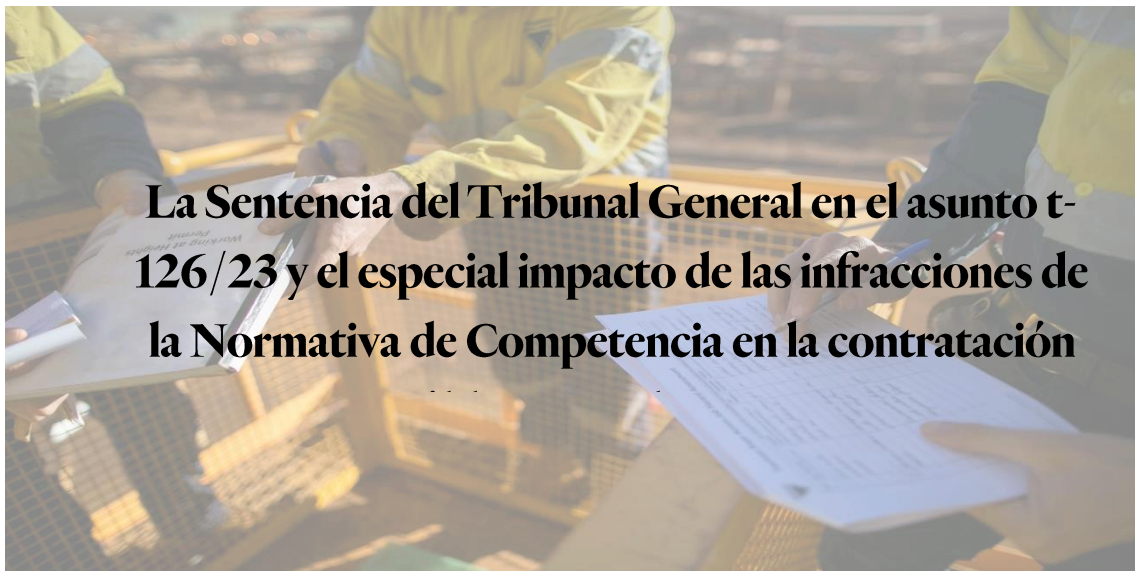


RocaJunyent Informa

Departamento de Derecho de la UE y de la Competencia

3 de diciembre de 2024



La Sentencia del Tribunal General en el asunto T-126/23 y el especial impacto de las infracciones de la Normativa de Competencia en la contratación

El pasado 2 de octubre de 2024, el Tribunal General de la Unión Europea ("TG") dictó sentencia en el asunto T-126/23, *VC/EU-OSHA*¹.

En esta relevante Sentencia, el TG se ha pronunciado sobre los importantes efectos que puede tener cualquier sanción adoptada por una autoridad de competencia nacional

¹ Sentencia del Tribunal General de 2 de octubre de 2024, *VC/EU-OSHA*, T-126/23, EU:T:2024:666. Disponible en el siguiente enlace: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=290609&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2350067>

para toda empresa que pretenda actuar en el ámbito de la contratación pública a nivel europeo, en aplicación de las disposiciones del Reglamento Financiero².

Si bien la Sentencia del TG no es firme - puede ser objeto de recurso de casación ante el TJUE³ -, las conclusiones contenidas en la misma tienen grandes implicaciones prácticas.

En el caso enjuiciado por el TG, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (“CNMC”) sancionó a una determinada entidad (“VC”⁴) por una infracción de la normativa española y europea de defensa de la Competencia. La citada entidad recurrió la Resolución de la CNMC ante la Audiencia Nacional, presentando una solicitud de suspensión cautelar de la ejecución de la misma (suspensión que fue concedida por la Audiencia Nacional).

