



Actuaciones sancionadoras de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ante conductas anticompetitivas en procesos de licitación pública y prevención.

31 de diciembre de 2019

El defensor de la libre competencia en los mercados lleva ya años centrando su actuación en la detección de prácticas anticompetitivas en procedimientos de contratación de naturaleza pública.

La creciente cuantía de las sanciones y las prohibiciones de contratar obligan a las empresas a invertir en prevención.

Esfuerzos de la CNMC en los últimos años por detectar conductas colusorias en concursos públicos.

Desde hace ya unos años, al menos desde 2016-2017, la CNMC viene centrando su foco de atención en los procesos de licitación, en particular, en los públicos, con el fin de detectar actuaciones anticompetitivas por parte de las empresas participantes o fraudes en las pujas o concursos (identificado como *bid-rigging* en inglés).

A tal efecto, a lo largo del año 2018 el organismo incoó 9 procedimientos sancionadores, 5 de los cuales tenían como objeto conductas colusorias en el marco de licitaciones públicas y privadas; esto es, más de la mitad. Aunque aún no se ha publicado la Memoria de 2019, puede vaticinarse que las cifras serán también muy notables, habiéndose superado con creces los importes absolutos en concepto de multas del ejercicio previo, con resoluciones sancionadoras tan

relevantes como la de [“los Cárteles de las Infraestructuras Ferroviarias”](#), y todo ello en línea con lo que ya anunciaba el [Plan de Actuación de la CNMC de 2019](#).

Con el fin de eliminar este tipo de comportamientos que se producen en procesos de licitación, por considerar la CNMC que son especialmente graves para el buen funcionamiento del mercado y el consecuente bienestar social ([ha llegado a cifrar en unos 40.000 millones de euros anuales el sobrecoste que suponen los cárteles en licitaciones públicas](#)), el organismo ha ido intensificando todas las actuaciones que realiza en relación con la contratación pública, empezando por la publicación, ya en 2017, de su [Guía contra el fraude en la licitación pública](#), la impartición de sesiones de formación a empleados públicos, la confección de una [Guía sobre Contratación Pública y Competencia](#) (cuya actualización está actualmente en fase de [consulta pública](#)) o la anunciada creación de una Unidad de Inteligencia Económica en la Dirección de Competencia, que



tendrá entre sus tareas la detección de conductas colusorias en procesos de licitación.

Después de todo, tal y como afirma la CNMC en su estudio de 7 de febrero de 2019, "[Radiografía de los procedimientos de contratación pública en España](#)", la contratación pública supone entre el 10 y el 20% del PIB nacional.

..... Especial interés de la CNMC en las Uniones Temporales de Empresas (UTE) que se presentan a licitaciones.

Recientemente, el Presidente de la CNMC se pronunciaba sobre la creación de UTEs por parte de aquellas empresas que pretendiesen acudir a un proceso de contratación de manera conjunta, compartiendo recursos.

Al respecto manifestaba que el hecho de que varias empresas presentasen una oferta conjunta en una licitación no era en sí una actuación contraria a las normas de competencia. Sin embargo, dicha concurrencia conjunta sólo respetaría la legislación vigente en esta materia si fuese objetivamente necesaria, por no tener las empresas la capacidad precisa para presentar oferta individualmente o porque dicha UTE supusiese un ahorro de costes, permitiese reducir los plazos de entrega o el desarrollo de nuevas soluciones tecnológicas, justificados por los objetivos de las empresas que conforman la UTE en cuestión.

Por el contrario, en el caso de que se considere que las empresas pueden acudir separadamente a la licitación y sean competidoras entre sí, la constitución de la UTE se entenderá como un claro acto de reparto de mercado, que es lo que viene ocurriendo muy habitualmente, teniendo las empresas la carga de probar lo contrario, lo que no siempre es fácil.

..... Además de multa, significativa y disuasoria, prohibición de contratar con el sector público.

Ya a principios de 2019 la CNMC anunció que, como refuerzo de su objetivo para acabar con las actuaciones colusorias en los procedimientos de licitación, pretendía la imposición de **sanciones cada vez más significativas y disuasorias**.

Pero a ello se ha sumado ahora, además, una sanción accesoria y de reciente creación, que la CNMC ya está incluyendo en sus resoluciones sancionadoras: **la prohibición de contratar** prevista en el artículo 71.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Eso sí, por ahora la CNMC se ha limitado a remitir los expedientes a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, para que sea esta quien defina el alcance de esa prohibición.

En todo caso, esta medida, junto con las reclamaciones por daños derivados de infracciones de Derecho de la Competencia, pueden llegar a suponer la estocada final para muchas de las empresas que se reputen participantes en un cártel y deban afrontar una de las sustanciales multas; sin duda alguna especialmente para aquellas cuya principal

actividad consista en contratar con el sector público.

No obstante, no son pocas las voces que, por el contrario, cuestionan los beneficios para el interés público de esta sanción, pues precisamente elimina la competencia, al reducir (o incluso eliminar) el número de empresas que pueden presentarse a una licitación, especialmente en sectores con pocos oferentes.

De hecho, en muchos de los procedimientos de licitación concurren entre 1 y 3 empresas licitadoras, lo que hace que, si alguna o todas forman parte de un cártel sancionado por el organismo (lo que será lo más habitual) y se les prohíbe contratar con el sector público, se produzca una falta de proveedores a los que adjudicar, además de una previsible subida de los precios de los bienes y servicios contratados por el sector público, y ello sin perjuicio también de que la única alternativa restante sea acudir a compañías extranjeras.

..... Programas de *compliance* en materia de defensa de la competencia o necesidad de estar más alerta que nunca.

Esta creciente actividad inspectora y sancionadora de la CNMC ha puesto en vilo a muchas empresas, especialmente, a aquellas que tienen entre sus actividades principales la participación en procesos de contratación pública y, más aún, en los casos en los que presentan oferta conformando una UTE.

En todo caso, en la línea de las últimas resoluciones del Consejo, el Presidente de la CNMC ha expresado que, a la hora de decidir sobre la imposición de la sanción, **el regulador está valorando de forma muy positiva la implementación de programas de cumplimiento normativo o *compliance***, que no sólo motivan que el organismo modere la sanción pecuniaria, sino que también se tienen en cuenta respecto de la prohibición para contratar.

Otra posibilidad cuyo uso está incrementándose por parte de las empresas es el acogimiento al **programa de clemencia**, para lo que en muchos casos es imprescindible contar con un **canal de denuncia** correctamente diseñado e implantando también según el correspondiente programa de *compliance*.

De lo hasta aquí referido se deriva la actual necesidad de las empresas de contar con asesoramiento adecuado en materia de Defensa de la Competencia y, en concreto, con un adecuado programa de cumplimiento normativo que incluya esta área, y no sólo el reiterado *compliance* penal, de manera que puedan, no sólo asegurar el debido respeto a la legalidad vigente, sino incluso evitar peores consecuencias en el caso de verse involucradas en un expediente sancionador de la CNMC, lo que no es siempre previsible y/o completamente inevitable.



Departamento: Regulatorio, Derecho Público, Urbanismo y Competencia.

Contactos:

Adolfo Menéndez Menéndez: amenendez@ontier.net

Pedro Rubio Escobar: prubio@ontier.net

Jorge Álvarez González: jalvarez@ontier.net

Silvia San Felipe Menéndez: ssanfelipe@ontier.net