

# UNIONES TEMPORALES DE EMPRESAS Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

**ORIOI ARMENGOL i GASULL**

Garrigues

Las Uniones Temporales de Empresas (“UTEs”) son entidades sin personalidad jurídica propia reguladas en la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de Empresas y de las Sociedades de desarrollo industrial regional. (1) Se trata de un instrumento jurídico que facilita la colaboración entre dos o más empresas independientes para la puesta en común de sus recursos con el fin de desarrollar o ejecutar

conjuntamente determinadas obras, servicios o suministros de clientes públicos o privados. Por su propia naturaleza, constituye una forma de colaboración empresarial que se observa frecuentemente en el ámbito de la contratación pública en la medida en que facilita que empresas que separadamente carecerían de la capacidad técnica o económica para ejecutar proyectos de magnitud significativa puedan participar en la licitación de éstos actuando conjuntamente mediante la puesta en común de sus recursos.

Desde el punto de vista del Derecho de la competencia, las UTEs merecen una consideración ambivalente. Por una parte, al permitir la participación en procesos de contratación pública a empresas que no podrían concurrir separadamente, este tipo de consorcios empresariales pueden contribuir a incrementar el número de oferentes que concurren a una licitación y, por ende, el grado de competencia que se produce en la misma. Asimismo, no son infrecuentes los casos en los que la colabora-

ción entre empresas independientes para la ejecución conjunta de un proyecto da lugar a eficiencias económicas para las empresas participantes. Estas eficiencias pueden estar originadas por múltiples factores y, entre ellos, la compartición de costes fijos o la posibilidad de acceder a los mercados de capitales para obtener financiación en condiciones más favorables, siendo así que dichas eficiencias pueden fácilmente traducirse en menores precios de licitación y contribuir con ello al bienestar general del consumidor, que es el objetivo último de la política de competencia.

Ahora bien, frente a estos efectos beneficiosos para la competencia, lo cierto es que una UTE no deja de ser un acuerdo por medio del cual dos o más empresas independientes, que en otras circunstancias estarían obligadas a competir en el mercado, deciden no hacerlo para dedicarse a cooperar. De hecho, la participación de varias empresas en una licitación pública mediante una UTE implica necesariamente que dichas empresas deben con-

sensuar con carácter previo aspectos tan sensibles como costes, precios y condiciones comerciales de la oferta con la que licitan conjuntamente, lo cual, al menos desde el punto de vista formal, constituye un acuerdo que, en circunstancias normales, fácilmente podría considerarse que incurre en la prohibición de colusión entre empresas. De ahí que sea frecuente que este tipo de colaboración empresarial acabe siendo utilizada como un instrumento para enmascarar verdaderos acuerdos restrictivos de la competencia.

En estas circunstancias, es perfectamente comprensible que autoridades de defensa de la competencia de distintas jurisdicciones hayan elaborado en los últimos años directrices o recomendaciones destinadas a ofrecer una guía orientativa a las entidades que organizan procedimientos de contratación pública en la detección de comportamientos contrarios a la competencia entre las empresas participantes en las licitaciones. (2) En España, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC"), que también ha publicado una guía orientativa (3), ha dedicado en los últimos años notables esfuerzos a investigar esta forma de colaboración empresarial, lo que ha dado lugar a una abundante doctrina administrativa en la materia. (4)

En el presente artículo se analizan, a la vista de la práctica decisonal más reciente de la CNMC, cuáles son los elementos que la autoridad española tiene o debería tener en cuenta para evaluar la compatibilidad de una UTE con el Derecho de la competencia. En una segunda parte, se examinarán cuáles son los mecanismos previstos en la legislación sobre contratación pública para detectar y depurar las UTEs que constituyan acuerdos prohibidos.

#### LA "NECESIDAD OBJETIVA" O "INDISPENSABILIDAD" DE LA UTE COMO CRITERIO DETERMINANTE DE SU COMPATIBILIDAD CON EL DERECHO DE LA COMPETENCIA ↓

Cualquier análisis de la cuestión objeto del presente artículo debe comenzar reconociendo que una UTE constituye una figura perfectamente legítima y legalmente admitida en el ordenamiento jurídico español. En este sentido, tanto la CNMC (5) como la jurisprudencia de la Audiencia Nacional (6) han reconocido que la mera constitución de una UTE como mecanismo por el que dos o más empresas concurren a una licitación no constituye *per se* un acuerdo prohibido por el apartado 1 del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ("LDC") y/o el apartado 1 del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ("TFUE"), que proscriben los acuerdos colusorios entre empresas independientes. En este sentido, la Audiencia Nacional ha establecido que *"la creación de UTEs en sí mismas no constituyen un acuerdo anticompetitivo y los acuerdos para su formación deben analizarse en función de las características de las empresas que lo forman y del contexto concreto en que se producen"*. (7)

