse en absoluto que en el caso de elegir la extensión en grado máximo, los órganos jurisdiccionales españoles planteen una cuestión prejudicial de interpretación para que la Corte comunitaria se pronuncie sobre la compatibilidad de los artículos 61 y 70 con el artículo 57 de la Directiva, sobre la base de que el artículo 57.4.d) habla estrictamente de «acuerdos». En apariencia, el segundo como el tercer criterio se acercan más a su sentido literal que la extensión en grado máximo.

Los preceptos internos parecen extender la prohibición de contratar más allá de los términos objetivos contemplados en la Directiva. El artículo 57.4.d) de la Directiva castiga los «acuerdos» entre operadores económicos. El artículo 71 LCSP sitúa como parámetro de la exclusión al falseamiento de la competencia. Esta expresión no liga las prohibiciones de contratar únicamente a las prácticas restrictivas sino que alcanza al abuso de posición de dominio o a las conductas desleales del artículo 3 LDC. Tal como arriba se indicó, es defendible una interpretación extensiva que acoja bajo el paraguas de la prohibición de contratar a todas las conductas anticompetitivas en el ámbito contractual. Pero para ello sólo caben dos opciones: una modificación de la Directiva (y, consiguientemente, de las leyes internas de transposición) o una resolución prejudicial de interpretación por parte del TJUE.

Una tercera posibilidad sería que los Tribunales nacionales adoptasen la interpretación extensiva sin acudir al TJUE por la vía prejudicial. Como primer argumento, su función de aplicar la legislación de contratos nacional, que cita como causa habilitante de la prohibición de contratar la sanción grave y firme por falseamiento de la competencia, no sólo por acto colusorio. En segundo lugar, pueden fundar su decisión en la sentencia *Generali*. Por lo tanto, esta postura es defendible en términos nacionales y de doctrina comunitaria. Ello no impide a eventuales perjudicados por esta interpretación formular recurso por incumplimiento de la norma comunitaria ante el órgano judicial superior, sobre la base de que el artículo 57.4.d) habla

estrictamente de «*acuerdos*». Dicho órgano se vería obligado a plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE (artículo 267 a) TFUE).

b) Extensión del concepto de «sanción firme» por infracciones graves al Derecho de la competencia

La ley española agrava sustancialmente la condición de perseguibilidad prevista en el artículo 57.1.d) de la Directiva (*indicios suficientemente plausibles*). Al exigir que exista una decisión sancionadora y que esta sea firme, la normativa española agrava los requisitos para la imposición de la prohibición a la par que retrasa sustancialmente el inicio de su tramitación. Tal circunstancia generará, por una parte, un efecto desincentivador y disuasorio para los órganos de contratación y, por otra, un mayor estímulo de los sancionados para recurrir la resolución dictada por la autoridad de competencia, con el fin de retrasar la eventual imposición de una prohibición de contratar que aparece como imperativa una vez la sanción sea firme¹⁴⁶⁵.

En este punto, debe decidirse qué se entiende por «*sanción firme*» a los efectos de tramitar el procedimiento de prohibición de contratar. Se plantean dos órdenes de problemas: primero, si debe entenderse firme aquella resolución que ha sido recurrida respecto de la multa, pero no en su contenido sustantivo. Segundo, si la firmeza ha de ser judicial o administrativa.

En relación con el primer extremo, caben dos posibilidades: a) una interpretación literal, que incluya la multa. En tal caso, la tramitación de la prohibición quedará supeditada a que la resolución de la autoridad de competencia no haya sido recurrida o a que haya sido confirmada en todos sus términos en vía judicial (hechos, fundamentos jurídicos y sanción); b) una interpretación teleológica, que excluya la multa. Así, la

¹⁴⁶⁵ «En fin, deben destacarse dos efectos resultantes del incremento del efecto disuasorio que resultará de la introducción de esta medida, a saber: por un lado se aumentan los incentivos para recurrir las resoluciones de la CNMC o de autoridades autonómicas con el fin de que las mismas no adquieran firmeza. Si la empresa depende de las ventas a las administraciones públicas hará todo lo posible por posponer la aplicación de la prohibición durante el máximo periodo posible mediante la interposición de todos los recursos disponibles en derecho. De otra parte, incrementa la necesidad de ejecutar programas de cumplimiento con la normativa de competencia. Las empresas pueden así lanzar programas internos de verificación o auditoría, muy sencillos de ejecutar en cortos periodos de plazo, a los efectos de evaluar riesgos, evitar conductas que los planteen y formar a sus empleados en materia de defensa de la competencia, en especial aquellos que tengan o puedan tener contactos con competidores», DORREGO, ALBERTO, y PÉREZ ABAD, CRISANTO, *Prohibición de contratar con las Administraciones*, Diario Expansión, 27 de noviembre de 2015 <http://www.expansion.com/juridico/opinion/2015/11/27/56587b4522601dea348b4632.html>

resolución adquirirá firmeza cuando lo único que se recurra sea el cálculo de la multa o cuando los hechos sean confirmados por la jurisdicción revisora y únicamente se ordene recalcular la multa¹⁴⁶⁶. La segunda opción es la correcta, atendida la naturaleza jurídica y la finalidad de la prohibición de contratar estudiada. Esta no se halla ligada a la multa sino a los hechos enjuiciados en el procedimiento de defensa de la competencia en cuanto manifiestan la ausencia de condiciones morales suficientes en los licitadores cartelizados para tomar parte en licitaciones públicas.

En relación con el segundo problema (firmeza judicial o administrativa), es razonable que la prohibición se supedite a la firmeza judicial (o a la administrativa no recurrida en plazo). Esta solución evita el problema de cómo indemnizar al empresario cuando la prohibición, efectiva desde que se dictó la resolución administrativa, es posteriormente anulada en vía jurisdiccional¹⁴⁶⁷. Sin embargo, parece que los órganos administrativos competentes en la materia se pronunciarán a favor de instar la prohibición de contratar cuando la resolución sea firme en vía administrativa, con base en dos argumentos: el principio de ejecutividad de los actos administrativos (artículo 39) y la posibilidad de solicitar su suspensión en el recurso contencioso-administrativo¹⁴⁶⁸.

2.2.3. Ámbito subjetivo

La exclusión se impone a las «*personas*» que incurran en alguna infracción a las disciplinas mencionadas en el artículo 71.1.b) LCSP. La prohibición de contratar debe entenderse aplicable tanto a las personas físicas como a las jurídicas. En el ámbito del Derecho *antitrust*, el término ‘persona’ incluye tanto a individuos (empresarios individuales, socios y administradores de sociedades, etc.) como a entidades colectivas. No obstante, la inmensa mayoría de las sanciones por vulneración de la LDC recae en

¹⁴⁶⁶ BACHES, SERGIO y BERENGUER, LUIS, *La prohibición de contratar con las Administraciones Públicas por las empresas infractoras de la normativa de competencia*, conferencia impartida en Broseta Abogados, Madrid, 31 de marzo de 2016.

¹⁴⁶⁷ JIMÉNEZ-LAIGLESIA OÑATE, JUAN y CHAPARRO YEDRO, MARIO, «La nueva prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia», en RECUERDA GIRELA, MIGUEL ÁNGEL, *Anuario de Derecho de la Competencia 2017, Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia*, Thomson Reuters Civitas, 2017, p. 193.

¹⁴⁶⁸ Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, Expediente 15/18, de 10 de octubre de 2018, «*Sobre la firmeza de las resoluciones administrativas que dan causa a una prohibición de contratar*».

sociedades mercantiles, dotadas de personalidad jurídica. Tan sólo excepcionalmente son sancionadas personas físicas¹⁴⁶⁹.

La prohibición de contratar alcanza también a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquéllas (artículo 71.3 LCSP). La estricta fijación temporal de los términos de la responsabilidad significa, *a contrario sensu*, que la prohibición de contratar no afecta a la matriz o a las empresas integrantes del mismo grupo que la infractora al tiempo de incurrir aquella en la conducta anticompetitiva¹⁴⁷⁰. Como excepciones: las empresas del grupo quedarán sujetas a prohibición en dos casos: a) cuando participen en la comisión de la infracción; b) cuando concurren los requisitos contemplados por la jurisprudencia comunitaria para exigir responsabilidad *antitrust* a la empresa matriz por las conductas de las empresas del grupo¹⁴⁷¹.

2.2.4. Estándar probatorio e infracción desencadenante

La normativa interna es más restrictiva que la Directiva en dos extremos de importancia: el estándar probatorio y la infracción desencadenante de la prohibición de contratar. En relación con el primero, la Directiva habla de indicios suficientemente plausibles de comportamientos anticompetitivos. La LCSP exige sanción firme (administrativa o judicial). Esta limitación juega en contra de la operatividad de la prohibición de contratar. No cabe duda de que el conservadurismo del legislador español responde a razones de seguridad jurídica y a coherencia con los requisitos exigidos para el resto de prohibiciones.

¹⁴⁶⁹ Por ejemplo, la sanción a Joan Gaspart, en aquel momento, Vicepresidente de la CEOE, miembro por de su Comité ejecutivo, y Presidente de su Consejo de Turismo, por recomendar una subida de precios de los hoteles para el año 2011, realizada el 19 de enero de 2011 en el marco de FITUR, y reiterada posteriormente en una entrevista, publicada el 26 de enero de 2011 (RCNC, de 26 de septiembre de 2012, Expte. S/0335/11, *CEOE*, anulada por la SAN 5457/2013, de 11 de diciembre, Secc. 6ª, Rec. 621/2012). Ver resumen de la Resolución de la CNC en GINER PARREÑO, C. y TOBÍO RIVAS, A.Mª, *Derecho de los Negocios*, N° 265/266, *Sección Competencia. Propiedad Industrial e Intelectual*, Noviembre-Diciembre 2012, LA LEY, pp. 123-130.

¹⁴⁷⁰ En el mismo sentido, ÁLVAREZ SAN JOSÉ, MARÍA, «Prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia», en en GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER y HERNANDO RYDINGS, MARÍA, *Contratación, Competencia y Sostenibilidad: últimas últimas aportaciones desde el Derecho Administrativo*, Civitas, Thomson Reuters, 2017, p. 180.

¹⁴⁷¹ STJUE de 17 de septiembre de 2015, C-597/13 P, *Total S.A./Comisión*, STJUE de 18 de julio de 2013, 31-48, C-501/11 P, *Schindler Holding*, 108-112, STJUE de 10 de septiembre de 2009, C-97/08 P, *Azko Nobel./Comisión*, 55-58, SAN 712/2015, de 6 de marzo, Rec. 129/2013, *Enri 2000*, F.J. 4º.

En segundo lugar, la LCSP limita la prohibición a las sanciones por la comisión de infracciones anticompetitivas graves (artículo 62.3 LDC) y muy graves (artículo 62.4 LDC). Quedan excluidas las infracciones leves (artículo 62.1º LDC). Por lo tanto, quedan excluidos de dicha sanción los operadores económicos que hayan incurrido en alguna de las siguientes conductas: negativa a suministrar información a las autoridades de defensa de la competencia; proporcionar aquella información incompleta, incorrecta, engañosa o falsa; negativa a someterse a una inspección u obstrucción a la misma¹⁴⁷².

La no extensión de la prohibición de contratar a las sanciones por infracciones leves no es un «corta y pega» del artículo 57 de la Directiva. Esta no contempla diferencias por razón de la gravedad de la infracción. Es más, ni siquiera exige que la prohibición se supedita a la imposición de una sanción, sino a la existencia de indicios cualificados de actividad anticompetitiva. Excluir las por aplicación del principio de proporcionalidad tiene un cierto componente de falacia. Las infracciones citadas más arriba son leves a efectos de sanción, pero si son exitosas impedirán la persecución y castigo de una práctica *antitrust*, lo que explica que se sancionen como infracción aislada y no sean tan sólo meras agravantes¹⁴⁷³. Desde las propias autoridades de defensa de la competencia se ha destacado su importancia práctica¹⁴⁷⁴.

Por último, en caso de que el operador económico no hubiese incurrido en una conducta anticompetitiva, el artículo 85 le permite probar la no concurrencia de una prohibición de contratar mediante testimonio del judicial o resolución dictada por la autoridad de defensa de la competencia. Sustituir uno u otro por una declaración responsable otorgada ante una autoridad administrativa, notario público u organismo profesional cualificado debe entenderse restringido a ultranza.

¹⁴⁷² El precepto citado considera como formas de obstrucción a la labor inspectora de la CNMC: 1.º No presentar o hacerlo de forma incompleta, incorrecta o engañosa, los libros o documentos solicitados por la Comisión Nacional de la Competencia en el curso de la inspección. 2.º No responder a las preguntas formuladas por la Comisión Nacional de la Competencia o hacerlo de forma incompleta, inexacta o engañosa. 3.º Romper los precintos colocados por la Comisión Nacional de la Competencia.

¹⁴⁷³ TER HAAR, MAURITS, «Obstruction of Investigation in EU Competition Law: Issues and Developments in the European Commission's Approach», *World Competition*, Volumen 36, número 2, 2013, pp. 247-267, p. 251.

¹⁴⁷⁴ BERENGUER FUSTER, LUIS, *La nueva Ley de Defensa de la Competencia y los acuerdos horizontales entre las empresas*, Conferencia inaugural del *Seminario de Derecho y Economía de la Competencia*, Fundación Rafael del Pino, 5ª edición, 25 de noviembre de 2008, pp.15-19, p. 19 (página web de la Fundación Rafael del Pino).

La razón legal para la sustitución – «*Cuando dicho documento no pueda ser expedido por la autoridad competente*» – parece remota. El precepto sitúa el posible obstáculo en la imposibilidad del Tribunal y autoridad de defensa de la competencia para emitir el documento acreditativo. El interesado no puede alegar otras razones, tales como la urgente presentación de su proposición en un procedimiento de contratación. No obstante, siempre cabe al órgano de contratación supeditar la admisión de la oferta a que el operador aporte dicho documento en un plazo muy breve concedido al efecto. Transcurrido el cual sin haberlo recibido, se tendrá la proposición por no presentada, al incurrir aquel en prohibición de contratar.

2.2.5. Derecho Transitorio

La aplicación transitoria de la prohibición de contratar objeto de estudio resulta del juego de la disposición transitoria cuarta y de la la disposición final novena de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público. Conforme a ambas, la nueva regulación de las prohibiciones de contratar será de aplicación a los expedientes de contratación iniciados con posterioridad a la entrada en vigor de esta ley, que tuvo lugar a los veinte días de la publicación de la ley en el BOE (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015). Por lo tanto, a efectos de la aplicación del régimen de prohibiciones, será aplicable la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia a los procedimientos de contratación cuya convocatoria hubiera sido publicada desde el 22 de octubre de 2015, no sólo a las infracciones cometidas a partir de la entrada en vigor de la LCSP¹⁴⁷⁵. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se toma en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

A la vista del juego normativo, cabe concluir que la nueva regulación no admite la aplicación retroactiva de la prohibición de contratar prevista en el artículo 71 1.) LCSP. Tan sólo cabe la imposición de esta prohibición de contratar a los sancionados con carácter firme por la comisión de conductas anticompetitivas relativas a procedimientos de contratación iniciados en fecha posterior al 22 de octubre de 2015, día de entrada en vigor de la nueva normativa sobre prohibiciones de contratar. *A contrario sensu*, los

¹⁴⁷⁵ La eficacia «hacia el pasado» de esta prohibición de contratar sólo es admisible si se rechaza su naturaleza jurídica de sanción. En tal caso, no se ve afectada por el principio de irretroactividad recogido en el artículo de la 26 Ley 40/2015, GUILLÉN CARAMÉS, «La compleja naturaleza jurídica...», cit., p. 136.

sancionados después de la entrada en vigor de la Ley 40/2015 por incurrir en prácticas *antitrust* en licitaciones iniciadas antes de dicha fecha quedan exentos de la prohibición de contratar en cuestión.

2.2.6. Exención de la prohibición a los beneficiarios de clemencia

En el Derecho de defensa de la competencia la clemencia opera como causa de exclusión o de exención del pago de la sanción monetaria. Esto significa que un licitador o contratista responsable de una práctica colusoria en la contratación pública obtendrá la exención del pago de la multa cuando la resolución dictada en el procedimiento sancionador en materia de competencia acredite que reúne los requisitos establecidos por el artículo 65 LDC (en adelante, el ‘beneficiario’ de la clemencia).

Una vez firme la resolución sancionadora en materia de competencia, el órgano de contratación podrá (artículo 57 Directiva 2014/24) o deberá (artículo 71 LCSP) iniciar el procedimiento administrativo para imponer a los sancionados una prohibición de contratar. La Directiva no menciona a la clemencia como causa de exención de la prohibición de contratar¹⁴⁷⁶. Es, por ello, una materia dejada a la decisión de la normativa nacional de trasposición. En España, la transposición de la Directiva en 2015 no ha reconocido el carácter liberatorio de la clemencia. Por ello, cabe preguntarse si los excluidos del pago de la multa pueden serlo también de la prohibición.

a) Argumentos contrarios a la exención

En primer lugar, la exención considerada sería fácilmente justificable si las prohibiciones de contratar tuviesen la naturaleza jurídica de sanciones¹⁴⁷⁷. La

¹⁴⁷⁶ El silencio de la Directiva compromete en particular a aquellas legislaciones que expresamente habían previsto la virtualidad liberatoria de la clemencia. En Eslovaquia, el párrafo 26.1.h) de la Ley 25/2006, de contratos públicos, impone una prohibición de contratar automática a las empresas que hayan sido sancionadas por haber participado en un cártel en la contratación pública. El órgano de contratación no tiene en su mano eliminar o aliviar sus efectos. Esta disposición sólo exceptúa a los que hubiesen obtenido clemencia en el procedimiento de defensa de la competencia. BLAZO, ONDREJ, «Public Procurement Directive and Competition Law - Really united in diversity?», Comunicación presentada al *Zborník z medzinárodnej vedckej konferencie Bratislavské právnické fórum 2015*, pp.1494-1495.

¹⁴⁷⁷ En tal caso, el régimen jurídico de las prohibiciones de contratar deberá someterse a los principios y reglas básicos del derecho administrativo sancionador. Sobre el cómputo del plazo de prescripción para imponer la prohibición en relación con dichas reglas, ver BLAZO, ONDREJ y SRAMELOVA, SILVIA, «The First Bid Rigging Case in Slovakia after Years of Judicial Disputes». *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 8, No.11, 2015, pp. 249-260. SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2741673> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2741673>

prohibición de contratar fue calificada como sanción en un primer momento¹⁴⁷⁸. Sin embargo, la jurisprudencia ha terminado por rechazar que posea carácter sancionador¹⁴⁷⁹. No son sino impedimentos, establecidos y previstos en la ley que impiden la participación de determinada persona, física o jurídica, pública o privada, en el procedimiento para la adjudicación de un contrato¹⁴⁸⁰. En cuanto que las prohibiciones de contratar son circunstancias objetivas, que impiden la contratación con el sector público de quién se halle incurso en ellas, deben encontrarse perfectamente tasadas y tipificadas como tales en la Ley¹⁴⁸¹.

En segundo lugar, una interpretación estricta de la Directiva 2014/24 y de la normativa nacional conduce a incluir al beneficiario entre los afectados por la prohibición de contratar, dado que sobre aquel recaen «*indicios suficientemente plausibles*» de comportamientos anticompetitivos (artículo 57.1.b) Directiva). En realidad, ha sido declarado responsable de la conducta pero la colaboración con las autoridades de defensa de la competencia le ha liberado de la condena. la prohibición de contratar.

b) Argumentos favorables a la exención

La CNMC ha sostenido que excluir al beneficiario de la clemencia de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia no es posible *de lege data*. *De lege ferenda*, deberían articularse los mecanismos legales para atribuir a las autoridades de competencia la competencia de determinar el contenido, duración y alcance de la prohibición de contratar derivada de infracciones a las normas de

¹⁴⁷⁸ STS de 30 de octubre de 1995 (recurso 5203/1991): « *el expediente que se sustancie para declarar la existencia de una Prohibición vara contratar deberá adecuarse a lo previsto en la Ley 30/92 y en el RD 1398/1993, de 4 de agosto por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora, en todos aquellos aspectos procedimentales no regulados en la LCAP, como en materia de prescripción de las conductas tipificadas en el art. 20 de dicha Ley* ».

¹⁴⁷⁹ STS de 28 de marzo de 2006, (recurso de casación 4907/2002), F.J. 7º («*Cabe partir de que la prohibición para contratar carece de naturaleza sancionadora por lo que no tiene porque exigírsele una autoría directa*») y : STS 723/2007, de 30 de enero, F. J. 4º.

¹⁴⁸⁰ Informe 4/2009, de 15 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. *Consideraciones sobre el régimen jurídico aplicable a los procedimientos y formas de adjudicación de los contratos patrimoniales celebrados por una entidad local*.

¹⁴⁸¹ Informe 6/2013, de 10 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. *Consideraciones sobre el régimen jurídico aplicable a los procedimientos y formas de adjudicación de los contratos patrimoniales celebrados por una entidad local*. Sobre el régimen jurídico de las prohibiciones de contratar y su naturaleza no sancionadora, ver MEDINA ARNAIZ, TERESA, *Las prohibiciones de contratar en el Derecho de la Unión Europea*, Tesis Doctoral (no publicada), 2015, p. 130 y concordantes.

competencia, como se ha indicado, mediante una disposición expresa en esta norma y, en su caso, una modificación del artículo 53 LDC, por motivos de seguridad jurídica¹⁴⁸².

Sin embargo, una interpretación literal de la normativa nacional (artículo 71.1.b) LCSP) conduce a excluir al beneficiario de la prohibición de contratar. Dado que la concesión de la clemencia ha evitado que recaiga sobre él una coerción pecuniaria, es evidente que el beneficiario no reúne la condición esencial para que le sea impuesta la prohibición: haber sido sancionado con carácter firme.

En segundo lugar, una interpretación teleológica de dichos preceptos conduce a la misma conclusión. Resulta palmario que la opción entre imponer o eximir a los beneficiarios de la clemencia de la prohibición de contratar no es en absoluto una cuestión baladí. Plantea problemas de envergadura para los beneficiarios y para la efectividad de las políticas de clemencia. Primero, la imposición de una prohibición de contratar puede suponer para todos los sancionados - incluido el beneficiario - un perjuicio de idéntica o de superior importancia a la multa impuesta por la autoridad de competencia o al importe resultante de un eventual proceso privado de reclamación de daños. El quebranto será potencialmente mayor para aquellas empresas cuyo negocio esté centrado en la contratación pública (ej., obra pública). En general, todas las afectadas sufrirán la reducción de su cuota en los mercados de la contratación pública o la expulsión de los mismos. A ello debe añadirse el daño reputacional, la retirada de posibles inversores y los perjuicios en contrataciones internacionales. Segundo, incluir a los beneficiarios de la clemencia en una prohibición de contratar tendrá inevitablemente un efecto desincentivador a la hora solicitar la clemencia y colaborar con las autoridades de competencia en el descubrimiento y sanción de las prácticas anticompetitivas. En realidad, operará como elemento cohesionador del cártel de licitadores.

Un tercer argumento favorable a la exclusión radica en el fundamento último de la imposición de una prohibición de contratar: la ausencia en los licitadores colusorios de las condiciones morales que exigen los sistemas de contratación pública para participar en las licitaciones. Pues bien, la concesión de la clemencia en los términos del artículo

¹⁴⁸² CNMC, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público (IPN/CNMC/010/15)*, 16 de julio de 2015, 28, IPN/CNMC/011/15, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley sobre Procedimientos de Contratación en los sectores del agua, la energía, la energía, los transportes y los servicios postales*, p. 34.

65.2 LDC representa la recuperación de los estándares morales por medio del proceso confesión-perdón.

Por último, para defender la exención cabría apoyarse en la rehabilitación del licitador (artículo 57.6 de la Directiva). La rehabilitación deja sin efecto la prohibición de contratar y permite participar en futuras licitaciones al licitador colusorio que demuestre que ha pagado o se ha comprometido a pagar la indemnización correspondiente por cualquier daño causado por la infracción penal o la falta, que ha aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva colaborando activamente con las autoridades investigadoras y que ha adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas. Resulta incoherente desactivar la prohibición en favor del sancionado y mantenerla para el beneficiario de la clemencia¹⁴⁸³.

2.2.7. Rehabilitación del licitador sometido a prohibición de contratar («self cleaning»)

La Directiva 2014/24 establece en el apartado 6 del artículo 57 un mecanismo de rehabilitación que matiza la efectividad práctica de la prohibición de contratar al permitir al licitador colusorio participar en procedimientos de contratación a pesar de haberle sido impuesta una prohibición de contratar por haber incurrido en conductas anticompetitivas¹⁴⁸⁴. La LCSP ha traspuesto este precepto en su artículo 72.5¹⁴⁸⁵. La

¹⁴⁸³ Sin embargo, este argumento dista de ser incontestable. El rehabilitado recupera la estima legal para contratar debido en gran medida a que resarce los daños causados. La obtención de la clemencia no exige dicho resarcimiento, el cual tendrá lugar en un eventual proceso privado de reclamación de la responsabilidad civil.

¹⁴⁸⁴ El tenor literal del precepto permitiría que la rehabilitación sea solicitada y adoptada tanto una vez vigente la prohibición (pero no ratificada por sentencia firme) como durante la tramitación del procedimiento para su adopción.

¹⁴⁸⁵ La no incorporación de este precepto hubiese supuesto una omisión errónea y contraria a la legalidad comunitaria. Errónea, porque podría impedir a los órganos de contratación y a las autoridades de competencia aprovechar los beneficios de la rehabilitación. Contraria a la legalidad comunitaria, dado que el citado apartado contiene un mandato claro, preciso e incondicionado. Reúne, pues, los requisitos previstos por la jurisprudencia comunitaria para que le sea atribuido efecto directo. Así lo reconocen los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, en su documento «*Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de contratos del sector público, presentado y aprobado en reunión de Madrid, el 1 de marzo de 2016*». La razón del efecto directo radica en que el apartado 6 «*concede claramente un derecho adicional a los licitadores frente a los poderes públicos para poder acceder a los procedimientos*», p. 39.

El artículo 85 del LCSP regula una figura diferente: la prueba, por parte de los empresarios, de no estar incurso en prohibiciones para contratar, que podrá realizarse mediante testimonio judicial o

rehabilitación exige del licitador que asuma *motu proprio* las consecuencias de su infracción y colabore en la investigación de las conductas anticompetitivas.

Tan sólo puede obtener la rehabilitación aquel licitador que se encuentre en «*alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4*» del artículo 57 de la Directiva. Esto significa que sólo cabe la rehabilitación de los licitadores que han incurrido en una prohibición inicial de participar en una licitación por causa de la vigencia de una prohibición de contratar, pero no incluye la expulsión sobrevinida de un procedimiento en marcha. Esto es lógico, puesto que en este segundo caso el licitador no podrá adoptar las medidas a las que se condiciona la operatividad de la fórmula autocorrectora.

La rehabilitación queda condicionada al cumplimiento de tres requisitos; el licitador «*deberá demostrar que ha pagado o se ha comprometido a pagar la indemnización correspondiente por cualquier daño causado por la infracción penal o la falta, que ha aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva colaborando activamente con las autoridades investigadoras y que ha adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas*». Para que alcancen un efecto liberatorio, todas ellas han de ser cumplidas de forma acumulativa. Será el licitador quien acredite dichas medidas y determine su contenido concreto. Al órgano administrativo competente corresponderá su evaluación y la decisión sobre su suficiencia.

La primera de las acciones del licitador – pago o compromiso de abono de la multa- significa, en primer lugar, que este acepta de plano la responsabilidad administrativa por haber incurrido en conductas anticompetitivas. En segundo lugar, implica que ha renunciado a recurrir contra la resolución sancionadora dictada por la autoridad de defensa de la competencia. La segunda exigencia –colaboración del licitador en la investigación de la conducta colusoria- se explica por la necesidad de determinar las acciones anticompetitivas. Pero, fundamentalmente, busca que el licitador delate a otros participantes, a los que pueda extenderse la persecución por las autoridades de competencia antes de la prescripción del comportamiento ilícito. Como

certificación administrativa, según los casos. Cuando dicho documento no pueda ser expedido por la autoridad competente, podrá ser sustituido por una declaración responsable otorgada ante una autoridad administrativa, notario público u organismo profesional cualificado.

hemos estudiado, beneficia a aquellos a los que dichas autoridades hubiesen concedido clemencia.

Por último, la obligación de adoptar una serie de comportamientos equivale a ejercitar de forma efectiva una política de cumplimiento (*compliance*). Se trata a la vez una medida de prevención especial y un refuerzo de las modificaciones conductuales o estructurales dispuestas por la resolución sancionadora (o un cauce para imponerlas en este momento, si aquella no las hubiese establecido expresamente).

El artículo 72.5 LCSP recoge dos particularidades respecto a la Directiva. Por un lado, el momento en el que el licitador incurso en prohibición de contratar deberá demostrar que satisface los requisitos legales para la rehabilitación será el trámite de audiencia del procedimiento sancionador seguido ante la autoridad de competencia. Por otro, si en la Directiva dichos requisitos son tres (pago, aclaración de los hechos y circunstancias y colaboración activa con la investigación y adopción de las medidas de prevención), la LCSP obvia la obligación de colaborar activamente con las autoridades investigadoras en la resolución del caso¹⁴⁸⁶. Esta omisión es difícilmente inteligible y ciertamente criticable. La resolución del caso es la función esencial de las autoridades de competencia; cualquier beneficio a los infractores debería quedar supeditado a que contribuyesen a la debida ejecución de dicha función¹⁴⁸⁷.

La previsión de la política de cumplimiento entre las medidas cuya acreditación trae como efecto la no imposición de la prohibición de contratar. Sin embargo, plantea varios problemas. El primero es determinar a qué licitadores beneficia. A tenor de la redacción del artículo 72.5 LCSP, parece que sólo aprovechará a los licitadores que no

¹⁴⁸⁶ El artículo 72.5 exige que «*la persona incurso en la causa de prohibición acredite el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa de las que derive la causa de prohibición de contratar, siempre y cuando las citadas personas hayan sido declaradas responsables del pago de la misma en la citada sentencia o resolución, y la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, entre las que quedará incluido el acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia*».

¹⁴⁸⁷ En el mismo sentido, BAÑO LEÓN, JOSÉ MARÍA, «Prohibición de contratar, «UTES» y Derecho de la Competencia», en GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER y HERNANDO RYDINGS, MARÍA, *Contratación, Competencia y Sostenibilidad: últimas aportaciones desde el Derecho Administrativo*, Civitas, Thomson Reuters, 2017, p. 159. La expresión «autoridades investigadoras» debe entenderse referida a las autoridades de defensa de la competencia, no a los poderes adjudicadores. Por lo tanto, la rehabilitación exige que el interesado coopere con las autoridades de competencia y demuestre al el órgano de contratación que dicha colaboración con aquellas ha sido real, activa y exhaustiva; ver Conclusiones del Abogado General SÁNCHEZ-BORDONA en el Asunto C-124/17, *Vossloh*, 16 de mayo de 2018, párrafo 51.

hubiesen implantado una política de cumplimiento en el momento de cometer la infracción. Sin embargo, y a pesar del silencio legal, debería beneficiar también a los que dispusiesen de dicha política, pero no lo hubiesen empleado o no hubiese funcionado adecuadamente. Es, desde luego, una cuestión discutible. Por una parte, si la rehabilitación sólo beneficia a los licitadores que carecían de política de cumplimiento, se está disuadiendo a las empresas de poner en marcha estas políticas. Pero por otra, si se incluye al segundo tipo de infractores, se está obviando que poseer una política de cumplimiento inútil debería funcionar como agravante, no como atenuante de la responsabilidad *antitrust* o como eximente e la prohibición de contratar. En tanto los tribunales no establezcan una doctrina coherente, las autoridades deberán aplicar el principio de discrecionalidad en función del caso concreto.

El segundo problema es que su aparente carácter automático no lo es tal. A pesar de la redacción del artículo 72.5, el efecto eliminador de la prohibición de contratar dista mucho de ser instantáneo. Dado que el licitador está obligado a «acreditar» que ha satisfecho las tres de exigencias, el órgano competente deberá asegurarse de que las medidas organizativas, técnicas y de personal son apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones a la normativa de competencia¹⁴⁸⁸.

En tercer lugar, el precepto establece la *reformatio in melius*: cabe la modificación (se entiende la supresión) sobrevenida de la prohibición de contratar en caso de que – ya durante la vigencia de esta prohibición- el sancionado acredite los extremos anteriores. La cuestión a dilucidar es si es admisible la *reformatio in peius*; es decir, el restablecimiento de la prohibición de contratar cuando el sancionado no cumple alguno de sus compromisos. En concreto: a) no haber instaurado un sistema viable y adecuado de cumplimiento en forma y plazo; b) no haberse acogido al programa de clemencia cuando esté investigado en futuros procedimientos sancionadores.

En cuarto lugar, arriba se indicó que una de las especialidades de la ley española frente a la Directiva es la de no condicionar la rehabilitación a la colaboración del interesado con las autoridades investigadoras para aclarar de forma exhaustiva los hechos y circunstancias de la infracción. No obstante, la resolución de la autoridad de

¹⁴⁸⁸ Lo cual crea un problema al órgano que decida sobre la prohibición, pues le atribuye una actividad cuasi-regulatoria, parecida al que tiene la CNMC en materia de control de concentraciones. Ello exigiría que una unidad *ad hoc* de la CNMC o autoridades autonómicas se ocupe de estos temas, con independencia de que sean aquellas o los órganos de la contratación los que decidan el alcance y extensión de la prohibición de contratar.

defensa de la competencia puede imponerle este deber de colaboración como obligación de comportamiento (artículo 53.2 b) LDC).

En quinto y último lugar, arriba se explicó como Sánchez-Bordona concluyó en *Vossloh* que el deber de colaboración con las autoridades investigadoras se ciñe a hacerlo con las agencias de competencia y no con los entes contratantes. Esto significa que el órgano de contratación perjudicado por la conducta anticompetitiva no puede oponerse a la rehabilitación del infractor sobre la base de su falta de cooperación, incluso aunque hubiese instado contra él un proceso civil por compensación de daños. Se ha destacado que esta interpretación protege de forma casi absoluta al infractor que hubiese obtenido la clemencia: queda exento de sanción en el procedimiento antitrust; evita la imposición de una prohibición de contratar y, dado el tenor del artículo 6.6 de la Directiva de daños, la autoridad de competencia no puede trasladar información del beneficiado por la clemencia al órgano judicial que conozca del proceso civil¹⁴⁸⁹.

El precepto examinado no especifica qué órgano es el competente para evaluar las propuestas de medidas correctoras y determinar su suficiencia. En Derecho español, la coherencia con el modelo establecido por el artículo 72.2 LCSP significa que tal órgano debiera ser el mismo que decretó la prohibición de contratar¹⁴⁹⁰. Ahora bien, dicha coherencia exige que la autoridad de defensa de la competencia sea consultada sobre dichos extremos cuando en su resolución se hubiese pronunciado expresamente sobre el alcance y duración de la prohibición. Y debiera ser consultada también aunque no existiese pronunciamiento expreso, a fin de que opinase sobre la extensión de la rehabilitación a los beneficiarios por la clemencia y sobre la eficacia de las medidas organizativas, técnicas y de personal propuestas por el licitador.

El licitador colusorio deberá solicitar y obtener la rehabilitación antes de que la prohibición de contratar haya sido confirmada por sentencia firme. En caso contrario, le está vedada. Aunque la LCSP no se pronuncia, la Directiva es concluyente al respecto: *«Los operadores económicos que hayan sido excluidos por sentencia firme de la participación en procedimientos de contratación o de adjudicación de concesiones no tendrán derecho a acogerse a la posibilidad prevista en el presente apartado durante el*

¹⁴⁸⁹ SÁNCHEZ GRAELLS, ALBERT, «Bid rigging, self-cleaning, leniency and claims for damages: A beautiful procurement mess (C-124/17)», en el blog *How to Crack a Nut*, 22 de mayo de 2018.

¹⁴⁹⁰ En el mismo sentido, Conclusiones de SÁNCHEZ-BORDONA en el Asunto C-124/17, *Vossloh*, apartado 50.

período de exclusión resultante de dicha sentencia en el Estado miembro en el que la sentencia sea ejecutiva».

Cierta doctrina opina que el mecanismo de contemplado por el artículo 57, apartado 6 de la Directiva, es un trasunto de las medidas de «*compliance*» ya existentes en Derecho Comparado. Por ejemplo, el Código Penal español sitúa como circunstancias atenuantes y eximentes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹⁴⁹¹. La reforma del Código Penal de marzo de 2015 establece que contar con un modelo de prevención de la antes de la comisión del delito exime a la empresa de cualquier responsabilidad penal¹⁴⁹². Desde esta perspectiva, la autocorrección profundiza en el modelo de exenciones y atenuantes por colaboración contemplado en los artículos 66 y 67 LDC.

2.2.8. Duración de la prohibición de contratar

El apartado 7 del artículo 57 de la Directiva establece que para aquellos licitadores que no hayan demostrado su fiabilidad al amparo del apartado 6, la duración máxima de la prohibición de contratar será establecida por la normativa nacional, pero no podrá exceder de 3 años, contados «*a partir de la fecha del hecho relevante*». La Directiva no precisa cuál es el «*hecho relevante*». Los artículos 72.6 y 73.3 LCSP disponen que la duración máxima de la prohibición de contratar será de tres años, contados desde la firmeza de la sentencia o la resolución administrativa, en los casos en que aquella o esta se hubieran pronunciado sobre el alcance y duración de la prohibición. La rehabilitación es posible con anterioridad a que sea firme la sentencia declarativa de la prohibición de contratar, pero no después (artículo 57.6 de la Directiva).

En la práctica, será muy difícil obtener una sentencia firme en el plazo de tres años. Cabe concluir casi siempre será posible demostrar la fiabilidad y participar en

¹⁴⁹¹ El art. 31.bis CP dispone que la responsabilidad penal puede atenuarse cuando se demuestre «*haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica*». En su apartado 4 se añade que «*la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión*».

¹⁴⁹² AYMERICH CANO, CARLOS, «Corrupción y contratación pública: análisis de las nuevas directivas europeas de contratos y de concesiones», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, pp. 232-233, N.º. 45-46, 2015, pp. 232-233.

procedimientos contractuales antes de la firmeza de la sentencia. Ello reduce la eficacia de la prohibición de contratar a aquellos supuestos que no sean rehabilitables. En caso de que la sentencia o resolución no se hubiesen pronunciado, la correcta interpretación del artículo 72.2 implica que el plazo de tres años se computará desde la firmeza de la resolución dictada en el procedimiento *ad hoc* instruido al efecto.

2.2.9. El DEUC y las prohibiciones de contratar

El documento europeo único de contratación (DEUC) contiene en su Parte III, apartado C, una casilla en la que el licitador debe describir las medidas de autocorrección que ha adoptado.

MOTIVOS REFERIDOS A LA INSOLVENCIA, A LOS CONFLICTOS DE INTERESES O A LA FALTA PROFESIONAL

¿Ha celebrado el operador económico acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia? En caso afirmativo, especifíquese	<input type="checkbox"/> Sí <input type="checkbox"/> No [.....]
	En caso afirmativo, ¿ha adoptado el operador económico medidas autocorrectoras? <input type="checkbox"/> Sí <input type="checkbox"/> No Si lo ha hecho, describanse las medidas adoptadas [.....]

El DEUC instrumenta el compromiso del licitador de no haber incurrido en prácticas anticompetitivas. Tal como se explicó más arriba, el DEUC sólo goza de eficacia rehabilitadora frente a la prohibición de contratar inicial, no frente a la eventual expulsión de un procedimiento de contratación. Ahora bien, en caso de que el licitador emplee el DEUC para manifestar su pertenencia a un cártel operativo en la licitación en curso, su declaración tendrá valor de denuncia y el órgano de contratación deberá emplear el mecanismo articulado por el artículo 132.3 LCSP para comunicar los indicios de prácticas anticompetitivas a las autoridades de defensa de la competencia.

El DEUC es de aplicación directa en derecho español, al estar contenido en el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016. Su

norma de base (artículo 57.6 de la Directiva 2014/24) ha sido transpuesto por la LCSP, tal como se ha estudiado en el epígrafe inmediatamente anterior.

3. La expulsión del licitador durante el procedimiento de contratación

3.1. Antecedentes

Al regular las prohibiciones de contratar (exclusión inicial del procedimiento de contratación), la Directiva 2004/18 reconoció al órgano de contratación –posiblemente de forma inconsciente- capacidad para acordar la expulsión de un licitador durante el curso del procedimiento. El artículo 45.2.d) incluyó entre las prohibiciones facultativas de contratar que el licitador haya cometido una falta grave en materia profesional. Pero añade «(...) que (la prohibición) pueda ser comprobada por cualquier medio que los poderes adjudicadores puedan justificar»

Con esta frase, la Directiva añadió a la exclusión inicial del procedimiento la expulsión sobrevenida. Si el órgano de contratación está legitimado para investigar y descubrir la comisión de una falta grave en materia profesional por los licitadores, es lógico y deseable que pueda arrojar del procedimiento a los culpables, evitando una adjudicación viciada de inicio. Resultaría incongruente que deba aguardar pasivamente al pronunciamiento de la autoridad de defensa de la competencia y a la resolución del seguro recurso ante los Tribunales. Así lo reconoce *Forposta*, cuando observa:

«28 En efecto, el artículo 45, apartado 2, párrafo primero, letra d), de la Directiva 2004/18 permite a las entidades adjudicadoras comprobar, por cualquier medio que puedan justificar, la comisión de una falta en materia profesional. Por otra parte, a diferencia de la letra c) de dicho párrafo primero, para la comprobación de la comisión de una falta profesional, en el sentido de la letra d) del mismo, no se exige una resolución judicial con autoridad de cosa juzgada»¹⁴⁹³.

Ha sido la Directiva 2014/18 la que dio carta de naturaleza legal a la vía abierta por el TJUE, en su artículo 57, apartado quinto, párrafo segundo, según el cual:

¹⁴⁹³ *Forposta*, apartado 28.

«Los poderes adjudicadores podrán, en cualquier momento del procedimiento, por decisión propia o a petición de los Estados miembros, excluir a un operador económico si se comprueba que este se encuentra, en vista de los actos cometidos u omitidos antes del procedimiento o durante el mismo, en una de las situaciones mencionadas en el apartado 4»¹⁴⁹⁴.

El TJUE, en su sentencia *Generali* ha respaldado la expulsión del licitador por actos anticompetitivos en el curso un procedimiento contractual. Como arriba se explicó, su apartado 35 considera que la comisión de una infracción contra las normas sobre competencia constituye una causa de exclusión comprendida en el artículo 45, apartado 2, letra d), de la Directiva 2004/18 (prohibición de contratar), «especialmente si la infracción se ha sancionado con una multa». No excluye por tanto la exclusión (sobrevenida) por el órgano de contratación durante el procedimiento¹⁴⁹⁵.

3.2. La Ley de Contratos del Sector Público

El Derecho español de contratos públicos no reguló la expulsión sobrevenida de los licitadores por estar incurso en prácticas vulneradoras de la normativa la competencia. A pesar de que cierta doctrina entendió que esta figura tenía cobertura en la ley española de contratos públicos¹⁴⁹⁶, nunca fue aplicada dado que ni era mencionada en el texto legal ni podía ser considerada una cláusula implícita. En su Informe 5/2013, La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares limitó la obligación de los órganos de contratación en la lucha contra las prácticas anticompetitivas a la notificación prevista en la D.A. 23ª. En su opinión, la normativa de contratación pública no tiene como finalidad perseguir y sancionar las conductas anticompetitivas que puedan producirse entre los empresarios que participan en un procedimiento de contratación pública. Esta es una misión que corresponde al derecho de la competencia y así queda patente en la citada disposición. Y añade:

¹⁴⁹⁴ El Considerando 101, párrafo segundo, de la Directiva contempla esta figura y enlaza con la doctrina general establecida por la sentencia *Forposta*.

¹⁴⁹⁵ C-470/2013, *Generali*, apartado 35.

¹⁴⁹⁶ En esta situación, el licitador estaría incurso en fraude de ley y vulneraría los principios de publicidad y libre competencia (artículo 11.1 TRLCSP 2000). Por ello, el órgano de contratación podría no adjudicar el contrato y excluir a la UTE. VILLAR EZCURRA, JOSÉ LUIS y ARIÑO SÁNCHEZ, GASPAREL, «Artículo 24. Uniones de empresas», en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Tomo II, Comares, 2003, pp. 181-192.

«Por tanto, debe considerarse que el hecho de que un órgano de contratación sospeche o detecte indicios de que en el seno de un procedimiento se han producido acuerdos colusorios entre varios licitadores, no constituye un motivo de exclusión, y ello no tan solo porque la normativa en materia de contratación no prevea esta posibilidad, sino también porque en los procedimientos de contratación es esencial favorecer la máxima concurrencia, sin que sea admisible excluir a los licitadores con fundamento en una mera sospecha de actuaciones colusorias».

La vigente LCSP incorporó el artículo 57.5 de la Directiva a la legislación española. En concreto, el artículo 150, apartado primero, párrafo tercero, dispone:

«Si en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación, tuviera indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, los trasladará con carácter previo a la adjudicación del contrato a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que a través de un procedimiento sumarísimo se pronuncie sobre aquellos. La remisión de dichos indicios tendrá efectos suspensivos en el procedimiento de contratación. Si la remisión la realiza la mesa de contratación dará cuenta de ello al órgano de contratación. Reglamentariamente se regulará el procedimiento al que se refiere el presente párrafo.»

3.2.1. Características

El artículo 150 otorga a esta causa de exclusión un carácter imperativo. El órgano de contratación o la mesa *«trasladarán»* los indicios a la autoridad de competencia. Las decisiones sobre la comunicación y sobre la expulsión deben basarse en el presumible carácter anticompetitivo de ciertos actos imputables a los licitadores cartelizados e instrumentales para asegurar el resultado colusorio en el procedimiento seguido ante el órgano de contratación.

La articulación de este precepto presenta cinco diferencias significativas respecto de las prohibiciones de contratar.

En primer lugar, el artículo 150 LCSP establece la expulsión de un procedimiento de contratación en curso, no la prohibición de participar en uno futuro. Este precepto anticipa la lucha contra las prácticas anticompetitivas en la contratación pública, pues deja de ser únicamente *ex post facto* (autoridades de competencia) para admitir una vertiente *ex ante*. La expulsión del licitador podrá tener lugar en cualquier momento del procedimiento, durante las fases de preparación, selección o adjudicación, hasta el momento inmediatamente anterior a la adjudicación del contrato. El objetivo del artículo 150 es responder a las preguntas siguientes: «¿qué puede hacer un órgano de contratación que descubre la existencia de (presuntas) prácticas restrictivas de la competencia imputables a los licitadores en el procedimiento contractual que aquel gestiona?; ¿debe continuar el procedimiento hasta la adjudicación a sabiendas de la inidoneidad del adjudicatario?; ¿son las autoridades de defensa de la competencia las únicas facultadas para la investigación de los comportamientos colusorios en la contratación pública?»¹⁴⁹⁷.

¹⁴⁹⁷ Fuera de la Unión Europea, el papel del poder adjudicador a la hora de afrontar las prácticas anticompetitivas ha dado lugar a situaciones particulares, como la de Colombia. El derecho colombiano faculta a los órganos de contratación para elegir entre tres posturas en caso de entender que la licitación en curso está infectada por prácticas colusorias: declarar desierto el proceso; adjudicar el contrato a pesar de sospechar colusión o rechazar las ofertas de los licitadores cartelizados. Sin embargo, ninguna de las tres es pacífica. Respecto de la primera, la ley 80/1993 tan sólo permite declarar desierta la licitación «por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva». En caso de que sea posible la adjudicación esta tendrá que llevarse a cabo. Este será el supuesto más habitual. Por ello, la opción que parece disponer la ley parece la segunda. Salvo que la entidad contratante tenga prueba concluyente sobre la existencia de un acuerdo anticompetitivo que impida o haga imposible la adjudicación del contrato, deberá aquella proceder a la adjudicación a pesar de las sospechas.

No obstante, la Contraloría General de la República ha señalado que este proceder podría ser considerado como generador de un detrimento del erario, en la medida que la entidad estará adjudicando un contrato a sabiendas o con sospechas de que los precios están inflados, o de que alguna otra condición fue manipulada ilícitamente por los proponentes. La tercera alternativa que tendrá una entidad será la equivalente a la prevista en el artículo 57. 5 de la Directiva 2014/24: consagrar en los pliegos de condiciones de forma explícita que cuando un proponente se involucre o sea parte de un acuerdo anticompetitivo, sea en sí misma una causal de rechazo de su oferta (Decreto 734 de 2012 Artículo 2.2.3 numeral 3). Sin embargo, se ha demostrado como una opción muy arriesgada para el órgano de contratación si no se atiende a unos parámetros de investigación muy estrictos.

En la Licitación IDU-05 de 1993 el responsable del órgano de contratación se vio inmerso en una demanda de nulidad y posterior acción de repetición por haber acordado la exclusión de ciertos licitadores sin el más mínimo trámite de alegación y prueba o investigación previa alguna. En la opción tercera, el órgano de contratación tiene, pues, la obligación de abrir las fases de alegación y prueba y de encontrar una prueba concluyente de la colusión (como en la opción primera). Por ello, lo más habitual será que el órgano de contratación se decida por adjudicar el contrato, a pesar de las sospechas (opción segunda). Vemos que la pluralidad de alternativas no lleva a impedir que el cártel de licitadores gane el contrato. Será la autoridad de defensa de la competencia la que resuelva a posteriori, previa denuncia del órgano de contratación. Ver ARCHILLA PEÑALOSA, EMILIO

En segundo lugar, el estándar probatorio requerido para la expulsión es inferior al exigido para la prohibición de contratar inicial. No se exige una resolución o sentencia firme – lo que no sería posible, dado que el comportamiento anticompetitivo guarda relación con una licitación en marcha- sino que basta que la mesa o el órgano conozcan «*indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación, en el sentido definido en el artículo 1 LDC*». La dicción de este artículo supone: (1) que no cabe instar la expulsión por estar un marcha un abuso de posición de dominio o falseamiento desleal de la competencia. Esta es otra diferencia con la prohibición de contratar *ab initio*; (2) que la expulsión del procedimiento será colectiva: afectará a todos los licitadores que hubiesen incurrido presuntamente en acuerdos o prácticas concertadas; (3) Cada poder adjudicador deberá fijar su estándar de expulsión, que irá desde la exigencia de indicios muy sólidos hasta el carácter indubitado de la naturaleza anticompetitiva de los hechos. Caben pues, soluciones muy diversas a nivel nacional. Esto exige aplicar criterios de interpretación uniforme en la legislación estatal para evitar efectos indeseados (como recursos de casación para la unificación de la doctrina).

En tercer lugar, la empresa expulsada ya ha presentado una proposición y participa efectivamente en un procedimiento de contratación como licitador o candidato. Por consiguiente, su oferta no ha sido rechazada *ab initio* como es el caso de las prohibiciones de contratar.

En cuarto lugar, el artículo 150 LCSP ha limitado las conductas anticompetitivas que determinan la expulsión del licitador a las prácticas colusorias. El texto menciona el término «*conductas colusorias*». Deben entenderse incluidas las demás conductas contempladas en los artículos 101 TFUE (prácticas concertadas y decisiones colectivas) y 1 LDC (prácticas conscientemente paralelas). Por el contrario, no cabe expulsar de una licitación en curso a aquellos participantes que hubieren incurrido -presuntamente- en abusos de posición dominante.

