

A vueltas con las UTES entre competidores y el derecho de la competencia

La necesidad de clarificar el test legal aplicable

María LÓPEZ RIDRUEJO

Alexandre PICÓN

Marie TRAPET LLAMAS

Abogados en Cuatrecasas (1)

Las UTES entre competidores se enfrentan a un escrutinio cada vez mayor por las autoridades de competencia. La ausencia de un *test* legal claro para su análisis a nivel de la UE ha dado lugar a una absoluta divergencia de criterios entre autoridades y tribunales europeos, que generalmente califican estos acuerdos como restricciones de la competencia por objeto. La reciente jurisprudencia del TJUE aclara la naturaleza de la restricción asociada a estos acuerdos, mientras que la eventual reforma de las Directrices Horizontales y la futura Comunicación sobre Contratación Pública suponen una oportunidad para adoptar un posicionamiento común en la materia.

UTE, licitación, restricción por objeto, capacidad, necesidad objetiva, competencia

Consortiums among competitors face increasing scrutiny by competition authorities. The absence of a clear legal *test* for this analysis at EU level has resulted in the application of diverging criteria by competition authorities and courts in the EU, which generally qualify these agreements as restrictions of competition by object. The recent case law of the CJEU sheds some light on the nature of the restriction associated with these agreements, while the eventual reform of the Horizontal Guidelines and the future Communication on Public Procurement represent an opportunity to adopt a common position on the subject.

Consortium, joint bidding, capacity, by object restriction, competition, objective necessity

I. Introducción

Las Uniones Temporales de Empresas (en adelante, «UTE» o «UTES») o consorcios son formas de colaboración empresarial bajo una estructura compartida que permiten a dos o más compañías llevar a cabo un determinado proyecto de forma conjunta (2).

La OCDE ha reconocido que este tipo de acuerdos de cooperación pueden plantear ciertos problemas desde la perspectiva del derecho de la competencia, ya que pueden reducir el número de ofertas presentadas a una licitación y facilitar la aplicación de acuerdos de reparto de mercado

(3) . Desde esta perspectiva, los acuerdos de consorcio que tienen por objeto o efecto impedir, restringir o distorsionar la competencia vulnerarán la prohibición establecida en el artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (4) («TFUE»), salvo que se cumplan los requisitos para la exención legal del artículo 101.3 del TFUE.

Sin embargo, las UTES y consorcios son también considerados como un cauce idóneo para facilitar el acceso a la contratación pública de las pequeñas y las medianas empresas, que en muchos casos no pueden competir debido a los costes y riesgos asociados con los contratos de mayor envergadura (5) . Además, en ocasiones, estos acuerdos permiten generar eficiencias, por ejemplo, a través de economías de escala derivadas del reparto de los costes fijos (6) o de las sinergias conseguidas gracias a la especialización de las compañías en diferentes ámbitos de un proyecto (7) . Por tanto, este tipo de acuerdos de cooperación pueden fomentar la competencia (i) si permiten ampliar el número de candidatos o licitadores (son objetivamente necesarias para permitir licitar a aquellas empresas que no pueden hacerlo de forma individual) o (ii) intensifican la competencia entre los licitadores existentes (es decir, si permiten una oferta más competitiva en términos de precio o calidad) (8) .

En nuestro país, tanto la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (9) («CNMC») como la Audiencia Nacional (10) han reconocido de forma reiterada que las UTES no son restrictivas de la competencia *per se*, sino que por lo general constituyen una forma de colaboración empresarial legítima que puede generar efectos positivos para la competencia, facilitando la puesta en común de factores complementarios entre las empresas que la conforman y permitiendo el acceso a la financiación de grandes inversiones y a la participación en proyectos y licitaciones que, de otro modo, no serían viables (11) .

No obstante lo anterior, en la medida en que se trata de acuerdos que implican la fijación de los precios y condiciones comerciales de una oferta a una licitación, y, en determinadas condiciones, suponen un menor número de ofertas, la aplicación del derecho de la competencia trata de prevenir que a través de los mismos se perjudique el correcto funcionamiento de los mercados y los procedimientos de contratación pública. De hecho, este tipo de cooperación se enfrenta a un escrutinio cada vez mayor por parte de las autoridades nacionales de competencia.

El *test* legal empleado con carácter general por la CNMC y otras autoridades pasa por determinar si las empresas tienen la capacidad de presentarse a la licitación y ejecutar el contrato por sí mismas (es decir, si son competidoras reales o potenciales en relación con esa licitación). Sin embargo, no solo no existen unas directrices o reglas claras que permitan realizar una autoevaluación en profundidad de los acuerdos de consorcio, sino que, además, por lo general no se admite la cooperación que aun no siendo necesaria para que las partes puedan licitar, resulta en una oferta más competitiva. Este tipo de acuerdo se califica sistemáticamente como una restricción de la competencia por objeto (12) , lo que evita a las autoridades la prueba de los efectos anticompetitivos. Ello, a su vez, repercute sobre la posibilidad de realizar una defensa de eficiencias, que es habitualmente rechazada por las autoridades.

Este enfoque genera un elevado riesgo de errores de tipo I, es decir, la prohibición de acuerdos o conductas que en realidad no son anticompetitivas, lo que en la práctica puede llevar a las empresas a abstenerse de conformar UTES aun cuando de ellas se derivasen eficiencias sustanciales, lo que potencialmente opera en contra del interés de los órganos de contratación y, en última instancia, de los contribuyentes.

Cabe señalar que la calificación de una UTE o consorcio como una restricción a la competencia por su objeto es un tema ciertamente controvertido tanto entre la doctrina que ha abordado el asunto como entre las autoridades y tribunales que estudian los casos a nivel nacional e internacional. Así, frente a la postura tradicional de las autoridades nacionales de la competencia, que han considerado sistemáticamente las UTES como restricciones por objeto, parte de la doctrina se ha posicionado en la postura opuesta, criticando el punto de vista adoptado por las autoridades y defendiendo la necesidad de probar los efectos anticompetitivos.

En este sentido, las recientes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (el «TJUE» o el «Tribunal de Justicia») en los asuntos *Generics (UK)* y *Budapest Bank* podría contribuir a aclarar la naturaleza de la restricción que correspondería a aquellas UTEs que, si bien no son objetivamente necesarias, suponen un mejor precio de la oferta y, por tanto, benefician al órgano de contratación.

Por estos motivos, el presente trabajo aborda en primer lugar el criterio de la necesidad objetiva de la UTE como el criterio delimitador de su posible carácter anticompetitivo, para posteriormente abordar la problemática que plantean los consorcios entre empresas que son consideradas competidoras potenciales y las dudas que se suscitan en su análisis.

A continuación, se analizará la calificación de las UTEs o consorcios como restricciones por objeto o por efectos a la luz de las Directrices de la Comisión Europea sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal (las «Directrices Horizontales») y la más reciente jurisprudencia del TJUE, para posteriormente analizar dos decisiones recientes (de la autoridad de la competencia italiana y el Tribunal Supremo Danés) en las que se adoptan visiones radicalmente opuestas sobre esta cuestión, poniendo de manifiesto la divergencia de criterios existente y los numerosos interrogantes todavía abiertos.

Por último, se abordan los posibles cambios que se podrían producir en este ámbito en el marco de la actualización de las Directrices Horizontales y del creciente interés manifestado por la propia Comisión en este ámbito, evidenciado en el reciente borrador de Comunicación sobre lucha contra la colusión en la contratación pública que se encuentra actualmente en discusión.

II. La necesidad objetiva de la unión temporal de empresas como criterio delimitador de su posible carácter anticompetitivo

Con carácter general, tanto la CNMC como otras autoridades de competencia toman como punto de partida para el análisis de una UTE en el marco de la prohibición del artículo 101.1 del TFUE, lo dispuesto en el párrafo 237 de las Directrices Horizontales respecto de los acuerdos de comercialización.

El párrafo 237 de las Directrices señala que, por lo general, los acuerdos de comercialización no son restrictivos de la competencia cuando son objetivamente necesarios para que una empresa pueda introducirse en un mercado al que no hubiera podido acceder individualmente o con un número de integrantes menor que el que participa en el consorcio. Además, precisa que los «arreglos de consorcio [...] que permiten a las empresas implicadas participar en proyectos que no podrían emprender individualmente» serían una aplicación concreta de dicho principio. Sobre esta base, el criterio determinante es el de la necesidad objetiva de la UTE o, como acertadamente ha denominado también la doctrina, el de la «indispensabilidad» para participar en la licitación (13).

Este criterio no viene sino a reflejar la importancia del análisis de la situación en ausencia de acuerdo (también conocida como *contrafactual*) en la evaluación del carácter restrictivo de la competencia de un acuerdo, tal y como ha confirmado la reciente sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Budapest Bank* (14). Desde esta perspectiva, si en ausencia del acuerdo para licitar conjuntamente las empresas no hubieran podido presentar una oferta a la licitación por sí mismas, el acuerdo no sería restrictivo de la competencia, ya que no se habría alterado el escenario concurrencial ni se habría reducido el número de ofertas a la licitación.

A pesar de lo anterior, lo cierto es que las Directrices Horizontales resultan de poca ayuda a la hora de aplicar el *test* de la indispensabilidad al caso concreto dadas las escasas orientaciones concretas al respecto (15). Por este motivo, ha sido la práctica de las autoridades de competencia y tribunales de los diferentes Estados miembros de la Unión la que ha ido perfilando y delimitando los puntos y aspectos a tener en cuenta en este análisis, lo que ha derivado en una divergencia de criterios que, para muchas empresas, genera una cierta inseguridad jurídica. A continuación se presentan algunos de los factores evaluados más recurrentemente.