De lo anterior se desprende que la compatibilidad de la creación de una UTE con el derecho de la competencia debe analizarse caso por caso teniendo en cuenta, en particular, las *"características de las empresas"* que se integran en el consorcio y el *"contexto"* en el que éste se constituye. Este análisis debe llevar a las autoridades a concluir si la colaboración empresarial es objetivamente necesaria o indispensable para participar en el proceso de contratación pública o, al contrario, las empresas tienen la capacidad de presentarse separadamente a la licitación.

Este principio de análisis o test legal de la "necesidad objetiva" se encuentra claramente establecido en el párrafo 237 de las Directrices de la Comisión Europea sobre acuerdos horizontales (las "Directrices sobre Acuerdos Horizontales") (8) que, al referirse a los efectos restrictivos de la competencia asociados a los acuerdos de comercialización entre competidores, señala que *"por lo general no es probable que un acuerdo de comercialización suscite problemas de competencia si es objetivamente necesario para que una parte pueda introducirse en un mercado al que no hubiera podido acceder individualmente o con un número de partes menor que el que participa realmente en la cooperación, por ejemplo, debido a los costes implicados. Una aplicación concreta de este principio serían los arreglos de consorcio que permiten a las empresas implicadas participar en proyectos que no podrían emprender individualmente. Como las partes del arreglo de consorcio no son, por lo tanto, competidores potenciales en la ejecución del proyecto, no existe restricción alguna de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1"*.

De manera que, cuando la participación en una UTE resulta objetivamente necesaria para que las empresas puedan participar en una determinada licitación, el acuerdo subyacente entre ellas no restringe la competencia porque las empresas no son competidoras entre sí en esa concreta licitación. Este mismo principio de análisis subyace en la legislación en materia de contratación pública al señalar el apartado 2 del artículo 69 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público ("LCSP") que *"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 [...] justifiquen de forma expresa y motivada las razones para concurrir agrupadas"*.

Este principio de "necesidad objetiva" obliga a los socios de la UTE a hacer un ejercicio de autoevaluación a los efectos de determinar si cada una de ellas cuenta con la capacidad técnica y/o financiera a la luz de las exigencias que impone la licitación o el proyecto en cuestión, y el mismo ejercicio deberá llevar a cabo la autoridad de competencia al evaluar la legalidad de una determinada UTE. De ahí que el análisis deba partir de los requisitos del proyecto objeto de contratación tal y como se detallan en los pliegos de

la correspondiente licitación para, a la vista de estos, evaluar si las empresas asociadas en la UTE cuentan con los medios técnicos requeridos, la experiencia necesaria, el suficiente personal cualificado o los recursos económicos necesarios para concurrir por sí mismas y de forma separada a la licitación.

En el marco de este análisis, en precedentes recientes la CNMC ha centrado su examen en el hecho de si las empresas contaban con suficiente capacidad técnica o tecnológica (9), o con capacidad para suministrar individualmente las cantidades exigidas por las normas de contratación, o en si podían hacer frente a las garantías financieras previstas en los pliegos de la licitación. (10) En otras ocasiones, sin embargo, la CNMC ha soslayado este análisis de capacidad, no siempre fácil, acudiendo a mecanismos indirectos para apreciar la indispensabilidad de la colaboración empresarial como, por ejemplo, averiguando si las empresas que conforman una UTE habían participado en el pasado en licitaciones de forma independiente (11), o comprobando si otras empresas de menor capacidad habían concurrido de forma individual a la misma licitación (12).

Existen precedentes en los que la CNMC también ha tomado en consideración si la entidad pública licitante había mostrado algún tipo de preferencia por la colaboración empresarial, (13) si bien este elemento no siempre ha sido suficiente para que la autoridad de competencia entendiera que la UTE era indispensable. Así, al resolver un recurso contra la Resolución de la extinta CNC en el expediente *Terapias Respiratorias Domiciliarias 2*, en el que se sancionó a dos empresas por haber presentado una oferta conjunta y única para la totalidad de las áreas de un concurso convocado por el Insalud, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de marzo de 2007 señaló con claridad que *"el artículo 1 LDC no puede ser interpretado [...] en el sentido de prohibir la presentación de ofertas conjuntas competitivas destinadas a dar cumplimiento al objeto de la licitación con arreglo a las específicas condiciones y fines establecidos por la propia Administración convocante del concurso cuando, como en el presente caso ocurre, se ha podido constatar en la instrucción del expediente que dichas condiciones mostraban inequívocamente la preferencia de la Administración sanitaria convocante por adjudicar el concurso a una oferta por la totalidad de las áreas y realizada por dos o más operadores"*. (14)

