



CONSULTA 080/2024, de 18 de septiembre de 2024. Indicios de conductas colusorias y remisión a la autoridad de competencia.

CONSULTA (discurso directo)

“Ante un supuesto en el que 3 empresas pertenecientes al mismo grupo empresarial presenten oferta en una misma licitación...

¿Cómo podemos identificar si se está llevando a cabo una práctica colusoria por parte de las mismas?

¿Qué indicios o parámetros se debe comprobar, seguir y/o tener en cuenta por parte de la Mesa de Contratación o del Órgano de Contratación?

¿En qué fase del procedimiento se debe comprobar y/o analizar la documentación presentada por las licitadoras si existe práctica colusoria por parte de las mismas?

¿Existe algún mecanismo que permita comprobar de oficio si una empresa concreta pertenece a un grupo de empresas?

¿Cuál sería el procedimiento seguir por la Mesa en Castilla – La Mancha y, en su caso, a nivel nacional ante un supuesto de práctica colusoria?”

RESPUESTA

Plantea la consultante diversas cuestiones ante un supuesto de hecho en el que tres empresas pertenecientes al mismo grupo empresarial presenten oferta en una misma licitación. Para una mejor comprensión, daremos respuesta, por separado, a cada una de ellas; todas ligadas, en mayor o menor medida, al tema de las prácticas colusorias y su identificación en el procedimiento de contratación.

- ✓ *¿Cómo podemos identificar si se está llevando a cabo una práctica colusoria por parte de las mismas? ¿Qué indicios o parámetros se debe comprobar, seguir y/o tener en cuenta por parte de la Mesa de Contratación o del Órgano de Contratación?*



La cuestión de las prácticas colusorias, está íntimamente ligada al principio de libre competencia, que salvaguarda, como uno de sus objetivos, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) en su artículo 1, apartado primero:

*“La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, 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”.*

Y establece, en su artículo 132.3, la obligación de velar *“en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia”*. Esta obligación recae tanto en los órganos de contratación, como en los órganos consultivos, y en los de resolución de los recursos especiales en materia de contratación. Todos estos órganos deberán notificar a la *“Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) 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”*.

Por su parte, el artículo 150.1 de la LCSP, faculta al órgano de contratación para que pueda excluir del procedimiento correspondiente a aquella, o aquellas empresas en las que hubiera apreciado indicios fundados de conductas colusorias, estableciendo el procedimiento a seguir para proceder a ello.



Este artículo responde a lo establecido por 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, que regula en su artículo 57 los motivos de exclusión de los licitadores, y establece, en su apartado 4, que *“los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación, por sí mismos o a petición de los Estados miembros, en cualquiera de las siguientes situaciones: (...) d) Cuando el poder adjudicador tenga indicios suficientemente plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia”*.

El artículo 150.1 de la LCSP, se refiere a la apreciación de indicios fundados de conductas colusorias, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Este último precepto dispone lo siguiente:

“Artículo 1. Conductas colusorias.

1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

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.

c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.

d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.



2. Son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley.

3. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:

a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.

b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y

c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

4. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que cumplan las disposiciones establecidas en los Reglamentos Comunitarios relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresa y prácticas concertadas, incluso cuando las correspondientes conductas no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE.

5. Asimismo, el Gobierno podrá declarar mediante Real Decreto la aplicación del apartado 3 del presente artículo a determinadas categorías de conductas, previo informe del Consejo de Defensa de la Competencia y de la Comisión Nacional de la Competencia”.

El citado artículo regula las “conductas colusorias”, pero, ni este precepto, ni el artículo 150.1 de la LCSP, establecen qué indicios debe tener en cuenta el órgano de contratación para considerar que puede haber prácticas colusorias entre las licitadoras que hayan presentado oferta al correspondiente procedimiento de licitación. Siendo consciente de la dificultad que entraña para el órgano de contratación la detección de posibles prácticas colusorias, la CNMC ha publicado este año en su web una [“Guía a los Órganos de Contratación Pública para la](#)



remisión de indicios de conductas contrarias a la competencia". En esta guía se establecen una serie de indicios orientativos para que los órganos de contratación puedan identificarlos en el procedimiento de contratación que hubieran convocado. Son los siguientes:

"1. Reducido número de licitadores.

