



INFORME IPN 2/2020 SOBRE O PROXECTO DE DECRETO POLO QUE SE MODIFICA O DECRETO 237/2007, DO 5 DE DECEMBRO, POLO QUE SE CREA A XUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA E SE REGULAN A SÚA COMPOSICIÓN E FUNCIÓNS.

Pleno:

D. Ignacio López-Chaves y Castro, Presidente
D. Daniel Neira Barral, Secretario/ Vogal

En Santiago de Compostela, a 28 de decembro do 2020

Vista a solicitude de informe sobre o Proxecto de decreto polo que se modifica o Decreto 237/2007, do 5 de decembro, polo que se crea a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Galicia e se regulan a súa composición e funcións, remitido pola Secretaría Xeral Técnica e do Patrimonio da Consellería de Facenda e Administración Pública, o Pleno do Consello Galego da Competencia, na súa reunión do 28 de decembro de 2020, coa composición expresada e sendo relator D. Ignacio López-Chaves y Castro, o seu presidente, acordou emitir o presente Informe, ao abeiro do disposto no art. 26.2 f) do Decreto 118/2016, de 4 de agosto, polo que se crea o Instituto Galego do Consumo e da Competencia e se aproban os seus estatutos

O referido artigo dispón que se asigna ao Consello Galego da Competencia (CGC) a función de: “f) Informar de modo preceptivo non vinculante sobre os anteprojectos de lei e proxectos doutras disposicións autonómicas de carácter xeral que poidan ter algún efecto sobre a competencia efectiva nos mercados.”

Asemade, no citado artigo 26, parágrafo 2º, na súa letra n), asígnase tamén ao organismo, como nova función a de “Emitir informe sobre a posible vulneración da normativa de unidade de mercado naqueles casos que se consideren de interese para o mantemento ou a defensa da libre competencia na Comunidade Autónoma de Galicia.”

I. ANTECEDENTES

Con data de 7 de decembro de 2020 tivo entrada no Consello Galego da Competencia a solicitude de informe da Secretaría Xeral Técnica e do Patrimonio da Consellería de



Facenda e Administración Pública sobre o proxecto de Decreto polo que se modifica o Decreto 237/2007, do 5 de decembro, polo que se crea a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Galicia e se regulan a súa composición e funcións.

O proxecto de Decreto sometido á consideración deste organismo consta dun artigo único sobre a Modificación do Decreto 237/2007, do 5 de decembro, polo que se crea a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Galicia e se regulan a súa composición e función, unha disposición derogatoria, e dúas disposicións finais.

O artigo único modifica do Decreto 237/2007, do 5 de decembro os artigos 2, 7, 9, 10 e indica que as referencias a “Consellería de Economía e Facenda” contidas nese Decreto entenderanse feitas a “Consellería de Facenda e Administración Pública”.

II. OBXECTO DO PRESENTE INFORME

O obxecto do presente informe é a análise do Decreto desde a perspectiva do dereito da competencia, asumindo as posibilidades que a nova regulación proposta podan ofrecer desde a perspectiva da eficiencia económica e a mellora regulamentaria, adoptando, en consecuencia, un enfoque pro competencia, dirixido a que a nova norma supoña un paso adiante na mellora das condicións de competencia existentes no mercado galego, e tamén, no seu caso, a valoración dos seus potenciais problemas de competencia que se poidan detectar no seu contido.

Indicar que no ámbito da contratación e das licitacións públicas pódese observar, tanto desde o punto de vista legislativo como desde el punto de vista da actuación das Administracións Públicas, o incremento nos últimos anos das medidas para lograr una maior eficiencia nos custos e na calidade desa licitación. Neste senso a CGC nas Resolucións 4/2020 de 15 de decembro (Licitación Transporte Escolar); 3/2020, de 8 de xullo, (Arriva Noroeste na actualidade Arriva Galicia S.L.) e 1/2016, de 6 de xuño, (Licitación Pública Seguridade Concello de Lugo), afirmamos que :

“(…) Como e coñecido, o lexislador ven realizando nos últimos anos un enorme esforzo para modernizar a normativa que rexe a contratación no sector público de maneira que se maximice a eficiencia no aprovisionamento de bens e servizos por parte da Administración”