En quinto lugar, el carácter instrumental del artículo 150 LCSP no permitirá al órgano de contratación fundar la resolución de expulsión en haber cometido el licitador prácticas restrictivas en procedimientos contractuales previos o contemporáneos. Ello responde a la razón de ser de este apartado: poner en manos de los órganos de contratación un instrumento para luchar contra la colusión en los procedimientos en

JOSÉ, y PABÓN ALMANZA, CAMILO, «Colusión en licitaciones y concursos. El caso paradigmático para las entidades públicas», *Derecho de la Competencia y del Consumo*, pp. 9-31.

curso gestionados por ellos. Cada poder adjudicador no actúa en interés de la legalidad general sino de la legalidad de su licitación. Por ello, le está vedada la ampliación del ámbito de investigación más allá de su procedimiento ya tenga el órgano conocimiento fehaciente por virtud de una decisión administrativa o judicial sancionadora de aquellas ya posea indicios suficientemente plausibles de tales prácticas, al amparo del artículo 57.4.d).

Dicho de otro modo, las conductas anticompetitivas previas, relativas a procedimientos de contratación diferentes forman parte de «*los actos cometidos u omitidos antes del procedimiento*» y pueden ser tenidos en cuenta a la hora de pronunciarse sobre la expulsión. Pero no constituyen condición suficiente *per se* para decidir la misma, incluso aunque hubiesen sido sancionadas por las autoridades de defensa de la competencia o llamado a la aplicación del artículo 57.4.d) LCSP. En definitiva, los antecedentes de los licitadores no justifican por sí solos la expulsión. Los licitadores son sometidos al test del carácter anticompetitivo de «*los actos cometidos u omitidos antes del procedimiento o durante el mismo*». Dichos actos han de guardar relación con el procedimiento en curso. Lo que significa el estar viciosamente ordenados a promover la concertación de los licitadores en aquel, a diferencia de lo dispuesto en el apartado 4.d).

Es habitual que los acuerdos -y de admitirse, las conductas abusivas- se gesten y perfeccionen antes de que se inicie la licitación en la cual producirán sus efectos. Cuando el mercado posee ciertas características (entre ellas, licitaciones repetidas, productos homogéneos, elevadas barreras legales de entrada, gran transparencia, poca variación en los licitadores) el comportamiento anticompetitivo puede llegar a ser estructural e indefinido, actualizándose tan sólo en cada procedimiento individual de contratación.

El legislador español inserta la exclusión sobrevenida de los licitadores en el esquema funcional previsto en el artículo 132.3 LCSP (obligación de comunicar los indicios de prácticas anticompetitivas). El artículo 150 LCSP procede a: (1) la división del procedimiento de expulsión en dos fases: comunicación y resolución; (2) la imposición de la obligación de denuncia o comunicación al órgano de contratación o a la mesa de contratación; (3) la asignación a las autoridades nacional y autonómicas de competencia, en sus respectivos ámbitos de la función de «pronunciarse» sobre dichos

indicios resolución; (4) la decisión sobre la expulsión parece encomendarse al órgano de contratación, aunque la ley no se pronuncia expresamente sobre este punto.

La concatenación entre los artículos 132.3 y 150 significa que, a efectos de este último precepto, la mesa, o en su defecto, el órgano de contratación que hubiese convocado el procedimiento tienen la obligación de denunciar los hechos presuntamente anticompetitivos. Si es la mesa de contratación quien realiza la remisión, dará cuenta de ello al órgano de contratación. La denuncia no constituye sino la comunicación a las autoridades de competencia de cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones [durante el procedimiento de contratación] que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia (artículo 132.3 LCSP).

Por último, en la tabla inferior se sintetizan las diferencias más significativas entre la prohibición de contratar y la expulsión sobrevenida del procedimiento de contratación:

Tabla XXI. Diferencias entre la prohibición inicial y la exclusión sobrevenida

	Intervención del contratante	Posición del operador	Tipo de conducta anticompetitiva	Evidencia	Carácter
Artículo 71.1.b). Prohibición de contratar	Exclusión inicial	No licitador	Infracción grave en materia de competencia	Sanción firme	Obligatoria
Artículo 150 Expulsión sobrevenida	Expulsión	Licitador	Conductas colusorias	Indicios suficientemente plausibles	Obligatoria

3.2.2.Procedimiento y competencia

El punto de partida del mecanismo arbitrado por el artículo 150 LCSP se halla en la obtención por el órgano o mesa de contratación de indicios de conductas colusorias durante el procedimiento de contratación en curso. El origen de dicho conocimiento es irrelevante. Puede deberse a la denuncia de un licitador o de un tercero, o ser resultado de la acción del propio órgano de contratación.

En cualquier caso, el órgano o la mesa deben remitir la comunicación a las autoridades de competencia con carácter previo a la adjudicación del contrato. Por una

parte, imponer la obligación de denuncia antes de la adjudicación evita situaciones como la descrita en la resolución del expediente *Transporte Ayuntamiento de Las Palmas*; la mesa de contratación disponía de informes que aseguraban la colisión entre varios de los licitadores concurrentes, pero esperó a la adjudicación para formular una denuncia ante la CNC. Por otra, esta previsión temporal tiene tres consecuencias. Primera, el artículo 150 LCSP no impone a los denunciantes un especial deber de diligencia temporal. Si dispusieran de indicios fundados en un momento muy temprano del procedimiento, pueden optar por comunicarlos inmediatamente a las autoridades de competencia; pero no están obligados a ello. La indefinición temporal es una medida de prudencia, que permitirá al órgano o a la mesa asesorarse y ponderar la suficiencia de los indicios antes de acordar su traslado formal (p.ej., en el caso *Transporte Ayuntamiento de Las Palmas*). Segunda, la comunicación no puede tener lugar en el plazo de 15 días hábiles que deben transcurrir entre la adjudicación y la formalización (artículo 153 LCSP). Tercera, su efecto más importante radica en que el órgano de contratación no podrá adjudicar el contrato desde que tenga conocimiento de dichos indicios hasta que se pronuncie la autoridad de competencia.

El artículo 150 LCSP no se pronuncia expresamente sobre el titular de la competencia para resolver si existen indicios sólidos de una conducta anticompetitiva. El tenor literal señala que la autoridad de competencia debe pronunciarse sobre la existencia de dichos indicios a través de un procedimiento sumario. Pero no aclara si dicho pronunciamiento es sinónimo de resolución o de propuesta (informe-propuesta). En el primer caso, la decisión sobre la expulsión corresponde a la autoridad estatal o autonómica de competencia. En el segundo, dicha autoridad dirigirá su escrito al órgano requirente; si fuese la mesa, esta lo remitirá al órgano de contratación, quien dictará la resolución que estime más oportuna. La LCSP no dispone que el escrito de la autoridad de competencia sea vinculante para aquel.

Atribuir la competencia a la CNMC o a su equivalente autonómico es defendible con base en el enorme número de entes contratantes que existen en España y su falta de especialización en Derecho de la Competencia. Ambas convierten en imposible que la mayoría de las entidades intenten siquiera ejecutar expulsiones sobrevenidas, incluso aunque los indicios fueran incontestables. Incluso aquellas que tuvieran la infraestructura y el personal para hacerlo, acudirían sin dudarlos al asesoramiento de las autoridades de defensa de la competencia.

Ahora bien, este criterio sería sumamente criticable. Además de haber alterado el sentido de la Directiva, también habrá renunciado a otorgar al Derecho de la contratación pública el papel protagonista para él previsto por la Directiva en la lucha contra las prácticas anticompetitivas. En otras palabras los órganos de contratación mantienen un rol secundario (pero no pasivo). Su papel se reduce a: a) Notificar a las autoridades de defensa de la competencia los indicios de prácticas anticompetitivas que encuentren en la gestión de los procedimientos contractuales; b) Ejecutar – y en su caso acordar- la prohibición de contratar frente a los operadores sancionados en firme por incurrir en aquéllas prácticas (artículo 57.4.d) Directiva 2014/24; artículo 71.1 b) LCSP.

3.1.2. Interacción entre prohibición de contratar y expulsión: comportamiento anticompetitivo afectado y la entidad de las evidencias probatorias.

La interpretación lógica y sistemática mueven a concluir que sea el órgano de contratación el encargado de dictar la resolución de expulsión y, acto seguido, de denuncia de los hechos ante la autoridad de competencia. Lo aconseja, por un lado, el paralelismo con lo dispuesto por el artículo 72 LCSP para el caso de las prohibiciones de contratar. Pero también la literalidad del artículo 57. 5 de la Directiva 2014/24. El texto comunitario quiere que la expulsión se extienda a los licitadores que estén conspirando «en el acto» contra la integridad de la licitación. Y atribuye de forma expresa a los poderes adjudicadores la competencia para acordar la expulsión. Ambas razones dificultan sostener que el artículo estudiado reduzca la función de los órganos de contratación a la de denunciantes, cuyo único deber es no adjudicar hasta la resolución de competencia. Esta opción convierte en sinónimos el mecanismo del artículo 150 y la obligación de denuncia del artículo 132 LCSP.

Sea cual sea el órgano competente, su resolución de expulsión tiene naturaleza doblemente interlocutoria: (1) en el procedimiento de contratación, que continuará sin la presencia de los licitadores excluidos; y (2) ante las autoridades de competencia, quienes están obligadas a instar de oficio una información previa y, en su caso, a instruir un procedimiento sancionador contra aquellos.

El artículo 150 se remite a un procedimiento sumarísimo para articular la intervención de la autoridad de competencia. Debiera además clarificar si es a esta o al órgano de contratación a quien compete dictar la resolución de expulsión

3.2.3. Interacción entre prohibición y expulsión: comportamiento anticompetitivo afectado y entidad de las evidencias

Los elementos definitorios del artículo 57.5 de la Directiva, lo definen en relación con la prohibición de contratar inicial contemplada en el apartado 4 del mismo artículo.

Tanto el apartado 4.d) como el apartado 5 del artículo 57 fundamentan las respectivas decisiones de exclusión y expulsión en el carácter anticompetitivo de los comportamientos de los operadores económicos. Uno y otro limitan su ámbito de aplicación a las prácticas restrictivas. El primero de ellos habla de «*acuerdos*» mientras que el segundo dispone la expulsión del licitador cuando este se encuentre «*en una de las situaciones mencionadas en el apartado 4*». En Derecho de la Competencia, el vocablo ‘acuerdo’ verbaliza tan sólo las conductas colusorias cometidas por dos o más operadores económicos en infracción del artículo 101 TFUE (artículo 1 LDC).

Una lectura literal de ambos preceptos es inequívoca. El órgano de contratación puede prohibir la participación en un procedimiento o excluir del mismo a los operadores económicos que hubiesen incurrido en acuerdos anticompetitivos, pero no a los que hubiesen cometido prácticas concertadas o adoptado decisiones colectivas¹⁴⁹⁸. Tampoco a aquellos que hubiesen incurrido en infracción del artículo 102 TFUE al abusar de su posición de dominio.

Cabe en este punto preguntarse qué debería hacer un órgano de contratación si «*en vista de los actos cometidos u omitidos antes del procedimiento o durante el mismo*» procedimiento, no encuentra indicios de colusión sino evidencias fuertes e incluso pruebas fehacientes de abuso de posición de dominio o de conducta desleal con afectación del interés público. Podría incluso hallar en unos licitadores indicios potentes de prácticas colusorias y en otros de conductas abusivas. Atendido literalmente, el precepto examinado lo conduciría a investigar y en su caso expulsar a los que incurran en las primeras y a comunicar las evidencias o pruebas de abuso a la autoridad de

¹⁴⁹⁸ A favor de una interpretación literal del artículo 57.5 de la Directiva, limitada su eficacia a «acuerdos restrictivos», PRIESS, H-J., «The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive», *Public Procurement Law Review*, nº. 3, 2014, pp.112-124. Otro sector doctrinal sostiene que la coherencia del artículo 57 de la Directiva con el artículo 101 TFUE exige la aplicación de ambas figuras –exclusión inicial y expulsión sobrevenida-. Ver SÁNCHEZ GRAELLS, A., «Competition Law and Public Procurement» (13 de agosto de 2015), J Galloway (ed), *Intersections of Antitrust: Policy and Regulations* (Oxford, OUP, 2016). Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2643763>.

defensa de la competencia, al amparo de la Disposición Adicional 23ª TRLCSP (hoy, artículo 132.3 LCSP). Muy probablemente esperaría a la adjudicación del contrato para enviar la notificación. De ser así, el ente adjudicador no actuaría para evitar la ejecución del acto abusivo o desleal, que se vería consumado, a la espera de una sanción ulterior del órgano de defensa de la competencia.

Resulta palmario que una interpretación literal del artículo 57 de la Directiva lo priva de efecto útil. Es preciso acudir a una interpretación teleológica y sistemática (con la normativa de defensa de la competencia y con el artículo 132 LCSP), así como una mirada a la realidad lleva a concluir que ambos apartados tienen por objeto apartar de la contratación pública todo tipo de comportamiento anticompetitivo. Los licitadores incurren en actos abusivos y desleales. Imponer la prohibición de contratar a un cártel y no a ellos no sólo carece de sentido; es contraproducente, pues deja de atacar acciones que eliminan la competencia de los procedimientos contractuales.

Por ende, el falseamiento de la competencia, criterio empleado por el artículo 57.4.d) de la Directiva para explicar la sujeción de los acuerdos colusorios a la prohibición de contratar, se halla presente en los dos restantes tipos de comportamientos anticompetitivos. En caso de abuso de posición de dominio, una jurisprudencia europea constante dispuso que incumbe a la empresa que ocupa una posición dominante una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado interior¹⁴⁹⁹.

Por su parte, el artículo 3 LDC se intitula «*falseamiento de la libre competencia por actos desleales*». La CNC ha destacado que, en virtud de dicho precepto debe considerarse que la infracción de las normas de competencia desleal no constituye de forma automática una infracción del artículo 3 de la LDC, sino que las conductas deben suponer un falseamiento de la competencia y afectar, por tanto, al interés público. Se debe analizar, en primer lugar, si en las conductas denunciadas y en los hechos descritos concurren indicios de falseamiento de la competencia que afecte al interés público; de no haberlos procederá el archivo de las actuaciones según el artículo 49.3 de la LDC, al margen de que pueda existir o no un acto de competencia desleal¹⁵⁰⁰.

¹⁴⁹⁹ STJUE de 27 de marzo de 2012, C-209/10, *Post Danmark*, apartado 23; STJUE, de 2 de abril de 2009, C 202/07 P, *France Télécom/Comisión*, Rec. p. I 2369, apartado 105 y jurisprudencia citada

¹⁵⁰⁰ RCNC, de 26 de septiembre de 2013, SAMAD/01/2013, *Montaje de ascensores COINSA*, p. 8

A la vista de la jurisprudencia citada, cabría a los tribunales y órganos de contratación nacionales interpretar extensivamente el término «*acuerdos*» para englobar al abuso de posición de dominio y a la deslealtad anticompetitiva en el ámbito material de la prohibición de contratar. Primero, porque no se incorporarían criterios de solvencia o prohibiciones *ultra vires* de las establecidas en la Directiva de contratos¹⁵⁰¹. Segundo, porque dicha interpretación es procompetitiva y garante del efecto útil del artículo 57.2.d): no tiene carácter sancionador¹⁵⁰²; promueve la competencia entre los licitadores y persigue evitar que estos incurran en violaciones de la normativa de defensa de la competencia.

La solución definitiva exigirá la modificación del artículo 57.4.d) que extienda el elemento objetivo de la prohibición de contratar y evite que las leyes de transposición mantengan la un criterio tan miope. En último caso, el TJUE debiera pronunciarse al respecto, incluso a petición de los Estados miembros o por mor del planteamiento de una cuestión prejudicial.

En segundo lugar, el carácter sobrevenido de la resolución de expulsión plantea un dilema fundamental a la hora de dar aplicación práctica al artículo 57.5: decidir el estándar probatorio mínimo. Las evidencias de comisión de prácticas restrictivas por los participantes deben ofrecer a la entidad contratante un grado de seguridad suficiente y objetivo que justifique la asunción de los costes de transacción de la medida (eliminación de uno o más licitadores, ‘prosperabilidad’ de recursos). Tal como han sido configuradas por la normativa las mesas de contratación y los comités de expertos, sus integrantes carecen de la formación y de las habilidades en Derecho de la competencia para pronunciarse. Es por ello que la participación de expertos resulta imprescindible, aunque sea limitada a los contratos de mayor importe o significación. En aquellas Comunidades Autónomas que cuenten con una Autoridad de Competencia, puede asignarse a estas dicho papel asesor.

Para que el artículo 57.5 sea llevado a la práctica es imprescindible que el procedimiento de contratación no se paralice con el seguro recurso de los licitadores excluidos. Cuando se trate de contratos no sometidos a regulación armonizada, la

¹⁵⁰¹ STJUE de 10 de mayo de 2012, C-368/10, *Comisión/Países Bajos*, apartados 105-106, *Forposta*, apartados 38-39.

¹⁵⁰² MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO., «¿Basta una falsedad material no constitutiva de delito para imponer la prohibición de contratar prevista actualmente en el art. 49.1 e) LCSP?», en *Contratación Administrativa Práctica*, Nº 112, Sección *Los Tribunales deciden*, Octubre 2011, pág. 26, LA LEY.

decisión de expulsión sólo producirá efectos suspensivos si así lo dispusiese expresamente el órgano que conoce del recurso de alzada contra el acto de trámite; lo que hay que considerar harto improbable, por no decir prácticamente imposible. Otro tanto debiera ocurrir con las medidas provisionalísimas contempladas en el artículo 49 LCSP, previas a la interposición del recurso especial, cuando nos hallemos en sede de contratos sometidos a regulación armonizada.

El estándar elegido por la Directiva se contiene en la expresión «*si se comprueba*» que el licitador ha incurrido en actos colusorios. Cuando de la prueba de la prohibición de contratar se trata, el apartado 4 d) exige tan sólo la presencia de «*indicios suficientemente plausibles*»¹⁵⁰³.

No parecen existir razones fundadas para exigir un nivel probatorio superior en caso del artículo 57.5. Fundamentalmente porque la prueba de indicios ha sido admitida como plenamente válida y suficiente en jurisdicciones como la española, siempre que se haya configurado correctamente¹⁵⁰⁴. En consecuencia, a falta de prueba directa el órgano de contratación podrá emplear pruebas indirectas e indiciarias capaces de fundamentar la exclusión de los miembros del cártel.

Por lo tanto, el órgano de contratación empleará la prueba indiciaria con rigor similar al requerido a las autoridades de defensa de la competencia. Para que esta prueba pueda desvirtuar la presunción de inocencia debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados-no puede tratarse de meras sospechas-y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, se ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el producto deductivo es arbitrario, irracional

¹⁵⁰³ Expresiones idénticas se encuentran en otras lenguas (inglés, francés e italiano). Para el apartado 4 d) «*sufficiently plausible indications/ elements suffisamment plausibles/indicazione sufficientemente plausibile*». Respecto del apartado 5, se emplean sinónimos del verbo comprobar (*turn ut/apparaitre/risultare*).

¹⁵⁰⁴ Por todas, véase la STS 3505/2013, de 28 de junio, Sala C-A, Secc. 3ª, Rec. Casación 1947/2010, *BILBAO BIZKAIA KUTXA (BBK)*, p. 11. Cita la jurisprudencia constitucional sobre la prueba de indicios (STC 172/2005, Sala 2ª, de 20 de junio, Rec. amparo 1945/2004, STC 229/1998, Sala 2ª, de 17 de diciembre. Rec. amparo 429/1984, STC 175/1985, Sala 1ª, de 17 de diciembre. Rec. amparo 429/1984, STC 174/1985, Sala 1ª, de 17 de diciembre. Rec. amparo 558/1983).

o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo¹⁵⁰⁵.

Sitúe o no el artículo 57.5 sobre los hombros de unos órganos de contratación una carga más pesada que la prevista en el artículo 57.4.d), es evidente que en nuestro Derecho aquéllos no están estructuralmente preparados para asumirla. La labor de la norma de transposición estatal se torna aquí imprescindible. De no asumirla, deberá hacerlo el legislador autonómico. En caso contrario, tal absentismo sistemático será fácilmente interpretable en términos de despreocupación por la incidencia de la colusión sobre la contratación pública. El presente estudio aporta ideas y mecanismos para que los entes contratantes puedan hacer frente a evidencias de manipulación que arriesguen el éxito del procedimiento.

3.2.4. Resistencia a la expulsión sobrevenida: *Becsa*

La expulsión sobrevenida de los licitadores cartelizados ha encontrado en el Derecho español serias resistencias, tanto a nivel normativo como institucional. El TACRC, órgano administrativo máximo de recurso a nivel nacional en materia de contratación pública, no ha sido muy proactivo hasta el momento a aplicar el artículo 57.5 de la Directiva.

En *Becsa*, el TACRC resolvió un recurso especial en materia de contratación pública interpuesto contra una resolución del Rector de la Universidad Jaime I (Castellón) por la que excluyó a dos empresas de un procedimiento de adjudicación de un contrato de obra nueva en curso¹⁵⁰⁶. El motivo principal de la exclusión era que ambas empresas, pertenecientes a un mismo grupo, habían presentado sendas proposiciones al concurso cuyas ofertas técnicas eran idénticas. Para el órgano de contratación, apoyado en un dictamen externo, la identidad de ofertas técnicas suponía una evidencia clara de colusión e incurría en infracción del artículo 57 de la Directiva. Aunque todavía no había transcurrido el plazo de transposición, el órgano de contratación acude al precepto citado en aplicación del principio de interpretación conforme. La licitación prosiguió hasta la adjudicación del contrato. Las recurrentes

¹⁵⁰⁵ STC 174/1985, Sala 1ª, de 17 de diciembre. Rec. amparo 558/1983.

¹⁵⁰⁶ TACRC, Resolución nº 838/2015, de 18 de septiembre, *BECSA*, Recursos, nº 843 y 852/2015 C. Valenciana 142 y 144/2015

solicitan la nulidad de la resolución de exclusión, la retroacción de las actuaciones y la inclusión de los recurrentes en el procedimiento contractual.

Las recurrentes alegan que la presentación de ofertas diferentes por entidades vinculadas está permitida y sólo puede suponer su exclusión en los contratos de concesión de obra pública (artículo 145.4 TRLCSP, no recogido en la LCSP). Añaden que el hecho de que las ofertas técnicas sean idénticas no implica que exista vulneración del secreto en la presentación de las ofertas. Esa coincidencia se debe a que, al formar parte del mismo grupo de empresas, los medios técnicos a los que recurren las sociedades para la ejecución del proyecto son los mismos. En cualquier caso, la sanción de las prácticas colusorias es competencia exclusiva de las autoridades de competencia. Esta consecuencia no ha sido prevista por la legislación española de contratos. Dado que la Directiva 2014/24 no ha sido todavía transpuesta al derecho español, no cabe la aplicación directa del artículo 57. En consecuencia, no procede bajo ningún concepto la exclusión automática de los licitadores por meros indicios de comisión de supuestas prácticas colusorias.

El TACRC acoge todos los argumentos de los recurrentes y estima el recurso en su integridad. Además de recordar la no transposición de la Directiva, la resolución insiste particularmente en el monopolio de las autoridades de competencia a la hora de enjuiciar los comportamientos colusorios en la contratación pública y la falta de competencia de los órganos de la contratación pública en la materia. Entiende que *«el enjuiciamiento de si existe una práctica colusoria corresponde a los organismos reguladores que tienen encomendado su control»* (F. J. 7º).

La resolución *Becsa* es irreprochable en lo que hace a la no aplicabilidad de una Directiva no incorporada cuyo plazo de transposición no ha finalizado. Sin embargo, la lógica empleada por el TACRC es sumamente criticable por la rotundidad con la que niega a los órganos de contratación todo papel activo en la supresión del *bid rigging*. Va más allá del mero rechazo a aplicar una disposición aún no vigente. Entiende que la lucha contra el *bid rigging* es un compartimento estanco ajeno al sistema español de contratación pública. Afirma que *«no corresponde, pues, al órgano de contratación la apreciación de que existen, en perjuicio de los intereses públicos, prácticas colusorias entre las empresas participantes en una licitación. Esa tarea es competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia»* (F.J. 7º).

En segundo lugar, el Tribunal peca de incoherencia respecto de su autoproclamada restricción en la lucha contra las prácticas anticompetitivas. Acto seguido de reconocer el monopolio de las autoridades de competencia centra el papel de los órganos implicados en la contratación pública en el aprovechamiento del artículo 132 LCSP. Sin embargo, no acuerda remitir una denuncia a la CNMC. Y ello a pesar de contar con indicios poderosos de colusión (la coincidencia de ofertas técnicas entre dos empresas pertenecientes al mismo grupo).

Un tercer motivo de censura se encuentra en su argumento final contra la expulsión de los licitadores. Advierte el Tribunal que su criterio consolidado es que en los procedimientos de adjudicación debe tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos al efecto por la normativa de contratos. Dicha máxima no admite excepciones por la aparente existencia de actos anticompetitivos (cuyo conocimiento corresponderá en exclusiva a las autoridades de competencia.) Con un argumento tan poco matizado, la resolución promueve la contradicción entre las dos concepciones de competencia presentes en la contratación pública; la defendida por el derecho contractual (competencia por el mercado) y la tutelada por el derecho *antitrust* (competencia en el mercado). Tal concepción es falaz, desde el momento que es la evitación de prácticas colusorias la que favorece una mayor participación en las licitaciones.

3.3. Soluciones en otros Estados miembros

Otros Estados miembros han optado también por la transposición del artículo 57.4.d) de la Directiva. En Francia, el *Project d'ordonnance relative aux marchés publics* lo copia literalmente. Por el contrario, no transpone el apartado 5, párrafo segundo, de ese mismo artículo¹⁵⁰⁷. La misma solución adopta Dinamarca, donde La entidad contratante podrá excluir a un licitador si considera que hay «indicios

¹⁵⁰⁷ Artículo 48.I.4° de la Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, JORF n°0169 du 24 juillet 2015, page 12602, n° 38: «I. - Les acheteurs peuvent exclure de la procédure de passation du marché public: Les personnes à l'égard desquelles l'acheteur dispose d'éléments suffisamment probants ou constituant un faisceau d'indices graves, sérieux et concordants pour en déduire qu'elles ont conclu une entente avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence».

plausibles» de que en el negocio se ha distorsionado la competitividad¹⁵⁰⁸. En Italia, la ley apela al concepto genérico de «*falta profesional*»¹⁵⁰⁹.

En Gran Bretaña el legislador parece haber reunido mayor confianza. El artículo 57 (8) (d) del *Reglamento de contratos públicos* transpone literalmente el artículo 57.4.d) de la Directiva. A diferencia de la ley española, la incluye entre las prohibiciones facultativas. Pero también regula la expulsión del licitador durante el procedimiento. Para ello, el artículo 57 (10) del *Reglamento* reproduce el artículo 57.5 de la Directiva 2014/24¹⁵¹⁰.

3.4. La exclusión sobrevenida por prácticas colusorias anteriores a la licitación en curso: *Connexion Taxi Services*

Tal como se ha estudiado en el epígrafe precedente, la concepción clásica de la prohibiciones de contratar - hoy en el artículo 57.4 de la Directiva 2014/24 - se caracteriza por ser impositiva y por tener efectos *a futuro*: veta la participación del licitador en procedimientos de contratación posteriores por causa de su responsabilidad *antitrust*.

No obstante, de la resolución dictada en el asunto *Connexion Taxi Services* (en adelante, *Connexion*¹⁵¹¹) cabe deducir que el artículo 57.4 es también aplicable para expulsar de un procedimiento de contratación en marcha a un licitador sancionado por comportamientos colusorios anteriores, siempre que la resolución o sentencia

¹⁵⁰⁸ BECH-BRUUN (Newsletter), *News. New Danish Public Procurement Act*, Bech-Bruun (Newsletter), Enero, 2015, p. 4, <http://www.bechbruun.com/en/Knowledge+centre/Newsletter/EU+and+Competition/2015/New+Danish+Public+Procurement+Act>.

¹⁵⁰⁹ Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. (G.U. n. 91 del 19 aprile 2016). Artículo 80.4°c) *Motivi di esclusione: la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità.*

¹⁵¹⁰ REINO UNIDO (GOV.UK), *Public Contracts Regulations 2015*,

¹⁵¹¹ STJUE de 14 de diciembre de 2016, C-171/15, *Connexion Taxi Services*.

sancionadoras sean posteriores al inicio de la licitación o bien, siendo anteriores, no hubiesen llegado a conocimiento de aquel por causas no imputables al mismo¹⁵¹².

El 10 de julio de 2012, el Ministerio inició un procedimiento de adjudicación de un contrato relativo a la prestación de un «servicio de transporte interregional recreativo-social para personas con movilidad reducida». El objetivo de este servicio era permitir a las personas con movilidad reducida viajar libremente, asignándoles cada año un presupuesto para su desplazamiento expresado en kilómetros de taxi. El contrato tenía una duración mínima de tres años y nueve meses y un valor anual aproximado de 60.000.000 euros. Participaron en el procedimiento de adjudicación del referido contrato, entre otros, Connexion y la Unión de Empresas. Mediante escrito de 8 de octubre de 2012, el Ministerio informó a Connexion de que su oferta había quedado en segundo lugar y de que se proponía adjudicar el contrato a la Unión de Empresas. El 20 de noviembre de 2012, la Nederlandse Mededingingsautoriteit (Autoridad neerlandesa de la competencia, Países Bajos) impuso multas a dos empresas de la referida Unión de Empresas y también a algunos de sus directivos por infracción de la Ley neerlandesa de defensa de la competencia. Las infracciones se referían a acuerdos celebrados con otras empresas durante el período comprendido entre el 18 de diciembre de 2007 y el 27 de agosto de 2010 así como entre el 17 de abril de 2009 y el 1 de marzo de 2011. El Ministerio consideró que se trataba de una falta profesional grave, pero mantuvo su decisión de adjudicar el contrato a la Unión de Empresas al estimar que la exclusión de dicha Unión como consecuencia de la referida falta sería desproporcionada¹⁵¹³.

La sentencia *Connexion* versa sobre los límites de un legislador estatal (y de sus poderes adjudicadores) para excluir la aplicación automática de las prohibiciones de contratar facultativas citadas en el artículo 45. 2 de la Directiva 2004/18 sobre la base del principio de proporcionalidad. Y lo condiciona a que la no aplicación automática esté contemplada en una norma legal vinculante. El Tribunal sostiene que tanto la Directiva 2004/18 como los principios de transparencia e igualdad de trato no serían incompatibles con la disposición nacional que autoriza al poder adjudicador a decidir sobre la aplicación o inaplicación de la prohibición de contratar con base al principio de transparencia si dicha disposición tuviese carácter normativo. Pero en el derecho

¹⁵¹² Así acontece cuando la fecha de la resolución sancionadora precede a la del inicio del procedimiento pero la publicación de la primera tiene lugar con posterioridad.

¹⁵¹³ *Connexion*, párrafos 12, 16 y 17.

holandés la obligación del poder adjudicador de proceder a un examen de la proporcionalidad de una exclusión por falta profesional grave no resulta de los propios términos del artículo 45, apartado 3, del Decreto de 16 de junio de 2005 - que reproduce el artículo 45.2 de la Directiva 2004/18- sino únicamente de la exposición de motivos relativa a dicha disposición. Pues bien, esta exposición de motivos no es vinculante en sí misma, sino que únicamente debe tomarse en consideración para la interpretación del artículo 45, apartado 3 del Decreto.

Es decir, en el caso, el TJUE no discute si el Ministerio podía o no emplear en contra de un licitador la prohibición de contratar por falta profesional grave basada en conductas anticompetitivas (años 2007 a 2011) anteriores al inicio del procedimiento de contratación (10 de julio de 2012) y sancionadas durante la tramitación del procedimiento (20 de noviembre de 2012), cuando dicha sanción ni siquiera es firme. Si el Tribunal entendiese que el artículo 45.2 de la Directiva sólo es aplicable a las sanciones *antitrust* que hubiesen adquirido firmeza al inicio de la licitación, debiera haber concluido que la Unión de Empresas no podía ser objeto de una prohibición de contratar porque el uso sobrevenido de la prohibición inicial de contratar es contrario al artículo 45.2 de la Directiva¹⁵¹⁴.

4. Participación de los licitadores en la preparación del procedimiento contractual

4.1. Principio de no discriminación y vulneración de la competencia: *Fabricom*

Tanto la Directiva 2014/24 (artículo 41) como la LCSP (artículo 70) abordan el caso de las empresas que hubiese participado en la fase de preparación de un

¹⁵¹⁴ Si no llega a esta solución negativa es porque « el artículo 45, apartado 2, de la Directiva 2004/18 no persigue una aplicación uniforme de las causas de exclusión que en ella se mencionan a escala de la Unión, en la medida en que los Estados miembros están facultados para no aplicar en absoluto dichas causas de exclusión o bien integrarlas en la normativa nacional con un grado de rigor que podría variar según el caso, en función de consideraciones de carácter jurídico, económico o social que prevalezcan en el plano nacional. A este respecto, los Estados miembros pueden moderar o hacer más flexibles los requisitos establecidos en dicha disposición (STJUE de 10 de julio de 2014, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, C-358/12, apartado 36 y jurisprudencia citada)», *Connexión*, apartado 29.

procedimiento de contratación - por ejemplo, en las consultas preliminares al mercado, en la redacción de los pliegos de cláusulas administrativas particulares o de prescripciones técnicas, del proyecto de obras o de cualquier otro documento- y presentasen después una oferta como licitador a dicho procedimiento.

Prima facie, la situación de estas empresas es compleja desde la perspectiva de los principios de no discriminación y de competencia. Cabe la posibilidad de que la intervención en la fase preparatoria del procedimiento y la presentación de una oferta posterior respondan a una estrategia colusoria. La contribución de un miembro del cártel en la confección de los documentos contractuales buscaría que el propio procedimiento favoreciese los intereses del grupo, reduciendo su visibilidad y, por lo tanto, los riesgos. Esta posible causa de exclusión tiene su origen en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, creada no para resolver problemas de competencia, sino de discriminación entre licitadores y de conflictos de intereses.

En *Fabricom*, se planteó que la persona que haya participado en determinados trabajos preparatorios puede verse favorecida a la hora de formular su oferta, en virtud de la información que haya podido obtener sobre el contrato público en cuestión al realizar los mencionados trabajos. Dicha persona puede encontrarse en una situación que dé lugar a un conflicto de intereses, en el sentido de que, tal y como señala acertadamente la Comisión de las Comunidades Europeas, si licita en el mismo contrato público, puede influir involuntariamente en las condiciones de éste, orientándolo en un sentido que le sea favorable. Esta situación podría falsear la competencia entre los licitadores. El Tribunal resuelve que no cabe excluir de un procedimiento de contratación a una persona que se haya encargado de la investigación, la experimentación, el estudio o el desarrollo de tales obras, suministro o servicios, sin que se le conceda la posibilidad de demostrar que, en las circunstancias del caso concreto, la experiencia adquirida por ella no ha podido falsear la competencia¹⁵¹⁵.

4.2. Exclusión inicial o expulsión sobrevenida

El artículo 56 TRLCSP planteaba la prohibición de contratar en sentido estricto (exclusión inicial) de aquellas empresas que hubieran participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato. Tales

¹⁵¹⁵ STJUE de 3 de marzo de 2005, C-21/03 and C-34/03 , *Fabricom S.A./ Bélgica*, párr. 31-36.

empresas «no podrán concurrir a las licitaciones empresas siempre que dicha participación pueda provocar restricciones a la libre competencia» las privilegien con respecto al resto de las empresas licitadoras.

Por el contrario, la Directiva 2014/24 considera que esta figura sólo podría obrar como una causa de expulsión sobrevenida de último recurso, nunca de inadmisión inicial. Ello se traduce en dos cargas. La primera incumbe al órgano de contratación. El artículo 41 le exige que actúe de oficio para comprobar el comportamiento del candidato. Por lo tanto, no acordará aquel su exclusión automática, sino que tomará las medidas adecuadas para garantizar que su no falsee la competencia. A título de ejemplo, comunicará a los demás candidatos y licitadores la información pertinente intercambiada en el contexto o resultante de la participación del candidato o licitador en la preparación del procedimiento de contratación y la fijación de plazos adecuados para la recepción de ofertas.

En segundo lugar, antes de cualquier expulsión, los candidatos o licitadores tendrán la oportunidad de demostrar que su participación en la preparación del procedimiento de contratación pública no puede falsear la competencia. Sólo cuando se hayan aplicado sin éxito las dos acciones y no haya otros medios para garantizar el cumplimiento del deber de respetar el principio de igualdad de trato, se excluirá del procedimiento el candidato o licitador de que se trate. La exclusión de un procedimiento en vigor asimila a esta figura a la prohibición (*exclusion ground*) contemplada en el artículo 57.5 de la Directiva 2014/24/CE.

4.3. Diferencia con las prohibiciones de contratar

La posición mantenida por el TRLCSP no es admisible desde que en abril de 2016 entró en vigor la Directiva 2014/24. En primer lugar, los principios de efecto útil e interpretación conjunta del texto comunitario impiden soluciones contrarias a este en asuntos que afectan a la presencia de licitadores en el procedimiento de contratación. En segundo lugar, porque la teoría de la prohibición o exclusión inicial ha sido ya reinterpretada por los tribunales de recursos contractuales, que han resuelto sobre esta cuestión una vez que las mesas de contratación han examinado - y cuestionado- la

documentación presentada por el licitador controvertido¹⁵¹⁶. De hecho, el artículo 70.1 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2017 -aunque reproduce el artículo 56 TRLCSP- adopta la posición de la Directiva y emplea el término «expulsión». En todo caso, tanto la Directiva como la LCSP disponen que órgano de contratación y licitador en cuestión planteen las medidas precisas para comprobar si la actuación de este último restringe la competencia.

Por último, pero no menos importante, los artículos 41 de la Directiva 2014/24/CE y 70 LCSP no contienen una prohibición de contratar en sentido estricto. Ello se debe a que la separación de un licitador por haber intervenido en las fases previas al inicio del procedimiento de contratación no conlleva el impedimento a su participación en licitaciones futuras. El veto *a futuro* es la clave de bóveda de las prohibiciones de contratar. Su ausencia implica que nos hallamos ante una figura diferente, que presenta similitudes (expulsión del procedimiento en curso) pero también diferencias sustantivas con las prohibiciones.

V. COMPATIBILIDAD CON LA ACCIÓN PENAL

1. El principio *non bis in idem*

El principio *non bis in idem* (o *ne bis in idem*) es el equivalente europeo de la *double jeopardy clause* norteamericana. Fue ya establecido en 1950 por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. De acuerdo con la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), este principio es vulnerado cuando un sujeto es perseguido o castigado dos veces por la misma infracción o por dos infracciones nominalmente diferentes pero que poseen los mismos elementos esenciales; o cuando la segunda sanción es reducida en función de la entidad del primer castigo¹⁵¹⁷.

¹⁵¹⁶ Ver Resoluciones TACRC 706/2015 de 24 Jul. 2015, Rec. 688/2015; 312/2014 de 11 Abr. 2014, Rec. 234/2013; 105/2013 de 14 Mar. 2013, Rec. 114/2013.

¹⁵¹⁷ STEDH de 29 de mayo de 2001, *Franz Fischer/Austria*, Reclamación 27568/02, párrafos 25 y 30

El *non bis in ídem* ha sido reconocido en el ámbito de la Unión como principio general¹⁵¹⁸. En cuanto tal, forma parte del acervo (*acquis*) comunitario¹⁵¹⁹. El artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales le otorgó rango de derecho fundamental de la Unión Europea. Conforme al mismo, nadie puede ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya ha sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia firme conforme a la ley.

La Constitución española de 1978 no recogió en su articulado la regla *non bis in ídem*. Fue el Tribunal Constitucional quien lo hizo ya en su más temprana doctrina, como expresión del artículo 25 CE¹⁵²⁰. Constituye, pues, un derecho fundamental del ciudadano¹⁵²¹, exigible ante cualquier autoridad administrativa o judicial y en cualquier procedimiento penal o sancionador. Su obligada plasmación legislativa en el ámbito administrativo se retrasó una década, hasta la publicación de la Ley 30/1992 que le dedicó su artículo 133 («*conurrencia de sanciones*»). La LRJSP lo regula, bajo esta misma rúbrica en su artículo 31.

Tanto el Tribunal Constitucional como el artículo 31 LRJSP supeditaron la operatividad del *non bis in ídem* a la regla de la triple identidad: no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en los que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento¹⁵²². Cuando se acredite esta, la prohibición opera en un doble plano: procedimental y sustantivo. Conforme al primero, no cabe instar o tramitar un segundo proceso penal o procedimiento administrativo sancionador respecto a hechos castigados en otro anterior. El plano material- al que se refiere el artículo 133 LRJSP - veda el doble castigo.

¹⁵¹⁸ STJUE de 15 de octubre de 2002, C-238/99P, C-244/99p, C-245/99P, C-250 a 252/99P y C-254/99P (acumulados), *Limburgse Vinyl Maatschappij (LVM) y otros/Comisión*, apartado 59.

¹⁵¹⁹ WILS, W., 'The Principle of Ne Bis in Idem in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis', *World Competition*, Volumen 26, nº. 2, 2003, pp. 131–148, p. 138. Sobre el significado del *acquis* comunitario, ver LINDAHL, HANS, «Acquiring a Community: The *Acquis* and the Institution of European Legal Order», en *European Law Journal*, Volumen 9, nº 4, Septiembre 2003, pp 433–450.

¹⁵²⁰ La STC 2/1981, de 30 de enero, Rec. amparo 90/1980, señala en su F. J. 4º que, dicho principio- «*si bien no se encuentra recogido expresamente en los arts. 14 a 30 de la Constitución, que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo (art. 53.2 de la Constitución y art. 41 de la LOTC), va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25 de la Constitución*».

¹⁵²¹ STC 189/2013 de 7 noviembre, cuestión de inconstitucionalidad. 7686-2009, F.J. 2º y jurisprudencia constitucional allí citada.

¹⁵²² RCNMC de 12 de junio de 2014, S/0444/12, *GEA*, F.J. Tercero, p. 24.

2. En el Derecho de la Competencia

En el contexto del Derecho comunitario de la Competencia, el principio *ne bis in idem* (procesal) significa que las autoridades nacionales de competencia no podrán continuar con un caso puramente nacional si la Comisión abre un procedimiento. Aquélla avocará la parte del caso que debe resolverse conforme a la norma comunitaria. Esto ocurre, en particular, en el caso de acuerdos y prácticas concertadas, pues las reglas de convergencia previstas en el artículo 3.2 del Reglamento 1/2003 mantienen su vigencia. La autoridad nacional tendrá poca o ninguna autonomía para decidir el caso nacional, y se verá privada de todos los mecanismos de asistencia, consulta e intercambio de información previstos en el Reglamento 1/2003. Además, el principio *ne bis in idem* (material) evitará que la autoridad nacional aplique una sanción autónoma por el incumplimiento de la legislación nacional¹⁵²³.

El citado principio toma carta de naturaleza en 1969, gracias a la sentencia *Walt Wilhelm*, que diseña la ‘teoría de la doble barrera’¹⁵²⁴. El Tribunal parte de la primacía del Derecho comunitario sobre la norma nacional y de la aceptación del *non bis in idem*. Pero advierte que, cuando de comportamientos colusorios se trata, el juego conjunto de los principios de aplicación uniforme y efecto útil del Derecho comunitario permiten excepcionar el *ne bis in idem* – en sus vertientes procesal y material- por la vía de aplicar simultáneamente la normativa comunitaria y nacional de defensa de la competencia a los mismos hechos¹⁵²⁵. La derogación del principio se hace conforme a sus propias reglas: el Tribunal consideró que Derecho nacional y comunitario protegían intereses jurídicos diferentes (ruptura de la triple unidad)¹⁵²⁶.

El *non bis in idem* es un principio de gran importancia en las legislaciones *antitrust* europeas que imponen sanciones penales a personas físicas por

¹⁵²³ GIPPINI FOURNIER, ERIC, «The Modernisation of European Competition Law: First Experiences with Regulation 1/2003», *Community Report to the FIDE Congress 2008*, pp. 93-94. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1139776>.

¹⁵²⁴ STJCE de 13 de febrero de 1969, *Farbenfabrik Bayer AG y otros/ Bundeskartellamt*, 14/68, p. 1. En contra, Conclusiones de DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER, de 11 de febrero de 2003, en el asunto C-213/00 P, *Italcementi Spa* (resuelto por la STJCE de 7 de enero de 2004), apartado 91.

¹⁵²⁵ CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS, CANEDO ARRILLAGA, PILAR, «*Non bis in idem* en Derecho antitrust», *Estudios Deusto*, Volumen 54/1, enero-junio 2006, p. 24.

¹⁵²⁶ Sobre la exigencia de la triple unidad en el Derecho comunitario de la competencia, ver STJCE de 7 de enero de 2004, *Aalborg Portland, cit.*, párrafo 338, y STJUE de 14 de febrero 2012, C-17/10 *Toshiba Corporation and Others*, párrafo 82.

comportamientos anticompetitivos¹⁵²⁷. Especialmente, respecto de empresarios individuales castigados penalmente como individuos y sancionados por las autoridades de defensa de la competencia en su condición de empresas¹⁵²⁸.

A continuación, el examen se centrará en: a) La existencia de criterios abstractos para defender la no operatividad del principio *non bis in ídem* ante prácticas anticompetitivas en la contratación pública b) En particular, qué acontece cuando confluyen un proceso penal y un procedimiento (administrativo o contencioso-administrativo) sancionador en materia de competencia.

2.1. Inaplicabilidad a las prácticas anticompetitivas en la contratación pública

Una conducta anticompetitiva imputable a licitadores (o adjudicatarios) en un procedimiento de contratación pública es susceptible de doble persecución y sanción en vía administrativa o jurisdiccional. Es decir, además de sustanciar un procedimiento por vulneración de la LCD, cabe instar y concluir otra vía sancionadora sin atentar contra el principio *non bis in ídem*. Nos hallamos así ante una suerte de concurso real de infracciones; mientras que el citado principio se resuelve por la vía del concurso de leyes o del concurso ideal¹⁵²⁹. Esta posición permite defender el empleo acumulado de una serie de argumentos. Ninguno de ellos es exclusivo de la contratación pública, pero todos coadyuvan al mismo fin.

¹⁵²⁷ Sobre su importancia en el Derecho de la Competencia ver, por todas, SAN 184/2016, de 12 de mayo de 2016, Rec. 4/2013, ANICE/CNC, F.J. 4º. Respecto de la aplicación del principio en un caso de *bid rigging*, ver SAN 187/2016, de 27 de abril, Rec. 292/2013, CAMPEZO CONSTRUCCIÓN, F.J. 4º.

¹⁵²⁸ WHELAN, PETER, «Protecting human rights in the context of European Antitrust litigation», en LIANOS, IOANIS y KOKKORIS, IOANIS *The reform of EC Competition Law: New challenges*, Kluwer Law International, 2010, pp. 161-183, p. 179 y Sobre la aplicación de este principio en el Derecho de la Competencia, ver MARCOS, FRANCISCO, «Cesión e intercambio de pruebas entre investigadores de defensa de la competencia y procesos penales», REDA, 186, 2017.

¹⁵²⁹ La solución admitida por la doctrina es la del concurso de leyes. Ver REDONDO ANDREU, IVAN y TABOADA GARCÍA, ALBA, «El principio *non bis in ídem*», en Manual de Derecho Administrativo Sancionador, Aranzadi, 2013, 3ª ed. (Consultado en *Proview*). Con mayores matizaciones se pronuncian CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS y CANEDO ARRILLAGA, PILAR; «*Non bis in ídem* en Derecho Antitrust», *op. cit.*, pp. 8-9.

2.1.1. El cuasi-monopolio de las autoridades de defensa de la competencia

Tal como se estudió más arriba, en el Derecho español las autoridades de competencia asumen de forma casi universal el conocimiento de las conductas *antitrust*. La limitada capacidad de los órganos jurisdiccionales en la materia significa que no existe el riesgo cierto de provocar un conflicto de jurisdicción entre ambas autoridades.

Esta circunstancia es por sí sola inadecuada para fundamentar la no aplicación del *non bis in ídem*. Admite incluso dudas sobre su constitucionalidad. El Tribunal Constitucional y la Corte comunitaria de Justicia han reiterado hasta la saciedad que sólo la ruptura de la ‘triple identidad’ autorizan excepcionar el principio *ad casum*. Así lo hace también el artículo 31 LRJSP¹⁵³⁰. Tan sólo es admisible si el alegado monopolio sancionador en materia de competencia se entiende como expresión de que el bien jurídico protegido por la normativa *antitrust* es diferente al tutelado por cualquier otra regla sancionadora.

El Derecho contractual público limita su análisis a los hechos producidos a partir del procedimiento de contratación, pues sólo tiene competencia desde el inicio del mismo hasta la ejecución del contrato. Ello es debido a que su interés jurídico protegido es la obtención del mejor producto o servicio por el menor precio (*value for money*), con respeto a los principios de igualdad y no discriminación, publicidad, transparencia y competencia en el procedimiento.

El interés jurídico protegido por el Derecho de la Competencia es diferente y más amplio. Por ello, su acción alcanzará a los posibles pactos, intercambios de información, negociaciones o contactos verificados antes del inicio del procedimiento de contratación, así como a los eventuales actos anticompetitivos producidos durante el mismo o durante la ejecución del contrato, pero con vistas a lograr la competencia en el mercado, no por el mercado.

¹⁵³⁰ Sobre la triple identidad como criterio esencial del principio *ne bis in ídem* en el Derecho de la Competencia español, ver SAN 5296/2013, de 26 de noviembre, *Balearia y Euromaroc*, F.J. 4º.

2.1.2. El Derecho de la Contratación Pública como Regulación

Para la normativa antitrust el Derecho de la Contratación Pública es Derecho sectorial y, más concretamente, Regulación¹⁵³¹. En primer lugar, el concepto más amplio de Regulación, entendido como un conjunto de reglas obligatorias admite la contratación pública. Si constreñimos dicha noción, la Regulación aparece como la actividad normativa que establece estándares obligatorios, modelos y guías – ‘reglas’- que marcan el camino para que ciertos sectores económicos sean gestionados conforme a la ley. Un conjunto de entes públicos, colectivamente denominados ‘Reguladores’, ha sido dispuesto por la ley para ejercitar un complejo de funciones: establecer, implementar, fiscalizar y supervisar la Regulación y castigar a los operadores que la infrinjan. Desde esta segunda perspectiva, la contratación pública también es Regulación.

Desde un punto de vista funcional, Regulador y órgano de contratación son diferentes. Pero sus diferencias no significan que este sea identificable con un simple cliente del contratista, pues no sólo tiene un papel comprador. También ejerce una función reguladora, en el sentido de disponer del objeto del contrato, para conseguir que siga totalmente vinculado con el interés público que encarna. Por lo tanto, la Regulación y la contratación pública no son sinónimos perfectos, pues no comparten la misma características, funciones y razón de ser. Pero ellos participan de un sustrato fundamental común¹⁵³².

La acción sancionadora en el marco de la contratación pública no se diferenciará de la solución dada a los conflictos entre agencias reguladoras y de competencia, por lo que no impedirá la intervención de estas últimas, tal como señaló *Jazztel*¹⁵³³. En esta resolución, la CNC obvió el *ne bis in ídem* ante un conflicto entre la actuación de la

¹⁵³¹ CAMPOS SÁNCHEZ-BRONDONA, MANUEL, «La regulación como finalidad distinta al Derecho de la Competencia», en GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER. (ed.), *Derecho de la Competencia y Regulación en la actividad de las Administraciones Públicas*, Civitas, 2011, p. 89.

