



## Prácticas colusorias y ofertas coordinadas de empresas en la Ley de Contratos del Sector Público

**Rosario Paloma Rodríguez Pérez**

Auditora del Consejo de Cuentas de Castilla y León

**Florencio Larrea Villaroya**

Jefe de Servicio Captación de Fondos y Acción Exterior  
Gobierno de La Rioja

**Resumen:** La política de competencia se configura como un principio rector de la contratación pública que debe, por tanto, preservarse pues es la manera de asegurar que las entidades del sector público, y la sociedad en última instancia, se beneficien de las mejores ofertas en términos de precio, calidad e innovación de los bienes o servicios finalmente contratados<sup>1</sup>.

El presente trabajo pretende exponer el marco normativo actual que en materia de defensa de la competencia y de contratación pública regulan la prohibición de prácticas colusorias, y el margen de maniobra con que cuentan tanto la mesa de contratación como el órgano de contratación en esta materia. Completado con un análisis de las principales resoluciones que han dictado los tribunales y órganos administrativos de recursos contractuales que han sentado doctrina sobre aspectos tales como el levantamiento del velo y la vulneración del principio de proposición única.

**Palabras Clave:** Contratación pública; libre competencia; conductas colusorias; tribunales administrativos de recursos contractuales

**Abstract:** Competition is configured as a guiding principle of public procurement that must, therefore, be preserved as it is the way to ensure that public sector entities, and society ultimately, benefit from the best offers in terms of price, quality and innovation of the goods or services finally contracted.

The present work aims to set out the current regulatory framework in the area of public procurement that regulates the prohibition of collusive practices and the scope for manoeuvre available to both the Bureau of contracting and the contracting authority in this area. It is supplemented by an analysis of the main decisions handed down by the courts and administrative bodies on contractual appeals, which have established doctrine on such matters as the lifting of the veil and the violation of the principle of a single proposal.

**Keywords:** Public sector procurement; free competition; collusive conducts; administrative courts of contractual appeals

1. Así se señala en Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia; "Guía sobre contratación pública y competencia", 2011. Disponible en (última visita 22/02/2021). <https://www.cnmc.es/expedientes/g-2009-02>

## I. Introducción

La contratación pública tiene en España una importancia fundamental, pues representa entre el 10% y el 20% del PIB nacional y el 14% del PIB de la UE<sup>2</sup>. En este marco de actividad la salvaguarda de la libre competencia entronca con otros principios que informan la normativa sobre contratación pública como son: libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos e integridad.

Así, resulta preciso adoptar medidas contra las prácticas anticompetitivas que pueden adoptar formas muy diversas<sup>3</sup>, pues según distintas estimaciones, los precios de los bienes y servicios contratados en las licitaciones donde ha existido colusión pueden incrementarse en más de un 20%<sup>4</sup>. Como ha señalado el Consejo Económico y Social de la UE “Una y otra vez, los ganadores son licitadores que actúan de manera desleal reduciendo los costes de sus ofertas por debajo de un precio justo y utilizando subcontratistas poco fiables. Posteriormente suele haber costes derivados, que superan el precio de la segunda o tercera mejor oferta<sup>5</sup>”.

Recientemente se ha publicado una Comunicación de la Comisión<sup>6</sup> que recoge una serie de herramientas para combatir la colusión en la contratación pública y una serie de orientaciones acerca de cómo aplicar el motivo de exclusión conexo. Señala la Comisión que “en casos de emergencia, como la pandemia de COVID-19, la apremiante necesidad que tienen las autoridades públicas de obtener, en muy poco tiempo, grandes cantidades de suministros y servicios puede agravar el riesgo de colusión entre algunos operadores económicos, que podrían intentar aprovecharse de la situación de emergencia y restringir artificialmente la competencia con el fin de aumentar al máximo sus beneficios a costa de las finanzas públicas”.

Por tanto, hay que estar atentos a los indicios de colusión y saber cómo actuar cuando se sospecha que se puede haber producido una práctica contraria al principio de competencia, motivo por el cual es fundamental la intervención de las distintas unidades de contratación en la lucha contra la colusión e imprescindible la colaboración de estas unidades con las distintas autoridades que actúan en defensa de la competencia.

## II. Marco normativo: competencia y contratación pública

La existencia de conexiones entre la política de competencia y la política contratación pública es innegable. A nivel europeo, el fundamento de ambas políticas deriva directamente de las normas sobre el mercado interior y las libertades fundamentales vinculadas al mismo (libre circulación de trabajadores, libertad de establecimiento, libre prestación de servicios y libre circulación de capitales).

Proclamadas estas cuatro libertades fundamentales que configuran el mercado interior, es fundamental completar el marco normativo con disposiciones que eviten la distorsión del normal funcionamiento del mismo. Para ello, cuelgan de la normativa del mercado interior:

- a) De una parte, la política de competencia, que regula tanto las conductas de los particulares que pueden distorsionar el normal funcionamiento de los mercados (concentraciones, abuso de posición dominante o prácticas colusorias), como determinadas actuaciones de los poderes públicos que pueden igualmente afectar al normal desenvolvimiento de la competencia, a través de las normas limitativas de las ayudas de estado.

2. Así se señala en Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia; “2019-02 Guía sobre contratación pública y competencia fase 1: la planificación de la contratación pública”; 2020. Disponible en ( última visita 22/02/2021) [https://www.cnmc.es/sites/default/files/3334635\\_3.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/3334635_3.pdf).

3. Las formas que puede adoptar la colusión en la contratación pública son muy diversas. La Autoritat Catalana de la Competencia distingue, principalmente, las siguientes modalidades básicas:

- Ofertas de resguardo (Cover Bidding) también conocidas con el nombre de ofertas complementarias, de cortesía o simbólicas. Se trata de ofertas diseñadas para simular una competencia auténtica y, por este motivo, se dificulta su detección. Estas ofertas son ofertas más elevadas u ofertas inaceptables.
- Eliminación de ofertas (Bid Supresión). En este caso, la estrategia que adoptan las empresas que intentan coludir consiste en el hecho que una o más de una de estas compañías acepten abstenerse, retirara o presentar una oferta conjunta.
- Asignación de mercados (Market Allocation). Los competidores, o bien, se reparten el mercado por áreas geográficas, o bien, acuerdan asignarse carteras de clientes.
- Rotación de ofertas ( Bid Rotation) Las empresas que coinciden en distintos procesos de licitación pueden decidir “repartirse” por turnos cuál de ellas será la ganadora pudiendo ser una rotación simple donde cada una de las empresas gana el mismo número de contratos o rotación según igualdad de ingresos o según dimensiones.

