

Informe 11/2016, de 1 de febrero de 2017, sobre la actuación de la Mesa de contratación ante la existencia de indicios de prácticas colusorias en los procedimientos de contratación

I – ANTECEDENTES

El Director General de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía solicita informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en los siguientes términos:

“Primera.- La Disposición Adicional vigésimo tercera del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley de Contrato del Sector Público (en lo sucesivo, TRLCSP), proclama 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”.

El artículo 1 del TRLCSP dispone que el objeto de la norma es la regulación de la contratación del sector público con el “... 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, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”, de forma que la libre competencia se configura como un principio rector de la contratación pública.

Al amparo de estas obligaciones, la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA), en aquellos casos en los que ha apreciado indicios de una posible conducta colusoria entre licitadores, ha comunicado dicha circunstancia a la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, como órgano competente en la materia, en virtud del Decreto 289/2007, de 11 de diciembre.

Teniendo en consideración los plazos establecidos en el señalado Decreto, para las fases de investigación e incoación, en su caso, de un procedimiento sancionador contra los licitadores que incurrir en dichas prácticas contrarias al mercado, lo habitual es que, en el supuesto de existir resolución por la que se declara la existencia de una práctica contraria a la Ley de Defensa de la Competencia, ésta recaiga una vez finalizado el procedimiento de licitación, cuando el contrato se encuentra en fase de ejecución.

Conforme a lo expuesto, mediante la presente la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía se plantea cuál es la actuación que debe adoptar el órgano de contratación en cada una de las siguientes situaciones:



(i) Cuando el expediente se encuentra en fase de licitación, más allá de la obligación de reportar la existencia de indicios de prácticas colusorias a la Agencia de Defensa de la Competencia, ¿existe alguna vía por la que la Mesa de Contratación pueda proponer la exclusión del licitador afectado por dichas sospechas?. Entendemos, salvo criterio en contrario de la Comisión Consultiva de Contratación, que la respuesta es negativa y que no existe vía para la exclusión.

(ii) Cuando el contrato se encuentra en fase de ejecución, ¿cómo debe actuar el órgano de contratación cuando se constata, por parte del órgano competente, la existencia de una práctica colusoria por parte del contratista?. En tal sentido nos planteamos las siguientes opciones:

a. ¿Nos encontramos ante un vicio de nulidad del acto de adjudicación del contrato por cuanto ésta no debió recaer nunca en un licitador que, para resultar designado como oferta económicamente más ventajosa, incurrió en prácticas contrarias a la competencia y, por ende, se conculcó el principio consagrado en el artículo 1 del TRLCSP relativo a la salvaguarda de la libre competencia?.

En este supuesto, ¿es necesario iniciar un procedimiento de revisión de oficio del acto de adjudicación de los previstos en los artículos 102 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común?.

b. ¿Procede la resolución del contrato?. ¿En tal caso, cuál sería la causa concreta que motivaría la resolución si ésta no está prevista expresamente en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares?.

Segunda.- El artículo 57.4 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, (en adelante, DN) señala que “los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación, por sí 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;”

El Documento Europeo único de Contratación (en adelante, DEUC) prevé en la Sección C de la Parte III como uno de los motivos de exclusión referidos a la insolvencia, los conflictos de intereses o la falta de profesionalidad, haber celebrado el operador económico acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia, por lo que entendemos que efectivamente se trata de un motivo de exclusión plenamente aplicable a los contratos sujetos a regulación armonizada.

Así, si bien resulta obvio que la respuesta afirmativa a la pregunta sobre si el licitador ha concertado acuerdos destinados a falsear la competencia debería implicar su exclusión del procedimiento de licitación, el problema radicaría en el supuesto de que existiendo respuesta negativa



a dicha cuestión, la Mesa de contratación tenga constancia de la existencia de indicios suficientemente plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia. En tal caso, ¿resultaría aplicable de forma directa dicho motivo de exclusión en el procedimiento de licitación o sería necesario articular previamente la denuncia ante la Agencia de Defensa de la Competencia en los términos antes expuestos?

Tercera.- Al hilo de lo dispuesto en el artículo antes citado respecto de los motivos de exclusión, el artículo 57.6 de la DN proclama que “Todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación.