¹⁵³² MIÑO LÓPEZ, ANTONIO y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA, «Contracting authorities’ inability to fight bid rigging in public procurement: reasons and remedies», en RACCA, GABRIELA. y YUKINGS, CHRISTOPHER., (ed.), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruylant, 2014, pp. 199-215, pp. 200-201.

¹⁵³³ En contra, VELASCO SAN PEDRO, LUIS, «Regulación versus competencia. Funciones y disfunciones del actual modelo», en ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, *XXX Jornadas de Estudio. La Regulación de los mercados: Telecomunicaciones, Energía y Valores: 19, 20 y 21 de abril de 2008*, MINISTERIO DE JUSTICIA, 2008, pp. 52-72, pp. 64-65.

Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y la posterior sanción de la CNC. Pero no lo hizo por razón de la compatibilidad entre sanción regulatoria y *antitrust*. En realidad acudió al ya estudiado argumento del monopolio de funciones¹⁵³⁴.

En *Reino de España/Telefónica* el Tribunal General aportó argumentos claros a favor de la compatibilidad¹⁵³⁵. La empresa había sido sancionada en un proceso anterior por compresión de márgenes. El Estado español planteó ante el Tribunal la improcedente actuación de la Dirección General de Competencia de la Comisión y la consiguiente sentencia condenatoria, en tanto la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se había pronunciado con carácter previo a la intervención comunitaria, a favor de Telefónica. La sentencia sostiene que en el marco de la comprobación del cumplimiento de las normas en materia de competencia en los mercados de las telecomunicaciones, el control *ex ante* de una autoridad nacional de regulación y el control *ex post* de la Comisión tienen objetos y finalidades distintos, ya que las normas relativas a la competencia previstas por el Tratado completan, mediante el ejercicio de un control *ex post*, el marco regulador adoptado por el legislador de la Unión con el fin de regular *ex ante* dichos mercados.

2.1.3. La relación de sujeción especial

El adjudicatario de un contrato público mantiene una relación de sujeción o supremacía especial con el órgano de contratación. Así lo reconoce la STC 2/1981 al excepcionar del principio estudiado los casos de «*existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc....- que justificase el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración*»¹⁵³⁶. Pero el propio Tribunal ha destacado la insuficiencia de este tipo de relación para justificar dicha excepción, exigiendo la ruptura de la regla de la triple identidad y la aplicación del principio de proporcionalidad¹⁵³⁷.

¹⁵³⁴ RCNC de 22 de octubre de 2007, Exp. 620/06, *Jazztel/Telefónica*, F. J. 1º.

¹⁵³⁵ STG 398/07, de 29 de marzo de 2012, T-398/07, *Reino de España/Telefónica* apartado 56. En su apartado 50, la sentencia cita antecedentes jurisprudenciales que respaldan la aplicación conjunta (*Suiker One, Ladbroke Racing, Deutsche Telekom*).

¹⁵³⁶ STC 2/1981, *cit.*, F. J. 4º.

¹⁵³⁷ STC 234/1991, Sala Segunda, de 10 de diciembre, Rec. de Amparo 1473/1989 F.J. 2º.

2.1.4. El diferente comportamiento antijurídico

En cuanto elemento objetivo, el hecho enjuiciado es quizás el componente de la ‘triple identidad’ menos mutable y controvertido. Será la tipificación de tal hecho en dos o más normas sancionadoras la que haga entrar en juego el *ne bis in idem*.

Pero dos o más autoridades pueden perseguir los mismos hechos, frente a la misma infracción y protegiendo el mismo interés jurídico cuando la investigación se refiere a períodos (*GEA, Toshiba*) o territorios (*Walt Wilhelm*) diferentes. Así ocurre en España con la asignación de asuntos entre las autoridades regionales y la nacional, de acuerdo con la ley 1/2002 (art. 1)¹⁵³⁸. Diferencias en dichas circunstancias configuradoras de la acción han llevado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea a vetar la aplicación del principio.

En *Toshiba*, el Tribunal de Justicia concluyó que la cuestión de si las empresas adoptaron un comportamiento cuyo objeto o efecto era impedir, restringir o falsear el juego de la competencia no puede apreciarse de manera abstracta, sino que para dilucidarla debe partirse de un territorio determinado, ya sea dentro de la Unión, ya fuera de ésta, en el que el comportamiento mencionado haya tenido tal objeto o efecto y del período durante el cual dicho comportamiento tuvo tal objeto o efecto. Por ello, admitió la capacidad sancionadora de la autoridad *antitrust* de la República Checa respecto de hechos anteriores a su integración en la Unión Europea (2004) que limitaron sus efectos al territorio nacional. La Comisión podrá investigar y castigar los posteriores a la fecha de ingreso y respecto de los anteriores cuyo efecto sobrepasase el territorio checo¹⁵³⁹.

2.1.5. El distinto bien jurídico protegido

Finalmente, son admisibles dos o más enjuiciamientos sobre un mismo hecho cuando las normas en juego tutelan bienes jurídicos diferentes. Dado que no son subsumibles y todos merecen el mismo grado de satisfacción, se hace imprescindible la suma de procesos y sanciones sobre el comportamiento infractor.

¹⁵³⁸ NAZZINI, RENATO, «Fundamental Rights beyond Legal Positivism: Rethinking the *Ne Bis in Idem Principle* in EU Competition Law», *Journal of Antitrust Enforcement*, Volumen 2, Número 2, octubre 2014, pp. 1-35, p. 5.

¹⁵³⁹ STJUE de 14 de febrero de 2012, C-17/10, *Toshiba*, apartados 99, 103 y Fallo.

Existe una indudable conexión entre el bien jurídico protegido por el Derecho de la competencia y el objetivo de esta disciplina. Tema controvertido donde los haya; sin ánimo de ser agotadores, se han señalado como principales fines de la normativa antitrust: la maximización de la eficiencia y del bienestar económico (Escuela de Chicago); el bienestar de los consumidores¹⁵⁴⁰; la protección del proceso competitivo sumada a la apertura e integración de los mercados (Unión Europea)¹⁵⁴¹; el proceso competitivo como mecanismo regulador de los mercados libres¹⁵⁴²; finalmente, una suma de todos ellos¹⁵⁴³.

Tal diversidad dificulta la percepción de un bien jurídico protegido único, pero no empece para distanciar el interés tutelado por el Derecho de la Competencia de los correspondientes al Derecho de la Contratación pública y al Derecho Penal. En aquel, el bien primario es la obtención del mayor *value for money*; todo ello sin descuidar un conjunto de valores medioambientales, sociales, de género, innovación tecnológica, etc., que conforman la denominada ‘contratación pública estratégica’¹⁵⁴⁴. En el segundo, cada delito relacionable con las prácticas colusorias en la contratación pública tendrá su bien jurídico protegido. En el siguiente apartado se trata la diferencia con el más conexo a aquellas: el delito de alteración de precios en concursos y subastas públicas (artículo 262 CP).

Debe reseñarse, por último, que los tres primeros argumentos para defender la excepción al *non bis in idem* en el campo objeto de estudio son reconducibles al criterio del interés jurídico protegido. Se cumple así la previsión legal de que la inaplicación del principio exige la ruptura de la regla de la triple identidad.

¹⁵⁴⁰ HOVENKAMP, HERBERT, «Consumer welfare in Competition and Intellectual Property law». *Competition Policy International* 53, Volumen 9 , Número 2, otoño 2013.

¹⁵⁴¹ ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS, «Los objetivos del Derecho de la Competencia. A propósito de DrexI», *Almacén de Derecho* (antiguo *Derecho Mercantil*) (Blog), 25 de septiembre de 2013; <http://derechomercantilesana.blogspot.com.es/2013/09/los-objetivos-del-derecho-de-la.html>.

¹⁵⁴² PORTER, MICHAEL E., Towards a productivity-based approach to evaluating mergers and joint ventures, *Antitrust Bulletin*, Invierno 2001, Volumen 46, Número 4, p.919.

¹⁵⁴³ ZIMMER, DAVID, «On Fairness and Welfare: The objectives of Competition Policy (A Comment on papers by Gerber and by Alborn & Padilla)», en EHLERMANN, C-D. y MARQUIS, M., (eds.) *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*, Hart Publishing, Oxford/Portland, Oregon, 2008, pp. 103-109. Un estudio breve en español sobre la materia puede verse en DÍEZ ESTELLA, FERNANDO, «Los objetivos del Derecho Antitrust», *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, Número 224, marzo-abril 2003, pp. 35-52.

¹⁵⁴⁴ Para una monografía en español, ver PERNAS GARCÍA, JUAN-JOSÉ (Coord.), *La Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, 2013.

2.1.6. Los diferentes sujetos intervinientes

Tal como se explica más arriba, la dualidad persona física-persona jurídica impedirá la aplicación del principio *non bis in idem*. Lo mismo ocurrirá cuando las infracciones se imputan a sujetos diferentes; por ejemplo, una de ellas a una pluralidad de entes y otra a un integrante de dicha colectividad¹⁵⁴⁵.

Cuando en los comportamientos anticompetitivos tomen parte asociaciones o federaciones de empresarios – caso frecuente en la contratación pública- a su vez integradas en otros colectivos más grandes, cabe incoar procedimientos separados contra ellos. Ello se debe a que cada agrupación posee personalidad jurídica propia, presupuestos y patrimonios separados, objetivos estatutarios e intereses distintos. Lo cual da lugar a su diferente participación en las prácticas *antitrust*¹⁵⁴⁶. La identidad de sujetos precisa así que exista homogeneidad en las características de los intervinientes y en su forma de participación¹⁵⁴⁷.

2.2. Confluencia del enjuiciamiento penal y procedimiento *antitrust*. Prejudicialidad penal. Sujeto y bien jurídico protegido en el artículo 262 CP

Cuando entran en juego las disposiciones del Código Penal respecto de una práctica anticompetitiva en la contratación pública, la jurisdicción criminal tiene preferencia sobre la autoridad de defensa de la competencia (y sobre la jurisdicción contencioso-administrativa). La prevalencia de la jurisdicción criminal determina la de la norma penal sobre la LDC. Entiende el TC que *«una vez que el legislador ha decidido que unos hechos merecen ser el presupuesto fáctico de una infracción penal y configura una infracción penal en torno a ellos, la norma contenida en la disposición administrativa deja de ser aplicable y sólo los órganos judiciales integrados en la*

¹⁵⁴⁵ RCNC GEA, *cit.*, F.J. 3ª, p. 25.

¹⁵⁴⁶ STG de 13 de diciembre de 2006, T-217/03 y T 245/03 (acumulados), *FNCBV y otros/Comisión*, apartados 341-343. Ratificada por STJUE de 18 de diciembre de 2008, C-101/07 P y C-110/07 P (acumulados), *Coop de France bétail et viande*, apartado 130.

¹⁵⁴⁷ ROSIAK, PRZWMYSLAW, «The *ne bis in idem* Principle in Proceedings Related to Anticompetitive Agreements in EU Competition Law», *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Volumen 5, Número 6, 2012, pp. 112-135, pp. 129-130.

*jurisdicción penal son órganos constitucionalmente determinados para conocer de dicha infracción y ejercer la potestad punitiva estatal»*¹⁵⁴⁸.

Este principio general impone ciertos deberes para la autoridad de defensa de la competencia: no tramitar el procedimiento *antitrust* ante hechos que pudiesen ser constitutivos de delito; respetar la apreciación de los hechos realizada por la jurisdicción penal y no iniciar o paralizar la tramitación de un procedimiento en tanto no se decida la causa criminal¹⁵⁴⁹. En ciertos casos, este principio general se difumina¹⁵⁵⁰. Por ejemplo, si cuando al ser instado el proceso penal la sanción por vulneración de la normativa de competencia ha sido ya ejecutada.

El artículo 46 de la LDC prevé que «*La existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para dictar la resolución o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquella no sea resuelta por los órganos penales a quien corresponda*». Por lo tanto, en casos de prejudicialidad penal corresponde suspender el procedimiento administrativo de competencia iniciado.

La CNMC se ha pronunciado expresamente sobre la operatividad de la prejudicialidad penal en los procedimientos de defensa de la competencia. En *Facua Volkswagen*, señala que la esencia de la prejudicialidad penal es evitar que se dé un supuesto de *bis in ídem* (conurrencia de sanciones) y permitir que en el proceso penal puedan dilucidarse las cuestiones que condicionan la resolución que se adopte en el procedimiento administrativo. Para que se de tal prejudicialidad tendría que haber un análisis previo del que se derive la estimación de que existe identidad de sujeto, hechos y fundamento entre la eventual infracción administrativa y la infracción penal correspondiente. Sólo a la vista de esa valoración inicial de la identidad de sujetos, hechos y fundamentos de la actividad sancionatoria se activa el instituto de la prejudicialidad con la consecuencia obligada de suspensión del procedimiento administrativo. Pero este procedimiento debe haberse iniciado para que se pueda

¹⁵⁴⁸ STC 2/2003, de 16 de enero (Pleno), Rec. amparo 2468-2000, F. J. 3º, p. 23. Sobre la importancia jurisprudencial de esta sentencia, ver JIMÉNEZ MOSTAZO, A. y ALVARADO RODRÍGUEZ, P. «Ne bis in ídem. Un principio constitucional de creación jurisprudencial (II). Significado del principio ne bis in ídem», Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura) Volumen XXIII, 2005, pp. 331-347, p. 343.

¹⁵⁴⁹ ALARCÓN SOTOMAYOR, LUCÍA, *La garantía non bis in ídem y el procedimiento administrativo sancionador*, Iustel, 2008, pp. 109-201.

¹⁵⁵⁰ ALARCÓN SOTOMAYOR, *cit.*, pp. 175-201.

realizar tal valoración y en ese contexto tiene sentido la previsión de su suspensión en tanto no se resuelva la cuestión prejudicial penal. Igualmente, para que opere el efecto suspensivo previsto en el citado artículo 46, se requiere que el procedimiento penal haya sido iniciado, sin que la simple presentación de una denuncia o de una querrela pueda provocar la prejudicialidad prevista en el mencionado precepto¹⁵⁵¹.

La autoridad de competencia española también se ha pronunciado de forma restrictiva sobre la prejudicialidad penal cuando el expediente administrativo está pendiente de resolución. Entiende que admitirla en términos generales conllevaría que con el transcurso del tiempo desaparezcán medios de prueba que permitan tanto acreditar la existencia de la eventual infracción de la normativa de competencia como garantizar la adecuada defensa de los presuntos infractores¹⁵⁵².

Dado que los componentes subjetivo, objetivo y ontológico son inescindibles, la atribución de un delito y de una infracción administrativa a diferentes sujetos destruye la «triple identidad» e impide aplicar el *non bis in ídem*. Así acontece cuando en la infracción penal incurre una persona física y en la administrativa una persona jurídica¹⁵⁵³. Tal ha sido el caso de las prácticas anticompetitivas en Derecho español. Históricamente, la responsabilidad criminal se ha atribuido en exclusiva a las personas físicas. Por el contrario, la práctica totalidad de las sanciones por vulneración de la normativa *antitrust* se han impuesto a personas jurídicas (sociedades mercantiles, en su mayoría). El porcentaje es del cien por cien en el caso de prácticas colusorias en la contratación pública (empresas licitadoras y adjudicatarias). En consecuencia, el principio *non bis in ídem* ha brillado por su ausencia en las relaciones entre el Código Penal y la normativa de defensa de la competencia.

La Ley Orgánica 5/2010, de 23 de junio, modifica el Código Penal e introduce la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (artículo 31 bis y concordantes).

¹⁵⁵¹ RCNMC, de 25 de febrero de 2016, R/AJ/118/15, *Facua Volkswagen*, F.J. 2º.

¹⁵⁵² RTDC, de 26 de mayo de 1994, r 77/94, *Rutas a caballo*, F.J. 2: «Resulta cuestionable si la interposición de una querrela por injurias ante el Juzgado de Instrucción, por unas declaraciones referidas a los hechos denunciados ante el Servicio de Defensa de la Competencia, constituían razón suficiente para apreciar la existencia de prejudicialidad penal, de resolución preferente sobre el expediente administrativo que, en su caso, hubiera dado lugar a la aplicación del principio «non bis in ídem», extremo éste que no estaba previsto por la Ley 110/1963; es más difícil, sin embargo, justificar la suspensión de la tramitación del expediente, no su simple resolución, por el riesgo de que con el transcurso del tiempo desaparezcán elementos de prueba que permitan acreditar la existencia de la infracción y garantizar la adecuada defensa de los presuntos infractores».

¹⁵⁵³ STC 70/2012, de 16 de abril, Sala Primera, Rec. de Amparo 9432/2006, F.J. 3º.

Desde la entrada en vigor de la nueva normativa una persona jurídica es *per se* término subjetivo del principio *ne bis in ídem*. Lo cual ha abierto la puerta a su operatividad en el marco del Derecho de la competencia. Esta consecuencia también se produce cuando de cartelización en los procedimientos de contratación pública se trata. Ello es debido a que el artículo 262 CP sanciona a las empresas que hubiesen incurrido en la conducta colusoria con una pena de inhabilitación especial para contratar por un período de tres a cinco años (pena privativa de derechos del artículo 39 b) CP). Dicha pena es una suerte de prohibición de contratar trasladada al ámbito penal¹⁵⁵⁴. Su propósito es evitar que las empresas integradas en el cártel sean más beneficiadas por la persecución penal que por el procedimiento administrativo previsto para la imposición de las prohibiciones de contratar. Si la sanción administrativa fuese más agravada que la penal, convendría al cártel más la primera que la segunda. Ello iría contra el principio de intervención mínima del Derecho penal, según el cual el derecho penal constituye la última razón aplicable a los hechos más graves para la convivencia social¹⁵⁵⁵.

Es obvio que haber eximido a las personas jurídicas de responsabilidad criminal por los delitos del artículo 262 CP hubiese sido ciertamente criticable. Vedaría el enjuiciar penalmente a las empresas licitadoras, cuando es obvio que sus directivos obran en nombre de las mismas cuando pactan el reparto de concursos y subastas. Si bien esta ausencia se compensaría con la refracción de dicho precepto al principio *non bis in ídem* y la consiguiente aplicación de la ‘doble barrera’ penal y de defensa de la competencia a los comportamientos anticompetitivos que afectan a la contratación del sector público. La primera perseguirá a los individuos participantes en el acuerdo; la segunda, a las empresas licitadoras y entidades facilitadoras.

Es también discutible que el delito configurado en el artículo 262 CP y la vulneración del artículo 1 LDC (y artículo 101 TFUE) en la contratación pública confluyan en su bien jurídico protegido. No existe unanimidad en señalar el bien

¹⁵⁵⁴ Conforme al artículo 262 CP: «1. Los que solicitaren dádivas o promesas para no tomar parte en un concurso o subasta pública ; los que intentaren alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio ; los que se concertaren entre sí con el fin de alterar el precio del remate, o los que fraudulentamente quebraren o abandonaren la subasta habiendo obtenido la adjudicación, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de 12 a 24 meses, así como inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales entre tres y cinco años. Si se tratare de un concurso o subasta convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá además al agente y a la persona o empresa por él representada la pena de inhabilitación especial que comprenderá, en todo caso, el derecho a contratar con las Administraciones públicas por un período de tres a cinco años».

¹⁵⁵⁵ STS, Sala 2ª nº 670/2006, de 21 de junio, F.J. 6º.

garantizado por el precepto penal. Una primera posición, individualista, considera como tal el patrimonio de los licitadores, su libertad de disposición económica¹⁵⁵⁶. Otro sector habla de un bien jurídico socioeconómico, consistente en la correcta formación de precios en concursos y subastas, con base en la libertad de pujar¹⁵⁵⁷. Una tercera opinión, suma ambos bienes jurídicos protegidos¹⁵⁵⁸.

Tan sólo las posiciones segunda y tercera permitirían hablar de identidad de bien jurídico protegido con el artículo 1 LDC. Y parecen las más acertadas en relación con la alteración de precios en la contratación pública. Ésta tiene como principio fundamental el de competencia. Principio que propone la participación transparente e igualitaria en el procedimiento de una pluralidad de operadores económicos, cuya formación de ofertas debe ser libre y autónoma para garantizar la adjudicación al mejor postor.

El artículo 286 ter CP regula el delito de corrupción en los negocios internacionales, relacionado de forma indirecta con las prácticas anticompetitivas en la contratación pública. Este precepto castiga a quienes *«mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a una autoridad o funcionario público en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales»*. Para que sea típica, la conducta del agente debe ir dirigida a conseguir una ventaja competitiva frente a potenciales licitadores internacionales en una licitación convocada por un ente público español¹⁵⁵⁹.

¹⁵⁵⁶ FARALDO CABANA, PATRICIA, «De la alteración de precios en concursos y subastas públicas», en *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, 2010, p. 1010; MARTÍNEZ-BUJÁN, C., *Derecho Penal Económico. Parte Especial*. Tirant Lo Blanch, 1999, p. 318.

¹⁵⁵⁷ BRAGE CENDÁN, SANTIAGO, «Los delitos de alteración de precios en el Derecho proyectado», *Dereito*, Volumen 10, número 1, p. 64; HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, «Delitos de alteración de precios, de prácticas restrictivas de la competencia y otros relativos a la regulación de mercados en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal», *Documentación Jurídica*, 1983, p. 26

¹⁵⁵⁸ SERRANO GÓMEZ, ALFONSO, SERRANO MÁILLO, ALFONSO, *Derecho Penal: Parte Especial*, Dykinson, 2008, p. 472.

¹⁵⁵⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO, «El delito de corrupción de agentes públicos en actividades económicas internacionales del artículo 286 ter CP como delito contra la competencia a través de la corrupción», *Diario La Ley*, Nº 8987, Sección Doctrina, 25 de Mayo de 2017, Wolters Kluwer.

CONCLUSIONES

CAPÍTULO I

I. Los licitadores y adjudicatarios de contratos del sector público son operadores económicos, pues desarrollan una «actividad económica» (proveen o suministran obras, bienes o servicios a las entidades contratantes). Se incluyen así en el concepto de «empresa». Por ello, están sometidos al Derecho de la Competencia. Sus prácticas colusorias, abusivas o desleales en el ámbito de los procedimientos de contratación o durante la ejecución del contrato pueden ser investigadas y en su caso sancionadas por las autoridades de defensa de la competencia o por los tribunales.

La sujeción del ente contratante al Derecho de la Competencia no es tan evidente y exige un estudio detenido. Hay que considerar, por una parte, su posición en el contrato. Por otra, analizar si está sujeto al Derecho de la competencia; en particular, cuando es dominante o monopsonista en el mercado en el que se enmarca el contrato.

II. En la contratación del sector público el **ente contratante es el comprador** y, por lo tanto, **cliente** del contratista. Pero, ¿es también **consumidor**?. Para resolver esta cuestión debe analizarse si los entes contratantes están incluidos en el concepto legal de consumidor y qué sucede cuando el contratante público no es el destinatario final de lo adquirido.

En relación al primer extremo, el Derecho de la Competencia europeo no ofrece una noción autónoma de ‘consumidor’. Para encontrarla ha de acudir a las directivas de protección de los consumidores, que circunscriben la condición de consumidor a las personas físicas; lo que supone excluir a todos los entes contratantes del sector público. Pero la noción de consumidor recogida en las directivas de consumo no es un concepto comunitario e imperativo para los Estados miembros, sino que tiene carácter ‘de mínimos’ y es ensanchable por las normativas nacionales. En España, el artículo 3 LGDCU incluye entre los consumidores a «*las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial*». La ley estatal no excluye así a los entes del sector público entre los consumidores por el mero hecho de ser personas jurídicas.

III. La inclusión de los entes contratantes entre los consumidores queda supeditada a que actúen sin ánimo de lucro y en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. Esta cláusula ha sido interpretada como limitada a las personas jurídicas que sean usuarias finales (*end users*) de los productos contratados. Dicho de otro modo, cuando no los reviertan al mercado. El TJUE observó en *FENIN* que los contratantes del sector público no desarrollan una actividad económica porque no redirigen al mercado las obras, servicios o suministros adquiridos (con o sin transformaciones) sino que los destinan a la satisfacción de necesidades de interés general. En consecuencia, los entes contratantes no desarrollan una actividad económica ni actúan como operadores económicos (empresas), por lo que no están sometido al Derecho de la Competencia.

Conforme a esta doctrina del destino del producto contratado, los entes contratantes del sector público poseen la condición de consumidor en los contratos de obras, suministros y servicios, puesto que son los destinatarios últimos de lo adquirido. Su posición ofrece más dudas en tres tipos de contratos - concesión de obras, concesión de servicios y servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía- cuando los contratistas públicos y operadores privados compiten en un mismo mercado de producto y geográfico (ej., hospital en concesión de obra pública frente a hospital privado). En tales casos, una interpretación estricta de la doctrina *FENIN* permite implicar que las obras y servicios objeto del contrato público se insertan en un entorno de mercado; por lo que en ellos el ente contratante no tendría el carácter de consumidor. El único consumidor es la persona física o jurídica usuaria final de la obra o servicio (p.ej., concesión de obras de autopistas de peaje, concesión o contrato de servicios de tanatorio).

IV. Así pues, *Fenin* supeditó la responsabilidad *antitrust* de los poderes adjudicadores a su condición de operador económico, dependiente de que los bienes y servicios comprados se destinen al mercado. Esta doctrina desconoce que el destino de lo adquirido no es uniforme en la contratación pública. En los contratos de obras, suministros y servicios, el comprador público no lo destina al mercado, sino que es el consumidor o usuario final. Por ello, no actúa como empresa ni responde como tal. En ciertas concesiones de obras y de servicios así como en algunos contratos de servicios el adjudicatario compite en el mismo mercado con operadores privados (por ejemplo, hospitales, aparcamientos, centros deportivos).

V. La justicia comunitaria amplió considerablemente la noción de responsable *antitrust* para englobar al facilitador. Para *Treuhand I y II*, responden de la conducta colusoria las empresas que operen en cualquiera de los mercados afectados por aquella y faciliten tomen parte en su generación, desarrollo o conclusión, en términos muy amplios. Con ello, engloba no sólo al autor propiamente dicho, sino al «cómplice» o facilitador, todos ellos indistinguibles en términos de atribución de responsabilidad.

VI. El Derecho español ha desvinculado la responsabilidad de los entes públicos de los conceptos de operador y actividad económica. En *SESCAM*, *CNC* y *TS* consideraron sancionable a un ente público que formalmente opera como regulador pero cuyas decisiones son injustificadas o simuladas, con el fin de encubrir una conducta restrictiva (no así la AN, partidaria de la tesis del operador económico). *Uva de Jerez* recogió la doctrina anterior y la generalizó, al sostener que en el ámbito del derecho de la competencia opera un concepto amplio y funcional de empresa, de manera que lo relevante no es el estatus jurídico económico del sujeto que realiza la conducta sino que su esta haya causado o sea apta para causar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado.

Esta posición permite a las autoridades de defensa de la competencia instruir procedimientos sancionadores contra los poderes adjudicadores para enjuiciar los efectos anticompetitivos tanto de sus actuaciones (participación en reuniones, conciliación de posturas) como de sus actos administrativos (pliegos de condiciones, resolución de adjudicación). En el segundo caso, la exigencia de responsabilidad *antitrust* es compatible con el ejercicio de acciones jurisdiccionales, cuya finalidad es discutir la validez del acto administrativo tomando como parámetro la normativa administrativa; en particular, la LCSP (*Puerto de Valencia* y *Rutas Navidad Autobuses Madrid*).

VII. El tipo de práctica anticompetitiva decide la responsabilidad del órgano de contratación como autor o facilitador. En las conductas colusorias de tipo horizontal (particularmente los cárteles de licitadores), la condición de autor corresponde a la entidad que opera en mercados cartelizados o conexos al mismo, afectados también por aquella. Dado que el órgano de contratación no actúa en dichos mercados, su condición será la de facilitador de la conducta colusoria. Sin embargo, el ente contratante es el cliente del contratista; por ello, ambos pueden incurrir en la autoría de prácticas restrictivas de tipo vertical. Por último, el ente contratante – en su condición de cliente-

también responderá como autor del abuso de posición de dominio en el mercado de demanda; particularmente, en aquellos mercados donde ostenta la condición de (cuasi-) monoposonista (Defensa, Sanidad, etc.).

VIII. En las investigaciones sobre prácticas anticompetitivas en la contratación pública, el **mercado de producto** está integrado por los bienes y servicios definidos en las especificaciones técnicas y funcionales en los pliegos de prescripciones técnicas y por sus equivalentes técnicos y funcionales.

Algunas resoluciones sobre acuerdos colusorios constriñen el **mercado geográfico** al procedimiento específico de contratación pública. Que una licitación conforme un mercado relevante depende fundamentalmente de la naturaleza del producto que se licita, su grado de diferenciación y la frecuencia con la que sale al mercado. Por ejemplo, cuando lo que se saca a concurso o subasta es un producto muy diferenciado y además de forma esporádica, las condiciones de competencia serán muy específicas (*Licitaciones de Carreteras*). En otras ocasiones, la equivalencia se justifica por las particulares condiciones del cliente público. Así ocurre en los contratos celebrados por entes públicos en posición de monoposonio (Fuerzas Armadas) o de superdominio público sobre la demanda (productos y prestaciones sanitarias) . Como veremos, ello tiene un efecto decisivo sobre la posición de dominio.

CAPÍTULO II

IX. La **colusión en la contratación pública**, manipulación de ofertas, puja fraudulenta o *bid rigging*, es el acuerdo o práctica concertada al que llegan las empresas que participan o pretenden tomar parte en un procedimiento de contratación del sector público en concepto de licitadores o candidatos con el fin de predeterminar la adjudicación del contrato a su favor, por medio de la fijación del precio o de cualquier otra condición comercial del mismo o del reparto del mercado, limitando o eliminando tanto la competencia entre los miembros del grupo como la procedente de licitadores no cartelizados.

X. La sedicente amplitud de la colusión en la contratación pública y las dificultades para su descubrimiento han traído esta conducta a la atención de las autoridades de defensa de la competencia. Puede fijarse el año 2011 como el punto de

inflexión hacia una posición más beligerante de la autoridad nacional de la competencia tanto en el ámbito de la promoción (en especial, la Guía de la CNC sobre contratación y competencia) como en la instrucción de procedimientos sancionadores contra grandes cárteles de ámbito nacional (*Licitaciones de Carreteras, Sobres de Papel, Asfaltos...*). El mismo incremento se observa en la actividad de las autoridades autonómicas de competencia

XI. En la contratación pública se encuentran un número importante de **los factores identificadores de la colusión**: alta concentración de la oferta (número reducido de licitadores en muchos procedimientos); demanda inelástica y estable (los procedimientos de contratación se repiten con frecuencia); homogeneidad de los productos y servicios licitados; elevada transparencia en la observación de las transacciones de empresas competidoras; barreras legales de entrada; presencia de asociaciones empresariales y no preeminencia del elemento innovación en muchos contratos.

XII. Otro factor que explicaría la frecuencia de las prácticas colusorias en este sector es la **presencia de todos los tipos de técnicas colusorias** (*price fixing, bid rigging, market sharing*, reparto de clientes, intercambio de información, etc.). Los casos típicos entrañan acuerdos de fijación de precios y/o de reparto de mercados. Ambas constituyen cárteles duros y restricciones por objeto, que vulneran *per se* los arts. 1 LDC y 101 TFUE, tanto si no se han ejecutado como si no ha sido posible acreditar sus efectos restrictivos en el mercado, pues son conductas colusorias objetivamente no idóneas para generar mejoras sobre el bienestar de los consumidores y de la economía en general.

XIII. La variedad de prácticas y combinaciones dificulta el tratamiento sistemático de la colusión en la contratación pública. Un elemento común a todas ellas es la motivación de los licitadores cuando pactan la manipulación de los procedimientos de contratación. En realidad, tienen dos objetivos; uno inmediato, táctico, es ganar fraudulentamente la licitación en la que se han cartelizado, haciendo ineficaz al procedimiento competitivo de contratación. Un segundo objetivo, estratégico, consiste en apoderarse de mercados, clientes o licitaciones y eliminar toda posible competencia, real o potencial, al cártel.

La percepción de la colusión como estrategia rentable, la duración de los contratos públicos, su repetición y el éxito de estos cárteles explican que sea habitual su larga duración, incluso durante décadas. Tales características explican porqué en muchos casos, grupos colusorios de participación variable y lapsos de inactividad constituyen, sin embargo, infracciones únicas y continuadas.

De hecho, cuando un mismo contrato se repite año tras año y el cártel es duradero y estable, aumentan los beneficios para los cartelistas y se agrava la distorsión de la contratación pública, lo que incrementará la resiliencia del bloque colusorio. El primer factor condiciona el segundo: la contratación boyante y regular favorece la estabilidad de los cárteles de licitadores; el negocio abundante y duradero facilita que las comunicaciones internas sean fluidas y los incentivos suficientes para no romper el pacto.

XIV. Las prácticas colusorias causan **perjuicios a la contratación pública y a los ciudadanos**. Los primeros se corresponden con sus efectos sobre el mercado y abarcan todo el período de vigencia del contrato. La actuación del cártel malogra el procedimiento - único momento en el que se suscita la competencia en la contratación pública - influye en la selección del licitador y suele provocar el incremento del precio de adjudicación o en el empeoramiento del producto o servicio contratado. En ocasiones, el acuerdo afecta a la estructura del mercado de oferta (mejora la posición relativa de los miembros del cártel frente a sus rivales, otorga beneficios reputacionales, incrementa el «*deep pocket*», da acceso a nuevos clientes públicos o privados, y con ello la expulsión de otras empresas, etc). Cuando la colusión infecta las formas de participación colectiva en las licitaciones, la concertación reduce injustificadamente el número de licitadores potenciales en el mercado y las posibilidades de competir del resto de licitadores.

Por otro lado, la colusión ocasiona un perjuicio doble para los ciudadanos: en tanto consumidores - derivado de la supresión o minoración de la competencia en el mercado- y como contribuyentes, pues el mayor coste de la licitación pesa sobre los presupuestos públicos (*Construcciones modulares, Fisiogestión*).

XV. Al figurar entre las conductas prohibidas por el art. 1 LDC (y 101 TFUE), la colusión en la contratación es **infracción muy grave** (art. 62 LDC) sancionable con una multa que podría alcanzar el 10% de la cifra total de negocios de la empresa, o, cuando

no fuera posible delimitarla, una multa de más de 10 millones de euros (art. 63 LDC). Los enormes perjuicios que causan estas prácticas han movido en algunos casos a las autoridades de competencia a imponer sanciones personales a los directivos de las empresas infractoras.

XVI. En su *Guía sobre Contratación y Competencia* (2010), la extinta CNC adoptó una categorización muy sencilla de la colusión en la contratación pública. Diferenció entre los tipos de colusión y las técnicas empleadas para ejecutar las prácticas restrictivas. Finalmente, citó a la subcontratación como forma de compensación entre los miembros del cártel.

El presente estudio desarrolla una **clasificación** diferente y más desagregada, en la que se distinguen dos categorías (colusión directa e indirecta), diferentes tipos y técnicas en cada categoría y variados mecanismos de compensación. La división principal se hace entre colusión *directa* (o *propia*) e *indirecta* (o *impropia*). La colusión directa presenta un sólo tipo, el reparto de mercados. La ejecución de los acuerdos de reparto puede instrumentarse a través de varias prácticas colusorias: *price fixing*, reparto en sus distintas variedades (geográfico, de clientes, licitaciones o lotes), boicot, rotación de ofertas y las formas de participación colectiva en la contratación pública: uniones de empresarios [uniones temporales de empresas (UTES), agrupaciones de interés económico (ATIs)], subcontratación y complemento de capacidad y solvencia.

Otros criterios clasificatorios responden a los objetivos perseguidos por el cártel (colusión táctica, estratégica, disruptiva y negativa), a su autoría (licitadores, asociaciones y organizaciones representativas), objeto (precios u otras variables), momento de producción y relación con el total de licitadores.

XVII. Cuando un cártel de licitadores posee **suficiente poder de mercado**, su peligro para la competencia se duplica: a la comisión de prácticas restrictivas se añade su capacidad para agredir a sus rivales por vía del abuso de posición de dominio. Una conducta exclusionaria planeada y ejecutada de forma coordinada por un grupo dominante de licitadores es perseguible por la vía del artículo 101 TFUE (artículo 1 LDC) o del artículo 102 TFUE (artículo 2 LDC). En este segundo caso caben dos posibilidades: que un miembro del grupo sea operador dominante o que todos ellos se hallen en una posición de dominio colectivo o conjunto. En el primer escenario, el poder de mercado se halla en uno de los ofertantes, que impondrá a los demás miembros del

cártel un acuerdo horizontal para adulterar la licitación. Cuando la posición de dominio aprovecha a todos los integrantes del grupo, las conductas abusivas les son imputables por igual y todos ellos serán enjuiciables por posición de dominio colectiva o conjunta (*Pañales Arбора y Ausonia*).

XVIII. Transparencia procompetitiva. Los principios de igualdad de trato y no discriminación entre los licitadores imponen una obligación de transparencia al poder adjudicador, que debe garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (*STJUE Comisión v. República de Italia*). La falta de transparencia y su correlato – las informaciones asimétricas entre los agentes- son consideradas como fallo del mercados que deben ser corregidos por los reguladores y las autoridades de competencia.

La transparencia en el procedimiento de contratación tiene un efecto procompetitivo en múltiples aspectos: la elección del procedimiento; los requisitos de publicidad para licitaciones y avisos de adjudicación; el uso de especificaciones técnicas y la aplicación de los criterios de calificación y adjudicación. Todos ellos pueden resumirse en el derecho de los interesados (principalmente, los licitadores) a acceder a información segura, cierta, relevante, completa y actualizada sobre las distintas fases y elementos del procedimiento (publicación de la convocatoria, pliegos, ofertas, selección, exclusión, adjudicación, recurso y resolución de éste) a través de una pluralidad de medios (boletines oficiales, perfiles del contratante, plataformas de contratación).

La importancia de este principio es máxima en la lucha contra la corrupción en la contratación pública. Un procedimiento transparente deja poco margen de discrecionalidad al órgano de contratación, por lo que reduce los estímulos para sobornar a sus integrantes o para incurrir en colusión.

XIX. Transparencia anticompetitiva. La transparencia legal y procedimental pueden producir efectos contrarios a la competencia cuando los datos publicados o a los que tienen acceso los licitadores incluyen información sensible de sus competidores. Esta situación supone un incentivo para adoptar comportamientos paralelos no cooperativos y por tanto no sancionables (colusión tácita) o acordar/concertar sus ofertas de forma contraria al artículo 1 LDC (colusión explícita).

Todas las características de la contratación pública que acentúan el riesgo de colusión en este sector lo hacen precisamente porque incrementan la transparencia. Cuando los procedimientos de contratación son reiterados y previsibles, así como relativos a productos homogéneos y estandarizados, un inteligente aprovechamiento de la publicidad legal y de los datos que figuran en el expediente de contratación facilita la ‘licuefacción’ de la rivalidad entre posibles licitadores (*Rodamientos ferroviarios*). La transparencia excesiva procedimiento tras procedimiento posibilita la colusión tácita entre los licitadores.

XX. La transmisión recíproca de datos entre operadores económicos no es necesariamente una conducta anticompetitiva. De hecho, puede ser perfectamente inocua o incluso beneficiosa para la estructura competitiva del mercado. Así ocurre cuando el intercambio se refiere a experiencias métodos de contabilidad, control de existencias, teneduría de libros, diseño de contratos estándar, nuevas tecnologías o ‘benchmarking’.

Sin embargo, el **intercambio de información entre competidores** infringe las normas sobre competencia cuando ataca un principio fundamental del Derecho *antitrust*: que cada operador debe determinar autónomamente la política que pretende seguir en sus relaciones comerciales. La situación descrita se produce cuando los intercambios comprenden información sensible o estratégica sobre el comportamiento de los rivales y son (potencialmente) capaces de debilitar o suprimir el grado de incertidumbre sobre el funcionamiento del mercado de que se trata, con la consecuencia de que restringe la competencia entre las empresas.

Para determinar si los intercambios de información tienen carácter anticompetitivo han de analizarse si en la conducta concurren tres circunstancias: primera, que el intercambio produzca la disminución o eliminación del grado de incertidumbre sobre el comportamiento futuro del mercado; segunda, determinar el grado de probabilidad de que un determinado intercambio influya en las decisiones comerciales de las partes; tercera, proceder al examen casuístico de dicha conducta, su contenido, finalidad objetiva y el contexto económico y jurídico en el que se produce (SSTJUE *John Deere*, *Thyssen Stahl*, *Dole/Comisión*, *Pasta de madera*).

XXI. En la contratación pública, la ilicitud de los intercambios de información sensible no se limita a la infracción de la normativa de defensa de la competencia.

También quiebra los principios de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores y objetividad e imparcialidad en la adjudicación. En la práctica, las comunicaciones recíprocas entre los licitadores pueden dejar sin efecto el secreto de las ofertas (artículo 139.2 LCSP), medio axial para asegurar la competencia en el procedimiento y para la obtención del mayor *value for money*. Como garantía del secreto, las normas de contratación pública disponen que las proposiciones deben presentarse en «sobre cerrado», que no podrá ser abierto hasta el acto público.

XXII. En el ámbito de la contratación pública, los intercambios de información suelen ser **instrumentales** a otras prácticas colusorias (*Agencias de medios, Postes de hormigón, Alumbrado público de Canovelles*). El carácter instrumental no significa que el intercambio no pueda ser una infracción autónoma en forma de acuerdo, una práctica concertada o una decisión de una asociación de empresa. El intercambio de información constituirá un cártel si es un acuerdo entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas. En tales casos, el intercambio es en sí mismo una infracción tipificada como muy grave por la legislación vigente en materia de Defensa de la Competencia porque es apto para producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia, con independencia de que dicha información sea o no utilizada para llevar acabo otras prácticas infractoras de dicha legislación.

Pero la transmisión recíproca de información también puede facilitar la materialización de un cártel cuando permite a los licitadores controlar si los otros participantes cumplen con las condiciones acordadas. Esos tipos de intercambios de información se evalúan como parte del cártel.

XXIII. El cártel que no incluye a todos los licitadores en un procedimiento de contratación concreto o a todos los participantes en el mercado carece de garantías de éxito. El acierto de su estrategia colusoria exige pues la aquiescencia activa o pasiva de los licitadores no cartelizados. Un paso previo a la colaboración de otros licitadores con el cártel es la transmisión recíproca de información entre ellos (*Gare RCA per trasporto pubblico locale*). En tales casos, los terceros no forman parte del cártel inicial pero sí son autores de las prácticas colusorias en las que hubiesen incurrido para favorecer a aquel.

XXIV. Las características de los procedimientos de contratación pública – en particular, su transparencia- son un campo abonado para la ejecución de intercambios de información anticompetitivos. El procedimiento enmarca la información a suministrar (p.ej. especificaciones técnicas, precio de adjudicación) y facilita que el grupo colusorio asigne a uno de sus miembros o a un tercero la labor de coordinación del cártel y la transferencia de información. También reduce los obstáculos para la estructuración de los intercambios. Además, hace más sencilla que la relación entre los licitadores pueda ser calificada como colusión tácita. La relación entre las ofertas puede parecer casual, no coordinada. En particular, si todas o la mayor parte de las ofertas igualan o se acercan poderosamente al tipo o coinciden en sus características técnicas, al grupo le bastaría con designar al licitador, sin necesidad de coordinar los demás parámetros de la colusión.

XXV. Para el Derecho de la competencia, **los acuerdos de fijación de precios** son las conductas colusorias y las restricciones horizontales por antonomasia, así como el paradigma de cártel y de restricción por objeto. Su gravedad nace de que este tipo de acuerdos o prácticas concertadas suprimen la competencia en un elemento esencial para diferenciar las ofertas e impiden así a los ciudadanos que se beneficien de menores precios.

XXVI. Los acuerdos de fijación de precios o, en mejor terminología para este estudio, **los acuerdos sobre [la fijación de] las ofertas económicas** se definen como aquellos mediante los cuales el cártel de licitadores concierta el importe de las ofertas que sus miembros presentarán al procedimiento de contratación y decide cuál competirá en nombre del grupo para ser adjudicatario del contrato. Además, el cártel busca que la oferta ganadora sea lo más alta posible y siempre mayor de la que resultaría de una competencia real entre los participantes. El ideal es que la proposición ganadora coincida con el presupuesto de licitación.

La imposición o recomendación de ofertas económicas entre licitadores afecta a la competencia porque permite a todos los participantes conocer (o predecir con un grado razonable de certeza) cuál será la política de precios seguida por sus competidores.

XXII. Los acuerdos (o prácticas concertadas) de fijación de precios entre licitadores se subdividen en **cuatro tipos**: ofertas de cobertura, ofertas económicas idénticas o similares, ofertas económicas idénticas al presupuesto de adjudicación y

acuerdos de compensación. Todas ellas, en cuanto acuerdos de *price fixing*, son restricciones por objeto (en el Derecho Europeo) e infracciones *per se* (en el Derecho estadounidense). Por su conexión con estas figuras, se abordan brevemente las ofertas técnicas de cobertura, idénticas o similares.

XXVIII. Se habla de **ofertas de cobertura** cuando uno o varios licitadores presentan ofertas en un procedimiento de contratación con la intención de no ser adjudicatarios, sino de que lo sea un tercero, pues el importe de las proposiciones económicas simuladas por aquellos (ofertas de cobertura) excede al de la formulada por este (oferta protegida), quien además ha decidido la cantidad o los parámetros de fijación de las primeras ((*Centre pénitentiaire de Perpignan, Rodamientos Ferroviarios, Asfaltos, Asfaltos de Cantabria, Comedores escolares, Ecoambiente, Postes de hormigón, Sintrabi, Suministro de calderas, Bid rigging in the construction industry in England etc.*)).

Para que pueda hablarse de prácticas de cobertura la proposición protegida debe ser admisible (inferior al presupuesto de licitación), viable (susceptible de resultar adjudicataria) y económicamente más ventajosa que las subordinadas. Si fuese inadmisibile se produciría la exclusión del licitador elegido por el cártel. En tal caso, el comportamiento de los implicados no se adscribe a los acuerdos de fijación de precios, sino a los de boicot (inicial) al procedimiento de contratación. Si fuese inviable, el cártel fracasaría en su complot para ganar el contrato.

XXIX. Los acuerdos de precios con ofertas de cobertura admiten tantas modalidades como fórmulas de articular los precios perdedores (licitadores de cobertura) con un precio destinado a ganar el concurso (licitador protegido). La más básica consiste en la determinación del importe numérico de la oferta económica protegida y, en función de ella, el importe de las ofertas de cobertura, o viceversa. Ambos precios pueden ser diseñados conjuntamente por los licitadores implicados (*Residuos*), por algunos de ellos que se las notifican a los demás (*Rodamientos ferroviarios*) o por una de las partes (*Centre pénitentiaire de Perpignan*). En ocasiones, se encarga a una sola empresa la tarea de ‘inventar’ tanto las ofertas ficticias como la protegida. Quizás el método de funcionamiento más significativo es aquel en el que el cártel establece los distintos niveles de descuento (en cantidad o porcentaje) que hará cada uno de sus miembros al presupuesto de licitación. El descuento máximo

corresponderá al licitador protegido (*Signalisation routière verticale, Rodamientos ferroviarios*).

XXX. El **acuerdo de presentación de ofertas idénticas** tiene lugar cuando las proposiciones económicas de los miembros del cártel presentan el mismo precio o sus diferencias son despreciables.

El paralelismo de comportamientos, primer componente de esta práctica restrictiva, es insuficiente para hablar de colusión. Incluso si el alineamiento pudiese tener un objeto o efecto restrictivo de la competencia, todavía falta el segundo requisito, el concurso de voluntades. Por lo tanto, la existencia de ofertas idénticas o similares no es una prueba directa e irrefutable de colusión, pero puede inducir a la autoridad de competencia a comprobar si es casual o causal. A la hora de hacer dicha comprobación, la ausencia de una prueba directa del acuerdo colusorio obliga a la autoridad de competencia a investigar una posible práctica concertada. Debe acudir para ello a la prueba de presunciones.

Es poco probable que las similitudes entre los licitadores justifiquen por sí mismas la identidad de las ofertas. Cada uno cuenta con sus propias y diversas estructuras de producción y costes. En *Vacunas Antigripales*, el TDC consideró que la simple coincidencia de precios no era suficiente para la apreciación de una conducta colusoria porque existían otras explicaciones que, una vez analizadas, resultaron verosímiles para explicar esta coincidencia.

El análisis de las características de la licitación es esencial para discernir si el paralelismo es o no es colusorio. El respeto por los licitadores de las reglas de la LCSP y de los pliegos del procedimiento crea una fuerte presunción-difícilmente refutable- de que las ofertas económicas han de ser diferentes. La piedra angular es el secreto de las ofertas como la principal forma de fomentar la competencia. El sistema de presentación de ofertas secretas dentro de sobres cerrados se ha elaborado para garantizar el comportamiento independiente de los candidatos en una licitación competitiva. El secreto total dificulta extraordinariamente que la casualidad explique la identidad de las ofertas, ya que ofrecen productos o servicios de naturaleza diferente o en algunas características, y por lo tanto con diferentes precios y costos (Autoridade da Concorrência de Portugal, *Abbot Laboratorios*).

XXXI. Demostrar que el paralelismo se debe al acuerdo o concertación entre los licitadores resulta más difícil cuando las **ofertas coinciden con el presupuesto de licitación** (precio de reserva). En primer lugar, puesto que todas las empresas conocen el presupuesto, el argumento del secreto de las ofertas o prueba del sobre cerrado carece de valor en sí mismo (*Ortopédicos Castilla-León, Agencias de Viaje*). En segundo lugar, las decisiones del ente contratante pueden servir de justificación objetiva de la conducta. Por ejemplo, cuando la autoridad contratante ha reducido el precio de reserva en tal medida que no puede haber ninguna diferencia (significativa) entre las ofertas.

Un remedio inequívoco para reducir el riesgo de falsos positivos o negativos sería no establecer precios máximos en las licitaciones. Esa medida elimina este parámetro objetivo; por ello dificulta a los licitadores justificar sus comportamientos paralelos.

XXXII. La presentación de **proposiciones económicas similares** en un mismo procedimiento es muy habitual. Para que ese comportamiento sea anticompetitivo es preciso que la diferencias cuantitativas sean mínimas y que la coincidencia parcial tenga por causa la concertación de los licitadores y no responder a otras razones justificadas, como costos, ahorros, conocimientos técnicos, uso de tecnologías o similares. La falta de identidad dificulta discernir si la variedad de ofertas es una táctica fraudulenta para ocultar la cartelización. Para su comprobación, las autoridades de Competencia - a falta de prueba directa- han de acogerse a las reglas de la prueba por presunciones (*Vacunas antigripales, Materiales radioactivos*).

XXXIII. Una cuestión controvertida es si ciertas **decisiones del ente contratante** pueden explicar la identidad de precios y servir así de justificación objetiva del comportamiento paralelo de los licitadores. El problema se plantea en las reducciones de los presupuestos de licitación que colocan a estos por debajo de los precios de mercado o de las licitaciones anteriores o los equiparan al precio de adjudicación de licitaciones precedentes. Estas decisiones vienen motivadas por las políticas públicas que reducen el gasto público en los sectores sobre los que se proyecta la contratación pública (*Agencias de Viaje, Autorité de la Concurrence en Ethicon*).

El TDC rechazó que la fijación del presupuesto de licitación por debajo de los precios de mercado expliquen la identidad de las ofertas económicas (*Agencias de Viaje*). Con ello, vino a señalar que las decisiones del órgano de contratación sobre los importes de los precios máximos operen como causas de justificación. Sin embargo, la

autoridad de competencia francesa concluyó que ambas empresas habían sido inducidas por decisiones administrativas a adoptar comportamientos paralelos, que no implicaban colusión (*Ethicon*).