Esta mesma idea recóllese en Resolucións doutras autoridades autonómicas de competencia, que forman parte do que se denomina sistema Español de defensa da competencia, como a Resolución 24/2018, Licitacións Servicio Meteorolóxico de Cataluña da Axencia Catalana da Competencia (ACCO) que resalta o dano que as actuacións contrarias á competencia provocan nas licitacións públicas e que, cada vez máis, estamos a examinar as Autoridades de competencia. Nese senso a referida Resolución da ACCO di:

“La alteración de la competencia por parte de las empresas que participan en las licitaciones públicas es una conducta objetivamente contraria a la competencia(…)”

“(…) por eso es un objetivo público prioritario conseguir una contratación pública que provoque verdaderas tensiones competitivas entre las empresas licitadoras, de manera que promueva la eficacia económica, la calidad y la innovación que, de



forma agregada, constituya un factor clave para fomentar la productividad y el crecimiento económico del país”

Exemplos das vantaxes que supón a eliminación de prácticas anticompetitivas na contratación pública as recolle a CNMC no seu estudio E/CNMC/004/18 Radiografía dos procedementos de contratación pública en España que sinala, entre outras cuestións, que a participación adicional dunha empresa nun lote supón una redución media do prezo a pagar pola Administración dun 2,1%. A conclusión é que os ilícitos anticompetitivos que levan a redución do número de operadores económicos efectivos na licitación pública non soamente son una restrición ao xogo da libre competencia, son tamén un prexuízo para o órgano convocante da licitación por obter na mesma importes de adjudicación superiores aos que obtería en ausencia do cartel o cal prexudica, en última instancia, aos contribuíntes e ás finanzas públicas. Por iso, unha das prioridades desta CGC é a de conseguir unha contratación pública no ámbito da comunidade Autónoma de Galicia que sexa verdadeiramente competitiva.

A propia evolución normativa destaca a necesidade de aplicación da lexislación do dereito da competencia á esfera da contratación pública. Así a Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos del sector público, pola que se traspoñen ao ordenamento xurídico español as Directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febreiro de 2014 sinala como un dos seus obxectivos o de conseguir que a contratación pública se utilice como instrumento para implementar as políticas de defensa da competencia. A referida lei incorpora medidas concretas para a realización efectiva dese obxectivo como é a obriga de poñer a disposición das Autoridades da Competencia información sobre a existencia de ilícitos anticompetitivos que se detecten no ámbito da contratación pública.

Centrada deste xeito a natureza e obxecto específico do presente informe compre salientar, de modo preliminar, que o exame da norma proposta sometida á consideración desta Comisión Galega da Competencia pon de manifesto que a mesma persigue a finalidade de modificar o Decreto 237/2007 o que obedece ao tempo transcorrido dende a aprobación do mesmo e dos cambios normativos derivados, entre outras, da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos del sector público (LCSP), pola que se traspoñen ao ordenamento xurídico español as Directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febreiro de 2014.

Entre eses cambios, o Preámbulo refírese a obriga do art. 132 da Lei 9/2017 que no seu apartado 3 dispón que os órganos consultivos ou equivalentes en materia de contratación pública das Comunidades Autónomas deberán de notificar as autoridades autonómicas de competencia, (en Galicia a CGC) calquera feitos dos que teñan coñecemento no exercicio das súas funcións que poidan constituír infracción da lexislación de defensa da competencia.

Ademais, dentro da modificación do artigo 2 sobre competencias da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa, engade no apartado 4 do novo texto a de “formular a proposta de resolución nos expedientes de declaración de prohibición de contratar nos supostos legalmente previstos”, que ten relación coa actividade desta CGC xa que de acordo co artigo 71.1.b) da LCSP quedan suxeitas a prohibición de contratar coas entidades que forman parte do sector público as persoas que fosen sancionadas con carácter firme por “infracción grave en materia de falseamento da competencia”.

III. CONSIDERACIÓNS DE CARÁCTER XERAL



Desde esta perspectiva é preciso avaliar positivamente, dende un punto de vista da aplicación dos principios da competencia, as modificacións que incorpora este proxecto de decreto.

En relación co dereito da competencia son tres as temas que deben de ser motivo de valoración.

III. 1º.- A novidade introducida no artigo 2 sobre competencias da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa que atribúe a esta:

“9. Notificar á Comisión Galega da Competencia calquera feitos dos que teñan coñecemento, no exercicio das súas funcións, que poidan constituír infracción á lexislación de defensa da competencia.”

