

## **RESOLUCIÓN 93/2021 DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE EUSKADI**

La Resolución 93/2021 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi (en adelante, OARC) establece una serie de parámetros o “red flags” a la hora de identificar posibles prácticas colusorias entre licitadoras, centrándose, en este caso, en la subcontratación cruzada. Es decir, cuando dos licitadores se subcontratan entre sí las prestaciones objeto del contrato.

En este caso, el recurrente solicita la exclusión de dos de las licitadoras/adjudicatarias al incurrir en prácticas colusorias, por cuanto ambas ofertas habrían sido elaboradas de modo concertado y no independiente. No obstante, el OARC se pronuncia sobre 2 cuestiones fundamentales:

### **a) Tratamiento jurídico de las ofertas indiciariamente incursas en prácticas colusorias**

Con carácter previo, el Órgano de Contratación alega que la calificación de una conducta colusoria corresponde a las autoridades competentes en materia de defensa de la competencia y no a los propios órganos de contratación, pues no se prevé como motivo de exclusión en la LCSP.

No obstante, el OARC le quita la razón al afirmar que, si bien la Directiva 2014/24/UE si contempla expresamente que las ofertas que muestren indicios de colusión son irregulares y deben ser excluidas del procedimiento de adjudicación, la LCSP incorpora este contenido en el artículo 150.1 3º párrafo al prever un procedimiento sumarísimo para que la correspondiente autoridad en materia de competencia se pronuncie sobre la existencia de indicios fundados de conductas colusorias. En definitiva, aunque el citado precepto no haya iniciado su vigencia, constituye un deber del poder adjudicador excluir las proposiciones incursas en colusión, aunque no sea a través del procedimiento previsto en el artículo 150.1 de la LCSP.

Asimismo, la jurisprudencia del TJUE fundamenta la exclusión de ofertas fundadas en practicas colusorias a través de la infracción del principio de igualdad de trato, ello es así porque si, finalmente se demuestra que dos ofertas no son autónomas e independientes, no cabe adjudicar el contrato a los mismos, y, por lo tanto, deben ser excluidos para no vulnerar el mencionado principio rector de la contratación. El presente análisis, continua el OARC, es aplicable incluso en el caso en el que no quepa hablar de una práctica contraria a la competencia, como es el caso en el que dos licitadores pertenezcan a la misma unidad económica.

Por último, también se hace alusión al artículo 139.3 de la LCSP que prohíbe, con carácter general, que cada licitador presente más de una proposición. Esta prohibición se extiende también a los casos en los que dos empresas presentan cada una de ellas ofertas formalmente diferentes pero concertadas en su contenido.

En virtud de lo anterior, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, se establece que la decisión del poder adjudicador de excluir las proposiciones puede basarse tanto en pruebas directas como en pruebas indiciarias, siempre que sean objetivas y concordantes, así como que los licitadores vinculados entre sí puedan aportar pruebas en contrario.

### **b) Análisis de las ofertas presentadas: Subcontratación como indicio de prácticas colusorias entre licitadores.**

El principal argumento en el que el recurrente fundamenta su recurso, así como resulta el indicio más claro de prácticas colusorias, se encuentra en la subcontratación cruzada entre ofertas,

pues supone le conocimiento y la elaboración conjunta de ambas ofertas por las dos empresas. Así pues, la subcontratación cruzada es un “indicador de alerta” de colusión, ya que ambas empresas han conocido los términos de la proposición de la otra, lo que permite dudar de la independencia de sus ofertas y, en consecuencia, activa la obligación del poder adjudicador de *“prevenir, detectar y poner remedio a los elementos que puedan viciar el procedimiento”*, de conformidad a lo dispuesto por la jurisprudencia comunitaria (STJUE de 17 de mayo de 2018 C-531/16).

Lo anterior supone que, con independencia de la existencia de la subcontratación cruzada, deben existir pruebas o indicios de que ambas ofertas no se han elaborado autónomamente, sin que queda una presunción *iuris et de iure* de *“interferencia recíproca”*. Pues, de igual manera, no existe una norma que establezca, con carácter general, la prohibición de acudir a la subcontratación cruzada.

Ahora bien, en el caso concreto, se daban una serie de circunstancias que analiza el OARC. Una de las cuestiones sobre las que llama la atención es sobre el hecho de que para la subcontratación se establecían unos porcentajes que, entre ambas ofertas, sumaban 100%, lo que parecía sugerir que las dos empresas partían de la misma base, conocida por ambas, para calcularlos, así como se designaban como confidenciales las mismas partes de su oferta. Además, en relación con la oferta técnica, de uno de los documentos que la componían, dejaba patente la similitud entre ambas, por ejemplo, entre los cronogramas aportados existía una identificación prácticamente absoluta, tanto formal como materialmente, entre otros indicios.

Sin embargo, además de lo anterior, lo importante aquí es que no se demuestra que la coincidencia entre ambas ofertas tenga una explicación alternativa a la elaboración concertada de las proposiciones. Por lo tanto, aunque la subcontratación cruzada no es, por sí sola, una infracción, tampoco puede servir para excusar la obligación de que las ofertas sean independientes. Las coincidencias de ofertas, en este caso concreto, no responde a una consecuencia inevitable de dicha subcontratación, pues no había obstáculo para que, a pesar de basarse en los mismos recursos personales y materiales, las soluciones técnicas propuestas fueran distintas.

A los ojos del OARC, no parecía haber una explicación satisfactoria para un grado tan alto de similitud distinta de la elaboración concertada de la oferta. Más concretamente, no es aceptable atribuir la similitud a que la subcontratación cruzada implica que las estructuras de costes sean análogas, pues la subcontratación no excusa de la obligación de elaborar ofertas autónomas y, además, lo que se trasluce de las ofertas es que ninguna de las dos empresas tiene una estrategia de precios propia y diferenciada.

### **c) Valoración de los indicios y conclusión**

En conclusión, el OARC señala que los indicios mencionados anteriormente son suficientes para entender que la concordancia entre proposiciones adolece de una falta de independencia, sin que exista una explicación plausible y alternativa. Asimismo, acuerda, en primer lugar, estimar las pretensiones del recurrente, excluir a las empresas licitadoras y, en segundo lugar, remitir a la Autoridad Vasca de la Competencia la presente Resolución para que considere abrir expediente a los efectos oportunos.