XXXIV. Para el Derecho de la contratación pública, que los pliegos de cláusulas administrativas particulares fijen el presupuesto de licitación significa que **las ofertas superiores a este son automáticamente excluidas**. Para el Derecho de la competencia, cuando dos o más licitadores incurran en la conducta descrita podría adscribirse a las prácticas de fijación de precios (si el acento se pone en la inclusión colectiva de un importe inadmisibles) o de boicot (de atender al propósito de los licitadores y al resultado de su conducta). En ambos casos, la falta de prueba del acuerdo se subsana con la aplicación de la prueba de presunciones. Pero también puede ser entendido como un comportamiento autónomo, cuyo análisis excedería de las reglas del *price fixing* (*Materiales radiactivos*).

XXXV. Entre las fórmulas indirectas de resarcimiento intra-cártel ocupan un lugar destacado los **pagos compensatorios o de indemnización entre los licitadores** (*compensation payment arrangements*). Los arreglos reducen el nivel de incertidumbre y la competencia por el mercado e influyen en la conducta de los licitadores en el procedimiento de contratación en una dirección diferente a la que resultaría de las condiciones normales del mercado. Por ello, distorsionan a sabiendas el proceso de licitación normal en el que cada oferta se formularía independientemente, ya que no pueden dejar de tener en cuenta la obligación de pagar, o la posibilidad de recibir el pago, al participar en el proceso de licitación

XXXVI. Junto al *price fixing*, los **acuerdos de reparto de mercados** constituyen la segunda práctica colusoria esencial en la contratación pública. Es, además, un instrumento muy adecuado para lograr los objetivos de todo cártel de licitadores: el objetivo externo (la eliminación de sus rivales) y el interno (la supresión de la competencia dentro del cártel). Por ello, esta técnica colusoria favorece la estabilidad (y durabilidad) del grupo colusorio, siempre que el reparto sea equilibrado y/o que todos los integrantes lo perciban así. La asignación inequitativa sirve de incentivo a los licitadores descontentos para abandonar el cártel si con ello aumentan sus posibilidades de obtener un ‘trozo mayor del pastel’

Los acuerdos de reparto de mercado no son subsidiarios e instrumentales de los pactos sobre precios. Constituyen el tipo básico de colusión en la contratación pública, son cárteles duros y paradigma de restricciones por objeto. La Disposición Adicional cuarta, apartado segundo de la LDC reconoce su importancia en la definición de cártel: cita separadamente las prácticas de fijación de precios y las de manipulación de ofertas; y sitúa el reparto de mercados como categoría general de estas últimas.

XXXVII. Los acuerdos de reparto de mercado entre licitadores presentan cuatro **subcategorías**: (a) de lotes (*lot sharing*); (b) de procedimientos de contratación (*tender sharing*); (c) de clientes públicos (*client sharing*); (d) de mercados geográficos (*geographic sharing*). En el primer caso, la división colusoria tiene lugar en el interior de cada licitación singular. En el segundo, el objeto de la distribución son todas o algunas de las licitaciones convocadas por los entes contratantes con jurisdicción sobre un territorio. En el tercer supuesto, el cártel divide entre sí a varios clientes públicos. Cuando el ámbito de la partición es un territorio, el reparto se hace por mercados geográficos, ya se correspondan con la jurisdicción de un sólo ente contratantes ya con la de varios.

La ejecución del acuerdo de reparto puede hacerse a través de todas las técnicas colusorias que el cártel tenga a su disposición. El análisis de 24 resoluciones revela que las técnicas más empleadas fueron el *market sharing* (*asignación de cuotas*), el *price fixing* y el boicot,. Estas conductas concurren tanto solas como combinadas. El acuerdo sobre los de precios semeja la técnica más versátil. La contingentación y el boicot aparecieron siempre ligadas a otras prácticas colusorias.

XXXVIII. En múltiples casos, el acuerdo de reparto de mercados se ajusta al «*principio del mercado propio o del cliente preestablecido*» conforme al cual cada licitador limita su radio de acción a aquellos territorios o clientes que aquel considera ‘suyos’ (y que el grupo acepta como tales); o a los que están libres del cártel. El objetivo principal de sus miembros será la conservación total o parcial de las porciones que cada uno controlaba a fecha de constitución del grupo colusorio o la asignación exclusiva de los ganados por el cártel con posterioridad a su constitución (*Tubos preaislados, Renfe Operadora, Planta Enfriadora, Gare RCA per transporte pubblico locale, Construcciones Modulares y Transporte Balear de Viajeros*).

XXXIX. La Directiva 2014/24 ha elevado la **división del contrato en lotes** a regla general y a obligación del órgano de contratación, salvo – entre otros casos- que la ‘lotificación’ conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. La imposición normativa de la división en lotes responde a objetivos pro-competitivos: favorecer la participación de las PYMES y evitar la concentración de los contratos en grandes empresas. La lotificación hace prever que su presencia se multiplicará exponencialmente con la actual LCSP de 2017. No es muy arriesgado deducir que los cárteles de licitadores la señalarán como técnica colusoria habitual para el reparto del mercado (*Sobres de papel, Ecoambiente, Gara consip*).

El **reparto de procedimientos de contratación** sólo existe cuando los miembros del cártel invaden tan sólo a un cliente público y se distribuyen los procedimientos convocados por él. Dado que el cliente único es una excepción, en la mayoría de las ocasiones el reparto de licitaciones es una subcategoría del reparto de entidades contratantes (*Suministro de calderas, Lycées d’Ile-de-France*).

El **reparto de clientes del sector público** implica que un grupo de licitadores deciden conjuntamente que determinadas entidades tendrán a uno u otro miembro del cártel como proveedores exclusivos. En caso de consolidación, el riesgo para la competencia es enorme: los clientes públicos pierdan su libertad para contratar y son incapaces de hacer valer tanto las prerrogativas como las garantías previstas en la normativa de contratos públicos (*Asfaltos de Cantabria, Sobres de papel, Mudanzas Internacionales, Tubos preaislados*).

Los licitadores que obtienen un acuerdo para el **reparto de mercados geográficos** pactan la segmentación del territorio en el que fueron competidores - reales o potenciales - en procedimientos de contratación pretéritos (*cancelación de la competencia pasada*); o la organización de la competencia entre rivales que operan en ámbitos geográficos menores, para evitar que algunos se extiendan a demarcaciones vecinas o alcancen un ámbito (supra-)nacional (*prevención de la competencia futura*). En múltiples casos, este tipo de reparto busca respetar el equilibrio y mantener intacto el *status quo ex ante*, dando libertad de acción a cada miembro del cártel en ‘su propio territorio’; definido como aquel en el que concentre la mayor parte de su negocio. El reparto territorial es el campo natural para la manipulación de licitaciones por cárteles formados por operadores económicos multinacionales (*Asfaltos, Gestión de residuos sanitarios*).

XL. El **boicot o supresión de ofertas** es la práctica por la que uno o más competidores que previsiblemente participarán en un procedimiento de contratación, o que ya lo hubiesen hecho en previos procedimientos, acuerdan abstenerse de pujar o retiran una oferta ya presentada con la finalidad de que se acepte la proposición del competidor designado por el cártel. La supresión de ofertas significa el boicot colectivo a los procedimientos de contratación (*AIO, Test diagnostici per diabete*). Su equivalente a nivel de licitador individual es el abuso de posición de dominio por negativa de acceso o denegación de suministro (*refusal to deal or to supply*).

El mejor escenario para garantizar el triunfo de la supresión es el de un cártel con gran poder de mercado. El boicot no será exitoso cuando otros operadores no cartelizados hagan ofertas susceptibles de ganar el contrato. Un grupo colusorio más débil y rodeado de rivales competitivos debe adoptar medidas indirectas, bien conciliatorias, como pagar compensaciones por no licitar (en cuyo caso, el rival se incorpora al cártel), bien agresivas, como amenazas o batallas comerciales en otros sectores. Los funcionarios corruptos también facilitan los esfuerzos de la supresión de ofertas; por ejemplo, descalificando a otros licitadores legítimos durante el procedimiento a cambio de sobornos.

XLI. El boicot de licitadores puede materializarse al inicio del procedimiento de contratación o durante su tramitación. En base a estas dos opciones, existen dos modalidades de boicot: (a) la **no presentación inicial de ofertas** (*Construcciones modulares, Asfaltos de Cantabria*) y (b) su **retirada durante la tramitación del procedimiento de contratación** (*Suministro de calderas*). Uno y otro se diferencian por el momento de actuación. Pero coinciden en que la presunta conducta ilícita consiste en la negativa (inicial o sobrevenida) a tomar parte en el procedimiento de contratación.

La retirada sobrevenida o abandono del procedimiento de contratación puede tener lugar (b₁) antes de la adjudicación, o (b₂) antes de la firma del contrato. En el primer caso, el cártel busca dejar la licitación desierta o encauzarla para que el contrato sea adjudicado al licitador que mantuvo su propuesta y se encuentra en una mejor posición cualitativa. En el segundo, la renuncia al contrato, cuando es fruto de la conducta colusoria, buscará que aquel no sea ejecutado o que sea adjudicado al postor elegido por el cártel, segundo en puntuación.

XLII. La supresión de ofertas plantea la dificultad de probar la ilegalidad de las conductas puramente negativas cuando no existe obligación de actuar. La principal pregunta que plantea el boicot colectivo a las licitaciones es: ¿cómo puede presumirse anticompetitivo el no participar o el retirarse de un procedimiento de contratación cuando ninguna ley lo prohíbe y la conducta es justificable por múltiples razones?. Los licitadores pueden aducir que la no presentación o la retirada colectivas son un mero paralelismo de comportamiento.

La fórmula más adecuada para ‘levantar el velo’ del paralelismo de comportamiento es acreditar que los licitadores han incurrido en intercambios de información estratégica acerca de los comportamientos boicoteadores. Esta comunicación es en sí misma una práctica colusoria sin necesidad de demostrar que el acuerdo de voluntades de los licitadores está en relación con la ejecución de un plan particular.

XLIII. La **rotación de ofertas** se resume en los turnos pactados entre los licitadores cartelizados para ganar contratos públicos. Lo que rota no son las ofertas en sí, sino las ofertas potencialmente ganadoras; es decir, las licitaciones adjudicables. Por ello, sería más preciso denominar a esta figura como «rotación de licitaciones» (*Medicamentos licitados por el sector Salud, Nevasa, Licitaciones de carreteras, Sobres de papel*).

La rotación es una técnica colusoria marco o cuadro que opera en el período interlicitaciones. Durante el desarrollo del procedimiento de un contratación singular, los licitadores agrupados no ejercitan ninguna conducta rotatoria sino una o varias modalidades de manipulación de ofertas; en particular, ofertas de cobertura y supresión. La característica precedente se completa señalando que la rotación es una conducta colusoria de tracto sucesivo que, por su propia naturaleza, no se puede detectar en un caso aislado. Exige un juego repetido, canales de comunicación desarrollados y la fijación de patrones de posturas ganadoras en las que las empresas se alternan para compartir el beneficio indebido. Su mecanismo de funcionamiento y su objetivo coinciden con el reparto de mercados. Además, la rotación exitosa es un mecanismo de resarcimiento a medio o largo plazo entre los licitadores coaligados, pues asegura la compensación a aquellos miembros que se sacrificaron a favor del grupo.

XLIV. La regla general en la contratación pública es la unidad entre empresa y oferta. Cada operador económico presenta una proposición o recibe una invitación individual. Como excepción, la Directiva admite tres supuestos de **coparticipación de varios operadores** en diferente grado y momento: las agrupaciones de entidades económicas, incluidas las asociaciones temporales, el recurso a las capacidades de otras entidades y la subcontratación.

La regulación y promoción de la coparticipación en los procedimientos de contratación pública tienen por objetivo favorecer la participación de las pequeñas y medianas empresas. Un tratamiento ‘rácano’ de la participación colectiva conllevaría, a corto plazo, la exclusión de las PYMEs de ámbitos considerables de la contratación pública y, en consecuencia: la reducción cuantitativa del número de licitadores, la reducción cualitativa de soluciones eficientes e innovadoras en muchos campos, el aumento de los costes de adquisición. A medio y largo plazo, podría suponer la minoración de las empresas presentes en el mercado, la disuasión de nuevos entrantes y la consiguiente reducción estructural de la competencia.

XLV. Las **uniones de empresarios** (UTE y AIE) son instrumentos destinados por la ley para articular la concertación entre empresas que sólo son anticompetitivos si constituyen un acuerdo restrictivo de la competencia. La concertación entre los miembros de la unión es consustancial a la misma y no infringirá los artículos 101.1 TFUE o 1 LDC siempre que sus integrantes no sean competidores entre sí y el intercambio de información entre ellos se limite a lo imprescindible para la actuación de la unión en los procedimientos contractuales en los que participe. Las formas de participación colectiva en la contratación pública constituyen aparentes autorizaciones *ex lege* por las que se alza el primer obstáculo para la formación de un cártel en la contratación: la prohibición de celebración de un acuerdo horizontal. Sería absurdo que una figura admitida por las sucesivas normas europeas y estatales de contratos públicos fuese radicalmente contraria a la normativa de defensa de la competencia. La valoración de su afectación a la competencia debe realizarse en función de las características de las empresas que lo forman y del contexto concreto en que se produce.

XLVI. Las asociaciones de empresarios que tienen carácter instrumental y sirven de vehículo para la implementación de otras prácticas anticompetitivas se denominan **uniones colusorias**. En particular, son instrumentos para el reparto de mercados (en sus

diferentes variantes), los intercambios de información y los acuerdos sobre precios (*Residuos, Gestión de residuos sanitarios, Hormigones de Asturias, etc.*).

XLVII. Para que un acuerdo de esta naturaleza respete los artículos 101 TFUE y 1 LDC es imprescindible que los participantes, aunque pugnen en otros ámbitos (sean competidores *en* el mercado), no luchan entre sí en el procedimiento(s) de contratación en el que conformen la unión de licitadores (no sean competidores *por* el mercado). Si los miembros de la unión de licitadores no son competidores reales o potenciales en el procedimiento de contratación, sus relaciones mutuas no pueden calificarse como prácticas restrictivas horizontales de naturaleza cartelaria ni la autorización *ex lege* a crear la agrupación no constituye una verdadera conducta exenta por ley del artículo 4.1 LDC.

XLVIII. La opción por una oferta individual o una conjunta debe hacerse única y exclusivamente en función de los límites de su capacidad y solvencia individuales en el procedimiento en cuestión (principio de necesidad de la participación colectiva). Si no los excede, debe presentar una oferta individual; si los sobrepasa, puede agruparse con otros licitadores. Por lo tanto, vulnera los artículos 101.1 TFUE y 1.1 LDC aquella unión de licitadores que presenta una oferta conjunta cuando sus integrantes reúnan los requisitos de capacidad y solvencia para presentarse a la licitación en solitario o en grupos más pequeños.

El principio de necesidad impide utilizar como justificación objetiva de la unión colusoria el reparto de capacidad y solvencia entre varios contratos o la constitución de agrupaciones formadas por más empresas de las necesarias.

Para dilucidar si las empresas están en condiciones ofertas propias cabe acudir a presunciones de capacidad y solvencia individuales. El estudio enumera doce presunciones.

XLIX. El consorcio de licitadores que constituye una unión colusoria conforme a los artículos 101.1 TFUE quedará exento de sanción cuando concurren todos y cada uno de los supuestos citados en los artículos 101.3 TFUE. El problema es que ambos preceptos supeditan su aplicación a la concurrencia de la ‘indispensabilidad’ en la unión de licitadores. En el primer caso, este requisito posee un sentido negativo: no es colusoria la unión indispensable para presentar una oferta. En el segundo, el sentido es

positivo: la unión colusoria no es sancionada si, entre otras propiedades, es indispensable para mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico.

Por ello, cuando la unión es 'indispensable' para el artículo 101.1 TFUE, resulta innecesario acudir al apartado 3, dado que la unión no será colusoria. Pero si al examinar el apartado primero se concluye que el consorcio no es necesario, no puede ser calificado como indispensable para eximirlo de sanción al amparo del apartado tercero.

L. Puesto que las uniones colusorias de licitadores suelen articular prácticas cartelarias *hardcore* (reparto de mercados y acuerdos sobre precios), las autoridades de competencia tienden a calificarlas en función de la práctica instrumentada como **restricciones por objeto**. No faltan posiciones convencidas de que se trata de **restricciones por sus efectos**. Una y otra postura poseen argumentos sólidos y han sido objeto de críticas fundadas. Conforme a la doctrina *Groupement de Cartes Bancaires*, las uniones deben ser tratadas como infracciones por objeto cuando revelen un grado de nocividad para la competencia suficiente para que pueda considerarse innecesario el examen de sus efectos, atendido al contenido de sus disposiciones, a los objetivos que pretende alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se inscribe. La exigencia de analizar estos tres parámetros impone un análisis casuístico de la cuestión, por lo que elimina toda presunción *iuris et de iure* e impide los automatismos. Ciertamente es que *Groupement* mencionó a los acuerdos de fijación de precios como paradigma de infracción por objeto. En el caso de que las uniones de licitadores no se demostrasen restricciones por objeto, se procedería al análisis de sus efectos.

LI. El mayor riesgo para la competencia de las agrupaciones colusorias de licitadores se presenta en mercados presididos por oligopolios de oferta. La asociación colusoria une a las empresas mayores del mercado, lo cual genera, por una parte, un aumento del grado de concentración y, por otra, reduce de forma significativa el número de competidores potenciales, eliminando en gran medida los riesgos para las empresas implicadas. En tales casos, el riesgo de competir en las licitaciones es muy elevado. La empresa que gane se lo lleva todo; las demás corren el riesgo de desaparecer o quedarse (casi) inactivas durante el período (a veces prolongado) de vigencia del contrato. Dicho riesgo puede ser sólo coyuntural (pérdida del contrato o incluso del cliente), o

estructural (pérdida del mercado, peligro para la solvencia o existencia del propio operador económico).

LII. Frente al silencio de sus predecesoras, la LCSP de 2017 establece un mecanismo destinado a desmontar las uniones colusorias de licitadores en el mismo procedimiento de contratación (artículo 69, apartados 2 y 3). La iniciativa corresponde a la mesa de contratación, quien, *motu proprio* o previa denuncia de otros licitadores, examinará los posibles indicios de colusión presentes en la unión. La resolución corresponde a las autoridades de defensa de la competencia.

LIII. La **subcontratación** permite acceder a la contratación pública a empresas que carecen de capacidad para ejecutar la totalidad del contrato, pero sí pueden participar parcialmente en su desarrollo. Esta figura es susceptible de generar prácticas restrictivas en tres casos: cuando el adjudicatario y el subcontratista incurren en acuerdos verticales anticompetitivos; cuando el contratista entrega el subcontrato a un licitador excluido en el mismo procedimiento contractual o una entidad que, al agrupar al adjudicatario y a otras empresas, domina monopolísticamente el mercado del producto subcontratado; y cuando el acuerdo colusorio se celebra entre empresas proveedoras de insumos, llamadas como subcontratistas por los adjudicatarios de contratos públicos (*Asfaltos, Residuos, Residuos de papel, Unidades móviles, Gara consip*).

LIV. Si la subcontratación tiene lugar entre dos participantes en el mismo procedimiento de contratación -el adjudicatario (como cliente) y un licitador excluido (como proveedor)- liga a dos competidores, por lo que conforma un acuerdo horizontal y un cártel entre rivales. La subcontratación presenta un rol compensatorio para los miembros del cártel que no son los candidatos del grupo a la adjudicación de los contratos. Esta figura favorece a sus destinatarios por varios motivos: asegura su participación en la ejecución del contrato, la entrada en el mercado de la contratación pública o el mantenimiento su cuota en un escenario de reparto de mercados y de respeto al cliente histórico. Un operador que carece de fuerza suficiente para licitar con perspectivas de éxito acepta una posición secundaria a cambio de ‘no molestar’ al núcleo duro del cártel. En definitiva, el licitador subcontratista acepta un beneficio menor frente al peligro de perderlo todo.

La subcontratación también beneficia al cártel, que evita acudir a pagos internos para compensar a algunos de sus miembros (*subcontratación táctica*) y aplaca a los colicitadores frustrados por su renuncia a competir. En cuanto tal, actúa como factor de estabilidad a corto y a medio plazo para mantener el nivel de confianza y el compromiso de los subcontratistas con el cártel en futuras licitaciones (*subcontratación estratégica*).

La función estratégica de la subcontratación admite las variantes estática y dinámica. En la primera, uno o varios miembros del cártel aceptan su posición secundaria de subcontratistas a medio plazo o *sine die*. En su versión dinámica, los subcontratistas son rotatorios; los licitadores cartelizados rotan sus papeles en las sucesivas licitaciones (adjudicatarios, subcontratistas, boicoteadores, licitadores ‘fantasma’, etc.). La subcontratación estática ofrece más garantías de aquietamiento y estabilidad que la dinámica, siempre que el subcontratista se considere satisfecho con la compensación y se guarden los equilibrios intra-grupo.

LV. Un operador económico que carece de la solvencia económica, financiera, técnica o profesional **podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades**, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrá efectivamente de esa solvencia y medios, y la entidad a la que recurra no esté incurso en una prohibición de contratar.

El complemento de solvencia opera durante el procedimiento de contratación a diferencia de la subcontratación, que lo hace en la fase de ejecución del contrato. No obstante, las prácticas colusorias en aquella son esencialmente idénticas a los padecidos por la subcontratación. En particular, que alguno de los miembros del cártel renuncie a competir en condición de licitador a cambio de ser el elegido para completar la solvencia del adjudicatario.

LVI. El **encargo a medios propios (encomienda de gestión)** implica que un poder adjudicador ejecuta de manera directa las prestaciones propias de los contratos del sector público valiéndose de otra persona jurídica vicaria de aquel (conocido como medio propio o servicio técnico). Lo cual supone la inaplicación de la normativa de contratos públicos, la extracción del mercado de la provisión de un bien o servicio y la consiguiente supresión de la competencia en la oferta (por y en el mercado) para dicha

actividad respecto de un cliente público; es decir, la pérdida de un cliente público y la reducción del mercado para los operadores económicos.

Los encargos a medios propios son relaciones jurídicas entre un ente principal y otro subordinado. No son contratos ni convenios de colaboración, sino actos administrativos internos dictados unilateralmente por el poder adjudicador. Al derivar de una relación vertical no pueden constituir un cártel; al ser unilaterales e internos no conforman acuerdos colusorios entre no competidores; al ser actos administrativos autorizados por la LCSP, constituyen excepciones legales a la aplicación del derecho de la competencia sancionador; pero sí cabe su impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, al amparo del artículo 4.2 LDC. La ejecución de un encargo ajustada estrictamente a su normativa constituye un ejemplo de conducta exenta por ley (art. 4.1 LDC), intocable para los procedimientos de investigación instados por las autoridades de defensa de la competencia.

LVII. La inmunidad de los encargos a la acción investigadora no es absoluta. Pueden generar infracciones anticompetitivas tanto por los medios propios como por parte de los poderes adjudicadores, en cuatro casos. Primero, cuando el negocio ha sido configurado como un encargo pero en realidad no lo es porque carece de todos o de alguno de los requisitos citados en el art. 12 de la Directiva 2014/2024. Segundo, dado que el servicio técnico es un operador económico, está sujeto a responsabilidad *antitrust* en la ejecución de la encomienda. Tercero, el servicio técnico debe respetar la normativa de defensa de competencia respecto de los contratos que celebre con los proveedores de bienes y servicios para ejecución de la encomienda de gestión. En cuarto y último lugar, dicha sujeción también opera en sus relaciones comerciales ordinarias con operadores diferentes al encomendante.

LVIII. La **colusión indirecta** engloba los tipos de cárteles nacidos y operativos fuera de las licitaciones pero que influyen de manera significativa en el falseamiento de la competencia en la contratación pública. Por razón de mayor a menor cercanía a las situaciones de *bid rigging* puede hablarse de cuatro figuras: a) colusión en mercados conexos; b) cártel ordinario susceptible de ser activado en una licitación; c) constitución de un cártel extracontractual para evitar la compras a través de procedimientos de contratación públicas; d) cártel de operadores privados que actúan en el ámbito de competencias del órgano de contratación.

LIX. La **colusión en mercados conexos** comprende los acuerdos anticompetitivos entre empresas no participantes en un procedimiento de contratación pública pero que condiciona las ofertas presentadas por los licitadores (pre-cártel). En esencia, el cártel recae sobre los licitadores en un procedimiento de contratación pública; incluso sobre un cártel formado por licitadores. El cártel puede mediatizar el resultado del procedimiento contractual hasta el punto de inyectar en el contrato público un efecto nocivo similar al causado por la colusión directa.

LX. El **cártel concertado o entre los proveedores** (*Cementos, Hormigón y productos relacionados, Hormigones de Asutrias*) o **entre los subcontratistas** (*Postensado y Geotecnica*) de los licitadores presenta una doble vinculación colectiva. Por un lado, los proveedores mantienen entre sí una relación horizontal entre proveedores, constitutiva del pre-cártel (lo mismo ocurre con los subcontratistas). Por otro, existe una relación vertical entre dicho cártel y los licitadores; vertical ascendente cuando de proveedores se trata y vertical descendente si el aquel está integrado por subcontratistas. El pre-cártel vampiriza a los licitadores, al incrementar el precio y/o reducir la calidad de sus ofertas. La práctica anticompetitiva radica en la relación horizontal, no en la vertical, salvo que las partes incurran en una conducta no exenta al amparo del Reglamento 330/2010/CE y de las Directrices relativas a restricciones verticales.

LXI. Una **cadena colusoria** es la concatenación de un cártel de proveedores y/o de subcontratistas con un cártel de licitadores, ambos ligados entre sí (*Cártel holandés del cemento*). Es posible encontrar estas cadenas en sectores donde la contratación pública tiene amplia presencia; en actividades que precisan insumos controlados por un número reducido de proveedores; en ámbitos en los que ley o costumbre hayan impuesto la subcontratación; o cuando en los mercados de proveedores o subcontratistas concurren factores que favorecen la creación y la estabilidad de los cárteles.

LXII. Los **cárteles ordinarios susceptibles de ser activados en una licitación pública** operan en mercados diversos y son avivados con ocasión de licitaciones públicas relativas a obras, productos o servicios que formen parte de su ámbito de negocio (*Taxis Tenerife, Concesionarios Toyota*). Los contratos públicos constituyen bien un «negocio refugio» bien una fuente muy atractiva de ingresos estables para el cártel, siempre que logre parasitar a un número suficiente de clientes públicos para que la rentabilidad de la colusión supere a los estímulos de actuar independientemente.

LXIII. La constitución de cártel extracontractual para evitar la licitación no busca manipular a favor del cártel los procedimientos de contratación a los que concurren sus miembros. Su relación con ella es de signo negativo. En ambos, los participantes en el cártel buscan evitar que las compras públicas se sujeten a la disciplina competitiva de la contratación pública. Su objetivo es que se mantenga la vigencia de un sistema de compras no contractuales de alcance general y sin excepciones (acuerdo o convenio). Para ello emplea dos mecanismos disuasorios de la contratación pública (boicot a la licitación y presentación de recursos contra el procedimiento).

LXIV. Un tercer grupo de estudio comprende aquellos **cárteles integrados por empresas que operan en el ámbito gestionado por un órgano de contratación y que cometen prácticas colusorias en sus relaciones privadas, no en la contratación pública (SINTRABI)**. La conexión entre este tipo de cárteles y la contratación pública es refleja. Existirá tan sólo en la medida en la que los pactos entre los operadores perjudiquen los intereses propios de la entidad pública y perturben su gestión. La contratación pública es una actividad auxiliar de las competencias propias de los entes públicos. La colusión en las licitaciones perjudica el ejercicio eficiente de dichas competencias. Además, este tipo de cárteles pueden hacer menos competitiva la contratación pública y con ello lesionar los intereses públicos. No es descartable que disuadan a posibles licitadores de participar en procedimientos contractuales convocados por la entidad pública, quienes temerán verse afectados por los pactos entre las empresas que operan en el ámbito del órgano de contratación. De ser así, un cártel absolutamente privado dañará a la contratación del ente y con ello empeorará su gestión.

LXV. El *hub & spoke* supone que un comprador o vendedor dominante en su mercado (*hub*) celebra una serie de acuerdos verticales con sus proveedores o clientes (*spokes*). Considerados de forma independiente, tales acuerdos pueden ser restricciones verticales perfectamente válidas. Su anticompetitividad dependerá de sus efectos. Pero las relaciones tripartitas, de ser anticompetitivas, son constitutivas de una forma de cártel en la que los cartelistas no se comunican ni relacionan directamente entre sí, sino que emplean un intermediario en el plano vertical (aguas arriba o aguas abajo). En su condición de cártel, la conducta es una práctica anticompetitiva *per se*.

El *hub and spoke* en el mercado y su equivalente en la colusión sobre la contratación pública presentan coincidencias en sus elementos esenciales (acción por un tercero al cártel, pero no ajeno a él). Pero difieren en dos propiedades (el emisor de la

información y el contenido de los datos). En una licitación pública, un caso típico de *hub & spoke* acoge simultáneamente dos relaciones: a) una relación horizontal que los licitadores (*spokes*) entablan entre sí; y b) un vínculo vertical de todos/parte de los licitadores con un socio (*hub*), a través del cual se canalizan los intercambios de información y demás elementos conducentes al resultado colusorio. El socio no es un simple tercero. Aun cuando no forma parte del grupo de licitadores – con los que no compete – ha entablado algún tipo de relación jurídica formal con ellos. El socio se sitúa aguas arriba (proveedor, *Eli Lilly* y *ARC Brasov*) o aguas abajo (cliente público, *Motocicletas*) del mercado donde se enmarca el procedimiento de contratación.

LXVI. La creciente atención de las autoridades de defensa de la competencia a las prácticas colusorias en la contratación pública no se traslada a las **restricciones verticales**. La práctica ausencia de resoluciones sancionadoras no responde a que el sector estudiado sea inmune a la acción de las cláusulas negras o grises. En particular, los acuerdos de fijación del precio de reventa (*resale price maintenance*) son perfectamente posibles cuando dos operadores - el proveedor de un producto y su comprador- participan en el mismo procedimiento para la adjudicación de un contrato de suministros a entes del sector público.

LXVII. El **concepto de consultas preliminares al mercado** (CPM) comprende toda consulta en la que un órgano de contratación pide a expertos y a operadores del mercado que ofrezcan su contribución para definir el objeto del contrato y diseñar el procedimiento. El principal objetivo de un poder adjudicador para iniciar una CPM es solicitar información y guía sobre cómo llevar el procedimiento de contratación a una conclusión exitosa. A pesar de que la competencia se pospone al momento de la licitación, los participantes en la consulta pueden incurrir en comportamientos anticompetitivos durante la CPM. De hacerlo, la colusión existirá desde ese mismo instante y será merecedora de una sanción en este momento si las conductas reúnen los requisitos de las restricciones por objeto (sus efectos no pueden no producirse o retrasarse o se retrasarán hasta la adjudicación del contrato).

El peligro de colusión en licitaciones futuras se incrementará cuando las CPM se dirijan a los operadores en el mercado. Esto se debe a que operadores interesados tendrán noticia anticipada de las líneas maestras del procedimiento, conocerán las dudas y flancos débiles del órgano de contratación e influirán de forma tendenciosa en la configuración del proceso contractual.

CAPÍTULO III

LXVIII. La **posición privilegiada del ente contratante** en el procedimiento de contratación puede ocultar la verdadera capacidad de los licitadores y contratistas dominantes para ejercitar conductas abusivas durante el procedimiento o durante el contrato. Hipotéticamente, el dominio de una empresa en un sector de negocio sería contrarrestado por la normativa de contratos públicos, que otorga a los poderes adjudicadores el carácter de cliente/consumidor privilegiado y establece en el procedimiento de contratación las condiciones de competencia, en particular el precio, la cantidad y la calidad de los productos o servicios contratados. Dicho de otro modo, la competencia por el mercado – manifestada en el procedimiento de contratación– busca inmunizar al Derecho de la contratación pública frente a las conductas abusivas propias de la competencia en el mercado.

No obstante, en la actividad de las autoridades de competencia el abuso de posición de dominio ocupa un lugar nada despreciable en el global de prácticas anticompetitivas en la contratación pública. En ciertos sectores, como el farmacéutico, la pugna entre un proveedor monopolista que abusa de su posición y el cliente público monopsonista, protegido por la normativa sectorial y la de contratación pública se resuelve a favor del primero

LXIX. La definición del **dominio** ostentado por licitadores y contratistas no dista un ápice del concepto general. La principal peculiaridad se halla en que el monopolio sobre el contrato no concede necesariamente al adjudicatario el dominio sobre el mercado de oferta. Dependerá del «pedazo de tarta» que el órgano de contratación posea sobre el mercado de demanda. Si es absoluto (contratos en materia de Defensa), el adjudicatario unirá a su condición de monopolista de contrato la de monopolista de mercado. En otros sectores, el alcance territorial y material del mercado relevante y las barreras para acceder a él significan que el contratista o concesionario ocupa todo el mercado del servicio y están en condiciones de extender su poder a alguno de sus mercados conexos.

LXX. Mercado relevante, posición de dominio y **abuso de posición de dominio** no presentan especificidades esenciales en la contratación pública. El requisito fundamental para que la conducta sea abusiva es que sea capaz de causar el cierre del mercado (*foreclosure*). Las categorías de abuso presentan en la contratación pública el

mismo carácter equívoco que en los demás sectores. Salvo excepciones muy contadas (precios predatorios en su versión más extrema), a sus efectos contrarios a la competencia pueden unirse resultados pro-competitivos).

LXXI. La **clasificación de los abusos de posición de dominio presentes en la contratación pública** no ofrece diferencias respecto de la generalmente admitida. En primer lugar, se distingue entre abusos exclusionarios y explotativos. En segundo lugar, las conductas pueden producirse en el mismo y en diferentes mercados. Ahora bien, la particular forma de decidir qué competidor obtiene la adjudicación del contrato añade un nuevo criterio a las formas tradicionales de clasificación del abuso. Así, cabe distinguir entre abusos cometidos durante el procedimiento de adjudicación y durante la ejecución del contrato.

Los abusos exclusionarios tratados son las ofertas predatorias; la discriminación; la denegación de suministro y de acceso; la compresión de márgenes, la vinculación y el empaquetamiento. Se estudian, además, la innovación predatoria, la presentación de una oferta única y global por el licitador, la denigración abusiva, los acuerdos exclusivos, los descuentos por fidelidad y las ofertas con precio cero no predatorias.

Los abusos explotativos más destacados son los precios excesivos. Se abordan otros, imputables tanto al ente contratante como a los licitadores y contratistas. Los primeros pueden recaer sobre los precios (presupuesto de contratación excesivo, abuso de dependencia económica) y sobre otras condiciones comerciales (cesión de derechos de propiedad intelectual o industrial). De los segundos se estudian el boicot de un proveedor monopolístico, la vinculación y el encadenamiento, la discriminación explotativa y la pasividad tecnológica.

LXXII. El tratamiento de las **ofertas predatorias** en la contratación pública exige diferenciar, previamente, entre **oferta anormalmente baja**, **oferta con pérdida** y **oferta predatoria**. El primero es un concepto de Derecho administrativo, el segundo y el tercero son tratados específicamente en este estudio. Las ofertas predatorias serán abusivas cuando el operador dominante (licitador o candidato) incurra deliberadamente en pérdidas o renuncie a beneficios a corto plazo a fin de excluir o tener probabilidades de excluir a uno o varios de sus competidores reales o potenciales, igual o razonablemente eficiente, con objeto de reforzar o mantener su poder de mercado,

perjudicando así a los consumidores (*Preparados Farmacéuticos* , *Napp Pharmaceuticals, Nederlandse Spoorwegen*)

LXXIII. Debe supeditarse la anticompetitividad de las ofertas predatorias a las operaciones matemáticas de los tests *Areeda/Turner* y *AKZO/Tetrapark* (método taxativo, objetividad estricta). No hacerlo así y atender a la estimación sobre si las pérdidas son evitables (método valorativo, primer grado de subjetividad) introduce un componente de indefinición y favorece una visión expansiva de la predación en la contratación pública. El test de la evitabilidad puede convertirse muy fácilmente en un enjuiciamiento sobre las intenciones del licitador a la hora de asignar un precio a su oferta (segundo grado de subjetividad). Además, contribuye a difuminar la diferencia entre la predación (abuso de posición de dominio *ex* artículo 2 LDC) y la oferta a pérdida en sentido estricto (conducta desleal que falsea la competencia, *ex* artículo 3 LDC).

LXXIV. Las **ofertas con precio cero y las ofertas simbólicas** son aquellas proposiciones presentadas por un licitador que, de resultar adjudicatario, se compromete a ejecutar el contrato sin reclamar contraprestación alguna (o meramente testimonial) que deba ser abonada por la entidad contratante (*Arbora* y *Ausonia*). Constituyen la regla en las licitaciones de contratos de mediación de seguros celebrados por las administraciones públicas con agentes y corredores. En ellas es práctica universal que el único criterio de adjudicación sea el precio y que los PCAP no incluyan ninguna contraprestación económica a cargo del contratante público. Los pliegos suelen establecer como precio del contrato las comisiones a satisfacer al futuro adjudicatario por las entidades aseguradoras, quienes son ajenas al contrato administrativo.

Cuando la empresa dominante ofrece un producto a cero euros (servicio de mediación de seguros a la entidad pública contratante), su conducta sólo es racional cuando espera obtener un beneficio en el otro mercado. Si se dan las condiciones adecuadas, podrían llenar alguno de los siguientes tipos: ventas encadenadas, denegación de acceso, descuentos, predación o venta a pérdida.

LXXV. La **discriminación de precios o de otras condiciones comerciales** se presenta de tres formas en la contratación pública. En primer lugar, se habla de discriminación exclusionaria o «*primary line injury (price/non-price) discrimination*» cuando el operador dominante fija unos precios o condiciones comerciales

discriminatorios para la venta de sus productos con la finalidad de perjudicar o excluir del mercado a sus propios competidores (*foreclosure*).

En segundo lugar, por discriminación de segundo grado (*secondary line injury (price/non-price) discrimination*) se entiende la discriminación por parte de un proveedor dominante entre sus clientes. La práctica no genera ninguna ventaja competitiva al operador dominante sobre una empresa rival, dado que aquel no está presente en el mercado relevante sobre el que la discriminación produce efectos adversos. La discriminación de segundo grado produce un impacto en el mercado aguas abajo, entre los clientes del proveedor o terceras partes entre sí. En el ámbito de la contratación pública, el ejemplo más reiterado de discriminación de segundo grado es el de un concesionario de servicios públicos (tanatorios), verticalmente integrado, dominante en el mercado aguas arriba, que impone en el mercado aguas abajo (servicios funerarios) condiciones más perjudiciales a los operadores que compiten con su propia división mercantil en dicho mercado descendente.

En tercer lugar, la doctrina y las autoridades de defensa de la competencia han construido la figura de la discriminación explotativa. El supuesto de hecho es idéntico al descrito para la discriminación de segundo grado. Pero la conducta es considerada como un abuso de posición dominante de naturaleza explotativa, al amparo del artículo 101.1 a) TFUE o 2.2 a) LDC. De admitirse la responsabilidad *antitrust* de los poderes adjudicadores, el cliente público que goce de posición de dominio en el mercado de demanda y abuse de ella en el mercado aguas arriba por imponer precios o condiciones comerciales discriminatorias a sus proveedores incurrirá en discriminación inversa, sea exclusionaria sea abusiva.

LXXVI. La contratación de servicios públicos es terreno abonado para que el contratista o concesionario dominantes incurran en discriminación de segundo grado frente a sus competidores. El supuesto de hecho paradigmático presenta a un contratista público verticalmente integrado que emplea su posición de dominio superlativa sobre el mercado en el que ganó el contrato público para extenderla de forma abusiva a un mercado conexo, en el cual compite con otros operadores. Sin justificación económica suficiente, la sección del contratista público en el mercado del contrato aplica condiciones más beneficiosas a su sección en el mercado contestable que a los rivales. La discriminación puede recaer sobre los precios de acceso al servicio (muy superiores los fijados a los rivales) o en otras condiciones comerciales (exigencia a los

competidores de ciertos requisitos o en mayor grado). El efecto real o potencial de esta preferencia es que un competidor eficiente no puede entrar en el mercado contestable, es expulsado del mismo o se le mantiene en una situación inane. Dicha conducta es susceptible de perjudicar a los usuarios finales al provocar la reducción de la oferta.

LXXVII. Definido el mercado y constatada la posición de dominio que ostentan sobre el mismo el poder adjudicador (prestación directa) o el adjudicatario (prestación contractual), la **imputación de una conducta discriminatoria a la entidad contratante** presupone admitir la responsabilidad *antitrust* de los entes contratantes y exige la concurrencia de tres requisitos, citados en el artículo 102 c) TFUE y 2.1.d) LDC: 1) la imposición a los operadores económicos de ‘condiciones desiguales’; 2) la desigualdad opera en ‘transacciones equivalentes’; 3) como consecuencia, se genera una ‘desventaja competitiva’ - potencial o real- a los precluidos frente a los preferidos.

LXXVIII. La **discriminación de segundo grado** (artículo 2.1d) LDC) atiende a los efectos exclusionarios que la conducta del contratista respecto de sus clientes produce sobre la competencia en el mercado aguas abajo. Los clientes del operador dominante son rivales entre sí en el mercado aguas abajo. Se sanciona al contratista porque el comportamiento discriminatorio a favor de alguno de sus clientes distorsiona la situación del mercado aguas abajo en perjuicio de los rivales de este (*Ayuntamiento de Cuéllar, Servicios funerarios La Gomera, Tanatorio Ciudad, Tanatorio de Catoira*).

La **discriminación explotativa** (artículo 2.1.a) LDC) implica que la imposición por el contratista de precios o de condiciones comerciales discriminatorias provoca perjuicios indebidos sobre el cliente aguas abajo. Se analiza la relación comercial entre el contratista y cada cliente. Los términos de esta relación se estiman «inequitativos» por comparación con los de los demás clientes. Los clientes del operador dominante no son rivales entre sí en el mercado aguas abajo. Se sanciona al contratista porque el comportamiento discriminatorio significa la imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos a unos clientes respecto de otros (*Tanatorios de Huelva S.L*).

LXXIX. Las conductas discriminatorias van normalmente unidas a otras prácticas abusivas, sean de naturaleza excluyente o explotativa. Esta situación favorece el **forum shopping** en su persecución, particularmente en los casos de precios excesivos, discriminatorios y denegación constructiva. No así en el de *margin squeeze*, dada la

especificidad de su *test*, en el que el carácter anticompetitivo de la conducta dependen del margen entre el precio intermedio del insumo y el precio final. En Derecho español, la situación descrita encuentra terreno abonado en los contratos de gestión de servicios públicos; en particular, en las concesiones administrativas de servicios funerarios. Las autoridades de defensa de la competencia castellana-leonesa y gallega han seguido caminos diferentes a la hora de sancionar abusos de posición de dominio imputados al concesionario de servicios de tanatorio que impone precios excesivos a la par que discriminatorios. La primera lo hizo por abuso explotativo; la segunda prefirió acudir al abuso discriminatorio.

LXXX. La **denegación de suministro o de acceso** en la contratación pública tiene como presupuesto la doctrina de las infraestructuras esenciales (*Tanatorios de Huelva, S.L., Tanatorio Pedrera*) o de la necesidad objetiva. Además, sólo será sancionable si provoca el cierre del mercado (*Purple Parking*) y perjudica a los consumidores (*Funerarias Madrid*).

Esta figura admite cinco modalidades. En primer lugar, la **negativa del licitador o candidato en el procedimiento de contratación**. Aquel puede rehusar el ejercer como tal al inicio del procedimiento de contratación, por la vía de no presentar una oferta a un procedimiento de contratación (negativa inicial) o durante la tramitación del mismo, mediante la retirada de la oferta ya presentada (negativa o terminación sobrevenida).

En segundo lugar, la **negativa del contratista o concesionario frente al ente contratante** (renuncia o en el incumplimiento total o sustancial del contrato público sin causa suficiente). Aunque estrictamente la situación expuesta no figura entre los casos de finalización directa o por equivalencia, sí podría plantearse como negativa indebida del contratista a (re-)iniciar (o repetir) relaciones comerciales con el ente contratante; siempre que reúna los requisitos exigidos para ello.

En tercer lugar, la **negativa del contratista o concesionario público frente a terceros operadores** (*Tanatorios de Huelva, S.L., Tanatorio Pedrera*). En la contratación pública, el esquema denegatorio responde al marco configurado por *Sea Containers*; articulado bajo la denominación de denegación de acceso a infraestructuras esenciales. En Derecho español, los servicios mortuorios, en particular los de tanatorio,

copan la inmensa mayoría de las resoluciones sancionadoras por negativa de acceso relacionados con contratos y concesiones públicas.

En cuarto lugar, la **negativa de venta de los proveedores o subcontratistas a los licitadores y contratistas** (*Signalisation routière verticale*). La negativa adopta la forma de boicot, total o parcial, al contratista. El proveedor o subcontratista en situación de dominio se niegan a entregarle los insumos o a ejecutar la parte del contrato que tiene encomendada, respectivamente. Otra forma de actuar es la negativa constructiva: entregas tardías, parciales, indebidas o con vicios.

En quinto lugar, la **negativa de un proveedor dominante integrado en un cártel de licitadores** que comete abuso de posición de dominio por denegación de suministro y participa además en el boicot colectivo acordado por el cártel (caso *Pre-insulated pipes*). Por último, la **negativa de compra**; un ente público que actúa como comprador al amparo de la LCSP no es imputable por negativa inicial siempre que su decisión de compra respete las normas sustantivas y procedimentales previstas en la normativa de contratación pública. En caso de resolución anticipada del contrato por causa que le sea imputable, la LCSP le impone consecuencias indemnizatorias a favor del proveedor (artículo 211). Su sanción por el cauce del derecho de la competencia depende de en qué grado se admita la responsabilidad *antitrust* del órgano de contratación. Parece más sencillo cuando se trata de operadores del sector público sometidos a derecho privado (sociedades mercantiles públicas) que en el caso de las administraciones públicas.

LXXXI. La justificación objetiva de las conductas denegatorias ha sido articulada por la **doctrina de las infraestructuras esenciales** (*essential facilities*) y por la de la **necesidad objetiva**. Sea cual sea la que se adopte, ha de valorarse si es anticompetitiva la denegación de la totalidad de la infraestructura, bien o servicio esenciales que fueron objeto del contrato público o tan sólo de algunas partes. Y, en este último caso, precisarse cuáles quedan exentas y cuáles han de ser accesibles para garantizar una sana competencia en el mercado conexo al dominado por el contratista público. En resumen, acotar la extensión objetiva o contenido esencial del bien necesario equivale a determinar el contenido esencial de la denegación de acceso al mismo. La doctrina de los «frutos reales de la propiedad» reduce el alcance de la acción por *refusal* a los elementos centrales de la instalación o bien gestionado por el (contratista) operador dominante. Pero impide que prospere respecto de los bienes o servicios accesorios. Esto equivale a afirmar que, en muchos casos, no toda la infraestructura esencial es esencial.

LXXXII. La denegación de suministro o de acceso no ha de suprimir a todos los competidores para ser abusiva. A partir de *Microsoft*, lo relevante para acreditar una infracción del artículo 102 TFUE es que la negativa controvertida comporte el riesgo o pueda surtir el efecto **de eliminar «toda competencia efectiva en el mercado»**. Para ello no es necesario que concurra riesgo grave de eliminación de todos los competidores. Es suficiente con demostrar que éstos permanecen de forma marginal en algunos ‘nichos’ del mercado.

LXXXIII. La justificación objetiva de la denegación por razones de interés general, la doctrina de la acción de Estado y el principio de confianza legítima no son generalmente aceptadas para salvar la responsabilidad del licitador o contratista que abusa de su posición de dominio. Un estadio más radical es el de imputar responsabilidad *antitrust* al ente contratante que hubiese motivado, favorecido, inducido o de cualquier otro modo participado en la comisión del acto denegatorio por el contratista o concesionario público. Así lo hizo el TDCCYL en *Ayuntamiento de Hoyocasero*.

LXXXIV. La **denegación ‘constructiva’** adquiere rasgos diferentes según se trate de concesiones de servicio público o de concesiones de obras públicas. En el primer caso, hasta tres tipos de abuso podrían entrar en juego: a) precios excesivos (abuso explotativo); b) precios discriminatorios o c) denegación de acceso constructiva (abusos exclusionario). La autoridad de competencia goza de libertad para sancionar al concesionario por uno, dos o por los tres tipos citados, siempre que reúnan las condiciones para ello (*forum shopping*). En caso de que opte por la denegación constructiva, la constatación del rechazo exige aplicar el criterio previsto para la denegación propia (*test Magill*). En el segundo, la negativa constructiva será improcedente salvo que concesionario dominante opere en el mercado en el que sus conductas producirían efectos perversos, sea directamente sea a través de una empresa subsidiaria. Tan sólo en este improbable caso cabría acusar al concesionario de perseguir la extensión de su posición de dominio sobre la infraestructura concesional a la actividad del segundo mercado, expulsando para ello a sus rivales en este último.

LXXXV. La **Ley de garantía de la unidad de mercado** es una alternativa a la normativa de competencia para imponer sanciones a los contratistas públicos que incurran en denegación de acceso a sus competidores. Así ocurre frente a los concesionarios de los servicios de tanatorio. El procedimiento empleado es el previsto

en el artículo 28 LGUM («*Mecanismos adicionales de eliminación de obstáculos o barreras detectados por los operadores económicos, los consumidores y los usuarios*»). La rapidez y efectividad de su procedimiento hace augurar que los procedimientos por abuso de posición de dominio deban compartir con aquella vía la solución de los abusos denegatorios.

LXXXVI. Cuando un contratista público verticalmente integrado traslada el poder de mercado (monopolio o posición dominante) de que goza en el mercado ‘ascendente’ (*upstream market*) por la vía de estrechar (*squeeze*) los márgenes de beneficios de sus competidores en el mercado ‘descendente’ (*downstream market*) nos hallamos en presencia de un tipo de abuso exclusionario denominado **compresión de márgenes**, estrechamiento de márgenes o pinzamiento de precios, conocida en el Derecho anglosajón por los nombres de *price squeeze* o *margin squeeze*.

El *price squeeze*, en cuanto categoría específica del Derecho *antitrust*, se desarrolló antes en los mercados no regulados que en los regulados. Sin embargo, es ya doctrina común el admitir que los conflictos por estrechamiento de márgenes son congénitos a aquellos sectores liberalizados donde los antiguos monopolistas retienen el control de los mercados de insumos esenciales para la prestación de los servicios a los consumidores finales (mercados ascendentes).

La contratación pública no es perfectamente identificable con los sectores regulados. Sin embargo, presenta características propias de estos (por ejemplo, normativa sectorial, condiciones de ejercicio, órgano fiscalizador, control *ex ante*, capacidad de sanción). Es por ello que este estudio aprovecha el amplio desarrollo jurisprudencial del *margin squeeze* en los sectores regulados para construir una teoría de la compresión de márgenes en la contratación pública.

LXXXVII. La posición tradicional sobre el *margin squeeze* entendía que la compresión de márgenes se sancionaba como otras figuras abusivas, dependiendo del escenario. En caso de una regulación contractual completa en los mercados descendente y ascendente, el dominante carece de instrumentos para imponer una compresión de márgenes efectiva. En caso de que el órgano de contratación hubiese autorizado la compresión por la vía de una modificación de tarifas conforme a la ordenanza, será aquel quien incurra en la compresión a la hora de otorgar la autorización. Nos hallamos ante la denominada «compresión de márgenes administrativa».