Si a una licitación se presentan pocas, una o ninguna empresa de las muchas que podrían hacerlo o lo han hecho en pasadas licitaciones.

2. Ofertas incoherentes de un mismo licitador.

Una misma empresa licitadora presenta ofertas con diferencias sustanciales y no justificadas en precios o condiciones técnicas con respecto a licitaciones previas de similar o idéntico contenido.

3. Similitudes sospechosas en las ofertas presentadas.

Varios licitadores presentan ofertas con idénticos o cuasi-idénticos importes en su oferta económica y/o técnica sin aparente justificación.

4. Sospechas de boicot.

Los licitadores habituales se abstienen de presentar oferta alguna con vistas a lograr una modificación de las condiciones de licitación. Por ejemplo: conseguir que procedimientos abiertos sean declarados desiertos con el objeto de ir al procedimiento negociado.

5. Ofertas no competitivas.

Las ofertas falsas, "de acompañamiento", o de cobertura, que claramente no pretenden ser adjudicatarias y buscan simular concurrencia competitiva. Para ello, se sirven de sospechosos incumplimientos de las condiciones establecidas en los pliegos, o de precios nada competitivos. Pueden ser indicativas de una manipulación de la licitación previamente acordada con los competidores

6. Patrones de comportamiento sospechoso entre las licitadoras.



Una misma empresa resulta siempre la adjudicataria del mismo contrato, de los mismos lotes, del contrato, en los mismos territorios, o existe una rotación apreciable entre las empresas adjudicatarias.

7. Subcontratación no justificada entre empresas licitadoras.

La subcontratación por la adjudicataria a una tercera empresa participante en el concurso puede ser una compensación a cambio de no haber presentado una oferta competitiva y, por tanto, a cambio de no competir efectivamente en la licitación.

8. Ofertas presentadas por las mismas personas físicas.

Si una misma persona física o jurídica presenta las ofertas en nombre de varias licitadoras, sin relación alguna entre ellas, puede indicar un posible acuerdo para acudir conjuntamente sin rivalizar.

9. Ofertas económicas de idéntica redacción, formato o errores.

La utilización de idénticos formatos, expresiones o errores alfa-numéricos pueden indicar la coordinación de los competidores en la elaboración de las ofertas con fines manipuladores.

10. U.T.Es entre licitadores sin justificación aparente.

La constitución de la UTE debe ser objetivamente necesaria e indispensable para concurrir a la licitación por razones económicas, geográficas, técnicas u otras según reciente jurisprudencia. Una UTE creada por varias empresas capacitadas para competir individualmente, sin aparente justificación, puede ser indicio de manipulación de la licitación, especialmente si el número de licitadores es muy reducido”.

Asimismo, es destacable la [Comunicación de la Comisión Europea 2021/C 91/019, 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](#), cuyo objetivo es facilitar herramientas, formación y apoyo para poder afrontar eficazmente la colusión en un procedimiento de adjudicación. En el punto 3 de su Anexo, la Comisión señala unos consejos sobre cómo detectar posibles casos de colusión al evaluar las ofertas; como pueda ser el estar atento a errores, o faltas de ortografía



idénticos en distintas ofertas; distintas ofertas redactadas con una escritura o tipo de letra similares; ofertas que utilizan el membrete o los datos de contacto de otro licitador; diferentes ofertas con idénticos errores de cálculo o metodologías idénticas para estimar el coste de determinados puntos, etc.

7

Al respecto es preciso advertir, tal y como señala el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC), en su Resolución 60/2021 que *“(...) tan solo es exigible la existencia de indicios suficientemente plausibles de un acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia, pero en modo alguno se exige la declaración de su existencia mediante una resolución administrativa firme de carácter sancionador o de otro tipo. (...)”*.