En otros casos, en cambio, el hecho de que la administración licitante hubiera mostrado preferencia por una sola oferta no fue el elemento determinante sino solo uno más de los factores tenidos en cuenta por la autoridad de competencia para evaluar si la UTE era necesaria. Así, en el expediente *Lafarge* (15), la CNC señaló que *"el hecho de que la adopción de [la UTE] haya sido solicitada de forma expresa por la empresa adjudicataria de la obra [...], que sin lugar a duda debe ser tenida en cuenta, no puede por sí misma y sin tomar en consideración el reto de requisitos del*

*artículo 1.3 ser un eximente"*. Más recientemente, la CNMC se ha mostrado reacia a aceptar este criterio como justificativo de la formación de la UTE en el expediente *Infraestructuras Ferroviarias*, en el que concluyó que *"ADIF fomentó la colaboración entre las empresas, pero el que colaboraran para su desarrollo [tecnológico] no implica que posteriormente tuvieran que presentar ofertas conjuntas en forma de UTE"*. (16)

En este punto no podemos sustraernos a citar la interesante Sentencia de la Audiencia Nacional en el asunto *Residuos* (17). La relevancia de este pronunciamiento tiene que ver con el hecho de que el órgano jurisdiccional prescinde del test tradicional de la "necesidad objetiva" y, en su lugar, atiende a si la decisión de participar en una licitación mediante UTE (en lugar de hacerlo individualmente) es razonable desde el punto de vista empresarial. Al respecto, la Sentencia señala expresamente que ciertas conductas controvertidas que habían sido prohibidas por la autoridad de competencia (entre las que figuraba haber acordado participar en UTE a una determinada licitación), respondían *"a comportamientos empresariales razonables"* (18), así como que *"algunas de las conductas descritas como integrantes o representativas del objetivo final de reparto de mercado responden a comportamientos empresariales razonables y basados en criterios de lógica empresarial"*. (19)

No pasamos por alto el hecho de que, en este caso, la Audiencia Nacional basó en gran parte su razonamiento en los informes periciales aportados por una de las empresas recurrentes que, según se desprende de la Sentencia, aparentemente acreditaban que el proyecto no era viable económicamente tal y como se describía en los pliegos y que, por ende, la decisión de no presentar una oferta individual era razonable desde el punto de vista económico. A la fecha de preparar este trabajo, esta Sentencia constituye un caso aislado, aunque no descartamos que pueda marcar el inicio de una línea jurisprudencial en la que el análisis de la indispensabilidad de la UTE sea progresivamente sustituido por un análisis que ponga mayor énfasis en la razón subjetiva de las empresas que deciden colaborar en el marco de una UTE. Al margen de ello, lo que sí revela esta Sentencia es la importancia de la prueba pericial para justificar la necesidad de concurrir en UTE (o, en un futuro, la razonabilidad empresarial de la decisión de hacerlo). En este sentido, no debe desdeñarse el hecho de que si una empresa aporta durante el procedimiento administrativo un informe pericial tendente a demostrar que carece de capacidad para presentarse individualmente a la licitación, la CNMC tiene la obligación de valorarlo y motivar, en su caso, su decisión de apartarse de los argumentos suscitados en el informe pericial.

Más allá de ello, no debe olvidarse que los artículos 1.1 de la LDC y 101.1 del TFUE prohíben tanto los acuerdos entre empresas competidoras reales como entre competidores potenciales (20). En estas

circunstancias, al aplicar el test legal de la "necesidad objetiva", cabe preguntarse si la CNMC puede legítimamente concluir que la constitución de una UTE no es objetivamente necesaria cuando sea probable o previsible que una de las empresas esté en disposición de realizar en un corto período de tiempo las inversiones necesarias para poder entrar en el mercado en el que opera la otra u otras empresas. Nótese que, en tal caso, la citada empresa constituiría un competidor potencial del resto de empresas participantes en la UTE por lo que podría sostenerse, en línea con lo expuesto en el párrafo 237 de las Directrices sobre Acuerdos Horizontales al que hemos aludido más arriba que, existiendo una relación de competencia entre ellas, la oferta conjunta restringe la competencia. No conocemos ningún precedente en el que la CNMC haya llevado a cabo un análisis similar, aunque la Autoridad Danesa de la Competencia parece haber utilizado este razonamiento al menos en un caso y su resolución fue confirmada jurisdiccionalmente. (21)