En paralelo, la señalada entidad presentó una oferta económica a uno de los lotes de una licitación convocada por la EU-OSHA (Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo), para la prestación de servicios web y tecnologías de la información y comunicación. Sin embargo, la EU-OSHA consideró que la infracción de la normativa de defensa de la competencia sancionada por la CNMC en España debía considerarse una “falta de ética profesional grave” con arreglo al Reglamento Financiero. En base a ello, acordó la exclusión de la empresa de la citada licitación, así como su exclusión de cualquier licitación relacionada con fondos de la Unión por un periodo de dos años, con inscripción de dicha circunstancia en la base de datos del sistema de detección precoz y exclusión.

La entidad afectada por dicha decisión impugnó la misma, esgrimiendo una lesión en su derecho a la tutela judicial efectiva, por cuanto una decisión sancionadora no firme y suspendida judicialmente a nivel español no podía acarrear tan gravosas consecuencias en el ámbito de la contratación pública europea. Además, la recurrente esgrimió la adopción acreditada de un programa de *compliance* en materia de competencia que debería haber sido valorado por las autoridades europeas a la hora de imponer dicha exclusión.

LAS CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL GENERAL

² Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión, por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 1296/2013, (UE) n.º 1301/2013, (UE) n.º 1303/2013, (UE) n.º 1304/2013, (UE) n.º 1309/2013, (UE) n.º 1316/2013, (UE) n.º 223/2014 y (UE) n.º 283/2014 y la Decisión n.º 541/2014/UE y por el que se deroga el Reglamento (UE, Euratom) n.º 966/2012 (en lo sucesivo, “Reglamento Financiero”).

³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea

⁴ Referencia anonimizada por el TG

Las conclusiones del TG tienen importantes repercusiones en la aplicación de las exclusiones de licitaciones (i.e. prohibición de contratar) a nivel europeo sobre la base de procedimientos sancionadores nacionales, así como en la configuración y aplicación en las empresas de los programas de cumplimiento normativo en el ámbito de la competencia que puedan servir para evitar la exclusión de empresas en contratación pública.

En primer lugar, el TG considera que la exclusión de VC de la licitación europea fue válida, en la medida en que la ausencia de una resolución o decisión sancionadora firme no impide que se pueda adoptar una decisión de exclusión, previa recomendación de la instancia convocante de la licitación y de una calificación jurídica preliminar de la conducta inadecuada de la entidad licitante, cuando existan indicios de haberse cometido una infracción. En otras palabras, según el TG, la existencia de una resolución sancionadora a nivel nacional, incluso si la misma no es firme y ha sido suspendida cautelarmente por un juzgado, no impide que un órgano de contratación europeo califique preliminarmente como inadecuado el perfil de la entidad sancionada y le excluya temporalmente de la contratación pública europea.

En segundo lugar, el TG consideró que el programa de cumplimiento normativo que había implementado la entidad VC, a modo de medidas de “*self clearing*” para evitar la prohibición de contratar, no era lo suficientemente adecuado para demostrar su eficacia, por lo que no tenía por qué modularse la exclusión de contratar adoptada por la EU-OSHA. A este respecto, de la valoración que hace el TG del plan de cumplimiento normativo ejecutado por la entidad en cuestión podemos extraer las siguientes conclusiones:

- Una investigación interna que se limite a identificar la existencia de una posible infracción normativa (la cual dio lugar, en última instancia, a la exclusión de contratación), no sería suficiente sin acreditar medidas posteriores para atajar y corregir este tipo de comportamientos;
- El cese de las personas involucradas en la infracción no es suficiente en cuanto que no pueda determinarse claramente que el acto de cese es consecuencia directa e indiscutible de la comisión de la conducta anticompetitiva por el empleado en cuestión;
- La mera elaboración de un Plan de Cumplimiento Normativo no será suficiente, a menos que pueda acreditarse -por ejemplo, con documentación adicional- que las medidas contenidas en dicho plan ha sido aplicadas con posterioridad.
- Debe ser posible constatar que los procedimientos de denuncia que se prevean en los Planes de Cumplimiento son aplicados de manera eficaz: no es suficiente

una mera remisión al número de denuncias recibidas o resultas, sin más precisiones sobre cómo se han gestionado y resuelto dichas denuncias.

