

Informe 20/2018, de 29 de julio de 2019, sobre la actuación de la Mesa de contratación ante la existencia de indicios de prácticas colusorias en el procedimiento de contratación.

I – ANTECEDENTES

El Alcalde del Ayuntamiento de Coria del Río solicita informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en los siguientes términos:

*“ En este Ayuntamiento se está tramitando expediente de contratación administrativa consistente en **“CONTRATO DE SERVICIO DE PINTADO, REPINTADO, CONSERVACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LA SEÑALIZACIÓN VIAL HORIZONTAL”**, por procedimiento abierto, con arreglo al Real Decreto Legislativo 3/2011, por el que se aprueba la Ley de Contratos del Sector Público.*

La Mesa de Contratación nombrada al efecto celebró sesión el día 6 de abril de 2018, en la que constató en relación con las ofertas presentadas por las mercantiles JICA ANDALUZA, S.L. , JICA SEÑALIZACIONES, S.L Y SIGNUN NORDEST, S.L.:

- 1.- Que son en su contenido y exposiciones idénticas entre sí, presentan iguales formatos, letras, etc...*
- 2.- Que los sobres donde presentan las ofertas JICA SEÑALIZACIONES, S.L Y SIGNUN NORDEST, S.L, son de la misma marca comercial.*
- 3.- Que en el Expediente consta que la presentación de las ofertas en el Registro General del Ayuntamiento de Río de las tres mercantiles la realiza la misma persona con nº registro de entrada 2685 de fecha 22 de marzo de 2018.*

La mesa consideró a la vista de lo expuesto en los párrafos anteriores que pudiera haber indicios de prácticas colusorias entre dichos licitadores, todo ello con base en los siguientes argumentos:

a) El Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en su artículo 1, establece cuáles son el objeto y la finalidad de la Ley de Contratos en los siguientes términos: “La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar .../..., la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.

b) El TRLCSP no prevé medidas dirigidas a evitar que las empresas que participan en un procedimiento de licitación lleguen a acuerdos colusorios que pueden afectar al resultado del procedimiento de contratación.

c) La única pauta de actuación que el TRLCSP ofrece a los órganos de contratación que sospechen que las empresas que participan en un procedimiento han adoptado acuerdos colusorios es la que prevé la disposición adicional vigésima tercera, la cual, establece lo siguiente: “Prácticas contrarias a la libre competencia. 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.”

d) El artículo 57.4 d) Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 que dice “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: 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”.

e) La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público en este caso no es de aplicación a este procedimiento, pero sirve a la Mesa para establecer las pautas a seguir conforme a los artículos 132.3 y 150.1, que dicen como sigue:

“Artículo 132. Principios de igualdad, transparencia y libre competencia. (...)

3. Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia. .../..., 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”.

“Artículo 150. Clasificación de las ofertas y adjudicación del contrato. (...)

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.”

A la vista de todos estos antecedentes, la Mesa acordó en su sesión de 6 de abril de 2018 proponer al Órgano de Contratación que elevara consulta al Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía y suspendiera el procedimiento hasta resolución de dicha consulta para determinar si existen prácticas colusorias entre los licitadores: JICA ANDALUZA, S.L., JICA SEÑALIZACIONES, S.L Y SIGNUN NORDEST, S.L, así como que indicara el modo de proceder al respecto, esto es, si procede la exclusión conforme al art. 57.4 d) de la Directiva 2014/24/EU.

Con fecha 19 de octubre de 2018 (registro de entrada en el Ayuntamiento nº 9.035, de 24 de octubre) el CONSEJO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ANDALUCÍA ha remitido a este Ayuntamiento contestación en la que concluye que “(...) desde el punto de vista de la competencia y sin perjuicio de que ese Ayuntamiento pueda solicitar el parecer de los órganos consultivos correspondientes, fundamentalmente en el ámbito de la contratación administrativa, este ADCA estima que actualmente, analizada la LCSP, no existe base jurídica para suspender un procedimiento de



contratación, sin perjuicio de la obligación de trasladar los indicios de la realización de supuestas prácticas colusorias anticompetitivas (...)”.