1. Los criterios generalmente empleados por las autoridades para evaluar la «necesidad objetiva» de la Unión Temporal de Empresas

Como venimos indicando, el análisis se centrará en determinar si las empresas que conforman la UTE podrían acometer el proyecto por sí mismas (16), es decir, si son competidoras en relación a esa concreta licitación. De serlo, la UTE no será objetivamente necesaria e implicará una restricción a la competencia, ya que resultará en una reducción en el número de licitadores. Este análisis exige, en primer lugar, realizar un estudio en profundidad de los requisitos impuestos por los pliegos (17) y del propio contexto en que se celebra la licitación (por ejemplo, si es recurrente en el tiempo, las condiciones de competencia en el mercado, etc.).

Entre los elementos tenidos en cuenta por la CNMC en los análisis realizados, se encuentran factores tan diversos como por ejemplo:

- • que las empresas hubiesen licitado individualmente a la misma licitación en el pasado o que otras empresas de inferior capacidad que se hayan presentado individualmente (18) ;
- • que los integrantes de la UTE carezcan de la capacidad técnica o tecnológica requerida (19) o que la tecnología de uno de ellos sea imprescindible o necesaria para concurrir a la licitación (20) ;
- • que las empresas que conforman la UTE sean financieramente sólidas (21) ;
- • que el órgano de contratación exija unas garantías estrictas (22) ; o
- • la solicitud explícita o preferencia por una oferta conjunta por parte del órgano que convoca la licitación (23) .

Un análisis de la práctica comparada de la CNMC y otras las autoridades de competencia de los países de la UE y el Espacio Económico Europeo confirma la multiplicidad de factores tenidos en cuenta en este análisis (24) .

Cabe señalar que la CNMC ha adoptado recientemente una resolución relevante a los efectos de la aplicación del *test* de la indispensabilidad o de la necesidad objetiva. En ella, archiva un procedimiento sancionador contra una UTE conformada por cuatro empresas (Applus, SYC, Itevelesa y Veiasa) para participar en varias licitaciones del servicio de inspección técnica («ITV») en carretera para vehículos comerciales convocadas por la Dirección General de Tráfico («DGT») entre 2015 y 2017 al considerar que la misma no era restrictiva de la competencia (25) .

En este caso, el órgano de contratación, había agrupado en una sola licitación la prestación de estos servicios en la totalidad del territorio peninsular, con excepción de País Vasco y Cataluña. Por este motivo, las empresas de la UTE habían acordado *ex ante* un reparto territorial que se correspondía con las áreas geográficas en que cada una desarrollaban sus actividades. Además, los documentos internos obtenidos en las inspecciones realizadas por la CNMC reflejaban que todas ellas eran conscientes de la baja probabilidad de que hubiese ofertas alternativas dada la configuración de la licitación y las características del mercado.

Tras analizar en detalle la configuración de la UTE y el contexto de las licitaciones, la CNMC concluye que las empresas no tenían la capacidad real o potencial de prestar individualmente los servicios previstos en los pliegos con base en diversos motivos:

- • La normativa reguladora de los servicios de ITV en carretera exige que exista en todo momento la posibilidad de continuar la inspección en una estación fija, lo que requiere disponer de instalaciones físicas próximas a las inspecciones en carretera.
- • El mercado de prestación de servicios de ITV es de ámbito geográfico autonómico y no existen empresas dedicadas a la prestación de servicios de ITV que cuenten con implantación

en todo el territorio nacional (de hecho, la mayoría operan en una sola Comunidad Autónoma, o en Comunidades próximas entre sí). Por ello, la prestación de los servicios de forma individual les supondría incurrir en unos costes de desplazamiento muy elevados para poder prestar servicio en los territorios en los que otras empresas ya estaban implantadas, mientras que la concurrencia en UTE les permitía aprovechar las sinergias derivadas de la localización geográfica de cada una.

- Una de las empresas participante en la UTE, SYC, era la única que disponía de las unidades móviles requeridas para la licitación, que eran arrendadas a los otros miembros de la UTE.

Por otro lado, la propia mesa de contratación ya había advertido a la DGT de los riesgos para la competencia que presentaban algunas de las exigencias de los pliegos, y había recomendado dividir la licitación en lotes.

Todo ello llevó tanto al Consejo como a la Dirección de Competencia de la CNMC a concluir que la UTE no restringía la competencia. De hecho, según consta en la resolución, el órgano instructor reconoció que la decisión de concurrir en UTE era «una opción económicamente racional a la luz de las características de dichas licitaciones y del mercado en que el contrato ha de ejecutarse», dada la falta de capacidad de las empresas para garantizar una adecuada ejecución del contrato en caso de concurrencia individual.

Desde la aprobación de la LDC, esta es la segunda resolución, tras la adoptada hace casi una década el asunto *Lafarge* (26), en que la autoridad española de la competencia realiza un análisis en profundidad de la compatibilidad de una UTE con el artículo 101 del TFUE fuera del contexto de una investigación de cártel. En ambos casos, se acuerda el archivo del procedimiento ante la inexistencia de indicios de infracción.

2. Consorcios entre competidores potenciales

Mayores dudas suscita la cuestión de la «competencia potencial», es decir, la posibilidad de que una empresa integrante de una UTE incremente su capacidad hasta el nivel requerido para presentar una oferta por sí misma a la licitación o lote en cuestión (27). Si dicha posibilidad resultase factible, la empresa podría ser considerada como competidora potencial del consorcio y, por tanto, no cabría excluir que la oferta conjunta pudiese restringir la competencia.

En nuestro país todavía no existe ningún pronunciamiento de las autoridades de la competencia en el que se dilucide esta cuestión. De hecho, resulta llamativo que en la resolución del asunto *ITV comerciales en carretera* que se acaba de comentar la CNMC sostiene que las empresas no podían considerarse competidoras potenciales, pero en ningún caso llega a analizar si estas podían incrementar su capacidad llevando a cabo las inversiones necesarias, como sí han hecho otras autoridades. Y ello incluso a pesar de reconocer expresamente en la resolución que «el Real Decreto 563/2017 [por el que se regulan las inspecciones técnicas en carretera de vehículos comerciales que circulan en territorio español] establece un marco jurídico estable que permite a eventuales licitadores acometer, con garantías de seguridad jurídica, las inversiones necesarias para la ejecución del contrato». Por tanto, está por ver cómo se resuelve esta cuestión en próximos asuntos.

La Autoridad Danesa de la Competencia (*Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen*) ha sido una de las primeras en dictar una resolución que incorpora el criterio de la «competencia potencial» en relación con una licitación para la señalización de las carreteras de Dinamarca (28). Si bien el asunto se comentará en detalle más adelante, en lo que aquí interesa, parecería extraerse del íter de la resolución en el mismo que la autoridad de competencia debe tener en cuenta la realidad del mercado y la situación de cada empresa para establecer si el incremento de la capacidad supone una posibilidad «realista» y «comercialmente viable». Aunque el asunto ha llegado hasta el Tribunal Supremo Danés, la reciente sentencia recaída en este asunto no se ha pronunciado expresamente sobre este aspecto concreto, por lo que todavía no está claro en la práctica cuál será la posición adoptada por las autoridades en el futuro.

3. Los consorcios formados por más empresas de las indispensables para licitar

Una cuestión de especial interés es la de las UTEs formadas por más empresas de las estrictamente necesarias para presentarse a la licitación.

A este respecto, el párrafo 237 de las Directrices Horizontales viene a establecer la conformidad con la legislación de competencia de los acuerdos de consorcio necesarios *«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»* (el subrayado es nuestro).

De algún modo, parecería desprenderse de la redacción de dicho apartado que aquellas UTEs conformadas por más empresas de las estrictamente necesarias serían restrictivas de la competencia, lo que implicaría que solo podrían añadirse empresas a un consorcio o UTE hasta que el mismo tuviese la capacidad de licitar, de forma que la inclusión de una nueva empresa sería restrictiva de la competencia (29) . De hecho, esta parece ser la interpretación acogida por la CNMC, que ha considerado que aquellas UTEs o consorcios conformados por un número de empresas muy superior al necesario serían anticompetitivos (30) .

Sin embargo, consideramos que el simple hecho de que, en una UTE formada por dos empresas, una de ellas posea la capacidad para licitar individualmente, no debería por sí mismo conducir a calificar dicha UTE como restrictiva de la competencia, toda vez que la otra empresa no podría licitar por sí misma y, por ende, no se reduciría el número de ofertas (31) , pudiendo además derivarse eficiencias significativas de la licitación conjunta (32) .

En este sentido, la generalización del tratamiento de estas UTEs por parte de las autoridades de competencia como restricciones de la competencia por su objeto genera en la práctica claros desincentivos para las empresas que se plantean suscribir acuerdos como los aquí examinados, incluso aunque *de facto* estos acuerdos permitan mejores precios y condiciones de las que podrían ofrecer las empresas en caso de que licitasen individualmente.

Desde esta perspectiva y si bien es cierto que existe un consenso generalizado en emplear como punto de partida de los análisis de los consorcios el apartado 237 de las Directrices Horizontales, lo cierto es que las Directrices no resuelven con claridad si el acuerdo debe examinarse como una restricción por objeto o por efectos.

La cuestión, de hecho, dista de estar resuelta en la actualidad, existiendo un debate vibrante entre autoridades y doctrina, al que la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia podría venir a aportar más luz, tal y como se expone en la sección siguiente.

III. Las uniones temporales de empresas como restricciones de la competencia por objeto o por efectos

La cuestión de si la restricción a la competencia causada por una UTE o consorcio constituye una restricción por objeto o por efectos es un tema controvertido tanto entre la doctrina (33) como entre las autoridades de la competencia y tribunales.

La cuestión no es únicamente relevante a efectos teóricos, sino que posee una importancia práctica nada desdeñable. Primero, porque la calificación de una restricción a la competencia como una restricción por objeto supone que la autoridad no está obligada a demostrar los efectos anticompetitivos (34) . Y segundo porque también excluye la posibilidad de considerar la restricción como de menor importancia con arreglo a la Comunicación *de minimis* (35) y al artículo 1 del Reglamento de Defensa de la Competencia (36) .