De acuerdo con lo expuesto, esa entidad consultante podrá servirse de la relación orientativa que se ha indicado en los párrafos anteriores para poder identificar en el procedimiento de contratación en que se encuentra incurso, si existe algún indicio fundado de conducta colusoria entre las empresas presentadas.

Tratándose de licitadoras que forman parte de un grupo de empresas, es preciso tener en cuenta lo que indica la Comisión Europea en la mencionada Comunicación 2021/C 91/019:

“5.5. Empresas asociadas que participan en el mismo procedimiento de adjudicación: el derecho de los operadores que pueden ser sospechosos de colusión a demostrar su independencia al presentar una oferta

A menudo, los poderes adjudicadores tienen que afrontar la cuestión de cómo tratar ofertas separadas presentadas en el mismo procedimiento de adjudicación por operadores económicos que están asociados de algún modo (por ejemplo, son miembros del mismo grupo de empresas, o uno es una filial del otro, o se trata de empresas que comparten miembros de sus Consejos de Administración o representantes legales, o de empresas que poseen acciones en la misma empresa tercera). Puede ocurrir que un poder adjudicador sospeche que las ofertas presentadas por licitadores asociados están coordinadas (esto es, que no son ni autónomas ni independientes), lo cual pondría en



riesgo el respeto de los principios de transparencia e igualdad de trato entre los licitadores (48).

Según la jurisprudencia del Tribunal (49), el poder adjudicador debe evitar realizar presunciones generales que puedan llevar al rechazo automático de dichas ofertas (50). En lugar de eso, debería permitir que los operadores en cuestión demostraran, mediante cualesquiera pruebas que consideren adecuadas, que sus ofertas son verdaderamente independientes y no ponen en peligro la transparencia ni falsean la competencia en el procedimiento de adjudicación (51). Esto podría incluir, por ejemplo, hechos que demuestren que las respectivas ofertas se redactaron de forma independiente, que en su preparación participaron personas distintas, etc.

El poder adjudicador tiene derecho a juzgar si dichas explicaciones aportan suficientes pruebas de que la asociación de los operadores no influyó en su conducta en el procedimiento de adjudicación ni en el contenido de las respectivas ofertas con arreglo al artículo 57, apartado 4, letra d), de la Directiva y a decidir si permite a los operadores en cuestión participar en el procedimiento”.

De igual modo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 17 de mayo de 2018, en el asunto C-531/16, Ecoservice projektai, apartado 38, señala:

“(…) la constatación de que los vínculos entre los licitadores hayan influido en el contenido de las ofertas que presentaron en el marco de un mismo procedimiento es, en principio, suficiente para que dichas ofertas no puedan ser tenidas en cuenta por el poder adjudicador, dado que estas deben presentarse con total autonomía e independencia cuando emanan de licitadores vinculados entre sí. Por el contrario, la mera constatación de una relación de control entre las empresas de que se trata, debido a la propiedad o al número de derechos de voto que se pueden ejercitar durante las juntas generales ordinarias, sin verificar si tal relación ha tenido una incidencia concreta sobre la independencia de las antedichas ofertas, no basta para que el poder adjudicador pueda excluir automáticamente a esas ofertas del procedimiento de adjudicación de contratos (véase, por analogía, la sentencia de 19 de mayo de 2009, Assitur, [C-538/07](#), [EU:C:2009:317](#), apartado 32).



En consecuencia, el hecho de que hayan presentado oferta varias entidades que formen parte de un grupo de empresas, no es motivo suficiente para considerar que existen indicios de colusión; el órgano de contratación deberá valorar si dichas ofertas han sido elaboradas de manera autónoma e independiente, de forma que exista una competición real entre ellas, lo cual excluye cualquier tipo de concertación.