En términos similares se pronuncia la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía que basándose en la Guía de la OCDE “Directrices para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas” identifica los siguientes comportamientos: Ofertas simbólicas, de cortesía, de cobertura o de resguardo; supresión de ofertas; rotación de ofertas y asignación o reparto del mercado.

4. Así lo señala la Autoridad Vasca de la Competencia en su “Guía sobre Contratación Pública y Competencia”, 2018, pág. 45. Disponible en: (Última visita 1 /02/2021) [https://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/guias\\_gidak/es\\_guias/adjuntos/GUIA\\_CONTRATACION\\_COMPETENCIA\\_es.pdf](https://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/guias_gidak/es_guias/adjuntos/GUIA_CONTRATACION_COMPETENCIA_es.pdf).

5. Dictamen del Consejo Económico y Social de la Unión Europea sobre «Amenazas y obstáculos al mercado único» (2017/C 125/01) de 25 de enero de 2017. Disponible en: ( Última visita 1/02/2021) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016IE1244&from=ES>.

6. Comunicación relativa a las herramientas para combatir la colusión en la contratación pública y a las orientaciones acerca de cómo aplicar el motivo de exclusión conexo (2021/C 91/01) publicada DOUE núm. 91, de 18 de marzo de 2021. Referencia: DOUE-Z-2021-70028. Disponible en: (última visita 20/03/2021) <https://www.boe.es/doue/2021/091/Z00001-00028.pdf>.



- b) De otra parte, la política de contratación pública viene a completar la política de competencia, en la medida en que coadyuva – especialmente con las normas en materia de ayudas de estado- en evitar que a través de la contratación pública se pueda distorsionar la competencia o pueda ocultar actuaciones de los poderes públicos contrarias a las normas de prohibición por razón de la nacionalidad que fundamentan el mercado interior.

El razonamiento es muy sencillo. De la misma manera que un Estado miembro puede distorsionar la competencia a través de las ayudas de estado y ello fundamenta el establecimiento de un régimen especialmente riguroso de esa figura (que puede incluir no sólo subvenciones, sino también contratos o exenciones fiscales, entre otras medidas), se puede distorsionar igualmente la competencia favoreciendo a sus empresas a través de la contratación pública.

Consecuencia de ello, aunque las Directivas europeas en materia de contratación han fijado umbrales a partir de los cuales son de aplicación las mismas (umbrales a partir de los cuales estamos ante contratos sujetos a regulación armonizada), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha recordado que para contratos que estén por debajo de los referidos umbrales, siguen siendo de aplicación las normas referidas a la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad, que aplica a las libertades fundamentales que constituyen el mercado interior. En este sentido, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de octubre de 2006 (Comisión/Francia. C-264/03. 20-10-2005), el Tribunal de Justicia vino a establecer que pese a que determinados contratos no estén comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratos públicos, las entidades adjudicadoras que los celebren están obligadas, no obstante, a respetar las normas fundamentales del Tratado y en particular el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad (en este mismo sentido se habían pronunciado las sentencias de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartado 60, y de 18 de junio de 2002, HI, C-92/00, Rec. p. I-5553, apartado 47, así como el auto de 3 de diciembre de 2001, Vestergaard, C-59/00, Rec. p. I-9505, apartado 20).

En consecuencia, el mero hecho de que el legislador comunitario haya considerado que los procedimientos especiales y rigurosos previstos en las Directivas sobre contratos públicos no son adecuados cuando los contratos públicos son de escaso valor no significa que éstos estén excluidos del ámbito de aplicación del Derecho comunitario y, en especial de las normas sobre mercado interior. Paralelamente, en materia de ayudas de Estado, que las ayudas por debajo de un determinado importe (ayudas de minimis) se considere que no distorsionan la competencia, no implica que bajo esa figura se puedan amparar regímenes de ayuda que impliquen discriminaciones por razón de la nacionalidad u otras medidas contrarias a las normas del mercado interior.



Es por ello que las normas de competencia tienen una gran influencia en materia de contratación pública. En este sentido, sin pretensión de exhaustividad, podemos destacar las siguientes manifestaciones de esta afirmación:

- La generalización de procedimientos de adjudicación que promueven la libre competencia, en detrimento de procedimientos restrictivos. Con ello se favorece la competencia entre empresas y se favorece la participación de empresas de cualquier Estado de la UE en los procedimientos de licitación. Ello ha ocurrido con la eliminación en la Ley de contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2017 del tradicional procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía.
- La diferenciación esencial entre criterios de selección del contratista y criterios de adjudicación, que vienen a suponer la prohibición de emplear la experiencia de las empresas como criterio para la adjudicación de los contratos. De esta forma se promueve que el órgano de contratación adjudique el contrato a la oferta que en mejores condiciones técnicas y económicas pueda ejecutar un contrato, en lugar de considerar como criterios de adjudicación otros elementos como la experiencia de los contratistas en ejecución de contratos similares, lo que podría suponer una barrera de entrada a nuevos competidores o incluso la concentración de la adjudicación de contratos similares en la misma empresa.

- La posibilidad de integrar la solvencia con medios ajenos a la empresa o la posibilidad de concurrir a un contrato en UTE.
- La prohibición de establecimiento de limitaciones injustificadas a la subcontratación.
- La posibilidad de rechazar a un licitador cuya oferta sea anormalmente baja, si no es capaz de demostrar que no ha recibido una ayuda de estado no compatible con el Derecho de la Unión Europea en un plazo razonable (art. 69.4 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).

Dentro de estos estrechos vínculos entre contratación y competencia, se encuadra el artículo 150.1 LCSP que dispone: “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.”

La remisión normativa efectuada al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, implica la necesidad de que la mesa o el órgano de contratación efectúen un análisis somero de si estamos o no ante una práctica colusoria. Recordando en primer lugar que serán nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que constituyan una conducta colusoria.