Cabe señalar que las Directrices Horizontales ponen de manifiesto que los acuerdos de comercialización suscritos entre empresas competidoras, en los que se enmarcan las UTEs y consorcios entre competidores, pueden ser restrictivos por su objeto cuando se dirigen a coordinar

o fijar los precios o compartimentar el mercado (37) .

Partiendo de dicha premisa, es necesario tener en cuenta que, en el marco de la cooperación, las empresas que conforman la UTE acuerdan el precio y el resto de condiciones que constituyen la oferta a presentar a la licitación que desean acometer conjuntamente (38) . De esta forma, la presentación de una oferta conjunta implica la supresión de la competencia entre las empresas integrantes de la UTE en los dos parámetros principales (precio y calidad).

Además, cuando las empresas pueden licitar individualmente (esto es, son competidoras en relación a ese concreto proyecto) o podrían conformar un consorcio «menos restrictivo», la licitación en UTE podría reducir el número de ofertas potenciales a esa licitación.

Tomando en consideración estos elementos, algunas autoridades de competencia han concluido que un acuerdo de consorcio entre competidores infringe el artículo 101.1 del TFUE y ser calificado como una restricción por objeto de la competencia, conclusión que parece reforzarse en aquellos casos en que existen pruebas (p. ej. documentos internos o correos electrónicos entre los integrantes de la UTE) que evidencian que la oferta conjunta estaba destinada precisamente a reducir la alternativas disponibles para el cliente (39) . Esto no impediría, en una fase posterior del análisis, que el acuerdo quedase exento de la prohibición si las empresas demostrasen que el mismo genera eficiencias y se cumplen el resto de condiciones previstas en el artículo 101.3 del TFUE.

Esta ha sido la posición adoptada recientemente por el Tribunal Supremo noruego y el Tribunal de la EFTA (40) en el asunto *Ski Taxi/Follo Taxi*, en el que se analizaba la constitución de una empresa conjunta entre dos compañías de taxi para compartir recursos y gastos (p. ej., de administración y contabilidad) y presentarse conjuntamente a licitaciones públicas. Tras una investigación realizada en el marco de una licitación para el transporte de pacientes del Hospital Universitario de Oslo (Noruega), la Autoridad Noruega de la Competencia (*Konkurransetilsynet*) concluyó que el acuerdo suponía una restricción a la competencia por objeto (41) .

Tras varias instancias judiciales, el asunto llegó al Tribunal de la EFTA a raíz de una cuestión prejudicial formulada por el Tribunal Supremo noruego (42) . El Tribunal de la EFTA, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Cartes Bancaires*, señaló que un acuerdo de consorcio supone un grado suficiente de nocividad a la competencia tal como para ser considerado restrictivo de la competencia por su propia naturaleza, ya que implica la fijación del precio de licitación. A este respecto, el Tribunal indicó que, a la hora de resolver, se debía tener en cuenta no solo que las dos empresas podían licitar individualmente (ya que podían presentar ofertas, al menos, a alguno de los lotes en que se dividía la licitación), sino también que el propio acuerdo suscrito entre las dos compañías establecía expresamente que «*habrá menos competencia entre [Ski Taxi y Follo Taxi] en el mercado que antes*», y «*esto se aplica a [...] la política de precios en las licitaciones*» (43) (la traducción es nuestra).

El Tribunal Supremo Noruego confirmó posteriormente la decisión de la autoridad de la competencia, señalando que el acuerdo examinado revelaba un grado suficiente de nocividad para la competencia y, por ello, constituía una restricción por objeto, con independencia del carácter público y transparente de la UTE (44) . En la sentencia, el Tribunal señaló expresamente que, si bien es cierto que los acuerdos de consorcio pueden generar ahorros de costes y otras eficiencias, estos factores no formaban parte del contexto legal y económico del acuerdo, sino que debían examinarse con arreglo al artículo 101.3 del TFUE, sin que en ese caso se cumpliesen las condiciones allí establecidas (45) .

Esta conclusión ha sido criticada con firmeza por la doctrina. Por ejemplo, SÁNCHEZ GRAELLS (46) ha sostenido que el análisis de la inexistencia de una alternativa menos restrictiva que se realizaría bajo el artículo 101.3.a) del TFUE supondría examinar la posibilidad de que la empresa hubiese expandido su capacidad para licitar individualmente, aspecto que ya habría sido valorado previamente a la hora de determinar si las empresas son competidoras. Ello crearía un

razonamiento circular que tendría el efecto perverso de que cualquier consorcio entre empresas competidoras sería calificado como una restricción por objeto y nunca podría quedar exento con arreglo al artículo 101.3 del TFUE.

De esta forma equiparar una oferta conjunta con un acuerdo de fijación de precios contrario a las normas de competencia podría ser equivalente, *de facto*, a establecer una prohibición de carácter general de los acuerdos de consorcio entre competidores, pues las ofertas presentadas conjuntamente en licitaciones públicas implican necesariamente un acuerdo sobre el precio (47) .

De hecho, considerar que los consorcios o UTEs constituyen restricciones por objeto crea un riesgo de errores de tipo I, es decir, de prohibición de conductas que no son anticompetitivas, lo que puede llevar a las empresas a abstenerse de licitar conjuntamente a pesar de que tales acuerdos no sean *per se* perjudiciales para la competencia, lo que sin duda perjudicaría a las autoridades contratantes, que se benefician en ocasiones de mejores precios (y, en última instancia, a los propios contribuyentes).

Por este motivo, la doctrina también viene reclamando aclaraciones sobre la naturaleza de la restricción de la competencia de este tipo de acuerdos, pues estos podrían permitir en la práctica términos contractuales sustancialmente mejores a los ofertados individualmente por las empresas que conforman la UTE o consorcio en cuestión (48) .

El Tribunal de Justicia ha señalado en repetidas ocasiones que el concepto de restricción por objeto debe ser interpretado restrictivamente, siempre teniendo en consideración el contexto jurídico y económico que caracteriza al acuerdo en cuestión (49) . Ello impone también la toma en consideración de los efectos procompetitivos a la hora de evaluar la concurrencia del propio objeto anticompetitivo, tal y como ha señalado el Tribunal de Justicia en una reciente sentencia dictada en el asunto *Generics*, al afirmar que:

«cuando las partes de dicho acuerdo invoquen efectos favorables a la competencia vinculados al acuerdo, estos efectos deben ser, como elementos del contexto de ese acuerdo, tenidos debidamente en cuenta a efectos de su calificación de «restricción por el objeto», [...], en la medida en que pueden poner en tela de juicio la apreciación global del grado de nocividad suficiente para la competencia de la práctica colusoria y, en consecuencia, su calificación de «restricción por el objeto»» (50) (el subrayado es nuestro).

Por tanto, cuando estos efectos positivos sobre la competencia generan suficientes *«dudas razonables sobre el carácter suficientemente nocivo para la competencia del acuerdo»* (51) , este no debe ser calificado como una restricción por su objeto.

Lo mismo parece desprenderse de la también reciente sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Budapest Bank*. En este asunto, el Tribunal concluye que, cuando el órgano nacional (esto es, una autoridad de competencia o un tribunal) aprecia que el acuerdo examinado genera efectos procompetitivos, *«solo podría constatarse una restricción de la competencia en el mercado de los sistemas de pago en Hungría, contraria al artículo 101 TFUE, apartado 1, tras una apreciación del juego de la competencia que habría existido en ese mercado si no hubiera existido el acuerdo TIM, apreciación que, como resulta del apartado 55 de la presente sentencia, forma parte de un examen de los efectos de ese acuerdo»* (52) .

Ello porque, según señala el TJUE, *«para justificar que un acuerdo se califique de restricción de la competencia «por el objeto», sin necesidad de examinar sus efectos, debe existir un acervo sólido y fiable de experiencia para que pueda considerarse que dicho acuerdo es, por su propia naturaleza, perjudicial para el buen funcionamiento del juego de la competencia»* (53) .

Ello implica que, en la mayoría de supuestos en los que la oferta conjunta por la UTE o consorcio permita un precio de licitación inferior (y esto sea acreditado por las partes), la autoridad deberá realizar un examen en profundidad de los efectos anticompetitivos antes de determinar la existencia de una restricción.

Esta parece la posición más coherente a la vista de la última jurisprudencia, toda vez que tampoco excluiría que los consorcios pudiesen quedar exentos por las eficiencias generadas por la cooperación. Y de hecho, la propia sistemática del párrafo 237 (que, recordemos, se sitúa dentro del epígrafe titulado «*Efectos restrictivos de la competencia*») sugiere que se debería realizar un análisis detallado de los efectos pro y anticompetitivos del acuerdo y no examinarlo simplemente como una restricción por su objeto. Ello porque los acuerdos de consorcio son una «aplicación concreta» de los de comercialización y como tal deben ser evaluados.

Desde esta perspectiva, y al contrario de lo que parece demostrar la práctica de las autoridades, tampoco cabría extraer de las Directrices que un consorcio que no es indispensable equivalga por sí mismo a una restricción por objeto (mucho menos a un cártel, si no existen pruebas de reparto de mercado), pues la fijación de precios y condiciones en el marco de una UTE o consorcio debe considerarse como un elemento instrumental al propio acuerdo para licitar conjuntamente, siempre que no vaya más allá de lo estrictamente necesario para presentar la oferta.

En este sentido, cabe puntualizar que el párrafo 235 de las Directrices Horizontales viene a reconocer que, incluso cuando las partes en un acuerdo de comercialización fijan conjuntamente los precios (lo que siempre ocurre en el caso de las UTEs), el acuerdo no será restrictivo de la competencia por su objeto si no es exclusivo (es decir, se refiere únicamente a una oferta específica) y no tiene por objeto coordinar de forma global los precios de las partes (es decir, que estas seguirán compitiendo en el mercado por otras ofertas o contratos). Desde esta perspectiva, las UTEs conformadas para la participación en una única licitación no deberían, por lo general, ser calificadas como una restricción por objeto. En cambio, si las partes suscriben acuerdos de exclusividad por los que se comprometen a participar en múltiples concursos sin una justificación objetiva, sí se podría producir una restricción a la competencia (54).

