



## LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA COMO PALANCA PARA UNA CONTRATACIÓN PÚBLICA ÍNTEGRA Y ALINEADA CON EL CUMPLIMIENTO NORMATIVO

### ANTITRUST AS A LEVER FOR A PUBLIC PROCUREMENT WITH INTEGRITY AND IN LINE WITH REGULATORY COMPLIANCE

ALBA URRESOLA CLAVERO<sup>1</sup>

#### RESUMEN

La contratación pública es, en cualquier país del mundo, el ámbito en el que los gobiernos no solo realizan un porcentaje relevante del gasto público, sino que, además, la contratación sirve para impulsar y desarrollar las políticas públicas de forma que se convierte en lanzadera de los objetivos sociales y económicos de un país.

La Unión Europea, a lo largo de las cuatro generaciones de Directivas de contratación<sup>2</sup>, se ha focalizado en esa meta: convertir la contratación pública en uno de los mecanismos integradores del mercado interior y, para ello, los procedimientos y normas que rigen ese sistema de contratación deben respetar las libertades del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE): la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, pero también los principios que se derivan de estas, es decir, la igualdad de trato, no discriminación,

#### ABSTRACT

In any country in the world, public procurement is the area in which governments not only carry out a significant percentage of public spending, but also serves to promote and develop public policies in such a way that it becomes a launching pad for a country's social and economic objectives.

Throughout the four generations of procurement directives, the European Union has focused on this goal: to turn public procurement into one of the integrating mechanisms of the internal market and, to this end, the procedures and rules governing this procurement system must respect the freedoms of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU): the free movement of goods, freedom of establishment and freedom to provide services, but also the principles derived from these, i.e. equal treatment, non-discrimination, mutual recognition, proportionality and transparency.

1 Presidenta de la Autoridad Vasca de la Competencia. Abogada por la Universidad de Deusto y Magister en Derecho Comunitario por la Collège d' Europe.

2 Directivas de primera generación: Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras; Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro; Directivas de segunda generación: Directiva 92/50/CEE del Consejo de 18 de junio de 1992 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios; Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro; Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras; Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones; Directivas de tercera generación: Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales; Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios; Directivas de cuarta generación: Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública; Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; y Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia.

La política de la Unión Europea en relación a la contratación pública constituye un pilar fundamental de consolidación del mercado interior y también una herramienta para la racionalización del gasto y de los fondos públicos para alcanzar un sistema sostenible.

Las últimas directivas de contratación, las llamadas de cuarta generación, y más concretamente la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, fue implementada en el ordenamiento jurídico español a través de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), una ley que interioriza fielmente la relevancia de la contratación en el desarrollo de las políticas públicas y la consecución de sus

objetivos. Se trata de una ley que consolida la visión estratégica de la contratación pública acentuando el espíritu de cumplimiento normativo que debe presidir la actuación pública. Así, la LCSP vigente pone el foco no sólo en lo que se compra sino en cómo se compra.

El Preámbulo de la LCSP, en su apartado III, se refiere a un *sistema legal* de contratación pública. Se trata por tanto de una norma compleja que busca una contratación abierta a nivel europeo, que sea accesible a las pequeñas y medianas empresas. Para ello, se prima la salvaguarda de la competencia, un principio que adquiere un protagonismo mayor que en normativas anteriores siendo una de las principales prioridades no solo en la regulación sustantiva sino también en el esquema institucional establecido.

Además, la actual normativa española y europea va un paso más allá poniendo en el centro de las normas que rigen la contratación pública, no solo los principios clásicos antes citados (igualdad, no discriminación, proporcionalidad, etc.), sino un nuevo principio, el de integridad, que hasta ahora se consideraba un valor moral, pero que se convierte en la actual LCSP en un nuevo principio transversal e integrador del espíritu que debe presidir la contratación pública. Así, la LCSP se dota, entre otros, de

The European Union's public procurement policy is a fundamental pillar for the consolidation of the internal market and also a tool for the rationalization of spending and public funds in order to achieve a sustainable system.

The latest procurement directives, the so-called fourth generation directives, and more specifically Directive 2014/24/EU, of the European Parliament and of the Council, of 26 February 2014, was implemented in the Spanish legal system through the current Law 9/2017, of 8 November, on Public Sector Contracts (LCSP), a law that faithfully internalizes the relevance of procurement in the development of public policies and the achievement of its objectives. It is a law that consolidates the strategic vision of public procurement, accentuating the spirit of regulatory compliance that must preside over public action. Thus, the current LCSP focuses not only on what is purchased but also on how it is purchased.

Section III of the Preamble of the LCSP refers to a legal system of public procurement. It is therefore a complex regulation that seeks open procurement at the European level, which is accessible to small and medium-sized companies. To this end, priority is given to safeguarding competition, a principle that acquires greater prominence than in previous regulations, being one of the main priorities not only in the substantive regulation but also in the established institutional scheme.

In addition, the current Spanish and European regulations go a step further by placing at the center of the rules governing public procurement, not only the classic principles mentioned above (equality, non-discrimination, proportionality, etc.), but also a new principle, that of integrity, which until now was considered a moral value, but which becomes in the current LCSP a new transversal and integrating principle of the spirit that should govern public procurement. Thus, the LCSP is equipped, among others, with different mechanisms aimed at guaranteeing the integrity of the contracting authorities, based on free competition and, if necessary, on the intervention of the competition authorities. These mechanisms are aimed at ensuring compliance by public actors and are complemented by other tools aimed at verifying the legality of the

distintos mecanismos dirigidos a garantizar una actuación íntegra de los poderes adjudicadores, basada en la libre competencia y, si fuera necesario, en la intervención de las autoridades de competencia. Se trata de mecanismos orientados al cumplimiento de los actores públicos que se complementan con otras herramientas dirigidas a verificar la legalidad de las actuaciones de los licitadores, en definitiva, dichos mecanismos y herramientas están encaminados a la promoción del cumplimiento de la normativa en el arán último de garantizar la integridad en el ámbito de la contratación pública.

Así, la defensa de la competencia se presenta como un instrumento crucial para garantizar la integridad, y como un valor indispensable para una contratación igualitaria, abierta al mercado europeo, accesible a las pequeñas y medianas empresas y, en definitiva, una contratación más íntegra y enfocada al cumplimiento.

Por todo ello, el Compliance de competencia supone una herramienta que debe ser potenciada por parte de los poderes adjudicadores en la praxis contractual, como por parte de las empresas que participan en los procesos de contratación pública y que, dado que aspiran a una gestión empresarial íntegra, deben abogar por desarrollar sus programas de cumplimiento también en materia de competencia.

## **PALABRAS CLAVE**

Competencia | Contratación Pública Íntegra | Cumplimiento Normativo

actions of bidders; in short, these mechanisms and tools are aimed at promoting compliance with the regulations with the ultimate goal of guaranteeing integrity in the field of public procurement.

Thus, the defense of competition is presented as a crucial instrument to ensure integrity, and as an indispensable value for an egalitarian procurement, open to the European market, accessible to small and medium enterprises and, ultimately, a more integral procurement and focused on compliance.

For all these reasons, competition compliance is a tool that should be promoted by contracting authorities in their contractual practice, as well as by companies that participate in public procurement processes and that, given that they aspire to a business management with integrity, should advocate the development of their compliance programs also in the area of competition.

## **KEY WORDS**

Antitrust | Public Procurement With Integrity | Regulatory Compliance

## **SOBRE EL ARTÍCULO**

El presente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 26 de agosto de 2021 y aprobado para su publicación el 17 de enero de 2022.

## **CONTENIDO**

**1.** La salvaguarda de la competencia como garantía de integridad en la contratación pública; **1.1.** La integridad en la actuación de los poderes adjudicadores; **1.1.1.** La planificación de las licitaciones; **1.1.2.** El diseño del procedimiento y pliegos de la licitación; **1.2.** La integridad en la actuación de los licitadores; **1.2.1.** Los acuerdos colusorios en la contratación pública: el bid rigging; **1.2.2.** El enforcement frente al bid rigging; **2.** Los programas de compliance como herramienta de salvaguarda de la competencia y la integridad; **2.1.** El compliance en la actuación de los poderes adjudicadores; **2.1.1.** La formación y profesionalización en materia de competencia y Compliance; **2.1.2.** Otros

mecanismos legales orientados al cumplimiento; **2.1.2.1.** La colaboración de los órganos de contratación con las autoridades de competencia; **2.1.2.2.** Mecanismos de cumplimiento legalmente previstos; **2.2.** El Compliance de la parte de los ofertantes y licitadores; **2.2.1.** El Compliance de competencia como variable de la gestión empresarial; **2.2.2.** La valoración de los programas de Compliance por parte de las autoridades de competencia; **3.** Conclusión; **4.** Abreviaturas; **5.** Bibliografía.

## **1. LA SALVAGUARDA DE LA COMPETENCIA COMO GARANTÍA DE INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**

La salvaguarda de la competencia constituye uno de los principios básicos para garantizar una contratación pública accesible, íntegra y eficiente en términos de gasto público<sup>3</sup>.

Los mecanismos *ex ante* previstos en la normativa deben ser conocidos y aplicados por parte de los poderes adjudicadores y, en particular, de los órganos de contratación como órgano decisor del poder adjudicador. La norma contempla que estos adquieran un papel más activo en la detección y reacción ante posibles conductas colusorias, en parte, mediante una estrecha colaboración con las autoridades de competencia que, en última instancia, pueden intervenir en el procedimiento para aportar garantías y seguridad jurídica en la utilización de determinados mecanismos legalmente previstos.

La salvaguarda de la competencia como vía para alcanzar la integridad, también requiere que la actuación de los operadores económicos que participan en las licitaciones públicas se alinee con el cumplimiento de la normativa en general y, en particular, de las normas de competencia.

### **1.1. La integridad en la actuación de los poderes adjudicadores**

#### **1.1.1. La planificación de las licitaciones**

Desde el momento en que se planifica un contrato público hasta su ejecución, los poderes adjudicadores tienen una obligación de velar por la correcta aplicación de la normativa de contratación y también de respetar sus principios inspiradores, en particular el de salvaguarda de la competencia, con el fin de alcanzar ese objetivo de integridad. De esta forma, los órganos de contratación no pueden limitarse a realizar una aplicación de mínimos de la ley, sino que deben abordar su papel de contratante con una visión estratégica, de cumplimiento normativo, basada en el buen gobierno y en la integridad.

Por ello, es preciso una reflexión sobre la actuación en las distintas etapas previas de la contratación ya que, desde el mismo momento de la planificación y decisión sobre la necesidad de contratar, la actuación pública debe evitar vulneraciones de los principios básicos o formas de actuar que eludan la correcta aplicación de la normativa.

En primer lugar, cuando se plantea la necesidad de contratar se abre la puerta a optar por los mecanismos de la ley de contratos o por otros como son los convenios y los encargos a medios propios. Esta decisión debe ser tomada con responsabilidad y las posibilidades de no quedar sujeto a los procedimientos y garantías de la contratación pública deben ser siempre reducidas y aplicarse solo

---

3 Artículo 1 Objeto y finalidad:

1. La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

de forma excepcional y siendo los procedimientos ordinarios la vía más adecuada de contratación desde el punto de vista de la competencia.

