

## CONSULTA

### Exclusión de licitadores por prácticas colusorias

 **CONTRATACIÓN** 03/12/2021

En un procedimiento de licitación para la contratación de obras, la mesa de contratación, al valorar las ofertas presentadas por los licitadores, concretamente al proceder a puntuar los criterios evaluables mediante juicios de valor, (consistentes en una memoria técnica), observa la siguiente circunstancia: dos empresas presentan ofertas para cuatro lotes, detectándose que las memorias técnicas de ambas empresas y para los cuatro lotes son idénticas en su literalidad.

De conformidad con lo establecido en el artículo 139.3 de la LCSP (prohibición de presentar más de una oferta y prohibición de que una misma oferta se presente por varias empresas licitadoras salvo que concurran en compromiso de UTE), así como la doctrina y jurisprudencia obrante en la materia (Resolución nº 659/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales), se plantean las siguientes cuestiones:

- 1.- ¿Debe la mesa de contratación excluir a los licitadores por entender que han infringido la prohibición del artículo 139.3 de la LCSP?
- 2.- ¿Se podía interpretar la posibilidad de haberse producido por parte de las empresas una conducta colusoria?
- 3.- De conformidad con lo establecido en el artículo 132 de la LCSP, ¿deberá el órgano de contratación notificar a la CNMC los hechos descritos por si pueden constituir infracción de defensa de la competencia?
- 4.- ¿Cómo deben proceder la mesa y el órgano de contratación al respecto?

## RESOLUCIÓN

### CONSIDERACIONES JURÍDICAS

**Primera. Exclusión por la mesa de contratación a los licitadores que han formulado idéntica memoria técnica, por infringir la prohibición del artículo 139.3 de la LCSP.**

La Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, en su artículo 57.4.d), incluye entre las causas de posible exclusión de los operadores económicos en la participación en un procedimiento de contratación, «cuando el poder adjudicador tenga **indicios suficientemente plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia**».

El artículo 69.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, en adelante LCSP, dispone que, «cuando en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación apreciara posibles indicios de colusión entre empresas que concurren agrupadas en una unión temporal, los mismos requerirán a estas empresas para que, dándoles plazo suficiente, justifiquen de forma expresa y motivada las razones para concurrir agrupadas.

Cuando la mesa o el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por las empresas, estimase que existen indicios fundados de colusión entre ellas, los trasladará a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que, previa sustanciación del procedimiento sumarísimo a que se refiere el artículo 150.1, tercer párrafo, se pronuncie sobre aquellos» (tal procedimiento, conforme a la Disposición final decimosexta de la LCSP, entrará en vigor cuando lo haga la disposición reglamentaria que ha de desarrollarlo, lo que aún no ha sucedido).

Como bien señala la entidad consultante el apartado 3 del artículo 139, que regula las *Proposiciones de los interesados*, de la LCSP, establece que, **cada licitador no podrá presentar más de una proposición**, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 142 sobre admisibilidad de variantes y en el artículo 143 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica.

**Tampoco permite suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal.**

La contravención de estas reglas conlleva la no admisión de todas las propuestas suscritas por él.

En el presente caso, estamos ante dos empresas formalmente diferentes, que formulan ofertas para cuatro lotes, siendo las memorias técnicas presentadas por una y otra, idénticas.

Por lo tanto, en principio, y sin perjuicio de lo que después se dirá, **no existe más de una oferta por cada empresa y lote, ni ambas constituyen Unión Temporal.**

Si ambas empresas pertenecen a un mismo grupo, en el sentido contemplado en el apartado 1 del artículo 42 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio, con arreglo al apartado d), del artículo 149 de la LCSP, que regula las Ofertas anormalmente bajas, **se tomará únicamente**, para aplicar el régimen de identificación de las ofertas incursas en presunción de anormalidad, **aquella que fuere más baja**, y ello con independencia de que presenten su oferta en solitario o conjuntamente con otra empresa o empresas ajenas al grupo y con las cuales concurren en unión temporal.

#### **Segunda. Posible conducta colusoria de las empresas.**

Dispone el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en adelante LDC, que regula las *Conductas colusorias*, que se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

«a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.

b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.

c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.

d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.»

En este momento del procedimiento de adjudicación, en el cual no se conocen cuáles son las ofertas económicas de ambas empresas, es difícil deducir tal conducta, sin perjuicio que entonces quepa hacer tal inferencia.

