

EAPC - Aprofundim en matèria de contractació del sector públic



Reclamació de danys causats al sector públic per pràctiques anticompetitives en el marc de les licitacions de contractes públics

11-04-2023

El mes de febrer de 2023, l'Autoritat Catalana de la Competència (ACCO) ha publicat un estudi sobre la reclamació de danys causats a les administracions públiques per pràctiques anticompetitives. Segons aquest estudi, l'Organització de Cooperació i Desenvolupament Econòmic (OCDE) ha quantificat el sobrecost causat per la falta de competència en els procediments de licitació pública al voltant del 20% del preu adjudicat i, en l'àmbit estatal, la Comissió Nacional dels Mercats i la Competència (CNMC) ha calculat que aquest sobrepreu es tradueix en 48.000 milions d'euros anuals. Aquestes dades posen èmfasi en la rellevància dels perjudicis econòmics causats a les administracions públiques i al seu sector públic per les pràctiques contràries a la competència, especialment, però no només, en l'àmbit de la licitació de contractes públics.

Malgrat els enormes perjudicis derivats de la infracció del dret de la competència, l'estudi de l'ACCO constata que les entitats públiques segueixen sense impulsar accions de reclamació d'aquests danys, tot i que no només estan plenament legitimades per fer-ho, sinó que fins i tot hi estan obligades legalment, d'acord amb l'observança del principi de bona administració que regeix l'actuació de l'Administració pública i que va en consonància amb la prescripció constitucional que tota despesa pública obeeixi a criteris d'eficiència i economia (art. 31.2 de la Constitució espanyola).

L'estudi identifica els següents motius pels quals el sector públic no impulsa accions per reclamar indemnitzacions pels perjudicis soferts: la falta de coneixement d'aquesta possibilitat; la manca de mecanismes per identificar conductes contra el lliure mercat que afecten el sector públic; el cost, tant monetari com en temps i esforços, i la incertesa inherents a la litigació; el temor de danys reputacionals; la voluntat de no trencar la cooperació amb empreses freqüentment licitadores; la manca d'interès polític per iniciar reclamacions que poden trigar anys a donar fruit, o la dificultat per identificar i quantificar el dany patrimonial sofert, entre d'altres.

Mitjançant aquest estudi, l'ACCO vol impulsar les reclamacions de danys causats al sector públic per pràctiques anticompetitives, per a la qual cosa explica les particularitats introduïdes per la [Directiva 2014/104/UE](#) del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de novembre de 2014, la qual

proposa una sèrie de recomanacions per incentivar i facilitar aquest tipus d'accions i exposa alternatives de finançament per mitigar els costos associats a la litigació d'aquestes reclamacions.

En aquest apunt destacarem algunes de les qüestions que s'analitzen en aquest [estudi](#).

Marc normatiu de les reclamacions de danys per infraccions de competència

En primer lloc, cal fer esment a la Directiva 2014/104/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de novembre de 2014, relativa a determinades normes per les quals es regeixen les accions per danys en virtut del dret nacional, per infraccions del dret de la competència dels estats membres i de la Unió Europea.

Aquesta Directiva va ser transposada a l'ordenament jurídic espanyol mitjançant el [Reial decret llei 9/2017, de 26 de maig](#), pel qual es transposen directives de la Unió Europea en els àmbits financer, mercantil i sanitari, i sobre el desplaçament de treballadors, que, entre altres modificacions, va introduir els articles 71-81 de la [Llei 15/2007, de 3 de juliol](#), de defensa de la competència (LDC) (títol VI, referent a la compensació dels danys causats per les pràctiques restrictives de la competència) i va incorporar els articles 283 bis - 283 bis k a la [Llei 1/2000, de 7 de gener](#), d'enjudiciament civil (secció 1a bis del capítol V del títol I, relativa a l'accés a les fonts de prova en procediments de reclamació de danys per infracció del dret de la competència).

