

Margen de actuación ante la existencia de indicios de prácticas colusorias en procedimientos de contratación

Un reciente informe de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía se pronuncia acerca de las actividades a desarrollar ante la existencia de sospechas o indicios de conductas colusorias, concluyendo que la legislación vigente no prevé –y por tanto no permite– como motivo de exclusión de los licitadores la existencia de meras sospechas o indicios de conductas colusorias. Entiende que la constatación de su existencia –que constituye una prohibición de contratar– con posterioridad a la adjudicación del contrato produce la nulidad del acto de adjudicación (siempre que ya existiera antes de dicha adjudicación y en consecuencia en el momento de la adjudicación) y añade que, en cualquier caso, procede la resolución del contrato por la constatación de prácticas colusorias entre los licitadores si se hubiera establecido como tal causa de resolución en el mismo.

Grupo de Contratos del Sector Público
Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P.

El Director General de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía se dirigió a la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía solicitando informe acerca de las pautas de actuación a adoptar ante la apreciación de indicios de prácticas colusorias en el marco de un procedimiento de contratación.

Recuerda que de conformidad con el artículo 1¹ y la disposición adicional 23^{a2} del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011 de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), la competencia se configura como un principio rector de la contratación pública que debe por tanto, preservarse, y consulta – dado que habitualmente la resolución que declara la existencia de la práctica contraria a la Ley de Defensa de la Competencia recae una vez finalizado el procedimiento de licitación, cuando el contrato ya se encuentra en fase de ejecución-:

¹ El artículo 1 TRLCSP dispone que el objeto de la Ley es, entre otros, el de regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar (...) la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

² La DA23^a TRLCSP establece que los órganos de contratación, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 40 de esta Ley notificarán a la Comisión Nacional de la 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.

PRIMERO: ¿Qué actuación debe adoptar el órgano de contratación en cada una de las siguientes situaciones?:

- A) Si el expediente se encuentra en fase de licitación, además de reportar la existencia de indicios de prácticas colusorias, ¿existe alguna vía para que la mesa de contratación pueda proponer la exclusión del licitador afectado por la sospecha?
- B) Cuando el contrato se encuentra en fase de ejecución ¿cómo debe actuar el órgano de contratación cuando se constata la existencia de una práctica colusoria por parte del contratista? En ese sentido se plantea dos opciones:
- ¿Se está ante un vicio de nulidad del acto de adjudicación del contrato y por tanto procede iniciar la revisión de oficio?
 - ¿Procede la resolución del contrato? y en tal caso ¿cuál sería la causa concreta que motivaría la resolución si no está prevista en los pliegos de cláusulas administrativas particulares?

SEGUNDO: ¿Cuál es la operatividad que debe reconocerse al artículo 57 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, que permite a los poderes adjudicadores **excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación** cuando tenga indicios suficientemente plausibles de que aquél ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia?

La Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía da respuesta a las cuestiones formuladas en el informe 11/2016, de 1 de febrero de 2017 en los siguientes términos:

- A) Actuación de la Mesa de Contratación ante la evidencia de que un licitador muestra indicios de prácticas colusorias.

Señala que el proyecto de ley no sólo mantiene la obligación de la mesa de contratación o en su defecto, del órgano de contratación, de comunicar cualquier indicio de prácticas colusorias a los órganos competentes en materia de defensa de la competencia, sino que incluye como novedad que **la remisión tendrá efectos suspensivos en el procedimiento de contratación**³.

³ En efecto, el artículo 148 del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público actualmente en las Cortes, relativo a la clasificación de las ofertas y adjudicación del contrato, establece en su párrafo tercero 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. Reglamentariamente se regulará el procedimiento al que se refiere el presente párrafo.

Artículo 132.3 también del Proyecto de Ley dispone 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

Ahora bien, hasta que se apruebe la nueva ley, la actualmente vigente no contempla como motivo de exclusión del procedimiento de licitación la existencia de meras sospechas o indicios de conductas colusorias, estableciendo sin margen de duda que el órgano competente para pronunciarse al respecto es el de defensa de la competencia⁴.

- B) Si estando el contrato en fase de ejecución se constata la existencia de una práctica colusoria por parte del contratista ¿se produciría un vicio de nulidad? ¿procedería la resolución del contrato?