Cuando el contrato administrativo se celebra en el mercado ascendente y el mercado descendente está abierto a la competencia, el precio del servicio contratado es fijado por la Administración; sin embargo, el precio en el mercado aguas abajo es libre. La compresión de márgenes prosperará si a consecuencia del pinzamiento el precio exigido por el contratista a los consumidores en el mercado aguas es inferior al que pueden cobrar sus competidores. Se habla entonces de «compresión de márgenes predatoria».

Cuando el único regulado es el mercado descendente y el dominante en el mercado del insumo fija unilateralmente su precio, para implementar el estrechamiento le basta con actuar sobre aquél, sin necesidad de ‘tocar’ el del producto final. Para ello impondrá al operador un precio de venta del insumo superior a su coste para el operador dominante. Al vender el insumo por un precio no basado en los costes de producción la empresa verticalmente integrada está discriminando a su competidor frente a sí misma. Por ello, ha sido nominada compresión de márgenes discriminatoria. En un caso extremo, puede ejecutarse como denegación de suministro o de acceso al insumo.

A partir de los casos *TeliaSonera* y *Telefónica*, la compresión de márgenes es considerada como infracción autónoma (posición actual). Para su existencia basta con examinar la relación entre los precios fijados por el contratista o concesionario. La ilegalidad se halla en que dicho margen impida a los rivales tan eficientes como la dominante competir con ésta en el mercado minorista, salvo que lo hagan con pérdidas (margen negativo) o con tasas de rentabilidad artificialmente reducidas (margen positivo); estrategias ambas que los sacaran del mercado, produciendo el efecto anticompetitivo.

LXXXVIII. En la contratación pública, la compresión de márgenes puede tener lugar durante el procedimiento de contratación (*Transporte Televisión, Nokia*) o después de la adjudicación. También puede producirse sobre el mismo producto (*Telefónica, Genzyme*) o sobre productos diferentes (*Transporte Televisión, Nokia*). En el primer caso, la práctica restrictiva denunciada es la aplicación de precios muy elevados para servicios mayoristas en los que el dominante es el único o el principal proveedor y que son necesarios para prestar los servicios minoristas. Las empresas rivales no podrían competir con aquel en las licitaciones de servicios minoristas a las que todos se presentan porque el precio que pagan a aquella por el insumo (los servicios mayoristas) es superior a la oferta económica del dominante en las licitaciones. En el

segundo caso, los mercados afectados son dos, relativos a productos distintos. En primer lugar, el mercado de la contratación, comprende la prestación de los servicios de transporte de distribución satelital a nivel nacional autonómico (la adquisición de este servicio por las televisiones públicas se hace por la vía de la contratación pública). En segundo lugar, el mercado del insumo.

LXXXIX. La **vinculación (*tying*) y el empaquetamiento (*bundling*)** en la contratación pública admiten una modalidad pura y una mixta. En la primera, el contratista o concesionario ofrece un paquete cerrado e indivisible en el que figuran las obras, suministros o servicios objeto del contrato público, junto con otros no específicamente previstos en los PCAP y PPT (empaquetamiento) o bien supedita la obtención de los primeros a la contratación de los segundos (vinculación, *Genzyme*). La vinculación impuesta por el contratista público presenta dos modalidades, externa e interna. La primera supedita los servicios propios del contrato a la adquisición de otros ajenos a él. La segunda hace depender la obtención de unas prestaciones contractuales a la recepción de otros objetos del contrato.

El empaquetamiento mixto (*mixed bundling*), descuento multi-producto (*multi-product rebates*) o acumulación de descuentos (*bundled discounting*), se define comúnmente como el ofrecimiento de descuentos o rebajas por la compra conjunta de dos o más productos o servicios diferentes. A diferencia de las figuras puras, los acuerdos de descuento no impiden la compra de los productos individuales por separado, aunque el precio agregado de los componentes individuales suele ser superior al precio del paquete. En la contratación pública, el empaquetamiento mixto supone que el contratista o concesionario público ofrece al destinatario- sea el poder adjudicador sea el usuario - la opción de: a) adquirir un paquete formado por el bien o servicio objeto del contrato público (producto principal) más otros ajenos a él (productos accesorios); o b) adquirir por separado ambos productos.

XC. Las **entidades públicas o los contratistas y concesionarios de servicios públicos** han sido reiteradamente **denunciadas por imponer precios predatorios o incurrir en prácticas desleales anticompetitivas contra sus competidores privados**. Se les achaca el emplear su poder monopolístico y los recursos generados por el servicio público para entrar en mercados comerciales por la vía de reducir los precios cobrados por sus competidores privados. Hasta la fecha, con una única excepción, las autoridades de la competencia han rechazado todas y cada una de las denuncias formuladas por

operadores privados basadas en que la prestación de servicios y actividades públicas por un precio excesivamente reducido supone la infracción de los artículos 2 y 3 LDC. La forma de gestión del servicio (directa o indirecta) no ha supuesto diferencias en los motivos empleados por los denunciantes ni en las respuestas de los órganos de competencia. A la misma conclusión han llegado los órganos judiciales civiles y contencioso-administrativos.

La respuesta procedente de las autoridades de competencia han ido variando a lo largo de los años. En un primer momento, el rechazo a declarar el carácter anticompetitivo de estas prácticas se basó en la naturaleza y finalidades de las actividades o servicios y en la condición pública de sus titulares, tal como vienen reconocidas en la Constitución de 1978. Con el tiempo, las resoluciones priorizaron los argumentos específicos del derecho de la competencia. Las más modernas, por último han elevado considerablemente el nivel técnico respecto de las precedentes.

La unanimidad de pronunciamientos administrativos y judiciales sumada a los argumentos expuestos en el epígrafe anterior parece vetar toda posibilidad de éxito a futuras reclamaciones. Dos razones hacen que este posicionamiento sea erróneo. Primera, las resoluciones que marcaron el camino enjuiciaron actividades económicas ejecutadas directamente por entidades públicas. Es conceptualmente sencillo defender que el móvil principal de sus acciones no es el económico, sino el servir con objetividad a los intereses generales (artículo 103.1 CE). Erróneamente, no se varió esta doctrina respecto de las operaciones ejecutadas por contratistas o concesionarios públicos, cuyo carácter de empresas y su exclusiva motivación en el lucro es indiscutible. Segunda, los argumentos han sido desarrollados para apuntalar las resoluciones tipo contrato de gestión de servicios públicos de centros deportivos (o similar). Pero no explican porqué sí son sancionables las conductas predatorias o desleales ejecutadas por un concesionario de servicios públicos mortuorios.

XCI. Menor espacio se dedica a otras prácticas abusivas cuya presencia en la contratación pública circunstancial: la innovación predatoria, la presentación de una oferta global y conjunta, la denigración, los acuerdos exclusivos y los descuentos y las ofertas con precio cero no predatorias.

La **innovación predatoria** queda restringida a los contratos públicos dotados de un componente científico o tecnológico significativo. Por ejemplo, en los contratos de

provisión de servicios informáticos, la compra de productos farmacéuticos, la compra pública innovadora o las consultas preliminares al mercado (*Warner Chilcott, Allied Orthopedic*).

La **presentación de una oferta global y conjunta** por el licitador dominante puede excluir de facto a sus co-licitadores, quienes formularon ofertas a lotes singulares. Este tipo de abuso presenta unos contornos muy claros y unos límites muy precisos. Para que sea posible los pliegos del procedimiento han de autorizar la presentación de ofertas globales e indivisibles y de proposiciones parciales o bien no pronunciarse al respecto. Además, los colicitadores (igualmente eficientes) del dominante no están en condiciones de emular el tipo de oferta. Para evitarlo, basta con dividir el contrato en lotes y restringir el número de lotes a los que cada licitador puede presentar ofertas o resultar adjudicatario (*Transport Maritime*).

La **denigración** de los productos de otros licitadores por el operador dominante ha sido sancionada por la *Autorité de la Concurrence*. El discurso denigratorio del dominante ha de ser capaz de influenciar la estructura del mercado. Para ello, la autoridad debe examinar sus efectos esperados o reales entre los socios y clientes de los rivales. No es preciso demostrar que el comportamiento denigratorio ha producido efectos concretos. Basta con acreditar que es capaz por sí mismo de restringir la competencia. El comportamiento se diferencia de la crítica en la medida en la que busca obtener una ventaja competitiva penalizando a su rival (*Buprenorphine, Teva Santé*).

En principio, los **acuerdos exclusivos** y **descuentos por fidelidad** no pueden darse en la contratación del sector público debido a que en ella concurren tres elementos: la regla de la oferta más baja, la temporalidad de los contratos y el sometimiento a procedimientos competitivos. Por regla general, la adjudicación de un contrato público recaerá a favor del licitador que ofrezca el precio más bajo (dicho de otro modo, el mayor descuento). En ningún caso puede el contratista incumbente fidelizar al ente contratante, puesto que todos los contratos públicos tendrán un término improrrogable, tras el cual el órgano de contratación convocará una nueva licitación, de la que saldrá ganador el contratista actual u otro distinto.

Por último, se estudia en qué casos **las ofertas con precio cero no predatorias** reúnen rasgos de otras conductas abusivas, como son el encadenamiento, la denegación de acceso o los descuentos.

XCII. La primera y más importante figura de **abusos explotativos** en la contratación pública es la de los **precios excesivos**. Su estudio ha de hacerse tanto durante el procedimiento de contratación como durante la ejecución del contrato.

Los precios excesivos durante el procedimiento de contratación se denominan ofertas excesivas. La presentación de ofertas desproporcionadas no constituye un tipo infractor a la ley de defensa de la competencia en forma de precios excesivos. Dicho de otro modo, las proposiciones económicas nunca son abusivas por exceso. Ello se debe a que toda oferta que exceda del presupuesto de licitación queda automáticamente excluida. En realidad, cuando una licitación no prospera debido a que el licitador único o un número significativo de oferentes presentan una oferta económica superior al precio de reserva, el eventual comportamiento anticompetitivo no debe ser calificado de precio excesivo, sino de boicot ‘constructivo’, ya sea individual ya colectivo. Este tipo de licitadores, o bien no comparecen a la licitación o se retiran durante la misma o su proposición excede el presupuesto de licitación, con lo que son excluidos.

XCIII. El **test general** para determinar si un operador económico adopta un esquema de precios excesivos durante la ejecución del contrato, en su condición de contratista o concesionario, presenta los siguientes hitos, expuestos de forma sucesiva: adjudicación del contrato al operador económico; obtención del monopolio sobre el contrato público; el contratista impone precios muy elevados e inequitativos que pueden constituir una conducta explotativa; e imputación de la responsabilidad *antitrust* al contratista o a la entidad contratante.

Como resultado natural del procedimiento competitivo, el contratista adquiere una posición monopolística sobre el conjunto de prestaciones en que consiste el contrato público. Además, en no pocas ocasiones, la adjudicación de ciertos contratos - concesión de obra y contrato o concesión de servicios - tiene como efecto conceder al contratista o concesionario derechos exclusivos o especiales para la gestión de servicios públicos o de servicios de interés económico general. La concesión de derechos exclusivos une en el contratista la posición de monopolista sobre el contrato y monopolista sobre el mercado.

XCIV. A la hora de precisar si los precios aplicados por el contratista o concesionario son excesivos, las autoridades de competencia han acudido principalmente a **criterios comparativos**. Los términos de comparación han sido

variados, en función de las circunstancias del caso: en general, toman otros costes o precios, aplicados por el mismo o por otros contratistas en el mismo o en otros territorios. También se usan como término de comparación las tarifas oficiales o los precios establecidos en los pliegos (*Sorea I y II*).

XCIV. La **responsabilidad *antitrust* por precio excesivo** es imputable al contratista o concesionario, cuando aplique precios superiores a los fijados por las tarifas oficiales o sobrepase los límites establecidos por la normativa aplicable - ordenanzas fiscales, pliegos (principio de responsabilidad especial del contratista dominante).

El concesionario estará exento de responsabilidad: a) cuando la normativa reguladora del contrato administrativo establece los precios o tarifas que el adjudicatario debe cobrar a los usuarios finales, imperativamente y sin posibilidad de variación; b) cuando el contratista establece unilateralmente los precios y los somete a la aprobación - expresa o por silencio administrativo- del poder adjudicador. En ambos casos, el régimen de tarifas pasa a ser materia administrativa, por lo que su legalidad debe enjuiciarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Una posición más extrema es la mantenida por la sentencia prejudicial *Corinne Bodson*. En dicha sentencia, la Corte de Justicia responsabiliza al concesionario de servicios públicos por la imposición de precios excesivos en cualquier caso. Es decir, con independencia de que la normativa o los pliegos de la licitación concedan o no al adjudicatario la autonomía para mover los precios y evitar que sean excesivos. El fundamento de esta posición se encuentra en que con la firma del contrato el concesionario decide de forma voluntaria asumir las condiciones de la contratación, por lo que responde de los precios excesivos en todo caso.

XCVI. La doctrina ha diseñado series de criterios (*screens*) que, aplicados de forma sumada, facilitan la identificación de los mercados candidatos para la aplicación de los precios excesivos. Su objetivo es reducir el riesgo de errores positivos o negativos. Lo que resulta estimulante para este estudio es que un gran número de ellos son aplicables a los mercados de la contratación pública. En general, se entiende que los precios excesivos sólo son sancionables en casos excepcionales. Para su determinación emplean tres criterios acumulativos (*three condition screening test*). Primero, el mercado ha de soportar barreras de entrada elevadas y no transitorias, que conducen a

una posición de super dominio o de monopolio. Segundo, la posición superdominante es debida a la posesión de derechos exclusivos o especiales o a la comisión de abusos exclusionarios no sancionados. Tercero, no existe un regulador específico con facultades para decidir sobre el carácter excesivo de los precios.

Las tres características concurren en ciertos contratos y concesiones de servicios o de obra pública. Especialmente porque en muchos casos, tales contratos articulan la ejecución de servicios públicos y de servicios de interés económico general cuya prestación han de asegurar los poderes públicos. Y ello porque (se supone que) el mercado no está en condiciones de garantizarlos en condiciones de calidad, igualdad y universalidad. Un mercado estrecho y barreras de tipo legal, administrativo, urbanístico y financiero se suman para otorgar al adjudicatario el monopolio sobre el contrato y el monopolio o superdominio sobre todo el mercado. Particularmente, cuando controla una infraestructura esencial (infraestructura eléctrica, tanatorio), que precisa ser empleada por sus competidores (abuso exclusionario) y/o por los clientes finales (abuso explotativo). Las elevadas barreras a la entrada y a la expansión implican, pues, que no exista presión efectiva del mercado para rebajar los precios a niveles competitivos. También conducen a que los consumidores carezcan de alternativas reales a los productos o servicios ofrecidos por dominante.

XCVII. Los precios excesivos no son el único abuso explotativo que tiene lugar en la contratación pública. Existe una **amplia variedad** de ellos, cometidos tanto por la entidad contratante (abuso de dependencia económica, presupuesto de contratación explotativo, cesión de derechos de propiedad intelectual o industrial) como por licitadores y contratistas (boicot, vinculación y empaquetamiento, discriminación y pasividad tecnológica).

XCVIII. Dos tipos de **conductas desleales** incardinadas en el artículo 3 LDC son las más comunes en la contratación pública: la violación de normas (artículo 15 LCD) y la oferta/venta a pérdida (artículo 17 LCD). En el primer caso, la normativa de contratos públicos tiene por finalidad articular la competencia entre los licitadores; su infracción es el paradigma de vulneración de normativa con carácter concurrencial. En el segundo, la oferta del licitador o el precio del contratista son inferiores a los parámetros racionales.

XCIX. Bajo la rúbrica «*Violación de normas*», el artículo 15 LCD considera desleal el prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva significativa adquirida mediante la infracción de las leyes. (apartado primero). Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial (apartado segundo).

En el ámbito de la contratación pública, la lógica lleva a pensar en que el apartado segundo del artículo 15 LCD es aplicable casi sin excepción, puesto que el licitador o contratista incurrirá en infracción de la LCSP, norma que rige el procedimiento y el contrato. Pero son muchas las normas jurídicas relacionadas con este sector (por ejemplo, las que regulan el producto o servicio adquiridos por el cliente público) por lo que el apartado primero no debe ser en absoluto descartado (*Transporte fluvial de Lugo, Cursos de inglés del Ayuntamiento de Ferrol, Gimnasio de Ferrolterra*).

La infracción de normas que regulan la actividad concurrencial comprende la vulneración de la LCSP (tan sólo de sus preceptos que tienen naturaleza y finalidad concurrencial), de los pliegos de cláusulas administrativas generales y de los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Pero en este último caso, tan sólo por derivación. Es decir, cuando se infringan cláusulas que reproducen preceptos contenidos en la LCSP o en el pliego de cláusulas generales (*Alcor Seguridade, Concurso Pinosolo*).

C. Para determinar si un contrato del sector público supone una **venta a pérdida**, ha de procederse a un triple análisis: (1º) Que la conducta reúna las tres características previstas en el artículo 3 LDC: acto de competencia desleal/falseamiento de la competencia/afectación del interés público; (2º) Que se trate de un acto de competencia desleal, puesto que concurren en él los rasgos previstos en los artículos 2 y 15 LCD; (3º) Por último, la aplicación de las normas anteriores está condicionada por el régimen jurídico público de la contratación administrativa.

En particular, la venta a pérdida ha de formar parte «*de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor*». La intencionalidad de la estrategia puede resultar trascendente, ya que la práctica predatoria va dirigida a eliminar a un competidor actual del mercado o a disuadir a uno potencial de entrar en él. Esta intencionalidad, es la que también debe observarse en el supuesto de venta a pérdida como conducta de competencia desleal, prohibida en el art. 3 de la LDC 2007. En la ausencia de este requisito se han basado las autoridades de competencia para archivar

las denuncias contra contratistas/concesionarios por falseamiento de la competencia debidas a venta a pérdida.

CAPÍTULO IV

CI. En Derecho comparado, cabe hablar de dos **modelos de tutela de la competencia en la contratación pública**, monista y dualista. El primero la encomienda a un solo ente. El segundo diferencia entre las conductas contrarias al Derecho de la contratación pública y las contrarias a la normativa de defensa de la competencia. La intervención de las autoridades de competencia se limita a la persecución y sanción del segundo tipo de consultas.

El español es un modelo de tutela dualista en el que los órganos de contratación también participan en la lucha contra las conductas anticompetitivas. En concreto, asumen el deber de comunicar las mismas a las autoridades de competencia (artículos 68 y 132 LCSP), la suspensión del procedimiento administrativo en caso de indicios de tales conductas (artículo 150 LCSP) y la imposición de prohibiciones de contratar cuando aquellas hayan sido sancionadas con carácter firme (artículo 71 LCSP).

CII. La acción de los poderes públicos contra las conductas anticompetitivas en el ámbito de la contratación pública ha correspondido tradicionalmente a las autoridades de defensa de la competencia, en cuanto entes administrativos especializados en el Derecho *antitrust*. En los últimos años, su labor está siendo complementada la de las **entidades vinculadas a la contratación pública**. La incorporación de este aparato institucional es una exigencia de la Directiva 2014/24, de contratos públicos y refleja una conciencia más desarrollada sobre la peligrosidad de dichas conductas y la dificultad de su persecución. Los perjuicios causados por los comportamientos anticompetitivos en la contratación pública, en particular, los no sólo son contrarias a los objetivos generales del Derecho de la competencia (bienestar de los consumidores, salud del mercado y eficiencia). Además, distorsionan las políticas públicas y los intereses generales para cuya ejecución la contratación pública es un instrumento. Por último, perjudican a los ciudadanos, en cuanto receptores finales de servicios públicos y como contribuyentes.

CIII. Las dificultades para detectar comportamientos *antitrust* en la contratación pública aconseja el uso de **métodos preventivos** (previos a su comisión) y **reactivos** (posteriores a la misma) por las autoridades de defensa de la competencia, los órganos y entes de la contratación. Los métodos preventivos son muy variados. En su labor de promoción de la competencia, las autoridades de competencia emiten directrices, comunicaciones, guías, informes sobre los pliegos, etc., desarrollan programas de formación, *screening* e impugnan normas y pliegos ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Los órganos de contratación pueden, por ejemplo, realizar actividades formativas, introducen en los pliegos cláusulas pro-competencia y compromisos de no incurrir en prácticas anticompetitivas e incluyen asesores en defensa de la competencia. También pueden adoptar programas de *screening*.

Los métodos reactivos tienen su centro de gravedad en el procedimiento sancionador, sobre el que orbitan la denuncia, la delación y la clemencia. El artículo 132 LCSP incorpora una cláusula especial que somete a los órganos y entes de la contratación pública al deber de denunciar ante las autoridades de competencia los indicios de prácticas anticompetitivas de que tengan conocimiento.

La persecución eficaz de estas conductas precisa el uso y la combinación inteligente de los métodos proactivos y reactivos, con el fin de combinar la represión con la prevención (general y especial) y la aculturación en la defensa de la competencia de todos los agentes implicados en la contratación pública.

CIV. El conocimiento del Derecho de la competencia por los operadores económicos y jurídicos implicados en la contratación pública es insuficiente para luchar eficazmente contra las conductas anticompetitivas. Por ello, es esencial que aquellas dediquen recursos a la **promoción de la competencia en la contratación pública**. La promoción tiene carácter proactivo y preventivo. Sus destinatarios preferentes no son los licitadores, sino los entes contratantes.

Cabe diferenciar tres modalidades de promoción de la competencia en la contratación pública: la verificada a través de recomendaciones y guías dirigidas *erga omnes*; los dictámenes e informes emitidos por las autoridades de defensa de la competencia (u otros organismos consultivos) en relación con expedientes concretos; y la interposición de recursos administrativos y contencioso-administrativos contra los

actos y disposiciones contrarios a la normativa de competencia o que menoscaben el principio de competencia en la contratación pública.

CV. La primera tarea de los órganos de contratación en particular, y de todos los entes implicados en la contratación pública en general, es procurar que el personal dedicado a estos menesteres adquiera la **formación** suficientes sobre los comportamientos anticompetitivos. Sólo su previo conocimiento les permitirá evitarlas, disuadir de su comisión o, en su caso, denunciarlas.

CVI. Con carácter previo a la redacción de los pliegos, los órganos de contratación deben **definir correctamente** tanto el mercado - que productos o servicios precisa y en qué ámbito geográfico se prevé la participación de licitadores - como el tipo de procedimiento más competitivo para tramitar la contratación. El objetivo, en ambos casos, debe ser favorecer la participación del mayor número posible de ofertas viables.

CVII. El órgano de contratación debe estar en condiciones de registrar **patrones de comportamiento (*screening*)**. En muchos casos, extraerá de ellos indicios potentes acerca de la comisión de actos anticompetitivos en el procedimiento incoado. Su envío temprano a las autoridades de defensa de la competencia incrementa las posibilidades de éxito de una investigación *antitrust*.

CVIII. El órgano de contratación favorece la prevención de conductas anticompetitiva cuando introduce estipulaciones con tal objeto en los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Cabe diferenciar **dos grupos de cláusulas incorporables a los pliegos: reglamentarias y orgánicas**. Las primeras contienen disposiciones -expositivas o vinculantes- destinadas a evitar o prevenir conductas *antitrust* de las empresas en el procedimiento de contratación. Las segundas refieren la participación de comités y expertos en materia de competencia que auxilien al órgano de contratación y a la Mesa de contratación a la hora de impedir y reaccionar frente a dichas conductas. Necesariamente, el expediente de contratación habría de contar con una relación de las reglas de competencia aplicables y las prácticas anticompetitivas más comunes en este ámbito. No es preciso que se incluya en el pliego de cláusulas administrativas. Bastaría una presentación general y una remisión a un documento al uso, como la «*Guía de la CNC sobre contratación pública y competencia*» o a sus equivalentes en Andalucía, Cataluña y el País Vasco.

CIX. Un mecanismo para lograr la implicación activa del licitador en la prevención de la colusión consiste en la inclusión de un **protocolo de legalidad** en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, que cada licitador o candidato cubrirá, firmará y presentará junto a su oferta. El protocolo instrumenta el compromiso de los participantes en la licitación de no acometer o participar en manipulaciones colusorias. En el ámbito de la contratación pública, la consecuencia más grave para el licitador que vulnere el protocolo es la imposición de la prohibición de contratar prevista en el artículo 71.1.e) LCSP, que sanciona a quienes hubiesen incurrido en «*falsedad (...) al facilitar cualesquiera otros datos relativos a su capacidad y solvencia*». En el ámbito penal el compromiso engañoso podría encajar en el tipo de falsificación documental, más o menos agravada según se tuviese a aquél por documento privado, oficial o público. En el marco de una investigación llevada a cabo por una autoridad de competencia la presencia de indicios de colusión acentúa la importancia del compromiso de no incurrir en prácticas colusorias.

En el documento único comunitario (DEUC) figura una pregunta equiparable al protocolo en cuestión. En concreto, el licitador debe señalar si a celebrado acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia y, en caso de respuesta afirmativa, si ha adoptado o no medidas autocorrectoras.

CX. El órgano de contratación podrá acudir a **expertos externos** para que le asesoren sobre la conformidad de las ofertas con la normativa de defensa de la competencia. Las entidades más capacitadas para ofrecer el asesoramiento pertinente serán las autoridades nacional y autonómicas de competencia, por vía de integración o de auxilio técnico a la Mesa.

CXI. Plantearse la admisión de **programas de cumplimiento** (*compliance*) en el ámbito de la contratación pública exige tener en cuenta su doble naturaleza (preventiva y atenuante) y el papel que compete a los entes contratantes, a las autoridades de competencia y, naturalmente, a los propios licitadores. La singularización del *bid rigging* a la hora de elaborar programas de cumplimiento admite dos modalidades: a) la inclusión de cláusulas de descripción y prevención del *bid rigging* en los *compliance programmes* ordinarios; b) la confección de programas de cumplimiento separados en los que se contemplase la colusión en la contratación pública.

En el curso de un procedimiento sancionador, aquellos licitadores que advierten a la autoridad de defensa de la competencia acerca de la existencia de un programa de cumplimiento del derecho de la competencia estarán interesados en hacerlo valer como atenuante, al amparo del artículo 64.3 LDC, letras a) (*realización de actuaciones que pongan fin a la infracción*) o d) (*colaboración activa y efectiva con la autoridad de competencia*). Las consecuencias son diferentes según el programa sea anterior a la infracción o haya sido establecido con posterioridad a la conducta anticompetitiva.

CXII. La vía más efectiva para la promoción de políticas de *compliance* entre los licitadores consiste en otorgar alguna ventaja competitiva a los que acrediten tener en marcha un programa de cumplimiento a la fecha del anuncio de licitación. Esta ventaja debe entenderse en términos de aseguramiento de una posición de privilegio frente a los rivales que hubiesen descuidado el *compliance*.

En cuanto criterio de solvencia, el órgano de contratación que anuncie la convocatoria de una licitación para la celebración de un contrato sometido a regulación armonizada podrá condicionar la admisión de los licitadores a aquellos a la presentación de un certificado ISO 37001 (o equivalente). Los licitadores que no se hallen en posesión del mismo - lo que equivale a afirmar que carecen de programa de cumplimiento- serán excluidos del procedimiento de contratación. En cuanto criterio de adjudicación, las juntas consultivas de contratación administrativa han considerado correcta la valoración de la «calidad» mediante la toma en consideración de los correspondientes certificados, pero siempre que tal circunstancia no se haya exigido como requisito de solvencia técnica para participar en el concurso. La acreditación de la existencia de un programa de cumplimiento es uno de los tres requisitos establecidos por el artículo 57.5 de la Directiva 2014/24 y 72.5 LCSP para que el licitador pueda solicitar y obtener la exención de la prohibición de contratar por haber incurrido en conductas falsificadoras de la competencia.

CXIII. La nulidad del acuerdo colusorio no alcanza en principio al contrato público. Aunque el pacto se haya demostrado eficaz y exitoso para el cártel, si el procedimiento de contratación ha respetado la legalidad contractual, entonces ha generado un negocio jurídico administrativo dotado de las presunciones de validez y de eficacia. El licitador triunfante se convierte en contratista y está facultado para ejecutar el contrato.

CXIV. La **nulidad del contrato público** derivado de un acuerdo colusorio puede obtenerse por dos vías. La primera, apelando al artículo 47.2.f) LRJAP. Es obvio que el contratista que debe su condición al éxito del pacto colusorio ha obtenido el contrato administrativo careciendo del requisito esencial para la adjudicación a su favor: haber presentado la oferta económicamente más ventajosa. La comisión del acuerdo colusorio es determinante del acto de adjudicación y debe producir la nulidad del mismo y la del contrato por la aplicación combinada de los artículos 40 LCSP y 62.2.f) LPC. Para cerrar el círculo, la declaración de nulidad de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato.

En segundo lugar, el contrato administrativo es nulo si la empresa adjudicataria se halla incurso en alguna de las prohibiciones de contratar previstas en la LCSP (artículo 39.2.a)). A su vez, el artículo 42.1 LCSP añade que la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación.

Los contratos públicos adjudicados a empresas ajenas a un cártel que hubiesen actuado en un procedimiento de contratación podrían ser declarados nulos si la participación o boicot del grupo colusorio hubiesen tenido incidencia en el resultado de la adjudicación.

CXV. La contratación pública es un sector propicio para que las autoridades de competencia ensayen técnicas de *screening* (estructurales y conductistas), que después se adaptarán a los restantes supuestos de cartelización. Son varios los motivos que explican esta tendencia: la riqueza de datos contenidos en el expediente de contratación; la proclividad a la colusión de un número no menor de procedimientos contractuales; y el elevado porcentaje de casos de *bid rigging* entre los cárteles sancionados por las autoridades de competencia.

La fiabilidad del *screening* para detectar conductas colusorias es limitada. En muy pocos casos será bastante para iniciar la investigación contra un cártel en materia de contratación pública. Sin embargo, dista mucho de ser un instrumento inútil. Sirve para encauzar la atención a sectores en los que existen sospechas o indicios generales de colusión. Por ende, facilita el descubrimiento de los factores empleados por el cártel para implementar el cártel (similitud de precios, reparto de licitaciones, rotaciones de ofertas, boicots, etc).

CXVI. El artículo 132.3 LCSP impone a los órganos de la contratación pública el **deber de comunicar** a las autoridades de defensa de la competencia los indicios de prácticas anticompetitivas de las que tengan conocimiento en el curso de los procedimientos contractuales. Se trata de una cooperación unilateral y no voluntaria. Las autoridades de competencia adoptan una posición pasiva, de meras receptoras de las denuncias. Entre los sujetos obligados a la notificación merecen especial atención los tribunales administrativos de recursos contractuales. En la medida en la que actúan como órgano jurisdiccional, conocen las reclamaciones frente a los contratos más importantes y tienen a su disposición la totalidad del expediente, es indudable que se hallan en una buena posición para evaluar la suficiencia de los indicios y decidir la remisión a las autoridades de competencia. La práctica de los tribunales ha sido, en general, bastante deficiente. En la mayor parte de las ocasiones evitan todo pronunciamiento o desvirtúan los indicios de manera genérica.

CXVII. El artículo 132.3 LCSP presta especial atención a las prácticas colusorias imputables a los licitadores. Pero también concurre esta obligación cuando se aprecien indicios de abuso de posición de dominio o puedan concurrir los requisitos establecidos en el artículo 3 LDC para hablar de falseamiento de la competencia por actos desleales.

A pesar de que su potencialidad es evidente, el artículo 132.3.LCSP ha gozado de relativa fortuna. Coadyuvan a ello la insuficiente formación del personal público en Derecho de la Competencia, la pasividad de los órganos a los que se impone el deber de notificación y el pavor del órgano de contratación a la paralización del procedimiento contractual.

CXVIII. El artículo 71.1.b LCSP ha introducido por primera vez entre las **prohibiciones de contratar** la de *«haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave (...) de falseamiento de la competencia»*.

La primera y quizás la más significativa de las innovaciones introducidas por la vigente LCSP es la amplitud de esta prohibición. Por una parte, su alcance no queda reducido a la colusión en la contratación pública. El licitador será excluido del procedimiento de contratación si hubiese incurrido previamente en cualquier conducta anticompetitiva de los artículos 1 a 3 LDC, aunque no estuviese ligada a procedimientos contractuales públicos. Por otra, las infracciones habilitantes de la prohibición son tanto las graves como las muy graves; quedan excluidas tan sólo las leves.

CXIX. El tenor literal de los artículos 57 y 71 muestra que la normativa nacional es más favorable a la operatividad de la prohibición de contratar que la propia Directiva 2014/24. Mientras que la LDSP la considera como una consecuencia imperativa de la sanción en materia de competencia, («*No podrán contratar...*»), la Directiva la entiende como facultativa («*Los poderes adjudicadores podrán excluir ...*»).

El artículo 71 LCSP sitúa como parámetro de la exclusión al falseamiento de la competencia. Esta expresión no liga las prohibiciones de contratar únicamente a las prácticas colusorias sino que alcanza al abuso de posición de dominio o a las conductas desleales del artículo 3 LDC. Tal como arriba se indicó, es defendible una interpretación extensiva que acoja bajo el paraguas de la prohibición de contratar a todas las conductas anticompetitivas en el ámbito contractual. A la misma conclusión llegó el TJUE en la sentencia Generali, al amparo de los artículos 49 y 56 TFUE y del Considerando 101 de la Directiva 2014/24. Por el contrario, el artículo 57.4 de este texto limita la eficacia de la prohibición a los acuerdos colusorios.

Para ser destinatario de la prohibición de contratar se exige haber sido sancionado con carácter firme por la infracción grave o muy grave al derecho de la competencia en uno o más procedimientos de contratación pública. La ley española agrava sustancialmente la condición de perseguibilidad prevista en el artículo 57.1.d) de la Directiva («*indicios suficientemente plausibles*»). Ello conllevará retrasos en la aplicación y animará la litigiosidad. Debe entenderse que una resolución es firme cuando lo único que se recurra sea el cálculo de la multa o cuando los hechos sean confirmados por la jurisdicción revisora y únicamente se ordene recalcular la multa.

Pero la normativa interna es más restrictiva que la Directiva en dos extremos de importancia: el estándar probatorio y la infracción desencadenante de la prohibición de contratar. En relación con el primero, la Directiva habla de indicios suficientemente plausibles de comportamientos anticompetitivos; la ley española supedita la medida a la existencia de una resolución administrativa o judicial firmes. Respecto de la segunda, se excluyen las infracciones leves.

CXX. Una vez firme la resolución sancionadora en materia de competencia, el órgano de contratación podrá (artículo 57 Directiva 2014/24) o deberá (artículo 71 LCSP) iniciar el procedimiento administrativo para imponer a los sancionados una prohibición de contratar. Ni la Directiva ni la LCSP han previsto expresamente que la

clemencia exime a su beneficiario del carácter liberatorio de la clemencia. No obstante, la interpretación literal de la normativa nacional (artículo 71.1.b) LCSP) conduce a excluir al beneficiario de la prohibición de contratar. Dado que la concesión de la clemencia ha evitado que recaiga sobre él una coerción pecuniaria, es evidente que el beneficiario no reúne la condición esencial para que le sea impuesta la prohibición: haber sido sancionado con carácter firme. Además, para defender la exención cabría apoyarse en la rehabilitación del licitador. Resulta incoherente desactivar la prohibición en favor del sancionado y mantenerla para el beneficiario de la clemencia.

CXXI. La LCSP (artículo 72.5) ha previsto un mecanismo que evita la efectividad práctica de la prohibición de contratar al permitir al licitador colusorio participar en procedimientos de contratación a pesar de haberle sido impuesta una prohibición de contratar por haber incurrido en conductas anticompetitivas. La **rehabilitación** exige del licitador que asuma *motu proprio* las consecuencias de su infracción y colabore en la investigación de las conductas anticompetitivas.

La normativa de contratación pública establece la *reformatio in melius* de la prohibición de contratar. La cuestión a dilucidar es si es admisible la *reformatio in peius*; es decir, el restablecimiento de la prohibición cuando el sancionado no cumple alguno de sus compromisos. En concreto, no haber instaurado un sistema viable y adecuado de cumplimiento en forma y plazo y no haberse acogido al programa de clemencia cuando esté investigado en futuros procedimientos sancionadores.

Los preceptos no especifican qué órgano es el competente para evaluar las propuestas de medidas corrector y determinar su suficiencia. En Derecho español, la coherencia con el modelo establecido por el artículo 72.2 LCSP significa que tal órgano debiera ser el mismo que decretó la prohibición de contratar. Ahora bien, dicha coherencia exige que la autoridad de defensa de la competencia sea consultada sobre dichos extremos cuando en su resolución se hubiese pronunciado expresamente sobre el alcance y duración de la prohibición. Y debiera ser consultada también aunque no existiese pronunciamiento expreso, a fin de que opinase sobre la extensión de la rehabilitación a los beneficiarios por la clemencia y sobre la eficacia de las medidas organizativas, técnicas y de personal propuestas por el licitador.

CXXII. El documento único comunitario (DEUC) instrumenta el compromiso del licitador de no haber incurrido en prácticas anticompetitivas. El DEUC sólo goza de

eficacia rehabilitadora frente a la prohibición de contratar inicial, no frente a la eventual expulsión de un procedimiento de contratación. Ahora bien, en caso de que el licitador emplee el DEUC para manifestar su pertenencia a un cártel operativo en la licitación en curso, su declaración tendrá valor de denuncia y el órgano de contratación deberá emplear el mecanismo articulado por el artículo 132.3 LCSP para comunicar los indicios de prácticas anticompetitivas a las autoridades de defensa de la competencia.

CXXIII. El artículo 150 LCSP prevé la **expulsión del procedimiento de contratación en curso** de aquellos licitadores respecto de los que haya indicios de participar en prácticas colusorias. Lo mismo hace el artículo 68 LCSP cuando las sospechas recaen sobre una unión de empresarios. Mientras que el artículo 57.5 de la Directiva atribuyó de forma expresa a los poderes adjudicadores la competencia para acordar la expulsión, la LCSP no precisa adecuadamente las funciones de la autoridad de competencia (cuya función sería la de informar y asesorar) y las del órgano de contratación (a quien parece asignar la decisión). Esta cuestión debiera ser clarificada en el futuro reglamento que articulará el procedimiento para sustanciar el artículo 150 LCSP. Lo aconseja, por un lado, el paralelismo con lo dispuesto por el artículo 72 LCSP para el caso de las prohibiciones de contratar. Pero también, el tenor del artículo 57. 5 de la Directiva 2014/24. El texto comunitario atribuye de forma expresa a los poderes adjudicadores la competencia para acordar la expulsión.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales no ha sido muy proclive a utilizar el mecanismo de expulsión (caso *Becsa*). Con su trasposición por el artículo 150 LCSP, es deseable que los órganos administrativos de recursos contractuales lo empleen de forma diligente.

CXXIV. La prohibición de contratar es también aplicable para expulsar de un procedimiento de contratación en marcha a un licitador sancionado por comportamientos colusorios anteriores, siempre que la resolución o sentencia sancionadoras sean posteriores al inicio de la licitación el órgano de contratación o bien, siendo anteriores, no hubiesen llegado a conocimiento de aquel por causas no imputables al mismo. Así lo puso de manifiesto el TJUE en el asunto *Connexxion Taxi Services*.

CXXV. La prohibición de expulsión automática del procedimiento de contratación de aquellos licitadores que hubiesen participado en la fase de preparación

de un procedimiento de contratación – en las consultas preliminares al mercado, en la redacción de los pliegos de cláusulas administrativas particulares o de prescripciones técnicas, del proyecto de obras o de cualquier otro documento – (artículos 41 de la Directiva 2014/24/CE y 70 LCSP) no es una prohibición de contratar en sentido estricto. Ello se debe a que la separación de un licitador por haber intervenido en las fases previas al inicio del procedimiento de contratación no conlleva el impedimento a su participación en licitaciones futuras.

CXXVI. Una conducta anticompetitiva imputable a licitadores (o adjudicatarios) en un procedimiento de contratación pública es susceptible de **dobles persecución y sanción en vía administrativa y penal**. Es decir, además de sustanciar un procedimiento por vulneración de la LCD, cabe instar y concluir otra vía sancionadora sin que quepa invocar el principio *non bis in ídem*. Los intereses tutelados por el Derecho de la Competencia – eficiencia en el mercado, bienestar del consumidor – divergen de los correspondientes al Derecho de la Contratación pública y al Derecho Penal. En el segundo, el bien primario es la obtención del mayor *value for money*; todo ello sin descuidar un conjunto de valores medioambientales, sociales, de género, innovación tecnológica, etc., que conforman la denominada ‘contratación pública estratégica’. En el tercero, cada delito relacionable con las prácticas colusorias en la contratación pública tendrá su bien jurídico protegido.

ABREVIATURAS

£:	libras esterlinas
ACCO:	Autoridad de Defensa de la Competencia de Cataluña.
AC:	Autorité de la Concurrence (Francia).
ACM:	Autorità darante della Concorrenza e del Mercato.
ADCC:	Autoridad Danesa del Comercio y de la Competencia.
CDCA:	Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía.
CGC:	Consello Galego da Competencia
Discussion Paper:	DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Diciembre, 2005
FNE:	Fiscalía Nacional Económica de Chile.
GCC:	Guía de Contratación y Competencia de la CNC, 2011.
JCCA Aragón:	Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón.
LGDCU:	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
LRHL:	Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.
TDCCYL:	Tribunal de Defensa de la Competencia de Castilla y León
TDLC:	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile.
LBRL:	Ley de Bases de Régimen Local
LCD:	Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.
LCE.	Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado.
LDC:	Ley 15/2007 de Defensa de la competencia.
LF:	Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones.

LGDCU:	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
LGUM:	Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.
LPAC:	Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común.
LRHL:	Ley de 28 de diciembre de 1988, Reguladora de las Haciendas Locales.
LRJAP:	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico de las administraciones públicas
OFT:	Office of Fair Trading (U.K)
PCAP:	pliego de cláusulas administrativas particulares.
PPT:	pliego de prescripciones técnicas.
RAV:	Reglamento 330/2010, de 20 de abril, relativo a la aplicación del artículo 101.3 TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas
RDC:	Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.
RGLCAP:	Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
REDE:	Revista Española de Derecho Europeo, Civitas-Thomson Reuters.
TACRC:	Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
TACRCM:	Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.
TDCG:	Tribunal de Defensa da Competencia de Galicia.
TVDC:	Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia.
TDC:	Tribunal de Defensa de la Competencia (España)
TGDC:	Tribunal Galego de Defensa da Competencia
U. Pa. L. Rev:	University of Pensilvania Law Review

**DOCTRINA ADMINISTRATIVA
Y JUDICIAL**

AUTORIDADES DE COMPETENCIA ESPAÑOLAS

Autoridad Nacional (TDC/CNC/CNMC)

Informes

CNMC, *Guía contra el fraude en la licitación pública*, 18 de enero de 2017 (<https://www.cnmc.es/novedades/2017-01-18-la-cnmc-intensifica-su-esfuerzo-en-la-persecucion-de-las-irregularidades-en>) (consultada el 19 de enero de 2017).

CNMC, IPN/CNMC/011/15 *Informe sobre el Anteproyecto de Ley sobre Procedimientos de Contratación en los sectores del agua, la energía, la energía, los transportes y los servicios postales*.

CNMC, PRO/CNMC/001/15 *Análisis de la Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia*, 5 de febrero de 2015.

CNMC, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público (IPN/CNMC/010/15)*, 16 de julio de 2015.

CNC, *Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia*, 2013.

Resoluciones

RCNMC de 30 de agosto de 2018, Expte. SAMAD/08/16, *Rutas Navidad Autobuses Madrid*.

RCNMC, de 26 de julio de 2018, Expte. S/DC/0565/15 *Licitaciones de aplicaciones informáticas*.

RCNMC de 3 de mayo de 2018, Expte. S/DC/0854/17, *Agencias de medios*.

RCNMC, de 21 de noviembre de 2017, Expte. S/DC/0562/15, *Cables BT/MT* (y Nota de prensa de 28 de noviembre de 2017).

RCNMC, de 4 de octubre de 2017, Expte SAMAD/12/10, *Tanatorios Coslada*, (negativa de acceso a los familiares de fallecidos)

RCNMC, de 12 de septiembre de 2017, Expte SAMAD/12/10, *Tanatorios Coslada* (negativa de acceso a otras empresas funerarias).

RCNMC, de 13 de julio de 2017, Expte. S/DC/0561/15 *Gases Medicinales*.

RCNMC, de 8 de junio de 2017, Expte S/DC/0557/15, *Nokia*.

RCNMC, de 9 de marzo de 2017, Expte S/DC/0512/14, *Transporte Balear de Viajeros*.

RCNMC, de 28 de febrero de 2017, Expte. S/DC/0511/14, *Renfe Operadora*.

RCNMC, de 23 de febrero de 2017, Expte. S/0545/15, *Hormigones de Asturias*.

RCNMC, de 29 de septiembre de 2016, Expte SN/DC/007/16, *Agencias de Viajes*.

RCNMC, de 6 de septiembre de 2016, Expte S/DC/0544/14, *Mudanzas Internacionales*.

RCNMC de 5 de septiembre de 2016, S/DC/0525/14, *Cementos*.

RCNMC de 30 de junio de 2016, Expte. S/0519/14, *Infraestructuras Ferroviarias..*

RCNMC, de 28 de mayo de 2016, Expte. S/DC/0504/14, *AIO*.

RCNMC 25 de febrero de 2016, R/AJ/118/15, *Facua Volkswagen*.

RCNMC, de 3 de diciembre de 2015, Expte. S/0481/13, *Construcciones Modulares*.

RCNMC, de 29 de octubre de 2015, *Telefónica*, Expte. S/0409/12.

RCNMC de 17 de septiembre de 2015, Expte SNC/0036/15 *Mediaset*.

RCNMC de 23 de julio de 2015, Expte S/0482/13, *Fabricantes de automóviles*

RCNMC, de 5 de marzo de 2015, Expte. S/0486/13, *Concesionarios Toyota*.

RCNMC, de 15 de enero de 2015, Expte. S/0473/13, *Postes de Hormigón*.

RCNMC, de 8 de enero de 2015, Expte. S/0429/12, *Residuos*.

RCNMC, de 4 de diciembre de 2014, SDC/0453/12, *Rodamientos ferroviarios*.

RCNMC, de 25 de septiembre de 2014, SDC/0513/14, *Televisión Baleares*.

RCNMC de 12 de junio de 2014, S/0444/12, *GEA*.

RCNMC, de 10 de abril de 2014, Expediente S/DC/0508/14, *DIA,S.A.*

RCNMC, de 21 de marzo de 2014, SACAN/0018/12, *Taxis Tenerife*.

RCNMC, de 20 de febrero de 2014, Expte. 25 can 02-11/13, *Ingenieros técnicos de obras Públicas-habilitación*.

RCNMC, de 4 de febrero de 2014, Expte S/0415/12, *ABH-ISMA*.

RCNMC de 21 de enero de 2014, Expediente S/0373/11 *CORREOS 2*.

RCNMC de 26 de diciembre de 2013, Expte. S/0423/12, *Munters*.

RCNMC, de 19 de noviembre de 2013, Expte. S/0398/12, *Loomis Prosegur*.

RCNC, de 4 de octubre de 2013, SAMAD/12/10, *Tanatorios Coslada*.

RCNC, de 26 de septiembre de 2013, S/314/10, *Puerto de Valencia*.

RCNC, de 26 de septiembre de 2013, SAMAD/01/2013, *Montaje de ascensores COINSA*.

RCNC, de 22 de abril de 2013, Expte. S/0341/11, *Correos*.

RCNC, de 25 de marzo de 2013, Expte. S/0316/2010, *Sobres de papel*.

RCNC de 25 de octubre de 2012, Expte. SA/CAN/0012/2011, *Transporte Ayuntamiento Las Palmas*.

RCNC, de 26 de septiembre de 2012, Expte. S/0335/11, *CEOE*.

RCNMC, de 2 de agosto de 2012, Expte S/0287/2010, *Postensado y Geotecnia*.

RCNC, de 17 de julio de 2012, SA MAD 13/2011, *Sistema de coche compartido Ayuntamiento de Madrid*.

RCNC de 29 de junio de 2011, Expte. S/0224/10, *Colomer*.

RCNC, de 11 de mayo de 2012, Expte. S/328/11, *TGSS*.

RCNC, de 27 de marzo de 2012, *Motocicletas*, Expte S/0237/10.

RCNMC, de 7 de marzo de 2012, S/0389/11, *Despacho billetes Renfe*.

RCNC, de 24 de febrero de 2012, Expte. S/0213/10, *Iberdrola SUR*.

RCNC, de 10 de febrero de 2012, Expte. S/0364/11, *Wirking Calaf-FSC*.

RCNC, de 8 de febrero de 2012, *Transporte Televisión*, Expte. S/0207/09.

RCNC, de 27 de enero de 2012, Expte. S/0377/11, *Amazon*.

RCNC, de 19 de enero de 2012, Expte S/0280/10, *SUZUKI-HONDA*.

RCNC, de 12 de enero de 2012, Expte. S/0179/09, *Hormigón y productos relacionados*.

RCNC, de 15 de diciembre de 2011, Expte. S/0350/11, *Asistencia en Carretera*.

RCNC, de 26 de octubre de 2011, Expte S/0060/08, *SINTRABI*.

RCNC, de 19 de octubre de 2011, Expte. S/0220/10, *Licitaciones de Carreteras*.

RCNC de 6 de octubre de 2011, Expte. S/167/09, *Productores de Uva y Vinos de Jerez*.

RCNC, de 16 de julio de 2011, Expte 01/2011, *COAM –Viviendas públicas de municipios de Madrid, SAMAD 01/2011*.

RCNC, de 24 de junio de 2011, Expte. S/0185/09, *Bombas de Fluidos*.

RCNC de 13 de mayo de 2011, expediente S/0159/09, *UNESA y Asociados*.

RCNC, de 7 de febrero de 2011, Expte S/0155/09, *STAMPA*.

RCNC, de 24 de enero de 2011, Expediente S/0096/08, *Fábrica Nacional de Moneda y Timbre*.

RCNC, 7 de septiembre de 2010, Expte. 626/07, *Canarias de Explosivos*.

RCNC, de 12 de julio de 2010, Expte. S/0243/10, *Iberdrola Suministro*.

RCNC, de 18 de enero de 2010, Expte. S/0014/10, *Gestión de Residuos Sanitarios*.

RCNC de 12 de noviembre de 2009. Expte S/0037/08, *Compañías de seguro decenal*.

RCNC de 14 de abril de 2009, Expte. 639/08 *Colegio Farmacéuticos Castilla-La Mancha*.

RCNC de 26 de marzo de 2009, Expte. 638/08, *Gas Distribuidoras*.

RCNC de 3 de marzo de 2009, Expte. 650/08, *Funerarias Baleares*.

RTDC de 7 de mayo de 2008, expte. 632/07, *Ayuntamiento Peralta*

RCNC, de 30 de junio de 2008, Expte 2802/07, *Intereconomía/Sogecable*.

RCNC de 7 de mayo de 2008, expte. 632/07, *Ayuntamiento Peralta*

RCNMC de 26 de febrero de 2008, Expte. 2743/06, *Grupo Generali*.

RTDC, de 16 de enero de 2008, Expte. 628/07, *Preparados Farmacéuticos*.

RTDC, de 22 de octubre de 2007, Exp. 620/06, *Jazztel/Telefónica*.

RTDC, de 11 de octubre de 2007, expte. 616/06, *Tanatorios Castellón*.

RTDC, de 28 de junio de 2007, Expte. 613/06, *Servicios Funerarios La Gomera*.

RTDC, de 7 de noviembre de 2006, *Deportes Valladolid*, Expte. r 673/05.