Qui pot reclamar

Qualsevol persona física o jurídica, tant de naturalesa pública com privada, que hagi patit un perjudici per una infracció del dret de la competència està legitimada per interposar la reclamació de danys i perjudicis. Aquesta legitimació activa s'estén a qualsevol organisme o entitat pública amb personalitat jurídica pròpia.

Quin tipus d'infracció de competència dona dret a reclamar

D'acord amb l'article 71.2 de la LDC, es tracta d'infraccions dels articles 101 o 102 del [Tractat de Funcionament de la Unió Europea \(TFUE\)](#) o dels articles 1 o 2 de la LDC, és a dir:

- Conductes col·lusòries, enteses com els acords, decisions o recomanacions col·lectives, o pràctiques concertades o conscientment paral·leles que tinguin per objecte, produeixin o puguin produir l'efecte d'impedir, restringir o falsejar la competència en el mercat (per exemple, per mitjà de la fixació de preus, la limitació de la producció o la distribució, el repartiment del mercat, etc.).
- Abús de posició dominant, en el sentit d'explotació abusiva per part d'una o més empreses d'una posició de domini en tot o part del mercat (per exemple, mitjançant la imposició de preus, la negativa injustificada a satisfer la demanda, la subordinació de la celebració de contractes a prestacions accessòries inconnexes, etc.).

Quins danys es poden reclamar

D'acord amb l'article 1106 del Codi civil i l'article 72.2 de la LDC, es poden reclamar tant els danys emergents (o sobrecost degut a un increment dels preus), com el lucre cessant (o disminució del volum de vendes), així com els interessos que corresponguin.

En l'àmbit de les entitats públiques, els perjudicis que solen patir derivats de la manca d'una competència efectiva en els procediments d'adjudicació de contractes públics són, entre d'altres:

- sobrecostos en els productes i serveis que s'adquireixen;
- pèrdua de qualitat dels productes o serveis adquirits, i
- problemes de subministrament per manca d'oferta.

Quantificació dels danys i nexes causal

La quantificació del dany pot ser molt complexa i acostuma a ser el principal element objecte de prova i de discussió en el procediment de reclamació de danys, ja que d'aquest càlcul deriva la indemnització reclamada pel perjudicat. D'acord amb les indicacions de la Comissió Europea, per calcular el dany s'ha de comparar la situació econòmica del perjudicat amb la situació en què es trobaria si no s'hagués produït la conducta anticompetitiva en qüestió.

Per calcular els danys, la Comissió Europea va publicar, l'11 de juny de 2013, una guia pràctica sobre la quantificació del perjudici en les demandes per danys i perjudicis per incompliment dels articles 101 o 102 del TFUE, que inclou diferents mètodes i exemples per efectuar aquests càlculs. La CNMC també està preparant una guia sobre la quantificació de danys per infraccions del dret de la competència. En darrer lloc, cal recordar que la LDC també estableix una altra ajuda per fer aquest càlcul econòmic, i a l'article 76.4 determina la possibilitat que els jutjats i tribunals puguin sol·licitar un informe a les autoritats de defensa de la competència sobre els criteris a seguir per quantificar la indemnització.

No obstant això, fer aquesta quantificació és una tasca tècnicament exigent, que requereix la intervenció de pèrits especialistes. En tot cas, cal tenir en compte que l'Administració mateixa duu a terme un primer assessorament i una estimació quantitativa: en l'àmbit de la Generalitat de Catalunya, l'Àrea de Regulació i Ajuts d'Estat de la Direcció General de Fons Europeus i Ajuts d'Estat té atribuïdes les funcions d'assessorament als departaments i les entitats dependents o vinculades a la Generalitat de Catalunya en la reclamació de danys causats per il·lícits de competència, en el cas que hagin estat perjudicats en virtut del que estableix la normativa de la Unió Europea o nacional en aquest àmbit. Aquesta unitat també fa un seguiment de les diferents resolucions de les autoritats de competència per identificar possibles situacions en què la Generalitat de Catalunya o ens vinculats hagin estat damnificats, en consonància amb l'actuació proactiva que exigeix la matèria i tal com insten a l'Administració de la Generalitat diferents mocions aprovades pel Parlament de Catalunya en les últimes legislatures.