En la LCSP, los Convenios se regulan con el objetivo de que se conviertan en un mecanismo excepcional que solo se pueda utilizar cuando el supuesto no encaje en ninguna de las modalidades de contratación pública recogidas en la normativa. El artículo 6 LCSP establece los requisitos para poder formalizar un Convenio:

- que las entidades intervinientes no tengan vocación de mercado, es decir, que no realicen en el mercado un porcentaje igual o superior al 20% de las actividades objeto de la colaboración
- que los servicios públicos que incumben a las partes garanticen el cumplimiento de los objetivos que tengan en común
- que la finalidad del convenio sea la consecución del interés público

También se endurecen los requisitos para poder utilizar otro mecanismo que puede suponer la elusión de las normas de contratación, como los encargos a medios propios. El objetivo es evitar un uso inadecuado de esta figura que también queda sujeta al recurso especial en materia de contratación. Así, se refuerzan las exigencias para que una entidad tenga la consideración de medio propio debiendo realizar más del 80% de su actividad para la Administración o que la Administración ostente un control análogo respecto al que puede ejercer sobre sus propios servicios. Además, la condición de medio propio ha de preverse expresamente en los estatutos de la entidad destinataria del encargo que contará con los medios personales y materiales necesarios para el desarrollo del mismo.

Por lo tanto, la planificación es fundamental para garantizar la competencia y la integridad en las licitaciones públicas y, para ello, se requiere invertir recursos en formación y en personal. En este sentido, protocolizar estas fases previas puede ayudar a fomentar los procedimientos con más concurrencia de forma que se minimicen los riesgos de colusión, se incremente la competencia y se favorezca el acceso de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) a los contratos públicos.

La norma obliga a las entidades del sector público a programar la actividad de contratación pública, con arreglo al artículo 28.4 de la LCSP. De acuerdo al Informe Anual de la Contratación Pública en España publicado por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la contratación (OIRESCON) en 2020, el cumplimiento de la obligación de dar a conocer los planes contractuales en las plataformas de contratación del sector público en su conjunto, refleja una situación de incumplimiento de la normativa. El análisis realizado respecto de 7.540 perfiles de contratante arroja un resultado en el que 7.350 perfiles, es decir un 97,48%, no cumplieron con la obligación de publicar la planificación anual de la contratación pública. A la vista de estas conclusiones, el Oirescon insta a las entidades del sector público respecto de la obligación de programar la actividad de contratación pública<sup>4</sup>.

En el marco de esa necesidad de planificar y preparar adecuadamente los contratos, la LCSP en su artículo 115.3 proporciona un nuevo mecanismo, como son las Consultas preliminares del mercado, partiendo del artículo 40 de la Directiva. Estas consultas permiten, a través de un procedimiento

---

4 De cara a los órganos, de contratación, los planes de contratación han de contemplar los datos básicos para garantizar su utilidad: 1- tipologías contractuales, 2- objeto de los futuros contratos, 3- identificación de CPVs, 4- estimaciones económicas (IVA excluido), 5- estimaciones temporales en cuanto a la previsión del inicio del procedimiento, 6- eventuales publicaciones de anuncios de información previa, en su caso, 7- ámbito geográfico de los contratos, 8- estimaciones con relación a los plazos de ejecución, así como 9- admisión de prórrogas en los casos de servicios y suministros de tracto sucesivo, e igualmente todo aquello que pudiera resultar de interés a los operadores económicos, tales como habilitaciones exigidas, porcentaje de subcontratación que será admitido, etc.

reglado, realizar una valoración objetiva y con garantías sobre la necesidad de contratar y la situación de un mercado concreto. Este procedimiento, que debe utilizarse con unas cautelas para no falsear la competencia, debería potenciarse con el fin de evitar actuaciones *off the record* de la administración con los operadores económicos (envío de información extraoficial, consultas informales, etc.) y, al mismo tiempo, garantizar una buena preparación de la licitación, sobre todo en entornos de compras públicas complejas, en los que los órganos de contratación no cuentan siempre con la información técnica suficiente para preparar adecuadamente un expediente de contratación. La consulta preliminar de mercado se ajusta a un procedimiento a fin de evitar que dichas consultas resulten en un falseamiento de la competencia:

- El comprador público debe tener claras sus necesidades y objetivos, así como proceder a su máxima difusión que asegure una adecuada publicidad a todos los potenciales interesados.
- El objeto de la consulta debe abordar preferentemente los aspectos técnicos de forma que los interesados puedan proponer soluciones innovadoras. Al mismo tiempo la consulta servirá para informar a los licitadores de futuras contrataciones y sus requerimientos<sup>5</sup>. En definitiva, ha de servir para despejar las dudas técnicas del órgano de contratación, y no centrarse exclusivamente en los aspectos económicos<sup>6</sup>.
- El órgano de contratación publicará en el perfil del contratante el objeto de la consulta: cuándo comenzará, qué duración tendrá y a qué sector se dirigirá; a los efectos de que todos los posibles interesados puedan tener acceso y realizar aportaciones.
- Este procedimiento debe garantizar la confidencialidad y difusión de los resultados de la consulta a través de un informe final que se incorporará al expediente de contratación.
- También deberán preverse garantías para evitar distorsiones en el mercado o ventajas a las empresas participantes. Así, se establecen unas cautelas adicionales, estableciendo que el objeto del contrato no pueda resultar tan concreto y delimitado que únicamente se ajuste a las características técnicas de uno de los consultados. En paralelo y aunque el artículo 115.3 in fine no lo impide, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 70 LCSP en cuanto a la redacción de los pliegos: Los operadores que asesoraron al órgano de contratación deben ser excluidos de las licitaciones, así como empresas vinculadas a los mismos.

### **1.1.2. El diseño del procedimiento y pliegos de la licitación**

La LCSP también introduce cambios y algunos nuevos procedimientos con el fin de evitar el falseamiento o el fraude de ley, primando los procedimientos abiertos, idóneos a nivel de competencia, ya que permiten una mayor igualdad en el acceso de los operadores económicos a la contratación pública.

---

5 Informe 19/2014, de 17 de diciembre de la JCCA-CAT, estas consultas “constituyen un mecanismo plenamente aplicable ya actualmente y recomendable con carácter general, dirigido a la consecución de contrataciones públicas más eficaces y eficientes, como pieza fundamental de una adecuada planificación y preparación de los procedimientos de contratación pública. Asimismo, también suponen un instrumento de facilitación del acceso de las PYME a estos procedimientos, en la medida en que posibilitan que preparen su participación en la licitación correspondiente”.

6 Resolución 3/2019 del TACPM: “Es indudable que el principio de transparencia se proyecta sobre las consultas preliminares del mercado como mecanismo a través de cuyo resultado se promueve la claridad, precisión y univocidad de las determinaciones de la futura licitación, pero es indudable asimismo que las CPM tienen un alcance mayor que la mera determinación del precio de contrato y son un instrumento válido para licitaciones complejas y cuantiosas, deviniendo inoperante para contrataciones pequeñas o medianas como es el caso que nos ocupa”.

La LCSP incluye las modalidades de los procedimientos abierto simplificado y el abierto supersimplificado, que eliminan cargas administrativas innecesarias, acortan el proceso y favorecen la concurrencia. La inclusión en la ley de estas modalidades abreviadas, pero con las garantías del procedimiento abierto, tiene como principal finalidad la de agilizar algunas licitaciones, pero, sin duda, también se pretende evitar un uso inadecuado del contrato menor cuya regulación queda igualmente sujeta a mayores garantías.

La otra novedad es el procedimiento de asociación para la innovación, que se puede utilizar cuando se planteen obras, productos o servicios innovadores necesarios para la entidad contratante que no estén disponibles en el mercado. En estos supuestos, el órgano de contratación podrá decidir crear una asociación con uno o varios socios que efectúen por separado las actividades de investigación y desarrollo necesarias. El procedimiento de asociación para la innovación ha de ser flexible y garantizar la competencia a través del número mínimo de empresas a participar que no deberá ser inferior a 3. Su tramitación deberá seguir unas fases tasadas de selección de candidatos, negociación, asociación, y, finalmente, adquisición del producto resultante.

El diálogo competitivo, que sustituye a la anterior colaboración público-privada, es un procedimiento extraordinario cuya utilización está sujeta asimismo a la concurrencia de determinadas circunstancias. El ente público dirige un intercambio de opiniones con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, con el fin de desarrollar un procedimiento de licitación que se ajuste a las necesidades de ambas partes. Este procedimiento, similar al procedimiento con negociación, se reserva para el caso de contratos particularmente complejos (por ejemplo, la realización de obras de infraestructuras complejas o contratos que involucran el desarrollo de una nueva tecnología involucrando en ocasiones la negociación financiera del proyecto).

Por otra parte, se suprime el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, en ese objetivo hacia una contratación pública más íntegra y alienada con la competencia y el cumplimiento, dado que dicho procedimiento ha sido a lo largo de los años objeto de un uso excesivo e inadecuado.

En esa misma línea, también se modifica la regulación del contrato menor que, en efecto, en la práctica contractual supone un reto a nivel de buena gestión, transparencia e integridad<sup>7</sup>. La figura del contrato menor se mantiene similar respecto del régimen anterior aunque se establece un procedimiento más detallado a fin de evitar el fraccionamiento y concatenación de contratos que puede llevar aparejada esta figura contractual, originalmente concebida para atender necesidades menores y no recurrentes. En ese sentido podría parecer que, a priori, que el contrato menor es un tema accesorio pero lo cierto es que la utilización incorrecta de esta modalidad contractual supone una de los mayores obstáculos a la libre concurrencia en la contratación pública, cuyo impacto a nivel global resulta relevante.

Así, la LCSP, en su artículo 118, mantiene una regulación sencilla del contrato menor, pero refuerza ciertos aspectos con el objetivo de evitar una mala praxis:

- En primer lugar, reduce los umbrales de la contratación menor (15.000 euros, en servicios y suministros, y 40.000 euros, en obras, IVA no incl.).
- Los contratos menores no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga.

---

<sup>7</sup> Informe, de 27 de mayo de 2020, de la Autoridad Vasca de la Competencia sobre la contratación menor en el Ayuntamiento de Deba, Expte. 439-PROM-2020; Informe, de 19 de diciembre de 2019, de la Autoridad Vasca de la Competencia sobre la contratación menor en los Ayuntamientos de Baños de Ebro, Elciego, Laguardia, Leza, Moreda de Álava, Navaridas, Samaniego y Villabuena de Álava, Expte. 395-PROM-2019.

- Los contratos menores deberán tener su propio expediente de contratación, sencillo, pero que requerirá al menos un informe del órgano de contratación que justifique la necesidad de contratar; la aprobación del gasto y la factura; y, además, un requisito adicional consistente en un informe justificativo de que no se altera el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen los umbrales.
- El artículo 63.4 referido al perfil del contratante establece la obligación de publicar trimestralmente la información relativa a los contratos menores, incluyendo un detalle sobre el objeto, la duración, el importe de adjudicación (IVA incluido) y la identidad del adjudicatario. Se establece una excepción de publicidad para aquellos contratos de menos de 5.000 euros.