A tal efecto, el operador económico deberá demostrar que ha pagado o se ha comprometido a pagar la indemnización correspondiente por cualquier daño causado por la infracción penal o la falta, que ha aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva colaborando activamente con las autoridades investigadoras y que ha adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas.

Las medidas adoptadas por los operadores económicos se evaluarán teniendo en cuenta la gravedad y las circunstancias particulares de la infracción penal o la falta. Cuando las medidas se consideren insuficientes, el operador económico recibirá una motivación de dicha decisión.

Los operadores económicos que hayan sido excluidos por sentencia firme de la participación en procedimientos de contratación o de adjudicación de concesiones no tendrán derecho a acogerse a la posibilidad prevista en el presente apartado durante el período de exclusión resultante de dicha sentencia en el Estado miembro en el que la sentencia sea ejecutiva”.

Al respecto el DEUC contempla dentro de la Sección C, Parte III, en relación con la existencia de acuerdos destinados a falsear la competencia, que, en caso de que el operador económico responda afirmativamente, podrá señalar que ha adoptado medidas correctoras, describiendo las mismas.

Pues bien, en tal caso, ¿Cómo debe actuar la Mesa de Contratación?. ¿Debe aceptar la participación de la licitadora?. ¿Deberá de poner de manifiesto ante el órgano que haya declarado, en su caso, la prohibición de contratar, que el licitador está arguyendo medidas autocorrectoras para que la tenga en consideración a los efectos de “levantar” dicha prohibición?.”.

II – INFORME

Previamente al examen de las cuestiones resulta necesario indicar que, de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 26/2007, de 6 de febrero, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía modificado por el Decreto 122/2014, de 26 de agosto, la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA) es una Agencia Pública Empresarial de las previstas en



el artículo 68.1 b) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (en adelante LAJA). A efectos contractuales tiene la consideración de Administración Pública, de conformidad con el artículo 62.1 de la LAJA que dispone que *“el régimen de contratación de las agencias, salvo las agencias públicas empresariales previstas en el artículo 68.1.a) de esta Ley, será el establecido para las Administraciones Públicas en la legislación de contratos del sector público”*.

Pues bien, las cuestiones que se plantean en la consulta están relacionadas con la actuación que debe adoptar la Mesa de Contratación cuando, en la fase de licitación de un contrato o en su ejecución, aprecia la existencia de posibles indicios de conductas colusorias entre los licitadores o éstas son constatadas.

1. En cuanto a la primera cuestión, varias son las preguntas que se plantean.

1.1. Por un lado, si encontrándose el procedimiento de contratación en fase de licitación, existe alguna vía por la cual la Mesa de contratación pueda proponer la exclusión de un licitador afectado por indicios de prácticas colusorias, sin perjuicio de la obligación de comunicar dichos indicios a la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía.

Sobre este asunto referido a las prácticas contrarias a la libre competencia, el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) dedica la disposición adicional vigésimo tercera en la que se prevé 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”*.

La citada disposición tan sólo establece la obligación de los órganos de contratación de comunicar cualquier indicio de prácticas contrarias a la competencia entre los licitadores a los órganos de la competencia, es decir, a la hoy Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a los órganos autonómicos competentes (en la Comunidad Autónoma de Andalucía, la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía) responsables de investigar toda sospecha de práctica o conducta que pudiera constituir infracción de la legislación de defensa de la competencia y proceder, en su caso, a la imposición de la correspondiente sanción de conformidad con la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Conviene señalar que el texto del borrador del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público que ha sido remitido al Congreso de los Diputados para su tramitación parlamentaria, y que incorporará al ordenamiento jurídico español las Directivas 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, en su artículo 132.3 reproduce en términos similares la disposición adicional vigésimo tercera del TRLCSP:

“3. 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”.

Asimismo, el último párrafo de la exposición de motivos del Proyecto de Ley de Contratos indica que *“Especialmente destacable resulta, además, la regulación que realiza el artículo 148.1 del anteproyecto al prever que las mesas de contratación puedan trasladar, 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, indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación. El procedimiento a través del cual se pronunciarán aquellas será sumarísimo y será definido reglamentariamente. Si se contemplan en el anteproyecto, sin embargo, los efectos suspensivos en el procedimiento de contratación de dicho traslado”.*

En particular, el párrafo tercero del artículo 148.1 del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público que lleva como rúbrica *“Clasificación de las ofertas y adjudicación del contrato”* dispone expresamente 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 aquéllos. 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”.

El Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público viene a regular en términos similares lo relativo a la regulación sobre las prácticas colusorias en los procedimientos de contratación en el sentido de mantener la obligación de la Mesa de Contratación, en el ejercicio de sus funciones, o en su defecto el órgano de contratación, de comunicar cualquier indicio de prácticas colusorias a los órganos competentes en materia de defensa de la competencia, si bien incluye como novedad que la remisión de esos indicios producirá efectos suspensivos en el procedimiento de contratación. No obstante, todo ello sin perjuicio de las modificaciones que puedan producirse al respecto a lo largo de la tramitación parlamentaria del citado Proyecto de Ley.

Así, encontrándonos a la espera de la aprobación y entrada en vigor de la futura nueva Ley de Contratos del Sector Público y lo que en ésta pueda disponerse sobre esta cuestión, lo cierto es que aún existiendo la posibilidad de poder incidir los supuestos indicios de conductas anticompetitivas en el resultado de la adjudicación, la legislación contractual actual no prevé 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 para pronunciarse sobre la constatación de las mismas es el órgano competente en materia de defensa de la competencia.

En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares en el Informe 5/2013, de 15 de noviembre, se pronuncia sobre una cuestión similar a la aquí planteada poniendo de manifiesto lo siguiente:

“La normativa en materia de contratación pública no tiene como finalidad perseguir y sancionar las conductas anticompetitivas que puedan producirse entre los empresarios que participan en un procedimiento de contratación pública. Como ya hemos dicho, esta es una misión que corresponde al derecho de la competencia y así queda patente en la disposición adicional vigésima tercera del TRLCSP, que excluye de su ámbito la sanción de las conductas que infrinjan la legislación en materia de defensa de la competencia.

Por tanto, debe considerarse que el hecho de que un órgano de contratación sospeche o detecte indicios de que en el seno de un procedimiento se han producido acuerdos colusorios entre varios licitadores, no constituye un motivo de exclusión, y ello no tan solo porque la normativa en materia de contratación no prevea esta posibilidad, sino también porque en los procedimientos de contratación es esencial favorecer la máxima concurrencia, sin que sea admisible excluir a los licitadores con fundamento en una mera sospecha de actuaciones colusorias”.

1.2. Por otro lado, si encontrándose el contrato en la fase de ejecución se constata por el órgano competente la existencia de práctica colusoria por parte del contratista, el órgano consultante plantea si produciría un vicio de nulidad del acto de adjudicación del contrato y si procedería la resolución del mismo.

1.2.1. Respecto a la posibilidad de nulidad del acto de adjudicación, el artículo 31 del TRLCSP prevé que *“Además de los casos en los que la invalidez derive de la ilegalidad de su clausulado, 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 sean 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”.*

Y el artículo 32 del TRLCSP establece que *“son causas de nulidad administrativa las siguientes:*

a) Las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

b) 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.

c) La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia.



d) Todas aquellas disposiciones, actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Administraciones Públicas que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración”.

Por otra parte, el artículo 54.1 del TRLCSP prevé 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”.*

Como ya hemos puesto de manifiesto la constatación de prácticas colusorias entre los licitadores corresponde al órgano competente en materia de defensa de la competencia. Una vez producida ésta y si como consecuencia de ello el licitador es sancionado con carácter firme por infracción grave en materia de falseamiento de la competencia, y por tanto, concurre en él esta prohibición de contratar que está establecida en el artículo 60.1 b) del TRLCSP, corresponde al órgano de contratación apreciar directamente esta prohibición de contratar cuando la resolución sancionadora se hubiera pronunciado expresamente sobre su alcance y duración. En el caso de que la resolución sancionadora no se pronuncie sobre estos extremos, corresponderá al Ministerio de Hacienda previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

Al concurrir en el licitador una prohibición de contratar, y de acuerdo con el artículo 54 del TRLCSP, ello impide poder contratar con el sector público. Asimismo, la adjudicación de un contrato a un licitador incurso en una prohibición de contratar conlleva la nulidad de dicha adjudicación de acuerdo con el artículo 32 b) del TRLCSP.