Un problema distinto pero relacionado se plantea en el caso de que alguna o varias de las empresas que participan en la UTE tengan capacidad excedentaria, pero hayan decidido reservarla para atender futuros pedidos de sus clientes o para tratar de adjudicarse potenciales contratos que puedan licitarse en el futuro. Tampoco consta que la CNMC se haya enfrentado nunca a un escenario como el descrito si bien, como indican WARD, LÓPEZ y PICÓN (22), la Autoridad Sueca de la Competencia ha señalado que en tal caso, al poseer las empresas capacidad excedentaria, no puede entenderse que existe necesidad objetiva de conformar un consorcio siempre que se demuestre que los futuros contratos no están firmados ni existe una certeza de que vayan a licitarse. Al respecto, sin embargo, el Tribunal Comercial y Marítimo de Copenhage parece haber matizado, al resolver un asunto similar, que las empresas pueden legítimamente reservar cierta capacidad para atender pedidos de clientes actuales que sería comercialmente irresponsable rechazar.

Otro escenario distinto se plantea respecto al número de empresas que constituyen una UTE y hasta qué punto el análisis de la "necesidad objetiva" se predica de todas o parte de ellas. Al respecto, la CNMC sí ha entendido que una UTE constituida por un número de empresas superior al necesario entraría en el ámbito objetivo de la prohibición de los artículos 1.1 de la LDC y 101.1 del TFUE. Así, en *Hormigones de Asturias*, la CNMC señaló expresamente que *"la creación de una UTE de tal dimensión para el suministro de hormigón resultaba a todas luces innecesaria, a la vista de la información aportada por la propia contratista. Resulta llamativo que inicialmente el suministro fuera efectuado por una única empresa [...] y, a partir de 2007, fuera necesaria la participación de un total de 8 empresas"*. (23) Este razonamiento está en línea con lo expuesto en el anteriormente mencionado párrafo 237 de las Directrices sobre Acuerdos Horizontales,

que al exponer el test legal de la "necesidad objetiva" alude a que una empresa pueda entrar en mercado al que no hubiera podido acceder de forma individual "o con un número de partes menor que el que participa realmente en la cooperación". De ello se infiere que, para la CNMC, el número de empresas que conforman una UTE debe ser el mínimo imprescindible para poder licitar, de tal modo que la agregación de una nueva empresa hace que el acuerdo sea ilícito con arreglo a la normativa en materia de defensa de la competencia.

Cabe preguntarse, no obstante, si la conclusión sería la misma en el caso de que la empresa adicional que se añade a la UTE carezca de capacidad para licitar por sí misma pues en tal caso podría argumentarse que dicha empresa no es realmente competidora y, por tanto, que su agregación a la UTE no disminuye el número de potenciales oferentes. A la misma conclusión podría llegarse en el caso de una UTE formada por dos empresas cuando solo una de ellas carece de la capacidad de participar individualmente en la licitación pues, en puridad, dicha empresa no podría calificarse como competidora potencial de la otra y, por tanto, la constitución de la UTE no limitaría el número de ofertas susceptibles de concurrir a la licitación, siendo al mismo tiempo posible que pudiera justificarse que su presencia en el consorcio resulta en mejoras de eficiencia para el conjunto de empresas que integran la UTE.

Un caso particular lo constituyen las licitaciones divididas en lotes. Al respecto, debe recordarse que, con el fin de facilitar el acceso a la contratación pública a un mayor número de empresas, la LCSP ha invertido la regla de la división en lotes de los contratos que se aplicaba con anterioridad a su entrada en vigor. El régimen actual parte del principio de que el órgano de contratación debe exponer en el expediente los motivos que justifican la no división del contrato en lotes. Llama la atención que uno de los motivos que justifican que un contrato no se divida en lotes es precisamente cuando la división conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación debe solicitar informe previo a la autoridad de competencia pertinente para que se pronuncie sobre la concurrencia de esta circunstancia.

Pues bien, en los casos en los que los contratos están divididos en lotes, la CNMC tiende a analizar la capacidad de las empresas de licitar de forma individual en relación con cada uno de los lotes objeto de licitación. En estas circunstancias, cabría preguntarse si incumple el requisito legal de "capacidad objetiva" una empresa que, teniendo la capacidad de licitar individualmente por uno o varios de los lotes, decide integrarse en una UTE para licitar por la totalidad de los contratos.

