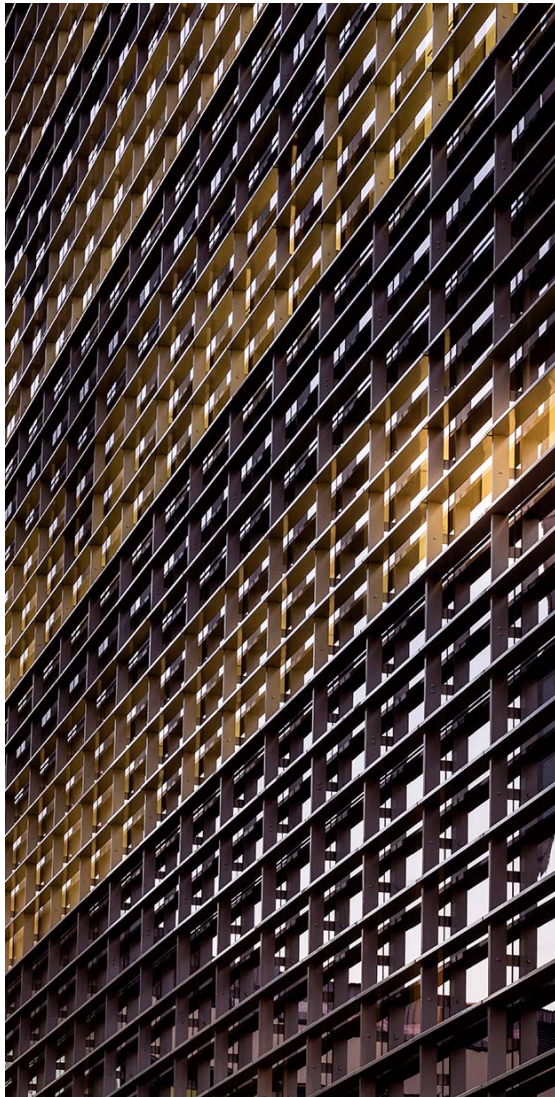

Reglamento UE de subvenciones extranjeras y contratación pública

Primeras investigaciones exhaustivas de la Comisión Europea en materia de contratación pública con base en el Reglamento UE sobre subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior

España - Legal Flash

27 de mayo de 2023



Aspectos clave

- > La Comisión Europea ha iniciado formalmente las primeras investigaciones exhaustivas con base en el Reglamento (UE) n.º. 2022/2560 del Parlamento y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior, todas ellas relativas a procesos de licitaciones públicas.
- > Estas investigaciones han hecho que las empresas licitadoras retirasen sus ofertas de licitación.
- > A la vista de su relevancia y actualidad, repasamos en este *Legal Flash* los principales elementos del régimen de control que el citado Reglamento establece en materia de contratación pública y abordamos algunas cuestiones de interés para las empresas licitadoras – sin que la normativa permita dar una respuesta clara o concluyente en todos los casos–.



CUATRECASAS

En febrero de 2024, la Comisión Europea (la “Comisión”) incoó un procedimiento formal con base en el Reglamento (UE) n.º. 2022/2560 del Parlamento y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior (el “FSR”, por sus siglas en inglés), para investigar una oferta a la licitación que convocó el Ministerio de Transporte y Comunicaciones de Bulgaria para la provisión de trenes eléctricos y de servicios de formación y mantenimiento (ver [aquí](#)). No obstante, poco después del inicio de la investigación, la empresa licitadora retiró su oferta.

Más recientemente, en abril de 2024, la Comisión informó sobre el inicio de dos investigaciones exhaustivas en relación con sendas ofertas presentadas a la licitación para el diseño, construcción y explotación de un parque fotovoltaico en Rumanía (ver [aquí](#)). Estas investigaciones también se han archivado tras la retirada de la oferta por parte de las dos empresas investigadas.

Asimismo, la Comisión también ha llevado a cabo la primera inspección domiciliaria bajo el amparo del FSR, en este caso, en sedes de una empresa que se dedica a la producción y venta de equipos de seguridad (ver [aquí](#)).