- ✓ ***¿En qué fase del procedimiento se debe comprobar y/o analizar la documentación presentada por las licitadoras si existe práctica colusoria por parte de las mismas? ¿Cuál sería el procedimiento seguir por la Mesa en Castilla – La Mancha y, en su caso, a nivel nacional ante un supuesto de práctica colusoria?”***

La LCSP prevé dos tipos de procedimientos por los cuales el órgano de contratación (o, en su caso, la mesa de contratación) tiene que comunicar los indicios de colusión que advierta durante un procedimiento de contratación: el del artículo 132.3, y el del artículo 150.1.

- Procedimiento del artículo 132.3.

Este procedimiento está dirigido a los órganos de contratación, a los órganos consultivos en materia de contratación, y a los competentes para resolver el recurso especial del artículo 44 LCSP. Estos órganos deberán notificar a la autoridad de competencia cualquier hecho del que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que pueda constituir una infracción de competencia y, particularmente, cualquier indicio de colusión. Tal y como señala la Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO), en su “Comunicación de indicios de colusión en la contratación pública”: *“Podemos decir que se trata de una obligación general, aplicable a todos los tipos de contratos y procedimientos de licitación (independientemente de su importe), y que compele a todo el sector público a notificar a la ACCO (en nuestro caso, a la CNMC) cualquier indicio de una posible infracción de la normativa de defensa de la competencia. Recibida esta notificación y atendiendo a los elementos de juicio conocidos, entra dentro de las funciones de la autoridad de competencia investigar las circunstancias del caso concreto y, eventualmente, incoar un expediente sancionador si se observan indicios racionales de conductas prohibidas por la LDC (artículo 49.1 LDC)”*. Por su parte, la CNMC, en su Guía de remisión, indica que en este caso (el del artículo 132 LCSP) *el órgano de contratación debe comunicar a la CNMC cualquier*



hecho o indicio que pudieran ser contrarios a la libre competencia en cualquier momento de la tramitación.

Así pues, cumpliendo lo dispuesto en el precepto, el órgano de contratación deberá poner en conocimiento de la CNMC cualquier indicio de conducta colusoria del que tenga conocimiento en cualquier momento de la tramitación del correspondiente procedimiento de contratación; con independencia de si está o no sujeto a regulación armonizada. Ello, a los efectos de que aquella autoridad de competencia valore si iniciar un expediente sancionador, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de defensa de la competencia.

- Procedimiento del artículo 150.1 de la LCSP.

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

1. (...)

*En los contratos **sujetos a regulación armonizada** que celebren cualquiera de las entidades sujetas a la presente ley, si se apreciaren **indicios fundados** de conductas colusorias en el procedimiento de contratación en tramitación, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, el órgano de contratación, de oficio o a instancia de la mesa de contratación, 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 con el fin de que, en el plazo de 20 días hábiles, emita un informe sobre el carácter fundado o no de tales indicios.*

El traslado a que alude el párrafo anterior deberá incluir una explicación detallada sobre los indicios detectados y sobre las razones para considerar su carácter presuntamente colusorio e irá acompañado del expediente de contratación, incluida la totalidad de las ofertas presentadas por todos los licitadores, sin perjuicio del deber de confidencialidad previsto en el art. 133 LCSP. La autoridad de defensa de la competencia podrá solicitar documentación adicional al órgano de contratación siempre que guarde relación con los indicios mencionados en la remisión. En este supuesto, deberá ponerse la documentación requerida a disposición de la autoridad de competencia en un plazo máximo de 3 días hábiles.



*La remisión de esta documentación a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente supondrá la **inmediata suspensión de la licitación**, la cual **no será notificada a los licitadores ni tampoco será objeto de publicación**. El órgano de contratación deberá mantener en todo momento la debida confidencialidad de estas actuaciones.*

11

Una vez recibido el informe de la autoridad de competencia, si el mismo no concluye que existen tales indicios fundados de conductas colusorias, el órgano de contratación dictará resolución alzando la suspensión, que tampoco será objeto de notificación ni publicación, y continuará con la tramitación del procedimiento de contratación sin la exclusión de ningún licitador por este motivo.