Esta nova competencia e consonte co previsto no art. 132 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos del sector público (LCSP) que no seu apartado 3 di:

“3. Os órganos de contratación velarán en todo o procedemento de adxudicación pola salvagarda da libre competencia. Así, tanto eles como a Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado ou, de ser o caso, os órganos consultivos ou equivalentes en materia de contratación pública das comunidades autónomas, e os órganos competentes para resolver o recurso especial a que se refire o artigo 44 desta lei, notificarán á Comisión Nacional dos Mercados e da Competencia ou, de ser o caso, ás autoridades autonómicas de competencia, calquera feito que coñezan no exercicio das súas funcións que poida constituír infracción á lexislación de defensa da competencia. En particular, comunicarán calquera indicio de acordo, decisión ou recomendación colectiva, ou práctica concertada ou conscientemente paralela entre os licitadores, que teña por obxecto, produza ou poida producir o efecto de impedir, restrinxir ou falsear a competencia no proceso de contratación.”

Esta nova redacción do artigo co recoñecemento desta competencia en favor da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa non pode valorarse mais que positivamente desde un punto de vista do dereito da competencia como un paso mais para a consecución dunha contratación publica no ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia que persiga os obxectivos de maior eficiencia na utilización dos fondos públicos, control do gasto e seguridade xurídica e económica. E a través da coordinación dos entidades que no ámbito de Galicia teñen por obxectivo a defensa duna contratación publica máis eficiente e competitiva, como contempla este proxecto de Decreto, como se lograrán esas finalidades. De aí a importancia de que estas entidades conten cos medios, estruturas e normativa para garantir a execución das súas responsabilidades.

III.- 2º.- A novidade introducida no apartado 4 do mesmo artigo 2 que atribúe a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa

“4. Formular a proposta de resolución nos expedientes de declaración de prohibición de contratar nos supostos legalmente previstos.”

Sobre a natureza xurídica das prohibicións de contratar a postura mais común é a negación da súa natureza sancionadora entendéndose como unha medida de protección da Administración para evitar a celebración de contratos con entidades dunha conduta que podería cualificarse como reprochable. Como sinala la ACCO na súa Resolución de 21 de xullo de 2020, expediente 100/2018, AEROBÚS esta prohibición de contratar “(...) baséase no requisito legal dunha condición de honorabilidade para contratar co sector



público para que a empresa non teña acceso, cun certo alcance e duración, ao mercado de licitación pública. A acción infractora das mencionadas empresas exclúe a honorabilidade requirida nas relacións coa Administración no campo da contratación pública.”

O artigo 71.1.b) da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (LCSP), dispón que quedan suxeitas a prohibición de contratar coas entidades que forman parte do sector público as persoas que fosen sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de falseamento da competencia. Os artigos 72 e 73 da LCSP establecen a competencia, o procedemento e os efectos das prohibicións de contratar establecidas no artigo 71 da lei.

A prohibición de contratar, como medida adicional, ten en moitos casos un maior efecto disuasorio que a imposición de sancións económicas por acordos colusorios e cárteles no ámbito da contratación pública, ten ademais a eficacia preventiva non só en relación coas propias empresas infractoras senón tamén con respecto a terceiros.

É certo que a redacción literal do artigo 71.1.b) da LCSP so fai referencia as sancións graves en materia de falseamento da competencia, non as moi graves, polo que podería argumentarse, que quedan excluídas da posibilidade de aplicarles a prohibición de contratar ás empresas que cometan unha infracción moi grave por falseamento á competencia.

De acordo con esa interpretación literal as empresas sancionadas por participar nun cartel nunha contratación pública, a pesar de vulnerar de modo moi grave a normativa sobre competencia, poderían volver a concorrer a unha nova licitación, mentres as que cometeran infraccións de menos gravidade estarían impedidos de poder concorrer a esa licitación pública xa que estarían afectados pola prohibición de contratar da LCSP. Impoñer as sancións máis graves a quen comete as infraccións menos graves iría contra o principio de proporcionalidade recollido no artigos 4 e 29 da Lei 40/2015, de 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público (LRJSP). O art. 29 no seu apartado 3 dispón que

“3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción.”

A defensa dunha interpretación literal do referido texto do artigo 71.1.b) *“Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave (...) de falseamiento de la competencia”* levaría ao absurdo de incluír dentro delas só as infraccións do art. 3 da LCD *“Falseamento de la libre competencia por actos desleais”* y deixar fora as infraccións dos artigos 1 *“Conductas colusorias”* e 2 *“Abuso de posición dominante”*.