No obstante, la duda del órgano consultante viene dada respecto a los efectos que en un contrato en ejecución pudiera producir dicha prohibición de contratar al apreciarse con posterioridad a la adjudicación del contrato.

Esta cuestión ha sido objeto de pronunciamiento por parte de otras Juntas Consultivas de Contratación. Así, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en el Informe 18/2011, de 6 de julio, ponía de manifiesto:

“En el supuesto de que una prohibición existente antes de la formalización del contrato, se constata en un momento posterior, conlleva la nulidad del contrato que entra en fase de liquidación, impidiendo a partir de ese momento, proseguir con la ejecución del mismo, que únicamente en las circunstancias excepcionales reguladas en el artículo 35.3 LCSP se podrá continuar temporalmente”.

Asimismo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, en el Informe 13/2010, de 26 de noviembre de 2010, señalaba que:

“Hay que señalar que la LCSP no contiene ninguna previsión en relación con la circunstancia que un contrato válidamente adjudicado resulte posteriormente afectado por una causa que, en caso de haber concurrido antes de la adjudicación del contrato, hubiera determinado su nulidad.

A efectos de determinar, pues, las eventuales consecuencias de la prohibición de contratar sobrevenida, hace falta tener en cuenta que la circunstancia que da lugar a la nulidad no hace



referencia a la relación jurídica contractual y que no invalida la adjudicación, en la medida en que ésta se adoptó sin la concurrencia de la causa de nulidad”.

E igualmente en el Informe 14/2012, de 30 de noviembre, indicaba que:

“Un supuesto diferente es aquél en que el requisito de incurrir en causa de incompatibilidad se produce con posterioridad a la formalización del contrato. Sobre esta última cuestión se ha pronunciado esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en el Informe 13/2010, de 26 de noviembre. En este Informe se manifestó que la normativa sobre contratación pública vigente en aquel momento, que era la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (de ahora adelante, LCSP), no contenía ninguna previsión en relación con la circunstancia que un contrato válidamente adjudicado resultara posteriormente afectado por una causa que, en caso de haber concurrido antes de su adjudicación, habría impedido la adjudicación o que, si se hubiera adjudicado, sería nulo.

Esta interpretación no se ha visto modificada con la aprobación y posterior entrada en vigor del TRLCSP, teniendo en cuenta que este texto legal tampoco contiene ninguna previsión sobre este punto, a pesar de las importantes modificaciones introducidas en la LCSP y recogidas en el TRLCSP, especialmente, con respecto al régimen de invalidez y a la revisión de decisiones en materia de contratación. Por lo tanto, se puede afirmar que cuando la causa de prohibición de contratar se produce una vez perfeccionado el contrato, no invalida la adjudicación ni la formalización, ni tiene ningún efecto en el contrato, salvo que el pliego de cláusulas administrativas particulares disponga expresamente otra cosa”.

Cuando la prohibición de contratar se conociera encontrándose un contrato en la fase de ejecución, habría que distinguir si esa prohibición no concurría en el momento de la preparación y adjudicación del contrato, es decir, ocurre de forma sobrevenida después de que el contrato se adjudicara, o si ya existía con anterioridad a la adjudicación y, en consecuencia, en el momento de la adjudicación.

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.

En el segundo caso, si ya concurría esa prohibición antes de la adjudicación del contrato, entendemos que aunque su apreciación se produce con posterioridad a la adjudicación, las prácticas colusorias constatadas han tenido lugar durante el procedimiento de licitación y si ha habido sanción con carácter firme por infracción grave en materia de falseamiento de la competencia, procedería la nulidad del acto de adjudicación de conformidad con lo establecido en los artículos 60.1 b) y 32 del TRLCSP, siendo el procedimiento a seguir para declarar la misma el establecido en el capítulo primero del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de acuerdo con lo previsto en el artículo 34.1 del TRLCSP *“la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada se efectuará de conformidad con lo establecido en el Capítulo primero del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”.* Tras la entrada en vigor el 2 de octubre de 2016 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, las referencias a la Ley



30/1992, de 26 de noviembre, se entenderán hechas a aquélla de conformidad con su disposición final cuarta.