La CNMC ha tenido ocasión de analizar un escenario como el que se acaba de describir en el expediente *Agencias de viajes* (24), en el que examinó la

compatibilidad con el derecho de la competencia de una UTE constituida por ciertas agencias de viajes para gestionar los programas de vacaciones para la tercera edad licitados por el IMSERSO. La CNMC consideró que la existencia de un acuerdo entre las citadas agencias para la constitución de la UTE tenía por objeto presentar una única oferta a través de la misma, con el objetivo de eliminar la competencia en el único momento posible en el que las empresas compiten cuando se licita un concurso público, que es la fase de presentación de las ofertas. En este contexto, la CNMC razona que, *“aun admitiendo que las partes tuvieran limitadas sus capacidades técnicas para presentarse al total del concurso [...], esta Sala considera que podrían haber presentado sus ofertas de manera individual a los respectivos lotes y, por tanto, sin restricciones o con restricciones menos graves”*. Parece claro, pues, que la CNMC considera reprochable la decisión de una empresa de concurrir en UTE a todos los lotes de una licitación a los que no podría aspirar individualmente si contaba con la capacidad de licitar separadamente por alguno o varios de ellos.

De lo expuesto en este apartado 2 cabe concluir que el acuerdo por el cual dos o más empresas independientes constituyen una UTE con el fin de participar en el proceso de adjudicación de un contrato público no es en sí mismo ilícito siempre que sea objetivamente necesario para que dichas empresas puedan participar en una licitación a la que de otro modo no hubieran podido acceder individualmente o con un número menor de empresas que el que conforma la UTE. Y que ello obliga a las empresas y a la autoridad a analizar, a la vista de las características del proyecto que se licita, si las empresas que forman parte de la UTE cuentan con medios, experiencia, personal o recursos económicos para concurrir por sí mismas y de forma separada a la licitación.

#### LA NATURALEZA DE LA RESTRICCIÓN A LA COMPETENCIA DERIVADA DE LA UTE ↓

En este apartado analizaremos si la restricción a la competencia derivada de la constitución de una UTE que no reúna las condiciones para ser calificada de “objetivamente necesaria” constituye una restricción por objeto o por efectos. La cuestión es relevante porque, en el primer caso, la UTE está prohibida *per se*, sin que resulte necesario que la autoridad de competencia demuestre que sus efectos en el mercado son anticompetitivos. Asimismo, el hecho de que se considere que una UTE constituye una restricción por objeto impide aplicar el beneficio de la Comunicación sobre acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible. (25)

La autoridad española de la competencia ha considerado tradicionalmente que una UTE anticompetitiva constituía una restricción por objeto al entender que, por su propia naturaleza, la cooperación entre las empresas pasa necesariamente por que éstas acuerden, entre otros aspectos, los costes, los pre-

cios y las condiciones comerciales de la oferta con la que licitan, a lo que se añade el hecho de que las empresas que conforman la UTE habitualmente se intercambian información comercial sensible. Desde esta perspectiva, pues, las UTEs son acuerdos entre competidores cuyo objetivo es fijar el precio y las condiciones técnicas de una oferta, por lo que inevitablemente deben ser calificados como infracción por objeto.

Ahora bien, este enfoque tradicional puede estar a punto de cambiar si se confirma la línea jurisprudencial que ha seguido la Audiencia Nacional en el caso *Agencias de viajes* (26), en el que se resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución de la CNMC citada al final del apartado anterior. En su Sentencia la Audiencia Nacional señala que, mientras una conducta secreta supone una restricción por objeto, *“una eventual infracción cometida por una UTE que actúa de forma transparente y conocida por la CNMC, constituiría, en su caso, una restricción por efectos”*. De este razonamiento parece inferirse que una UTE que se ha presentado durante un largo período de tiempo a una licitación pública sin haber sido objeto de reproche por una autoridad de la competencia no puede ser calificada como una restricción por objeto sino que, en todo caso, debe prohibirse solo si tiene efectos anticompetitivos en el mercado.

El enfoque de la Audiencia Nacional en este caso está en línea con parte de la doctrina académica (27), que señala que equiparar una oferta conjunta con un acuerdo de fijación de precios contrario a las normas de competencia por su objeto supone en realidad prohibir con carácter general los acuerdos de consorcio dado que, como se señalaba al principio de este trabajo, las ofertas presentadas conjuntamente en el marco de las licitaciones públicas implican necesariamente un acuerdo sobre precios.