Una vez seleccionado el procedimiento adecuado, el diseño de los pliegos es asimismo una de las fases más cruciales para garantizar la libre competencia en la contratación, ya que los requisitos de acceso a la licitación suponen una vía susceptible de generar restricciones innecesarias. A continuación, se expone someramente algunos de los aspectos a tener especialmente en cuenta a la hora de diseñar unos pliegos alineados con la competencia y el cumplimiento:

#### - **Exigencia de solvencia y clasificación de los licitadores**

El órgano de contratación dispone de una amplia discrecionalidad técnica para definir los pliegos en general y, en particular, los criterios de solvencia y otras condiciones de acceso. Pero nunca esa decisión debe ser arbitraria y deberá estar debidamente justificada en función del objeto y circunstancias del contrato<sup>8</sup>. La regulación de la LCSP es continuista en este sentido, pero sigue teniendo como fin evitar barreras de acceso y unificar el régimen en la UE en aras a la transparencia y el principio de igualdad de trato.

A la hora de definir la solvencia, es preciso ir caso por caso, atendiendo a las características de cada contrato y a la proporcionalidad de forma que se eviten requisitos de solvencia técnica o económica innecesarios o excesivos, como pueden ser seguros desproporcionados, marcas o certificados de calidad sin atender a equivalencias<sup>9</sup>, etc.

Se flexibilizan los requisitos de la clasificación de empresas<sup>10</sup>, eliminando esta obligación para los procedimientos ordinarios simplificados, y se generaliza la utilización del DEUC (documento europeo único de contratación).

Otra cuestión importante es la utilización de la experiencia en la definición de la solvencia técnica ya que solamente se puede requerir experiencia respecto del personal adscrito al contrato y siempre que se justifique adecuadamente.

#### - **Exigencia de forma jurídica**

8 Resolución 155/2020, de 19 de noviembre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi

9 Resolución 047/2020, de 2 de marzo, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi

10 Artículo 77.1 LCSP

Informe del Consejo Vasco de la Competencia de 22 de junio de 2021, expediente LEA/AVC nº 513-PROM-2021, sobre los criterios de solvencia técnica o profesional recogidos en los pliegos de contratación de la "Asistencia técnica para la realización de los trabajos derivados de la actividad cultural en Torrezabal Kultur Etxea de Galdakao"

Salvo casos excepcionales, se prohíbe que el acceso a la licitación esté condicionado a que los licitadores cuenten con una forma jurídica determinada.

### – **División por lotes**

El artículo 99 LCSP introduce la obligación de dividir el objeto del contrato en lotes para facilitar el acceso de las Pymes a la contratación pública. El órgano de contratación dispone, sin embargo, de una amplia discrecionalidad para justificar debidamente en el expediente la no división en lotes, cuestión que si está suficientemente motivada están admitiendo los tribunales de recursos contractuales<sup>11</sup>.

### – **Criterios de adjudicación**

Los criterios de valoración deben ser claros y objetivos. Además, deben estar vinculados al objeto del contrato y publicarse previamente. Debe evitarse una utilización de los criterios de valoración orientada a favorecer a algún licitador determinado, como por ejemplo otorgando un peso importante a criterios irrelevantes.

En cuanto al criterio precio, deben evitarse formulas complejas y poco transparentes, favoreciendo que la ponderación y las fórmulas utilizadas recojan adecuadamente el impacto del precio (como por ejemplo, evitar dar la mayor puntuación a las ofertas que más se aproximen a la media aritmética de las ofertas presentadas; ofertas más caras obtienen mayor puntuación, etc.).

También resulta esencial atender a posibles requisitos basados en el arraigo o en criterios de proximidad, que discriminen por razones del territorio. La jurisprudencia del TJUE está ya muy consolidada y quedan absolutamente prohibidas las referencias que generen diferencias de trato en función de nacionalidad, lengua, domicilio o territorio<sup>12</sup>.

### – **Duración de los contratos**

La definición de la vigencia de un contrato puede servir también como factor de cierre del mercado. Así, la vigencia del contrato y sus prórrogas deberán determinarse en función de la naturaleza de la prestación y periodos de amortización de la inversión.

## **1.2. La integridad en la actuación de los licitadores**

Las prácticas colusorias por parte de los oferentes en la contratación pública distorsionan la competencia y perjudican tanto a la Administración pública, como al resto de empresas competidoras y, en última instancia, a los ciudadanos en su doble faceta de receptores de los servicios públicos y como contribuyentes.

La colusión entre oferentes se produce cuando las empresas se ponen de acuerdo para manipular el normal funcionamiento de una licitación pública con el objetivo de obtener mayores beneficios o de blindar su posición adjudicataria. Por tanto, estas conductas, además de quebrar los principios que inspiran la LCSP, suponen una vulneración de la Ley de Defensa de la Competencia y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

---

11 Resolución 182 /2019 de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi

12 Informe del Consejo Vasco de la Competencia de 15 de septiembre de 2020, expediente LEA/AVC nº 455-PROM-2020, sobre los criterios de adjudicación de los pliegos de la obra bidegorri entre Uarka y Loiola del Ayuntamiento de Arratzu.

Se trata de conductas anticompetitivas tipificadas en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y 101 TFUE, que prohíben todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia.

Este tipo de acuerdos secretos entre licitadores suelen ser difíciles de detectar y, por ello, la LDC los tipifica como infracciones muy graves<sup>13</sup> que afectan directamente al mercado, a la administración pública y a los consumidores, pudiendo suponer además un incremento de hasta un 20% de los precios de la licitación, lo que repercute directamente en el interés general.

### **1.2.1. Los acuerdos colusorios en la contratación pública: el *bid rigging***

El *bid rigging* consiste en el amaño o manipulación de las licitaciones mediante prácticas colusorias contrarias al derecho de la competencia de forma que las empresas licitadoras, en lugar de competir y presentar sus ofertas de manera independiente y autónoma, conspiran a través de distintos tipos de acuerdos, pero con un único objetivo: maximizar sus beneficios de forma ilegítima y artificial en perjuicio del interés general. El *bid rigging* se concreta en la licitación manipulada a través de distintos acuerdos como reparto de mercado, rotación de ofertas, ofertas de cobertura, retirada de propuestas, o de una combinación de estos, y vienen muchas veces acompañadas de intercambios de información en el marco de asociaciones profesionales u otro tipo de entidades. Todo este tipo de prácticas están absolutamente prohibidas por los artículos 1.1 LDC<sup>14</sup> y 101.1<sup>15</sup> TFUE.

La colusión en las licitaciones públicas constituye una de las manifestaciones más claras de la figura del cártel, que según la definición incluida en el artículo 2 de la Directiva ECN+<sup>16</sup> consiste en “todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consiste 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, incluso en relación con los derechos de propiedad intelectual, la asignación de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia”.

---

13 Los artículos 62, 63 y 64 LDC regulan, respectivamente, las infracciones, sanciones, y los criterios para la determinación de las sanciones en materia de competencia.

14 “Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: (...) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.”

15 Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas 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 y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

16 DIRECTIVA (UE) 2019/1 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 11 de diciembre de 2018 encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior. DOUE 14.1.2019 L11/3

Los acuerdos en el seno del cartel son ilegales *per se* y no requieren que exista una intencionalidad. Se trata además de infracciones por objeto, que ni siquiera requieren probar sus efectos. Aunque los artículos 1.1 LDC y 101.1 TFUE recogen un listado no exhaustivo de comportamientos colusorios, las prácticas más comunes en el marco de las licitaciones son los acuerdos horizontales, es decir, entre operadores económicos en el mismo nivel de la cadena de producción o de distribución: por una parte, los acuerdos de fijación de precios son de las conductas con mayor repercusión en el mercado y con especial daño a los consumidores. La LCD las califica de entrada como de infracciones muy graves por ser en sí mismas prácticas restrictivas<sup>17</sup>. Igualmente restrictivos son los acuerdos que redundan en un reparto del mercado<sup>18</sup>. Son pactos de no agresión en los que empresas que debieran competir en el mercado pactan no hacerlo, repartiéndose determinadas zonas geográficas o renunciando a comercializar productos reservados para otros empresarios, o repartiéndose los clientes.

Las técnicas de colusión más comunes para imponer la oferta ganadora previamente acordada, generalmente utilizadas de manera simultánea, son las siguientes:

- Posturas encubiertas: los miembros del acuerdo designados previamente para no ganar la licitación presentan ofertas que no tienen ninguna posibilidad de salir vencedoras. De esta manera consiguen señalar la oferta ganadora y dar apariencia de legitimidad al proceso<sup>19</sup>.
- Supresión de propuestas: una vez decidida la empresa que debe ser ganadora de la licitación, el resto de empresas se abstienen de presentar ofertas.
- Rotación del ganador: los miembros del acuerdo pueden coordinarse para ganar por turnos las licitaciones de un órgano de adjudicación, a través habitualmente de la utilización de posturas encubiertas. Al presentar la oferta ganadora de forma rotatoria, todas las empresas resultan adjudicatarias de algún contrato y, por tanto, en estos casos podría no ser necesario un reparto posterior de las ganancias<sup>20</sup>.

Entre las técnicas más destacadas para compensar a las empresas participantes del acuerdo de colusión, por la adjudicataria, están el uso de facturas falsas que no atienden a una corriente real de bienes o prestación de servicios, y la subcontratación por parte de la adjudicataria de alguna de las compañías participantes en el acuerdo de colusión que no haya resultado adjudicataria.

### **1.2.2. El *enforcement* frente al *bid rigging***

El efecto de las prácticas colusorias en las licitaciones públicas es aún más perjudicial no solo porque generan un incremento de precios en perjuicio de la Administración y de los consumidores sino también porque suponen un freno a la innovación. Por ello, deben ser perseguidas y sancionadas, siendo fundamental la conciencia tanto en la administración pública como en la empresa privada del carácter ilegal de estas prácticas, de los riesgos de que se produzcan en cualquier mercado, y de las sanciones y contingencias que llevan aparejadas.

---

17 Vacunas antigripales año 97, ofertas idénticas.

18 Resolución de la Autoridad Vasca de la Competencia de 16 de octubre de 2020, Expte. 174-SAN-2019, Aceites; Resolución de la Autoridad Vasca de la Competencia de 27 de diciembre de 2017, Expte. 130-SAN-2016 Transporte de Viajes de Gipuzkoa; Resolución de 4 de febrero de 2016 de la Autoridad Vasca de la Competencia, Expte. 6-SAN-2013, Comedores escolares.a

19 Resolución CNMC de 11 de mayo de 2020, Expte. Consultoras.

20 La Comisión Europea sancionó en 2008 a nueve empresas de mudanzas internacionales belgas por colusión. Este cártel, que operó durante diecinueve años, manipulaba licitaciones públicas para conseguir una rotación del ganador a través de posturas encubiertas. Las empresas se repartían las ganancias a través de compensaciones a las que denominaban “comisiones”, que entraban a formar parte del precio final y se distribuían entre las empresas perdedoras a través de facturas falsas.

Este carácter dañino se incrementa porque, en el marco de la contratación pública, la actuación anticompetitiva también se ve favorecida por la mayor estabilidad de estos cárteles, es decir, su capacidad de operar en el medio y largo plazo. Estos cárteles se ven favorecidos por la mayor transparencia de los mercados que se sacan a licitación y respecto de los que se hace pública mucha información, lo que también convierte en más previsible la actuación de los licitadores. La estabilidad de estos cárteles es mayor que en el sector privado porque, en dicho sector, la empresa que sale del cartel puede obtener mayores beneficios al desplegar estrategias de reducir precios o mejorar otras condiciones comerciales. Sin embargo, en el ámbito de la contratación pública el incentivo de traicionar el cartel desaparece por lo que tienden a ser más estables. Por ello la clemencia tiene generalmente menos éxito en los casos de *bid rigging* precisamente por la mayor estabilidad de estos cárteles y el poco incentivo a salirse de estos acuerdos colusorios que suelen traducirse en infracciones únicas y continuadas de larga duración.