RTDC de 20 de septiembre de 2006, Expte. 595/2005, *Ambulancias Conquenses*.

RTDC de 27 de julio de 2006, expte. 594/05, *Cines Campoo*.

RTDC de 5 de junio de 2006, Expte. 590/2005, *Ambulancias Ourense*.

RTDC, de 4 de abril de 2006, r 625/04, *Centros Deportivos Castellón*.

RTDC, de 10 de marzo de 2006, Expt. r 653/04, *Centros Deportivos Benicarló*, Expt. r 648/05.

RTDC, de 4 de noviembre de 2005, *Deportes Álava*,.

RTDC, de 16 de junio de 2005, Expte 584/04, *Prensa/Correos*.

RTDC, de 16 de junio de 2005, Expte. 580/04, *Gas Natural*.

RTDC, de 31 de mayo de 2005, Expte. R 614/04, *Terapias Respiratorias Domiciliarias*
2.

RTDC e 17 de marzo de 2005, Expte. R 554/03m *Centros Deportivos Almazora 2*.

RTDC, de 2 de febrero de 2005, Expt. R 592/03, *Centros Deportivos Castellón*.

RTDC, de 22 de diciembre de 2004, Uni2/Telefónica Móviles.

RTDC de 22 de julio de 2004, Expte. 571/03, Expte. 565/03, *Materiales Radiactivos*.

RTDC de 21 de enero de 2004, r575/03, *Interflora/Tanatorios Tortosa*.

RTDC, de 18 de diciembre de 2003, *Servicios Deportivos Logroño*, Expt. r 572/03.

RTDC, de 20 de enero de 2003, Expte. r 504/01, *Terapias Respiratorias Domiciliarias*.

RTDC, de 19 de junio de 2002, Expte. r493/01, *Centros Deportivos Castellón*.

RTDC de 26 de noviembre de 2001, Expte. R 477/01, *Centros Deportivos Almazora*.

RTDC de 24 de octubre de 2001, Expte. 503/00, *Feriantes Huesca*.

RTDC, de 5 de junio de 2001, Expte. 498/00, *Funerarias Madrid*.

RTDC, de 25 de octubre de 2000, Expte. 476/99, *Agencias de Viaje*.

RTDC de 12 de marzo de 1999, expediente 429/1998, *Espectáculos taurinos*.

RTDC de 18 de febrero de 1999, expediente 434/98, *Prensa Segovia*.

RTDC, de 11 de mayo de 1998, Expte. 387/96. *Películas Vídeo*.

RTDC, de 30 de diciembre de 1997, Expte 361/95, *Funerarias de Madrid 2*.

RTDC, de 23 de diciembre de 1997, Expte. 404/97, *Servicios Funerarios de Madrid*.

RTDC, de 24 de julio de 1997, Expediente 393/96, *Aparejadores Cádiz*.

RTDC, de 27 de diciembre de 1996 (Expte R 165/96), *Funerarias Madrid 3* (interlocutoria).

RTDC, de 12 de diciembre de 1996 (Expte R 165/96), *Funerarias Madrid 3* (interlocutoria).

RTDC, de 6 de septiembre de 1996 (Expte 364/95), *Ortopédicos de Castilla y León*.

Resoluciones TDC sobre TRAGSA. Resolución de 30 de abril de 1996 (Expte. R 148/96); Resolución de 30 de diciembre de 1997 (Expte. R 255/97); Resolución de 26 de enero de 1998 (Expte. R 269/97); Resolución de 28 de enero de 1998 (Expte. R 270/97); Resolución de 5 de febrero de 1998 (Expte. R 272/97); Resolución de 13 de marzo de 1998 (Expte. R 273/97); Resolución de 30 de marzo de 1998 (Expte. R 267/97); Resolución de 30 de abril de 1998 (Expte. R 266/97). [1]
[SEP]

RTDC, de 26 de mayo de 1994, r 77/94, *Rutas a caballo*.

RTDC de 22 de marzo de 1994 (Expediente núm. 73/1994); AC.

RTDC, de 30 de octubre de 1993, Expte. 325/92, *Emorvisa*.

RTDC de 6 de julio de 1992, Expte. 312/1992, *Almacenistas Vino Guipúzcoa*.

RTDC, de 7 de enero de 1992, Expte 291/90, *Pañales Arbora y Ausonia*.

Sala de Supervisión Regulatoria

Resolución de la CNMC (Sala de supervisión regulatoria) del procedimiento sancionador incoado a comercial Eólica Suministro de Energía, S.L.U., por falta de adquisición de la energía necesaria para la realización de sus actividades de suministro, SNC/DE/126/14.

Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía

RCDCA S/05/2018, de 1 de junio de 2018, *Tanatorios Belalcázar*.

RCDCA S/01/2018, de 2 de marzo de 2018, *José Manuel Pascual Pascual*.

RCDCA S/11/2017, de 18 de octubre de 2017, *Unidades Móviles*.

RCDCA, de 30 de marzo de 2017, S/04/2017, *Cursos de idiomas del Ayuntamiento de Málaga*.

RCDCA, de 5 de mayo de 2016, S/06/2016, *Alta Partners Capital SGECR y Albia Capital Riesgo SGECR*.

RCDCA S/02/2016, de 9 de febrero de 2016, *Contratación de Planta Enfriadora-Recuperadora de Climatización*.

RCDCA S/12/2015, de 16 de diciembre de 2015, *Tanatorios Pedrera*.

RCDCA S/10/2015, de 21 de octubre de 2015, *CETURSA Sierra Nevada, S.A.*

RCDCA, S/08/2015, de 14 de octubre de 2015, *Facto y Salcoa*.

RADCA S/17/2014, de 17 de diciembre de 2014, *Asociación Provincial de Empresarios Transportistas y Agencias de Málaga (APETAM)*.

RCDCA, S/15/2014, de 1 de octubre de 2014, *Tanatorios de Huelva, S.L.*

RCDCA, de 14 de mayo de 2013, Expte. S/04/2013, *Unión del Taxi del Aljarafe*.

RCDCA, S/12/2012, de 27 de septiembre de 2012, *Tanatorios de Huelva*.

RCDCA S/10/2012, de 15 de marzo, *Sísifo Ascensores*

Recomendaciones para facilitar el acceso y promover la competencia en el ámbito de la contratación pública andaluza, CDCA y Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía, diciembre 2010.

Estudio sobre la Contratación Pública en la Comunidad Autónoma Andaluza desde el punto de vista de la Competencia, CDCA, octubre 2010.

Tribunal De Defensa De la Competencia de Aragón

RTDCA, de 12 de marzo de 2013, Expte. 15/2008, *Pompas Fúnebres Funeraria de Fraga, S.L.*

RTDCA, de 6 de noviembre de 2013, Expte. 7/2011, *Guarderías de Calatayud*.

Tribunal de Defensa de la Competencia de Castilla y León

RTDCCYL de 23 de julio de 2018, (Expediente TDC/SAN/10/2018) *incoado a la mercantil Parque Cementerio Salamanca, S.L., por incumplimiento de los compromisos adoptados en la resolución del expediente TDC/SAN/1/2015*.

RTDCCYL de 23 de julio de 2018, (Expediente TDC/SAN/9/2018): *terminación convencional del expediente sancionador instruido al Ayuntamiento de Hinojosa de Duero (Salamanca) y a la empresa funeraria Sevillano Castelló, S.L.*

RTDCCYL de 23 de julio de 2018, (Expediente TDC/SAN/8/2018): *denuncia presentada contra Servicios Funerarios Virgen de la Vega, S.L., y el Ayuntamiento de Miranda del Castañar, por una conducta contraria a la Ley de Defensa de la Competencia*.

RTDCCYL de 17 de abril de 2018, (Expediente TDC/SAN/6/2018): *denuncia presentada contra el Ayuntamiento de Linares de Riofrío (Salamanca) y la empresa funeraria Hijos de Anciones Calzada, S.L.U.*

RTDCCYL de 17 de abril de 2018, (Expediente TDC/SAN/3/2018): *denuncia presentada contra la mercantil Hijos de Anciones Calzada, S.L.U.*

RTDCCYL de 16 de marzo de 2018, (Expediente TDC/SAN/1/2018) *instruido sanción a la mercantil Agencia Funeraria Santa Teresa, S.L., por infracciones a la Ley de Defensa de la Competencia*.

RTDCCYL, de 26 de octubre de 2017, (Expediente TDC/SAN/18/2017): *denuncia presentada contra los Ayuntamientos de Sanchonuño y Valledado*.

RTDCCYL, de 22 de junio de 2017, (Expediente TDC/SAN/9/2017): *denuncia presentada contra Vedosa*.

RTDCCYL, de 20 de abril de 2017, (Expediente TDC/SAN/6/2017): *denuncia presentada contra Nevasa, S.A.*

RTDCCYL, de 13 de febrero de 2017, (Expediente TDC/SAN/1/2017): *denuncia presentada por la empresa funeraria Virgen de la Vega, S.L., contra el Ayuntamiento de Macotera y la empresa funeraria La Luz, S.L.*

RTDCCYL, de 30 de noviembre de 2015, (Expediente TDC/SAN/7/2015): *denuncia de D. Jesús Marín Picado, administrador de servicios funerarios Virgen del Vega, S.L., contra Tanatorio Ciudad, S.L., y contra el Ayuntamiento de Fuenteguinaldo (Salamanca)*

RTDCCYL, de 30 de noviembre de 2015, (Expediente TDC/SAN/8/2015): *denuncia de D. Jesús Marín Picado, administrador de servicios funerarios Virgen del Vega, S.L., contra Tanatorio Ciudad, S.L., y contra el Ayuntamiento de Navasfrías (Salamanca).*

RTDCCYL de 27 de abril de 2015, (Expediente TDC/SAN/5/2015), *Parque Cementerio de Salamanca.*

RTDCCYL de 12 de febrero de 2015, (Expediente TDC/SAN/1/2015), *Contratación de Transporte Turístico Urbano.*

RTDCCYL de 13 de diciembre de 2013, (Expediente TDC/SAN/2013), *denuncia de Urbano-José Sierra López contra el Ayuntamiento de Hoyocasero (Ávila).*

RTDCCYL de 10 de febrero de 2012, (Expte TDC/SAN/2/2011), *Tanatorio Virgen del Carmen, S.L., de Guardo (Palencia).*

RTDCCYL de 31 de octubre de 2012, Expte. TDC/SAN/2/2012, *Nevasa II.*

RTDCCYL, de 8 de octubre de 2009, Expte. TDC/3/2008, *Nevasa I.*

Autoritat Catalana de la Competencia

RACCO, de 10 de julio de 2018, expediente 75/2015, *Contratación pública servicios jurídicos ACC.*

RACCO, de 21 de diciembre de 2016, expediente 68/2015, *Alumbrado público (2)*

RACCO, de 9 de febrero de 2016, Expte. 57/2014, *Fisiogestión.*

RACCO, de 22 de septiembre de 2015, archivo del asunto nº 46/12 *Sorea* (II)

RACCO, de 2 de junio de 2015, expediente nº 41/2012, *Funerària Fontal*.

RACCO, de 25 de noviembre de 2014, Expte. 40/2011, *Servicios funerarios del Llobregat*.

RACCO, de 14 de julio de 2014, Expte. 45/2012, *IMPJB* .

RACCO, de 24 de febrero de 2014, expediente 44/2012 - *DIR-UPC*.

RACCO, de 10 de febrero de 2014, Expediente 38/2011, *Alumbrado Público de Canovelles*,

RACCO, de 8 de abril de 2010, Expte. 10/2009, *Gremio de Empresarios de Cine de Cataluña c. Ayuntamiento de Badalona*.

RACCO, de 3 de junio de 2010, Expte. 11/2009, *Gremio de Empresarios de Cine de Cataluña c. Ayuntamiento de Barcelona*.

RACCO de 13 de septiembre de 2009, Expediente 13/2009, *Ayuntament de Solsona*.

RACCO de 21 de enero de 2009, Expediente AR 30/08, *Asociación de Funerarios de Lleida*.

RTCDC, de 23 de julio de 2008, Expediente 21/07, *Sorea* (I).

Guía para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública, junio 2010.

Acuerdos Marco en el ámbito de la contratación pública: Guía para un uso anticompetitivo, mayo 2013

Consejo de Defensa de la Competencia de la Comunidad Valenciana

RCDCCV, de 27 de julio de 2016, Expte SAN 7/2015, *Tanatorio Flores*.

Consello/Comisión Galega de Defensa da Competencia

RCGC 2/2017, de 21 de julio, Expediente, S 16/2016, *Contrato público de suministro de calderas.*

RCGC 1/2016, de 6 de junio, Expte S 10/2014, *Licitación pública seguridade Concello de Lugo.*

RCGC 7/2014, de 27 de enero de 2015, Expediente S 5/2014, *Encomienda de gestión del servicio de protección radiológica en hospitales del Servizo Galego de Saúde.*

RCGDC, 3/2014, de 4 de julio, *Tanatorio de Catoira*, Exptes S7 y S20/2012 (vinculados).

RCGC R 6/2012, de 18 de diciembre de 2012, *Gas envasado de Pontevedra.*

RCGDC, 1/2012, de 10 de julio, *Tanatorio de Valga*, Expte. S12/2011.

RTGDC, de 4 de enero de 2010, *Gimnasio de Ferrolterra*, RA 26/2009.

RTGDC de 20 de febrero de 2009, *Cursos de inglés del Ayuntamiento de Ferrol*, RA-17/2009.

RTGDC de 2 de febrero de 2009, *Transporte fluvial de Lugo*, R-7/2008.

RTGDC, de 20 de febrero de 2008, Expte. S-2/2007, *Autobuses de Ourense.*

Autoridad Vasca de la Competencia

RAVC, de 27 de diciembre de 2017, Proyecto LEA/AVC no 130-SAN-2016, *Avitrans.*

RAVC, de 21 de noviembre de 2017, Proyecto LEA/AVC nº 26-SAN-2013, *Servicios de transporte y asistencia a emergencias sanitarias para la Red de Transporte Sanitario Urgente de la CAE.*

RAVC, de 3 de octubre de 2017, Proyecto AVC nº 184-SAN-2016, *Auzo Lagun*

RAVC, de 4 de febrero de 2016, Expte. 6/20113, *Comedores Escolares.*

RAVC, de 14 de enero de 2016, Expte. 2/2016, *Transporte Horizontal.*

RAVC, de 11 de noviembre de 2015, Expte. 7/2013, *Obras públicas Álava*.

RAVC de 21 de mayo de 2013, Expte. 05/2012, *Concurso Pinosolo*.

RAVC, de 7 de septiembre de 2012, Expte 07/2011, *Contrato Telefónico del Ayuntamiento de Bilbao*.

RTVC, de 26 de febrero de 2009, Expte. 10/08, *Cesta Punta*

TRIBUNALES ESPAÑOLES

Tribunal Constitucional

STC. 189/2013, Pleno, de 7 noviembre, cuestión de inconstitucionalidad. 7686-2009

STC 70/2012, Sala Primera, de 16 de abril, Rec. amparo 9432/2006.

STC 172/2005, Sala Segunda, de 20 de junio, Rec. amparo 1945/2004

STC 2/2003, Pleno, de 16 de enero, Rec. amparo 2468/2000.

STC 229/1998, Sala Segunda, de 17 de diciembre. Rec. amparo 429/1984

STC 234/1991, Sala Segunda, de 10 de diciembre, Rec. de Amparo 1473/1989.

STC 175/1985, Sala Primera, de 17 de diciembre. Rec. amparo 429/1984.

STC 174/1985, Sala Primera, de 17 de diciembre. Rec. amparo 558/1983.

STC 2/1981, Sala Primera, de 30 de enero, Rec. amparo 90/1980.

Tribunal Supremo

(Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª.

STS 1052/2018, de 19 de junio, Rec. Casación 3055/2017.

STS 163/2018, de 5 de febrero, Rec. de casación 2808/2015.

STS de 23 de mayo de 2017, Rec. de casación 3813/2014, *Contrato Telefónico Ayuntamiento de Bilbao*.

STS 668/2017, de 24 de febrero, Sala C-A, Secc. 3ª, Rec. de casación 1314/2014, *AISGE*.

STS de 9 de diciembre de 2016, Rec. de casación 731/2014.

STS de 18 de julio de 2016, Rec. de casación 2946/2013.

STS de 2 de octubre de 2015, Rec. Cas. 3254/2014.

STS de 11 de septiembre de 2015, Rec. cas. 228/2013

STS de 3 de julio de 2015, Rec. de casación 3250/2014 *Hormigón y productos relacionados*.

STS de 8 de junio de 2015, rec. de casación 3253/2014, F.J. 2º.

STS de 9 de marzo de 2015, Rec. de casación 3528/2012, *SESCAM*.

STS de 10 de junio de 2014, Rec. de casación 2377/2011.

STS de 6 de noviembre de 2013, Rec. de casación 2736/2010, *KUTXA*.

STS de 28 de junio de 2013, Rec. de casación 1947/2010, *BILBAO BIZKAIA KUTXA (BBK)*.

STS de 14 de junio de 2013, Rec. Casación 3282/2010, *Funeraria Baleares*.

STS, de 29 de mayo de 2013, *Canarias Explosivos*.

SAN de 6 de junio de 2012, Rec. 283/2009, *SESCAM*.

STS 1110/2012, de 1 de marzo, Rec. de casación 1298/2009, *Asociación Española de Fabricantes de Cartón Ondulado (AFCO)*.

STS de 20 de abril de 2010, Rec. Casación 3337/2007, *Telefónica/Astel*.

STS de 5 de octubre de 2009, Rec. casación 3984/2006.

STS de 5 de octubre de 2009, Rec. casación 3556/2007.

STS de 30 de enero de 2008, Rec. de casación 548/2002, *Tragsa*.

STS de 26 de diciembre de 2007, (rec. 1907/2005, interpuesto por Repsol Butano, S.A.).

STS de 20 de diciembre de 2006, Rec. de casación 3658/3004, (*Agencias de Viajes*)

STS, Sala 2ª nº 670/2006, de 21 de junio.

STS de 28 de marzo de 2006, (recurso de casación 4907/2002).

STS de 12 de marzo de 2008, Rec. 2897/2005.

STS de 20 de junio de 2006, Planes Claros, Rec. Casación 9174/2003.

STS 14 de febrero de 2006, Rec. 4628/2003 (*Caso Agencias de viajes*).

STS de 31 de mayo de 2005, Rec. Cas. 4574/02.0

STS de 31 de marzo de 2005, Rec. Casación 4574/2002.

STS de 26 de octubre de 2004, Rec. 3652/2000, Ausonia Higiene S. L.

STS 1774/2000, de 6 de marzo de 2000, Rec.de casación 373/1993.

STS de 30 de octubre de 1995 (recurso de apelación 5203/1991)

(Sala de lo Civil)

STS 481/2012, Sala 1ª, de 26 de julio de 2012.

Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 6ª).

SAN de 25 de julio de 2018, Rec. 68/2015

SAN de 26 de junio de 2018, Rec. 364/2016.

SAN de 4 de junio de 2018, Rec. 151/2015.

SAN de 29 de mayo de 2018, Rec. 369/2016.

SAN de 6 de abril de 2018, Rec. 363/2016.

SAN de 20 de marzo de 2018, Rec. 374/2016.

SAN de 14 de marzo de 2018, Rec. 352/2016.

SAN de 27 de febrero de 2018, Rec. 111/2015

SAN de 27 de febrero de 2018, Rec. 5/2016.

SAN de 28 de diciembre de 2017, Rec. 348/2015.

SAN de 26 de mayo de 2016, Rec. 438/2013.

SAN de 17 de diciembre de 2016, Rec. 2/2015, *Hormigones de Asturias*.

SAN de 17 de mayo de 2016, rec. 481/2013.

SAN de 12 de mayo de 2016, Rec. 4/2013, *ANICE/CNC*.

SAN de 27 de abril de 2016, Rec. 292/2013, *CAMPEZO CONSTRUCCIÓN*.

SAN de 12 de marzo de 2015, Rec. 703/2015.

SAN de 21 de julio de 2014, Rec. 426/2012 y

SAN de 28 de mayo de 2014, Rec. nº 202/2010, *Interlún*.

SAN de 14 de abril de 2014, Sala de lo C-A., Secc. 6ª, *Suzuki Motor España*.

SAN de 17 de diciembre de 2013, Sala C-A, Secc. 6ª.

SAN de 11 de diciembre, Rec. 621/2012, *CEOE*.

SAN de 30 de noviembre de 2013, Rec. 110/2012.

SAN de 26 de noviembre de 2013, Rec. 18/2012, *Balearia y Euromaroc*.

SAN de 6 de noviembre de 2013, Rec. 494/2011, *Hidrotecar, S.A.*

SAN de 16 de julio de 2013, Rec. 626/11, *Productores de Uva y Vinos de Jerez*

SAN de 30 de mayo de 2013, rec. 397/2011, *Bombas de fluidos*.

SAN de 19 de febrero de 2013, Rec. 197/10

SAN de 4 de enero de 2013, rec. 864/2009, *Compañías de seguro decenal*.

SAN de 7 de octubre de 2012, rec. 687/2011, *Licitaciones de Carreteras*.

SAN de 16 de julio, Rec. 626/2011.

SAN, de 3 de mayo de 2013, Rec. 559/2011, *Excavaciones y transportes ORSA, S.L.*,

SAN de 22 de marzo de 2013, Rec. 235/2012.

SAN de 19 de febrero de 2013, Rec. nº 197/2010, *SIS*.

SAN de 15 de octubre de 2012, Rec. nº 204/2010, *CESPA*.

SAN de 5 de octubre de 2012, Rec. nº 180/2010, *CONSENUUR*.

SAN de 6 de junio de 2012, Rec. 283/2009, *SESCAM*.

SAN de 10 de marzo, *Asociación Española del Gas (SEDIGAS)*.

SAN de 31 de marzo de 2010, Rec. 154/2009.

SAN de 16 de marzo de 2009, Rec. 287/2007.

SAN de 18 de febrero de 2009, Rec. 327/2006.

SAN de 27 de junio de 2008, Rec. 501/2006

SAN de 29 de febrero 2008, Rec. 519/2006.

SAN de 29 de febrero 2008, Rec. 501/2006.

SAN de 31 de mayo de 2007, Rec. 697/05.

SAN de 27 de marzo de 2007, Rec. 417/2005.

SAN de 31 de enero de 2007, *Telefónica/Astel*.

SAN de 12 de diciembre de 2006, Rec. 183/2005.

SAN de 10 de mayo de 2006, Rec. 454/06.

SAN 23 de mayo de 2006, Rec. 466/04.

SAN de 17 de abril de 2006, Rec. 468/04.

SAN de 11 de abril de 2006, Rec. 467/2004.

SAN de 6 de mayo de 2002, Rec. 1913/98.

SAN de 18 de diciembre de 2000, Rec. 545/1998, *Funerarias de Madrid 2*.

Tribunales Superiores de Justicia (Sala de lo C-A)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 80/2016, de 31 de marzo, *Willis*.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 128/2018, de 28 de marzo, Rec. 4339/2016, *Alcor Seguridad*.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 149/2017, de 5 de abril, 215/2017, de 17 de mayo y 221/207, de 19 de mayo, *Transporte Horizontal del Puerto de Bilbao*.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 378/2014, de 30 de julio, rec. 940/2012, *Contrato Telefónico Ayto de Bilbao*.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 22 de octubre de 2102 (Rec. 418/2010), *Prórroga transporte interurbano Valencia*.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en fecha 24 de mayo de 2012 (Rec. 4348/2010), *Transporte Galicia*.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, 554/2012, de 20 de septiembre, Rec. 317/2010, *Gremio de Empresarios de Cine de Cataluña c. Ayuntamiento de Barcelona*.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 3341/2011, de 18 de febrero, Rec. 451/2008.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 1019/2011, de 19 de octubre, Rec. 347/2009, *Transporte Fluvial de Lugo*.

Audiencias Provinciales

SAP de A Coruña, Sección 6ª, Re. 432/07.

SAP de Barcelona, Sección 15ª, 216/2005, de 10 de mayo, Rec. 174/2003, *Gestoría Administrativa Dessy*.

ORGANISMOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Juntas Consultivas de Contratación Administrativa

Estado

Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, Expediente 15/18, de 10 de octubre de 2018, «*Sobre la firmeza de las resoluciones administrativas que dan causa a una prohibición de contratar*».

JCCA, informe 46/2009, de 26 de febrero de 2010, «*Confidencialidad de la documentación aportada por los licitadores*».

JCCA, Acuerdo de 15 de diciembre de 2008 *por el que se aprueban los pliegos de cláusulas administrativas particulares para los contratos de obras ajustados a lo dispuesto en Real Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crea un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo y aprueba créditos extraordinarios para atender a su financiación*.

JCCA, Informe 26/08, de 2 de diciembre de 2008, *Determinación de en qué supuestos debe considerarse que cuando la Ley de Contratos del Sector Público habla de precio, importe, valor estimado o cualquiera de los distintos conceptos similares*

que utiliza para aludir al aspecto cuantitativo de los contratos, incluye la cuota por el Impuesto sobre el Valor Añadido y en qué supuestos no.

JCCA, Informe 13/2006, de 30 de noviembre, *sobre la posibilidad de rechazar la proposición de un licitador que supera el precio unitario de uno de los elementos que integran la oferta, aún cuando su oferta global no sea superior al presupuesto máximo de licitación previsto en el pliego para la totalidad del objeto del contrato.*

Informe 29/98, de 11 de noviembre de 1998. «*Diversas cuestiones relativas a los criterios de adjudicación de concursos en los contratos de obras*».

JCCA, Informe 28/95, de 24 de octubre de 1995. «*Interpretación y aplicación que debe darse a lo previsto en el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, referido a los criterios para la adjudicación del concurso*», p. 4.

Aragón

JCCA Aragón, Informe 6/2014, de 3 de marzo, *sobre la posibilidad de establecer fórmulas en la ponderación del criterio precio que no asignen necesariamente la totalidad de la puntuación prevista a la oferta de menor precio.*

Informe 6/2013, de 10 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. *Consideraciones sobre el régimen jurídico aplicable a los procedimientos y formas de adjudicación de los contratos patrimoniales celebrados por una entidad local.*

Informe 4/2009, de 15 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. *Consideraciones sobre el régimen jurídico aplicable a los procedimientos y formas de adjudicación de los contratos patrimoniales celebrados por una entidad local.*

Baleares

Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares. Acuerdo de la Comisión Permanente de de 15 de noviembre de 2013. Informe 5/2013, de 15 de noviembre. *Prácticas colusorias en el ámbito de la contratación pública..*

Canarias

JCCA Canarias, Informe 13/2006, 30 de noviembre, *sobre la posibilidad de rechazar la proposición de un licitador que supera el precio unitario de uno de los elementos que integran la oferta, aún cuando su oferta global no sea superior al presupuesto máximo de licitación previsto en el pliego para la totalidad del objeto del contrato.*

Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales

Documento conjunto elaborado por los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, «Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de contratos del sector público, Documento de estudio presentado y aprobado en reunión de Madrid, el 1 de marzo de 2016», «*El apartado 6 (posibilidad de demostrar la fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente) tiene efecto directo, en cuanto concede claramente un derecho adicional a los licitadores frente a los poderes públicos para poder acceder a los procedimientos*».

Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC)

TACRC, Resolución nº 838/2015, de 18 de septiembre, *BECSA*, Recursos, nº 843 y 852/2015 C. Valenciana 142 y 144/2015.

TACRC 706/2015 de 24 Jul. 2015, *UTE TECYP, SL-DELOITTE CONSULTING, S.L.U.*, Rec. 688/2015, Galicia.

TACRC, Resolución nº 1109/2015, *SOCIEDAD LEVANTINA*, Recurso 1096/2015 C. Valenciana 166 y 168/2015.

TACRC. Resolución nº 396/14, de 23 de mayo, *RIBÉ SALAT BROKER*, Recursos nº 230/2014, 231/2014 y 233/2014.

TARC, Resolución nº 312/2014 de 11 Abr. 2014, *INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS, S.A.*, Rec. 234/2013

TACRC, Resolución 181/2013, de 23 de mayo, *MARTÍNEZ, CENTRO DE GESTIÓN*, Recurso nº 195/2013.

TARC, Resolución 105/2013 de 14 Mar. 2013, *TELVENT TRAFICO Y TRANSPORTE, S.A*, Rec. 114/2013, Baleares.

TACRC, Resolución 279/2012, de 5 de diciembre, *MUÑIZ Y ASOCIADOS*, Recurso nº 275/2012

Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía

TARCA, Resolución 15/2016, de 26 de enero, *Tecnologías Plexus, S.L.*

Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón,

Acuerdo 24/2013, de 14 de mayo de 2013, por el que *se resuelve el recurso especial, interpuesto por Sociedad Aragonesa de Especialidades Químicas, S.A, contra la resolución por la que se adjudica el contrato, en el procedimiento de licitación denominado: «Acuerdo Marco para la contratación del suministro de guantes, ropa desechable y cobertura quirúrgica con destino a los Centros sanitarios del Servicio Aragonés de Salud y Consorcio Aragonés Sanitario de Alta Resolución»*

Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid

TACRCM, Resolución 201/2016, de 6 de octubre, Recurso 184/2016, *TELTRONIC*.

TACRC Madrid, Resolución nº 215/2014, de 3 de diciembre, Recurso 221/2014, *Willis*.

Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, Resolución 20/2011, de 15 de junio (Rec. 20/2011), *ATM, Gestión Tributaria*.

Organismos Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco (OARCPV)

OARC/KEAO. Resolución nº58/2013, de 11 de julio de 2013, *D.R.U.T* (EB 2013/05).

OTRAS ENTIDADES ESPAÑOLAS

Consejo de Estado

Dictámenes 384/2004, de 30 de agosto, 336/2005, de 28 de abril, 636/2008, de 4 septiembre, 696/2009, de 30 de julio, 1.127/2009, de 3 de diciembre, 1/2013, de 24 de enero, 521/2014, de 29 de octubre.

AUTORIDADES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA INTERNACIONALES

Comisión Europea

Decisión de 20 de noviembre de 2013, SA. 36740 (2013/NN), *Ayuda de Lituania a Kaipledos Nafta - LNG Terminal*, C(2013), 7884 final.

Decisión C(2007) 4441 final, de 3 de octubre de 2007 (COMP/38.710), ratificada por la STG, de 16 de septiembre de 2013, T-497/07.

Decisión de 2 de mayo de 2013, SA. 22843 (2012/C), *Ayuda de Francia a la Sociedad Nacional Marítima Córcega-Mediterránea*.

Decisión 2012/21/UE de 20 de diciembre de 2012, *Aplicación de las disposiciones del artículo 106.2 TFUE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general*.

Decisión de 29 de septiembre de 2010, COMP/39.315, *Eni*.

Decisión de 3 de diciembre de 2009, COMP/39.316, *Gaz de France*.

European Code of best practices facilitating access by SMEs to public procurement, Contract Commission Staff Working Paper, Brussels, 25 de junio de 2008, SEC(2008) 2193.

Decisión C(2007) 4441 final, de 3 de octubre de 2007, (Asunto COMP/38.710-*Betún España*)

Decisión C(2006) 4090 final, de 13 de septiembre de 2006, [Asunto COMP/F/38.456 – *Betún (NL)*].

Decisión de 24 de marzo de 2004, COMP/C-3/37.792-*Microsoft*.

Decisión de 10 de diciembre de 2003, COMP/E-2/37.857, *Peróxidos Orgánicos*.

Decisión de 17 de diciembre de 2002, COMP/37.671, *Reforzadores del sabor de los alimentos*.

Decisión de la Comisión, de 25 de julio de 2001, relativa a un procedimiento incoado en virtud del artículo 82 del Tratado CE (COMP/C-1/36.915 — *Deutsche Post AG - Retención de correo transfronterizo*).

Decisión de la Comisión de 21 de octubre de 1998 relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 85 del Tratado CE (IV/35.691/E-4: Cartel en el mercado de los tubos preaislados) [notificada con el número C(1998) 3117].

Decisión de la Comisión de 14 de enero de 1998 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado CE (IV/34.801 FAG - *Flughafen Frankfurt/Main AG*).

Decisión de la Comisión, de 21 de diciembre de 1993, *Puerto de Rødby*, 94/19/CE.

Decisión de la Comisión, de 21 de diciembre de 1993, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 86 del Tratado CE (IV/34689 - *Sea Containers c/Stena Sealink* - medidas provisionales).

Decisión de la Comisión, de 27 de julio de 1990, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/32.688 – *consorcio ECR 900*), DOUE nº L 228, de 22 de agosto de 1990.

Decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 1988 relativa a un procedimiento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE (IV/30.979 y 31.394, *Decca Navigator System*, O L 43 de 15.2.1989.

Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión, de 3 de octubre de 2017 *sobre la profesionalización de la contratación pública. Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública.*

Reglamento de ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016 *por el que se establece el formulario normalizado del documento europeo único de contratación.*

Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general (2012/C 8/02), DOUE de 11 de enero de 2012.

Comunicación de la Comisión - Un Marco de Calidad para los Servicios de Interés General en Europa, COM(2011)900/F1, 22 de diciembre de 2011.

Comunicación de la Comisión - Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal (2011/C 11/01), DOUE, 14 de enero de 2011.

Comunicación de la Comisión - Directrices relativas a las restricciones verticales, (2010/C 130/2001) DOUE 19 de mayo de 2010.

Comunicación de la Comisión - «Pre-commercial procurement: Driving innovation to ensure high quality public services in Europe», diciembre, COMM (2007), 799 final.

Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel, (DOUE, C 298, de 8 de diciembre de 2006).

Dirección General de Competencia de la Comisión (DGComp.) *Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Diciembre, 2005.

Comunicación de la Comisión — *Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado*, Diario Oficial n° C 101 de 27/04/2004.

Dirección General de la Competencia, Bruselas, julio 2002. *Glossary of terms used in EU competition policy. Antitrust and control of concentrations*.

Comunicación de la Comisión - *Aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones - Marco jurídico, mercados de referencia y principios* (DOCE n° C 265 de 22 de agosto de 1998 p. 0002 - 0028).

Comunicación de la Comisión - *Consideración de los subcontratos respecto a las disposiciones del artículo 85.1 TCE*, 18 de diciembre de 1978.

Tribunal De Primera Instancia y Tribunal General

STG de 1 de marzo de 2017, *Société Nationale Maritime Corse Méditerranée (SNCM) c. Comisión*, T-454/13.

STG de 8 de septiembre de 2016, T-472/13, *Lundbeck*.

STG de 17 de diciembre de 2015, T-486/11, *Orange Polska*.

STG de 2 de febrero de 2014, T-27/10, *AC-AC-Treuhand*.

STG de 13 de diciembre de 2013, T.165/2012, *European Dynamics Luxembourg*,

STG, de 16 de septiembre de 2013, T-402/06, *Reino de España/Comisión*.

STG, de 16 de septiembre de 2013, T-497/07, *CEPSA contra Comisión Europea*.

STG, de 29 de marzo de 2012, T-398/07, *Reino de España/Telefónica*.

STG, de 11 de mayo de 2010, T-121/08, *PC-Ware Information Technologies/Comisión*.

STG de 16 de junio 2011, T-240/07, *Heineken Nederland*.

STPI, de 9 de septiembre de 2009, T-301/04, *Clearstream*.

STPI de 8 de julio de 2008, T-99/04, *AC-AC-Treuhand*.

STPI, de 10 de abril de 2008, *Deutsche Telekom AG v. Comisión*, T-271/03.

STPI, de 17 de septiembre de 2007, *Microsoft/Comisión*, T-201/04.

STPI de 13 de diciembre de 2006, T-217/03 y T 245/03 (acumulados), *FNCBV y otros/Comisión*.

STPI de 12 de diciembre de 2006, T-155/04, *SELEX*.

STG, de 6 de julio de 2005, T-148/04, *TQ3 Travel Solutions Belgium/Comisión*.

STG de 20 de marzo de 2002, T-9/99, *HFB y otros/Comisión*,

STG de 20 de marzo de 2002, T-15/99, *Brugg Rohrsysteme/Comisión*,

STG de 20 de marzo de 2002, T-16/99, *Lögstör Rör/Comisión*,

STG, de 20 de marzo de 2002, T-17/99, *KE KELIT/Comisión*,

STG. de 20 de marzo de 2002, T-21/99, *Dansk Rorindustri/Comisión*,

STG. de 20 de marzo de 2002, T-23/99, *LR AF 1998/Comisión*.

STG de 20 de marzo de 2002, T-31/99, *ABB Asea Brown Boveri/Comisión*.

STPI, T-65/98 *Van den Bergh Foods Ltd v Commission*.

STPI, de 30 de noviembre de 2000, T-5/97, *Industrie des Poudres Spheriques v. Comm*.

STG de 15 de marzo de 2000, T-25, 26, 30-32, 34-39, 42-46, 48, 50-71, 87, 88, 103 y 104/95, *Cimentieres CBR c. Comisión*.

STG de 4 de marzo de 1999, T-319/99, *FENIN*.

STPI, de 21 de octubre de 1997, T-229/94, *Deutsche Bahn c. Comisión*.

STPI, de 12 de junio de 1997, T-504/93, *Tiercé Ladbroke*.

STPI, de 6 de diciembre de 1994, T-83/91, *Tetra Pak II*.

STPI de 6 de octubre de 1994, *Tetra Pak International SA v Commission* (Tetra Pak II), T-83/91

STG de 10 de marzo de 1992, asuntos acumulados T-68, 77 y 78/89, *Società Italiana Vetro/Comisión* ('Flat Glass').

STPI, de 12 de diciembre de 1991, *Hilti*, T-39/89.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJCE y TJUE)

STJUE de 25 de julio de 2018, C-123/16 P, *Orange Polska*.

STJUE de 17 de mayo de 2018, C-531/16, *Šiauliy*.

STJUE de 19 de abril de 2018, C-525/16, *MEO*.

STJUE de 23 de enero de 2018, C 179/16, *F. Hoffmann-La Roche Ltd y otros c/ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*.

STJUE de 19 de octubre de 2017, C-295/16, *Europamur Alimentación*.

STJUE de 19 de octubre de 2017, C-198/16 P, *Agroconsulting Europe*.

STJUE de 14 de septiembre de 2017, C-177/16, *AKKA-LAA*.

STJUE de 14 de diciembre de 2016, C-171/15, *Connexion Taxi Services*.

STJUE de 21 de julio de 2016, C-542/14, *VM Remonts*.

STJUE de 16 de junio de 2016, C-155/14 P, *Evonik Degussa*.

STJUE, de 17 de noviembre de 2015, C-115/2014, *RegioPost*.

STJUE, de 22 de octubre de. 2015, C-425/2014, *Edilux*.

STJUE, de 22 de octubre de 2015, C 194/14 P, *AC-AC-Treuhand*.

STJUE de 17 de septiembre de 2015, C-597/13 P, *Total S.A./Comisión*.

STJUE de 19 de marzo de 2015, C-286/139, *Dole/Comisión*.

STJUE de 18 de diciembre de 2014, C-568/13, *Data Medical Service*,
ECLI:EU:C:2014:2466.

STJUE de 11 de septiembre de 2014, C-67/13 P, *Groupement de Cartes Bancaires*.

STJUE de 10 de julio de 2014, C-358/12, *Conorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*.

STJUE de 10 de julio de 2014, C-295/12 P, *Telefónica*.

STJUE de 26 de septiembre de 2013, C-179/12 P, *Dow Chemical*.

STJUE de 18 de julio de 2013, C-501/11 P, *Schindler Holding*.

STJUE de 11 de julio de 2013, C-440/11 P, *Gosselin*.

STJUE de 4 de octubre de 2012, C –629/2011 P, *Evropaiki Dynamiki/Comisión*.

STJUE de 10 de mayo de 2012, C-368/10, *Comisión/Países Bajos*.

STJUE de 27 de marzo de 2012, C-209/10, *Post Danmark*.

STJUE de 14 de febrero de 2012, C-17/10, *Toshiba Corporation and Others*.

STJUE de 29 de septiembre de 2011, C-520/09 P, *Arkema*.

STJUE de 29 de septiembre de 2011, C-521/09 P, *Elf Aquitaine*.

STJUE, de 3 de marzo de 2011, C-437/09, *AG2R Prévoyance*.

STJUE, de 17 de febrero de 2011, *Konkurrensverket contra TeliaSonera*, C-52/09.

STJUE de 20 de enero de 2011, C 90/09 P, *General Química y otros/Comisión*.

STJUE, de 14 de octubre de 2010, C-280/08 P, *Deutsche Telekom*.

STJUE de 23 de diciembre de 2009, C-376/08, *Serrantoni*.

STJUE de 15 de octubre de 2009, C 196/08, *Acoset*,

STJUE de 10 de septiembre de 2009, C-97/08 P, *Azko Nobel*.

STJUE de 19 de mayo de 2009, C 538/07, *Assitur*, EU:C:2009:317.

STJUE, de 2 de abril de 2009, C 202/07 P, *France Télécom/Comisión*.

STJUE de 26 de marzo de 2009, C-113/07, *SELEX Sistemi Integrati/Comisión*.

STJUE de 18 de diciembre de 2008, C-101/07 P y C-110/07 P (acumulados), *Coop de France bétail et viande*.

STJUE de 20 de noviembre de 2008, C-209/07, *Irish Beef*.

STJUE, de 16 de septiembre de 2008, *Sot. Lélos kai Sia*, C-468 y 479/06, acumulados.

STJUE de 14 de febrero de 2008, C-450/06, *Varec*.

STJUE, de 13 de septiembre de 2007, C –260/2004, *Comisión v. República de Italia*.

STJUE de 19 de abril de 2007, C-295/05, *Tragsa*.

STJUE, de 15 de marzo de 2007, C-95/04, *British Airways c. Comisión*.

STJUE, de 18 de enero de 2007, C-220/05, *Jean Auroux*.

STJUE de 11 de julio de 2006, C-205/03 P, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN)*.

STJUE de 27 de octubre de 2005, C-158/05, *Comisión/Reino de España*.

STJUE de 28 de junio de 2005, C 189/02 P, C 202/02 P, C 205/02 P a C 208/02 P y C 213/02 P (acumulados).

STJUE, de 3 de marzo de 2005, C-21/2003, *Fabricom*.

STJCE de 7 de enero de 2004, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P (acumulados), *Aalborg Portland, Irish Cement, Ciments français, Italcementi-Fabbriche Riunite Cemento, Buzzi Unicem y Cementir – Cementeerie del Tirreno*.

STJUE de 2 de octubre de 2003, C-194/99 P, *Thyssen Stahl*.

STJUE de 11 de julio de 2003, C-205/03 P, *FENIN*.

STJUE, de 24 de octubre de 2002, C-82/01-P, *Aéroports de Paris contra Comisión*.

STJUE de 15 de octubre de 2002, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-250 a 252/99 P y C-254/99 P (acumulados), *Limburgse Vinyl Maatschappij (LVM) y otros/Comisión*.

STJUE, de 17 de septiembre de 2002, C-513/99, *Concordia Bus Finland*.

STJUE, de 27 de noviembre de 2001, asuntos acumulados C-285/99 y C-286/99, *Impresa Lombardini SpA-Impresa Generale di Construzioni*.

STJCE de 25 de octubre de 2001, *Ambulanz Glöckner*, C-475/99.

STJUE de 20 de septiembre de 2001, C-453/99, *Courage Ltd y Bernard Crehan*.

STJUE de 29 de marzo de 2001, C-163/99, *Portugal c. Comisión*.

STJCE de 20 de febrero de 2001, *Analir*, C-205/199.

STJUE de 7 de diciembre de 2000, C-324/98, *Teleaustria*.

STJUE, de 18 de noviembre de 1999, C-107/1998, *Teckal*.

STJUE, de 1 de junio de 1999, C-126/97, *Eco Swiss*.

STJUE, de 26 de noviembre de 1998, C-7/97, *Oscar Bronner*.

STJUE de 18 de junio de 1998, C-35/96, *Comisión/Italia*.

STJUE de 28 de mayo de 1998, C-7/95 P, *John Deere*.

STJCE, de 23 de octubre de 1997, C-157/94, *Comisión c. Reino de los Países Bajos (Electricity Imports)*.

STJCE, de 14 de noviembre de 1996, C-333/94 P *Tetra Pak II*.

STJCE de 24 de octubre de 1996, *Viho Europe BV c. Comisión*.

STJCE, de 5 de octubre de 1994, C-323/93, *Centro de inseminación de la Crespelle*.

STJCE, de 19 de mayo de 1993, C-320/91, *Paul Corbeau*.

STJCE de 31 de marzo de 1993, C-89/85, *Pasta de madera*.

STJCE, de 10 de diciembre de 1991, C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genoa*.

STJCE, de 3 de julio de 1991, *AKZO Chemie BV v Commission*, C-62/86

STJCE, de 23 de abril de 1991, C-41/90, *Höfner y Elser*.

STJCE de 4 de mayo de 1989, 30/87, *Bodson*.

STJCE y de 11 de abril de 1989, *Saeed Flugreisen y Silver Line Reisebüro*,
(EU:C:1989:140)

STJCE, de 4 de mayo de 1988, *Corinne Bodson contra S.A. Pompes Funebres des
Regions Libereés*, Asunto 30/87.

STJCE, de 30 de abril de 1986. Asunto 209/84. *Ministère Public/Asjes*.

STJCE, de 3 de octubre de 1985, Caso 311/84, *Télémarketing*.

STJCE, de 9 de noviembre de 1983, *Michelín I*,

STJCE, de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co./Comisión*.

STJCE, de 14 de febrero de 1978, asunto 27/76, *United Brands Company y United
Brands Continental/Comisión*.

STJCE, de 16 de noviembre de 1977. Asunto 13/77, *INNO/ATAB*.

STJCE de 16 de diciembre de 1975, Asuntos 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73,
111/73, 113/73 y 114/73, *Suiker One*.

STJCE de 18 de junio de 1975. Asunto 94/74, *IGAV/ENCC*.

STJCE, de 6 de marzo de 1974, casos 6 y 7/73. *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.a. y
Commercial Solvents c/ Comisión*.

STJUE de 6 de febrero de 1973, Caso 48/72, Asunto *Brasserie de Haecht*.

STJCE de 17 de octubre de 1972, Caso 8/72, *Vereeniging Van Cementhandelaren*.

STJUE de 25 de noviembre de 1971, Asunto 22/71, *Béguelin Import c. GL Import-Export*.

STJCE, de 14 de julio de 1971, *Ministère Public of Luxembourg c. Muller*, Asunto 10/71.

STJUE de 9 de julio de 1969, asunto 10/69 *Portelange*.

STJCE de 13 de febrero de 1969, *Farbenfabrik Bayer AG y otros/ Bundeskartellamt (Walt Wilhelm)*, 14/68.

STJCE sentencia de 13 de julio de 1966, asuntos acumulados 56/64 y 58/64, *Consten y Grundig/Comisión*.

STJCE de 30 de junio de 1966, Asunto 56-65, *Société Technique Minière (L.T.M.) contra Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*.

STJCE de 17 de julio de 1963, *República Italiana contra Comisión Europea*.

Conclusiones del Abogado General

Conclusiones del Abogado General SÁNCHEZ-BORDONA de 16 de mayo de 2018, en el Asunto C-124/17, *Vossloh*.

Conclusiones del Abogado General NILS WAHL, 6 de abril de 2017, en el asunto C-177/16, *Biedrība 'Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra — Latvijas Autoru apvienība' contra Konkurences padome (AKKA/LAA)*.

Conclusiones de la Abogada General JULIANE KOKOTT, 17 de noviembre de 2016, C-469/15 P, *FSL Holdings y otros contra la Comisión Europea*.

Conclusiones del Abogado General JAN MAZÁK, 2 de septiembre de 2010, a *Teliasonera*, Asunto C-52/09.

Conclusiones de la Abogada General JULIANE KOKOTT de 23 de febrero de 2006, en el Asunto C-95/04 P en *British Airways contra Comisión*,

Conclusiones del Abogado General JACOBS, 28 de octubre de 2004, en el asunto C-53/03, *GlaxoSmithKline*.

Conclusiones de D. RUIZ-JARABO COLOMER, de 11 de febrero de 2003, en el asunto C-213/00 P, *Aalborg Portland*.

Conclusiones del Abogado General FENNELLY en los asuntos conexos C-395 y 396/06P, *Compagnie Maritime Belge, S.A v. Comm*, 2000.

Argentina

Dictamen de la Secretaría de Comercio Interior, Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, 28 de diciembre de 2012, Expediente N° SO1:0214169/2002,, *Hospital Garrahan*.

Dictamen de la Secretaría de Comercio Interior, Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, n° 188/2012, de 16 de noviembre, Expediente n° S01: 0241425/2008, *El Canario, S. A.*

Australia

Australian Competition & Consumer Commission, *Compliance program templates*(<https://www.accc.gov.au/business/business-rights-protections/implementing-a-compliance-program#compliance-program-templates>).

Australian Competition & Consumer Commission, *Refusal to deal*, 2007.

Canadá

Court of Appeal for Ontario. *R v. Dowdall*, 2013 ONCA 196.

Chile

RTDLC de Chile, de 6 de enero de 2010, *Emelat*.

¹RTDLC de Chile, de 10 de diciembre de 2008, *Asfaltos Moldeables Chile*.

RTDLC de Chile, de 20 de agosto de 2008, *Edelmag*.

Dinamarca

AGENCIA DANESA DE COMPETENCIA Y CONSUMO, *Joint bidding under competition law Guidelines. Draft. 2017*

Eslovenia

Resolución de 14 de octubre de 2013, Autoridad de Defensa de la Competencia de Eslovenia, *Kemofarmacija, Salus, Farmadent and Gopharm*, ECN Competition Brief, 5, 2013, http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/05_2013/pharma_sl.pdf.

Estados Unidos

TS, *Pacific Bell Telephone co., v. Linkline Communications*, No. 07–512. 25 de febrero de 2009.

Weyerhaeuser Co. V. Ross-Simmons Hardwoodlumber Co. No. 05-381 411 F. 3d 1030, 20 de febrero de 2007.

Tribunal Supremo, *Jefferson Par. Hosp. Dist. No 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 11, (1984).

Corte de Apelaciones para el Primer Circuito, 21 de septiembre de 1990, *Town of concord, et al., plaintiffs, appellees, v. Boston Edison company,*, 915 f.2d 17; 59.

Apple, United States v. Apple F. 3d 290 (2° Cir. 2015).

In re Musical Instruments & Equip. Antitrust. Litig. 798 F 3d, 11921193, (9° Cir. 2015).

Toys «R» Us, 221, F3d, 928 (7° Cir. 2000).

District of Columbia Circuit en *United States Court of Appeals*) en *United States c. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 65 .

District of Columbia Circuit en *United States Court of Appeals*) en *United States c. Microsoft Corp.*, 147 F.3d 935, 948.

Tribunal del Noveno Circuito, *Allied Orthopedic Appliances, Inc. C. Tyco Health Care Group*, 592 F .3d, 2010, 998-999, 739, 1000 .

Tribunal del Distrito de Columbia, *FTC c. Warner Chilcott Holdings Co.*, No 1:05 cv-02179-CKK, 23 de octubre de 2006.

Tribunal Supremo, *Jefferson Par. Hosp. Dist. No 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 11, (1984).

Circuito Federal, 1998, *C.R. Bard, Inc c. M3 Systems, Inc.*, 157 F.3d, 1382.

Departamento de Justicia de los Estados Unidos, *Price Fixing & Bid Rigging—They Happen: What They Are and What to Look For, An Antitrust Primer for Procurement Professionals*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/pfbrprimer.pdf>

Finlandia

FINISH COMPETITION AUTHORITY, *Refusal to deal*, 13 de noviembre de 2009.

Francia

Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Décision n° 18-D-19, de 24 de septiembre de 2018, *relativo a las prácticas ejecutadas en el sector de los trabajos de iluminación pública en Ardèche*.

Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Décision n° 13-D-21 du 18 décembre 2013 *relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché français de la buprénorphine haut dosage commercialisée en ville*.

Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Décision n° 13-D-11 de 14 de mayo de 2013 *relative à des pratiques ejecutadas en el sector farmacéutico*.

Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Décision n°13-D-09, de 17 de abril de 2013, *relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la reconstruction des miradors du centre pénitentiaire de Perpignan*.

Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Dècision n° 12-D-19, de 26 de septiembre de 2012, *relative à des pratiques en el sector y blanqueo y blanqueo de dientes*.

Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Décision n° 12-D-06, de 26 de enero de 2012, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des agrégats et des marchés aval à Saint-Pierre-et-Miquelon.*

Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Décision n° 11-D-13 de 5 de octubre de 2011 *relative à des pratiques realizadas en los sectores de trabajos de electrificación y de instalación eléctrica en las regiones Midi-Pyrénées, Languedoc-Roussillon, Auvernia y limítrofes*

Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Décision n° 11-D-07 de 24 de febrero de 2011, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux de peinture d'infrastructures métalliques.*

Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Décision n° 11-D-02, de 26 de enero de 2011, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques.*

Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Décision n° 10-D-39 de 22 de diciembre de 2010, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale.*

Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Décision n° 09-D-38 de 17 de diciembre de 2009, *relativa à las prácticas ejecutadas por las sociedades Ethicon SAS, Tyco Healthcare France y el Sindicato Nacional de Industrias de Tecnologías Médicas.*

Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Décision n° 09-D-34 de 18 de noviembre de 2009, *relative à des mercados de obras públicas de electricidad y de alumbrado público en Córcega.*

Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Decisión n°. 09-D-38 de septiembre de 2009 *relative au secteur de la restauration de monuments historiques.*

Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Décision n° 09-D-10 de 27 de febrero de 2009 *relative à des pratiques realizadas en el sector del transporte marítimo entre Córcega y el continente.*

Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Décision n° 09-D-03, de 21 de enero de 2009, relativa a las *prácticas ejecutadas en el sector del transporte escolar e interurbano por autocar en el Departamento de los Pirineos Orientales.*

Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Decisión n° 07-D-49, de 19 de diciembre de 2007, relativa a las *prácticas cometidas por las sociedades Biotronik, Ela Medical, Guidant, Medtronic y Saint Jude Medical en el marco del suministro de desfibriladores cardíacos implantables a hospitales.*

Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Dècision n° 07-D-47, de 18 de diciembre de 2007, *relative á des pratiques relevées dans le secteur de l'quipement pour la navigation aérienne.*

Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Dècision n° 07-D-41, de 28 de noviembre de 2007, *relative à des pratiques opuestas a la libertad de precios de los servicios propuestos a los establecimientos de sanidad con motivo de las licitaciones en materia de exámenes anatómico-citopatológicos.*

Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Décision n° 07-D-15 de 9 de mayo de 2007, *relative à des pratiques mises en œuvre dans les marchés publics relatifs aux lycées d'Ile-de-France.*

Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Décision n° 07-D-09, 14 de marzo 2007, *relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire GlaxoSmithKline France* y Sentencia de la Corte de Apelaciones de Paris, 1ª Cámara, Section H, 8 de abril de 2008.

Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Dècision n° 06-D-19, de 6 de julio de 2006, relativa a la *licitación convocada por la sociedad TNC Distribution para el comercio mayorista de repuestos para automóviles.*

Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Dècision 05 –D –58, de 3 de noviembre de 2005, *relative a ciertas prácticas descubiertas en el sector del agua potable en la Isla de Francia.*

Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Dècision 05 –D –19, de 12 de mayo de 2005, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre des marchés*

de construction des ouvrages d'art pour la réalisation de l'autoroute A84, dite "Route des Estuaires", dans le département de la Manche.

Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Decisión de 23 de diciembre de 2004, 04-D-79, *relative à des pratiques mises en œuvre par la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée (RDPEV).*

Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Decisión 04 –D –20, de 14 de junio de 2004, *relativa a las prácticas realizadas sobre los contratos públicos de señalización de tráfico horizontal en las regiones de Aquitania y Midi-Pyrénées.*

Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Dècision de 13 juin 2003, 03 – D –29, *relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Sorin Biomédica France et Dideco France dans le secteur du matériel médical de la circulation extracorporelle.*

Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence , Dècision n° 03-D-01, 14 de enero de 2003, *relativo a las prácticas realizadas en el mercado de los granulados en el departamento de l'Ardèche.*

Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence , Dècision n° 03-D-01, 14 de enero de 2003, *relativa al comportamiento de las sociedades del grupo L'Air liquide en el sector del gas médico.*

Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Dècision n° 01-D-23 de 10 de mayo de 2001, *relativa a las prácticas de la sociedad Abbott en el mercado de productos anestésicos.*

Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Décision n° 01-D-20, de 4 de mayo de 2001 *relativa a las pratiques relevées concernant plusieurs marchés de travaux de peinture et d'étanchéité dans le département de l'Indre-et-Loire.*

Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence Dècision n° 97-D-11, de 25 de febrero de 1997, *relative à des pratiques sobre el mercado de saneamiento de bancos del Sena*

Autorité de la Concurrence, Conseil de la Concurrence, Decisión 93-A-05, de 20 de abril de 1993.

Pratique de la Autorité de la Concurrence, 2012-2015.

MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DE L'INDUSTRIE ET DU NUMÉRIQUE (FRANCIA), *Project d'ordonnance relative aux marchés publics*, diciembre de 2014,

http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/actualites/projet-ordonnance-volet-legislatif-directives-mp.pdf (última comprobación, 12 de junio de 2015).

Irlanda

IRISH COMPETITION AND CONSUMER PROTECTION COMMISSION, *Consortium bidding. How to comply with competition law when tendering as part of a consortium. A Guide for Small and Medium Enterprises (SMEs)*, diciembre de 2014.

Italia

Autorità garante della Concorrenza e del Mercato RAGCM, de 18 de octubre de 2017, procedimiento 26815, 1796 *Servizi di supporto e assistenza tecnica alla pa nei programmi cofinanziati dall'UE*.

Autorità garante della Concorrenza e del Mercato RAGCM, de 25 de julio de 2017, procedimiento 26705, 1793 *Aumento Prezzi Cemento*.

Autorità garante della Concorrenza e del Mercato RAGCM, de 19 de julio de 2017, procedimiento 26686, 1742 *Tondini per cemento armato*.

Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, Resolución de 26 de septiembre de 2016, A480, *Incremento prezzo farmaci Aspen*.

Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, RAGCM, Resolución de 22 de diciembre de 2015, Procedimiento n°. 25802, *Gara Consip Servizi di Pulizie nelle Scuole*.

Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, RAGCM, de 25 de marzo de 2015, procedimiento 25382, 1744, *Gare RCA per trasporto pubblico locale*.

Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, RAGCM, de 3 de julio de 2013, procedimiento 24442, 1758, *Accordo strategico Impregilo/Salini*.

Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, RAGCM de inicio de la instrucción, de 11 de junio de 2013, procedimiento 24406, 765, *Gare gestione fanghi in Lombardia e Piemonte*.

Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, RAGCM de inicio de la instrucción, de 11 de junio de 2013, procedimiento 24406, 765, *Gare gestione fanghi in Lombardia e Piemonte*.

Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, RAGCM de 2 de agosto de 2012, Proc. n° 23794, 1740 *Comune di Casalmaggiore-Gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas*.

Autorità garante della Concorrenza e del Mercato RAGCM, de 3 de agosto de 2007, procedimiento 26705, 17135 *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*.

Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, RAGCM, Resolución de 30 de octubre de 2007, Proc. n° 1750, 1657 *Servizi aggiuntivi di Trasporto pubblico nel Comuni di Roma*.

Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, RAGCM de 6 de diciembre de 2006 en el asunto 1657, procedimiento 16220, *Servizi Aggiuntivi del Trasporto Pubblico nel Comune di Roma*.

Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, RAGCM de 26 de abril de 2006 en el asunto 1657, procedimiento 15393, *Prodotti disinfettanti*.

Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, RAGCM, de 30 de abril de 2003, *provvedimento n. 11946, Test diagnostici per diabete*.

Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, RAGCM, de 30 de abril de 1998, provvedimento n. 17550, *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel Comune di Roma*.

Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, *Vademecum per le stazioni appaltanti, volto all'Individuazione di criticità nel settore degli appalti pubblici*, 18 de septiembre de 2013.

Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, *Schema di linee guida sulla compliance antitrust*, 2018

Méjico

Comisión Federal Económica de Méjico (COFECE), Resolución de 11 de marzo de 2010, IO-003-2006, *Medicamentos licitados por el sector Salud*.

Noruega

Konkurransen Tilsynet (Autoridad de Competencia de Noruega), Decisión *Taxi Midt – Norge AS*, 2009.

Polonia

Resolución de la Autoridad de Competencia de Polonia (UOKIK), 19 de abril de 2017 *Auto Czok*, RKT-410-02/15/MK, *Tender collusion on the towing services market – decision of the uokik* (Nota de prensa), https://uokik.gov.pl/news.php?news_id=13189.

Portugal

Autoridade da Concorrença, Decisión de 10 de diciembre de 2010, PRC 2006/13, *Baxter*.

Autoridade da Concorrença, Decisión de 10 de enero de 2008, PRC 2005/04, *Abbot Laboratórios*.

Autoridade de Concorrência de Portugal, Decisión de 28 de diciembre de 2004, PRC 2003/06, *Abbot Laboratórios*.

Reino Unido

(GOV.UK), *Public Contracts Regulations 2015*.

UK COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY, *The deterrent effect of competition authorities' work. Literature review*, 7 de septiembre de 2017.

UK COMPETITION APPEAL TRIBUNAL, *Argos Limited and Littlewoods Limited v. Office of Fair Trading and JJB Sports Plc v. Office of Fair Trading*, Case number:1014/1/1/03; 1015/1/1/03.

High Court of Justice in England, *Purple Parking Ltd v. Heathrow Airport Ltd* (2011), EWHC 987 (Ch).

OFT, Decision n°. CA98/02/2009 *Bid rigging in the construction industry in England*, 21 de septiembre de 2009 (Case CE/4327-04)

OFT, 27 de marzo de 2003, *Genzyme*, CP/0488/01, CAT, 11 de marzo de 2004, Caso n° 1016/1/1/03, [2004] CAT 4, CAT, 15 de noviembre de 2006, Caso n° 1060/5/7/06, [2006] CAT 29.

OFT, Decision n°. CA98/1/2004 de 16 de marzo de 2004, *Collusive tendering in relation to contracts for flat-roofing services in the West Midlands*, (Case CP/0001-02).

OFT, No CA/98/2/2001, de 30 de marzo, *Napp Pharmaceutical Holdings Limited & Subsidiaries (Napp)*.

Rumanía

Consejo de la Competencia de Rumanía Resolución de 22 de enero de 2018 ARC Brasov.

Suiza

Resolución de la Comisión de Competencia de Suiza, de 6 de junio de 2011, *Swatch*.

ORGANIZACIONES Y TRIBUNALES INTERNACIONALES

CECA (extinta)

Decisión de la Alta Autoridad CECA 30-53 DOCE L 6/111, 1953 (modificada por la Decisión 72/440/ECSC, DOCE L 297/39, 1972).

OMC

Acuerdo (revisado) sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, de 30 de marzo de 2012.

OCDE

Combate a la Colusión en los Procesos de Contratación Pública. Un examen de las normas y prácticas de contratación de PEMEX en México, OCDE, 2016.

Defining the Relevant Market in Telecommunications. Review of selected OECD countries and Colombia, 2014.

Ex-Officio Cartel Investigations and the Use of Screens to Detect Cartels, 2013.

Competition in Hospital Services, 5 de enero de 2012.

Policy Roundtables, *Excessive Prices*, 2011 (DAF/COMP(2011)18, 7 de febrero de 2012).

Recomendación, «*Luchando contra la colusión en la contratación pública*» (2012).

Annual Report on Competition Policy Developments in Portugal 2010 (DAF/comp/ar (2011) 32, de 17 de octubre de 2010) y *ECN Brief* n° 01/2011, de 28 de febrero de 2011.

Collusion and corruption in public procurement, 2010.

Guía «*Luchando contra la colusión en la contratación pública*», 2009.

Monopsony and buyer power, 17 de diciembre de 2009.

Policy Roundtables, *Refusals to deal*, DAF/COMP (2007)46, 3 de septiembre de 2009.

Competition Policy and Procurement Markets, 1998

Regulating Market Activities by the Public Sector, 2004.

Concessions, 2006.

Competition in Bidding Markets, 2006.

Price transparency, DAFFE/CLP(2001) 22, 2001

Competition Policy and Concessions, 2007.

Policy Roundtables, *Refusal to deal*, 2007.

Public Procurement Review and Remedies Systems in the European Union, Sigma Paper N°. 41, 6 de abril de 2007.

Guidelines on fighting bid rigging in public procurement, OCDE, 2009.

Collusion and Corruption in Public Procurement, 2010.

Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement, 2012.

Ex officio cartel investigations and use of screens to detect cartels, 2013.

Dirección de asuntos financieros y empresariales, Comisión de Competencia, Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia, 12-13 de abril de 2016, Ciudad de Méjico, *Sesión III: Promoviendo la competencia efectiva en los procesos de compras públicas, Solicitud de contribuciones a las partes*, párrafo 9 (DAF/COMP/LACF(2016)3).

OCDE, 2016, Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia, Contribución de Colombia (DAF/COMP/LACF(2016)18).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

STEDH de 29 de mayo de 2001, *Franz Fischer/Austria*, Reclamación 27568/02, párrafos 25 y 30

Tribunal de la EFTA

Sentencia del Tribunal de la EFTA de 22 de diciembre de 2016, E-03/16, *Ski Taxi, S.A., Follo Taxi, S.A., og Ski Follo Taxidrift AS v Staten v/Konkurransetilsynet*.

UNCTAD

UNCTAD, *Competition policy and public procurement*, Nota de la Secretaría, 24 de abril de 2012, http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd14_en.pdf

OTRAS

AEC (Asociación Española de Empresas de Consultoría), «*El abuso en la utilización de las encomiendas de gestión*», Marzo, 2012.

AENOR, *Certificación ISO 37001 del Sistema de gestión para prevenir el soborno en las organizaciones*, https://www.aenor.es/aenor/certificacion/resp_social/iso37001.asp#.WWqQA4rYVE4.

AVCP (Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Fornituri, Italia), *The Comparative Survey on the National Public Procurement Systems across the PPN*, diciembre, 2010.

BAKER&MACKENZIE, *Remedies and Public Procurement Laws in Europe*, Third Edition, 2009.

BECH-BRUUN (Newsletter), *News. New Danish Public Procurement Act*, Bech-Bruun (Newsletter), Enero, 2015, <http://www.bechbruun.com/en/Knowledge+centre/Newsletter/EU+and+Competition/2015/New+Danish+Public+Procurement+Act>.

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, *Dictamen de la Sección Especializada de Mercado Único, Producción y Consumo sobre el Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE - Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente* COM(2011) 15 final, 7 de julio de 2011.

EUROLEX, *Síntesis de la legislación de la UE, Glosario de las síntesis* http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/services_general_economic_interest.html?locale=es

ICN, *Unilateral Conduct Workbook, Chapter 4: Predatory Pricing Analysis*, presentado en la 11ª Conferencia Anual de la ICN, Río de Janeiro, abril, 2012.

ICN, (Cartel working group, Subgroup Two: Enforcement Techniques) *Anti-Cartel enforcement Manual. Chapter 4. Cartel case initiation*, marzo, 2010.

ICN, *Report on the Analysis of Refusal to Deal with a Rival Under Unilateral Conduct Laws*, The Unilateral Conduct Working Group, 9ª Conferencia Anual del ICN, Estambul, Turquía, abril 2010.

ICN, *Report on Tying and Bundled Discounting*, The Unilateral Conduct Working Group, 8ª Conferencia Anual del ICN, Zurich, Suiza, junio 2009.

ECN Competition Brief 04/2011, «Lithuania: The Competition Council accepts Commitments by eight pharmaceutical Companies», http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/04_2011/lt_pharma.pdf.

PROCUREMENT OF INNOVATION PLATFORM, *Public Procurement of Innovation. Guidance for Public Authorities*, 1ª edición, enero 2014, https://www.innovationprocurement.org/fileadmin/editorcontent/Guides/Consultation/PPI_Guide_public_consultation_draft_with_case_studies.pdf.

ISO.ORG. <https://www.iso.org/standards.html>.

MINISTERIO DE CIENCIA E INNOVACIÓN *Guía sobre Compra Pública Innovadora*, 2011.

FUNDACIÓN COTEC, *La compra pública de tecnología innovadora en biotecnología. Libro Blanco*, 2010.

BIBLIOGRAFÍA

- ABBOTT, FREDERICK M., «Excessive Pharmaceutical prices and Competition Law: doctrinal developments to protect public health», Forthcoming *UC Irvine Law Review*, draft of 19 of January, 2016.
- Explicit from Tacit Collusion? New Evidence From the Libbor Setting», *CPI Antitrust Chronicle*, Marzo 2012.
- ABRANTES-METZ, ROSA. y METZ, ALBERT, «How far can screens go in distinguishing Explicit from Tacit Collusion? New evidence from the Libor Setting», *CPI Antitrust Chronicle*, marzo 2012 (1).
- ABRIL FERNÁNDEZ, EDUARDO, RUBIO HERNÁNDEZ-SAMPELAYO, GONZALO, «¿Cuándo puede sancionarse a las Administraciones Públicas por conductas anticompetitivas?», en RECUERDA GIRELA, MIGUEL ÁNGEL (Dir.), *Anuario de Derecho de la Competencia 2017. Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia*, Thomson Reuters Civitas, 2017.
- ABRIL FERNÁNDEZ, EDUARDO, RUBIO HERNÁNDEZ-SANPELAYO, GONZALO, y SÁEZ BASCUÑANA, MARIO, “Flexibilización del concepto de infracción única y continuada. Análisis de la resolución de la CNMC en el expediente S/429/12, residuos”, en RECUERDA GIRELA, MIGUEL ÁNGEL (Coord.), *Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia, Anuario 2015*, Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2015.
- ACKERMANN, THOMAS, «Excessive pricing and the goals of competition Law», en ZIMMER, DANIEL (ed.), *The Goals of Competition Law*, Edgar Elgar, 2012.
- AKMAN, PINAR y GARROD, LUKE, «When are excessive prices unfair?», *Journal of Competition Law & Economics*, Volumen 7, nº 2, 1 junio de 2011.
- AKMAN, PINAR, *Exploitative Abuse in Article 82EC: Back to Basics?*, ESRC Centre for Competition Policy CCP Working Paper Nº. 09-1, 25 de diciembre de 2008, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1328316>.
- AKMAN, PINAR, «The role of exploitation in abuse under Article 82 EC», *Cambridge yearbook of European legal studies*, Volume 11, Number 1, 2008.

ALARCÓN SOTOMAYOR, LUCÍA, *La garantía non bis in ídem y el procedimiento administrativo sancionador*, Iustel, 2008.

ALBANO, GIAN LUIGI, *Demand aggregation and collusion prevention in public procurement, Integrity and efficiency in sustainable public contracts*, Bruylant, 2014, Parte III, Capítulo I,

ALBANO, GIAN LUIGI, BUCCIROSSI, PAOLO, SPAGNOLO GIANCARLO, ZANZA, MATTEO , «Preventing collusion in procurement», *Handbook of Procurement*, Cambridge University Press, Nueva York, 2006.

ALEXIADIS, PETER, FIGUEROA, PABLO, «Mixed effects in the “By object” vs the “By effects” saga. The enigma of *Lundbeck*», *Competition Policy International (CPI) Column*, febrero de 2018

ALEXOPOULOU, MARÍA A., «EC Competition Rules in Public Procurement Cases: a Ground for Judicial Review», The University of Oxford Centre for Competition Law and Policy, *Working Paper CCLP (L) 24*, 28 de septiembre de 2009.

ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS, «Prescripciones *off-label* y Derecho de la Competencia», en almacenederecho.org, 7 de febrero de 2018, <http://almacenederecho.org/prescripciones-off-label-derecho-la-competencia/>.

ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS, «¿Se puede ser cartelista sin ser competidor? », blog *Derecho Mercantil*, 21 de mayo de 2015, <http://derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2015/05/se-puede-ser-cartelista-sin-ser.html?showComment=1432303282542#c1087376128952630306>

ALFARO ÁGUILAREAL, JESÚS, «Los objetivos del Derecho de la Competencia. A propósito de *Drex1*», almacenederecho.org, 25 de septiembre de 2013, <http://derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2013/09/los-objetivos-del-derecho-de-la.html>.

ALFARO ÁGUILAREAL, JESÚS, «El art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: modo de empleo», blog *Derecho Mercantil*, 17 de abril de 2013, <http://derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2013/04/el-art-101-del-tratado-de.html>.

- ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS, «Gippini sobre el concepto de acuerdo en el Derecho de la competencia», en el blog *Derecho Mercantil*, 3 de enero de 2012, <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2012/01/gippini-sobre-el-concepto-de-acuerdo-en.html>.
- ALTZELAI ULIONDO, IGONE, «Algunas cuestiones del análisis *antitrust*: delimitación del mercado de referencia y efectos sobre el comercio intracomunitario», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Nº 9, Julio-Septiembre 2011.
- ÁLVAREZ SAN JOSÉ, MARÍA, «Prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia», en GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER y HERNANDO RYDINGS, MARÍA, *Contratación, Competencia y Sostenibilidad: últimas últimas aportaciones desde el Derecho Administrativo*, Civitas, Thomson Reuters, 2017.
- AMOEDO SOUTO, CARLOS, *Tragsa. Medios propios de la Administración y huida del Derecho Administrativo*, Barcelona, Atelier, 2004.
- AMSTRONG, MARK y PORTER, ROBERT, H., *Handbook of Industrial Organization*, Vol. III, North-Holland, 2007.
- AMSTRONG, MARK, «Price Discrimination», en BUCCIROSSI, PAOLO (ed.), *Handbook of Antitrust Economics*, The MIT Press, 2008.
- ANTELO MARTÍNEZ, ALEJANDRO, «Empresas vinculadas y límites legales a las prácticas colusorias en la contratación pública», *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº 17, Sección Opinión, Quincena del 15 al 29 Sep. 2015, Wolters Kluwer, pág. 1909 s.s (texto consultado en www.laleydigital.com).
- AOYAGI, MASAKI, «Bid rotation and collusion in repeated auctions», *CMPO Working Papers Series*, 00/29, mayo 2000.
- ARANZABE PABLOS, GUILLERMO, «Contratación administrativa y Administración local en la Autoridad Vasca de la Competencia. El caso Pinosolo», *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, Vol. 63, Nº. 1, 2015.

ARCHILLA PEÑALOSA, EMILIO JOSÉ, y PABÓN ALMANZA, CAMILO, «Colusión en licitaciones y concursos. El caso paradigmático para las entidades públicas», *Derecho de la Competencia y del Consumo*.

ARROYO APARICIO, ALICIA, «Prácticas comerciales desleales y Derecho de la competencia: «Prácticas agresivas», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, N° 21, Sección Estudios, Segundo semestre de 2017, Wolters Kluwer.

AREEDA, PHILLIP, «Antitrust Immunity for “State Action” after Lafayette», *Harvard Law Review*, Vol. 95 n° 2, Diciembre 1981.

AREEDA, PHILIP E. y HOVENKAMP, HERBERT, *Fundamentals of Antitrust Law*, 3ª edición, 2007.

AREEDA, PHILLIP & TURNER, DAVID, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and their Application*, 1978, §§ 207-18.

ARMENGOL I GASULL, ORIOL, «Derecho de la Competencia y prohibiciones de contratar con la Administración: una visión crítica», en RECUERDA GIRELA, MIGUEL ÁNGEL, *Anuario de Derecho de la Competencia 2017, Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia*, Thomson Reuters Civitas, 2017.

ASKER, JOHN, «bidding rings», *The New Palgrave Dictionary of Economics. Online Edition*. Eds. Steven N. Durlauf and Lawrence E. Blume. Palgrave Macmillan, 2010. Online.
http://www.dictionaryofeconomics.com/article?id=pde2010_B000345doi:10.1057/9780230226203.3822

AURIOL, EMMANUELLE, HJELMENG, ERLING, SØREIDE, TINA, «[Deterring corruption and cartels : in search of a coherent approach](#)», *Concurrences Review*, febrero de 2017,

AURIOL, EMMANUELLE y SØREIDE, TINA, «An Economic Analysis of Debarment», *NHH Department of Business and Management Science Discussion Paper No. 2015/23*. SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2662374> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2662374>, 29 de enero de 2017.

- AYMERICH CANO, CARLOS, «Corrupción y contratación pública: análisis de las nuevas directivas europeas de contratos y de concesiones», *Revista Aragonesa de Administración Pública* Nº. 45-46, 2015.
- AYMERICH CANO, CARLOS, *Un Problema Pendiente. La Anulación De Los Contratos Administrativos Afectados Por Actos De Corrupción*, Thomson-Reuters Aranzadi, 1ª ed. 2015.
- AYMERICH CANO, CARLOS, «Corrupción y contratación pública: análisis de las nuevas Directivas europeas de contratos y concesiones públicas», Conferencia pronunciada en el IX Seminario Internacional de Contratación Pública, Facultad de Derecho, Universidad de Vigo, 17 de octubre de 2014.
- BACHES OPI, SERGIO, «La prohibición de contratar con las administraciones públicas por infracciones del derecho de la competencia: “setting a sale on a sea of doubt”», en CANEDO, MARÍA DEL PILAR (Dir.), *La competencia como motor del desarrollo económico*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.
- BACHES OPI, SERGIO y BERENGUER FUSTER, LUIS, *La prohibición de contratar con las Administraciones Públicas por las empresas infractoras de la normativa de competencia*, conferencia impartida en Broseta Abogados, Madrid, 31 de marzo de 2016.
- BAENA, RAFAEL, «Prohibición de abuso de posición de dominio (I): aspectos generales y análisis de la posición de dominio individual y colectiva», en BENEYTO, JOSÉ MARÍA y MAILLO, JERÓNIMO (Dir.), *Tratado de Derecho de la Competencia*, Unión Europea y España, 2ª ed. Bosch, 2017.
- BAÑO LEÓN, JOSÉ MARÍA, «Prohibición de contratar, «UTES» y Derecho de la Competencia», en GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER y HERNANDO RYDINGS, MARÍA, *Contratación, Competencia y Sostenibilidad: últimas aportaciones desde el Derecho Administrativo*, Civitas, Thomson Reuters, 2017.
- BARRANTES DÍAZ, BEGOÑA e IRISARRY ROBINA, BELÉN, «Prohibición de prácticas colusorias (III): acuerdos de cooperación horizontal», en BENEYTO, JOSÉ MARÍA y MAILLO, JERÓNIMO (Dir.), *Tratado de Derecho de la Competencia, Unión Europea y España*, 2ª ed. Bosch, 2017.

- BERASATEGUI, JAVIER, «Defensa de la competencia en la contratación pública: propuestas legislativas», *Contratación Administrativa Práctica*, nº 65, Secc. Reflexiones, Junio 2007, La Ley.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, Comentario al artículo 3 LGDCU, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (Coord.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2009.
- BERENGUER FUSTER, LUIS, *La nueva Ley de Defensa de la Competencia y los acuerdos horizontales entre las empresas*, Conferencia inaugural del Seminario de Derecho y Economía de la Competencia, Fundación Rafael del Pino, 5ª edición, 25 de noviembre de 2008, (página web de la Fundación Rafael del Pino).
- BERENGUER FUSTER, LUIS, «Otras formas de abuso de posición dominante (con especial mención al abuso de situación de dependencia económica)», en MARTÍNEZ LAGE, SANTIAGO y PETITBÓ JUAN, AMADEO (Dirs.), *El abuso de posición de dominio*, Marcial Pons, 2006, pp. 415-436.
- BERGEMANN, DIRK, HÖRNER, JOHANNES, «Should auctions be transparent?», *Cowless Foundation Discussion Paper*, núm. 1764T, agosto 2010.
- BERGQVIST, CHRISTIAN, «Final curtain or another around on Post Danmark?», en *European Competition Law Review*, Vol. 34, Nº. 6-2013, 2013.
- BERMEJO VERA, JOSÉ, «Las prohibiciones de contratar en la Ley de Contratos del Sector Público», en *El Derecho de los Contratos del Sector Público, número monográfico de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, (José M^a Gimeno Feliú, Ed.), Ed. Departamento de Presidencia del Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2008.
- BERNAL BLAY, MIGUEL ÁNGEL, «Principios de adjudicación de los contratos de servicios de investigación y desarrollo previos a la comercialización (o compra pública pre –comercial)», En *Observatorio de la Contratación Pública*, 2013, Thomson Reuters –Aranzadi, 2014, Capítulo 5.

- BLAIR, ROGER D. y SOKOL, DANIEL D., *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Volumen 2, Oxford University Press, 2015
- BERTÓK, JÁNOS, «The Role of Transparency in Preventing Corruption in Public Procurement: Issues for Consideration», Capítulo 9, en *Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement*, OECD, Paris, 2005.
- BLANCO LÓPEZ, FRANCISCO, «Las mejoras gratuitas o sin coste en el contrato público», *Contratación Administrativa Práctica*, Nº 141, Sección Reflexiones, Wolters Kluwer, Enero 2016 (consultado en LaLeyDigital.com).
- BLÁNQUEZ, LUZ y ROGERS, MEGAN, «Los asuntos Glaxo Wellcome e Irish Beef: ¿Qué acuerdos tienen por «objeto» restringir la competencia en Derecho Comunitario?», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Nº 12, Sección Comentarios de Actualidad, Noviembre-Diciembre 2009, pág. 55, Wolters Kluwer (Formato LaLeyDigital).
- BLOMME, ERIC, «State Action as a Defence Against 81 and 82 EC», *World Competition*, Volumen 30, Número 2, 2007.
- BONARDELL LENZANO, RAFAEL, «La personalidad jurídica de las uniones temporales de empresas», *Revista de Derecho Mercantil* num. 294/2014 parte Comentarios de Jurisprudencia, Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2014.
- BOVIS, CHRISTOPHER, «The Effects of the Principles of Transparency and Accountability on Public Procurement and Public–Private Partnership Regulation», *European Public Private Law Review*, 1/2009.
- BORRELL ARQUÉ, JOAN RAMÓN, JIMÉNEZ GONZÁLEZ, JUAN LUIS, ORDÓÑEZ DE HARO, JOSÉ MANUEL, «Redefiniendo los incentivos a la colusión: el programa de clemencia», *Revista ICE*, nº 876, enero-febrero 2014.
- BOUCKAERT, JAN y VERBOVEN, FRANK, «Price Squeeze in Regulatory Environment», *F. J Regul Econ* (2004) 26: 321. doi:10.1007/s11149-004-7554-3.
- BOUGETTE, PATRICE, BUDZINSKI, OLIVER, MARTY, FRÉDÉRIC, «Exploitative abuse and abuse of economic dependence: what can we learn from the industrial organization approach?», *GREDEG Working Papers Series*, nº 2017-37.

- BREIT, INGRID, «The `Pre-insulated pipes` judgment: the European Court of Justice confirms the legality of the Commission's Guidelines on fines», *Competition Policy Newsletter*, nº 3, otoño 2005.
- BROWN, ADRIAN; «EU Primary Law Requirements In Practice: Advertising, Procedures And Remedies For Public Contracts Outside The Procurement Directives», *Public Procurement Law Review*, 2010, 19, nº 5.
- BROWN, CHRISTOPHER, Comentario sobre *Purple Parking Ltd v. Heathrow Airport Ltd* (2011), EWHC 987 (Ch), E.C.L.R, Número 10, 2011, National Reports, N-179 a N-183.
- BUENDÍA SIERRA, JOSÉ-LUIS, «Exclusive or special rights under Article 106 TFUE: An overview of EU and national case law», *e-Competitions*, Nº 44436, www.concurrences.com.
- BRAGE CENDÁN, SANTIAGO, «Los delitos de alteración de precios en el Derecho proyectado», *Dereito*, Volumen 10, número 1.
- BRASS, RACHEL, S. y HIGNEY, CAELI, A., «Practical Advice for Avoiding Hub-and-Spoke Liability», *the antitrust source*, octubre 2016.
- BREIT, INGRID, «The `Pre-insulated pipes` judgment: the European Court of Justice confirms the legality of the Commission's Guidelines on fines», *Competition Policy Newsletter*, nº 3, otoño 2005.
- CACHAFEIRO GARCÍA, FERNANDO, «Definición del mercado relevante por el Tribunal Supremo: a propósito de la Sentencia Excursiones Puerto de Sóller», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 31, Sección Artículos, Enero –Febrero 2013.
- CACHAFEIRO GARCÍA, FERNANDO, «Negativa de venta o suministro y abuso de posición dominante», en *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, coord. por José Antonio Gómez Segade, Angel García Vidal; Manuel Olivencia (pr.), 2010.

- CALVIÑO GUERRERO, IRIA, «Prohibición de contratar por infracciones en materia de falseamiento de la competencia (I)», en GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER y HERNANDO RYDINGS, MARÍA, *Contratación, Competencia y Sostenibilidad: últimas aportaciones desde el Derecho Administrativo*, Civitas, Thomson Reuters, 2017, p. 193.
- CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS, RODRÍGUEZ RODRIGO, JULIANA, «La doctrina de las infraestructuras esenciales en el Derecho Antitrust europeo: cuestiones esenciales», ADI, 2010-2011.
- CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS y RODRÍGUEZ RODRIGO, JULIANA, «Precios precipitados», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Nº 1, Julio-Diciembre 2007.
- CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS, CANEDO ARRILLAGA, PILAR, «*Non bis in ídem* en Derecho antitrust», *Estudios Deusto*, Volumen 54/1, enero-junio 2006.
- CAMACHO, CRISTINA, «Práticas restritivas da concorrência na contratação pública: a intervenção da Autoridade da Concorrência», en TRABUCO, CLAUDIA y EIRÓ, VERA, *Contratação Pública e Concorrência*, Almedina, 2013.
- CÁMARA LAPUENTE, SERGIO, Comentario al artículo 3 LGDCU, en CÁMARA LAPUENTE, SERGIO (Dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex, 2011.
- CAMPOS ACUÑA, M^a CONCEPCIÓN, «10 Novedades sobre Transparencia e Integridad en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público», en *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº 22, quincena del 30 de noviembre al 14 de diciembre de 2017, p. 2718ss, Editorial Wolters Kluwer
- CAMPOS SÁNCHEZ-BRONDONA, MANUEL, «La regulación como finalidad distinta al Derecho de la Competencia», en GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER. (ed.), *Derecho de la Competencia y Regulación en la actividad de las Administraciones Públicas*, Civitas, 2011.

CASTRO GONZÁLEZ, SERGIO, «La amenaza con el ejercicio de acciones como acto de competencia ilícita en la jurisprudencia reciente», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, N° 21, Segundo semestre de 2017.

CHAMAT, SANTIAGO, *Derecho de la Competencia: Discriminación y abuso de situación de dependencia económica. ¿Qué puedo hacer si, como consumidor o proveedor, sufro algún tipo de discriminación con respecto a los demás adquirentes?*, <http://www.abogalista.com/derecho-de-la-competencia-discriminacion-y-abuso-de-situacion-de-dependencia-economica.html>.

CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, CARMEN y SINOVAS CABALLERO, SERGIO, «La persecución institucional del *bid rigging* en España: Actuaciones recientes de la Autoridad de Competencia», *Anuario de la competencia*, N° 1, Marcial Pons, 2016.

CERRONE, CLAUDIA, HERMSTRÜVER, YOAN , ROBALO, PEDRO, «Debarment and Collusion in Procurement Auctions», *Discussion papers of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods* 2018/5, Bonn, abril, 2018.

CLARK, ROBERT, COVIELLO, DECIO y GAUTHIER, JEAN-FRANÇOIS, «Bid rigging and entry deterrence into collusion and corruption in Quebec», *Queen's Economics Department Working Paper* n° 1401.

COMENGE PUIG, MIGUEL, «Los “planes claros” y los abusos consentidos», *Anuario de la Competencia*, N°1, 2006.

CONTRERAS DE LA ROSA, ISABEL, «La responsabilidad por daños de la matriz por conductas anticompetitivas de su filial», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, N° 19, Segundo semestre de 2016.

COSCELLI, ANDREA y EDWARDS, GEOFF, «Efficiency and anticompetitive effects of tying», en EHLERMANN, CLAUS, MARQUIS, MEL (eds.), *European Competition Law Annual, 2007. A Reformed Approach to Article 82 EC*, Oxford & Portland, 2008.

COSTAS COMESAÑA, JULIO y HORTALÁ VALLVÉ, JOAQUIM, « *La tipificación de la actividad de la Administración como facilitadora de cárteles*», *Anuario de la Competencia*, n° 1, 2013.

- COTTER, THOMAS F., The Essential Facilities Doctrine, *Antitrust Law and Economics*, Keith N. Hylton, ed., Edward Elgar Publishing, 2008.
- CRAIG, PAUL, *EU Administrative Law*, 2ª edición. Oxford University Press, 2012. Capítulo 13: “Transparency”.
- CROCIONE, PIETRO y VELJANOVSKI, CENTO, Price squeezes, foreclosure and competition law. Principles and guidelines, *Journal of Network Industries*, Volume 4 (2003), N° 1, pág. 38. Ver en <http://www.casecon.com/data/pdfs/pricesqueeze.pdf>.
- CUERDO MIR, MIGUEL, «Subastas y contratación administrativa desde la perspectiva económica del derecho de la competencia», en GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER, (Dir.), *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*, Thomson Reuters-Civitas, 2011.
- DEISS, JOSEPH, GUGLER, PHILIPPE, *Politique économique et sociale*, De Boeck, 2012.
- DE LA VEGA GARCÍA, FERNANDO, «Nuevo concepto de cártel en España (modificación de la LDC por Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo) », en el blog *Derecho de la Competencia*, «<http://derechoycompetencia.blogspot.com.es/2017/06/nuevo-concepto-de-cartel-en-espana.html>
- DE LA VEGA GARCÍA, FERNANDO, «Programas de cumplimiento normativo (compliance) y Derecho Antitrust (Res. CNMC de 6 de septiembre de 2016, As. Mudanzas Internacionales) », <http://derechoycompetencia.blogspot.com.es/2016/09/programas-de-cumplimiento-normativo.html#more>
- DE LA MORENA LÓPEZ, JULIÁN, «Principios generales de la contratación del sector público (art. 1 TRLCSP; arts. 1 y 2 Directiva 2004/18/CE; art. 76 Directiva 2014/24/UE)», *Contratación Administrativa Práctica*, N° 139, Sección Contratación práctica, Septiembre 2015, Editorial LA LEY.

DEL REY SALGADO, JOSÉ-MARÍA, «Asunto *Post Danmark*: útiles clarificaciones del TJUE sobre el abuso de posición de dominio», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Nº 31, Sección Artículos, Enero-Febrero 2013.

DENG, AI, «Cartel detection and monitoring: a look forward», *Journal of Antitrust Enforcement*, 2017.

DIATHESOPOULOS, MICHAEL D. *The Relation between Essential Facilities Doctrine and Market Definition* 29 de diciembre de 2010, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1732147> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1732147>.

DÍEZ ESTELLA, FERNANDO, «El artículo 3 LDC: falseamiento de la competencia por actos desleales», en BENEYTO, JOSÉ-MARÍA y MAÍLLO, JERÓNIMO, Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España, Tomo I, Bosch, 2ª ed., 2017.

DÍAZ ESTELLA, FERNANDO, y PÉREZ FERNÁNDEZ, PATRICIA, «Problemas derivados de la atribución europea de responsabilidad a las sociedades matrices por los ilícitos anticompetitivos de sus filiales de *Stora a Portielje*, pasando por *Akzo Nobel* y *Elf-Aquitaine*», *Anuario de la Competencia 2013*, Fundación ICO–Marcial Pons.

DÍEZ ESTELLA, FERNANDO: «El artículo 3 LDC: Falseamiento de la competencia por actos desleales», *Noticias de la Unión Europea*, nº 330, Julio 2012.

DÍEZ ESTELLA, FERNANDO, FERNÁNDEZ ÁLVAREZ-LABRADOR, MARGARITA, «El estrechamiento de márgenes en los mercados de telecomunicaciones (Comentario a la Decisión de la Comisión Europea de 4 de julio de 2007, Asunto COMP/38.784 – Wanadoo contra Telefónica) », *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº. 2, Sección Comentarios a Jurisprudencia, enero-junio 2008.

DÍEZ ESTELLA, FERNANDO, «Los objetivos del Derecho Antitrust», *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, Número 224, marzo-abril 2003.

DÍEZ ESTELLA, FERNANDO, «La doctrina del abuso en los mercados conexos: del «*Monopoly Leveraging*» a las «*Essential Facilities*», *Revista de derecho mercantil*, Nº 248, 2003.

- DINI, Federico & CUCHIARELLY, Alberto, *Improving Pharmaceutical Procurement: AVCP Guidelines for Italian Public Health Structures*, International Public Procurement Conference, Dublin, 2014, <http://www.ippa.org/IPPC5/Proceedings/Part10/PAPER10-1.pdf>
- DOMÉNECH PASCUAL, GABRIEL, «La valoración de las ofertas en el Derecho de los contratos públicos», *Revista General de Derecho Administrativo (RGDA)*, 30(2012), Iustel, p. 23.
- DORREGO, ALBERTO, y PÉREZ ABAD, CRISANTO, *Prohibición de contratar con las Administraciones*, Diario Expansión, 27 de noviembre de 2015, <http://www.expansion.com/juridico/opinion/2015/11/27/56587b4522601dea348b4632.html>.
- DREXL, JOSEF, «The Competition Dimension of the European Regulation of Public Sector Information and the Concept of an Undertaking», *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper* n°. 14-03
- EASTERBROOK, FRANK H., «Workable Antitrust Policy», *Michigan Law Review*, 1986.
- ECONOMIDES, NICHOLAS, The incentive for non-price discrimination by an input monopolist, *International Journal of Industrial Organization*, número 16, 1998.
- ELHAUGE, EINER, «Tying, bundled discounts, and the death of the single monopoly profit theory», *Harvard Law Review*, Volumen 123, Número 2, Diciembre 2009.
- ESCODA VILLACORTA, DANIEL y SANZ FERNÁNDEZ-VEGA, BEATRIZ, «Prohibición del abuso de posición dominante (II): Tipos de abuso», en BENEYTO, JOSÉ-MARÍA y MAÍLLO, JERÓNIMO (Dir.), *Tratado de Derecho de la Competencia, Unión Europea y España*, Tomo I, 2ª. ed., Bosch, 2017.
- ESCUADERO PUENTE, ALBERTO, «La incidencia del Derecho de la Competencia en las uniones temporales de empresas», en RECUERDA GIRELA, MIGUEL ÁNGEL, *Anuario de Derecho de la Competencia 2017, Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la competencia*, Thomson Reuters, Civitas, 2017.

ESTRADA, ERNESTO, y VÁZQUEZ, SAMUEL, «Bid rigging in public procurement of generic drugs in Méjico», *CPI (Competition Policy International)*, 28 de julio de 2013.

EVANS, DAVID S., y PADILLA, A. JORGE, «Excessive prices: using economics to define administrable legal rules», *CEMFI Working Paper* n° 0416, Septiembre, 2004.

EZRACHI, ARIEL, *EU Competition Law. An Analytical Guide to the Leading Cases*, Hart, 2014.

FARALDO CABANA, PATRICIA, «De la alteración de precios en concursos y subastas públicas», en *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, 2010.

FAULL, JONATHAN, NIKPAY, ALI, *The EU Law of Competition*, Oxford University Press, 3ª ed. 2014.

FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO, «El delito de corrupción de agentes públicos en actividades económicas internacionales del artículo 286 ter CP como delito contra la competencia a través de la corrupción», *Diario La Ley*, N° 8987, Sección Doctrina, 25 de Mayo de 2017, Wolters Kluwer.

FERNÁNDEZ ÁLVAREZ-LABRADOR, MARGARITA, «UTES y AIEs y derecho de la competencia», *Diario La Ley*, N° 7608, Año XXXII, Sección Tribuna, 11 de abril de 2011.

FERNÁNDEZ ASTUDILLO, JOSÉ-MARÍA, «El principio de proposición única, la presentación de proposiciones por empresas vinculadas y los acuerdos colusorios», *Contratación Administrativa Práctica*, N° 132, Sección Reflexiones, Julio-Agosto 2014, Editorial LA LEY.

FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, PABLO y TORRES PÉREZ, FRANCISCO, Comentario al Capítulo I de la LGDCU, en REBOLLO PUIG, MANUEL e IZQUIERDO CARRASCO, MANUEL (Dir.), *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, Iustel, 2011.

- FISCHER, FRANKLIN., Economic Analysis and «Bright-Line» Tests, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 4, Nº, 1, 2008.
- FOLGUERA CASTRO, JAIME, MARTÍNEZ CORRAL, BORJA, «La posición de dominio colectiva: estado actual de una larga evolución», En *El abuso de la posición de dominio*. Martínez Lage, S. (Dir.), Petitbò Juan, A., (Dir.), Marcial Pons, Madrid, 2006.
- FRENZ, WALTER, *Handbook of Competition Law*, Springer, 2016.
- FRITON, PASCAL, «The German draft bill for a so-called «register of competition» [guest post by Dr Pascal Friton] », en el blog *howtocrackanut.com*, 8 de marzo de 2017, <http://www.howtocrackanut.com/blog/2017/3/8/the-german-draft-bill-for-a-so-called-register-of-competition-guest-post-by-dr-pascal-friton>.
- GAL, MICHAL y RUBINFELD, DANIEL L., “The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement” (January 1, 2015). *Antitrust Law Journal* , Vol. 80, No. 401, 2016.
- GARCÉS SANAGUSTÍN, MARIO, «Contratación en el sector público y competencia: incidencia práctica de la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público», *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, Nº. 3, 2008.
- GAUDIN, GERMAIN y MANTZARI, DESPOINA, «Margin squeeze. An above-cost predatory pricing approach», *Journal of Competition Law & Economics*, Volumen 12, Número 1, Marzo 2016.
- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, JAVIER, «El Derecho de la Contratación Pública en Suecia», en SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dtor.), *El Derecho de los Contratos Públicos en la Unión Europea y sus Estados Miembros*, Lex Nova, 2011.
- GARCÍA MARTÍNEZ, ROBERTO, «La explotación abusiva de una situación de dependencia económica como nuevo ilícito antitrust en la Ley española de Defensa de la Competencia», *Revista del Poder Judicial*, nº 64, 2001.
- GARCÍA PÉREZ, RAFAEL, «Falseamiento de la libre competencia por actos desleales e infracción de normas que tienen por objeto la regulación de la actividad

concurrencial (a propósito de la resolución del consejo de la cnc de 24 de febrero de 2012, iberdrola sur)», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Nº 11, Segundo semestre de 2012, (formato LaLeyDigital.com).

GERADIN, DAMIEN, *Refusal to supply and margin squeeze: A discussion of why the «Telefonica exceptions are wrong»*, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1750226> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1750226> 29 de junio de 2011.

GERADIN, DAMIEN, *The necessary limits to the control of «excessive» prices by competition authorities-A view from Europe*, Tilburg University Legal Studies Working Paper, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1022678>, 23 de octubre de 2007.

GERADIN, DAMIEN y PETIT, NICHOLAS, «Price Discrimination under EC Competition Law: The Need for a case-by-case approach», *GCLC Working Paper 07/2005*.

GERADIN, DAMIEN y otros, «The concept of dominance in EC Competition Law», *Research Paper on the modernization of Article 82 EC*, Global Competition Law Center, Colegio de Europa, Brujas, Julio 2005.

GERADIN, DAMIEN y O'DONOHUE, ROBERT, «The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: the Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector», *GCLC Working Paper 04/05*. The Global Competition Law Centre Working Papers Series, 2005.

GUERRA FERNÁNDEZ, ANTONIO y ARECES LÓPEZ, CRISTINA, «La potestad sancionadora de la CNMC frente a representantes legales o directivos de empresas infractoras de la normativa de defensa de la competencia», en RECUERDA GIRELA, MIGUEL ÁNGEL, *Anuario de Derecho de la Competencia 2017, Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la competencia*, Thomson Reuters, Civitas, 2017, pp.139-151.

GIMENO FELIU, JOSÉ MARÍA, «La nueva Ley de Contratos del Sector Público: hacia un modelo de contratación pública transparente y estratégica», *Contratación Administrativa Práctica*, Nº 153, Enero-Febrero 2018, Wolters Kluwer.

GIMENO FELIÚ, JOSÉ M.: «Los Tribunales Administrativos Especiales de Contratación Pública y su principal doctrina (en especial la de Aragón). ¿Hacia un

control efectivo de los contratos públicos? », en *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson Reuters, 2014.

GINER PARREÑO, CÉSAR y TOBÍO RIVAS, ANA M^a, Resumen de la RCNC, de 26 de septiembre de 2012, Expte. S/0335/11, *CEOE, Derecho de los Negocios*, N^o 265/266, *Sección Competencia. Propiedad Industrial e Intelectual*, Noviembre-Diciembre 2012, LA LEY.

GIPPINI FOURNIER, ERIC, «The Modernisation of European Competition Law : First Experiences with Regulation 1/2003», *Community Report to the FIDE Congress 2008*. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1139776>.

GIPPINI FOUNIER, ERIC, «Essential facilities y aplicación del artículo 82 CE a la negativa unilateral a contratar. Algunas consideraciones tras la sentencia Bronner», *GJCEE*, 205, enero/febrero 2000.

GONZÁLEZ DURÁNTEZ, HENAR, CONTRERAS ALFONSÍN, MANUEL, «Las sanciones a directivos y representantes legales por infracción de las normas de defensa de la competencia», en RECUERDA GIRELA, MIGUEL ÁNGEL, *Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la competencia. Anuario 2015*, Civitas, 2015

GONZÁLEZ JIMÉNEZ, PEDRO, «La compleja regulación de la venta a pérdida en el Derecho Español y la necesidad de su reforma. A propósito de la STJUE de 19 de octubre de 2017», *Diario La Ley*, N^o 9116, Sección Tribuna, 11 de Enero de 2018.

GREEN, NICHOLAS, «Problems in the identification of excessive prices: The United Kingdom Experience in the light of *Napp*», en EHLERMANN, CLAUS-DIETER y ATANASIU, ISABELA (eds). *European Competition Law Annual 2003, What is an abuse of dominant position?*, Oxford, 2006.

GUGLER, PHILIPPE, «Transparency and Competition Policy in an Imperfectly Competitive World», en FORSBAECK, JENS, y OXELHEIM, LARS, *The Oxford Handbook of Economic and Institutional Transparency*, Ooxford University Press, 2015.

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, MARÍA y ORTIZ DE URBINA GIMENO, ÍÑIGO, «Conductas restrictivas de la competencia y Derecho penal», en ROBLES

MARTÍN-LABORDA, ANTONIO, *La lucha contra las restricciones de la competencia. Sanciones y remedios en el ordenamiento español*, Comares, 2017.

GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER, «La compleja naturaleza jurídica de las prohibiciones de contratar por infracciones en materia de falseamiento de la competencia», en GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER y HERNANDO RYDINGS, MARÍA, *Contratación, Competencia y Sostenibilidad: últimas aportaciones desde el Derecho Administrativo*, Civitas, Thomson Reuters, 2017.

HAY, GEORGE, A. y McMAHON, KATHRIN, *The diverging approach to price squeeze in the United States and Europe*, *Journal of Competition Law & Economics*, Volumen. 8, N° 2 (junio 2012).