A nuestro modo de ver, sin embargo, la Sentencia de la Audiencia Nacional está significativamente condicionada por el hecho de que la resolución objeto de recurso había sido adoptada en el marco de la vigilancia de una resolución anterior, por lo que la cuestión objeto de debate ante la Audiencia Nacional no era tanto enjuiciar la conformidad a derecho de la UTE como si las agencias de viaje recurrentes habían incumplido la resolución anterior. Por ello, nuestra impresión es que es altamente improbable que el razonamiento seguido por la Audiencia Nacional en este caso tenga continuidad.

#### POSIBILIDAD DE JUSTIFICAR UNA LA UTE SOBRE LA BASE DEL ANÁLISIS DE EFICIENCIAS ↓

Llegados a este punto, conviene plantearse si un acuerdo para la creación de una UTE que no pueda calificarse como “objetivamente necesaria” y que, por ello, sea restrictiva de la competencia puede, no obstante, no resultar prohibido al amparo de lo previsto en el apartado 3 del artículo 1 de la LDC o

del apartado 3 del artículo 101 del TFUE. Es bien sabido que ambas disposiciones consideran inaplicable la prohibición general de pactos colusorios a los acuerdos que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios, o a promover el progreso técnico o económico, siempre que (i) permitan a los consumidores participar de forma equitativa de sus ventajas, (ii) no impongan restricciones no indispensables, y (iii) no eliminen la competencia respecto a una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

A nuestro modo de ver, nada impide que ello sea así, teniendo las empresas que conforman la UTE la carga de demostrar que se cumplen los requisitos del artículo 1.3 de la LDC y/o del art. 101.3 del TFUE.

De acuerdo con lo dispuesto en las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (28) (las "Directrices sobre el Art. 101.3"), el requisito de la contribución del acuerdo a la mejora de la producción o distribución, o al fomento del progreso técnico o económico, supone que la UTE genere algún tipo de eficiencias, cuantitativas o cualitativas. Las primeras se concretarían, por ejemplo, en una reducción de costes, influyendo los derivados de economías de escala o de una disminución en el tiempo necesario para cumplir con el contrato. Podría asimismo considerarse como un elemento de eficiencia la contribución de la UTE a diversificar los riesgos, siempre que éstos no sean inherentes a la actividad objeto del contrato y redunde en un mejor precio de la licitación. Por lo que respecta a las eficiencias cualitativas, éstas podrían resultar de las mejoras en la prestación del servicio o en la calidad del producto ofertado, por ejemplo, mediante el ofrecimiento de mejoras técnicas o tecnológicas con respecto a los requisitos mínimos establecidos en los pliegos.

La segunda condición, que obliga a que las eficiencias se trasladen a los consumidores, podría entenderse cumplida en el caso de que la creación de la UTE conlleve eficiencias que beneficien al órgano de contratación y/o al resto de consumidores y, además, compensen los posibles efectos negativos a la competencia. Asimismo, también es preciso que exista una relación de causalidad entre la constitución de la UTE y las eficiencias que se derivan de la misma.

Respecto a la condición relativa a la indispensabilidad de la restricción, las Directrices sobre el Art. 101.3 exigen que cualquier restricción a la competencia causada por el acuerdo sea imprescindible para alcanzar los objetivos previstos, lo que exige a las empresas demostrar que no existe ninguna otra alternativa económicamente viable que sea menos restrictiva y que permita alcanzar las mismas eficiencias, por ejemplo, por medio de la subcontratación. Al respecto, debemos recordar que, en el expediente *Infraestructuras ferroviarias*, la CNMC rechazó la aplicación del apartado 3 del artículo 1 de la LDC al considerar que los acuerdos no eran indispensables para lograr las eficiencias alegadas por las integrantes de la UTE

pues éstas se habrían podido lograr si las empresas se hubieran presentado de forma individual y hubiesen suscrito acuerdos de licencia para la cesión de una tecnología necesaria para el proyecto.

La cuarta condición exige analizar si las restricciones introducidas por la UTE no van más allá de lo que se pueden considerar razonable y proporcional, lo cual podría exigir tener en cuenta si la adopción de dicha forma jurídica ha sido solicitada por el órgano licitante. Así, como se ha visto más arriba, en *Lafarge* la extinta CNC consideró que la solicitud expresa del órgano de contratación no podía por sí misma y sin tomar en consideración el resto de condiciones del artículo 1.3 de la LDC ser considerada una exigente. No obstante, sí se considera un elemento a tener en cuenta y que influirá positivamente en la evaluación realizada por la autoridad.

Finalmente, en el análisis de la condición referida a la no eliminación de la competencia, la CNMC señaló en el ya citado precedente de *Infraestructuras ferroviarias* que la constitución de las UTEs había eliminado por completo la competencia en el mercado, dado que habían participado todas las empresas del sector y había afectado a la práctica totalidad de los contratos licitados, siendo el objetivo el de repartirse el mercado.