No obstante, ha de tenerse en cuenta la **Resolución nº 659/2019, de 20 de junio, recurso 414/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales**, a la que se refiere la entidad consultante, que tras señalar que **la prohibición de presentar más de una oferta por cada licitador, se aplica a todos los licitadores, pertenezcan o no a un grupo de empresas.**

Añadió que *«la pertenencia a un grupo no sirve como excepción que permite la presentación concertada de varias empresas a una misma licitación sirviéndose del grupo para incrementar las posibilidades de que una misma oferta técnica resulte seleccionada -como parece ser el caso-, lo que técnicamente se oferta es lo mismo, pero se presentan precios diferentes para que esa misma oferta técnica tenga más oportunidades de ser la mejor valorada».*

La **Resolución nº 950/2015 de 16 de octubre, recurso 1016/2015** del mismo Tribunal, en relación con el artículo 145.3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en adelante TRLCSP, actual artículo 139.3 de la LCSP, concluía que:

*«- El enjuiciamiento de si existe una práctica colusoria corresponde a los organismos reguladores que tienen encomendado su control.*

*- Sí queda bajo el control de este Tribunal el enjuiciamiento de si resulta conculcado el artículo 145.3 TRLCSP, de modo que podría apreciarse, procediendo al "levantamiento del velo", si bajo la apariencia de ofertas formuladas por dos empresas distintas se encubre en realidad la presentación de dos ofertas por quien pueda considerarse, a todos los efectos, como una misma empresa (...)*

*Este Tribunal (admite) "la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo" en los casos en los que, pese a concurrir entidades formalmente distintas entre sí, la existencia de las mismas sea meramente aparente, a modo de pantalla para disimular una realidad unitaria subyacente y conseguir un propósito fraudulento. En estos supuestos, la jurisprudencia permite traspasar la apariencia de personalidad independiente, para deshacer lo ficticio e irrumpir en la realidad, lo que, en supuesto como en el analizado, se traduciría en que las ofertas procedentes de dos o más sociedades deberían ser consideradas como formuladas por un mismo licitador».*

La **Resolución: 60/2021 de 22 de enero de 2021, recurso 1178/2020 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales**, concluye, en aplicación de las normas nacionales que hemos citado, en aplicación e interpretación conjunta con el artículo 57 de la Directiva, y conforme a la jurisprudencia comunitaria y la propia doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales:

1.- Tanto la Directiva como la LCSP califican de irregular o inaceptable la oferta que muestre indicios de colusión, siendo este motivo de su exclusión y, en cuanto a la calificación de una conducta como colusoria ha de estarse a lo establecido en el artículo 1 de la LDC.

2.- Tan solo es exigible la existencia de indicios suficientemente plausibles de un acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia, pero en modo alguno se exige la declaración de su existencia mediante una resolución administrativa firme de carácter sancionador o de otro tipo.

3.- Si bien como hemos dicho, la calificación de una conducta como colusoria no corresponde a los órganos de contratación, sino que es competencia propia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia o, en su caso, los órganos de las Comunidades Autónomas competentes en materia de competencia, las decisiones del órgano de contratación en el procedimiento de licitación son independientes de los procedimientos sancionadores por conductas restrictivas de la competencia que regula la LDC, de modo que, si bien las opiniones y valoraciones que puedan hacer aquellos órganos de defensa de la competencia a solicitud de los órganos de contratación son un elemento esencial a la hora de calificar las conductas, las decisiones del órgano de contratación son autónomas.

Tal autonomía entre el ejercicio de sus funciones por ambos órganos, el de contratación y el que ejerce la defensa de la competencia, supone que **el órgano de contratación no puede sustituir y, muchos menos, asumir las competencias de persecución de prácticas colusorias**, pues tal función no le es competente, **solo puede examinar si en el concreto procedimiento de licitación**, y no en otro procedimiento de contratación distinto, **se ha conculcado o no la libre competencia**.

**Tercera. Necesidad de notificar a la CNMC conforme al artículo 132 de la LCSP los hechos descritos por si pueden constituir infracción de defensa de la competencia.**

El apartado 3 del artículo 132 *Principios de igualdad, transparencia y libre competencia*, de la LCSP determina que, «los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia. Así, tanto ellos como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o, en su caso, los órganos consultivos o equivalentes en materia de contratación pública de las Comunidades Autónomas, y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 44 de esta Ley, notificarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia, cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación».