1.2.2. En cuanto a la procedencia de la resolución del contrato, el artículo 223 del TRLCSP enumera las causas de resolución de los contratos entre las que no se encuentra la constatación de prácticas colusorias entre los licitadores. No obstante, el apartado h) de ese artículo prevé que puedan establecerse expresamente en el contrato otras causas de resolución. En este sentido, sólo procedería la resolución del contrato por la constatación de prácticas colusorias entre los licitadores si se hubiera establecido como tal en el mismo.

2. La segunda cuestión se refiere al apartado 4 d) del artículo 57, de 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, en relación con la pregunta cuarta de la Sección C de la Parte III del Documento Europeo Único de Contratación (en adelante DEUC).

El artículo 57.4 d) de la Directiva 2014/24/UE establece que los poderes adjudicadores podrán 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”*.

La pregunta cuarta de la Sección C Parte III DEUC se formula en los siguientes términos *“¿Ha celebrado el operador económico acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia? Sí o No”*.

El órgano consultante plantea si 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 en el caso de que el licitador hubiera respondido negativo a la citada pregunta pero tuviera indicios de que éste ha llegado a acuerdos con otros licitadores destinados a falsear la competencia.

Respecto a la transposición al ordenamiento jurídico español de los motivos de exclusión que establece la Directiva 2014/24/UE, resulta conveniente citar lo indicado en la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 6 de abril de 2016, publicada en el BOE nº 85 de 8 de abril de 2016 mediante la Resolución de la misma fecha, 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 señala que *“España transpuso la regulación de las prohibiciones de contratar que establece la DN mediante la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que modifica la regulación de esta materia en el TRLCSP, concretamente dando nueva redacción a los artículos 60 y 61 y creando “ex novo” el artículo 61 bis, por lo que con carácter general en esta materia no procede hablar de efecto directo sino de mera aplicación de normas nacionales”*.

Asimismo, en esta Recomendación se establece una 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. De acuerdo con ello, el equivalente del artículo 57.4 d) de la Directiva 2014/24/UE en el TRLCSP sería el artículo 60.1 b) al que haría referencia la pregunta cuarta de la Sección C Parte III DEUC. Dispone este



último artículo 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 profesional, de falseamiento de la competencia, de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o de extranjería, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente; por infracción muy grave en materia medioambiental, de acuerdo con lo establecido...; o por infracción muy grave en materia laboral o social, de acuerdo con lo dispuesto...”*.

La redacción de esta prohibición de contratar permanece en términos similares en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, siendo el artículo 71.1 b) el que establece la prohibición de contratar en cuestión, *“Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia profesional, de falseamiento de la competencia, de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o de extranjería, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente; o por infracción muy grave en materia medioambiental de conformidad con lo establecido en la normativa vigente, o por infracción muy grave en materia laboral o social, de acuerdo con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, así como por la infracción grave prevista en el artículo 22.2 del citado texto”*.

Por tanto, 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. En este sentido, también nos remitimos a lo manifestado por esta Comisión Consultiva al responder a la primera cuestión planteada.

3. Finalmente, la última cuestión hace referencia al contenido del apartado 6 del artículo 57 de la Directiva 2014/24/UE en relación a la causa de exclusión correspondiente a la existencia de acuerdos destinados a falsear la competencia. En concreto, el órgano consultante plantea cómo debe actuar la Mesa de contratación cuando el licitador hace constar al responder a la pregunta cuarta de la Sección C de la Parte III del DEUC que ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia pero señala que ha adoptado medidas autocorrectoras.

De acuerdo con el citado artículo *“Todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación.*

A tal efecto, el operador económico deberá demostrar que ha pagado o se ha comprometido a pagar la indemnización correspondiente por cualquier daño causado por la infracción penal o la falta, que ha aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva colaborando activamente con las autoridades investigadoras y que ha adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas.



Las medidas adoptadas por los operadores económicos se evaluarán teniendo en cuenta la gravedad y las circunstancias particulares de la infracción penal o la falta. Cuando las medidas se consideren insuficientes, el operador económico recibirá una motivación de dicha decisión.