HARRINGTON, JOSEPH, E.Jr., «Behavioral screening and the detection of cartels», en EHLERMANN, CLAUS y ATANASIU, ISABELA (editores), *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2007.

HARRINGTON, JOSEPH E. Jr., «How do cartels operate?», *Foundations and Trends in Microeconomics*, Volumen. 2, n° 1, 2006.

HEEB, RANDAL, KOVACIC, WILLIAM, MARSHALL, ROBERT, MARX, LESLIE, «Cartels as Two-stage Mechanisms: Implications for the Analysis of Dominant-Firm Conduct», *Chicago Journal of International Law*, 10, 2009.

HEIMLER, ALBERTO, «Cartels in Public Procurement», *Journal of Competition Law&Economics*, 2012.

HEMPHILL SCOTT C., y WU, TIM, «Parallel exclusion», *The Yale Law Journal*, 2013.

HENDRIKS, KEN, PRESTON MCAFEE, P., WILLIAMS, MICHAEL, A. «Auctions and bid rigging», en BLAIR, ROGER y SOKOL, DANIEL, *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Oxford University Press, 2015

HENDRIKS, KEN, PORTER, ROBERT, TAN GUOFU, «Bidding rings and the winner's curse», *The RAND Journal of Economics*, Volumen 39, n° 4, Enero de 2008, p. 1019.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, FRANCISCO, «La determinación de la responsabilidad de la sociedad matriz por conductas anticompetitivas realizadas por una filial; ¿de vuelta al buen camino? Comentario de la STJUE de 29 de septiembre de 2011, ‘Elf Aquitaine contra Comisión Europea’» *Revista Deloitte News*, nº 67, 2012.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, FRANCISCO, *Precios predatorios y Derecho Antitrust*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

HERRERO SUÁREZ, CARMEN, *Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la Competencia*, La Ley, 2006.

HEROLD, DANIEL and PAHA, JOHANNES, *Predicting Cartel Formation*, 1 de marzo de 2016, pp. 50-52, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2740528>.

HERRERA ANCHÚSTEGUI, IGNACIO, «Joint bidding and object restrictions of HUERGO LORA, ALEJANDRO, «La prohibición de contratar en el sector público por falseamiento de la competencia», en competition: The EFTA Court’s take in the ‘Taxi case’», *European Competition and Regulatory Law Review (CoRe)*, Volumen 1, Número 2, 2017 p. Case Note 1-6.. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2966374>.

HERRERA ANCHÚSTEGUI, IGNACIO, «Buyer power exploitation: unfair purchasing practices», en CACHAFEIRO GARCÍA, FERNANDO, GARCÍA PÉREZ, RAFAEL y LÓPEZ SUÁREZ, MARCOS, *Derecho de la Competencia y Gran Distribución*, Thomson Reuters, Aranzadi, 2016.

HERRERO SUÁREZ, CARMEN, «La nulidad de las conductas anticompetitivas», en ROBLES MARTÍN-LABORDA, ANTONIO, *La lucha contra las restricciones de la competencia. Sanciones y remedios en el ordenamiento español*, Comares, 2017, pp. 231-234.

HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, , «Delitos de alteración de precios, de prácticas restrictivas de la competencia y otros relativos a la regulación de mercados en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal», *Documentación Jurídica*, 1983.

- HORTALÁ I VALLVÉ, JOAQUIM, «La administración como facilitador en las infracciones de competencia», en CANEDO ARRILLAGA, PILAR (Dir.), *La competencia como motor del desarrollo económico*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.
- HOSKINS, SARAH, «No bid-rigging in Swedish healthcare case», *Nordic Competition*, 18 de agosto de 2017, <http://www.nordiccompetitionblog.com/?p=861>
- HOU LIYANG, *Superior Bargaining Power: The Good, the Bad and the Ugly*, 22 de agosto de 2017, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3024015>.
- HOU, LIYANG, «Excessive prices within EU Competition Law», *European Competition Journal*, abril 2016.
- HOU, LIYANG, «The Essential Facilities Doctrine – What was Wrong in Microsoft? », *IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 43(4), 251-271, 19 de marzo de 2012, <https://ssrn.com/abstract=2025777>
- HOVENKAMP, HERBERT, «Consumer welfare in Competition and Intellectual Property law». *Competition Policy International* 53, Volumen 9 , nº 2, otoño 2013.
- HOVENKAMP, HERBERT, *The Antitrust Enterprise. Principle and execution*, Harvard University Press, 2005.
- HUBER, MARTIN e IMHOF, DAVID, «Machine Learning with Screens for Detecting Bid-Rigging Cartels», *Working Papers SES*, nº 494, IV.2018, Universidad de Friburgo.
- HUERGO LORA, ALEJANDRO, «La prohibición de contratar en el sector público por falseamiento de la competencia», en CANEDO, MARÍA DEL PILAR (Dir.), *La competencia como motor del desarrollo económico*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.
- HUERGO LORA, ALEJANDRO, «La prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia», *Revista española de derecho administrativo*, Nº 182, 2017.

- HUERGO LORA, ALEJANDRO, «La CNMC, los tribunales civiles y los contencioso-administrativos en la aplicación del Derecho de la competencia», en *Almacén de Derecho*, 18 de enero de 2016 (<http://almacenederecho.org/la-cnmc-los-tribunales-civiles-y-los-contencioso-administrativos-en-la-aplicacion-del-derecho-de-la-competencia/>).
- HUMPE, CHRISTOPHE y RITTER, CYRIL, *Refusal to Deal*, College of Europe, Global Competition Law Centre, Research Paper on the Modernisation of Article 82 CE, 6 de julio de 2005 p. 24, Humpe, Christophe and Ritter, Cyril, Refusal to Deal (July 6, 2005). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=771907> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.771907>.
- HÜSCHEL RATH, KAI y WEIGAND, JÜRGEN, «Fighting hard core cartels», en NEUMANN, MANFRED y WEIGAND, JÜRGEN (Ed.), *The International Handbook of Competition- Second Edition*, Edward Elgar, 2013.
- IBÁÑEZ COLOMO, PABLO, «Lithuanian Railways: the most straightforward abuse case ever?», *Chillin' Competition*, 5 de octubre de 2017, <https://chillingcompetition.com/2017/10/05/lithuanian-railways-the-most-straightforward-abuse-case-ever/>.
- IMHOF, DAVID, KARAGÖK, YAVUZ y RUTZ, SAMUEL, «Screening for bid-rigging-Does it work? », Universidad de Friburgo, *Working Papers*, nº 468, IV.
- IOSA, ELISABETTA y WATERSON, MICHAEL, «Maintaining Competition in Recurrent Procurement Contracts: A case study on the London Bus Market», *CEISS Tor Vergata Research Paper Series*, volumen 15, ejemplar 3, número 400, febrero 2017, p. 6. <ftp://www.ceistorvergata.it/repec/rpaper/RP400.pdf>.
- IRÁCULIS ARREGUI, NEREA, «La lucha óptima contra los cárteles: expresión en el transporte de mercancías por carretera (1)», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Nº 14, Primer semestre de 2014.
- JENNY, FREDERIC, *Abuse of dominance by firms charging excessive or unfair prices: an assessment*, 11 de septiembre de 2016, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2880382>.

JENNY FRÉDÉRIC, «Competition and Anti –Corruption Considerations in Public Procurement», en *Fighting corruption and promoting integrity in public procurement*, OCDE, 2005, Capítulo 3.

JIMÉNEZ MOSTAZO, A. y ALVARADO RODRÍGUEZ, P. «Ne bis in ídem. Un principio constitucional de creación jurisprudencial (II). Significado del principio ne bis in ídem», *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, Volumen XXIII, 2005.

JONES, ALLISON y SUFRIN, BRENDA., *EU Competition Law. Text, Cases and Materials*, 5ª ed., Oxford, 2014.

KËLLEZI, PRANLLERA, «Abuse belowe the Threshold of dominance?. Market Power, Market Dominance, and Abuse of Economic Dependence», en MACKENDRODT, MARK-OLIVER, CONDE GALLEGO, BEATRIZ, ENCHELMAIER, STEFAN (Eds.), *Abuse of dominant position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?. MPI Studies on Intellectual Property, Competition and Tax Law*, Volumen 5, Springer, 2008.

KLEVSTRAND, SIMEN, «Joint bid labelled ‘by object’ infringement», en el blog *Nordic Competition, Competition law in the Nordics*, 30 de marzo de 2015, <http://www.nordiccompetitionblog.com/?p=401>.

KLEVSTRAND, SIMEN, «Joint bidding: a new ‘by object’ offence? », en el blog *Nordic Competition, Competition law in the Nordics*, 1 de septiembre de 2014, <http://www.nordiccompetitionblog.com/?p=259>.

KLIMAS, TADAS y VAIČIUKAITĖ, JURATE, «The law of recitals in European Community Legislation», *ILSA Journal of Int’l & Comparative Law*, Vol. 15:1, 2008.

KÜHN, KAI-UWE y VIVES, XAVIER, *Information Exchanges Among Firms and their Impact in Competition*, junio 1994.

KWON LEE, IN y HAHN, KYUNG DONG, «Bid-Rigging in Auctions for Korean Public-Works Contracts and Potential Damage», *Review of Industrial Organization*, 21, 2002, Kluwer Academic Publishers.

- JACOBSON, JONATHAN, SHER, SCOTT y HOLMAN, EDWARD, «Predatory innovation: an analysis of *Allied Orthopedic v Tyco* in the context of Section 2 Jurisprudence», *Loyola Consumer Law Review*, Volumen 23:1.
- JIMÉNEZ-LAIGLESIA OÑATE, JUAN y CHAPARRO YEDRO, MARIO, «La nueva prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia», en RECUERDA GIRELA, MIGUEL ÁNGEL, *Anuario de Derecho de la Competencia 2017, Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia*, Thomson Reuters Civitas, 2017.
- JIMÉNEZ LATORRE, FERNANDO, «Las prácticas comerciales excluyentes del operador dominante», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Nº 12, Noviembre-Diciembre 2009.
- JULIAN, JOSHUA, «The District Heating Price Cartel», *Competition Policy Newsletter*, febrero de 1999, nº 1
- KAPLOW, LOUIS., «Market definition: impossible and counterproductive», *Antitrust Law Journal*, Volumen 79, nº 1, 2013.
- KLEIN, BENJAMIN, *Antitrust Analysis of Hub-and-Spoke Conspiracies*, 31 de enero de 2017, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2909341> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2909341>
- KOVACIC, WILLIAM, MARSHALL, ROBERT, MARX, LESLIE y WHITE, HALBERT, «Plus Factors and Agreements in Antitrust Law», *Michigan Law Review*, Volumen 110, nº. 3, 2011.
- LAFFONT, JEAN JACQUES y TIROLE, JEAN, *Competition in Telecommunications*, MIT Press, Massachusetts, 2000.
- LAITENBERGER, ULRICH, y HÜSCHEL RATH, KAI, «The adoption of screening tolos by Competition Authorities», *CPI Antitrust Chronicle*, Septiembre 2011 (2).
- LAMADRID DE PABLO, ALFONSO, «On Excessive Pricing: The Common Ground in AG Wahl's Opinion and Commissioner Vestager's Chilling' Competition Speech», en el blog *Chillin Competition*, 3 de mayo de 2017, <https://chillingcompetition.com/2017/05/03/on-excessive-pricing-the-common->

[ground-in-ag-wahls-opinion-and-commissioner-vestagers-chillingcompetition-speech/](#).

LANG, JOHN TEMPLE, «Defining Legitimate Competition: Companies' duties to Supply Competitors and Access to Essential Facilities», *Fordham Intell. Prop.L.J.*, Número 18, 1997.

LECLAIR, MARK S., *Cartelization, Antitrust & Globalization in the US and Europe*, Routledge, 2011.

LENCE REIJA, CARMEN, «La iniciativa económica de las entidades locales y sus implicaciones para la libre competencia», *REDA*, nº170 (Abril-Junio 2015).

LEONG, JIA YI JAYME, TAN, HI LAN, «Designing auctions to protect competition and to promote efficiency and revenue», *Journal of Competition Law & Economics*, Volumen 12, Nº 2, 1 de junio de 2016.

LIANIS, IOANNOS, «Colusion in vertical relations under Article 81 EC», *Common market law review*, 45, 2008.

LILLO ÁLVAREZ, CARMEN, «La normativa de competencia: su aplicación a la Administración Pública», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 22, julio/agosto 2011.

LINDAHL, HANS, «Acquiring a Community: The Acquis and the Institution of European Legal Order», en *European Law Journal*, Volumen 9, nº 4, Septiembre 2003.

LORCA MORALES, TERESA, «El intercambio de información en las asociaciones empresariales: hasta dónde es posible llegar sin incurrir en una infracción del derecho de la competencia», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Nº 18, Noviembre-Diciembre 2010.

LORENZ, MORITZ, *An Introduction to EU Competition Law*, Cambridge, 2013.

LOVDAHL GORMSEN, LIZA, *A principled approach to Abuse of Dominance in European Competition Law*, Cambridge, 2010.

- LOWE, PHILIP, «The European Commission formulates its enforcement priorities as regards exclusionary conduct by dominant undertakings», *Global Competition Policy* (febrero, 2006).
- LOWE, PHILIP, «DG Competition's Review of the Policy on Abuse of Dominance», en *International Antitrust and Policy. Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute 2003*, Hawk, 2004.
- LÖWHAGEN, FREDRIK, « Las asociaciones de empresas en el Derecho de la Competencia español: conceptos básicos y régimen sancionador », *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Nº 14, Sección Artículos, Wolters Kluwer.
- LUZ, REINALDO y SPAGNOLO, GIANCARLO, *Leniency, Collusion, Corruption, and Whistleblowing* (April 18, 2016), Working Paper Series No 36, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2773671>.
- MADEJ, ROMAN, *Is your consortium illegal?*, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=6769cdaf-c0bf-40d6-af53-da1e5c7bfb25>.
- MAESTRE BENAVENTE, RAFAEL, «El ilícito de explotación de situación de dependencia económica en la jurisprudencia: a propósito de la SAP de Málaga de 12 de diciembre de 2005», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Nº 6, Enero-Junio 2010.
- MANDORF, MARTIN, y SAHL, JOHN, «The role of the 'Equally Efficient Competitor' in the Assessment of Abuse of Dominance», Konkurrensverket (Autoridad de Competencia de Suecia), *Working Paper Series in Law and Economics* 2013:1, mayo, 2013.
- MARCOS FERNÁNDEZ, FRANCISCO: «¿Puede sancionarse a las Administraciones Públicas cuando no actúan como operador económico si restringen la competencia o promueven conductas anticompetitivas?», *INDRET*, enero, 2018.
- MARCOS FERNÁNDEZ, FRANCISCO, «The Prohibition of Single-Firm Market Abuses: US Monopolization versus EU Abuse of Dominance», *International*

Company and Commercial Law Review 2017, N° 9. SSRN (31 de agosto de 2017): <https://ssrn.com/abstract=3028629>.

MARCOS FERNÁNDEZ, FRANCISCO, «Tribulaciones autonómicas frente a las restricciones públicas de la competencia (II)», en el blog *Competencia y Regulación*, 8 de marzo de 2016, <http://derechocompetencia.blogspot.com.es/2016/05/tribulaciones-autonomicas-frente-las.html>

MARCOS FERNÁNDEZ, FRANCISCO, «La exigencia de sensibilidad en el falseamiento de la competencia en la LDC. Notas a propósito de la problemática puesta de manifiesto por la DTS de 29 de enero de 2008», *Diario La Ley*, N° 7328, Sección Doctrina, 26 de enero de 2010, Ed. LA LEY (en LaLeyDigital).

MARCOS FERNÁNDEZ, FRANCISCO, «¿Pueden las administraciones públicas infringir la Ley de Defensa de la Competencia cuando adquieren bienes o contratan servicios en el mercado?: Comentario a la resolución de la Comisión Nacional de Competencia, de 14 de abril de 2009 (639/08, Colegio Farmacéuticos Castilla-La Mancha)», *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 29, 2008-2009, págs. 839-866.

MARCOS, FRANCISCO, «*El tratamiento de las restricciones públicas a la competencia. La exención legal en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*», *Diario La Ley*, n° 6977, Secc. Doctrina, La Ley, 27 de junio de 2008.

MARCOS FERNÁNDEZ, FRANCISCO, *El coste de la muerte, competencia y consumo en el mercado de servicios funerarios*, Aranzadi, 2006.

MARSHALL, ROBERT, MARX, LESLIE, *The Economics of Collusion*, The MIT Press, 2012.

MARSHALL, ROBERT, MARX, LESLIE, SAMKHARADZE, LILY, *Dominant-Firm Conduct by Cartels*, Working Paper, Center for the Study of Auctions, Procurements, and Competition Policy (CAPCP), 15 de febrero de 2011.

- MARTÍ MIRAVALIS, JAUME, «La nulidad contractual por fijación de precios mínimos», en VELASCO SAN PEDRO, LUIS y otros (dir.), *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*.
- MARTÍNEZ-BUJÁN, CARLOS, *Derecho Penal Económico. Parte Especial*. Tirant Lo Blanch, 1999.
- MARTÍNEZ CORRAL, BORJA, «Asegurando el cumplimiento: los «compliance programs» en materia de Derecho de la Competencia (1)», en RECUERDA GIRELA, MIGUEL-ÁNGEL, *Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia, Anuario de Derecho de la Competencia 2016*, Civitas Thomson Reuters, 2016.
- MARTÍNEZ LAGE, SANTIAGO, Intervención en el «Panel Discussion, Panel One: Policy Objectives, Enforcement tools and actors, types of abuses, the case of excessive pricing? », en EHLERMANN, C. y ATANASIU, I. (editores), *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2006.
- MARTÍNEZ MAÑES, EVA, «La defensa de la competencia en los procesos de contratación pública: hacia una mayor participación de las pequeñas y medianas empresas en los mercados públicos», en *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2014 | 06 | 2015*.
- MATEUS, ABEL M., «Predatory pricing: A proposed structured rule of reason», *European Competition Journal*, Agosto, 2011.
- MATTOS, CARLOS, «Procurement Procedures and Bid-Rigging in Brazil», en JENNY, FREDERIC y KATSOULACOS, YANNIS (Ed.), *Competition Law Enforcement in the BRICS and in Developing Countries. Legal and Economic Aspects*, Springer, 2016.
- MEDINA ARNÁIZ, TERESA., *Las prohibiciones de contratar en el Derecho de la Unión Europea*, Tesis Doctoral (no publicada), 2015.
- MEDINA ARNÁIZ, TERESA., «Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: Perspectiva europea y su incidencia en la legislación española», en FERNÁNDEZ ACEVEDO, RAFAEL. y VALCÁRCEL

FERNÁNDEZ, PATRICIA. (Directores), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson Reuters, 1ª edición, 2014.

MEDRANO IRAZOLA, SABINIANO, *Las UTE, bajo la lupa de Competencia*, *Expansión.com*, Sección de Opinión, 11 de junio de 2010, <http://www.expansion.com/2010/06/11/juridico/opinion/1276290814.html>.

MENCHACA OLIVARES, TOMÁS, «¿Se debe sancionar la fijación unilateral de precios excesivos? » en *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*, ed. Tribunal de Defensa de la Competencia (Santiago, Thomson Reuters, 2011).

MENDO ESTRELLA, ÁLVARO, «¿Es posible sancionar penalmente los cárteles económicos actualmente en España? Propuestas de futuro», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Núm. LXV, Enero 2012, pp. 225-251.

MERLINO, PIETRO y FAELLA, GIANLUCA, «Strategic Underinvestment as an Abuse of Dominance under EU Competition Rules», *World Competition*, Volumen 36, nº. 4, 2013.

MIÑO LÓPEZ, ANTONIO, «Prácticas anticompetitivas en la contratación del sector público», en BENEYTO, JOSÉ MARÍA y MAILLO, JERÓNIMO (Dir.), *Tratado de Derecho de la Competencia, Unión Europea y España*, Capítulo 38, 2ª ed. Bosch, 2017.

MIÑO LÓPEZ, ANTONIO, «Preliminary market consultations in innovation procurement: a principled approach and incentives for anticompetitive behaviours», *Ius-Publicum Network Review*, Fascículo nº. 2, 2017, <http://www.ius-publicum.com/pagina.php?lang=es&pag=fascicolo>.

MIÑO LÓPEZ, ANTONIO y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «Contracting authorities' inability to fight bid rigging in public procurement: reasons and remedies», en RACCA, G. y YUKINS, C., (ed.), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruylant, 2014.

MIÑO LÓPEZ, ANTONIO y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA, «Colusión en la contratación pública (*bid rigging*): Propuestas para combatirla eficazmente y

posibilidades que ofrece la Directiva de contratos de 2014», en *Observatorio de los contratos públicos 2013*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

MIÑO LÓPEZ, ANTONIO, «La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública», en PERNAS GARCÍA, J.J., *Contratación Pública Estratégica*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

MIÑO LÓPEZ, ANTONIO, «Abuso de posición de dominio», *Noticias de la Unión Europea*, Nº 330, Año XXVIII, Julio 2012.

MIÑO LÓPEZ, ANTONIO, «El abuso de posición de dominio en los mercados de servicios de interés económico general. El caso de la compresión de márgenes («Price Squeeze»)», en GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER (Dir.), *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*, Thomson Reuters-Civitas, 2011.

MØLLGARD, PETER y OVERGAARD, PER, «Transparency and competition policy», en *The Pros and Cons of Information sharing*, Konkurrensverket (Autoridad de Competencia de Suecia), 2006.

MØLLGARD, PETER y OVERGAARD, PER, «Market transparency and competition policy», *Rivista di Polititca Economica*, nº 91, 2001.

MONTERO PASCUAL, JUAN-JOSÉ, «La Decisión de la Comisión Wanadoo contra Telefónica. La compleja relación entre regulación y competencia», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Nº 2, Marzo-Abril 2008.

MONTAGNANI, MARIA LILLÀ, «Predatory and exclusionary innovation: which legal standard for software integration in the context of the competition v intellectual property rights clash?», 37, *IIC*, 2006. El autor accedió al documento pre-impreso, en *Bocconi Legal Studies Research Paper* No. 2006-12. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=804985> .

MOORE, JOHN, «Cartels Facing Competition in Public Procurement: An Empirical Analysis», Chaire Epp, *EPPP DP* No. 2012-09, 11 de octubre de 2012, http://chaire-eppp.org/files_chaire/moore_2013_-_cartels_facing_competition.pdf

- MORELL OCAÑA, LUIS.: «Requisitos de los contratos. Capacidad y solvencia de las empresas (artículos 10 a 23 de la Ley)», AA.VV. (Dir. GÓMEZ-FERRER MORANT, R.), en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2004
- MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO, «¿Basta una falsedad material no constitutiva de delito para imponer la prohibición de contratar prevista actualmente en el art. 49.1 e) LCSP?», en *Contratación Administrativa Práctica*, Nº 112, Sección *Los Tribunales deciden*, Octubre 2011, LA LEY.
- MORENO MOLINA, JOSÉ-ANTONIO, y PLEITE GUADAMILLAS, FRANCISCO, *La nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: cuestiones sistemáticas*, La Ley, 2008.
- MOTTA, MASSIMO, STREEL, ALEXANDRE DE, «Excessive Pricing in Competition Law: Never say Never?», *The Pros and Cons of High Prices*, Konkurrensverket (Swedish Competition Authority, 2007.
- MOTTA, MASSIMO, STREEL, ALEXANDRE DE, «Excessive Pricing and Price Squeeze under EU Law», (2006), en C. D. Ehlermann, & I. Atanasiu (Eds.), *European Competition Law Annual 2003: What is an Abuse of Dominant Position?*, Oxford: Hart, 2006.
- MOTTA, MASSIMO y POLO, MICHELE, «Leniency Programs and Cartel Prosecution», *International Journal of Industrial Organization* , marzo de 2003.
- MOYA BALLESTER, JORGE, «Las Uniones Temporales de Empresas: concepto y régimen jurídico aplicable», *Revista de Derecho Mercantil* num. 282/2012 parte Varia, Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2011
- NALEBUFF, BARRY, «Exclusionary Bundling», *The Antitrust Bulletin*, Volumen 50, nº 3, otoño 2005.
- NAVARRO, EDURNE y RAMBAL, MARCOS, «La aplicación de las normas de defensa de la competencia a las Administraciones Públicas que no actúan como operadores económicos en el mercado», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Nº 31, Enero-Febrero 2013.

- NAZZINI, RENATO, «Extempore Observations on Bid-Rigging in Public Procurement: Towards a Virtuous Circle of Detection, Punishment and Compliance», *SSRN*, 8 de mayo de 2018: <https://ssrn.com/abstract=3112577> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3112577>.
- NAZZINI, RENATO, «Fundamental Rights beyond Legal Positivism: Rethinking the *Ne Bis in Idem* Principle in EU Competition Law», *Journal of Antitrust Enforcement*, Volumen 2, Número 2, octubre 2014.
- NEWMAN, JOHN, M., *Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations*, *164 University of Pennsylvania Law Review*, Volumen 194, 2015
- NEWMAN, JOHN, M., *Antitrust in Zero-Price Markets: Applications*, *Washington University Law Review*, Volumen 94, No 1, 2016.
- NICOLAIDES, PHEDON, «Altmark and Public Procurement: Definition and Award of Contracts», en *StateAidHub.eu*, 2 de septiembre de 2013, <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/1641>.
- NICOLAIDES, PHEDON, «The need for public services is shown by absence of private services», en *StateAidHub.eu*, 11 de abril de 2017, <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/8370>.
- NIETO GARRIDO, EVA, «El Derecho de la Contratación Pública en el Reino Unido», en SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dtor.), *El Derecho de los Contratos Públicos en la Unión Europea y sus Estados Miembros*, Lex Nova, 2011.
- NILSSON, ARVID, *Transparency and competition*, Stockholm School of Economics, 1999.
- NOWAG, JULIAN, «Between an UBER Rock and an UBER. Hard Place», *Derecho y Política de Libre Competencia en América Latina*, Noviembre, 2015, <https://lalibrecompetencia.com/2015/11/22/between-and-uber-rock-and-an-uber-hard-place/>
- NUIJTEN, JAN y VAN BARLINGEN, BERTUS, «Commission fines fourteen undertakings a total of € 266 million for participating in a cartel for road

pavement bitumen in the Netherlands», *Competition Policy Newsletter*, N°. 1, primavera 2007.

O'DONOGHUE, ROBERT, «The Quiet Death of Secondary-Line Discrimination as an Abuse of Dominance: Case C-525/16 MEO», *Journal of European Competition Law & Practice*, Volumen 9, n° 7, 1 de septiembre de 2018.

O'DONOGHUE, ROBERT, PADILLA, JORGE A. *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart, 2006.

O'DONOGHUE, ROBERT, PADILLA, JORGE A. *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart, 2ª ed., 2013.

ODUDU, OKEOGHENE, «Indirect information exchange: the constituent elements of hub and spoke collusion», *European Competition Journal*, Volumen 7, n°. 2.

ODUDU, OKEOGHENE, «Hub and Spoke Collusion», en LIANOS, I., GERADIN, D., (ed.), *Handbook on European Competition Law. Substantive Aspects*, Edward Elgar, 2013.

ONDREJ, BLAZO y SRAMELOVA, SILVIA, «The First Bid Rigging Case in Slovakia after Years of Judicial Disputes» . *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 8, No.11, 2015, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2741673> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2741673>.

ORTEGA BERNARDO, JULIA, «¿Se puede sancionar a la Administración en el ámbito del Derecho de la Competencia?», en el blog *almacenedderecho.org*, 31 de enero de 2017, almacenedderecho.org/cuando-se-puede-sancionar-la-administracion-ambito-la-defensa-la-competencia/.

ORTEGA BERNARDO, JULIA, «La aplicación de las normas de competencia a los gobiernos y administraciones locales y sus excepciones al amparo de la legislación de régimen local», *ICE, 50 aniversario de la primera ley de competencia en España*, n° 876, Enero-Febrero 2014, págs. 57-74.

OSEI-AFOAKWA, KOFI, How relevant is the principle of transparency in public procurement?, *IISTE*, Volumen 4, núm. 6, 2014.

- ØSTERUD, EIRIK, Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings under EU Competition Law, -The Spectrum of Tests, Wolters Kluwer Law & Business, 2010.
- PAULIS, EMIL, *Article 82 and Exploitative Conduct*, EUI, Robert Shuman Centre for Advanced Studies, 2007, EU Competition Law and Policy Workshop/Proceedings.
- PARICIO RALLO, EDUARDO, «El concepto europeo de servicio de interés general y los servicios municipales», *Cuadernos de Derecho Local*, nº. 32, junio de 2013.
- PASCUAL MORCILLO, ÁLVARO, «El cooperador necesario en las infracciones de la Ley de Defensa de la Competencia», en RECUERDA GIRELA, MIGUEL ÁNGEL (Coord.), *Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia, Anuario 2015*, Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2015.
- PASCUAL PONS, CARLOS, «Las prácticas facilitadoras de Resultados Anticompetitivos (1)», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Nº 5, septiembre-octubre 2008, Wolters Kluwer.
- PAULIS, EMIL, «Session Three: Exploitative conduct and the remedies. Panel V. Part One: Exploitative conduct», en EHLERMANN, CLAUS, MARQUIS, MEL (eds.), *European Competition Law Annual, 2007. A Reformed Approach to Article 82 EC*, Oxford & Portland, 2008
- PEÑA LÓPEZ, FERNANDO, *La responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust*, Comares, 2001.
- PEÑAS MOYANO, BENJAMÍN, « La «violación de normas» concurrenciales y no concurrenciales como actos de competencia desleal. SAP Zamora, núm. 223/2007, de 25 de octubre», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Nº 3.
- PÉREZ OLMO, GERARD, «Autoevaluación del estado del artículo 101.3 TFUE y 1.3 de la Ley 15/2007 en la práctica decisoria de las autoridades de competencia», en RECUERDA GIRELA, MIGUEL ÁNGEL, *Anuario de Derecho de la Competencia 2016, Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia*, Thomson Reuters Civitas, 2016.

PÉREZ OLMO, GERARD y MATÍA GARAY, CRISTINA, «Análisis y repercusión de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de septiembre de 2014 (ASUNTO C-67/13P): “Groupement des Cartes Bancaires”. Restricciones de la competencia por objeto», en RECUERDA GIRELA, MIGUEL ÁNGEL (Coord.), *Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia*, Anuario 2015, Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2015.

PETIT, NICHOLAS, *Subversive thoughts (2)-Excessive Pricing*, <https://chillingcompetition.com/2011/05/31/subversive-thoughts-2-excessive-pricing/>.

PETITBÓ, AMADEO, «CNMC: una caja de sorpresas», artículo para *El Economista* 18 de noviembre de 2016.

PÉREZ FERNÁNDEZ, PATRICIA, «La importancia de los programas de cumplimiento -*compliance programmes*-» en las políticas sancionadoras de las Autoridades de Competencia», en *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, Nº 876, 2014 (Ejemplar dedicado a: «50 aniversario de la primera ley de competencia en España»).

PERNAS GARCÍA, JUAN-JOSÉ. (Coord.), *La Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, 2013.

PERROT, ANNE, «Towards an effects-based approach of price discrimination», en *The Pros and Cons of Price Discrimination*, Konkurrensverket (Autoridad de Defensa de la Competencia de Suecia), 2005.

PIERNAS LÓPEZ, JUAN-JOSÉ, «La definición de servicio de interés económico general en la Unión Europea..., ¿De qué margen disponen los Estados miembros?», *REDE*, nº 61, enero-marzo 2017.

PITOFSKY, ROBERT, PATTERSON, DONNA, HOOKS, JONATHAN, «The essential facilities doctrine under United States Antitrust Law», *70 Antitrust L.J.*, 2002.

PORTER, MICHAEL E., «Towards a productivity-based approach to evaluating mergers and joint ventures», *Antitrust Bulletin*, Invierno 2001, Volumen 46, Número 4.

- POSNER, RICHARD, *Antitrust Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2ª ed. 2001.
- POSNER, RICHARD, «The State Action Exemption and Antitrust Enforcement under the Federal Trade Commission Act», *Harvard Law Review*, Vol. 89, nº 4, febrero 1976.
- PRIESS, HANS-JOACHIM, «The rules on exclusión and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive», *Public Procurement Law Review*, nº. 3, 2014.
- PUETZ, ACHIM, « Prácticas colusorias en el transporte horizontal: de boicots y cooperativas de transportistas», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Nº 21, Segundo semestre de 2017.
- RACHMILEVITCH, SHIRAN, «Endogeneous bid rotation in repeated auctions», en *Journal of Economic Theory*, volumen 148, número 4, julio 2011.
- RECUERDA GIRELA, MIGUEL-ÁNGEL, «La exclusión del licitador por la participación en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato», *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 103, septiembre-diciembre 2015.
- REDONDO ANDREU, IGNACIO y TABOADA GARCÍA, ALBA, «El principio *non bis in idem*», en *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, Aranzadi, 2013, 3ª ed. (Consultado en *Proview*).
- RETORTILLO ATIENZA, OLATZ., «La promoción de actividades deportivas por los Ayuntamientos y las concesiones administrativas para su gestión: ¿puede detectarse ilícito competencial? », *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Nº. 1, Sección Práctica, LA LEY, Julio-Diciembre 2007.
- RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, ALFONSO, «¿Qué es un cártel para la CNC?», *Documento de Trabajo, Serie Política de la Competencia*, Número 32/2012, Instituto de Estudios Europeos, Universidad San Pablo CEU, 2013.
- RIORDAN, MICHAEL H., «Competitive Effects of Vertical Integration» en BUCCIROSSI, PAOLO, *Handbook of Antitrust Economics*, The MIT Press, 2008.

RITTER, CYRIL, *Joint tendering under EU Competition Law*, SSRN 1 de febrero de 2017, <https://ssrn.com/abstract=2909572> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2909572>.

RITTER, CYRIL, *Presumptions in EU Competition Law*, SSRN, 10 de julio de 2017, <https://ssrn.com/abstract=2999638> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2999638>.

ROBLES MARTÍN LABORDA, ANTONIO, «La infracción de la normativa sectorial como supuesto de abuso de una posición dominante (SAP de Murcia de 08.01.2016, ERLE contra Iberdrola)», *Competencia y Regulación*, 14 de febrero de 2016.

ROBLES MARTÍN-LABORDA, ANTONIO, «¿Corresponde a las autoridades de competencia una función de control de los precios?», *Competencia y Regulación*, 27 de noviembre de 2016, <http://derechocompetencia.blogspot.com.es/2016/11/corresponde-las-autoridades-de.html>.

ROBLES MARTÍN-LABORDA, ANTONIO, «Precios abusivos en el Derecho español de la competencia (Abusive Prices in Spanish Competition Law)» *Competencia y Regulación*, 20 de marzo de 2016, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2770412>.

ROBLES MARTÍN-LABORDA, ANTONIO, «Exploitative Prices in European Competition Law», (15 de septiembre de 2015), en NIHOUL/TAKAHASI, *Abuse Regulation in Competition Law*, Proceedings of the 10th ASCOLA Conference Tokyo 2015, Forthcoming, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2660956>.

RODILLA MARTÍ, CARMEN, «La prueba del abuso de posición de dominio», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Nº 21, Sección Estudios, Segundo semestre de 2017, Wolters Kluwer.

RODILLA MARTÍ, CARMEN, «La flexibilización de la culpa en precios excesivos», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Nº 18, Sección Estudios, Primer semestre de 2016, Wolters Kluwer.

RODGE, BARRY y MAcCULLOGH, ANGUS, en «Competition Law and policy in the EC and the UK», Cavendish Publishing Limited, 2001.

- RÖLLER, LARS-HENDRIK, *Exploitative Abuses*, 12th Annual Competition Law and Policy Workshop, Robert Schuman Centre, 8-9 de junio de 2007, 2 de agosto de 2007.
- ROMATOWSKI, PETER. J., «Government Procurement Fraud: An Overview – Criminal Investigations and Prosecutions of Government Contractors and their Employees», C 640, ALI-ABA 51, 70 (1991).
- ROMERO GARCÍA-MORA, GUILLERMO, «En torno al concepto de «consumidor» en el Derecho Comunitario. A propósito de la STJCE Gruber vs. Bay Wa», *Actualidad Civil*, N° 22, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 31 Dic. 2005, pág. 2704, tomo 2, Editorial LA LEY (consultado en LaLeyDigital).
- ROQUES, CHRISTIAN, «L'échange d'informations en droit communautaire de la concurrence», *Degré d'incertitude et jeu répété*, *Concurrences*, N° 3-2009.
- ROSIK, PRZYMYSŁAW, «The *ne bis in idem* Principle in Proceedings Related to Anticompetitive Agreements in EU Competition Law», *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Volumen 5, Número 6, 2012.
- ROUSSEVA, EKATERINA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart publishing, 2010.
- RUIZ MUÑOZ, MIGUEL, «Consumidor y relaciones de consumo», en *Almacén de Derecho*, 8 de septiembre de 2017 <http://almacenederecho.org/consumidor-relaciones-consumo/>.
- RUÍZ MUÑOZ, MIGUEL, «La calidad, el precio justo y la fijación del precio en función de los clientes», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, N° 12, Primer semestre de 2013.
- RUÍZ PERIS, JUAN IGNACIO, «El abuso de dependencia económica en el Derecho de la Competencia en el marco de la lucha contra las conductas abusivas», en CACHAFEIRO GARCÍA, FERNANDO, GARCÍA PÉREZ, RAFAEL y LÓPEZ SUÁREZ, MARCOS, *Derecho de la Competencia y Gran Distribución*, Thomson Reuters, Aranzadi, 2016

SAHUGUET, NICHOLAS y WALCKIERS, ALEXIS, «Hub-and-spoke conspiracies: the vertical expression of a horizontal desire?», *Journal of European Competition Law & Practice*, Volumen 5, nº 10, diciembre de 2014.

SÁNCHEZ GRAELLS, ALBERT, *Distortions of competition by contracting authorities- Bringing some of the pieces together*. Presentado a la conferencia ‘*Competition law and public procurement – two sides of the same coin*’, organizada por la *Polish Public Procurement Law Association* en Varsovia, 12 de junio de 2018, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3201198>.

SÁNCHEZ GRAELLS, ALBERT, «Bid rigging, self-cleaning, leniency and claims for damages: A beautiful procurement mess (C-124/17)», en el blog *How to Crack a Nut*, 22 de mayo de 2018.

SÁNCHEZ GRAELLS, ALBERT, «New Analysis of Joint Tendering under EU Competition Law: A Few Comment on Ritter (2017) », en el blog *How to Crack a Nut*, 20 de febrero de 2017, <http://www.howtocrackanut.com/blog/2017/2/20/new-analysis-of-joint-tendering-under-eu-competition-law-ritter-2017>.

SÁNCHEZ GRAELLS, ALBERT y HERRERA ANCHÚSTEGUI, IGNACIO, *Impact of public procurement aggregation on competition. Risks, rationale and justification for the rules in Directive 204/24*, University of Leicester School of Law Research Paper n.º 14-35, 2014.

SÁNCHEZ GRAELLS, ALBERT, «Competition Infringements and Procurement Blacklisting», pendiente de publicación en *Competition Law Journal*, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2885278> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2885278>, 14 de diciembre de 2016.

SÁNCHEZ GRAELLS, ALBERT, «Competition Law and Public Procurement» (13 de agosto de 2015), J Galloway (ed), *Intersections of Antitrust: Policy and Regulations* (Oxford, OUP, 2016). Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2643763>.

SÁNCHEZ GRAELLS, ALBERT, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart, 2015, 2ª ed., p. 354.

SÁNCHEZ GRAELLS, ALBERT, «Joint Bidding and Subcontracting under EU Competition Law: Some critical comments on Thomas (20015)», en *How to Crack a Nut*, 2 de diciembre de 2015, <http://www.howtocrackanut.com/blog/2015/12/joint-bidding-and-subcontracting-under.html>.

SANCHEZ GRAELLS, ALBERT, «The difficult balance between transparency and competition in public procurement: Some recent trends in the case law of the European Courts and a look at the new Directives», *University of Leicester School of Law Research Paper* No. 13-11, 2013. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2226436.

SÁNCHEZ GRAELLS, ALBERT, «Una visión crítica de la Guía sobre contratación pública y competencia publicada por la CNC», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, N° 21, Mayo-Junio 2011.

SÁNCHEZ MORÓN, MANUEL. (Dtor.), *El Derecho de los Contratos Públicos en la Unión Europea y sus Estados Miembros*, Lex Nova, 2011.

SÁNCHEZ SANTOS, JOSÉ MANUEL (Coord.), *El sector de los servicios funerarios en Galicia desde el punto de vista de la competencia*, (estudio promovido y financiado por el Tribunal Galego de Defensa da Competencia, Diciembre, 2008), pp. 138-144, http://www.tgdcompetencia.org/estudios/est_24_2008_EE_servicios_funerarios_es.pdf.

SANMARTÍN MORA, MARÍA ASUNCIÓN, «El reto pendiente. Hacia la profesionalización de los gestores de la contratación pública», *OBCP*, 14/09/2011. <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.23/recategoria.121/remenu.3/chk.adc92f867fe2b72c777bd51b74ed6a79>

SERRANO GÓMEZ, ALFONSO, SERRANO MAÍLLO, ALFONSO, VÁZQUEZ GONZÁLEZ, CARLOS, SERRANO TÁRRAGA, MARIA-DOLORES, *Derecho Penal: Parte Especial*, Dykinson, 2008.

SCHREPEL, THIBAUT, «Predatory Innovation: The Definite Need for Legal Recognition», julio 2017, *SMU Science and Technology Law Review* (Forthcoming). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2997586>.

SCHREPEL, THIBAUT, «Predatory Innovation: A Response to Suzanne Van Arsdale & Cody Venzke», *Harvard Journal of Law & Technology*, junio, 2017. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2986246>

SIGNES DE MESA, JUÁN-IGNACIO, FERNÁNDEZ TORRES, ISABEL, FUENTES NAHARRO, MÓNICA, *Derecho de la Competencia*. Civitas, Thomson Reuters, 2013.

SHERRER, CHARLES W., «Predatory pricing: an evaluation of its potential for abuse under Government Procurement Contracts», *The Journal of Corporation Law*, 1981.

SHIRAI, TADASHI, «A Baseline for Analyzing Exploitative Abuse of a Dominant/Superior Position», *UT Soft Law Review*, Nº. 5, 2013.

SLOT, PIER JAN y JOHNSTON, ANGUS, *An Introduction To Competition Law*, Bloomsbury, 2017.

SMYTH, ANDREW, *How Product Innovation Can Affect Price Collusion*, *Competition Policy International*, 6 de agosto de 2017.

SOKOL, DANIEL, *Price Squeezes and the Supreme Court*, *Antitrust & Competition Policy Blog*, 16 de enero de 2008.

SPECTOR, DAVID, «The strategist uses of price discrimination», en *The Pros and Cons of Price Discrimination*, Konkurrensverket (Autoridad de Defensa de la Competencia de Suecia), 2005..

STEEDMAN, IAN, «Reservation price and reservation demand» en *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, v. 4, 1987.

STELKENS, ULRICH: «La amministrazione pubblica dei contratti in Germania», *L'Amministrazione pubblica dei contratti*, Editoriale Scientifica Napoli XXXIII, Napoli, 2013.

- SCHULTZ, CHRISTIAN, Transparency and Tacit Collusion in a Differentiated Market, abril, 2002.
- TER HAAR, MAURITS, «Obstruction of Investigation in EU Competition Law: Issues and Developments in the European Commission's Approach», *World Competition*, Volumen 36, número 2, 2013.
- THOMAS, CHRISTOPHER, en «Two Bids or not to Bid», An Exploration of the Legality of Joint Bidding and Subcontracting Under EU Competition Law», en *Journal of European Competition Law & Practice*, Volumen 6, nº 9, noviembre de 2015.
- TREPTE, PETER, «Transparency and accountability as tools for promoting integrity and preventing corruption in procurement: possibilities and limitations», *OCDE, GOV/PGC/ETH(2005)1*, 7 de junio de 2005.
- TURNERY, JAMES, «Defining the Limits of the EU Essential Facilities Doctrine on Intellectual Property Rights: The Primacy of Securing Optimal Innovation», *NJTIP.*, Volumen 3, número 2 spring 2005.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA, «La Directiva de Concesiones (Directiva 24/13/UE y la gestión de servicios de interés general) », en PARISIO, VERA, AGUADO, VIÇENS y NOGUERA DE LA MUELA, BELÉN (Dir.), *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, G. Giappichelli Editore y Tirant Lo Blanch, 2016.
- VALDÉS BURGUI, ÁNGEL y FAURA ENRÍQUEZ, PABLO, « Intercambios ilícitos de información entre competidores: límites y conexión con los cárteles y la clemencia», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Nº 32, Marzo-Abril 2013.
- VALLINA HOSET, ROBERTO y LOIS PERREAU DE PINNINCK, ANA, «101.3 TFUE, «Quis leget haec?», en RECUERDA GIRELA, MIGUEL ÁNGEL, *Anuario de Derecho de la Competencia 2017, Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia*, Thomson Reuters Civitas, 2017.

- VAN ARSDALE, SUZANNE y VENZKE, CODY, «Predatory Innovation in Software Markets», *Harvard University Journal of Law & Technology*, Volumen 29, Número 1, primavera 2015.
- VAN DER VIJVER, TJARDA, «Objective Justification and Article 102 TFEU», *World Competition*, Volumen 35, número 1, 2012.
- VAN WEERT, KILKO y CHRISTIAN, GORDON, «Cartel facilitators Beware- AC AC-Treuhand Spurs Competition Authorities into Action», *Global Competition Policy*, agosto 2009.
- VÁSQUEZ DUQUE, OMAR, *Excessive Pricing: A View from Chile*, The University of Oxford Centre for Competition Law and Policy, Working Paper CCLP (L) 41, <https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/cclpl41.pdf>.
- VEIGA TORREGROSA, AINHOA, «El ejercicio anticompetitivo del derecho a litigar», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Nº 10, Julio-Agosto 2009.
- VELASCO SAN PEDRO, LUIS «Las barreras de entrada y su relevancia para el Derecho de la Competencia», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Nº 6, Sección Estudios, Enero-Junio 2010, pág. 13, Wolters Kluwer.
- VELASCO SAN PEDRO, LUIS-ANTONIO, «Vinculación y negativa a contratar. Reflexiones en torno al caso Microsoft. Sentencia del TPI de 17 de septiembre de 2007», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Nº 2, Enero-Junio 2008.
- VELASCO SAN PEDRO, LUIS, «Regulación versus competencia. Funciones y disfunciones del actual modelo», en ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, *XXX Jornadas de Estudio. La Regulación de los mercados: Telecomunicaciones, Energía y Valores: 19, 20 y 21 de abril de 2008*, MINISTERIO DE JUSTICIA, 2008.
- VELJANOVSKI, CENTO, «Margin squeeze, an overview of EU and national case law», *e-Competitions: (June 7, 2012)*. *e-Competitions: Competition Laws Bulletin*, No. 46442, 7 de junio de 2012.

- VERGOTE, WOUTER *Collusion in auctions: between bid rotation and efficiency*, octubre, 2004, <http://centres.fusl.ac.be/CEREC/document/people/vergote/AuctionsMarch20.pdf>
- VESTAGER, MARGRETHE, «Protecting consumers from exploitation», *Chillin' Competition Conference*, Bruselas, 21 de noviembre de 2016.
- VICKERS, JOHN, Intervención en «Session Two: a reformed approach to exclude conduct. Panel Three. Part One: Appreciability: when can it be said that a rebate programme causes significant anticompetitive foreclosure?. Discussion. Part One», *European Competition Law Annual, 2007. A Reformed Approach to Article 82 EC*, Oxford & Portland, 2008.
- VILLAR EZCURRA, JOSÉ LUIS y ARIÑO SÁNCHEZ, GASPAR, «Artículo 24. Uniones de empresas», en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Tomo II, Comares, 2003.
- VILLAR ROJAS, JOSÉ FRANCISCO, «La concesión administrativa de obras públicas como nueva fórmula de gestión de servicios públicos», *Derecho y Salud*, Volumen 14, nº Extra 1, 2006.
- VON BLANCKENBURG, KORBINIAN y GEIST, ALEXANDER, «How Can a Cartel Be Detected», *International Advances in Economic Research*, noviembre de 2009, HARRINGTON, JOSEPH E. JR., «Detecting Cartels», en BUCCIROSSI, PAOLO, ed.), *Handbook of Antitrust Economics*, The MIT Press, 2008.
- WHELAN, PETER, «Protecting human rights in the context of European Antitrust litigation», en LIANOS, IOANNIS y KOKKORIS, IOANNIS, *The reform of EC Competition Law: New challenges*, Kluwer Law International, 2010.
- WHINSTON, MICHAEL D., *Lectures on Antitrust Economics*, The MIT Press, 2006
- WHISH, RICHARD, «Intel v. Commission: Keep Calm and Carry on!», *Journal of European Competition Law & Practice*, (2015) 6 (1).
- WHISH, RICHARD, BAILEY, DAVID, *Competition Law*, Oxford University Press, 7ª edición, 2012.

WHISH, RICHARD, «Information agreements», en *The Pros and Cons of Information sharing*, Konkurrensverket (Autoridad de Competencia de Suecia), 2006.

WHISH, RICHARD, *Competition Law*, Butterwords, 4ª edición, 2001.

WILS, WOUTER, «The Principle of Ne Bis in Idem in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis», *World Competition*, Volumen 26, nº. 2, 2003.

WITT, ANNE, «The Enforcement of Article 101 TFUE – What has happened to the Effects Analysis?», *Leicester Law School Research Papers*, nº 18-01, (*forthcoming* para la *Common Market Law Review*, nº 2, 2018), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3131085.

ZABALETA DÍAZ, MARTA, «El abuso de una situación de dependencia económica, ¿ilícito antitrust o ilícito desleal?», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XXVI (2005)*.

ZIMMER, DAVID, «On Fairness and Welfare: The objectives of Competition Policy (A Comment on papers by Gerber and by Alborn & Padilla)», en EHLERMANN, C-D. y MARQUIS, M., (eds.) *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*, Hart Publishing, Oxford/Portland, Oregon, 2008.

Índice de Tablas

Tabla I. Prácticas colusorias en la Guía sobre contratación y competencia (CNC)	89
Tabla II. Tipos de prácticas colusorias. Colusión directa.....	90
Tabla III. Tipos de prácticas colusorias. Colusión indirecta	90
Tabla IV. Técnicas colusorias	92
Tabla V. Relación entre el <i>price fixing</i> y el <i>market sharing</i>	167
Tabla VI. Subtipos de reparto de mercado	179
Tabla VII. Papeles y objetivos de la subcontratación colusoria	277
Tabla VIII. <i>Hub & spoke</i> y su equivalente en la contratación pública.....	309
Tabla IX. Incentivos y obstáculos para la colusión en la CPM.....	323
Tabla X. Oferta anormalmente baja, oferta con pérdidas y oferta predatoria	342
Tabla XI. Discriminación. Tipos	362
Tabla XII. Discriminación de segundo grado y explotativa.....	385
Tabla XIII. Tipos denegación abusiva presentes en la contratación pública.....	424
Tabla XIV. Compresión pre-licitación y post-licitación	472
Tabla XV. Compresión en productos idénticos o diferentes	473
Tabla XVI. Conductas predatorias y desleales en casos tipo-centros deportivos	500
Tabla XVII. Comparación con tarifas oficiales.....	570
Tabla XVIII. Imputación de la responsabilidad	578
Tabla XIX. Venta a pérdida anticompetitiva en la contratación pública.....	613
Tabla XX. Sistemas unitarios y dualistas	625
Tabla XXI. Diferencias entre la prohibición inicial y la exclusión sobrevenida.....	781