Tal precepto se ha de poner en relación con el párrafo tercero del apartado 1 del artículo 150 de la LCSP, que determina que «Si en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación, tuviera indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, los trasladará con carácter previo a la adjudicación del contrato a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que a través de un procedimiento sumarísimo se pronuncie sobre aquellos. La remisión de dichos indicios tendrá efectos suspensivos en el procedimiento de contratación. Si la remisión la realiza la mesa de contratación dará cuenta de ello al órgano de contratación. **Reglamentariamente se regulará el procedimiento al que se refiere el presente párrafo**», y como hemos anticipado tal procedimiento no ha entrado en vigor al no haberse desarrollado por disposición reglamentaria alguna.

No obstante, como dice la **Resolución: 60/2021 de 22 de enero de 2021, recurso 1178/2020 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales**, «el órgano de contratación, para resolver lo procedente con el fin de velar en la adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia, puede solicitar un informe facultativo - que no preceptivo, como el exigido por el todavía no vigente artículo 150.1 de la LCSP- del órgano competente en materia de defensa de la competencia, además de notificarle los indicios de actuación colusoria, conforme previene el artículo 132.3 LCSP, notificación, esta sí, obligada, dado que, el artículo 79.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en adelante LPACAP permite, a efectos de la resolución del procedimiento, solicitar no solo aquellos informes que sean preceptivos sino también los que se juzguen necesarios para resolver».

#### **Cuarta. Actuación al respecto de la mesa y del órgano de contratación.**

No es necesario acreditar la práctica colusoria, **bastando** de acuerdo con la Directiva **con la existencia de indicios fundados, para acordar la exclusión de la oferta**, para lo cual es **imprescindible** la conurrencia de dos requisitos esenciales, uno formal y otro material.

1.- **En cuanto al formal**, de acuerdo con el artículo 57.6 de la Directiva, y con las normas que rigen el procedimiento administrativo, cuando se aprecien posibles indicios de colusión, es esencial dar un trámite a las empresas a la que se imputan las prácticas para que, en su defensa, puedan alegar y probar, justificando su actuación.

2.- **En cuanto al fondo**, porque la actuación de la mesa y del órgano de contratación ha de ceñirse exclusivamente a lo que es su competencia, el desarrollo del procedimiento de licitación con arreglo a la LCSP y el PCAP, y en modo alguno puede extenderse a hechos ajenos a aquella licitación, aun cuando pudieran tener conexión con ella desde la perspectiva de la defensa de la competencia, pues el deber de velar por su defensa que pesa sobre el órgano de contratación se ciñe exclusivamente al procedimiento de licitación.

A la luz del informe que emita la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, así como de las alegaciones y pruebas que propongan las empresas para justificar su actuación, la mesa, o en su defecto el órgano de contratación podrá excluir, o no, a ambos licitadores, de forma motivada.

## CONCLUSIONES

**Primera.** En el presente caso, estamos ante dos empresas formalmente diferentes, que formulan ofertas para cuatro lotes, siendo las memorias técnicas presentadas por una y otra, idénticas.

Por lo tanto, en principio, y sin perjuicio de lo que después se dirá, no existe más de una oferta por cada empresa y lote, ni ambas constituyen Unión Temporal.

**Segunda.** El artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en adelante LDC, es el que regula las *Conductas colusorias*.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha aplicado la doctrina del levantamiento del velo en los casos en los que, pese a concurrir entidades formalmente distintas entre sí, la existencia de las mismas sea meramente aparente, a modo de pantalla para disimular una realidad unitaria subyacente y conseguir un propósito fraudulento, que se traduciría en que las ofertas procedentes de dos o más sociedades deberían ser consideradas como formuladas por un mismo licitador.

**Tercera.** A pesar de lo dispuesto en los artículos 132.3 y 150.1 tercer párrafo de la LCSP, el procedimiento no ha entrado en vigor al no haberse desarrollado por disposición reglamentaria alguna.

No obstante, como dice la **Resolución: 60/2021 de 22 de enero de 2021, recurso 1178/2020 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales**, «el órgano de contratación, para resolver lo procedente con el fin de velar en la adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia, puede solicitar un informe facultativo - que no preceptivo, como el exigido por el todavía no vigente artículo 150.1 de la LCSP- del órgano competente en materia de defensa de la competencia, además de notificarle los indicios de actuación colusoria, conforme previene el artículo 132.3 LCSP».

**Cuarta.** A la luz del informe que emita la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, así como de las alegaciones y pruebas que propongan las empresas para justificar su actuación, la mesa, o en su defecto el órgano de contratación podrá excluir, o no, a ambos licitadores, de forma motivada.

Este Informe se emite sin perjuicio de otro mejor fundado en Derecho.