Cabe señalar que la Audiencia Nacional ha anulado recientemente una resolución sancionadora de la CNMC sobre la base de que «*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*» (55). De esta sentencia parece extraerse que una UTE que se ha presentado durante años a una licitación sin haber despertado las alarmas de la CNMC no podría ser calificada sin más como una restricción por objeto, sino que habría que realizar un examen de los efectos anticompetitivos.

Si bien la apreciación de la Audiencia Nacional se encuentra condicionada por los hechos del caso (la discusión de fondo se centraba en dirimir si las empresas habían incumplido una resolución previa del ahora extinto Tribunal de Defensa de la Competencia), la sentencia podría abrir la puerta a análisis más detallados de las UTEs (como de hecho ha ocurrido recientemente en el expediente *ITV comerciales en carretera*).

Con todo, la situación dista de estar resuelta en estos momentos, existiendo también en este punto una clara divergencia de posturas entre autoridades y tribunales de los Estados miembros de la Unión. A continuación se presentan dos de los casos más relevantes de los resueltos durante el último año.

IV. ¿Dónde estamos? Divergencia de criterios de análisis entre autoridades de la competencia y tribunales

La Autoridad Italiana de la Competencia (*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*) ha apreciado en una reciente decisión que una UTE formada por dos empresas competidoras no es restrictiva de la competencia si la oferta individual que podrían haber presentado no habría sido competitiva (56).

Esta decisión y el análisis realizado por la Autoridad Italiana contrasta de plano con la última sentencia del Tribunal Supremo de Dinamarca en la materia, que ha declarado, tras realizar un examen bastante formalista de la cuestión (57), que basta con que las empresas puedan licitar a uno de los lotes en que se divide una licitación para ser consideradas competidoras, calificando la

UTE conformada por ambas como una restricción de la competencia por objeto.

A continuación se presenta un análisis detallado de ambos casos.

1. La decisión de la Autoridad Italiana de la Competencia en el asunto Intercent

En el caso se analiza una UTE constituida entre Kedrion y Grifols para participar en una licitación para el suministro de productos derivados del plasma sanguíneo.

El órgano de contratación (Intercent-ER) había diseñado la licitación de forma que se favorecía en gran medida la parte técnica de la oferta sobre la económica, no solo por la puntuación que se otorgaba a la disponibilidad de productos adicionales, sino también por la propia fórmula de cálculo de la puntuación de la oferta, que favorecía a las ofertas más fuertes en la parte técnica frente a las económicamente más ventajosas (58) .

Por este motivo, aunque el precio ofertado de la UTE era sustancialmente superior al del principal competidor, la UTE resultó adjudicataria gracias a la mayor puntuación técnica obtenida (59) . Esto motivó que los otros dos licitadores pusiesen el caso en conocimiento de la Autoridad Italiana de Competencia, que en enero de 2018 decidió iniciar una investigación con el fin de determinar si la oferta conjunta era anticompetitiva.

En principio, la autoridad entendió que dada la disponibilidad por parte de Kedrion y Grifols de todos los productos principales requeridos por la licitación, las dos compañías podrían participar individualmente en la licitación, lo que de entrada habría llevado a excluir el carácter objetivamente necesario de la UTE (60) .

Sin embargo, incluso aunque la propia Kedrion había reconocido que tenía capacidad para licitar individualmente, los documentos internos de la compañía obtenidos durante las inspecciones ponían de manifiesto que: (i) aunque poseía una cartera de productos muy amplia, no tenía disponibilidad suficiente de todos los productos solicitados por los pliegos (ii) según los resultados de licitaciones previas, la calidad de uno de sus productos era inferior a la de sus competidores (iii) se sabía que otras dos empresas, Baxter y CSL, concurrirían a la licitación, presuntamente con mejores ofertas, y (iv) había presentado en paralelo una oferta a una licitación en Turquía, lo que suponía que, de ser adjudicatario de ambas, podría enfrentarse a limitaciones de capacidad de producción.

Por otro lado, según la decisión, los documentos de Grifols también evidenciaban que (i) tras haberse presentado en concursos previos, era consciente de su incapacidad de entrar al mercado por sí solo (ii) tenía una cartera de productos opcionales demasiado limitada en comparación con los de los competidores, y (iii) tampoco podía compensar estas debilidades con precios más bajos (61) . Por este motivo, la única posibilidad para entrar en el mercado italiano era en acudir en UTE (62) .

Sobre la base de lo anterior, y tras llevar a cabo análisis económicos (63) , la autoridad concluyó que, aunque Grifols tenía la capacidad para licitar individualmente, en ningún caso podía presentar una oferta competitiva por sí sola. En el caso de Kedrion, la autoridad entendió que la presentación de una oferta conjunta le permitió rebajar el precio de licitación con respecto al que habría ofertado de concurrir individualmente (64) . Por ello, la autoridad entendió que no se había producido una violación del art. 101 del TFUE y archivó el procedimiento.

La Autoridad Italiana reconoce en la decisión que el simple hecho de que una de las empresas pudiese ofertar individualmente no implica por sí mismo una restricción a la competencia, ya que resulta necesario realizar una evaluación caso por caso, a la luz de las circunstancias y condiciones concurrentes y los propios pliegos que regulan la licitación (65) . De hecho, y al contrario de lo que la práctica de otras autoridades nacionales de los Estados miembros de la Unión parece mostrar, la Autoridad realizó un análisis económico en profundidad destinado a corroborar los informes aportados por las partes.

Además el caso evidencia la gran relevancia que adquiere el análisis del contexto de este tipo de análisis. De ahí, el valor que la Autoridad otorga la evaluación de los criterios de adjudicación y al hecho de que tanto Kedrion como Grifols habían previamente concurrido a otra licitación para el suministro de los mismos productos, en la que las ofertas económicas presentadas por ambas empresas habían sido significativamente peores que las de sus competidores.

2. La sentencia del Tribunal Supremo de Dinamarca en el asunto Dansk Vejmarkerings Konsortium

La decisión y el análisis realizado por la Autoridad Italiana contrasta claramente con la reciente sentencia del Tribunal Supremo de Dinamarca, que ha declarado, tras realizar un análisis bastante formalista de la cuestión, que la UTE conformada por LKF y Eurostar para participar en una licitación para la señalización de las carreteras danesas es restrictiva de la competencia por su propio objeto (66) .

La licitación se había dividido en tres lotes que se correspondían con tres distritos. Si bien resultaba posible tanto licitar individualmente a cada uno de los lotes como presentar una oferta conjunta por los tres, en caso de optar por esta última opción resultaba necesario ofrecer un descuento por volumen. El criterio de adjudicación era el del menor precio para el conjunto de los lotes.

Tanto LKF como Eurostar consideraban imprescindible presentar una oferta conjunta para los tres distritos ya que, por un lado, consideraban que otras grandes empresas internacionales licitarían por la totalidad del contrato y, por otro lado, la obligación impuesta por los pliegos de ofrecer un descuento por volumen y el criterio de adjudicación previsto suponían que, en realidad, únicamente las ofertas por los tres distritos tendrían opciones de resultar adjudicatarias. Dado que ambas empresas consideraban que carecían de la capacidad necesaria para presentar una oferta por todo el contrato de forma individual, decidieron formar un consorcio, presentando una oferta a cada uno de los lotes y ofreciendo descuentos para el caso de que resultaran adjudicatarias de más de uno (67) .

Finalmente, el consorcio fue el único que presentó una oferta conjunta por los tres lotes, de forma que resultó adjudicatario de la totalidad de la licitación al presentar la oferta más económica para el conjunto de los lotes. Esto motivó la denuncia de un competidor ante la Autoridad Danesa de la Competencia (68) , que en junio de 2015 dictó una resolución (69) , posteriormente confirmada en primera instancia, por la que declaraba que el consorcio suponía una restricción de la competencia por objeto, ya que ambas empresas podían licitar a alguno de los lotes y, por tanto, el consorcio no resultaba objetivamente necesario. Además, ambas empresas podrían haber incrementado su capacidad mediante la contratación de nuevos trabajadores y maquinaria, hasta el nivel necesario para dar cumplimiento al contrato individualmente, conclusión que supuestamente derivaba del propio plan de negocio de las empresas.

Tras un segundo recurso, el Tribunal Comercial y Marítimo de Copenhague anuló en segunda instancia la decisión de la Autoridad Danesa de la Competencia (70) al entender que la UTE era el único licitador que podía ofrecer los servicios para los tres lotes (y, de hecho, era el único que había licitado en uno de ellos) y que, además, la cooperación entre las empresas competidoras estaba justificada toda vez que no tenían la capacidad de licitar individualmente por la totalidad del contrato.

La sentencia establecía de hecho una doctrina novedosa en la materia al reconocer que, cuando la convocatoria a una licitación favorece o incita a las empresas a licitar por la totalidad del contrato, la capacidad de las empresas para licitar se deberá medir en relación a este, y no a cada lote considerado individualmente. Además, establecía que únicamente debe considerarse que una empresa tiene capacidad potencial para licitar por sí mismas cuando el incremento de la capacidad sea una alternativa comercial y económicamente viable y realista. Frente a ello, el análisis que había realizado la autoridad se había basado en *meras hipótesis* sobre la posibilidad de las

empresas de contratar a personal adicional y adquirir más maquinaria.

Tras el recurso de casación formulado por la autoridad de competencia el Tribunal Supremo de Dinamarca decidió anular la sentencia al considerar que el consorcio constituía una restricción a la competencia «por objeto».

