

Comunicación de la CNMC sobre la prohibición de contratar con la Administración



Junio 2023

¿Hablamos?

Alberto Escudero Puente

Socio responsable del área de Derecho de la Competencia en PwC Tax & Legal
alberto.escudero.puente@pwc.com

Michael Tuit

Abogado en el área de Derecho de la Competencia en PwC Tax & Legal
michael.tuit@pwc.com

Una de las consecuencias más graves que puede acarrear la comisión de una infracción de competencia es la imposición de una prohibición de contratar con la Administración. La CNMC ha publicado una Comunicación con la que incrementa el efecto disuasorio de esta prohibición. En adelante, será directamente la propia CNMC (y ya no el Ministro de Hacienda) quien fijará el alcance y la duración de la prohibición. La Comunicación enfatiza la importancia de que las empresas se doten de programas de cumplimiento de competencia, para minimizar riesgos de infracción y sortear también la imposición de este tipo de prohibiciones.

1. La prohibición de contratar con las Administraciones Públicas derivada de las infracciones de competencia

Desde el año 2015, las autoridades de competencia (tanto la CNMC como los órganos autonómicos de competencia) disponían de la facultad de imponer a las

empresas que hubieran cometido una infracción grave o muy grave de la normativa de competencia, una prohibición de contratar con las Administraciones Públicas de hasta tres años de duración.

Desde entonces, algunas autoridades autonómicas (como la catalana¹, la andaluza² y la gallega³) tomaron la decisión de concretar en sus propias Resoluciones sancionadoras el alcance y la duración de la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas. La CNMC había seguido hasta ahora una práctica diferente, consistente en la remisión de una certificación de su resolución sancionadora a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado para que, a su vez, fuera el Ministro de Hacienda quien concretara el alcance y la duración de la prohibición. Puesto sancionadoras de la CNMC son sistemáticamente recurridas ante los tribunales y éstos normalmente que las resoluciones

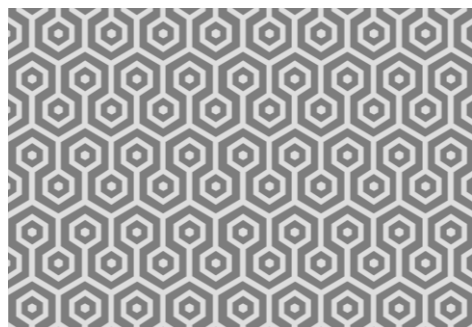
1. Mediante Resolución de 23 de diciembre de 2019 en el expediente 94/2018, Licitaciones Servicio Meteorológico de Cataluña, la autoridad catalana impuso a las empresas sancionadas una prohibición de participar en las licitaciones convocadas por el Servicio Meteorológico de Cataluña, que tuvieran por objeto la instalación de radares y/o estaciones meteorológicas y el mantenimiento y/o el suministro de piezas o recambios de la red de radares meteorológicos de Cataluña (XRAD) y de la red de estaciones meteorológicas de Cataluña (XEMA), durante 18 meses.

2. En la Resolución de 21 de abril de 2023 del Consejo de la Competencia de Andalucía en el Expte. S/07/2023, Conservación Carreteras 2, se acordó la imposición de la prohibición de contratar a las entidades infractoras durante un periodo de 12 meses, con respecto a las licitaciones convocadas por la Consejería de Fomento, Infraestructuras y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía en relación con la contratación de la poda de setos arbustivos en medianeras, y el control de vegetación en márgenes, referidos en ambos supuestos a la Red Autonómica de Carreteras de Andalucía.

3. En la Resolución de la Comisión Gallega de Competencia en el Expte. 5/2021 – Licitación Suministro USC, de 30 de diciembre de 2021, se acordó el establecimiento de la prohibición de contratar a las empresas infractoras en lo que respecta a cualquier contrato de suministro convocado por cualquier Administración Pública de Galicia durante un año.



En adelante, será directamente la propia CNMC (y ya no el Ministro de Hacienda) quien fijará el alcance y la duración de la prohibición”.



conceden la medida cautelar consistente en la suspensión de la resolución, hasta donde tenemos conocimiento, respecto de ninguna empresa multada por la CNMC habría tenido aún efectos prácticos la prohibición de contratar con la Administración.

Mediante la publicación de esta Comunicación (accesible mediante este [link](#)) la CNMC anuncia que va a cambiar su práctica, para alinearla con la de las autoridades autonómicas mencionadas. En adelante, en la propia Resolución sancionadora de la CNMC ésta fijará el alcance y duración de la prohibición. No será preciso la tramitación de un procedimiento ad hoc ante la Junta Consultiva y el Ministerio de Hacienda para delimitar esas cuestiones.

2. Criterios de la Comunicación para fijar el alcance y duración de la prohibición

La Resolución sancionadora de la CNMC concretará el alcance de la prohibición en términos de: delimitación de entidades comprendidas y alcance geográfico; tipología de contratos afectados; y duración.