Por ello, el *enforcement* o aplicación de las normas de competencia por parte de las autoridades de competencia es un instrumento con una doble función: sancionadora y disuasoria. Las sanciones previstas en la normativa de competencia tienen un fuerte impacto económico, pero no debemos perder de vista también el alto coste reputacional que puede tener para una empresa incurrir en una práctica anticompetitiva.

Además, una infracción de competencia puede generar cuatro tipos distintos de sanciones: las multas, las sanciones a directivos, la acción de daños y la prohibición de contratar.

En primer lugar, las multas deben ser disuasorias y proporcionadas, en ocasiones, un binomio difícil de combinar. Las multas pueden alcanzar hasta un 10% del volumen anual total de negocios de la empresa y se fijan, dentro de un margen de discrecionalidad, en función de una serie de circunstancias que están recogidas en el artículo 64 de la LDC:

- a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción.
- b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables.
- c) El alcance de la infracción.
- d) La duración de la infracción.
- e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos.
- f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción.
- g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables.

La determinación de las sanciones en las Resoluciones de las autoridades de competencia es un aspecto muy controvertido que los tribunales en ocasiones cuestionan. La extinta Comisión Nacional de Competencia<sup>21</sup> (CNC) aprobó en 2009 una Comunicación sobre los criterios de determinación de

---

21 Disposición adicional segunda de la Ley 13/2013, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: "Extinción de organismos. 1. La constitución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia implicará la extinción de la Comisión Nacional de la Competencia, la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional del Sector Postal, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Juego, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales".

las sanciones de competencia<sup>22</sup>. No obstante, el Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de enero 2015 anuló diversos criterios de esa Comunicación. El 10 de octubre de 2018, la CNMC publicó unas indicaciones provisionales sobre la determinación de las sanciones a la vista de la citada sentencia del Tribunal Supremo<sup>23</sup> que enfatiza en la motivación que deben contener las resoluciones sancionadoras de las autoridades de competencia<sup>24</sup>.

Además, la ley permite sancionar a los directivos, sanción que desciende a la esfera personal del directivo afectado con importantes implicaciones desde el punto de vista laboral y de reputación. Hasta ahora, esta sanción tenía un límite de 60.000 euros y se requería una especial implicación de los directivos en las infracciones. No obstante, el Tribunal Supremo en sus Sentencias de octubre de 2019, en el asunto AIO (cartel de fijación acuerdos y otras condiciones comerciales en el mercado de fabricación, distribución y dispensación de productos absorbentes para la incontinencia grave de la orina en adultos), estableció que no es necesario una participación activa y que se puede sancionar a los directivos incluso con una actitud pasiva. Por otra parte, el nuevo texto del artículo 63 de la LDC fruto de la modificación para trasponer la Directiva ECN+ ha elevado notablemente la sanción a directivos que ha pasado de tener un límite de 60.000 euros a los 400.000 euros.

Desde mayo de 2017 la LDC regula, en su Título VI, la acción de daños y perjuicios por infracciones de competencia. (Directiva 2014/104, del Parlamento Europeo y del Consejo). Esta acción ha dado origen a las acciones colectivas, como en el caso del cártel de los camiones<sup>25</sup>, tras el cual los compradores de camiones han emprendido masivamente en toda Europa acciones judiciales para recuperar el sobrecoste que tuvieron que asumir como consecuencia del cartel. Antes los perjudicados también podían reclamar vía la acción de daños del código civil. Pero esta acción específica se basa en el principio de resarcimiento pleno del daño y en conceder a las resoluciones de las autoridades de competencia un carácter irrefutable<sup>26</sup>. Actualmente esta acción de reclamación de daños por ilícitos de la competencia se presenta como el fantasma detrás de cualquier sanción de una autoridad de competencia.

Otro mecanismo sancionador es la prohibición de contratar que regula la LCSP cuyos artículos 71 y siguientes prevén que no podrán contratar con la Administración las empresas sancionadas con carácter firme por una infracción grave por falseamiento de la competencia. Las autoridades de competencia han empezado a incluir en sus resoluciones sancionadoras esta herramienta de la prohibición para contratar, aplicada por primera vez por la CNMC en su Resolución de 14 de marzo de 2019<sup>27</sup>.

---

22 Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea.

23 Indicaciones provisionales de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sobre la determinación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

24 Resolución, de 15 de mayo de 2019, de la Autoridad Vasca de la Competencia, complementaria a la Resolución de 27 de diciembre de 2017, Expte. Transporte de Viajeros de Gipuzkoa.

25 Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016 relativa a un procedimiento en virtud del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 53 del Acuerdo EEE, Asunto AT.39824—Camiones, número C(2016) 4673.

26 Artículo 75 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia que implementa el artículo 9 de la Directiva 014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea

27 Resolución de 14 de marzo de 2019, de la CNMC, Expte. S/DC/0598/2016, Electrificación y Electromecánicas Ferroviarias.

La importancia que las sanciones pueden llegar a alcanzar, sin contar con el coste en tiempo y recursos humanos dentro de la empresa, debe llevar a las empresas a interiorizar el compromiso con la competencia, al más alto nivel e implantar procedimientos que permitan impedir o detectar rápidamente las conductas irregulares.

## **2. LOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE COMO HERRAMIENTA DE SALVAGUARDA DE LA COMPETENCIA Y LA INTEGRIDAD**

El valor estratégico de la integridad en la compra pública se presenta por primera vez en la LCSP como un auténtico principio jurídico y no mera norma ética o moral. De esta forma, se le dota de un carácter vertebrador del sistema de contratación pública.

Para alcanzar la integridad es necesaria la transparencia y, por tanto, la publicidad como herramienta que garantiza el acceso de todos los potenciales licitadores y la no discriminación, fomentando la competencia en la contratación pública. Por ello, la publicidad no puede ser un mero formalismo que sirva para cubrir el expediente, sino que debe convertirse en uno de los instrumentos que generen concurrencia en la compra pública. La propia Directiva se hace algún eco del principio de integridad. En sus considerandos 101<sup>28</sup> y 102<sup>29</sup> se refiere al principio de integridad en relación a la exclusión de

---

28 (101) 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 incumplido las obligaciones medioambientales o sociales, entre ellas las normas sobre accesibilidad para las personas con discapacidad, 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. 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. Teniendo presente que el poder adjudicador será responsable de las consecuencias de una posible decisión errónea por su parte, los poderes adjudicadores deben seguir gozando de libertad para considerar que se ha cometido una falta profesional grave cuando, antes de que se haya dictado una resolución definitiva y vinculante sobre la existencia de motivos obligatorios de exclusión, puedan demostrar por algún medio adecuado que el operador económico ha incumplido sus propias obligaciones, incluidas las obligaciones relacionadas con el pago de impuestos o de cotizaciones a la seguridad social, salvo que se disponga de otro modo en Derecho nacional. Asimismo, deben poder excluir a los candidatos o licitadores cuya actuación en anteriores contratos públicos haya mostrado graves deficiencias en lo que se refiere al cumplimiento de los requisitos de fondo, como la no realización de una entrega o prestación, la existencia de deficiencias significativas en el producto entregado o el servicio prestado que los hagan inutilizables para el fin perseguido, o una conducta indebida que haga dudar seriamente de la fiabilidad del operador económico. El Derecho nacional debe establecer la duración máxima de dichas exclusiones. Al aplicar motivos de exclusión facultativos, los poderes adjudicadores deben prestar especial atención al principio de proporcionalidad. Irregularidades leves deberían llevar a la exclusión del operador económico únicamente en circunstancias excepcionales. Con todo, casos reiterados de irregularidades leves pueden dar lugar a dudas acerca de la fiabilidad de un operador económico, lo que puede justificar su exclusión.

29 (102) No obstante, debe contemplarse la posibilidad de que los operadores económicos adopten medidas de cumplimiento destinadas a reparar las consecuencias de las infracciones penales o las faltas que hayan cometido y a prevenir eficazmente que vuelvan a producirse conductas ilícitas. En concreto, podría tratarse de medidas que afecten al personal y la organización, como la ruptura de todos los vínculos con las personas u organizaciones que participaran en las conductas ilícitas, medidas adecuadas de reorganización del personal, implantación de sistemas de información y control, creación de una estructura de auditoría interna para supervisar el cumplimiento y adopción de normas internas de responsabilidad e indemnización. Cuando estas medidas ofrezcan garantías suficientes, se debe dejar de excluir por estos motivos al operador económico de que se trate. Los operadores económicos deben tener la posibilidad de solicitar que se examinen las medidas de cumplimiento adoptadas con vistas a su posible admisión en el procedimiento de contratación. No obstante, se debe dejar a los Estados miembros que determinen las condiciones exactas de fondo y de procedimiento aplicables en dichos casos. En particular, han de poder decidir si desean dejar que sean los poderes adjudicadores particulares los que realicen las evaluaciones pertinentes o si prefieren confiar dicho cometido a otras autoridades a un nivel centralizado o descentralizado.

los licitadores por parte de los órganos de contratación, regulación que se plasma en el articulado de la Directiva, concretamente en su artículo 57.4c).

Pero la LCSP va más allá y recoge este principio de integridad como uno de los objetivos del sistema de contratación. Así lo formula en el Preámbulo de la LCSP:

III. El sistema legal de contratación pública que se establece en la presente Ley persigue aclarar las normas vigentes, en aras de una mayor seguridad jurídica y trata de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia. Todas estas cuestiones se constituyen como verdaderos objetivos de la Ley, persiguiéndose en todo momento la eficiencia en el gasto público y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad.

Y esto se refuerza en el articulado, concretamente en el artículo 1 dedicado al objeto y finalidades de la contratación pública:

*1. La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.*

La integridad se plantea por tanto como un principio básico y transversal en la contratación unido al objetivo de estabilidad presupuestaria y eficiencia del gasto público. El principio de integridad dota en cierta medida al sistema de un espíritu transformador que lo encamina hacia una contratación más ética y sostenible.

La cuestión es que el principio de integridad tiene dos caras y, para conseguir un sistema de contratación realmente íntegro, es preciso el cumplimiento de los principios de la ley por parte los poderes adjudicadores (profesionales y órganos de contratación de las distintas administraciones públicas y otros poderes adjudicadores), pero también es necesario ese cumplimiento por parte de las empresas que participan en las licitaciones públicas.

De ahí la necesidad de que el cumplimiento normativo y las herramientas de compliance previstas legalmente, sean efectivas y aplicadas en la contratación pública en esa doble vertiente "entidad contratante-licitadores". Por ello, resulta conveniente acudir a la normativa, tanto de contratación como de competencia, ya que más allá de los sistemas de cumplimiento *ad hoc* que se pueden implantar tanto en el sector público como en el privado, las propias normas en vigor recogen determinadas herramientas y mecanismos de cumplimiento cuyo conocimiento y aplicación debe ser una prioridad para el sector público en sentido amplio, así como para las empresas licitadoras.

## **2.1. El compliance en la actuación de los poderes adjudicadores**

El artículo 64 LCSP incluye un mandato firme a los órganos de contratación en relación a la prevención de posibles conflictos de interés y lucha contra la corrupción, lo que comprende expresamente la lucha contra conductas que distorsionen la competencia.