En particular, el Tribunal entendió que ambas empresas podrían haberse presentado individualmente a al menos uno de los tres lotes licitados (aunque no al mismo), por lo que el consorcio no era objetivamente necesario. Además, consideró que la UTE tenía como objeto el reparto previo de los tres lotes de la licitación entre las dos compañías y la fijación del precio de licitación, lo que había eliminado totalmente la competencia entre ellas. Por último, incluso sin realizar un análisis en profundidad de los argumentos de las partes y del contexto económico y jurídico de la licitación, el Tribunal Supremo concluyó que el consorcio no podía quedar exento por las eficiencias que generaba, ya que no se cumplían las condiciones previstas en el artículo 101.3 del TFUE. A raíz del pronunciamiento, la Autoridad Danesa de la Competencia ha decidido reformar sus Directrices sobre licitaciones conjuntas para reflejar las conclusiones del Alto Tribunal.

El Tribunal Supremo Danés parece haber privado de cualquier importancia práctica al hecho de que el consorcio tenía por objeto presentar una oferta más competitiva a los tres lotes en que se dividía el contrato (71). De hecho, del enfoque adoptado parecería desprenderse que resulta más favorable para la competencia el recibir una oferta en un lote A y otra en un lote B que una única oferta para ambos, aun cuando esta implique en conjunto un precio inferior. Cabe plantearse, a la luz de lo anterior, si el hecho de que haya un menor número de ofertas conduce realmente a una restricción de la competencia cuando el cliente (y, por ende, también los consumidores), se benefician de la oferta conjunta.

Desde el punto de vista de las autoridades de competencia, no cabe duda de que el enfoque adoptado por el Tribunal Supremo Danés facilita una aplicación estricta y formalista de la normativa, reduciendo considerablemente el estándar probatorio y trasladando la carga de la prueba a las empresas implicadas. De hecho, siguiendo los razonamientos expuestos, dado que el elemento de fijación de precios resulta intrínseco a la propia oferta conjunta, parecería suficiente con que la autoridad demostrase que las partes tienen capacidad para licitar a uno de los lotes para acreditar que la misma constituye una restricción por objeto de la competencia, con independencia de que la UTE genere efectos favorables a la competencia.

Sin embargo, este enfoque también genera un claro riesgo de errores de tipo I, esto es, que se sancionen conductas que no son realmente anticompetitivas, con la carga añadida de trasladar a las partes la necesidad de aportar pruebas suficientes de que el acuerdo genera eficiencias y se cumplen el resto de condiciones previstas en el apartado tercero del artículo 101 del TFUE, lo que resulta extremadamente complicado a la luz de la práctica de las autoridades.

Del mismo modo, el análisis de la sentencia parece contradecir la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Generics*, antes citada, en la que se viene a concluir que cuando un acuerdo genera efectos procompetitivos relevantes, estos deben ser debidamente tenidos en cuenta como elementos del contexto a la hora de calificar el acuerdo como una restricción por objeto, ya que pueden cuestionar el grado de nocividad para la competencia de este (72).

Por otro lado, el Tribunal parece haber omitido en su análisis otros elementos relevantes, tales como que el consorcio había sido objeto de autoevaluación previa y que las dos empresas habían presentado ofertas conjuntas a licitaciones previas, sin que se hubiese cuestionado en ningún momento su legalidad.

Además, como acertadamente ha señalado la doctrina (73), el Tribunal no tuvo en cuenta los análisis de la capacidad para licitar individualmente que habían presentado las partes y la autoridad de competencia. Queda, por tanto, la incógnita de saber si dichos análisis eran realmente suficientes para demostrar que el incremento de capacidad no era «económicamente viable» ni

«realista», aun cuando, siguiendo la sentencia, la capacidad se medirá en relación con cada uno de los lotes en que se divide el contrato.

En conjunto, la sentencia parece realizar una interpretación excesivamente formalista y restrictiva de los acuerdos de consorcio entre competidores para participar en licitaciones públicas que parece seguir la línea del Tribunal Supremo Noruego y el Tribunal de la EFTA en el asunto *Ski Taxi/Follo Taxi* (74), y que contrasta claramente con la decisión de la Autoridad Italiana antes comentada, en la que se realizó un análisis mucho más profundo del contexto y los efectos procompetitivos y las eficiencias de las UTEs, con un papel relevante del análisis económico.

V. ¿Hacia dónde vamos? Oportunidades para clarificar el test legal y unificar criterios de evaluación

Los dos casos anteriores plasman la divergencia de criterios existente actualmente entre las autoridades y tribunales de los diferentes Estados miembros de la Unión Europea y refuerzan la necesidad de unificar los criterios empleados en el análisis de este tipo de acuerdos colaborativos. En este sentido, tanto la reforma de las Directrices Horizontales como la futura Comunicación de la Comisión Europea sobre lucha contra la colusión en la contratación pública pueden contribuir a esclarecer las dudas interpretativas existentes y dotar de una mayor seguridad jurídica a los operadores económicos.

1. La reforma de las Directrices de la Comisión Europea sobre los acuerdos de cooperación horizontal

Aprovechando la evaluación iniciada por la Comisión Europea sobre la necesidad de prolongar o reformar los Reglamentos de Exención por Categorías para los acuerdos de cooperación horizontal, cuya expiración se producirá a finales de 2022, la Comisión Europea ha decidido someter a evaluación también las Directrices Horizontales con el objetivo de recabar opiniones de las partes interesadas y determinar si procede adoptar una nueva Comunicación.

La posible reforma de las Directrices supone una buena oportunidad para adoptar unas pautas más claras para el análisis de las UTEs, que aporten seguridad jurídica tanto a operadores como a las autoridades de la competencia en sus investigaciones.

Esto presenta un especial interés para aquellos supuestos en los que uno (o varios) de los integrantes de la UTE podría licitar individualmente, que aun encontrándose en teoría comprendidos en ámbito el artículo 101.1 del TFUE, generan una serie de efectos procompetitivos, al reducir el precio de licitación o aportar otro tipo de eficiencias en la ejecución del contrato, por ejemplo, en términos de mayor calidad o una reducción de los plazos de la obra o servicio contratado.

En efecto, como se ha apuntado previamente, la propia sistemática del párrafo 237 de las actuales Directrices Horizontales que estudia los consorcios desde la perspectiva de los «efectos restrictivos de la competencia» (apartado 6.3.3 de las Directrices), no encaja con la práctica de las autoridades en casos como los indicados. De hecho, en estos supuestos, la nueva jurisprudencia del TJUE impondría la necesidad de que las autoridades de competencia tengan en consideración los efectos procompetitivos de la UTE a la hora de valorar si la misma restringe la competencia por su propio objeto. Ello debería conducir, en muchos casos, a que las autoridades se vean obligadas a demostrar los efectos, lo que aconseja unas directrices más precisas para la evaluación de los diferentes aspectos.

En el mismo sentido, resulta también necesario aclarar que el elemento de fijación de precios por las partes del consorcio debe analizarse como una restricción intrínseca o accesoria a la UTE y no como un factor determinante de la existencia de una restricción por objeto, como vienen considerando muchas autoridades. Del mismo modo, especial atención deberá prestarse al contexto de la licitación y el análisis de los pliegos de la licitación, así como a la determinación de la posibilidad de ampliar la capacidad desde un punto de vista de oportunidad comercial y de negocio.

Además, en la medida en que los acuerdos de consorcio pueden también ser declarados exentos de la aplicación del artículo 101.1 del TFUE cuando cumplen las condiciones previstas en el artículo 101.3 del TFUE, como se ha señalado anteriormente, sería conveniente clarificar los criterios aplicables al caso específico de las UTES e incentivar el uso de la evidencia empírica y económica (75), dado el escepticismo que muestran con carácter general las autoridades de competencia ante este tipo de defensa.

En conjunto, dado que los acuerdos de consorcio son una «aplicación concreta» de los acuerdos de comercialización y en vista de la problemática suscitada en las diferentes jurisdicciones, sería recomendable introducir unas orientaciones específicas y adoptar criterios más claros para la aplicación del *test* de indispensabilidad.

2. La futura Comunicación de la Comisión sobre la lucha contra la colusión en licitaciones públicas

La Comisión Europea ha remitido recientemente a un grupo de expertos un Borrador de Comunicación de la Comisión sobre la lucha contra la colusión en la licitación pública (76), en el que por primera vez parece reflejar la creciente preocupación que representan para licitadores y autoridades públicas las ofertas presentadas por UTES y otro tipo de agrupaciones de empresas.

De hecho, si bien el documento se centra en analizar determinados aspectos de la Directiva de Contratación Pública, también se dedica un apartado específico a la problemática planteada por las UTES, en el que la Comisión remarca la necesidad de «[encontrar] un equilibrio entre evitar los riesgos de competencia mediante la licitación conjunta y respetar el derecho de los operadores a licitar conjuntamente» (la traducción es nuestra). De esta forma, se viene a reconocer la necesidad de realizar un análisis caso por caso de las ofertas conjuntas.

Cabe señalar que las respuestas formuladas por los diferentes grupos de expertos (en su mayoría, asociaciones empresariales) evidencian la necesidad de unos criterios claros y comprensibles, que permitan a las empresas realizar correctamente una autoevaluación tendente a concluir que un acuerdo de consorcio no plantea *ex ante* problemas de competencia con un mayor grado de seguridad jurídica. Resulta muy interesante a estos efectos lo señalado en las observaciones formuladas de forma conjunta por diversas organizaciones empresariales de los países nórdicos, que han indicado expresamente que:

«En la práctica, el criterio de que una empresa «pueda presentar una oferta por sí misma» es poco realista. Vemos que especialmente las autoridades de la competencia en los países nórdicos están tratando la licitación conjunta como una restricción de la competencia «por objeto» y no «por efectos». Este enfoque estricto genera una importante inseguridad jurídica para las empresas y las disuade de participar en consorcios» (77) (la traducción es nuestra).

En conjunto, tanto la eventual reforma de las Directrices Horizontales como la posible Comunicación sobre contratación pública se presentan como una oportunidad para que la Comisión adopte un posicionamiento más claro en la materia y formule unas directrices que permitan contribuir a reducir las dudas interpretativas generadas a nivel de la Unión Europea.

