

## DE NUEVO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y COMPETENCIA

En los últimos tiempos, instituciones nacionales e internacionales han venido poniendo el acento en la importancia de garantizar la competencia en los mercados en general y en el mercado de bienes y servicios demandados por el sector público en particular, en tanto que las actuaciones colusorias de quienes participan en ellos, y en concreto, aquellas conductas que se generan en el marco de los procedimientos de contratación pública, tienen como consecuencia inmediata un mayor precio de los bienes y servicios y por tanto, una menor eficiencia en la utilización de los recursos públicos. Los instrumentos empleados al servicio de la consecución del objetivo de transparencia y competitividad en el marco de la contratación pública no se han limitado, empero, al reforzamiento de la legislación sobre competencia, articulándose también mediante el desarrollo de actuaciones inspectoras y sancionadoras por parte de organismos especializados. La Comisión Nacional de la Competencia publicó el pasado mes de febrero una guía sobre contratación pública y competencia que pretende facilitar la detección por las Administraciones Públicas de conductas colusorias en los procedimientos de contratación en los que se demanden bienes o servicios, y pretende además avanzar en esa senda al configurar la contratación pública como uno de los sectores a investigar los próximos años.

### Grupo de Contratos del Sector Público

#### Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P.

La importancia de optimizar los recursos públicos en un contexto de crisis como el presente y la **persistencia de conductas anticompetitivas** en los procedimientos de **contratación pública** a pesar de las numerosas normas vigentes en la materia ha tenido como consecuencia un renovado protagonismo de la defensa de la competencia en dicho sector.

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo abogados, S.L.P.

Algunos organismos internacionales como la **OCDE** han llamado la atención sobre las **consecuencias** que supone la **colusión en la licitación pública** y que concreta en un encarecimiento de aproximadamente el 20% de los contratos, con manifiesto **perjuicio para las cuentas públicas** y paralelo **enriquecimiento ilícito** de quienes en tales conductas participan.

Esta preocupación no ha pasado inadvertida para la **Unión Europea** como se deduce de la Comunicación de la Comisión "Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2011/C 11/01)" y del "Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente", publicado el 27 de enero de 2011, en relación con el cual se ha abierto una consulta pública con objeto de modernizar la regulación de las compras públicas y su adaptación a la Estrategia Europea 2020, que hace **especial hincapié** en que las **políticas de contratación pública** deben **garantizar el uso eficiente de los fondos públicos**.

La toma de conciencia acerca de la importancia de hacer efectiva la competencia en el mercado de la contratación pública y de respetar los parámetros impuestos al respecto por la legislación y la jurisprudencia comunitaria y española se puso de manifiesto en muchas de las reformas operadas en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), fruto de las cuales merece mención la disposición adicional 27ª LCSP en la redacción dada a la misma por la Ley 34/2010<sup>1</sup>, que puso a cargo de la **Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado** - y de los órganos de contratación y órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refería el artículo 310 LCSP, ahora artículo 41 TRLCSP<sup>2</sup> - un deber de notificación a la **Comisión Nacional de la Competencia** de 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**.

Esta labor de **prevención de prácticas contrarias a la libre competencia**, se contiene ahora en la disposición adicional 23ª TRLCSP, que señala que, en particular, deberá comunicarse a la Comisión Nacional de la Competencia 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.

<sup>1</sup> Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras.

<sup>2</sup> El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público fue aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre.

La preocupación por el respeto a la libre competencia en el mercado de la contratación pública también se detecta en algunas de las novedades introducidas en el TRLCSP, como es por ejemplo el caso del 226 TRLCSP, en el que se ha incluido un inciso relativo a **garantizar la concurrencia en las cesiones de contratos**.

La garantía de la competencia en los procesos de licitación pública se revela además no solo como un principio rector de la contratación pública sino como un **verdadero objetivo a alcanzar** mediante el desarrollo de una labor de **inspección y sanción** de aquellas conductas que atenten contra la misma.

El pasado 30 de noviembre se celebró, en la sede madrileña de Gómez-Acebo & Pombo, una **sesión sobre contratación pública y competencia** en la que el **Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia**, Joaquín García Bernaldo de Quirós llamó la atención, en su intervención, sobre la necesidad de observar reglas severas en los procesos de contratación pública en aras de una **mayor transparencia y una óptima gestión de los recursos públicos**.

Esta preocupación, señaló el ponente, responde al hecho incontestable de que la mayor competencia en el mercado de la contratación pública proyecta una mejor gestión del dinero público, cuestión ésta que en el contexto económico actual reviste aún más importancia que en momentos anteriores.

Por otro lado situar a la **contratación pública en el punto de mira de la actividad de investigación de la CNC** responde además a la constatación – como revelan los resultados de los procedimientos sancionadores más recientes al respecto – de la existencia de irregularidades en los procesos de licitación, las cuales redundan en beneficio de los contratistas, o lo que es lo mismo, perjudican al erario público y al interés general que debería presidir todo procedimiento de contratación, generando graves perjuicios a la Administración Pública y a los particulares.

Prueba de este mayor interés de la CNC por la defensa de la competencia en el ámbito de la contratación pública es la reciente conclusión del expediente sancionador S/0226/10, licitaciones de carreteras, incoado por la Dirección de Investigación de la CNC, por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, iniciado como consecuencia de una denuncia privada y que finalizó mediante resolución – de 19 de octubre de 2011 – en la que se imponen **multas** a 46 empresas por un **montante total superior a 47.000.000 euros**<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> El texto de la Resolución de 19 de octubre de 2011 de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia puede consultarse en el siguiente link:  
<http://www.cncompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx?sTipoBusqueda=3&PrPaq=1&PagSel=1&Numero=S%2f0226%2f10&Ambito=Conductas>

Se expone en el cuerpo de dicha resolución que "(...) *en al menos ocho de los catorce concursos analizados en este expediente, según obra en el HP 8, la conducta ilícita aquí perseguida* – acuerdos de reparto de licitaciones y fijación de precios de cara a concursos públicos para la conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas - **ha ocasionado un perjuicio al erario público, a las cuentas públicas, y en definitiva a los contribuyentes que asciende a la astronómica cifra de 14.185.735,06 euros**, por lo que no resulta descabellado suponer, aunque esta última apreciación pueda carecer de valor científico, que el daño directo y efectivo ocasionado por el conjunto de las conductas superara los 20 millones de euros", y recuerda la importancia de evitar estas conductas, en relación con las cuales la propia CNC ha elaborado una Guía para la Contratación Pública<sup>4</sup>.

Así las cosas resulta indispensable extremar la observancia de las normas vigentes en materia de contratación pública y competencia, fundamentalmente en lo tocante a los procesos de licitación, y no solo por parte de los contratistas, sino también por parte de los propios órganos de contratación, cuya actuación no escapa a las facultades inspectoras de la CNC.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S.L.P. esta integrado por Juan Santamaría Pastor, Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Alejandro Hernández del Castillo y Pilar Cuesta de Loño.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma [jlpalma@gomezacebo-pombo.com](mailto:jlpalma@gomezacebo-pombo.com) o al Departamento de Derecho Administrativo, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel: 915 829 415)

---

<sup>4</sup> La guía sobre contratación pública y competencia de la Comisión Nacional de la Competencia puede descargarse del siguiente link:  
<http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/TabId/105/Default.aspx?contentid=296580>