En este sentido, la LCSP incorpora herramientas y mecanismos para facilitar el cumplimiento por parte de los poderes adjudicadores, que no solo deben conocerlos, sino que deben aplicarlos escrupulosamente cuando proceda. De esta forma, se daría un paso de gigante hacia una contratación alineada con la competencia y, en definitiva, una compra pública más íntegra.

Así, la salvaguarda de la competencia supone una de las principales prioridades para alcanzar un sistema íntegro y esto se hace visible no solamente en la regulación sustantiva sino también en el esquema institucional que establece la norma<sup>30</sup>. Todo ello pone de manifiesto la necesidad de que los poderes adjudicadores adquieran una adecuada formación en materia de competencia para alcanzar una aplicación íntegra y completa de los instrumentos legales que la normativa pone a su disposición.

### **2.1.1. La formación y profesionalización en materia de competencia y Compliance**

Las diferentes normas de contratación se han basado en la salvaguarda de la competencia como uno de los principios básicos para desarrollar una contratación pública accesible, eficiente y orientada a la consecución de las políticas públicas. Por ello, los órganos de contratación, mesas de contratación y juntas consultivas, es decir, todos los actores que por parte de los poderes adjudicadores intervienen en la contratación pública deben tener un adecuado conocimiento no solo de la normativa de contratación vigente en cada momento, sino también de la normativa de competencia<sup>31</sup>.

En efecto, el conocimiento por parte de los poderes adjudicadores de la LDC y TFUE, de sus infracciones, sanciones y mecanismos permite no solo diseñar una licitación acorde con los principios básicos sino también identificar posibles conductas anticompetitivas de los licitadores durante la tramitación de los expedientes de contratación. Y esto es fundamental para poder actuar y reaccionar cuando existen indicios de colusión ya que muchas veces el propio órgano de contratación es quien debe tomar medidas inmediatas para evitar una conducta anticompetitiva. Pero, además, los poderes adjudicadores tienen la obligación de poner en conocimiento de las autoridades de competencia aquellos posibles indicios, siendo ese mecanismo de información básico para poder detectar acuerdos de bid rigging contrarios al artículo 1 LDC o 101 TFUE.

Por ello, la primera propuesta en materia de Compliance<sup>32</sup> para el sector público debe comenzar por una formación específica en materia de competencia, en particular, sobre los acuerdos, pactos o prácticas colusorias.

Existen ciertas pautas o indicios que pueden ayudar a detectar prácticas anticompetitivas en un expediente de contratación:

Algunos de estos indicios están relacionados con la conducta de las empresas que participan en la licitación pública:

- El número de empresas que presentan ofertas es más reducido de lo habitual.

30 El artículo 332 LCSP crea la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIRescon) con la finalidad de velar por la correcta aplicación de la legislación y, en particular, promover la concurrencia y combatir las ilegalidades en relación con la contratación pública.

31 Informe Anual sobre la Contratación Pública en España. Módulo III. Oirescon. pag. 27, Recomendaciones: "Por ello, las acciones formativas y divulgativas adquieren en esta materia una especial relevancia. Estrategias de formación y capacitación en materia de competencia como la actuación puesta en marcha de la CNMC o la Guía de contratación y competencia actualizada de la AVC son un ejemplo de lo anterior".

32 Guía de Compliance en materia de Competencia, Autoridad Vasca de la Competencia, 2019; Guía de Programas de Cumplimiento en relación con la defensa de la Competencia, CNMC, 2020.

- Algunas empresas no acuden a una licitación a la que normalmente se hubieran presentado, mientras siguen acudiendo a licitaciones de similares características.
- Algunas empresas se presentan siempre a pesar de que nunca resultan ganadoras.
- Varias empresas presentan una oferta conjunta a pesar de que, al menos una de ellas, podría hacerlo hecho de manera individual.
- Varias empresas vinculadas<sup>33</sup> o de un mismo grupo presentan ofertas. Si bien esta situación está permitida por la normativa, la pertenencia a un mismo grupo empresarial puede facilitar la coordinación de sus estrategias.
- La empresa que presenta la mejor oferta es frecuentemente la misma, lo que puede ser un indicio de un acuerdo de reparto de mercado.
- Algunas empresas sólo obtienen ofertas ganadoras en determinadas áreas geográficas, aunque se presentan en varias.
- Los licitadores parecen turnarse a lo largo del tiempo en la presentación de la oferta ganadora.
- La empresa adjudicataria de la licitación repetidamente subcontrata la realización de parte del contrato con otras que no resultaron ganadoras del concurso o subasta correspondientes.

Otros indicios pueden estar relacionados con el precio ofertado:

- Aumentos repentinos e idénticos de precios por los licitadores, no justificados por incrementos de costes.
- Las empresas realizan unas estimaciones de costes de determinadas partidas idénticas.
- Diferencias significativas en los precios que una misma empresa oferta para un contrato similar ante diferentes órganos adjudicadores o ante entidades privadas.
- Ofertas de precios más altos ante los órganos de contratación radicados en determinado territorio por empresas residentes en el mismo que las presentadas por esas mismas empresas ante otros órganos de contratación.
- Reducciones significativas en los precios ofertados tras la aparición de un nuevo oferente en las licitaciones podría revelar la existencia previa de un acuerdo entre competidores.
- Subidas generales en los precios de todas las ofertas respecto a licitaciones previas sin aumentos de costes o cualquier otra justificación aparente.
- Presentación de ofertas con precios superiores al presupuesto máximo de adjudicación. Las empresas podrían haber llegado a un acuerdo para que se declare desierta la licitación y forzar al órgano adjudicador a incrementar su presupuesto máximo.

Finalmente, también deberá prestarse atención a posibles indicadores relacionados con la documentación que se presenta y la forma en que se aporta:

---

33 Resolución 28/2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia, aplicando la doctrina del TSJUE de 17 de mayo de 2018 (Asunto C-531/16), por la que se traslada a los poderes adjudicadores un cambio sustancial respecto al papel de comprobación y prueba cuando se presenten ofertas por empresas vinculadas.

- Errores de cálculo, fallos ortográficos o problemas formales de presentación de la oferta que se repiten en varias propuestas.
- La presencia de borrones o tachaduras en todas las ofertas podría ser indicativo de un acuerdo de última hora.
- Ofertas de diferentes licitadores presentadas con tipografía o papelería idénticas.
- Ofertas enviadas desde una misma dirección de correo o dirección de email.
- Referencias habladas o escritas sobre la posible existencia de un acuerdo.
- Rechazo sistemático a ofertar en determinadas áreas o a ciertos órganos de contratación.
- Preguntas o inquietudes sobre las posibles consecuencias de la existencia de acuerdo.
- Uso por parte de varios oferentes de terminología similar al explicar, por ejemplo, elevaciones de los precios.

Se trata de meros indicadores que requieren siempre de una mayor investigación para poder resultar en indicios pero que, sin duda, son a menudo la vía por la que tanto los órganos de contratación como las autoridades de competencia tienen conocimiento de que se puede estar produciendo algún tipo de conducta anómala, para su posterior análisis.

Por lo tanto, el papel de la administración contratante es fundamental en la detección de acuerdos colusorios. Esto se debe materializar en una visión más allá del propio contrato que se esté licitando. Los poderes adjudicadores (órganos de contratación y, cuando las haya, mesas de contratación) deben tener presente la necesidad de garantizar la integridad y el interés público, en el sentido de que en su actuación debe imperar esa visión más a largo plazo y transversal encaminada a preservar la salvaguarda de la competencia y, por ende, la integridad.

En efecto, existen determinadas situaciones que puede favorecer o ayudar a minimizar las conductas anticompetitivas. Así, el acceso a la información constituye un riesgo y puede suponer una vía que genere desigualdad entre los licitadores y que, a su vez, incremente la posibilidad de existencia de conductas colusorias entre los oferentes. Por ello, es importante que el acceso a la información sea transparente y que los poderes adjudicadores proporcionen la misma información a todos los oferentes.

Además, la formación en materia de competencia por parte de los poderes adjudicadores favorecerá la generación de sinergias entre dichos poderes adjudicadores y las autoridades de competencia. Estas sinergias están, en parte, previstas en la normativa y son absolutamente precisas para la lucha contra el bid rigging. Los órganos de contratación deben perder el miedo a poner en conocimiento de las autoridades de competencia posibles indicios de conductas colusorias y generar una estrecha colaboración que permita alcanzar ese objetivo de compra pública íntegra. Y ahí surge de nuevo la reflexión sobre el papel de los poderes adjudicadores, que debe ir más allá de la mera preparación y tramitación de cada contrato específico ya que la norma les otorga una responsabilidad estratégica de garantizar la integridad en el proceso de licitación dotándoles para ello de diversos instrumentos.

## 2.1.2. Otros mecanismos legales orientados al cumplimiento

### 2.1.2.1. La colaboración de los órganos de contratación con las autoridades de competencia

La LCSP prevé determinados mecanismos para detectar y evitar la colusión y, algunos de ellos, reservan también un papel a las autoridades de competencia. Así, los artículos 132 y 150 LCSP regulan procedimientos que podríamos enmarcar en la dinámica del Compliance ya que se orientan a prevenir y evitar conductas anticompetitivas cuando existan indicios de colusión.

En primer lugar, el artículo 132, en su apartado segundo, incluye una declaración general en contra del fraude de ley manifestando que la contratación no puede tramitarse con la intención de eludir ni la publicidad, ni la igualdad, ni la libre competencia<sup>34</sup>.

Pero es el párrafo tercero de este artículo 132<sup>35</sup> el que contiene un mecanismo fundamental que ya había venido funcionando anteriormente vía la Disposición Adicional 23ª del anterior Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP)<sup>36</sup> pero que, sin duda, su incorporación al articulado de la ley vigente le dota de una mayor relevancia que debe llevar a los órganos de contratación a tenerlo en cuenta y aplicar este mecanismo que establece que:

- Los órganos de contratación deben velar en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia.
- Los órganos de contratación, las Juntas Consultivas de Contratación y los órganos competentes para resolver el recurso especial en materia de contratación, deberán notificar a las autoridades de competencia correspondientes (estatal o autonómica), cualquier hecho que pueda constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia.

Esta obligación se concreta en particular, reproduciendo el contenido del artículo 1 LCD de tal forma que los órganos de contratación, las juntas consultivas de contratación y los tribunales de recursos contractuales precisan de una adecuada formación en materia de competencia con el fin de poder cumplir con esta obligación del artículo 132.3, consistente en comunicar 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.

---

34 Artículo 132: Principios de igualdad, transparencia y libre competencia: (...)

2. La contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios.

35 Artículo 132: Principios de igualdad, transparencia y libre competencia: (...)

3. Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia. Así, tanto ellos como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o, en su caso, los órganos consultivos o 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 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.”

36 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Pero la LCSP va más allá de esta obligación de comunicación genérica a las autoridades de competencia, que ya existía en la norma anterior. El artículo 150.1<sup>37</sup> prevé un nuevo mecanismo que también podemos enmarcar en la filosofía y lógica del Compliance para el sector público. Esta herramienta impone a las mesas de contratación y/u órganos de contratación la obligación de trasladar a la autoridad de competencia correspondiente (estatal o autonómica) con carácter previo a la adjudicación, cualquier indicio fundado de conducta colusoria del artículo 1 LDC en un procedimiento de contratación.