En vista de las últimas novedades, conviene repasar los aspectos esenciales del régimen de control de las ofertas a licitaciones públicas con base en el FSR y atender a cuestiones relevantes que las empresas licitadoras deben tener en cuenta con base en esta normativa.

Aspectos esenciales del régimen de control de ofertas a licitaciones públicas conforme al FSR

Tal y como explicábamos en un [Legal Flash previo](#), el FSR estableció las facultades de investigación de la Comisión respecto del otorgamiento de subvenciones financieras por parte de terceros países a empresas activas en la UE y que pudiesen afectar a las condiciones de competencia.

El propósito esencial del FSR en relación con las licitaciones públicas es, en última instancia, evitar que un operador económico resulte adjudicatario de un contrato público cuando su oferta de licitación responde, trae causa o se beneficia de subvenciones financieras otorgadas por terceros países. El propio FSR califica tales ofertas como “indebidamente ventajosas”.

Para ello, el FSR establece facultades de investigación de oficio a favor de la Comisión, así como un régimen de control que, en función de determinadas circunstancias de la licitación, determina para el licitador la obligación de realizar una notificación o una declaración.

Existe la obligación de notificar (no pudiendo tener lugar la adjudicación del contrato sin que antes lo haya autorizado la Comisión) cuando concurren los siguientes umbrales (de carácter acumulativo)¹:

¹ En caso de que el contrato público esté dividido en lotes, la obligación de notificar requerirá, además, que el valor del lote –o el valor acumulado de todos los lotes a los que el licitador presenta oferta– sea igual o superior a 125.000 euros.



CUATRECASAS

- Umbral del valor estimado del contrato público o acuerdo marco: igual o superior a 250 millones de euros, IVA excluido.
- Umbral de contribuciones financieras recibidas por el operador económico (licitador): igual o superior a cuatro (4) millones de euros por tercer país en los tres (3) años financieros anteriores, incluidas las recibidas por sus filiales sin autonomía comercial, sus sociedades de cartera y, cuando proceda, aquellos de sus subcontratistas y proveedores principales que participen en la misma licitación.

Cuando se cumplan ambas condiciones, el operador económico deberá aportar al poder adjudicador un formulario de notificación estándar debidamente cumplimentado, y el poder adjudicador será, a su vez, el encargado de trasladar el formulario a la Comisión “sin demora”.

La Comisión dispondrá entonces de un plazo para llevar a cabo un examen preliminar y, en su caso, acordar el inicio de una investigación exhaustiva. En tal escenario, la Comisión dispondrá de un plazo adicional para desarrollar la investigación y adoptar una de las siguientes decisiones:

- Decisión de no formular objeciones, si estima que un operador económico no se ha beneficiado de una subvención extranjera que distorsione el mercado interior.
- Decisión con compromisos, cuando considere que un operador económico se beneficia de una subvención extranjera que distorsiona el mercado interior, pero ha ofrecido compromisos que subsanan de forma plena y efectiva dicha distorsión.
- Decisión de prohibir la adjudicación del contrato, en la medida en que un operador económico se beneficia de una subvención extranjera que distorsiona el mercado interior y no ofrezca compromisos, o los compromisos que haya ofrecido no sean adecuados o suficientes para subsanar la distorsión de forma plena y efectiva.

Con carácter general, durante el examen preliminar y, si procede, la investigación exhaustiva, el órgano de contratación podrá seguir adelante con el procedimiento de licitación, salvo la adjudicación del contrato (sin perjuicio de determinados supuestos expresamente previstos en el FSR).

El licitador, en cambio, estará obligado a realizar una declaración “en todos los demás casos” (según expresión literal del FSR): en dicha declaración se deberán enumerar todas las contribuciones financieras extranjeras recibidas² y confirmar que las mismas no están sujetas a notificación por no alcanzar el umbral anteriormente señalado (4 millones de euros). El poder adjudicador trasladará asimismo estas declaraciones a la Comisión

En caso de que un operador económico incumpla el deber de notificar las contribuciones extranjeras, o bien eluda (o intente eludir) los requisitos de notificación, la Comisión podrá

² Como señalábamos en nuestro primer *Legal Flash* sobre la materia ([aquí](#)), se trata de un concepto amplio. En la actualidad, además de los ejemplos que enumerábamos, se entiende que se incluyen también exenciones fiscales (aunque existen excepciones), así como aquellos ingresos obtenidos a raíz de contratos para la provisión de servicios o bienes a países terceros. Por el contrario, no se incluyen contribuciones financieras directas de organizaciones internacionales como el Banco Mundial.