En caso de que el informe concluyese que existen indicios fundados de conducta colusoria, el órgano de contratación notificará y publicará la suspensión y remitirá a los licitadores afectados la documentación necesaria para que en un plazo de diez días hábiles aleguen cuanto tengan por conveniente en defensa de sus derechos. El órgano de contratación cuidará de que los licitadores afectados reciban toda la documentación necesaria para el ejercicio de su derecho, pero sin revelar aspectos de las ofertas del resto de licitadores, si ya se hubiesen presentado, y con respeto al deber de confidencialidad previsto en el artículo 133 de esta ley. Una vez evacuado este trámite, el órgano de contratación podrá recabar de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, de la autoridad de competencia autonómica correspondiente los informes que juzgue necesarios para resolver, que deberán ser emitidos en el plazo improrrogable de 3 días hábiles. A la vista de los informes obrantes en el procedimiento, de las alegaciones y pruebas de los licitadores afectados y de las medidas que en su caso estos acrediten haber adoptado para evitar futuras infracciones, el órgano de contratación resolverá de forma motivada lo que proceda en el plazo de 10 días hábiles.

Si el órgano de contratación resuelve que existen indicios fundados de conductas colusorias excluirá del procedimiento de contratación a los licitadores responsables de dicha conducta y lo notificará a todos los licitadores, alzando la suspensión y continuando el procedimiento de contratación con los licitadores restantes, si los hubiere. Si resuelve que no existen indicios fundados de conducta colusoria, alzaré la



suspensión y continuará la tramitación del procedimiento de contratación sin la exclusión de ningún licitador por este motivo.

En caso de no recibir el informe de la autoridad de competencia en el plazo de 20 días hábiles, el órgano de contratación podrá acordar continuar con la tramitación del procedimiento o iniciar el procedimiento contradictorio establecido en este apartado. En este último caso, si el órgano de contratación recibiera el informe de la autoridad de competencia antes de haber dictado su resolución, no procederá acordar la exclusión de ningún licitador cuando dicho informe no concluya que existen indicios fundados de conducta colusoria. Igualmente, si el órgano de contratación recibiera el informe en el mencionado sentido una vez dictada la resolución que acuerde la exclusión de algún licitador, podrá revocar dicha resolución si así lo considera procedente siempre que aún no se hubiera adjudicado el contrato.

El órgano de contratación comunicará la resolución de adjudicación del contrato a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, por medios electrónicos el mismo día en que se acuerde. Esta comunicación hará decaer cualquier solicitud de informe que no hubiera sido atendida hasta esa fecha, no pudiendo las autoridades de competencia emitir el informe a partir de ese momento”.

Teniendo en cuenta lo señalado en el citado precepto, y lo que indica la CNMC en su Informe 85/2018, sobre el artículo 150 de la LCSP, el procedimiento a seguir, según la interpretación de este servicio, sería el siguiente:

1. Apreciación de indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación en tramitación. Sólo para contratos sujetos a regulación armonizada (SARA).

Para poder llevar a cabo dicha identificación, nos remitimos a lo indicado en la resolución de la primera cuestión realizada por la consultante.

Dichos indicios podrán ser apreciados **desde que se presenten las ofertas, y hasta que se adjudique el contrato.**



2. Traslado de esos indicios a la CNMC (al no existir en nuestra Comunidad Autónoma la autoridad de competencia propia), para la emisión del correspondiente informe.

Se llevará a cabo, con carácter previo a la adjudicación del contrato, por el órgano de contratación, ya sea por iniciativa propia, o a instancia de la mesa de contratación. Este traslado, tal y como señala el Informe 85/2018, *En consonancia con lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Ley 40/2015, del 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, (...) se realizará **por medios electrónicos, mediante la comparecencia en la sede electrónica de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.*** Dicho traslado comprenderá/deberá contener:

- Una **explicación detallada** sobre cuáles son los indicios detectados y las razones por las que se consideran presuntamente colusorios.
- El **expediente de contratación**, incluida la totalidad de las ofertas presentadas.