Por lo demás, la anteriormente mencionada Sentencia de la Audiencia Nacional en el caso *Agencias de viaje* demuestra la conveniencia de aportar informes periciales que acrediten la concurrencia de estas eficiencias.

## EL TRATAMIENTO DE LAS UTEs EN LA LEGISLACIÓN SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA ¶

No podemos concluir este trabajo sin referirnos, siquiera brevemente, al tratamiento que la LCSP hace de la colaboración empresarial en el marco de una UTE y, en particular, a las medidas que contiene destinadas a evitar distorsiones competitivas en la contratación pública.

De entrada, llama la atención el artículo 1 de la LCSP que, al establecer el objeto y la finalidad de la Ley, obliga a los órganos de contratación, los órganos consultivos y los órganos competentes para resolver el recurso especial a asegurar "*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*".

Al regular la clasificación de las ofertas y la adjudicación del contrato, la LCSP dispone que, si en el ejercicio de sus funciones, la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación, tuviera indicios fundados de la existencia de conductas colusorias en el procedimiento de contratación, deberá

trasladarlos a la CNMC o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente antes de adjudicar el contrato, a los efectos de que, a través de un procedimiento sumarísimo con efectos suspensivos sobre el procedimiento de contratación, se pronuncie sobre aquéllos.

En el caso específico de la formación de UTEs, como hemos visto *supra*, el apartado 2 del artículo 69 de la LCSP dispone que cuando el órgano de contratación aprecie posibles indicios de colusión entre las empresas que conforman una UTE, les requerirá para que justifiquen las razones para concurrir agrupadas. Por su parte, el apartado 1 del artículo 150 de la LCSP establece que si el órgano de contratación observa “*indicios fundados de conductas colusorias*” en el proceso de contratación, deberá ponerlo en conocimiento de la autoridad de competencia que corresponda con el fin de que ésta incoe el procedimiento sumarísimo al que nos acabamos de referir y se pronuncie sobre los hechos.

La LCSP pretende con estas disposiciones adelantar el juicio de legalidad de la UTE al momento de presentación de la oferta y evitar así los daños que la colusión de la contratación pública pueda generar a la concurrencia de las licitaciones y, con ello, al interés general. En el momento actual resulta todavía pronto para concluir si, más allá de una buena intención, estas medidas constituyen instrumentos de profilaxis efectivas para la evitación de acuerdos anti competitivos.

## CONCLUSIONES

Las UTEs no restringen la competencia *per se* y constituyen un instrumento de colaboración empresarial perfectamente legítimo que puede ser beneficioso para la competencia en la medida en que facilitan el acceso a ciertas empresas a unas licitaciones a las que no podrían acceder de otro modo. Sin embargo, las UTEs pueden también ser utilizadas para encubrir acuerdos colusorios restrictivos de la competencia.

La revisión de la doctrina administrativa de la autoridad española de defensa de la competencia y de la Audiencia Nacional muestra que la CNMC tiende a utilizar un test legal que enjuicia la compatibilidad de las UTEs con el derecho de la competencia sobre la base de su necesidad objetiva, de suerte que la participación conjunta de dos o más empresas en una licitación restringe la competencia si éstas tienen la capacidad de presentarse separadamente a la licitación. Ello obliga a la CNMC (y a las empresas participantes en una UTE) a realizar un análisis, no siempre fácil, de la capacidad técnica y/o financiera de cada una de las empresas a la luz de los requisitos del proyecto objeto de contratación tal y como se detallan en los pliegos.

No obstante, en ocasiones la CNMC ha eludido este análisis acudiendo a mecanismos indirectos para apreciar la indispensabilidad de la colaboración em-

presarial tales como si las empresas habían concurrido en el pasado de forma independiente o si otras empresas de menor capacidad habían concurrido a la misma licitación de forma individual.

En general, sin embargo, a los efectos de proporcionar mayor seguridad jurídica a las empresas, sería deseable que la CNMC elaborara unas directrices claras que permitieran a las empresas evaluar con un mayor grado de certeza si reúnen los requisitos de capacidad para participar en una determinada licitación de forma individual o pueden legítimamente decidir concurrir conjuntamente con otras en el marco de una UTE.