VI. Conclusiones

Las UTES constituyen una forma de colaboración empresarial plenamente legítima que por lo general resulta positiva para la competencia, ya que permite a numerosas empresas acceder a proyectos y licitaciones en los que de otro modo no podrían participar y, en muchos casos, permite ofertas más competitivas en términos de precio o calidad.

Sin embargo, en la medida en que las UTES entre empresas competidoras (reales o potenciales) pueden plantear problemas desde la perspectiva del derecho de la competencia, las empresas se ven en la obligación de autoevaluar, con carácter previo a su constitución, la compatibilidad de la

UTE con la normativa.

En este sentido, la ausencia de unos criterios comunes entre las autoridades europeas sigue planteando numerosos interrogantes a la hora de autoevaluar estos acuerdos, lo que ha generado una cierta inseguridad jurídica, en particular, cuando resulta necesario valorar si una empresa integrante de una UTE puede incrementar su capacidad hasta el nivel requerido para presentar una oferta por sí misma a la licitación en cuestión (esto es, la determinación de la competencia potencial), así como respecto de aquellas UTEs conformadas por más empresas de las indispensables, que son generalmente calificadas como restricciones por objeto, aun cuando en muchas ocasiones resultan en mejores precios y condiciones.

En este sentido, la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia en los asuntos *Generics* y *Budapest Bank* puede ser también de relevancia para el análisis de este tipo de acuerdos colaborativos, toda vez que impone la consideración de los efectos procompetitivos en la evaluación del propio objeto restrictivo de la competencia, lo que podría suponer, en aquellos casos en que una oferta conjunta permita un precio de licitación inferior, que la autoridad se vea obligada a probar los efectos anticompetitivos.

Por otro lado, incluso aunque se admitiese que los consorcios entre competidores pueden ser restrictivos de la competencia por su propia naturaleza, ello no debería obstar para que los mismos quedasen exentos por las eficiencias generadas. Sin embargo, por el momento las autoridades y tribunales han sido reticentes con esta posibilidad y tampoco existen unas directrices claras al respecto.

Todas estas cuestiones distan de estar resueltas y continúa existiendo una clara divergencia de criterios entre autoridades y tribunales en las diferentes jurisdicciones.

Así, la reciente decisión de la Autoridad Italiana de la Competencia ha contribuido a enriquecer sustancialmente el debate existente, al reconocer que el simple hecho de que las empresas puedan licitar de forma individual no supone por sí mismo que la UTE en cuestión sea restrictiva de la competencia, sino que resulta necesario realizar una evaluación caso por caso, a la luz de las circunstancias y condiciones concurrentes (análisis económicos inclusive) y los propios pliegos que regulan la licitación.

Sin embargo, esta decisión contrasta radicalmente con el análisis excesivamente formalista que ha manifestado el Tribunal Supremo Danés, que ha restringido la posibilidad de que potenciales competidores constituyan consorcios si pueden licitar a alguno de los lotes en que se divide la licitación, a pesar de que no dispongan de la capacidad de presentar una oferta por la totalidad del contrato. Además, ha privado de cualquier importancia práctica al hecho de que el precio ofertado por una UTE fue sustancialmente inferior al que el órgano de contratación habría pagado de haberse adjudicado los lotes de forma individual, sin realizar un análisis en profundidad de las eficiencias permitidas por la oferta conjunta.

De generalizarse esta interpretación tendría graves consecuencias, pues podría reducir los incentivos a la constitución de consorcios entre empresas competidoras (y potenciales competidoras), lo que, a su vez, podría privar a las administraciones públicas (y, en última instancia, a los consumidores) de los beneficios económicos que las licitaciones conjuntas pueden aportar.

Por tanto, resulta necesario profundizar en los criterios empleados en el análisis de este tipo de acuerdos colaborativos para esclarecer las dudas interpretativas existentes y dotar de una mayor seguridad jurídica a los operadores económicos. En este sentido, tanto la reforma de las Directrices Horizontales como la futura Comunicación de la Comisión Europea sobre contratación pública se presentan como una clara oportunidad para avanzar en la materia.

VII. Bibliografía

- • ALBANO, GIAN LUIGI, SPAGNOLO, GIANCARLO, y ZANZA, MATTEO, «Joint bidding in procurement», *International public procurement conference proceedings*, Roma, 2006.
- • ARMENGOL i GASULL, ORIOL, «Uniones Temporales de Empresas y derecho de la competencia», *Revista de Economía Industrial*, 2019, núm. 415, págs. 59-66.
- • COMISIÓN NACIONAL de la COMPETENCIA: *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*, 2010.
- • GUERRA FERNÁNDEZ, ANTONIO, y ARECES LÓPEZ, CRISTINA, «El tratamiento de las uniones temporales de empresas y figuras similares en la práctica de la CNMC», en Recuerda Girela, M.A. (dir.): *Anuario de Derecho de la Competencia 2018*, Civitas, Madrid, 2018, Cap. 15.
- • HERRERA ANCHÚSTEGUI, IGNACIO, «Joint bidding and object restrictions of competition: The EFTA Court's take in the «Taxi case'», *European Competition and Regulatory Law Review*, 2018, vol. 1, núm. 2, págs. 174-179.
- • LÓPEZ MIÑO, ANTONIO, y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA, «Insuficiencia del derecho español para impedir y corregir la colusión en la contratación pública», *Proyecto de Investigación «Contratación pública y transparencia: alcance y límites de los principios de publicidad y libre competencia»*, Ministerio de Economía y Competitividad, 2012.
- • LÓPEZ RIDRUEJO, MARÍA, PICÓN, ALEXANDRE, y TRAPET, MARIE, «Consortios entre competidores y derecho de la competencia: el peligro de un análisis formalista», *Blog Cuatrecasas*, 20 de marzo de 2020, disponible en (última consulta el 16 de mayo de 2020): <https://blog.cuatrecasas.com/competencia/consorcios-entre-competidores-derecho-competencia-peligro-analisis-formalista/>.
- • MCMAHON, SAM, «Danish Court Quashes Landmark Joint Bidding Decision — Legal and Economic Context Saves the Day», *Kluwer Competition Law Blog*, 29 de agosto de 2018, disponible en (última consulta el 16 de mayo de 2020) : <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2018/08/29/danish-court-quashes-landmark-joint-bidding-decision-legal-economic-context-saves-day/>.
- • ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE), «Competition in Public Procurement Markets», *Working Party No. 2 on Competition and Regulation*, DAF/COMP/WP2(2017)1, 2017.
- • PASCUAL, CARLOS, «Examen de las UTEs: Cruzando la cuerda floja», Ponencia presentada en la sesión de la Asociación Española de Derecho de la Competencia, 21 de junio de 2018.
- • PÉREZ PAREDES, ESMERALDA, «Las Uniones Temporales de Empresas en la contratación pública», *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2012*, 2013, vol. 4, págs. 361-402.
- • RICHARDS, MATT, «Italy drops pharma bidding probe», *Global Competition Review*, 8 de enero de 2019, disponible en (última consulta el 16 de mayo de 2019): <https://globalcompetitionreview.com/article/1178862/italy-drops-pharma-bidding-probe>.
- • RITTER, CYRIL, «Joint tendering under EU competition law», *Concurrences Review*, 2017, núm. 2, art. núm. 84019, págs. 60-69.
- • SÁNCHEZ GRAELLS, ALBERT, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart Publishing, 2ª edición, Oregon, 2015.
- • SÁNCHEZ GRAELLS, ALBERT, «Joint bidding and subcontracting under EU competition law: some critical comments on Thomas (2015)», *How to crack a nut*, 2 de diciembre de 2015, disponible en (última consulta el 22 de mayo de 2020): <http://www.howtocrackanut.com/blog/2015/12/joint-bidding-and-subcontracting-under.html>.

- • SÁNCHEZ GRAELLS, ALBERT, «Ski Taxi: Joint Bidding in Procurement as Price-Fixing?», *Journal of European Competition Law & Practice*, 2018, vol. 9, núm. 3, págs. 161-163.
- • SANDER LØJMAND, HEIDI, «The Danish Supreme Court's ruling in the 'road marking case': the end of a joint bidding era», *How to crack a nut*, 28 de noviembre de 2019, disponible en (última consulta el 16 de mayo de 2019): <https://www.howtocrackanut.com/blog/2019/11/28/the-danish-supreme-courts-ruling-in-the-road-marking-case-the-end-of-a-joint-bidding-era-guest-post-by-heidi-sander-ljmand-msc>.
- • THOMAS, CHRISTOPHER, «Two Bids or not to Bid? An Exploration of the Legality of Joint Bidding and Subcontracting Under EU Competition Law», *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, vol. 6, núm. 9, págs. 629-638.
- • WARD, ANDREW, LÓPEZ RIDRUEJO, MARÍA, y PICÓN FRANCO, ALEXANDRE, «Las uniones temporales de empresas en la práctica comparada de las autoridades de competencia», en RECUERDA GIRELA, M. A. (Dir.), *Anuario de Derecho de la Competencia 2019*, Thomson Reuters, Madrid, 2019.