La Mesa de Contratación, en sesión celebrada el día 30 de octubre de 2018 ha acordado proponer a este órgano de contratación que eleve consulta a la COMISIÓN CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA acerca de si existen prácticas colusorias entre los tres licitadores mencionados, por las razones que ya se han expuesto (a saber: 1.- Que son en su contenido y exposiciones idénticas entre sí, presentan iguales formatos, letras, etc...; 2.- Que los sobres donde presentan las ofertas JICA SEÑALIZACIONES, S.L Y SIGNUN NORDEST, S.L, son de la misma marca comercial; 3.- Que en el Expediente consta que la presentación de las ofertas en el Registro General del Ayuntamiento de Río de las tres mercantiles la realiza la misma persona, con nº registro de entrada 2685 de fecha 22 de marzo de 2018) y si procede la exclusión conforme al art. 57.4 d) de la Directiva 2014/24/EU.

Así pues, formulo consulta a la COMISIÓN CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA en los términos antes expuestos, es decir:

1.- Acerca de si existen prácticas colusorias entre los tres licitadores mencionados.

2.- Si, en caso de respuesta afirmativa a la pregunta anterior, procede la exclusión de los tres licitadores conforme al art. 57.4 d) de la Directiva 2014/24/EU o, en caso contrario, cómo debería procederse.

A tales efectos se acompaña copia de la siguiente documentación:

- Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.*
- Pliego de Prescripciones Técnicas.*
- Sobres nº 1 de la mercantiles mencionadas.*
- Instancia General de D. Pablo Blázquez Calvo con nº registro entrada 2685 de 22 de marzo de 2018.*
- Informe del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía.*

II – INFORME

Previamente al examen de fondo de las cuestiones suscitadas conviene tener presente que en relación con el contenido de los informes, de acuerdo con el criterio reiteradamente sentado (Informes 5/2007, 6/2007 y 6/2009), a la Comisión Consultiva de Contratación Pública no le corresponde informar expedientes en concreto, salvo los supuestos específicos a que se refiere el artículo 2 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de este órgano consultivo.

Por tanto, los informes que se soliciten habrán de recaer sobre cuestiones que se susciten en relación con la interpretación general de las normas en materia de contratación pública, no obstante realizaremos algunas consideraciones de carácter general sobre las cuestiones planteadas.

El órgano consultante plantea que en un determinado expediente de contratación tramitado por procedimiento abierto, con arreglo al 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), la mesa



de contratación ha considerado que pudiera haber indicios de prácticas colusorias entre los licitadores que se presentan debido a que las ofertas presentadas *“son en su contenido y exposiciones idénticas entre sí, presentan iguales formatos, letras, etc. (...) Que los sobres donde presentan las ofertas son de la misma marca comercial (...) en el Expediente consta que la presentación de las ofertas en el Registro General del Ayuntamiento de Río de las tres mercantiles la realiza la misma persona en la misma fecha (...)”* y, en consecuencia, formula consulta a este órgano acerca de: *1.- Acerca de si existen prácticas colusorias entre los tres licitadores mencionados. 2.- Si, en caso de respuesta afirmativa a la pregunta anterior, procede la exclusión de los tres licitadores conforme al art. 57.4 d) de la Directiva 2014/24/EU o, en caso contrario, cómo debería procederse.*

Por tanto, 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 aprecia la existencia de posibles indicios de conductas colusorias entre los licitadores.

Cabe mencionar que sobre esta regulación de las prácticas colusorias existente en el TRLCSP ya tuvo ocasión de pronunciarse este órgano consultivo en el 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.

1- En cuanto a la primera cuestión *“Acerca de si existen prácticas colusorias entre los tres licitadores mencionados”* nada puede decir este órgano consultivo pues se trata de una cuestión que escapa a su ámbito de competencia y es algo que deberá considerar, como así parece haberlo hecho, la mesa de contratación y, en su caso, la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía.

2- En cuanto a la segunda de las cuestiones *“Si, en caso de respuesta afirmativa a la pregunta anterior, procede la exclusión de los tres licitadores conforme al art. 57.4 d) de la Directiva 2014/24/EU o, en caso contrario, cómo debería procederse”* cabe entender, como se ha indicado antes, que la afirmación de si se dan o no prácticas colusorias no compete a este órgano y lo más que el mismo puede hacer es exponer qué establece la normativa contractual sobre cómo debe procederse para el caso de que ello sea así, es decir, para el caso de que existan indicios de prácticas colusorias.

Esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en el Informe 11/2016, de 1 de febrero de 2017, señalaba lo siguiente:

“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 372011, 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 (...)

(...) 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” (...)”

Plantea el órgano consultante en esta segunda cuestión si en caso de existir prácticas colusorias procedería la exclusión de los tres licitadores conforme al art. 57.4 d) de la Directiva 2014/24/EU o, en caso contrario, cómo debería procederse.

El Informe 11/2016, de 1 de febrero de 2017, emitido por este órgano consultivo indica que *“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” (...)* De acuerdo con ello, el equivalente del artículo 57.4 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..." (...)

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 conductas colusorias, 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".

Circunstancia esta última que se ha producido por parte del Ayuntamiento consultante, según se desprende de la documentación aportada a este órgano consultivo.

Al respecto cabe señalar que consta en la documentación aportada por el Ayuntamiento de Coria del Río escrito emitido por la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía informando, a solicitud de dicho Ayuntamiento, sobre la posibilidad o no de poder continuar con la tramitación del procedimiento de contratación (objeto de la consulta realizada a este órgano).

El Informe de la Agencia de la Defensa de la Competencia que hace referencia, no al TRLCSP, sino a la normativa actual de contratos, Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, con expresa mención del artículo 150.1 párrafo 3º LCSP, y de la Disposición Final Decimosexta LCSP señala lo siguiente:

(...) El artículo 150.1, párrafo 3º de la LCSP, obliga a la mesa de contratación o, en su defecto, al órgano de contratación, a trasladar cualquier indicio fundado de la realización de conductas colusorias con el objeto de que la CNMC o la autoridad autonómica de competencia se pronuncie sobre aquellos, a través de un procedimiento sumarísimo que será regulado reglamentariamente. Indica el mencionado artículo que la remisión de los indicios tendrá efectos suspensivos en el procedimiento de contratación.

Por su parte, como ese Ayuntamiento conoce, la disposición final decimosexta, que fija la entrada en vigor de la Ley, indica, de forma indubitada, que el referido párrafo 3º del artículo 150.1 (que dispone los efectos suspensivos del procedimiento de contratación) entrará en vigor en el momento en el que lo haga la disposición reglamentaria a que se refiere el mencionado artículo 150, hecho que, hasta el momento, no ha ocurrido al no haberse dictado la norma correspondiente.

Por ello, desde el punto de vista defensa de la competencia, y sin perjuicio de que ese Ayuntamiento pueda solicitar el parecer de los órganos consultivos correspondientes, fundamentalmente en el ámbito de la contratación administrativa, esta ADCA estima que actualmente, analizada la LCSP, no existe base jurídica para suspender un procedimiento de contratación, sin perjuicio de la obligación de trasladar los indicios de la realización de supuestas prácticas anticompetitivas.

Por último, y con independencia del procedimiento de contratación que efectúe ese Ayuntamiento, se le informa que por el departamento de Investigación de esta Agencia administrativa se realizarán las actuaciones oportunas encaminadas a verificar, en su caso, la existencia o no de indicios de prácticas colusorias derivadas de los hechos trasladados a esta ADCA".

No se aporta a este órgano consultivo documentación relativa al resultado de las actuaciones oportunas que haya podido realizar al respecto la Agencia de la Defensa de la Competencia de Andalucía.



Así las cosas, cabe concluir que de acuerdo con lo previsto en el TRLCSP, debe ser el órgano competente en materia de defensa de la competencia, en este caso, la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, el que determine si se dan o no las prácticas colusorias y, mientras ello sucede, no habría base jurídica con el TRLCSP por delante para suspender la tramitación del expediente de contratación porque dicha normativa no prevé como motivo de exclusión de los licitadores del procedimiento de licitación la existencia de meras sospechas o indicios de conductas colusorias.

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, por lo que no cabe suspender la tramitación del expediente de contratación por dicho motivo.
2. Si la Mesa de contratación tuviera indicios de la existencia de prácticas colusorias, ésta deberá ponerlo en conocimiento de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía.

Es todo cuanto se ha de informar.