CUATRECASAS

imponer una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total durante el ejercicio anterior al de su imposición. Dicha multa podrá ser de hasta el 1% del referido volumen de negocios en caso de se facilite información incorrecta o engañosa en la notificación o declaración.

Cuestiones relevantes

¿Las contribuciones financieras de qué operador(es) económicos deben tenerse en cuenta para el análisis del umbral de notificación correspondiente?

Como se ha indicado previamente, para el análisis del umbral de contribuciones financieras deben tenerse en cuenta el conjunto de las contribuciones recibidas por parte de:

- El operador económico, esto es, la sociedad o la entidad licitadora que formalmente presenta una oferta para la adjudicación del contrato público. A este respecto, y en consonancia con la normativa UE en materia de contratación pública (e.g., artículo 2(10) de la Directiva UE 2014/24), cabe considerar una noción amplia de operador económico a estos efectos.
- Las filiales del operador económico sin autonomía comercial. El FSR no incluye ninguna definición ni establece criterios para determinar cuándo cabe considerar que una filial, directa o indirecta, del operador económico carece de autonomía comercial, ni tampoco una motivación de por qué las contribuciones de las filiales *con* autonomía comercial quedan excluidas a efectos del umbral.

En la normativa de contratos públicos se atiende al dato de la pertenencia al mismo grupo, en los términos del artículo 42.1 del Código de Comercio, pero con el único efecto, para el caso de que dos empresas vinculadas concurren a una misma licitación (lo que, salvo en el contrato de concesión de obra, está permitido), del cálculo para la identificación de las ofertas en presunción de anormalidad. No obstante, los Tribunales han señalado que la concurrencia a la misma licitación no es admisible cuando las empresas vinculadas constituyan una unidad de negocio, pues sería contrario al principio de proposición única.

A los efectos del cómputo del umbral de contribuciones financieras resulta manifiesto que no es suficiente con la pertenencia al mismo grupo, pero ante la ausencia de criterios ciertos por parte del FSR el operador económico que va a licitar está obligado a realizar una autoevaluación con respecto a la autonomía comercial de sus filiales, pudiendo utilizarse como primera aproximación los criterios empleados por los Tribunales para considerar que las empresas vinculadas no actúan como operadores económicos independientes.

- Las sociedades de cartera del operador económico. El FSR no incluye matices o consideraciones adicionales en relación con las sociedades de cartera del operador económico licitador. Así, resultaría lógico considerar que, a este respecto, la referencia a sociedades de cartera comprende aquella(s) sociedad(es) que tengan control (exclusivo o conjunto; directo o indirecto) sobre el operador económico que presenta una oferta a la licitación pública, asumiendo –ahora sí– la noción de “control” antes indicada.



CUATRECASAS

- Los subcontratistas y proveedores *principales* que participen en la misma licitación. El FSR sí establece un criterio para considerar como “principal” a un subcontratista o un proveedor: cuando su participación garantice la aportación de elementos esenciales para la ejecución del contrato –lo cual admite cierto margen de interpretación– y, en cualquier caso, cuando la parte económica de su contribución supere el 20 % del valor de la oferta presentada –que constituye un criterio más objetivo y verificable–.

¿Cuáles son los supuestos en que, no concurriendo los requisitos para que sea obligatorio presentar notificación, los licitadores están obligados a aportar la declaración?