- (1)** Este artículo representa exclusivamente la visión de los autores y no constituye asesoramiento jurídico.
Ver Texto
- (2)** PÉREZ PAREDES, ESMERALDA: «Las Uniones Temporales de Empresas en la contratación pública», *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2012*, 2013, vol. 4, págs. 361-402, especialmente pág. 367.
Ver Texto
- (3)** ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE), «Competition in Public Procurement Markets», *Working Party No. 2 on Competition and Regulation*, DAF/COMP/WP2(2017)1, 2017, pág. 15. La Resolución del Consejo de la CNMC de 5 de septiembre de 2016 (Expte. S/DC/0525/14, *Cementos*) también apreció que la UTE era una forma de instrumentar las diferentes prácticas anticompetitivas imputadas a las empresas investigadas.
Ver Texto
- (4)** En la medida en que la regulación sustantiva del artículo 101 del TFUE es materialmente idéntica a la del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia («LDC») las conclusiones aquí alcanzadas son igualmente trasladables al plano nacional.
Ver Texto
- (5)** LÓPEZ MIÑO, ANTONIO, Y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA: «Insuficiencia del derecho español para impedir y corregir la colusión en la contratación pública», *Proyecto de Investigación «Contratación pública y transparencia: alcance y límites de los principios de publicidad y libre competencia»*, Ministerio de Economía y Competitividad, 2012, pág. 11.
Ver Texto
- (6)** ALBANO, GIAN LUIGI, SPAGNOLO, GIANCARLO, Y ZANZA, MATTEO, «Joint bidding in procurement», *International public procurement conference proceedings*, Roma, 2006, pág. 756.
Ver Texto
- (7)** OCDE, *op. cit.*, pág. 16.
Ver Texto
- (8)** SÁNCHEZ GRAELLS, ALBERT, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart Publishing, 2ª edición, Oregon, 2015, págs. 337-338.

Ver Texto

- (9) Véanse, entre otras, las Resoluciones del Consejo de la CNMC de 15 de enero de 2015 (Expte. S/0743/13, *Postes de Hormigón*) y de 5 de septiembre de 2016 (Expte. S/DC/0525/14, *Cementos*).

Ver Texto

- (10) Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6) de 15 de octubre de 2012 (Rec. núm. 204/2010), FJ 5.

Ver Texto

- (11) COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA: *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*, 2010, pág. 42.

Ver Texto

- (12) La CNMC también ha considerado que una UTE entre competidores puede calificarse como una restricción por objeto en sí misma (Resolución del Consejo de la CNMC de 29 de septiembre de 2016 en el Expte. SNC/DC/007/16, *Agencias de viajes*).

Ver Texto

- (13) Véase, en este sentido, ARMENGOL I GASULL, ORIOL, «Uniones Temporales de Empresas y derecho de la competencia», *Revista de Economía Industrial*, 2019, núm. 415, pág. 61.

Ver Texto

- (14) Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de abril de 2020 (Asunto C 228/18, *Budapest Bank*), apdo. 82, que establece: «*el hecho de que, de no existir el acuerdo TIM, el nivel de las tasas de intercambio resultante del juego de la competencia habría sido más elevado es pertinente a efectos del examen de la existencia de una restricción resultante de ese acuerdo*».

Ver Texto

- (15) THOMAS, CHRISTOPHER, «Two Bids or not to Bid? An Exploration of the Legality of Joint Bidding and Subcontracting Under EU Competition Law», *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, vol. 6, núm. 9, págs. 629-638, especialmente pág. 632.

Ver Texto

- (16) GUERRA FERNÁNDEZ, ANTONIO, y ARECES LÓPEZ, CRISTINA, «El tratamiento de las uniones temporales de empresas y figuras similares en la práctica de la CNMC», en Recuerda Girela, M.A. (dir.), *Anuario de Derecho de la Competencia 2018*, Civitas, Madrid, 2018, Cap. 15.

Ver Texto

- (17) PASCUAL, CARLOS, «Examen de las UTEs: Cruzando la cuerda floja», Ponencia presentada en la sesión de la Asociación Española de Derecho de la Competencia, 21 de junio de 2018.

Ver Texto

- (18) Resolución del Consejo de la CNMC de 30 de junio de 2016 (Expte. S/0519/14, *Infraestructuras ferroviarias*).

Ver Texto

- (19) Resolución del Consejo de la CNMC de 29 de septiembre de 2016 (Expte. SNC/DC/007/16, *Agencias de viajes*), en el que se rechazó el argumento de que la UTE resultaba necesaria para compartir una aplicación informática que había sido desarrollada por las empresas de la UTE y que no podía ser replicada individualmente. Entiende la CNMC que se podía ceder la tecnología de forma menos restrictiva, por ejemplo, a través de un acuerdo de licencia.

Ver Texto

- (20) Resolución del Consejo de la CNMC de 15 de noviembre de 2016 (Expte. S/DC/0581/16, *Licitación ESA*).

Ver Texto

(21) Por ejemplo, en el Expte. *Agencias de Viajes*, la CNMC atendió al criterio de la capacidad financiera de las empresas (tomando como referencia el volumen de negocios de cada una) para determinar que estas tenían capacidad de licitar por sí solas sin necesidad de conformar una UTE.

Ver Texto

(22) Resolución del Consejo de la CNC de 28 de Julio de 2011 (Expte. S/252/10, *Lafarge*). En este asunto, la Dirección de Competencia había manifestado que «*las cantidades de hormigón a suministrar, las garantías de suministro exigidas por la adjudicataria de la obra y los riesgos técnicos y financieros no podían ser asumidos de forma independiente por cada una de las empresas*».

Ver Texto

(23) Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 31 de mayo de 2005 (Expt. R 614/04, *Terapias Respiratorias Domiciliarias 2*). En este asunto, el TDC entendió que el propio diseño del concurso incentivaba la constitución de una UTE al otorgar una mayor valoración de la oferta completa a la totalidad de las zonas.

Ver Texto

(24) Para un mayor desarrollo de la cuestión, véase WARD, ANDREW, LÓPEZ RIDRUEJO, MARÍA y PICÓN FRANCO, ALEXANDRE, «Las uniones temporales de empresas en la práctica comparada de las autoridades de competencia», en RECUERDA GIRELA, M. A. (Dir.), *Anuario de Derecho de la Competencia 2019*, Thomson Reuters, Madrid, 2019.

Ver Texto

(25) Resolución del Consejo de la CNMC de 12 de noviembre de 2019 (Expte. S/0010/19, *ITV comerciales en carretera*).

Ver Texto

(26) Resolución del Consejo de la CNC de 28 de Julio de 2011 (Expte. S/252/10, *Lafarge*).

Ver Texto

(27) Téngase en cuenta que tanto la CNMC como la mayoría de autoridades de competencia consideran que la capacidad de licitar de forma individual se debe evaluar con respecto a cada uno de los lotes que conforman el contrato, y no con respecto a la totalidad del contrato. En este sentido, véase la Resolución del Consejo de la CNMC de 29 de septiembre de 2016 (Expte. SNC/DC/007/16, *Agencias de viajes*), en la que se indica que «*Aun admitiendo que las partes tuvieran limitadas sus capacidades técnicas para presentarse al total del concurso (lo que no ha quedado probado [...]), 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*».

Ver Texto

(28) Decisión del Consejo Danés de la Competencia de 24 de junio de 2015 (Asunto 14/04158, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*), recientemente confirmada por sentencia del Tribunal Supremo Danés de 17 de noviembre de 2019.

Ver Texto

(29) El ejemplo incluido en el párrafo 253 de la Comunicación de la Comisión relativa a las *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) («Directrices Horizontales»), parecería venir a confirmar esta conclusión, si bien impone el deber de realizar una evaluación con arreglo al apartado 3 del artículo 101 del TFUE, concluyendo que «*es probable que las mejoras de eficiencia compensen los efectos restrictivos resultantes de la reducción de la competencia entre las partes*».

Ver Texto

(30) En la resolución del Consejo de la CNMC de 23 de febrero de 2017 (Expte. S/0545/15, *Hormigones de Asturias*), la CNMC señaló que «*[l]a 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». Téngase en cuenta que la afirmación se realiza en el contexto de una investigación por un supuesto cártel para el reparto de las licitaciones.

Ver Texto

- (31)** En este sentido, se podría argumentar que la empresa podría haber formado una UTE «menos restrictiva» con un tercer operador. No obstante, ello respondería a un análisis de las alternativas menos restrictivas que encajaría mejor en el marco del artículo 101.3 del TFUE, debiendo la autoridad de competencia acreditar que esa posibilidad era una opción realista y viable para la empresa en cuestión, a fin de evitar un traslado injustificado de la carga de la prueba de la infracción. Véase a este respecto el párrafo 252 de las Directrices Horizontales.

Ver Texto

- (32)** WARD, ANDREW, LÓPEZ RIDRUEJO, MARÍA y PICÓN FRANCO, ALEXANDRE, *op. cit.* En el mismo sentido se ha pronunciado ARMENGOL I GASULL, ORIOL, *op. cit.*

Ver Texto

- (33)** SÁNCHEZ GRAELLS, ALBERT, «Ski Taxi: Joint Bidding in Procurement as Price-Fixing?», *Journal of European Competition Law & Practice*, 2018, vol. 9, núm. 3, págs. 161-163, especialmente pág. 161; WARD, ANDREW, LÓPEZ RIDRUEJO, MARÍA y PICÓN FRANCO, ALEXANDRE, *op. cit.*; ARMENGOL I GASULL, ORIOL, *op. cit.*, pág. 63.

Ver Texto

- (34)** Sentencias del Tribunal de Justicia de 26 de noviembre de 2015 (Asunto C-345/14, *Maxima Latvija*), apdo. 17, y de 20 de enero de 2016 (Asunto C-373/14 P, *Toshiba Corporation c. Comisión*), apdo. 25.

Ver Texto

- (35)** Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. DOUE C 368, de 22 de diciembre 2001, págs. 13-15.

Ver Texto

- (36)** SÁNCHEZ GRAELLS, ALBERT, *op. cit.*, pág. 162.

Ver Texto

- (37)** Véanse los párrafos 234 y 236, en relación con el párrafo 160, de las Directrices Horizontales. En el Asunto IV/33.016, *ANSAC*, la Comisión Europea calificó como restricción por objeto un acuerdo de comercialización que tenía por objeto fijar el precio de venta de los productos.

Ver Texto

- (38)** RITTER, CYRIL, «Joint tendering under EU competition law», *Concurrences Review*, 2017, núm. 2, art. núm. 84019, págs. 60-69, especialmente pág. 65. Téngase en cuenta que además se puede producir un intercambio de información sensible entre los integrantes de la UTE para determinar el precio y el resto de condiciones.