Si efectuamos un análisis somero de las exigencias para considerar que estamos ante una práctica colusoria, llegamos a que es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos:

**1. Concertación;** el concepto de concertación es amplio, al incluir tanto acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas y otras prácticas concertadas. Si bien, en todos estos casos, se exige que participen de la concertación diferentes empresas.

En este punto, conviene recordar que, por inspiración del Derecho de la competencia europeo, en Derecho de la competencia se acude a un concepto funcional de empresa; lo que supone rechazar una concepción puramente formal.

En este sentido, la Sentencia del TJCE de 23 de abril de 1991, en el asunto C 41/90, Klaus Höfner y Fritz Elser c. Macroton GmbH., se define como “una entidad que desarrolla algún tipo de actividad económica o comercial independientemente de su forma legal o del origen de su financiación”.

El concepto de empresa exige, por tanto, que se cumplan una serie de requisitos:

- Debe tratarse de un ente; si bien, si un individuo que desarrolla una actividad económica puede ser considerado como empresa a efectos de aplicación del Derecho Comunitario
- Actividad económica, entendida desde una concepción amplia.
- Que la actividad económica se lleve a cabo de forma autónoma, lo que a efectos de aplicar el Derecho de la Competencia, implica que se considere como una única empresa, a una empresa matriz y a la filial.

Al exigirse que en la práctica concertada se produzca la participación de varias empresas en el sentido funcional anteriormente expuesto, quedarán excluidas de la consideración de práctica concertada cuando la “conducta” tiene lugar exclusivamente entre empresas de un mismo grupo. En esos casos, estaremos ante una conducta unilateral y, en su caso, cabría enjuiciar si estamos ante un abuso de posición dominante, cuyas exigencias son diferentes, dado que debe partirse de que quien abusa tiene una posición dominante en un mercado relevante.

**2. Restricción de la competencia;** el art. 1.2 de la LDC enumera una serie de supuestos restrictivos de la competencia, considerando los efectos negativos que dichas prácticas pueden ocasionar a la economía o la competencia. En todo caso, se incluyen aquellas conductas cuyo objeto sea impedir, restringir o falsear el libre juego de la competencia (denominadas restricciones por el objeto); aunque la jurisprudencia europea permite que igualmente consideren las restricciones por efecto Sentencia TJCE de 30 de junio de 1996, Asunto Technique Minière. Es decir, aquellas que su objeto no es impedir, restringir o falsear la competencia, pero que producen un efecto análogo sin pretenderlo.

Los supuestos mencionados en la Ley, que como decimos, no tienen el carácter de *numerus clausus* serían los siguientes:

- 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.





tengan por objeto, directa o indirectamente, de forma aislada o en combinación con otros factores controlados por las empresas partícipes “el reparto de mercados o clientes, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones”. De manera que cualquier actuación coordinada entre empresas competidoras en el ámbito contractual cuyo propósito sea “adulterar” el procedimiento de licitación pública merecerá la calificación de práctica colusoria.

- b. Por otro lado, los artículos 5 y 53.1.b) de la LDC, permiten que la CNC declare no aplicables los artículos 1 a 3 de la Ley, en el caso de que estemos ante conductas que atendiendo a su contexto jurídico y económico no sean aptas. Entendemos que en un contexto de contratación pública, si se produce una actuación concertada entre dos licitadores, la CNC no debería aplicar esta excepción.

Una vez efectuada la somera explicación sobre el concepto de práctica concertada, así como sus posibles excepciones en el marco de la normativa de defensa de la competencia, subrayamos la necesidad de que para que exista una práctica concertada deben intervenir, al menos, dos empresas autónomas. Dicho de otro modo, no hay conducta colusoria cuando la actuación se produce exclusivamente en el marco de empresas de un mismo grupo, dado que como se ha indicado el concepto de empresa es un concepto funcional y no formal. Por ello, nos consta que cuando la mesa o el órgano de contratación remiten a la CNMC a la luz del art. 150 LCSP un supuesto en que concurren dos empresas de un mismo grupo en que sus ofertas están claramente coordinadas, con propósito de obtener un beneficio indebido en la licitación, la CNMC ha venido considerando que no hay práctica colusoria. Sin embargo, la Comunicación de la Comisión sobre prácticas colusorias parece considerar como práctica colusoria tanto el supuesto en que la concertación se produce entre empresas del mismo grupo como en los casos en que se produce entre empresas que no pertenecen al mismo grupo. Por lo tanto, en materia de contratación, la presencia de empresas del mismo grupo no obsta a que se considere una práctica colusoria, lo cual introduce un matiz muy importante respecto al concepto de práctica colusoria que rige en Derecho de la competencia. Tal vez el Derecho de la competencia parte de que las empresas del mismo grupo no compiten entre sí y, sin embargo, en el ámbito de la contratación pública, la presencia de ofertas presentadas por empresas del mismo grupo debe admitirse siempre que verdaderamente estén compitiendo entre ellas, lo cual excluye cualquier tipo de concertación.

Sabido es que la normativa de contratos no impide que dos o más empresas de un mismo grupo concurren de forma independiente a una licitación. A pesar de que en contratación pública rige el principio de “oferta única”, dicho principio no se considera vulnerado por el hecho de que dos empresas de un mismo grupo concurren a una misma licitación. Si bien,

tal y como indica la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de mayo del 2018 (as. C 531/2016), en la que parte de que no existe prohibición de presentación de diversas ofertas por parte de varias empresas de un mismo grupo. Si bien, añade que cuando un poder adjudicador tenga conocimiento de elementos objetivos que pongan en duda el carácter autónomo e independiente de las ofertas presentadas por ciertos adjudicadores, está obligado a evaluar si dichas ofertas son efectivamente autónomas e independientes; para ello, podrá requerir toda la información que considere relevante a efectos de prueba. Si el poder adjudicador llega a la conclusión de que las ofertas están coordinadas o concertadas, con el propósito de obtener ventajas injustificadas respecto a los otros licitadores, procederá la exclusión de ambos licitadores.