El informe cita los artículos 31, 32 y 54.1 TRLCSP⁵ y señala que una vez constatada la existencia de prácticas colusorias por el órgano competente en materia de defensa de la competencia y sancionado por ello el licitador con carácter firme – por infracción grave en materia de falseamiento de la competencia – concurriría en éste una prohibición de contratar – siempre que la resolución se hubiera pronunciado expresamente sobre su alcance y duración⁶ - ex artículo 60.1.b) TRLCSP, y ello impediría al licitador contratar con el Sector Público de conformidad con el artículo 54, además de conllevar la nulidad de la adjudicación ex artículo 32.b).

Ahora bien: si el contrato ya está ejecutándose, ¿qué ocurre? El informe considera -con cita de pronunciamientos de otras juntas consultivas de contratación⁷- que la solución sería diversa en función de si esa prohibición no concurría en el momento de adjudicación del contrato (i) o si ya existía con anterioridad y, en consecuencia, en el momento de la adjudicación (ii).

- (i) En el primer caso, la concurrencia sobrevenida de esa prohibición de contratar no afectaría a los contratos en vigor dado que en el momento de su adjudicación tal prohibición no concurría.

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.

⁴ En apoyo de tal conclusión cita el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares 5/2013, de 15 de noviembre, relativo a una cuestión similar, en el que se dice que las normas en materia de contratación pública no tienen por finalidad perseguir y sancionar las conductas anticompetitivas sino favorecer la máxima concurrencia, por lo que no es admisible excluir a los licitadores con fundamento en una sospecha de actuaciones colusorias, misión que corresponde al derecho de la competencia.

⁵ El artículo 31 regula los supuestos de invalidez y dispone que los contratos de las Administraciones Públicas y los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17, serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o el de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo o de derecho civil a que se refieren los artículos siguientes. El artículo 32 regula las causas de nulidad de derecho administrativo, enumerando entre ellas la falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario, o el estar éste incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 60 (apartado b) del artículo 32); y el artículo 54.1 establece que sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas.

⁶ Dice que, en caso contrario, si la resolución sancionadora no se pronuncia sobre estos extremos, corresponderá al Ministro de Hacienda previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

⁷ Informe 18/2011, de 6 de julio, Junta Consultiva de Aragón e informe 13/2010, de 26 de noviembre de 2010, de la JCCA Generalidad de Cataluña.

- (ii) En el segundo caso, procedería la nulidad del acto de adjudicación de conformidad con lo establecido en los artículos 60.1 b) y 32 del TRLCSP.

TERCERO: El motivo de exclusión del artículo 57.4.d) de la Directiva 2014/24/UE ¿puede ser aplicable de forma directa por la Mesa de contratación si existieran indicios de acuerdos con otros operadores destinados a falsear la competencia?

Pues bien, considera que el artículo referido permite a los poderes adjudicadores excluir a un operador económico de 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".

Sin embargo advierte que en la aplicación del artículo 57.4.d) no se está ante un supuesto de efecto directo de la directiva comunitaria sino de mera aplicación de normas nacionales⁸, pues de conformidad con la tabla de equivalencias⁹ establecida en la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 6 de abril de 2016, el equivalente del artículo 57.4 d) de la Directiva 2014/24/UE en el TRLCSP sería el artículo 60.1 b) que dispone que no podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 del TRLCSP las personas en quienes concurran la circunstancia de "haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia (...) de falseamiento de la competencia, (...) "¹⁰.

⁸ Entiende el informe (de conformidad con el criterio de la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 6 de abril de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, sobre la utilización del Documento Europeo Único de Contratación previsto en la nueva Directiva de contratación pública) que las prohibiciones de contratar que establece la Directiva de 2014 ya fueron incorporadas al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

⁹ Tabla de equivalencias entre cada una de las preguntas del DEUC que deben responder los licitadores, los artículos de la Directiva 2014/24/UE y los artículos del TRLCSP que han dado transposición al artículo 57 de la Directiva 2014/24/UE.

¹⁰ En definitiva, el informe concluye que en el caso de que el licitador respondiera negativamente a la pregunta del DEUC sobre la existencia de acuerdos colusorios pero la Mesa de contratación tuviera indicios de la existencia de tales acuerdos, y de acuerdo con la disposición adicional vigésimo tercera del TRLCSP está obligada a ponerlo en conocimiento del órgano competente en materia de defensa de la Competencia, en este caso, la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S.L.P. está integrado por Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Juan Santamaría Pastor 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.: 915 829 204)

© 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.