Ver Texto

- (39)** THOMAS, CHRISTOPHER, *op. cit.*, pág. 634.

Ver Texto

- (40)** Nótese que las siglas EFTA (AELC, en español) hacen referencia a la Asociación Europea de Libre Comercio, compuesta por Noruega, Islandia, Suiza y Liechtenstein. El Tribunal de la EFTA es el encargado de la aplicación del Tratado de la Asociación Europea de Libre Comercio y su derecho derivado, que es, en la amplia mayoría de materias, muy similar al derecho de la UE. Además, el Tribunal EFTA sigue de forma general la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para asegurar la aplicación homogénea del derecho en todo el Espacio Económico Europeo.

Ver Texto

(41) Decisión de la autoridad noruega de la competencia de 4 de julio de 2011 (Asunto V2011-12 - *Ski Taxi BA, Follo Taxisentral BA og Ski Follo Taxidrift AS*).

Ver Texto

(42) Sentencia del Tribunal de la EFTA de 22 de diciembre de 2016 (Asunto E-3/16, *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA y otros. c. Autoridad de competencia de Noruega*).

Ver Texto

(43) *Ibíd.* apdo. 96.

Ver Texto

(44) Sentencia del Tribunal Supremo de Noruega de 22 de junio de 2017 (Asunto 2015/203; *HR-2017-1229A*).

Ver Texto

(45) *Ibíd.*, apdo. 52.

Ver Texto

(46) SÁNCHEZ GRAELLS, ALBERT, «Joint bidding and subcontracting under EU competition law: some critical comments on Thomas (2015)», *How to crack a nut*, 2 de diciembre de 2015, disponible en (última consulta el 22 de mayo de 2020): <http://www.howtocrackanut.com/blog/2015/12/joint-bidding-and-subcontracting-under.html>

Ver Texto

(47) SÁNCHEZ GRAELLS, ALBERT, *op. cit.*, pág. 161.

Ver Texto

(48) HERRERA ANCHÚSTEGUI, IGNACIO: «Joint bidding and object restrictions of competition: The EFTA Court's take in the «Taxi case'», *European Competition and Regulatory Law Review*, 2018, vol. 1, núm. 2, págs. 174-179, especialmente pág. 179. Véase también WARD, ANDREW, LÓPEZ RIDRUEJO, MARÍA y PICÓN FRANCO, ALEXANDRE, *op. cit.*

Ver Texto

(49) Sentencias del Tribunal de Justicia de 2 de abril de 2020 (Asunto C 228/18, *Budapest Bank*), apdo. 54, y de 11 de septiembre de 2014 (Asunto C-67/13 P, *Cartes Bancaires c. Comisión*), apdo. 58.

Ver Texto

(50) Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 2020 (Asunto C-307/18, *Generics (UK) c. CMA*), apdo. 103.

Ver Texto

(51) *Ibíd.*, apdo. 107.

Ver Texto

(52) Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de abril de 2020 (Asunto C 228/18, *Budapest Bank*), apdos. 74 y 75.

Ver Texto

(53) *Ibíd.*, apdo. 76.

Ver Texto

(54) Véase RITTER, CYRIL, *op. cit.* Caso distinto es el de los acuerdos de exclusividad accesorios a los

acuerdos de consorcio que obligan a las partes a no presentar ofertas alternativas a la misma licitación a la que se presentará la UTE de la que forman parte. En estos casos, la propia CNMC ha reconocido que estos acuerdos «no son per se anticompetitivos, especialmente cuando pueden ser necesarios para poder concurrir a una licitación que demanda múltiples tecnologías, a través de una unión temporal de empresas que permita cumplir con los requisitos técnicos de la licitación» (Resolución del Consejo de la CNMC de 15 de noviembre de 2016 (Expte. S/DC/0581/16, *Licitación ESA*)). Nótese que en España la posibilidad de que una misma sociedad presente dos ofertas distintas a una licitación se encuentra vedada por la legislación de contratos del sector público.

Ver Texto

(55) Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 30 de julio de 2018 (Rec. núm. 566/2016).

Ver Texto

(56) Decisión de la autoridad italiana de la competencia de 12 de diciembre de 2018 (Asunto I819, *Intercent-ER/Gara per Farmaci Emoderivati*).

Ver Texto

(57) LÓPEZ RIDRUEJO, MARÍA, PICÓN, ALEXANDRE, y TRAPET, MARIE, «Consortios entre competidores y derecho de la competencia: el peligro de un análisis formalista», *Blog Cuatrecasas*, 20 de marzo de 2020, disponible en (última consulta el 16 de mayo de 2020): <https://blog.cuatrecasas.com/competencia/consorcios-entre-competidores-derecho-competencia-peligro-analisis-formalista/>.

Ver Texto

(58) Decisión de la autoridad italiana de la competencia de 12 de diciembre de 2018 (Asunto I819, *Intercent-ER/Gara per Farmaci Emoderivati*), apdos. 26 a 28.

Ver Texto

(59) Baxter había ofertado a 95 euros/kg, frente a los 117,80 euros/kg de la oferta presentada por la UTE, que se impuso gracias a una mejor oferta técnica.

Ver Texto

(60) Apdo. 29 de la Decisión.

Ver Texto

(61) De hecho, Grifols había realizado un análisis económico que evidenciaba que para contrarrestar su debilidad en la parte técnica de la oferta, de haber licitado individualmente habría tenido que presentar una oferta económica excesivamente baja, que implicaría incurrir en pérdidas.

Ver Texto

(62) Véanse a este respecto los apdos. 36 y 37 de la Decisión.

Ver Texto

(63) Apdo. 44 de la Decisión.

Ver Texto

(64) Apdo. 49 de la Decisión.

Ver Texto

(65) Apdo. 41 de la Decisión. Véase a este respecto RICHARDS, MATT, «Italy drops pharma bidding probe», *Global Competition Review*, 8 de enero de 2019, disponible en (última consulta el 16 de mayo de 2019): <https://globalcompetitionreview.com/article/1178862/italy-drops-pharma-bidding-probe>.

Ver Texto

- (66)** Sentencia del Tribunal Supremo de Dinamarca de 27 de noviembre de 2019 (Asunto 191/2018, *Konkurrencerådet c. Eurostar Danmark A/S y GVCO A/S*).
- Ver Texto
- (67)** El descuento ofrecido ascendía al 5% en caso de ser adjudicatarias de dos lotes y hasta el 20% en caso de que se les otorgase todo el contrato.
- Ver Texto
- (68)** MCMAHON, SAM, «Danish Court Quashes Landmark Joint Bidding Decision - Legal and Economic Context Saves the Day», *Kluwer Competition Law Blog*, 29 de agosto de 2018, disponible en (última consulta el 16 de mayo de 2020): <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2018/08/29/danish-court-quashes-landmark-joint-bidding-decision-legal-economic-context-saves-day/>
- Ver Texto
- (69)** Decisión del Consejo Danés de la Competencia de 24 de junio de 2015 (Asunto 14/04158, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*). La decisión fue posteriormente confirmada en primera instancia por la Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Competencia de Dinamarca de 11 de abril de 2016 (Asuntos KL-2-2015 y KL-3-2015, *Eurostar Danmark A/S y LKF Vejmarkering A/S c. Konkurrencerådet*).
- Ver Texto
- (70)** Sentencia del Tribunal Comercial y Marítimo de Copenhague de 27 de agosto de 2018 (Asuntos U-2-16 y U-3-16, *Eurostar Danmark A/S y LKF Vejmarkering A/S c. Konkurrencerådet*).
- Ver Texto
- (71)** Cabe señalar, en este sentido, que el precio ofertado por el consorcio era sustancialmente inferior al que hubiera pagado la administración de haber adjudicado los lotes de forma individual.
- Ver Texto
- (72)** Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 2020 (Asunto C-307/18, *Generics (UK) c. CMA*), apdos. 103 y ss.
- Ver Texto
- (73)** SANDER LØJMAND, HEIDI, «The Danish Supreme Court's ruling in the 'road marking case»: the end of a joint bidding era», *How to crack a nut*, 28 de noviembre de 2019, disponible en (última consulta el 16 de mayo de 2019): <https://www.howtocrackanut.com/blog/2019/11/28/the-danish-supreme-courts-ruling-in-the-road-marking-case-the-end-of-a-joint-bidding-era-guest-post-by-heidi-sander-ljmand-msc>
- Ver Texto
- (74)** Sentencia del Tribunal Supremo de Noruega de 22 de junio de 2017 (Asunto 2015/203; *HR-2017-1229-A*) y sentencia del Tribunal de la EFTA de 22 de diciembre de 2016 (Asunto E-3/16, *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA y otros. c. Autoridad de competencia de Noruega*).
- Ver Texto
- (75)** En este sentido, nótese que el Tribunal de Justicia ha reconocido la necesidad de que exista un «acervo sólido y fiable de experiencia» (Sentencia del TJUE *Budapest Bank*, *op. cit.*, apdo. 76) para calificar una práctica como restricción de la competencia «por objeto», lo que parece reconocer la creciente importancia del análisis económico en el ámbito del derecho de la competencia (el conocido como «more economic approach»).
- Ver Texto
- (76)** *Outline for a Commission Notice / Staff working paper on Fighting collusion in public procurement* (Ref. Ares(2019)4161255) y observaciones formuladas por los grupos de expertos al mismo. Téngase en cuenta que los documentos no han sido publicados oficialmente por la Comisión Europea y se ha accedido a ellos mediante una petición individual formulada sobre la base del Reglamento 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.

[Ver Texto](#)

(77) Comments to the Commission's draft working paper «*Fighting collusion in public procurement*», presentados el 1 de noviembre de 2019 por la Confederación de Industria Danesa, la Confederación de Empresas Noruegas, Confederación de Empresas Suecas, la Confederación de Industrias Finlandesas y la Federación de Industrias Islandesas.

[Ver Texto](#)