A efectos de prueba de la coordinación o concertación prohibida, la Sentencia permite además de la prueba directa la denominada prueba por indicios (también denominadas “red flags” o banderas rojas), siendo necesario que se acumulen diversos indicios. Como es sabido, la prueba indiciaria también denominada prueba indirecta permite considerar acreditados determinados hechos sobre los que no existe una prueba directa, a partir de considerar probados otros hechos relacionados de los que cabalmente pueda deducirse la certeza de aquéllos. En general, para acudir a la prueba indiciaria se exige que se cumplan una serie de requisitos cumulativos:

- a. Que los hechos considerados “indicios” o red flags estén plenamente acreditados.
- b. Que los indicios sean plurales o excepcionalmente puede tratarse de un único indicio pero de singular potencia acreditativa.
- c. Que sean concomitantes al hecho que se pretende probar.
- d. Cuando sean varios indicios, debe existir una relación entre los indicios de manera que se refuercen entre sí.
- e. En cuanto a la inferencia, es necesario que sea razonable, desde la perspectiva de las reglas de la lógica y de la experiencia. En este sentido, los indicios deben operar como un “enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”, como ha declarado el Tribunal Supremo (STS 1015/1995, entre otras)

Llegado el caso en que se considere que diversas ofertas están coordinadas o concertadas, podemos encontrarnos con diferentes situaciones:

- a. Si todas las empresas implicadas en la presentación de ofertas coordinadas no constituyen un grupo de empresa, procedería aplicar lo dispuesto en el art. 150.1 de la LCSP, cuando este procedimiento sumario esté regulado. Es

decir, la solución “ortodoxa” de la Ley es que se suspenda la licitación y se remita a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia o al órgano competente autonómico, que deberá pronunciarse sobre si existe o no práctica colusoria, a través de un procedimiento sumarisimo que, por cierto, está pendiente de ser regulado reglamentariamente. Pero ¿cómo se puede abordar este asunto hasta el momento en que exista una regulación?

- b. Y, ¿qué sucede si las empresas implicadas forman parte de un grupo de empresas? Nos consta que en estos casos, la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia, devuelve el expediente al poder adjudicador indicando que no aprecia la existencia de práctica colusoria, en la medida en que la colusión implica la intervención de, al menos dos empresas, atendiendo al criterio funcional de empresa que considera como única empresa a dos entes de un mismo grupo empresarial. ¿Este criterio es aceptable en contratación pública?

Por ello, resulta fundamental el enfoque de los tribunales u órganos administrativos de recursos contractuales al afrontar estas cuestiones y que exponemos a continuación.

### III. Doctrina de los tribunales y órganos administrativos de recursos contractuales

Son numerosos los pronunciamientos de los distintos Tribunales y Órganos Administrativos de Recursos Contractuales (en adelante TARC) referidas a prácticas colusorias o fraudulentas de las empresas, si bien, con la advertencia previa de que no corresponde a los TARC analizar si pudiera o no existir una práctica anticompetitiva entre empresas pues su competencia no alcanza el conocimiento de las supuestas infracciones de la legislación de defensa de la competencia.

Su función es revisora de los actos dictados en materia contractual debiendo proceder a su anulación cuando estos vulneren las normas existentes en este ámbito, sin perjuicio, de su deber de notificar a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, 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, tal y como exige el art. 132.3 de la LCSP<sup>7</sup>. Los Tribunales puede apreciar cualquier incumplimiento de la normativa de contratación pública desde el punto de vista de la legislación y defensa de los principios de la contratación pública, en concreto, secreto de las proposiciones, libre competencia entre licitadores, igualdad entre los licitadores, transparencia y proposición única. Sin perjuicio de la posible existencia en este caso de una práctica proscrita por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, respecto de cuya apreciación los Tribunales carecen de competencia. Además, la resolución que dicte el TARC no ha de ser necesariamente posterior a la de la CNMC con suspensión del procedimiento de recurso hasta el pronunciamiento de ésta, pues su dilación podría ocasionar graves consecuencias en la satisfacción de los intereses que se pretenden cubrir con la contratación en curso y posible pérdida de recursos económicos. Por ello, nada obsta para dictar resolución, la dación de cuenta a la CNMC, y su posterior resolución y sin que ello suponga infracción del principio non bis in ídem<sup>8</sup>. Sin embargo, y aunque las Directivas no exigen que el poder adjudicador busque el asesoramiento de la autoridad de competencia nacional antes de decidir si excluir o no a un operador económico de un procedimiento de adjudicación, si se consideraría aconsejable sobre todo para poderes adjudicadores más pequeños con recursos limitados contar con su asistencia y asesoramiento experto pues su evolución global del asunto ayudaría a justificar debidamente la decisión que adopten<sup>9</sup>.

Es común, en las distintas resoluciones dictadas, entender que las practicas objeto de análisis suponen una violación del principio de proposición única recogido en el art.139.3 de la LCSP, según el cual, cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 142 de la LCSP sobre admisibilidad de variantes y en el artículo 143 del mismo texto legal, sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica. Tampoco se puede suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si se ha hecho individualmente o si figura en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas.

7. Así lo señaló el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía (en adelante TARC Andalucía) en su Resolución nº 183/2018, de 14 de junio de 2018. Recurso nº 182/2018. Disponible en ( última visita 07/12/2020).

[https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/resolucion\\_tarc/18/06/Resolucion183\\_18.pdf](https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/resolucion_tarc/18/06/Resolucion183_18.pdf).

Y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC) en su Resolución nº 950/2015, de 16 de octubre del 2015. Recurso nº 1016/2015. Disponible en ( última visita 08/12/2020).

[https://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202015/Recurso%201016-2015%20\(Res%20950\)%2016-10-2015.pdf](https://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202015/Recurso%201016-2015%20(Res%20950)%2016-10-2015.pdf).

8. Según señala el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (en adelante TACP Madrid) en su Resolución nº 74/2018, de 14 de marzo de 2018. Recursos nº 35 y 60/2018. Disponible en ( última visita 08/12/2020).

<https://www.comunidad.madrid/tacp/resolucion/0742018>.

9. Así lo recomienda la Comisión en su Comunicación (2021/C 91/01), op.cit., págs. C 91/25 y C91/26.



Este principio de proposición única se debe aplicar a todos los licitadores, pertenezcan o no a un grupo de empresas<sup>10</sup> pues la pertenencia a un grupo no sirve como excepción que permita 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, pues 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.