L'últim element que cal provar és el nexa causal entre la infracció del dret de la competència i el dany sofert pel qual l'Administració reclama una indemnització. Sobre aquest punt, l'estudi incideix en el fet que no només els compradors o proveïdors directes de l'infractor poden reclamar una indemnització, sinó que la cadena de causalitat pot anar molt més enllà.

Quines són les vies de reclamació

La reclamació es pot fer per la via judicial, d'acord amb l'article 72.1 de la LDC, que estableix la competència objectiva de la jurisdicció civil ordinària per al coneixement de les accions de reclamació de danys per il·lícits de competència, i hi són competents els jutjats mercantils (art. 86 *ter* de la Llei orgànica 6/1985, d'1 de juliol, del poder judicial). No obstant això, en el cas que l'acció de danys s'acumuli a una acció de responsabilitat contractual, la competència objectiva correspon al tribunal al qual pertorqui l'acció principal.

Així mateix, hi ha mecanismes de solució alternativa de conflictes (negociació, conciliació, mediació o arbitratge) que, segons l'estudi, poden ser una opció més efectiva en temps i costos i més convenient per a l'infractor, que pot veure reduïda la sanció imposada, ja que el rescabament efectiu del dany per part de l'infractor abans que l'autoritat de la competència dicti la resolució, es considera un atenuant qualificat de la sanció.

Quines recomanacions fa l'ACCO en el seu estudi

En vista dels obstacles identificats i per tal d'incentivar i facilitar el rescabament de les administracions públiques quan es vegin perjudicades per un il·lícit de competència, l'ACCO formula un seguit de recomanacions que van des d'accions de formació, difusió i comunicació de l'existència d'aquesta via de reclamació dels danys, fins a la creació d'organismes específics dins de la Generalitat de Catalunya amb la funció d'agrupar i reclamar conjuntament els danys soferts per les administracions públiques catalanes.

En matèria de contractació pública, l'ACCO recomana incloure en els contractes públics clàusules que facilitin la reclamació de danys en el supòsit que l'empresa adjudicatària infringeixi la normativa de competència en relació amb el contracte en qüestió. A tall d'exemple, l'estudi proposa que s'incorpori al contracte una determinació expressa en relació amb la facultat de les entitats públiques de reclamar danys i perjudicis, així com la inclusió d'una clàusula de terminació contractual o d'una penalitat determinada o determinable, si es constata la infracció del dret de la competència en una resolució ferma d'una autoritat de competència.

Les conductes restrictives de la competència tenen un impacte econòmic molt significatiu en el sector públic, sobretot en l'àmbit de les compres públiques. Les sancions imposades per les autoritats de la competència són mesures coercitives en favor de la competència en el mercat, però no són una font de rescabament dels perjudicis soferts per les entitats públiques afectades per la infracció anticoncurrencial. És necessari, doncs, que els organismes i les entitats del sector públic que s'hagin vist perjudicats per una conducta col·lusòria o d'abús de posició dominant reclamin els danys soferts contra els responsables de l'il·lícit, per tal de garantir una administració eficient dels recursos públics i, a la vegada, desincentivar les conductes contra el lliure mercat.

L'estudi insisteix en la necessitat inexcusable que les administracions públiques participin activament en la reclamació de danys derivats d'infraccions del dret de la competència i presenta els principals elements de les reclamacions de danys; exposa les alternatives de finançament dels procediments de reclamació existents al mercat, que poden ajudar a reduir, en bona manera, els costos i riscos associats a la litigació, i planteja un conjunt de recomanacions per facilitar i incentivar la reclamació d'indemnitzacions per part de les entitats públiques perjudicades per il·lícits de competència.



Rosa Maldonado Camats

Responsable jurídica de regulació i assessorament en contractació de la Direcció General de Contractació Pública, Departament d'Economia i Hisenda