Hasta ahí el sistema puede resultar similar al del artículo 132. Sin embargo, el 150.1 regula que, una vez trasladado el indicio de colusión, dicho traslado tiene efectos suspensivos en el procedimiento de contratación hasta el pronunciamiento de la autoridad de competencia a través de un procedimiento sumarísimo que deberá ser desarrollado reglamentariamente. Este procedimiento constituye, por tanto, una herramienta de cumplimiento potente, aunque, más de tres años después de la entrada en vigor de la LCSP, el desarrollo reglamentario que requiere este procedimiento sumarísimo está aún pendiente. Urge, por tanto, dicho desarrollo reglamentario para que el artículo 150.1 pueda ser aplicado con plenas garantías y se convierta en un mecanismo de prevención y detección eficaz de prácticas anticompetitivas en la contratación pública.

Por lo tanto, los mecanismos de información previstos en los artículos 132 y 150 LCSP otorgan un amplio margen de discrecionalidad a los órganos de contratación para apreciar la existencia de posibles indicios y, en este sentido, se reitera la importancia de la formación para facilitar la colaboración con las autoridades de competencia. La necesidad de ampliar y mejorar la cooperación entre las autoridades de contratación y las de competencia se ha analizado también por parte de la Comisión Europea en su Comunicación de abril de 2021<sup>38</sup>, que propone distintos mecanismos orientados a profundizar la cooperación para luchar contra las licitaciones colusorias y subraya la importancia de dedicar recursos, establecer incentivos al personal que detecte casos de colusión, y seguir trabajando en acciones formativas. Además, la Comisión realiza un análisis sobre el margen de discrecionalidad que aporta el artículo 57 de la Directiva 2014/1 en relación a la facultad de exclusión de licitadores cuando hay indicios plausibles de colusión, así como a las medidas correctoras que estos pueden alegar.

Todo ello invita forzosamente a reflexionar sobre la necesidad de aplicar este tipo de medidas legales de prevención y de cumplimiento en materia de competencia de forma que se implanten en el sector público nuevas formas de trabajo que incorporen estas acciones como prioritarias en el día a día de la praxis contractual.

### **2.1.2.2. Mecanismos de cumplimiento legalmente previstos**

La normativa de contratación también prevé otros mecanismos adicionales que favorecen la detección de posibles conductas colusorias por parte de los poderes adjudicadores y la adopción de medidas de cumplimiento por parte del sector público. A continuación, se enumeran los principales:

---

37 Artículo 150. Clasificación de las ofertas y adjudicación del contrato: (...)

1. 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.

Este procedimiento sumarísimo está pendiente de un desarrollo reglamentario de la ley que tendrá que definir el procedimiento.

38 Comunicación relativa a las herramientas para combatir la colusión en la contratación pública y a las orientaciones acerca de cómo aplicar el motivo de exclusión conexo, DOUE de 18.3.2021, C91/1

– **Las agrupaciones de empresas para licitar: Uniones temporales de Empresas (UTE), Agrupaciones de Interés Económico (AIE):**

La utilización de UTE o de AIE para participar en procedimientos de licitación es perfectamente legal. Además, puede tener efectos positivos, al facilitar el acceso a la financiación de grandes inversiones y permitir la participación de las PYMES.

No obstante, la participación de este tipo de agrupaciones en las licitaciones no está exenta de riesgos asociados con la competencia<sup>39</sup>. Es evidente que la unión de varias empresas capaces de competir individualmente en la licitación, desprovee a ese contrato público de la necesaria concurrencia para garantizar el libre acceso, la eficiencia del gasto público, la competencia y, en definitiva, la integridad. Por ello, es preciso un análisis caso por caso sin que se puedan adoptar criterios generalizados en cuanto a la calificación de este tipo de agrupaciones de empresas.

Entre los posibles indicadores de existencia de un acuerdo anticompetitivo en el marco de una agrupación de empresas figuran:

- La capacidad de participar individualmente en la licitación.
- La participación simultánea de empresas de un mismo grupo empresarial en la licitación, por ejemplo, una empresa del grupo se presenta de manera individual y otra a través de una UTE o AIE.
- Las empresas que forman la UTE o AIE concentran una parte importante de la actividad en el ámbito público o privado.
- Una UTE o AIE con cuota de mercado global elevada rechaza la participación en la agrupación de otras empresas que no disponen de capacidad para formar una UTE o AIE diferente y competitiva para una determinada licitación.
- Las empresas han intentado acudir al concurso mediante UTE o AIE previamente y no se les ha permitido. Cuando finalmente participan de forma individual pueden mantener la intención de actuar de forma coordinada.
- Las empresas acuden individualmente a la licitación y luego subcontratan la ejecución con una AIE de la que todas forman parte. Esto podría reflejar la existencia de un acuerdo de reparto de mercado para asegurar que, independientemente de quién gane la licitación, la ejecución se realizará de forma conjunta.

En este sentido, la LCSP, en su artículo 69.2<sup>40</sup> regula un mecanismo tendente a prevenir dichos riesgos asociados a las UTE. Una vez más, la responsabilidad recae en las mesas de contratación y órganos de contratación que deberán apreciar si existen posibles indicios de colusión entre las empresas agrupadas en UTE. De darse dichos indicios, deberán requerir que esas empresas justifiquen expresa

---

39 Resolución CNMC de 26 de julio de 2018, Expte. S/DC/0565/15 licitaciones de aplicaciones informáticas.

40 Artículo 69.2:

2. Cuando en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación apreciaran posibles indicios de colusión entre empresas que concurren agrupadas en una unión temporal, los mismos requerirán a estas empresas para que, dándoles plazo suficiente, justifiquen de forma expresa y motivada las razones para concurrir agrupadas.

Cuando la mesa o el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por las empresas, estimase que existen indicios fundados de colusión entre ellas, los trasladará 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, previa sustanciación del procedimiento sumarísimo a que se refiere el artículo 150.1, tercer párrafo, se pronuncie sobre aquellos.

y motivadamente las razones para concurrir agrupadas. Una vez más, vemos el amplio margen de apreciación de las mesas y órganos de contratación dado que deberán estimar si, tras la justificación aportada por la empresa, se aprecian o no indicios de colusión, en cuyo caso tienen la obligación de dar traslado a la autoridad de competencia correspondiente (estatal o autonómica) para que sustancie el procedimiento previsto en el artículo 150.1 LCSP, anteriormente referido.

De la parte de las empresas, también se hace necesario y recomendable un minucioso análisis previo de cada asociación con base en sus eficiencias, acceso a financiación, acreditación de la solvencia requerida en la licitación, y efectos positivos de estas agrupaciones empresariales, con base en los requisitos de exención establecidos en los artículos 1.3 LDC y/o 101.3 TFUE (mejora de la eficiencia; beneficio equitativo para los consumidores; carácter indispensable de las restricciones; no eliminación sustancial de la competencia).

Recientemente, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y la Audiencia Nacional se han pronunciado en el sentido de que las UTEs pueden ser admisibles incluso cuando sin resultar indispensables formalmente para licitar, su constitución es razonable desde un punto de vista comercial<sup>41</sup>. La cuestión se encuentra pendiente de resolución por parte del Tribunal Supremo que ha admitido el interés casacional de los recursos de casación preparados por la ACCO, y tendrá que determinar el alcance de la condición de indispensabilidad establecida en el artículo 1.3 LDC y el artículo 101.3 TFUE en el particular caso de las Uniones temporales de empresas.

#### – **División del objeto del contrato en lotes:**

El Art. 99. 3 LSCP establece la obligación de dividir en lotes el objeto del contrato siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan.

Actualmente, la división del objeto del contrato en lotes es por tanto la regla general que debe imperar en el sistema de contratación pública. Se estima que dicha división tiene efectos positivos muy orientados a permitir la igualdad en el acceso de las Pymes a la contratación pública.

No obstante, la norma prevé excepciones cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente y respecto de los que el órgano de contratación dispone de un amplio margen de discrecionalidad. Por una parte, cuando la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificulte su correcta ejecución desde el punto de vista técnico; o bien por la propia naturaleza del objeto del contrato. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente. Además, el párrafo 4 del artículo 99 permite limitar el número de lotes a los que un licitador puede presentar oferta y también permite limitar el número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador. Estas medidas deben ser excepcionales y siempre han de estar precedidas de la debida justificación.

Pero, sin duda, en términos de intervención de las autoridades de competencia en el proceso de contratación y de herramientas legales que facilitan el cumplimiento, debemos fijarnos en la excepción que prevé el artículo 99.3 para los casos en los que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. En estos casos, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.

Es cierto que la transparencia de la contratación pública puede conllevar una previsibilidad que propicie las conductas colusorias, en particular, las de reparto geográfico. Y en este sentido, la división del objeto del contrato en lotes podría restringir injustificadamente la competencia cuando

---

41 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de octubre de 2019; Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de febrero de 2018

dicha división facilite el reparto de dichos lotes entre el número de operadores económicos del sector. Así, la división en lotes deberá planificarse evitando que coincida el número de lotes con el número de empresas oferentes, o evitando que cada lote corresponda exactamente a un territorio geográfico, etc. La previsibilidad en la contratación es sin duda beneficiosa, en términos de transparencia, pero podría ser un factor que genere colusión y, por ello, variar el número y tamaño de los contratos y lotes es una vía útil para romper inercias pueden propiciar la consolidación de ciertos *statu quo* entre las empresas licitadoras.

En este punto, de nuevo, el órgano de contratación tiene la responsabilidad de detectar la situación y la obligación de solicitar el informe previo de la autoridad de competencia, que deberá apreciar si efectivamente la justificación obrante en el expediente para no dividir el contrato en lotes resulta adecuada en términos de competencia.

#### – **La cesión de los contratos:**

La modificación subjetiva de los contratos por cesión contractual debe producirse con garantías y dentro de determinados límites. Los derechos y obligaciones del contrato podrán ser cedidos por el contratista a un tercero cumpliendo dos condiciones<sup>42</sup>:

1. Que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato,
2. Que la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado.

Ambas condiciones tienen una relación clara con el principio de integridad: de una parte, la primera se dirige a evitar situaciones que pudieran redundar en fraude de ley y, la segunda, tiene como objetivo más concreto la salvaguarda de la competencia.

Por lo tanto, este artículo 214 establece un acto reglado para poder autorizar una cesión del contrato, previamente al cual se deberá realizar un análisis de competencia de forma que se verifique si, a través de la cesión del contrato, se está infringiendo la LDC.

La ley sin embargo no establece el cauce concreto para realizar este análisis preventivo. Aunque no se indique expresamente, la posibilidad de consulta a la autoridad de competencia correspondiente, esta medida supone siempre un cauce posible muy apropiado teniendo en cuenta las funciones generales de Promoción de la competencia de las autoridades de competencia.

## **2.2. El Compliance de la parte de los oferentes y licitadores**

En ese sentido, el Compliance con una perspectiva de competencia se presenta como una herramienta fundamental y un complemento necesario a los programas de cumplimiento ya implantados en muchas empresas. Es importante trabajar en implantar unos protocolos de detección y prevención, así como unos mecanismos de minimización del riesgo en caso de comisión de algún ilícito de competencia.