- Además, debe poder constatarse la aplicación efectiva de otros elementos, como códigos éticos, o formaciones genéricas de empleados: la mera elaboración o constatación de su contenido no es suficiente, sino que tendría que ser posible acreditar acciones concretas, acreditar asistencia y contenido en cada caso, y comprobar el nivel de asimilación de los mismos.

Es más, en relación con estos planes de cumplimiento normativo (que el TG llama “medidas correctoras”), se concluye que, en todo caso, no pueden servir para reducir la duración de la exclusión de contratar: de ser así, podrían tener el efecto contrario al deseado e incitar a la comisión de faltas profesionales graves, pues cabría la posibilidad de reducir la eventual sanción con una modificación posterior del comportamiento de la empresa.

LAS IMPLICACIONES DE LA SENTENCIA

Las conclusiones de esta Sentencia del TG – a la espera de una eventual casación por el TJUE - son especialmente relevantes.

En primer lugar, de la Sentencia se deduce que cualquier infracción del Derecho de la Competencia, tanto a nivel español como europeo, puede considerarse como una “falta de ética profesional grave”, y, por tanto, puede llegar a ser considerada causa de exclusión de la contratación pública europea de acuerdo con el Reglamento Financiero. Y ello puede suceder con independencia de que la resolución sancionadora nacional no haya sido declarada firme, o incluso en aquellos casos donde la sanción ha sido objeto de recurso y su ejecución se ha suspendido cautelarmente.

Estos casos donde la sanción aún no es firme (ni puede tampoco ejecutarse a nivel nacional) la valoración de la Autoridad Nacional de Competencia sobre la misma puede servir de base para la calificación jurídica preliminar prevista por el Reglamento Financiero, y llevar a la exclusión de una empresa no solo de concursos públicos a nivel europeo, sino también de la posibilidad de recibir subvenciones y otros instrumentos similares con cargo a fondos europeos. Pensemos en la importancia de los instrumentos que hoy en día se manejan con cargos a dichos fondos.

En contraste con lo decidido por el TG sobre la contratación europea, debe señalarse que a nivel puramente interno (licitaciones con cargo a fondos públicos españoles) esta exclusión no se aplica del mismo modo por nuestros órganos contratantes, quienes por el momento sí tienen en cuenta las decisiones judiciales de suspensión cautelar de las resoluciones de la CNMC y de la prohibición de contratar que acarrea toda infracción de

la normativa de competencia. Veremos, en todo caso, como evoluciona la posición de la administración española sobre estas cuestiones.

Pero es que, además, la sentencia del TG eleva enormemente el estándar, de exigencia y prueba, de los programas de cumplimiento de la normativa de competencia adoptados por las empresas. Dichos programas de *compliance* tienen una función principal obviamente preventiva de infracciones, pero también se pueden presentar – en base a la propia normativa de contratos públicos⁵ - como medidas adecuadas correctoras para evitar la eventual ejecución de prohibiciones de contratación derivadas de este tipo de infracciones.

A este respecto, la sentencia del TG nos recuerda que la empresa licitante debe poder probar, con la documentación que resulte procedente, que las medidas de *compliance* han sido implementadas de manera indiscutiblemente eficaz. Esto obliga a las empresas a ir más allá del plano teórico en el diseño y ejecución de sus planes de cumplimiento normativo, a la par que se ve aumentada la carga de la prueba a la que deben hacer frente en relación con estos planes de cumplimiento normativo, en caso de verse sometidos a expedientes de exclusión de contratación con administraciones públicas.

Gerard Pérez Olmo / Elena Galán Burgos

⁵ Véase el artículo 72.5, párrafo segundo, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos de Sector Público