El tenor literal del FSR se refiere a “*todos los demás casos*”, por lo que en una primera lectura cabría entender que, en cualquier caso y en cualquier licitación en la que no se cumplan los requisitos que obligan a presentar una notificación, el licitador estará obligado a aportar la declaración. No obstante, habría argumentos para sostener que la obligación de presentar una declaración únicamente es exigible en aquellos casos en que, concurriendo el requisito del umbral económico del contrato o acuerdo marco (valor estimado igual o superior a 125 millones de euros), el licitador no haya recibido contribuciones financieras en el umbral establecido para ellas.

¿Cabe la posibilidad de subsanar una oferta de licitación en caso de no haber incluido la notificación o la declaración correspondiente? ¿En qué plazo?

Es subsanable y el FSR obliga al órgano de contratación a conceder trámite de subsanación. El FSR prevé expresamente que el plazo que se otorgue para subsanar sea de diez (10) días hábiles (sustancialmente superior al plazo de tres (3) días que, con carácter general, establece nuestra normativa de contratos públicos para la subsanación de ofertas que adolezcan de defectos subsanables).

Si los pliegos de la licitación no lo prevén, ¿sigue siendo exigible la obligación de notificar o de declarar las contribuciones financieras conforme al FSR?

Sí, sigue siendo exigible. El FSR ordena a los poderes adjudicadores que, cuando proceda, indiquen en el anuncio de licitación o en los pliegos que los licitadores están sujetos a la obligación de notificación. Pero añada expresamente: “*No obstante, la ausencia de esta declaración no es óbice para la aplicación del presente Reglamento a los contratos que entren en su ámbito de aplicación*”.

¿En qué momento habrá de presentar el licitador la notificación o declaración?

En los procedimientos abiertos ha de presentarse con la oferta de licitación (es lógico suponer que en el sobre o archivo comúnmente denominado de “documentación administrativa”). En los demás procedimientos de adjudicación que se articulan por fases, el FSR señala que se presentará dos (2) veces: primero con la solicitud de participación y después una notificación o declaración actualizada con la oferta o la oferta final (por tanto, en el procedimiento restringido se presentará con la oferta, mientras que en los demás procedimientos lo será con la oferta final). Se suscita la duda de esta doble presentación respecto del procedimiento negociado sin publicidad, en el que no se presenta solicitud de participación, pero sí una oferta inicial y, concluida la negociación, una oferta final.



Conclusiones y recomendaciones para empresas licitadoras

En atención al régimen de control y a las facultades de investigación que el FSR otorga a la Comisión en relación con ofertas a licitaciones públicas, así como a la actividad que la Comisión ya ha llevado a cabo en este ámbito, resulta recomendable que las empresas licitadoras consideren las siguientes actuaciones:

- Realizar un estudio o análisis, a modo de auditoría, para determinar (i) si las filiales del grupo tienen o no autonomía comercial; y (ii) las contribuciones financieras recibidas y computables como tales a efectos del FSR.
- Articular un sistema para mantener actualizada esta información o para habilitar su recogida en un plazo breve.
- En el caso de que, habitual u ocasionalmente, se cuente con subcontratistas o proveedores significativos, solicitar ese mismo ejercicio a los subcontratistas y proveedores habituales.
- En relación con todas las licitaciones en las que se plantee participar, verificar el valor estimado del contrato o acuerdo marco, fijando una alerta por si se alcanza el umbral establecido en el FSR.



CUATRECASAS

Para obtener información adicional sobre el contenido de este documento puede enviar un mensaje a nuestro equipo del [Área de Conocimiento e Innovación](#) o dirigirse a nuestros especialistas en esta materia:



María López Ridruejo

maria.lopezridruejo@cuatrecasas.com

+34 915 247 143



Jorge Robles

jorge.robles@cuatrecasas.com

+34 952 061 820

©2024 CUATRECASAS

Todos los derechos reservados.

Este documento es una recopilación de información jurídica elaborado por Cuatrecasas. La información o comentarios que se incluyen en el mismo no constituyen asesoramiento jurídico alguno.

Los derechos de propiedad intelectual sobre este documento son titularidad de Cuatrecasas. Queda prohibida la reproducción en cualquier medio, la distribución, la cesión y cualquier otro tipo de utilización de este documento, ya sea en su totalidad, ya sea en forma extractada, sin la previa autorización de Cuatrecasas.