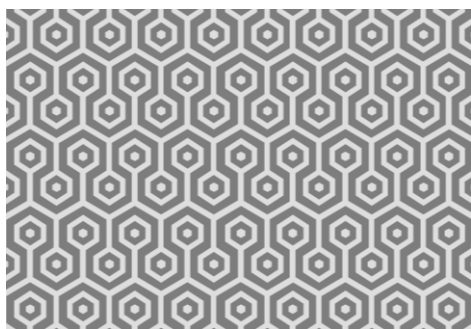
La Comunicación señala que en la delimitación del alcance y la duración de la prohibición deben tomarse en consideración los principios de proporcionalidad, seguridad jurídica, así como la protección a las Administraciones Públicas. Adicionalmente, el artículo 19.4 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado mediante Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, señala que para determinar el alcance y la duración de la prohibición de contratar se deberá considerar la existencia de dolo o manifiesta mala fe del empresario y la entidad del daño causado a los intereses públicos.

La Comunicación reconoce que la prohibición puede limitar la competencia, en la medida que a los nuevos concursos no podrán presentarse las empresas objeto de prohibición. Por ello, uno de los factores que considerará la CNMC es la estructura del mercado afectado en el que se proyectará la eventual prohibición: el número de operadores activos que determinará la viabilidad de su aplicación y efecto sobre la competencia, la homogeneidad del producto, la transparencia, las barreras de entrada que impidan el acceso de operadores alternativos a los afectados por la prohibición de contratar, etc.

La Comunicación apunta que la CNMC podría no aplicar la prohibición o hacerlo con mayor laxitud cuando en la infracción hubieran participado la mayoría de los operadores del mercado; o cuando el concurso en licitación pública de una de las empresas infractoras fuera necesario por su especial relevancia. La Comunicación señala el mercado farmacéutico como uno de los sectores en los que podría resultar de aplicación esta excepción.

En relación con el alcance geográfico de la prohibición, la Comunicación señala que el territorio donde se ha producido la infracción se tomará como principal referencia a la hora de definir el perímetro geográfico al que habrá de contraerse la prohibición. No obstante, en función de las circunstancias concretas de cada caso, se podrá justificar la definición de un alcance menor o mayor.

Respecto del alcance de producto, el mercado afectado por la infracción se tomará como principal referencia a la hora de definir el perímetro de contratos al que habrá de contraerse la prohibición. No obstante, de nuevo éste podrá ser mayor o menor si concurren circunstancias en el expediente que permitan acreditar la necesidad de un perímetro diferente.



Para determinar la duración de la prohibición se tomará como referencia el tiempo que duró la infracción cometida por la empresa. Igualmente, a mayor gravedad, mayor duración. Otros factores a considerar serán el volumen del mercado afectado por la infracción y la frecuencia de las licitaciones.

La CNMC tomará igualmente en consideración otros factores como el grado de participación del sujeto infractor en la infracción y la concurrencia de circunstancias agravantes y atenuantes.

3. Programas de cumplimiento de competencia

A resultas de esta Comunicación, es evidente que resulta aún más recomendable que las empresas se doten de programas de cumplimiento de competencia, en tanto minimizan el riesgo de comisión de infracciones. Si una empresa ha implantado un programa de *compliance* y, pese a ello, comete una infracción y ésta es investigada por las autoridades de competencia, dicho programa podrá evitar que le sea impuesta una prohibición de contratar con la Administración⁴. Para ello, el programa deberá reunir los requisitos de la Guía de la CNMC sobre programas de cumplimiento publicada en 2020 (ver [link](#)).

Si una empresa carece de un programa de cumplimiento, comete una infracción y la CNMC le impone una prohibición de

contratar con la Administración, dicha empresa podrá solicitar el levantamiento de la prohibición justificándolo en la implantación a posteriori de un programa de *compliance* que reúna los requisitos de la Guía de la CNMC de programas de cumplimiento.

4. Entrada en vigor de la Comunicación

Las infracciones de competencia leves, así como las procedimentales no acarrearán una prohibición de contratar con la Administración. Esta prohibición sólo puede ser de aplicación a las conductas anticompetitivas graves o muy graves que se hubieran extendido más allá del 22 de octubre de 2015 (según lo dispuesto en la Ley 40/2015) o que hubieran tenido lugar con posterioridad a esta fecha.

La Comunicación anuncia que será aplicada por la CNMC a los procedimientos sancionadores incoados con posterioridad a su publicación. Una vez incoado el expediente, la propuesta de resolución de la Dirección de Competencia de la CNMC podrá incluir su propuesta de sanción acompañada de una propuesta de duración y alcance de la prohibición de contratar. La empresa investigada podrá formular alegaciones. Dicha propuesta junto con las alegaciones formuladas será elevada al Consejo de la CNMC para su resolución.

4. La CNMC ya ha eximido a una empresa de la prohibición de contratar con la Administración por tener un programa eficaz de cumplimiento de competencia (Resolución de 11 de mayo de 2021 en el Expte. S/DC/0627/18). La Autoridad Vasca de la Competencia tampoco impuso esta prohibición a las empresas infractoras por haberse comprometido a dotarse de programas de cumplimiento (Resolución de 23 de noviembre de 2022 en el Expte. 516/SAN/2021 – Publicidad Ayto. Bilbao)