Los operadores económicos que hayan sido excluidos por sentencia firme de la participación en procedimientos de contratación o de adjudicación de concesiones no tendrán derecho a acogerse a la posibilidad prevista en el presente apartado durante el período de exclusión resultante de dicha sentencia en el Estado miembro en el que la sentencia sea ejecutiva”.

Teniendo presente la no transposición de las Directivas europeas de contratación en plazo, este artículo 57.6 cuyo efecto jurídico directo ha sido reconocido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y por los Tribunales Administrativos de Contratación Pública en el Documento de estudio aprobado el 1 de marzo de 2016 sobre los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público y supone que pueda ser invocado por los licitadores, otorga un derecho a éstos a no ser excluidos del procedimiento de contratación de forma automática por incurrir en prohibición de contratar si presentan pruebas de haber adoptado medidas para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión.

Reconocido el efecto jurídico directo del apartado 6 del artículo 57 de la Directiva, asimismo conviene precisar lo indicado por los Tribunales Administrativos de Contratación Pública en el citado documento respecto a que no tienen efecto jurídico directo todas las prohibiciones de contratar del apartado 4 del artículo 57; en concreto una de las prohibiciones que no tendría ese efecto sería la establecida en el apartado d), necesitando transposición para su efecto frente a los particulares. Si bien, ya hemos puesto de manifiesto al responder a la segunda cuestión planteada, a la cual nos remitimos para una mejor comprensión, que siguiendo la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la utilización del Documento Europeo Único de Contratación previsto en la nueva Directiva de contratación pública, el equivalente del artículo 57.4 d) de la Directiva 2014/24/UE en el TRLCSP sería el artículo 60.1 b).

No obstante lo anterior, la Directiva no contiene previsión sobre el procedimiento a seguir en estos casos ni sobre el órgano que evaluará las medidas adoptadas por los licitadores, tan solo dispone el apartado 7 del artículo 57 de la Directiva que *“mediante disposiciones legales, reglamentarias o administrativas y teniendo en cuenta el Derecho de la Unión, los Estados miembros precisarán las condiciones de aplicación del presente artículo. En particular, determinarán el período de exclusión máximo en caso de que el operador económico no haya adoptado las medidas que se señalan en el apartado 6 para demostrar su fiabilidad. Cuando una sentencia firme no haya establecido el período de exclusión, este no podrá exceder de cinco años a partir de la fecha de la condena por sentencia firme en los casos contemplados en el apartado 1, ni de tres años a partir de la fecha del hecho relevante en los casos contemplados en el apartado 4”.*

Por tanto, al objeto de evitar posibles arbitrariedades en los procedimientos de contratación, así como vulneración de los principios de igualdad de trato y no discriminación entre los licitadores, y no habiendo desarrollo normativo sobre esta cuestión, podría entenderse que hasta tanto se produzca el



mismo no procedería la aplicación de lo contenido en el apartado 6 del artículo 57 de la Directiva 2014/24/UE.

III – CONCLUSIONES

1. El TRLCSP no prevé como motivo de exclusión de los licitadores del procedimiento de licitación la existencia de meras sospechas o indicios de conductas colusorias.

2. La constatación de la existencia de la prohibición de contratar del artículo 60.1 b) del TRLCSP con posterioridad a la adjudicación del contrato produce la nulidad del acto de adjudicación del mismo sólo cuando esta causa de prohibición de contratar ya existiera antes de dicha adjudicación y en consecuencia en el momento de la adjudicación.

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, por lo que sería recomendable que los órganos de contratación la incluyeran en los pliegos de cláusulas administrativas particulares correspondientes.

3. Si el licitador respondiera negativamente a la pregunta cuarta de la Sección C, Parte III del DEUC referente a la existencia de acuerdos colusorios pero la Mesa de contratación tuviera indicios de la existencia de tales acuerdos, ésta deberá ponerlo en conocimiento de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía.

4. Al objeto de evitar posibles arbitrariedades en los procedimientos de contratación, así como vulneración de los principios de igualdad de trato y no discriminación entre los licitadores no habiendo desarrollo normativo sobre lo previsto en el artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE, no procedería la aplicación de lo contenido en el mismo.

Es todo cuanto se ha de informar.