## NOTAS

- [1] BOE núm. 137, de 09 de junio de 1982.
- [2] A nivel internacional, el Consejo de la OCDE publicó en 2009 su *Recomendación del Consejo sobre contratación pública*, disponible en: <https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf>. Por su parte, la Comisión Europea publicó en 2015 la *Guía práctica sobre cómo evitar los errores más comunes en la contratación pública de proyectos financiados con cargo a los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos*, que es accesible desde [http://ec.europa.eu/regional\\_policy/sources/docgener/informat/2014/guidance\\_public\\_proc\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/informat/2014/guidance_public_proc_es.pdf). A nivel nacional, la extinta Comisión Nacional de la Competencia hizo pública en 2010 una *Guía sobre contratación pública y competencia*, que se encuentra disponible en <https://www.cnmec.es/file/123708/download>.
- [3] Guía contra el fraude en la licitación pública (2016) disponible en [https://www.cnmec.es/sites/default/files/editor\\_contenidos/Competencia/2017/20170118\\_CNMC\\_licitaciones\\_01\\_2017.pdf](https://www.cnmec.es/sites/default/files/editor_contenidos/Competencia/2017/20170118_CNMC_licitaciones_01_2017.pdf).
- [4] Por citar solo algunos de los precedentes de los cinco últimos años, Expte. S/0473/13 *Postes de Hormigón*, Expte. S/0481/13 *Construcciones Modulares*, Expte. S/DC/0519/14 *Infraestructuras ferroviarias*, Expte. S/DC/0545/15 *Hormigones de Asturias*, Expte. S/DC/0598/16 *Electrificación y electromecánica ferroviarias* o Expte. S/DC/0614/17 *Seguridad y comunicaciones ferroviarias*.
- [5] Así, por ejemplo, en los citados Expte. S/DC/0519/14 *Infraestructuras ferroviarias* y Expte. S/0473/13 *Postes de Hormigón*.
- [6] Sentencias de la Audiencia Nacional de 15 de octubre de 2012 (rec. 204/2010, FJ 5º, y rec. 180/2010, FJ 4º), y de 27 de marzo de 2007 (rec. 417/2005, FJ 3º).
- [7] Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de octubre de 2012, F.J. 5º.
- [8] *Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2011)*.
- [9] Expte. S/DC/007/16 *Agencias de viajes*.
- [10] Expte. S/252/10 *Lafarge*.
- [11] Expte. S/0519/14 *Infraestructuras ferroviarias*.
- [12] *Ibid.*
- [13] Expte. R 614/04 *Terapias Respiratorias Domiciliarias 2*.

- [14] Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de marzo de 2007 (rec. 417/2005).
- [15] Expte. S/252/10 *Lafarge*.
- [16] Expte. S/DC/0519/14 *Infraestructuras Ferroviarias*.
- [17] Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de febrero de 2018 (rec. 115/2015).
- [18] F.J. Decimotercero.
- [19] F.J. Decimocuarto.
- [20] Directrices sobre Acuerdos Horizontales, párrafo 10.
- [21] Cfr. WARD, A., LÓPEZ RIDRUEJO, M. y PICÓN FRANCO, A.: *Las uniones temporales de empresas en la práctica comparada de las autoridades de competencia*, en Anuario de Derecho de la Competencia 2019, 1ª ed. Agosto 2019, Cap. 4
- [22] *Ibid.*
- [23] Expte. S/0545/15 *Hormigones de Asturias*.
- [24] Expte. SNC/DC/007/16 *Agencias de Viajes*.
- [25] DOUE C 368, de 22 de diciembre de 2001, pp. 13s.
- [26] Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de julio de 2018.
- [27] SÁNCHEZ GRAELLS, A.: *Ski Taxi: Joint Bidding in Procurement as Price Fixing?*, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 9, núm. 3, 2018, p. 161.
- [28] DOUE C 101, de 27 de abril de 2004, pp. 97ss.

## REFERENCIAS ↓

GUERRA FERNÁNDEZ, A., ARECES LÓPEZ, C.: El tratamiento de las uniones temporales de empresas y figuras similares en la práctica de la CNMC, en Anuario de Derecho de la Competencia 2018, Cap. 15, Ed. Thomson Reuters, pp. 267ss.

OCDE: *Competition in Bidding Markets*, OECD Competition Policy Roundtables, DAF/COMP (2006) 31, 2007.

SÁNCHEZ GRAELLS, A.: *Ski Taxi: Joint Bidding in Procurement as Price Fixing?*, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 9, núm. 3, 2018, p. 161.

WARD, A., LÓPEZ RIDRUEJO, M. y PICÓN FRANCO, A.: *Las uniones temporales de empresas en la práctica comparada de las autoridades de competencia*, en Anuario de Derecho de la Competencia 2019, Cap. 4., Ed. Thomson Reuters.