

La sanción firme por infracción de las normas nacionales de competencia es causa de exclusión de la licitación

Una reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea aclara, en el marco de una petición de decisión prejudicial, que la sanción firme por el incumplimiento de las normas nacionales de competencia permite excluir a un licitador de la contratación por entender que incurre en una falta en materia profesional sin que tal exclusión vulnere las libertades de establecimiento y de prestación de servicios tal y como han sido consagradas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Grupo de Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados

Las normas sobre competencia están íntimamente relacionadas con la contratación pública, como ya se ha puesto de manifiesto en diversas ocasiones con anterioridad¹.

La relevancia de esta interrelación se ha vuelto a poner en evidencia a la vista de la **Sentencia de 18 de diciembre de 2014 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**, Sala Décima, C-470/2013, en la que se concluye que los artículos 49² (libertad de establecimiento en el territorio de otro Estado miembro) y 56³ (libre prestación de servicios) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) no se oponen a la aplicación de una normativa nacional que **excluye de la participación en un procedimiento de licitación a un operador económico que ha cometido una infracción contra la normativa sobre competencia**, infracción que ha sido declarada mediante sentencia judicial que ha adquirido autoridad de cosa juzgada y por la que se le ha impuesto una multa.

¹ GCSP número 24 "contratación pública y competencia", GCSP número 30 "de nuevo sobre contratación pública y competencia", GCSP número 43 "Administración local y competencia" y GCSP número 48 "contratación y competencia: procesos de licitación para la provisión de la Sanidad Pública en España".

² El artículo 49 TFUE dispone que en el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.

La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales.

³ En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación.

El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán extender el beneficio de las disposiciones del presente capítulo a los prestadores de servicios que sean nacionales de un tercer Estado y se hallen establecidos dentro de la Unión.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea trae causa de una petición de decisión prejudicial cuyo objeto era la *interpretación de los artículos 18, 34, 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 45, apartado 2, párrafo primero, letras c) y d), de la Directiva 2004/18/CE*⁴, surgida en el marco de un litigio relativo a la desestimación del recurso interpuesto contra una resolución mediante la cual un **licitador fue excluido de un procedimiento de licitación por haber cometido previamente una infracción contra las normas nacionales sobre competencia.**

Entiende la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que **los poderes adjudicadores han de tener la posibilidad de excluir a los operadores económicos**, en particular **por faltas profesionales graves, como infracciones de las normas sobre competencia**, teniendo en cuenta que tales faltas *pueden poner en tela de juicio la integridad de un operador económico.*

Tal decisión se apoya en el considerando 2 de la Directiva 2004/18, que prescribe la observancia de las libertades comunitarias en la contratación pública, el **artículo 45.2 de la misma Directiva en tanto que permite excluir de la licitación a los operadores económicos condenados por delito o sancionados por falta grave que afecte a su moralidad profesional**⁵, el considerando 101⁶ y el artículo 57⁷ de la Directiva 2014/24/UE⁸.

En lo concerniente a la exclusión de operadores económicos de un contrato público en el contexto de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios previstas en los artículos 49 y 56 TFUE, señala que el artículo 45, apartado 2, letra d), de la Directiva 2004/18 **permite excluir a todo operador «que haya cometido una falta grave en materia profesional, que pueda ser comprobada por cualquier medio que los poderes adjudicadores puedan justificar»** y añade que el **concepto de «falta en materia profesional»**, abarca **cualquier comportamiento que incurra en culpa y que afecte a la credibilidad profesional del operador económico en cuestión**, y no sólo, en sentido estricto, las infracciones de las normas deontológicas de la profesión a que pertenece dicho operador⁹.

⁴ *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 versión modificada por el Reglamento (CE) nº 1177/2009 de la Comisión, de 30 de noviembre de 2009.*

⁵ Permite excluir de su participación en una licitación a los operadores económicos que c) que hayan sido condenados por sentencia con autoridad de cosa juzgada según las disposiciones legales del país y en la que se aprecie un delito que afecte a su moralidad profesional; y d) que haya cometido una falta grave en materia profesional, que pueda ser comprobada por cualquier medio que los poderes adjudicadores puedan justificar.

⁶ «Además, se debe dar a los poderes adjudicadores la posibilidad de excluir a los operadores económicos que hayan dado muestras de no ser fiables, por ejemplo debido a que han incumplido las obligaciones medioambientales o sociales, entre ellas las normas sobre accesibilidad para las personas con discapacidad, o a que han cometido otras formas de falta profesional grave, como infracciones de las normas sobre competencia o de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Es preciso aclarar que una falta profesional grave puede poner en tela de juicio la integridad de un operador económico y por tanto hacerle no apto para ser adjudicatario de un contrato público, con independencia de si, en otros aspectos, pueda disponer de capacidad técnica y económica para ejecutar el contrato.

⁷ El apartado 4 del artículo 57 de la Directiva 2014/24 establece que "los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación, por sí mismos o a petición de los Estados miembros, en cualquiera de las siguientes situaciones:

d) 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".

⁸ *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.*

⁹ En este sentido cabe citar la Sentencia Forposta y ABC Direct Contact, EU:C:2012:801, apartado 27.

Por tal motivo considera que la **comisión de una infracción contra las normas sobre competencia**, especialmente si la infracción se ha sancionado con una multa, **constituye una causa de exclusión** comprendida en el artículo 45, apartado 2, letra d), de la Directiva 2004/18 y más aún, la exclusión deberá considerarse justificada *a fortiori* con respecto a los contratos públicos que no alcancen el umbral pertinente definido en el artículo 7 de dicha Directiva y que, por consiguiente, no están sujetos a los procedimientos particulares y rigurosos previstos por ésta.

En definitiva concluye que los artículos 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea **“no se oponen a la aplicación de una normativa nacional que excluye de la participación en un procedimiento de licitación a un operador económico que ha cometido una infracción contra la normativa sobre competencia, infracción que ha sido declarada mediante sentencia judicial que ha adquirido autoridad de cosa juzgada y por la que se le ha impuesto una multa”**.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S.L.P. está integrado por Juan Santamaría Pastor, Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández y Pilar Cuesta de Loño.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma jlpalma@gomezacebo-pombo.com o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel: 915 829 415)

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo abogados, S.L.P.