Esta consideración de incluír as infraccións moi graves contra o dereito da competencia como merecedoras da prohibición de contratar da LCSP, e unha aplicación razoable, lóxica e previsible para os operadores económicos no ámbito das licitacións públicas e non debe de confundirse con un suposto de aplicación analóxica das infraccións non permitida polo art. 27. 4 da LRJSP senón mas ben como unha interpretación extensiva da mesma, posto que se comprenden na norma casos non expresos na literalidade da súa letra pero virtualmente incluídos no seu espírito.

Neste senso a Sentencia do Tribunal Constitucional 151/1997, de 29 de setembro no seu Fundamento Xurídico 4 sinala que



“(…) Desde el punto de vista del enjuiciamiento constitucional cabe hablar de aplicación extensiva in malam partem -al igual que de la de interpretación analógica vulneradora del principio de legalidad penal- cuando dicha aplicación carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento de la posible literalidad del precepto, sea por la utilización de las pautas interpretativas y valorativas extravagantes en relación al ordenamiento constitucional vigente”

É evidente que o que existe e unha redacción pouco afortunada do texto da LCSP en materia de prohibición de contratar no que se refire as sancións por infracción da normativa do dereito da competencia.

Sobre o alcance e duración da prohibición de contratar o art. 72.2 e 3 da LCSP dispón que:

“2. A prohibición de contratar polas causas previstas nas letras a) e b) do número 1 do artigo anterior apreciarana directamente os órganos de contratación, cando a sentenza ou a resolución administrativa se pronunciase expresamente sobre o seu alcance e duración, e subsistirán durante o prazo sinalado nelas. No caso de que a sentenza ou a resolución administrativa non conteñan pronunciamento sobre o alcance ou a duración da prohibición de contratar, nos casos da letra e) do punto primeiro do artigo anterior, e nos supostos recollidos no punto segundo, tamén do artigo anterior, o alcance e a duración da prohibición deberanse determinar mediante procedemento instruído para o efecto, de conformidade co disposto neste artigo.

3. A competencia para fixar a duración e o alcance da prohibición de contratar no caso das letras a) e b) do número 1 do artigo anterior, nos casos en que non figure na correspondente sentenza ou resolución, e a competencia para declarar a prohibición de contratar no caso da letra e) do punto primeiro do artigo anterior respecto da obrigación de comunicar a información prevista no artigo 82.4 e no artigo 343, corresponderá ao ministro de Facenda e Función Pública logo de proposta da Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado, ou aos órganos que resulten competentes no ámbito das comunidades autónomas no caso da letra e) citada.”

De tal maneira que o artigo establece a posibilidade de que as resolucións dos expedientes sobre infraccións do dereito da competencia das autoridades da competencia (CNMC e Autoridades Autonómicas de Competencia) poidan pronunciarse expresamente sobre o alcance e duración da prohibición de contratar. Neste senso xa se pronunciou a ACCO na súa Resolución de 21 de xullo de 2020, expediente 100/2018, AEROBÚS e a CGC na Resolución 4/2020 de 15 de decembro, Licitación Transporte escolar.

No caso de non pronunciarse expresamente sobre ese alcance e duración o propio artigo 72 sinala o modo e procedemento de determinación, no que interviría a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia, de aí o atinado da novidade introducida no apartado 4 deste artigo 2.

III.3.- Por derradeiro, e non como substantivo de afectación a competencia, este Pleno considera que debería indicarse na Exposición de Motivos que o Decreto se informa pola CGC, do mesmo xeito que é informado por outros organismos.



IV. RECOMENDACIÓNS E CONSIDERACIÓNS FINAIS

Primeira: A coordinación das entidades que no ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia teñen por obxectivo a defensa dunha contratación pública máis eficiente e competitiva, que deben de contar cos medios e estruturas para garantir a execución das súas responsabilidades, son ós instrumentos para conseguir unha maior eficiencia na utilización dos fondos públicos, un maior control do gasto e unha plena seguridade xurídica e económica no ámbito da contratación pública.

Segunda. Este Pleno valora positivamente a nova redacción proposta no proxecto de Decreto polo que se modifica o Decreto 237/2007, do 5 de decembro, polo que se crea a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Galicia e se regulan a súa composición e funcións e considera que é beneficioso dende a perspectiva do dereito da competencia.