La CNMC podrá solicitar al órgano de contratación aquella documentación adicional que guarde relación con los indicios detectados, que deberá ser remitida en el un máximo de 3 días hábiles.

El traslado de los indicios detectados supondrá la **inmediata suspensión de la licitación**. Esta suspensión será de carácter interno, pues **no será notificada a los licitadores ni tampoco será objeto de publicación**, *minimizando así el riesgo de destrucción de pruebas por parte de los licitadores afectados* (Informe 85/2018).

Este informe, que deberá emitirse en el plazo de 20 días hábiles, **únicamente se pronunciará sobre el carácter fundado o no de tales indicios**; en ningún caso, *prejuzgará el eventual carácter colusorio de dichos indicios trasladados* (Informe 85/2018).

3.- Emisión de informe de la CNMC: podrá ser de carácter negativo o positivo.

3.1- Emisión de informe de carácter negativo: la CNMC considera que no existen indicios fundados de prácticas colusorias.

El órgano de contratación dictará resolución, de carácter interno, alzando la suspensión y **continuará con la tramitación** del procedimiento de contratación.



3.2- Emisión de informe de carácter positivo: la CNMC considera que sí existen indicios fundados de prácticas colusorias.

El órgano de contratación deberá **notificará la resolución** por la que se acordó en su día la suspensión, **a todas las licitadoras** que hayan presentado oferta, y deberá **publicarla** en el perfil de contratante. Asimismo, deberá conceder **trámite de audiencia**, por un plazo de 10 días hábiles, a las licitadoras que se encuentren incurso en presunción de haber realizado conductas colusorias, remitiéndoles toda la documentación que resulte necesaria para que aquéllas puedan alegar lo que estimen oportuno en defensa de sus derechos. En la remisión de la citada documentación el órgano de contratación deberá velar, en todo caso, porque no se dé traslado de aquella documentación de carácter confidencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 133 de la LCSP.

Las licitadoras podrán presentar en este proceso contradictorio las denominadas **“medidas de autocorrección”**. Aquéllas deberán probar que estas medidas son suficientes para demostrar su fiabilidad y mantenerse en el procedimiento de adjudicación, pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. A estas medidas se refiere el artículo 150.1 de la LCSP, cuando señala: *“(...) y de las medidas que en su caso estos acrediten haber adoptado para evitar futuras infracciones (...)”*. Esta previsión responde a lo indicado en el artículo 57.6 de la Directiva 2014/24:

“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.

(...)

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.

(...)”.

Una vez recibidas las alegaciones de las licitadoras afectadas, **el órgano de contratación** podrá recabar de la CNMC (que dispone de 3 días hábiles) los informes que estime necesarios para que, junto con estos y aquéllas, y demás documentación obrante en el expediente, **resuelva de forma motivada si existen o no esos indicios**. Esta resolución deberá evacuarse en el plazo de 10 días hábiles. Si el órgano de contratación **resuelve que sí existen indicios** fundados de conductas colusorias:

- Dictará resolución por la que se excluirá del procedimiento de contratación a las licitadoras afectadas, notificándola, y dándole el pie de recurso que corresponda, como sucede con cualquier otro tipo de resolución de exclusión.
- Dictará resolución por la que ordene notificar a todas las licitadoras la exclusión o exclusiones llevadas a cabo, alzar la suspensión y continuar el procedimiento con las licitadoras restantes, en su caso.

Si el órgano de contratación **resuelve que no existen indicios** fundados de conductas colusorias, en esa misma resolución se acordará alzar la suspensión y continuar la tramitación del procedimiento de contratación, sin la exclusión de ninguna licitadora por este motivo. Aunque no dice nada el precepto, este servicio considera que, al igual que la suspensión, una vez emitido informe positivo de la CNMC, debe notificarse a todas las licitadoras y publicarse, también debería ser notificado y publicado su alzamiento.