Así, surge la duda de si una vez regulado el procedimiento sumario a que se refiere el artículo 150.1 LCSP, será posible excluir las ofertas por parte de la mesa de contratación. O si por el contrario, una vez regulado tal procedimiento debe entenderse que la mesa de contratación está obligada a suspender el procedimiento y remitir el asunto a la Comisión Nacional de la Competencia o, en su caso, a la autoridad autonómica correspondiente. A nuestro juicio, cuando las “ofertas concertadas” son presentadas por empresas pertenecientes al mismo grupo de empresas, no estamos ante una práctica colusoria, sino ante una vulneración del principio de proposición única; por lo tanto, no sería necesario proceder según lo dispuesto en el artículo 150.1 LCSP. Más dudas se plantean respecto al supuesto en que las “ofertas concertadas” son presentadas por empresas que no forman parte del mismo grupo de empresas. En este supuesto, cabría enfocar el asunto desde dos perspectivas:

- Una primera interpretación, en línea con la doctrina del TACRC, permitiría la exclusión de las empresas por infracción del principio de proposición única.
- En contra de ese criterio, cabría aducir que el tenor literal del artículo 150.1 LCSP, ha establecido una suerte de “prejudicialidad devolutiva” o, si se prefiere, un sometimiento a un informe vinculante de la autoridad de la competencia, que limita las potestades de apreciar el carácter colusorio por parte de la mesa de contratación para evitar decisiones administrativas contradictorias; algo que puede ocurrir si la mesa de contratación y la autoridad de competencia sostienen posturas diferentes acerca del carácter colusorio de la conducta revisada. Pero esa suerte de “prejudicialidad devolutiva”, ¿vincularía sólo al poder adjudicador o también al órgano competente para

resolver recursos contractuales? Por otro lado, insistimos en que de la Comunicación de la Comisión, se deduce que el concepto de conducta colusoria incluye prácticas de empresas del mismo grupo, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito del Derecho de la competencia. ¿Tiene sentido mantener esa suerte de “prejudicialidad devolutiva”?

La prohibición legal de que un mismo licitador presente más de una oferta tiene como finalidad<sup>11</sup> garantizar la igualdad de oportunidades y la competencia entre los licitadores, para conseguir que ningún licitador pueda obtener una ventaja sobre los demás por la vía formular más ofertas que otros e incrementar así las posibilidades de que se le adjudique el contrato y que se valore tan solo una oferta, la mejor que cada licitador pueda presentar. Y tiene como fundamento<sup>12</sup>, por una parte, la imposibilidad de que las empresas licitadoras presenten más de una oferta más ventajosa y que “liciten” contra ellas mismas; y, por otra parte, el deber de respeto del principio de igualdad, de acuerdo con el cual todas las empresas licitadoras deben tener las mismas oportunidades en los procedimientos de contratación pública. En definitiva, con este principio se pretende garantizar el secreto de las proposiciones, la concurrencia, la competencia y la igualdad en los procedimientos de contratación pública.

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, prevé en el artículo 57.4.d) que los poderes adjudicadores pueden excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación cuando “tenga indicios bastante plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia”. Vemos que la Directiva hace un tratamiento conjunto de prácticas colusorias stricto sensu (desarrolladas por empresas no pertenecientes al mismo grupo) y prácticas que falsean la competencia desarrolladas por un mismo grupo de empresas. Lo cual, a nuestro juicio, puede servir para cuestionar si el enfoque del actual artículo 150.1 LCSP es el más adecuado.

En el momento en que exista el procedimiento sumario, que para garantizar el derecho de defensa, deberá prever la audiencia de las empresas afectadas, se deberá dilucidar si cuando la concertación afecte a empresas que no pertenezcan

10. Así lo señaló el TACRC en su Resolución n° 659/2019. Recurso n° 414/2019. Disponible en (última visita 08/01/2021).

[https://www.hacienda.gob.es/tacrc/resoluciones/a/C3%B1o%202019/recurso%200414-2019%20\(res%20659\)%2020-06-2019.pdf](https://www.hacienda.gob.es/tacrc/resoluciones/a/C3%B1o%202019/recurso%200414-2019%20(res%20659)%2020-06-2019.pdf).

11. Así lo señala el TACP Madrid en su Resolución n° 3/2012, de 18 de enero de 2012. Recurso n° 108/2011. Disponible en (última visita 08/02/2021).

<http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadname1=Content-Disposition&blobheadvalue1=filename%3DResoluci%C3%B3n+3-2012.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1310850758256&ssbinary=true>

12. Según señala el TACP Madrid en su Resolución n° 381/2018, de 5 de diciembre de 2018. Recurso n° 377/2018 que reproduce el Informe 2/2017, de 1 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya. Disponible en (última visita 08/02/2021).

<https://www.comunidad.madrid/tacp/sites/default/files/resolucion-381-2018.pdf>

al mismo grupo, es imprescindible o no remitir el asunto a la autoridad nacional de la competencia. Si bien, a nuestro juicio, la remisión a la autoridad nacional de la competencia y sometimiento a la decisión de ésta, plantea problemas en la medida en que, si atendemos a la literalidad del artículo 150.1 LCSP, muy dudosamente un órgano administrativo competente para resolver recursos contractuales podría entrar a enjuiciar la adecuación a Derecho de la decisión basada en la normativa de Derecho de la competencia adoptada en el marco del procedimiento sumarísimo. ¿Dirían los TARC de recursos contractuales que la Comisión Nacional de la Competencia u órgano autonómico equivalente ha errado al calificar una conducta como colusoria?

Probablemente no; pero si entendemos que se está limitando la posibilidad de quien debe resolver un recurso especial en materia de contratación para cuestionar la decisión adoptada por la autoridad de competencia, ¿no estaríamos limitando el efecto útil de la directiva de recursos en la medida en que se excluye de la decisión de un recurso en materia de contratación de una cuestión regulada en la Directiva por haber establecido que la decisión corresponda a la autoridad competente en materia de competencia?

En todo caso, volviendo al enfoque del Derecho Europeo, conviene destacar que el TJUE<sup>13</sup> ha señalado que no es conforme a derecho comunitario que una norma nacional prevea la exclusión sistemática del procedimiento de contratación por el simple hecho de que los licitadores sean empresas vinculadas. Ni tampoco por el solo hecho de que quien licita como empresario individual sea administrador de una persona jurídica y como tal suscriba la oferta presentada por ésta en la misma licitación<sup>14</sup>. El criterio<sup>15</sup> para determinar el respeto de la prohibición de presentación de ofertas simultáneas es la existencia de concertación con ánimo de falsear el resultado del procedimiento, de manera que, en principio, no vulnera dicha prohibición el hecho de participar en una licitación dos personas jurídicas diferentes, a pesar de

la existencia de relaciones entre ambas. Sean o no empresas vinculadas, el Tribunal de Justicia plantea una suerte de solución basada en la clásica teoría del fraude de Ley. Es decir, es posible que dos empresas del mismo grupo presenten dos ofertas en el mismo procedimiento de contratación; lo que no se permite es que esa norma se emplee por las referidas empresas con la finalidad de adulterar el procedimiento de licitación en su provecho.

Así pues, el respeto del principio de proporcionalidad exige el examen y la apreciación de los hechos por parte del poder adjudicador, a fin de determinar si la conducta de las empresas (sean o no del mismo grupo) ha pretendido adulterar la licitación. Es evidente que la pertenencia al mismo grupo de empresas constituye en sí mismo un indicio de la relación existente entre dos entidades, pero la ausencia de relaciones no impide que se aprecie esa finalidad de adulterar el procedimiento de licitación. La constatación de tal “concertación”, sin importar su forma, es suficiente para que dichas empresas puedan ser excluidas del procedimiento de adjudicación<sup>16</sup>. En todo caso, procede un análisis de las circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto, se deberá analizar caso por caso y en profundidad la vinculación existente entre las empresas del grupo que participan en el mismo procedimiento, al objeto de detectar si se trata en realidad de varias proposiciones de un mismo licitador. En todo caso, será fundamental que exista un trámite de audiencia, solicitando información suplementaria<sup>17</sup> de esos licitadores, con el fin de determinar si sus ofertas son efectivamente autónomas e independientes. Efectivamente, de acuerdo con el 57.6 de la Directiva 2014/24/UE, pero también conforme a los artículos 105.a) y c) de la Constitución Española, y 53.1.e), 76, 77 y 82 de la LPACAP, y recogido expresamente para el supuesto de indicios de prácticas colusorias en el artículo 69.2 de la LCSP para las Uniones Temporales de Empresa, los licitadores incurso en esas conductas tienen derecho a formular alegaciones y aportar pruebas para justificar la inexistencia de dichas prácticas<sup>18</sup>. Los

13. Asunto C-144/17 - Lloyd's of London. Disponible en (última vista 10/01/2021).

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=99D2004AF6879855D82B2F5857251F8E?text=&docid=199201&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1993330>.

14. Resolución nº 659/2019, de 20 de junio del TACRC. Recurso nº 414/2019. Disponible en (última visita 03/02/2021).

[https://www.hacienda.gob.es/tacrc/resoluciones/a%C3%B1o%202019/recurso%200414-2019%20\(res%20659\)%2020-06-2019.pdf](https://www.hacienda.gob.es/tacrc/resoluciones/a%C3%B1o%202019/recurso%200414-2019%20(res%20659)%2020-06-2019.pdf).

15. Según el Informe 2/2017, de 1 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente). Disponible en (última visita 01/03/2021). <https://contractacio.gencat.cat/ca/gestionar-contractacio/cercador-informes-jcca#/detail?id=7296>

16. STJUE (Sala Cuarta) de 19 de mayo de 2009. Asunto C-538/07. Assitur Srl. ECLI: EU: C: 2009:317. Disponible en (última visita 01/03/2021).

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=B6B7FC8C7305FE8E4DAF4F780808985?text=&docid=78514&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6900086>.

17. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 17 de mayo de 2018. Asunto C-531/16. Disponible en (última visita 01/03/2021).

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CJ0531&qid=1614945698927&from=ES>.

18. Resolución del TACRC nº 60/2021, de 22 de enero. Recurso nº 1178 y 1183/2020 C.A. Región de Murcia 85 y 87/2020 Disponible en (última visita 01/03/2021).

[https://www.hacienda.gob.es/tacrc/resoluciones/a%C3%B1o%202021/recurso%201178%20y%201183-2020%20mu%2085%20y%2086-2020%20\(res%2060\)%2022-01-2021.pdf](https://www.hacienda.gob.es/tacrc/resoluciones/a%C3%B1o%202021/recurso%201178%20y%201183-2020%20mu%2085%20y%2086-2020%20(res%2060)%2022-01-2021.pdf).

licitadores sospechosos de haber coludido en el marco de un procedimiento de adjudicación tienen derecho, en virtud del Derecho de la Unión, a poner en conocimiento argumentos que les mantengan en el procedimiento. Esto incluye pruebas de que han adoptado medidas para restablecer su fiabilidad (en caso de haber sido excluidos de un procedimiento anterior o declarados culpables de colusión por una autoridad nacional de competencia) o de que su participación en el procedimiento no pone en riesgo la auténtica competencia necesaria<sup>19</sup>.

Los TARC admiten<sup>20</sup> 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, se traduciría en que las ofertas procedentes de dos o más sociedades deberían ser consideradas como formuladas por un mismo licitador. La aplicación de esta doctrina está basada en principios tan fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico como son la equidad en la aplicación de las normas jurídicas (artículo 3.2 CC), la regla de la buena fe en el ejercicio de los derechos (artículo 7.1 CC), la prohibición del abuso de derecho y del ejercicio antisocial del mismo (artículo 7.2 CC) o, en fin, la negación de los efectos al fraude de ley (artículo 6.4 CC).

Por tanto, el dato decisivo, al que ha de atenderse es si las empresas actúan o no en la realidad de manera independiente. Para determinarlo<sup>21</sup>, el órgano de contratación, y, en su caso,

los TARC podrán servirse de multitud de criterios tales como: “las circunstancias de su constitución, el parentesco entre quienes desempeñan los cargos de administración social o el domicilio de las compañías (STSJ Cataluña 20 de marzo de 2002), la titularidad del capital social (STSJ Valencia 10 de noviembre de 2001 y STSJ Castilla y León, Sala Valladolid, 15 de julio de 2003), la coincidencia del objeto social y la actividad a la que se dedican (STSJ Canarias, Sala Las Palmas, 23 de diciembre de 2009) pero siempre teniendo en cuenta que el solo cumplimiento de las condiciones del artículo 42 del Código de Comercio, que delimita el concepto de grupo empresarial, no permite el recurso a la doctrina del levantamiento del velo.”

En el nivel de prueba requerido para demostrar la existencia de ofertas que no son ni autónomas ni independientes, pueden aportarse no solo pruebas directas, sino también indicios, siempre que estos sean objetivos y concordantes y que los licitadores vinculados entre sí puedan aportar pruebas en contrario (véase, por analogía, la Sentencia de 21 de enero de 2016, Eturas y otros, C-74/14, EU: C: 2016:42, apartado 37) sin que sea necesario la existencia de una resolución administrativa firme de carácter sancionador o de otro tipo<sup>22</sup>. Así, los elementos<sup>23</sup> que permiten apreciar la existencia de prácticas colusorias serían: que actúan en la licitación con la misma representante y actuante o con personas que tienen los mismos datos de contacto; la existencia de una misma estructura del documento de oferta, de páginas, del tipo de letra, con múltiples párrafos con textos de explicación idéntico; la existencia de los mismos errores en la documentación; la firma por la misma persona física; la existencia de una misma sede; mismo teléfono fijo, móvil y fax; la misma fecha de presentación de proposición o el

19. Así lo señala la Comunicación de la Comisión (2021/C 91/01), op.cit., pág. C 91/27.

20. Entre otras:

- Resolución del TACRC nº 211/2019, de 8 de marzo. Recurso nº 52/2019 C.A. de la Región de Murcia 9/2019. Disponible en (última visita 01/03/2021). [https://www.hacienda.gob.es/tacrc/resoluciones/a%C3%B1o%202019/recurso%200052-2019%20mu%209-209%20\(res%20211\)%2008-03-2019.pdf](https://www.hacienda.gob.es/tacrc/resoluciones/a%C3%B1o%202019/recurso%200052-2019%20mu%209-209%20(res%20211)%2008-03-2019.pdf).
- Resolución del TACRC nº 1278/2019, de 11 de noviembre. Recurso nº 1068/2019 C.A. Región de Murcia 83/2019. Disponible en (última visita 01/03/2021). [https://www.hacienda.gob.es/tacrc/resoluciones/a%C3%B1o%202019/recurso%201068-2019%20mu%2083-2019%20\(res%201278\)%2011-11-2019.pdf](https://www.hacienda.gob.es/tacrc/resoluciones/a%C3%B1o%202019/recurso%201068-2019%20mu%2083-2019%20(res%201278)%2011-11-2019.pdf).
- Resolución del TACRC nº 548/2020, de 17 de abril. Recurso nº 253 y 254/2020 C.A. C. A del Principado de Asturias 19 y 20/2020. Disponible en (última visita 01/03/2021). [https://www.hacienda.gob.es/tacrc/resoluciones/a%C3%B1o%202020/recursos%200253%20y%200254-2020%20ast%2019%20y%2020-2020%20\(res%20548\)%2017-04-2020.pdf](https://www.hacienda.gob.es/tacrc/resoluciones/a%C3%B1o%202020/recursos%200253%20y%200254-2020%20ast%2019%20y%2020-2020%20(res%20548)%2017-04-2020.pdf).

21. Así lo señalan las Resoluciones del TACRC nos 572/2014, de 24 de julio y 950/2015, de 16 de octubre. Disponibles en (última visita 12/02/2021). [https://www.hacienda.gob.es/tacrc/resoluciones/a%C3%B1o%202014/recurso%200516-2014%20val%20071-2014%20\(res%20572\)%2024-07-2014.pdf](https://www.hacienda.gob.es/tacrc/resoluciones/a%C3%B1o%202014/recurso%200516-2014%20val%20071-2014%20(res%20572)%2024-07-2014.pdf). [https://www.hacienda.gob.es/tacrc/resoluciones/a%C3%B1o%202015/recurso%201016-2015%20\(res%20950\)%2016-10-2015.pdf](https://www.hacienda.gob.es/tacrc/resoluciones/a%C3%B1o%202015/recurso%201016-2015%20(res%20950)%2016-10-2015.pdf).

22. TACRC (nº 60/2021, de 22 de enero), op. cit., pág. 21.

23. Ver la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (en adelante TAC Gal) nº 28/2018, de 15 de julio. Recurso nº 34/2018. Disponible en (última visita 14/02/2021) <https://tacgal.xunta.gal/sixtacweb/resolucions/?contenido=28/2018&locale=es&page=9>

TACRC (nº 1278/2019, de 11 de noviembre), op.cit., pág.14.

TACRC ( nº 548/2020, de 17 de abril), op.cit., pág.2

TACP Madrid (nº 74/2018, de 14 de marzo), op. cit., págs. 9 y 10.

Comunicación de la Comisión (2021/C 91/01) op.cit., pág. C/25.9.



mismo día con minutos de diferencia y, finalmente, ofertas que estén muy por debajo de los criterios mínimos exigidos en los documentos de licitación, estén muy incompletas o procedan de un operador que claramente no es apto para ejecutar el contrato. También, indicios tales como las proposiciones enviadas desde el mismo fax o desde la misma oficina de correos<sup>24</sup> cuando sólo una de las empresas tiene en esa localidad su sede, han permitido concluir que bajo la apariencia de dos licitadores independientes que presentan dos ofertas distintas, en realidad subyace uno solo, con la consiguiente vulneración del principio de proposición única que determina la exclusión de ambos licitadores en el procedimiento de contratación.

#### IV. Conclusiones

La normativa europea en materia de contratación pública permite a los poderes adjudicadores que pueden excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación cuando "tenga indicios bastante plausibles<sup>25</sup> de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia".

Consideramos que la transposición de la referida Directiva en el Derecho interno genera cierta confusión, cuando el artículo 150.1 LCSP hace referencia a conductas colusorias según la normativa de competencia, dado que en el caso de "ofertas concertadas" presentadas entre empresas del mismo grupo propiamente no estamos ante una práctica colusoria, aunque es evidente que normativa y jurisprudencia europea prevén como consecuencia para tales supuestos la exclusión de las empresas que hayan incurrido en la referida concertación.

La doctrina de los Tribunales administrativos de recursos contractuales, en línea con el contenido de la directiva interpretado según la Comunicación de la Comisión sobre prácticas colusorias en materia de contratación pública, parece abogar por permitir la exclusión de las empresas en virtud de la vulneración del principio de proposición única, tanto en los casos en que las empresas que incurren en la concertación son del mismo grupo como cuando no pertenecen al mismo



24. Resolución del TAC Gal nº 12/2019, de 16 de enero. Recurso nº 3 y 5/2019 (acumulados) Disponible en (última visita 14/02/2021). <https://tacgal.xunta.gal/sixtacweb/resoluciones/>.

25. La Comunicación de la Comisión (2021/C 91/01) dedica el apartado 5.4 a la Noción de «indicios suficientemente plausibles»: hechos que pueden considerarse indicios, qué constituye un «indicio» en lugar de una «prueba» y cómo tratar a los solicitantes de clemencia, pág. C.91/14.

grupo de empresas. Si bien, es una doctrina que se ha gestado sin que se haya desarrollado el procedimiento sumarísimo a que se refiere el artículo 150.1 LCSP. Queda por ver si, en caso de que dicho procedimiento se regule, la doctrina de los referidos Tribunales va a variar o no.

A nuestro juicio, sería conveniente que se regule esta cuestión en línea con la Directiva europea, permitiendo al poder adjudicador excluir a los licitadores cuando se constate la voluntad de adulterar el procedimiento de licitación con independencia de que provenga de la adulteración se haya perpetrado por empresas que pertenezcan o no al mismo grupo de empresas. De esta forma se evitan posibles limitaciones contrarias a la directiva de recursos en caso de que se entienda que el órgano competente para resolver el recurso especial en materia de contratación no pueda cuestionar la decisión adoptada por la autoridad de la competencia. Todo ello sin perjuicio de considerar muy adecuada la posibilidad de facultativamente solicitar su asesoramiento y asistencia especializada sobre cómo abordar el asunto pues ayudaría al poder adjudicador a justificar debidamente las decisiones adoptadas y de este modo reduciría considerablemente el riesgo de que prosperara una impugnación de la decisión final.

Por tanto, la existencia de conductas colusorias en el procedimiento de contratación pública que resulten de claros indicios fundados basados en una coordinación de comportamientos determina que esa conducta sea irregular e

inaceptable y justifican la exclusión de las ofertas presentadas aplicando la doctrina del levantamiento del velo y previo trámite de audiencia al mismo. Pues bajo la apariencia de dos licitadores independientes que presentan dos ofertas distintas, en realidad subyace uno solo, con la consiguiente vulneración del principio de proposición única. Esta posibilidad de excluir a los licitadores por parte del poder adjudicador debería reconocerse sin necesidad de que exista una intervención previa de la autoridad de la competencia, aunque resulte conveniente su asesoramiento, y sin perjuicio de que subsista la obligación de remitir a esta autoridad el asunto para que se valore la posibilidad de incoar un procedimiento sancionador.

## V. Bibliografía

- **Agencia de Defensa de La Competencia de Andalucía;** “Recomendaciones para facilitar el acceso y promover la competencia en el ámbito de la contratación pública andaluza.” Diciembre 2010. Disponible en:  
[http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/Recomendaciones\\_ContratacionPublica.pdf](http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/Recomendaciones_ContratacionPublica.pdf).
- **Albors Llorens, A.;** “EC Competition Law and Policy” Cambridge University Press. 2002. ISBN I-903240-74-3.



- **Autoridad Catalana de la Competencia;** “Guía para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública” 2010. Disponible en:  
[http://acco.gencat.cat/web/.content/80\\_acco\\_documents/arxiu/guia\\_prev\\_det\\_colusio\\_contractacio\\_publica\\_esp.pdf](http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco_documents/arxiu/guia_prev_det_colusio_contractacio_publica_esp.pdf).
- **Autoridad Vasca de la Competencia;** “Guía sobre Contratación Pública y Competencia”, 2018. Disponible en:  
[https://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/guias\\_gidak/es\\_guias/adjuntos/GUIA\\_CONTRATACION\\_COMPETENCIA\\_es.pdf](https://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/guias_gidak/es_guias/adjuntos/GUIA_CONTRATACION_COMPETENCIA_es.pdf).
- **Comisión Europa;** “Comunicación relativa a las herramientas para combatir la colusión en la contratación pública y a las orientaciones acerca de cómo aplicar el motivo de exclusión conexo” (2021/C 91/01) publicada DOUE núm. 91, de 18 de marzo de 2021. Referencia: DOUE-Z-2021-70028.  
Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2021/091/Z00001-00028.pdf>.
- **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia;** “Guía sobre contratación pública y competencia”, 2011. Disponible en:  
<https://www.cnmec.es/expedientes/g-2009-02>
- **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia;** “E/CNMC/004/18. Radiografía de los procedimientos de contratación pública en España”, 2019. Disponible en:  
[https://www.cnmec.es/sites/default/files/2314114\\_6.pdf](https://www.cnmec.es/sites/default/files/2314114_6.pdf)
- **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia;** “2019-02 Guía sobre contratación pública y competencia. Fase 1: La planificación de la contratación pública”, 2020. Disponible en:  
[https://www.cnmec.es/sites/default/files/3334635\\_3.pdf](https://www.cnmec.es/sites/default/files/3334635_3.pdf)
- **Oficina Europea de lucha contra el fraude (OLAF);** “Fraud in Public Procurement – A collection of red flags and best practices” (El fraude en la contratación pública: recopilación de indicadores de alerta y mejores prácticas), de 20 de diciembre de 2017, Ref.: Ares (2017) 6254403, de 20/12/2017. Disponible en:  
[https://www.mapa.gob.es/es/pesca/temas/fondos-europeos/fraude-en-la-contratacion-publica\\_tcm30-501388.pdf](https://www.mapa.gob.es/es/pesca/temas/fondos-europeos/fraude-en-la-contratacion-publica_tcm30-501388.pdf)
- **Ortiz Blanco, L.;** “Manual de derecho de la competencia”, Technos, D.L, Madrid 2008. ISBN 978-84-309-4809-3.
- **Pérez de Las Heras, B.;** “El mercado interior europeo”, Universidad de Deusto, Barcelona 2008. ISBN. 978- 84-9830-169-4.