### **2.2.1. El Compliance de competencia como variable de la gestión empresarial**

La implantación de programas de cumplimiento está muy extendida en la empresa. Estos programas se han centrado fundamentalmente en el ámbito penal donde, como consecuencia de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se normativizó la

---

42 Artículo 214 LCSP

posibilidad de beneficiarse de una exención o atenuación de la pena en caso de tener implantado un sistema de cumplimiento efectivo (artículo 31 bis Código penal y Circular de la Fiscalía 1/2016).

Instaurar una cultura del cumplimiento normativo y comportamiento ético en el seno de la empresa reporta grandes beneficios ya que evita sanciones y promueve la creación de valor. Por ello se ha extendido a otros ámbitos más allá del penal, entre ellos, al ámbito de la competencia.

La legislación de competencia todavía no prevé expresamente los programas cumplimiento como un supuesto de exención o atenuación de las sanciones en caso de infracción<sup>43</sup>, cuestión que deberá promoverse a fin de identificar los incentivos adecuados que impulsen definitivamente los programas de cumplimiento en esta materia, aunque la propia función de *Advocacy*<sup>44</sup> que tienen las autoridades de competencia supone ya una base suficiente para difundir y fomentar el cumplimiento de la normativa de competencia.

Los protocolos internos que forman un Compliance deben ser trajes a medida para cada empresa ya que tienen que diseñarse en función de la actividad propia e idiosincrasia de cada organización. ¿Alguien piensa en competencia cuando se reúne con otras empresas licitadoras para hablar de contrato que se licita públicamente?; o ¿cuándo se mantienen contactos con el poder adjudicador; o ¿cuándo varias empresas constituyen UTEs para licitar un contrato público? Todas estas son situaciones en las que hay que estar muy atento a la normativa ya que, incluso comportamientos que a veces están enraizados en el día a día, podrían resultar en infracciones de competencia.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) puso de manifiesto, entre otras, en su sentencia de 18 de julio de 2013 (asunto C-501/11 Schindler Holding y otros/Comisión) que el mero hecho de introducir programas internos de adecuación a las normas sobre competencia por parte de las empresas no puede implicar en todo caso una atenuación de la sanción impuesta a las empresas. Para que sean verdaderamente efectivos, los programas de cumplimiento deben garantizar, a través del establecimiento claro de parámetros de conducta y de la puesta en práctica de medidas organizativas para su desarrollo, la existencia de un verdadero compromiso de cumplimiento que se traslade al proceso de toma de decisiones cotidianas, tanto de las personas físicas que, en nombre o representación de la empresa, participan en la actividad, como del conjunto de trabajadores de la empresa, permitiendo que, desde el ámbito de sus propias funciones, detecten o prevengan prácticas restrictivas de la competencia.

Por lo tanto, una política de prevención en el seno de la empresa debe cubrir la totalidad de los riesgos asociados a la actividad empresarial. Y en este sentido, las empresas que actúan en el ámbito de la contratación pública deben conocer y prever los riesgos de que se cometan infracciones del Derecho de la competencia en su organización, los efectos en términos de sanciones (multas, indemnizaciones por daños, nulidad de contratos y costes reputacionales), todo ello para instaurar protocolos de prevención o Compliance.

Existen diversas herramientas específicas en materia de competencia que los programas de Compliance deben tener en cuenta como la clemencia, los acuerdos de transacción (*settlements*), o la terminación convencional. Pero, sin duda, a nivel de contratación pública la figura que indudablemente deberá tener en cuenta cualquier programa de Compliance es la prohibición de contratar.

---

43 No se ha incorporado ninguna disposición específica en esta materia en la modificación de la LDC que actualmente se encuentra en tramitación parlamentaria.

44 La International Competition Network definió en 2002 el concepto de "Competition Advocacy" en su Informe "*Advocacy and Competition Policy*": *Competition advocacy refers to those activities conducted by the competition authority related to the promotion of a competitive environment for economic activities by means of non-enforcement mechanisms, mainly through its relationships with other governmental entities and by increasing public awareness of the benefits of competition.*

Las prohibiciones de contratar ya estaban reguladas en el artículo 60 del TRLCSP que fue modificado por la DF 9ª de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, precisamente para introducir de forma expresa el falseamiento de la competencia como una de las circunstancias para declarar dicha prohibición para contratar.

El régimen de la actual LCSP no cambia sustancialmente esa regulación anterior pero sí realiza un análisis más pormenorizado de las distintas prohibiciones para contratar. En línea con la Directiva, la ley fija un plazo máximo para este tipo de prohibiciones de 3 años, estableciendo como *dies a quo* el de la firmeza de la resolución o sentencia, o el de la inscripción de la prohibición para contratar en el Registro Oficial de Contratistas. Así mismo, se prevé la cancelación de oficio en tres meses desde su terminación.

El legislador español, al implementar la Directiva y su artículo 57.4, opta por introducir en la LCSP una prohibición de contratar potestativa respecto del falseamiento de la competencia. Así el artículo 71.1b) LCSP declara que no podrán contratar con las entidades pertenecientes al ámbito de aplicación de la ley (incluidas en el artículo 3), entre otras, a las empresas sancionadas con carácter firme por una infracción grave por falseamiento de la competencia.

Pero, además, el apartado 2a) del artículo 71 también declara otras dos circunstancias que pueden derivar en prohibición para contratar:

- Por una parte, cuando una empresa licitadora haya retirado indebidamente su proposición en un procedimiento de adjudicación.
- Y también, cuando una empresa haya imposibilitado la adjudicación de un contrato a su favor por no cumplimentar los requisitos del artículo 150.2, siempre que concurra dolo, negligencia o culpa. Sabiendo que, además, se le impone una penalidad del 3% del presupuesto de licitación.

Como se ha analizado anteriormente, estos supuestos también podrían ser indicadores de la existencia de conductas colusorias entre los licitadores y, por tanto, susceptibles de activar no solamente la prohibición de contratar sino también los mecanismos de colaboración entre órganos de contratación y autoridades de la competencia.

Por lo tanto, la prohibición de contratar es un mecanismo sancionador y preventivo crucial. La Directiva 2014/24 le da un enfoque como una herramienta preventiva del interés general en su considerando 101 y artículo 57. Pero, además, la regulación de las prohibiciones de contratar en la normativa de contratación pública constituye también un instrumento sancionador a disposición de las autoridades de competencia que, en su aplicación deberán mantener un equilibrio entre la prevención y la represión. No hay que olvidar que prohibir a un operador económico participar en una licitación pública es una medida que, en sí misma, supone una restricción de la concurrencia por lo que su utilización deberá siempre atender a criterios de necesidad y proporcionalidad. En especial, deberán tenerse en cuenta las características de cada mercado a efectos de fijar el alcance y duración de estas prohibiciones.

Pero la cuestión principal que surge a la hora de analizar esta figura es si la prohibición de contratar, concretamente en el ámbito de las infracciones de competencia, es un vehículo eficaz de prevención y también de sanción. Y la razón de esta duda es que la LCSP plantea un sistema no cerrado ni uniforme, en el sentido de que se regulan dos formas distintas de aplicar la prohibición para contratar. Y así lo hemos visto en la práctica de diferentes autoridades de competencia.

Los efectos de la prohibición para contratar por falseamiento de la competencia vienen regulados en el artículo 72 que establece con carácter general que la prohibición se apreciará directamente por los

órganos de contratación cuando la Resolución de la autoridad de competencia o la sentencia firme se haya pronunciado sobre el alcance y duración de la medida.

Cuando, por el contrario, no exista un pronunciamiento sobre el alcance y duración, y también en los supuestos del artículo 71.2, se estará al procedimiento regulado en el artículo 72 que deriva la decisión al Ministro de Hacienda o similar, previa consulta a la Junta Consultiva de Contratación que corresponda.

La postura de la CNMC en los expedientes sancionadores en los que se ha impuesto la prohibición<sup>45</sup>, ha optado por remitir a la Junta Consultiva de Contratación Pública las resoluciones sancionadoras para su preceptivo informe. Las empresas afectadas han solicitado cautelarmente la suspensión de la ejecutividad de la decisión de la CNMC, solicitudes que, según la información pública disponible, han sido hasta ahora aceptadas por los tribunales<sup>46</sup>.

Por otra parte, la Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO) ha realizado una aplicación directa de la prohibición para contratar determinando en su Resolución de 23 de diciembre de 2019<sup>47</sup> el alcance y duración de la prohibición, lo que supone hasta el momento la única prohibición para contratar por falseamiento de la competencia que se ha hecho efectiva en España por una autoridad de competencia.

En cualquier caso, lo que sí supone una novedad en la regulación de la prohibición de contratar es el establecimiento de excepciones en las que no procede la aplicación de dicha prohibición. Se trata de las *self cleaning measures*, como las define la Directiva en las siguientes situaciones:

- Cuando se haya acreditado el pago o el compromiso de pago por parte del sancionado.
- Cuando se hayan adoptado medidas técnicas, organizativas o de personal para evitar la comisión de nuevas infracciones de competencia, incluyendo el acogimiento a un programa de clemencia.

Por ello y ante la ausencia de regulación expresa sobre los posibles efectos atenuantes del Compliance en la normativa de competencia, resulta interesante analizar cómo las autoridades de competencia están valorando la implantación ex ante y ex post de medidas de cumplimiento por parte de empresas licitadoras a su vez incoadas por infracciones de competencia.

### **2.2.2. La valoración de los programas de Compliance por parte de las autoridades de competencia**

Ya hemos visto cómo el Compliance consiste en la implantación de sistemas de control interno y de vigilancia que permita a la empresa evitar, en la medida de lo posible, la comisión de ilícitos de competencia o, en caso de no poder evitarlos, reducir de forma significativa el riesgo de su comisión, así como facilitar su rápida detección. Para que un programa de cumplimiento sea efectivo

---

45 Resolución CNMC de 14 de marzo de 2019, Expte. S/DC/0598/2016 Electrificación y Electromecánicas Ferroviarias; Resolución CNMC de 1 de octubre de 2019, Expte. S/DC/0612/17 Montaje y mantenimiento industrial; Resolución CNMC de 13 de febrero de 2020, Expte. S/DC/0626/18 Radars Meteorológicos; Resolución CNMC de 22 de diciembre de 2020, Expte. S/DC/0620/17 Combustibles Sólidos; Resolución CNMC de 11 de mayo de 2021, Expte. S/DC/0627/18, Consultoras.

46 Entre otros, Auto de la Audiencia Nacional en el recurso 936/2019, de 19 de julio

47 Expediente 94/2018, ACCO, Licitaciones Servicio Meteorológico de Catalunya: impuso la prohibición de contratar, con una duración de 18 meses, a las empresas incoadas con respecto a las licitaciones convocadas por el Servicio Meteorológico de Cataluña, que tuviesen por objeto la instalación de radares y/o estaciones meteorológicas, el mantenimiento y/o suministro de recambios.

es recomendable que, al menos, contemple algunos elementos (Autoridad Vasca de la Competencia, 2019):

1. Identificar las actividades de la empresa susceptibles de generar un ilícito de competencia.
2. Implantar modelos de gestión adecuados para impedir o prevenir la comisión de infracciones de competencia.
3. Imponer la obligación de informar de posibles riesgos o incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento del Compliance.
4. Establecer un sistema disciplinario.
5. Realizar un seguimiento periódico para su control y eventual modificación.

Una parte fundamental del Compliance es servir para interiorizar el compromiso con la competencia, al más alto nivel de la organización (Consejo de Administración, CEO, etc.). Dicho compromiso tendrá su reflejo en el organigrama integrando una figura transversal de Compliance Officer, y también requerirá, como uno de los aspectos más importantes, formación sobre competencia a todos los niveles de la organización.

Igualmente deberá tenerse en cuenta el establecimiento de mecanismos de sanción interna y garantizar la existencia de un canal interno de denuncias en consonancia con la Directiva Whistleblower<sup>48</sup>, que establece normas mínimas comunes para la protección de las personas que denuncien infracciones de normativa, incluyendo expresamente las denuncias de competencia y contratación pública. Esta Directiva debe ser implementada en el ordenamiento jurídico español no más tarde del 17 de diciembre de 2021 y se espera que, en materia de contratación pública y competencia, ayude a detectar irregularidades que actualmente no se denuncian por no contar con los canales y garantías adecuados.

Dado que aún estas medidas de cumplimiento no están previstas como eximentes o atenuantes en la normativa de competencia, su apreciación por parte de las autoridades constituye un campo todavía poco explorado. Por una parte, la implantación de programas de Compliance de competencia no se encuentra suficientemente extendido entre los operadores económicos, y, por otra parte, no existen demasiados pronunciamientos de las autoridades de competencia al respecto.

Recientemente la CNMC en su Resolución de 11 de mayo de 2021 ha tenido la oportunidad de resolver las solicitudes de tres empresas en cuanto a la valoración de ciertas medidas de cumplimiento y, para ello, ha tenido en cuenta los criterios definidos en su propia Guía anteriormente referida. Así, la CNMC ha apreciado la excepción prevista en el artículo 72 LCSP respecto de las medidas de cumplimiento alegadas por uno de los grupos empresariales sancionados<sup>49</sup>. Concretamente, este grupo disponía, desde 2001, de un Código de Cumplimiento Ético y Legal que, desde 2015, incluía un apartado específico de "protección de la competencia". Pero tras la incoación del expediente, en octubre de 2019, adoptó formalmente un manual de prevención de riesgos en derecho de la competencia que incluye metodología, prevención y análisis de riesgos; canal de denuncias, referencia al programa de clemencia, y protocolo de actuación de la unidad de cumplimiento y ante las autoridades de competencia. Además, el análisis de la efectividad de las medidas pone especialmente el foco en la importancia de la formación interna en materia de competencia que pasa a ser obligatoria, dotando al área de recursos humanos de la capacidad de sancionar a los empleados que incumplan dicha obligación formativa.

48 Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.

49 Resolución CNMC de 11 de mayo de 2021, Expte. S/DC/0627/18, Consultoras, pp. 284 y siguientes.

En fechas recientes ha tenido lugar otro importante pronunciamiento de la CNMC en el que se realiza un análisis de los programas de cumplimiento presentados por algunas de las empresas incoadas en el expediente "Conservación Carreteras"<sup>50</sup>. El análisis se realiza en base a los criterios establecidos en la Guía de Compliance de la CNMC, concretamente, respecto de la existencia *ex ante* (previos al conocimiento de la infracción) de programas de cumplimiento incluyendo medidas reactivas adecuadas, y también se analizan los posibles incentivos de los programas de cumplimiento *ex post* (voluntad de implantar un programa posterior al conocimiento de la infracción por la autoridad de competencia o de mejorar uno ya existente), considerándolos como atenuante por la voluntad de cumplimiento. La Resolución concluye que ninguno de los programas de cumplimiento alegados por las partes es suficiente para aplicar incentivos o atenuantes ya que, aunque en algunos casos dichos programas pueden ajustarse formalmente a las recomendaciones de la Guía de la CNMC, ninguna de las empresas recoge en su programa de cumplimiento el conjunto de los criterios establecidos en dicha Guía, ni aportan evidencias de que la implantación de sus programas haya resultado eficaz para prevenir, detectar o poner fin a las conductas sancionadas. Tampoco se incluye en los programas analizados la colaboración activa con las autoridades de competencia desde el inicio de una investigación ni en el reconocimiento de los hechos constatados. Asimismo, los programas no establecen medidas reactivas relevantes que reflejen la existencia de un verdadero compromiso de cumplimiento que se traslade al proceso de toma de decisiones de las referidas empresas.

En definitiva, se visibiliza la importancia de que el Compliance sea un traje a medida diseñado internamente en la empresa y tras una exhaustiva identificación de los riesgos propios de su actividad. También la importancia de los protocolos, de la formación, y del compromiso de cumplimiento al más alto nivel de la dirección de la organización.

Vemos cómo en la práctica, las autoridades de competencia se remiten a sus guías o recomendaciones en materia de cumplimiento para valorar en qué medida pueden ser constitutivas de incentivos o atenuantes a la sanción. En la valoración se otorga mucha relevancia a la eficacia de estos programas lo que, cuando una empresa ha cometido una infracción de competencia y está incurso en un expediente sancionador, puede ser complicado de probar. Por ello, es prioritario que las medidas de cumplimiento de las empresas estén específicamente diseñadas y cuenten con un sistema de vigilancia periódica, así como unos mecanismos de reacción eficaces ante la comisión de una infracción.

De momento, es importante que las empresas tengan en cuenta estas guías a la hora de diseñar e implementar sus programas de cumplimiento en materia de competencia aunque en la medida en que estas resoluciones de las autoridades de competencia sean impugnadas ante las jurisdicciones competentes, se irán también obteniendo pronunciamientos judiciales en esta materia, lo que sin duda aportará una mayor seguridad jurídica a la actual situación.

Entretanto, resulta interesante la actual iniciativa de la Asociación Española de Normalización (UNE), promovida por la Autoridad Vasca de la Competencia, para la elaboración de una norma estándar sobre sistemas de gestión de Compliance en materia de competencia. Esta norma puede aportar pautas a las empresas a la hora de diseñar su sistema de cumplimiento que, aun siendo único y específico, permita identificar y aplicar eficiencias comunes propias del proceso estandarizado de una norma. Así, el objetivo de la elaboración de esta norma es proporcionar seguridad y confianza tanto desde el punto de vista interno (tranquilidad de la dirección respecto del buen funcionamiento del aspecto sujeto a normalización, lo que permite liberar energías y atención hacia elementos más volátiles del negocio) como desde el punto de vista externo (reguladores; autoridades; "stakeholders"; etc.).

---

50 Resolución CNMC de 17 de agosto de 2021, Expte. S/0013/19 Conservación de Carreteras, pp. 174 y siguientes.

Además, la certificación de los sistemas de gestión de compliance constituye un elemento relevante para evidenciar la diligencia, la prevención de actos ilícitos y la implementación eficaz de un sistema de gestión que permita proporcionar evidencias, en cierta medida, a las autoridades de competencia de que la organización está adoptando medidas para prevenir la comisión de infracciones y/o reaccionar ante las mismas.

### **3. CONCLUSIÓN**

El cumplimiento normativo se aplica transversalmente en todos los ámbitos y, en la contratación pública, constituye una herramienta que puede ayudar exitosamente a lograr el objetivo de integridad que impregna la normativa de contratación española y europea. Dentro de esa ética del cumplimiento la salvaguarda de la competencia, como principio clásico de la contratación, adquiere un mayor protagonismo y supone, en sí mismo, un principio que puede actuar como facilitador de esa integridad.

Desde sus primeras fases de planificación y diseño, la competencia debe ser una variable tenida en cuenta y priorizada en la gestión de la compra pública y las licitaciones y, por ello, resulta conveniente que estas fases sean objeto de una mayor dedicación, tanto en tiempo como en recursos, en aras a la aplicación los procedimientos adecuados. Por otra parte, la LCSP recurre a la actuación de las autoridades de competencia en determinados momentos del procedimiento de licitación, como medio para preservar la concurrencia y, en definitiva, la integridad en la actividad contractual pública.

La competencia y la integridad también pueden ser vulneradas por la actuación de las empresas que, en ocasiones, llevan a cabo conductas colusorias en el marco de la contratación pública. Este tipo de comportamientos no solo son contrarios a la LDC sino también al espíritu de integridad que rige la contratación, cuya normativa determina mecanismos de prevención y detección por parte de los poderes adjudicadores, fundamentalmente los propios órganos de contratación, y la colaboración de estos con las autoridades de competencia.

En todo este panorama, el Compliance de competencia supone una herramienta cuya implantación debería ser potenciada por parte de los poderes adjudicadores en la praxis contractual, tomando como punto de partida la propia ley y los mecanismos de cumplimiento que establece. Asimismo, para las empresas la implantación del Compliance de competencia supone un medio de control interno que puede evitar importantes sanciones económicas, conductuales y otras contingencias como el daño reputacional o las acciones por daños causados por infracciones de la normativa de competencia. Tampoco se puede perder de vista la capacidad que las autoridades de competencia tienen para atenuar las sanciones cuando las empresas sancionadas tienen implantados programas de cumplimiento de competencia o se comprometen a implantarlos.

En definitiva, las herramientas de cumplimiento normativo aplicadas a la competencia sin duda pueden actuar como impulso para lograr una contratación pública íntegra. Así, el Compliance dirigido a garantizar el principio de competencia y los mecanismos de salvaguarda de la misma que se contienen en la normativa de contratación, unidos a la aplicación de la LDC en su faceta sancionadora, se configuran como medios eficaces tanto desde el punto de vista de los poderes adjudicadores como de las empresas contratistas.

### **4. ABREVIATURAS**

- ACCO: Autoritat Catalana de la Competència
- AIE: Agrupación de Interés Económico
- AVC: Autoridad Vasca de la Competencia

- CNC: Comisión Nacional de Competencia
- CNMC: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
- DEUC: Documento contractual único europeo
- IVA: Impuesto sobre el Valor Añadido
- LCSP: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público
- LDC: Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia
- OIReScon: Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la contratación
- PYME: pequeña y mediana empresa
- TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
- TRLCSP: Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público
- UE: Unión Europea
- UNE: Asociación Española para la Normalización
- UTE: Unión Temporal de Empresas

## **5. BIBLIOGRAFÍA**

- José Massaguer Fuentes y otros. Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia. Thomson Reuters. Sexta edición, 2020
- Autoridad Vasca de la Competencia, Guía de Contratación pública y Competencia, edición actualizada 2020
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Guía sobre Contratación Pública y Competencia, diciembre 2020
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Guía de Programas de Cumplimiento en relación con la Defensa de la Competencia, 2020
- Autoridad Vasca de la Competencia, Guía de Compliance en materia de Competencia, 2019
- J.M. Beneyto Perea y Jerónimo Maillo González-Orús, Novedades y Retos en la lucha contra los cárteles económicos, Thomson Reuters Aranzadi, 2019
- Italian Competition Authority, Guidance on antitrust compliance programs, 2018
- J.M. Gimeno Feliú, Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público, Aranzadi Thomson Reuters, 2018

Juan Manuel Contreras Delgado de Cos. "Medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones para la competencia". Administración y Competencia. Thomson Reuters Aranzadi, 2015

Antonio López Miño, Javier Vázquez Matilla y Javier Serrano Chamizo. "Buenas malas prácticas en contratación de la competencia". Administración y Competencia. Thomson Reuters Aranzadi, 2015

Autoritat Catalana de la Competència. Guía para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública, junio 2010

Informe Anual de la Contratación Pública, 2020, Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon).

Autoridad Vasca de la Competencia, Guía de Compliance en materia de Competencia, 2019.