4.- No emisión de informe de la CNMC en plazo:

El órgano de contratación, en este caso, puede hacer dos cosas:

- Acordar continuar con la tramitación del procedimiento; para lo cual, al igual que sucede cuando sí existe ese informe, de carácter negativo, dictará resolución, de carácter interno, acordando alzar la suspensión y continuar con la tramitación del procedimiento de contratación.



- Iniciar el procedimiento contradictorio a que se ha hecho referencia en el apartado 3.2. Si, una vez iniciado, y antes de dictar resolución de exclusión, recibe informe negativo de la CNMC, no podrá excluir a ninguna licitadora por este motivo. Si este informe negativo se hubiera recibido una vez que se haya dictado la resolución de exclusión, el órgano de contratación, si así lo considera procedente, podrá revocar dicha resolución, siempre que no se hubiera adjudicado el contrato.

5.- Comunicación de la resolución de adjudicación del contrato a la CNMC

Esta comunicación se hará **por medios electrónicos** a través del canal habilitado en la sede electrónica de la CNMC, el mismo día en que se acuerde la resolución. **Una vez que se realice la comunicación, la CNMC no podrá emitir ningún informe** que se haya solicitado y no se haya atendido en plazo, decayendo la solicitud que, en su día, hubiera realizado el órgano de contratación a tal efecto.

- ✓ ***¿Existe algún mecanismo que permita comprobar de oficio si una empresa concreta pertenece a un grupo de empresas?***

La LCSP se refiere al grupo de empresas, en su artículo 149, cuando indica:

“3. Cuando hubieren presentado ofertas empresas que pertenezcan a un mismo grupo, en el sentido del artículo 42.1 del Código de Comercio, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de identificación de las ofertas incursas en presunción de anormalidad, aquella que fuere más baja, y ello con independencia de que presenten su oferta en solitario o conjuntamente con otra empresa o empresas ajenas al grupo y con las cuales concurran en unión temporal”.

Asimismo, el artículo 86 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, establece:

“1. A los efectos de lo dispuesto en el artículo 83.3 de la Ley, cuando empresas pertenecientes a un mismo grupo, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos del artículo 42.1 del Código de Comercio, presenten distintas



proposiciones para concurrir individualmente a la adjudicación de un contrato, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, la oferta más baja, produciéndose la aplicación de los efectos derivados del procedimiento establecido para la apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, respecto de las restantes ofertas formuladas por las empresas del grupo.

2. Cuando se presenten distintas proposiciones por sociedades en las que concurren alguno de los supuestos alternativos establecidos en el artículo 42.1 del Código de Comercio, respecto de los socios que las integran, se aplicarán respecto de la valoración de la oferta económica las mismas reglas establecidas en el apartado anterior.

3. A los efectos de lo dispuesto en los dos apartados anteriores, las empresas del mismo grupo que concurren a una misma licitación deberán presentar declaración sobre los extremos en los mismos reseñados.

(...)”.

Para poder hacer efectivos estos preceptos, nuestros modelos de pliegos, aprobados por la persona titular de la consejería competente en materia de Hacienda, y de aplicación obligatoria para todos los órganos de contratación del sector público regional que, a efectos de la legislación aplicable, tienen la consideración de Administraciones Públicas, prevén que las licitadoras que participen en los correspondientes procedimientos hagan constar, como declaración responsable, si pertenecen, o no, a un grupo de empresas, debiendo adjuntar, para el caso de que sí pertenezcan a un grupo, un listado de empresas vinculadas de conformidad con el artículo 42 del Código de Comercio.

El artículo 42 del Código de Comercio nos indica, en su apartado primero, cuando existe un grupo de empresas:

“1. (...) Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con



otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

a) Posea la mayoría de los derechos de voto.

b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.

d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

(...)”.

Desconoce este servicio si existe algún modo de comprobar de forma fehaciente, sin que sea necesario recurrir a las empresas licitadoras, si algunas de ellas pertenecen a un grupo empresarial. En cualquier caso, como ya hemos indicado, **las empresas están obligadas a presentar, junto con su oferta, una declaración responsable indicativa de si pertenecen o no a un grupo de empresas.** No obstante, si el órgano de contratación tuviera dudas razonables sobre la fiabilidad de la declaración, por haber apreciado indicios de que las empresas licitadoras, o alguna de ellas, pudieran formar parte de un grupo, podrá requerirles, en virtud de lo dispuesto en el artículo 140.3 de la LCSP, para que presenten, por ejemplo, las escrituras de constitución de la empresa, para comprobar si, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del Código de Comercio, concurre en las empresas alguno, o alguno de los supuestos a que se refiere el citado precepto en las letras a) a d) de su primer apartado.



Teniendo en cuenta todo lo anterior, como **conclusión**, podemos indicar lo siguiente:

- No existe en la normativa ninguna relación de indicios de la que se pueda servir el órgano de contratación para poder apreciar una conducta colusoria. No obstante, y a estos efectos, el órgano de contratación podrá consultar en la [página web de la CNMC la “Guía a los Órganos de Contratación Pública para la remisión de indicios de conductas contrarias a la competencia”](#), elaborada por aquélla. Asimismo, también puede servir de ayuda, en la valoración de estos indicios la [Comunicación de la Comisión Europea 2021/C 91/019, 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](#).
- El hecho de que se hayan presentado a la licitación empresas que formen parte de un grupo, no es motivo suficiente para considerar que existen indicios de colusión. Corresponderá al órgano de contratación valorar si, efectivamente, las ofertas presentadas por esas empresas gozan de autonomía e independencia, o existen indicios de que las empresas hayan podido coordinarse para presentar sus ofertas, con el fin de falsear la competencia.
- Todas las licitadoras deben hacer constar entre la documentación aportada al correspondiente procedimiento de contratación, una declaración responsable **indicativa de si pertenecen o no a un grupo de empresas**. No obstante, si el órgano de contratación tuviera dudas razonables sobre la fiabilidad de la declaración, podrá requerirles cualquier tipo de documentación que la justifique.
- En el caso de que el órgano de contratación aprecie indicios de conductas colusorias, deberá ponerlos en conocimiento de la CNMC en cualquier momento del procedimiento de adjudicación, y para todo tipo de contratos, independientemente de su cuantía (a través del procedimiento previsto en el artículo 132.3 de la LCSP), con el fin de que aquélla pueda iniciar, en su caso, un expediente sancionador, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de defensa de la competencia.

Asimismo, y a través del procedimiento previsto en el artículo 150.1 de la LCSP, el órgano de contratación también deberá remitir a la CNMC, los indicios fundados de conductas colusorias que haya podido apreciar en el procedimiento de contratación en tramitación. Esta obligación solo rige para los contratos sujetos a regulación armonizada, y con carácter



previo a la adjudicación del contrato. A través de este procedimiento, el órgano de contratación podrá excluir del mismo, en su caso, a aquella o aquellas entidades en las que haya apreciado dichos indicios.

Este servicio recomienda a la entidad consultante que mantenga en todo momento una relación fluida con la CNMC al objeto de que esta pueda resolverle cualquier duda que le pueda surgir, tanto en cuanto a la detección de posibles indicios, como al procedimiento a seguir. De igual modo, advertirle sobre el hecho de que sea especialmente cuidadosa y guarde el carácter reservado que requiere esta cuestión y, salvo, en los casos a que se refiere el artículo 150.1, no haga públicos estos indicios, ni cualquier tipo de actuación que lleve a cabo, relacionada con ellos.

Finalmente, indicar que, la presente respuesta a la consulta planteada tiene carácter meramente informativo y, en ningún caso, resulta vinculante.

EL SERVICIO DE ASESORAMIENTO Y NORMALIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN