

## II

*(Comunicaciones)*

## COMUNICACIONES PROCEDENTES DE LAS INSTITUCIONES, ÓRGANOS Y ORGANISMOS DE LA UNIÓN EUROPEA

## COMISIÓN EUROPEA

**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)

*Índice*

	<i>Página</i>
1. INTRODUCCIÓN .....	3
1.1. El asunto en cuestión .....	3
1.2. Dificultades para abordar la cuestión .....	4
1.3. Esfuerzos realizados hasta la fecha para abordar el problema de la colusión .....	5
2. INSTRUMENTOS A NIVEL DE LA UNIÓN PARA COMBATIR LA COLUSIÓN .....	5
2.1. Compromiso político de intervenir .....	5
2.2. Principios rectores para el cumplimiento de este compromiso .....	6
2.3. Finalidad de la presente Comunicación .....	7
3. APOYO A LOS ESTADOS MIEMBROS Y A LOS PODERES ADJUDICADORES .....	7
4. MEJORA DE LA COOPERACIÓN ENTRE LAS AUTORIDADES CENTRALES DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA NACIONALES .....	8
5. ORIENTACIONES PARA LOS PODERES ADJUDICADORES ACERCA DE CÓMO APLICAR EL MOTIVO DE EXCLUSIÓN RELATIVO A LA COLUSIÓN DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 38, APARTADO 7, LETRA e), DE LA DIRECTIVA 2014/23/UE, EL ARTÍCULO 57, APARTADO 4, LETRA d), DE LA DIRECTIVA 2014/24/UE Y EL ARTÍCULO 80, APARTADO 1, DE LA DIRECTIVA 2014/25/UE .....	10
5.1. Disposiciones jurídicas aplicables y su implementación hasta la fecha .....	10
5.2. Alcance del motivo de exclusión relativo a la colusión: cobertura de las prácticas concertadas e interrelación con el motivo de exclusión debido a una falta profesional grave .....	12
5.3. Competencia de los poderes adjudicadores para aplicar el motivo de exclusión: amplio margen de apreciación y límites de su discrecionalidad .....	13
5.4. 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 .....	14
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 .....	17

---

5.6. Licitación conjunta y subcontratación: una evaluación minuciosa a la vez que equilibrada por parte del poder adjudicador .....	18
5.7. Medidas de «autocorrección» adoptadas por los operadores económicos en el sentido del artículo 57, apartado 6, de la Directiva: el derecho de los operadores a demostrar su fiabilidad y la necesidad de que los poderes adjudicadores evalúen de forma proporcionada los argumentos esgrimidos .....	19
5.8. Importancia de que los poderes adjudicadores informen a la autoridad de competencia o a otras autoridades centrales implicadas y/o les soliciten asistencia .....	20
5.9. Establecimiento de las condiciones para excluir a un operador económico en virtud del artículo 57, apartado 7, de la Directiva .....	21
ANEXO .....	23
Recursos y consejos para luchar eficazmente contra la colusión en la contratación pública .....	23

## 1. INTRODUCCIÓN

### 1.1. El asunto en cuestión

La contratación pública es una de las formas más tangibles de gasto público, puesto que su objetivo es proporcionar obras, bienes o servicios que son utilizados directamente por los ciudadanos (como una calle, un aeropuerto, los materiales utilizados en un hospital o los servicios públicos de autobuses). La contratación pública representa una parte sustancial del PIB de los Estados miembros de la Unión <sup>(1)</sup>, y desempeña un papel fundamental en el crecimiento económico, el progreso social y el cumplimiento del objetivo principal de un Estado de prestar servicios de calidad a sus ciudadanos. La ciudadanía tiene derecho a que el dinero público se gaste de la manera más eficiente, transparente, responsable y justa posible, a poder utilizar servicios públicos de calidad y, en definitiva, a poder seguir depositando su confianza en las instituciones públicas.

El concepto de colusión en la contratación pública (también denominado «licitación colusoria») hace referencia a los acuerdos ilegales entre operadores económicos destinados a falsear la competencia en los procedimientos de adjudicación. Estos acuerdos entre operadores económicos con fines de colusión pueden adoptar diversas formas; por ejemplo, pueden consistir en fijar previamente el contenido de sus ofertas (especialmente el precio) al objeto de influir en el resultado del procedimiento, abstenerse de presentar una oferta, asignar el mercado basándose en la ubicación geográfica, el poder adjudicador o el objeto de la contratación pública o establecer sistemas de rotación para una serie de procedimientos. El objetivo de todas estas prácticas es permitir que un licitador predeterminado obtenga un contrato mientras se crea la impresión de que el procedimiento es realmente competitivo.

Básicamente, la colusión socava los beneficios de un mercado de la contratación pública justo, transparente, basado en la competencia y orientado a la inversión, al restringir el acceso de empresas a ese mercado y limitar las posibilidades de elección para los compradores públicos. En un mercado de la contratación pública afectado por la colusión, los operadores económicos respetuosos de la ley a menudo se ven disuadidos de participar en los correspondientes procedimientos de adjudicación o de invertir en proyectos del sector público. Esto tiene un efecto particularmente perjudicial sobre las empresas que desean o necesitan desarrollar su actividad, especialmente las pequeñas y medianas empresas. Resulta igualmente perjudicial para aquellas empresas que tienen la capacidad y la disposición de desarrollar soluciones innovadoras de cara a satisfacer las necesidades del sector público. Hace tiempo que la colusión se viene considerando y tratando como un importante factor de riesgo para la eficiencia del gasto público. Se estima que aumenta en hasta un 60 % los costes que pagan los compradores públicos en comparación con lo que pagarían en condiciones normales de mercado <sup>(2)</sup>. Un único caso de colusión en un procedimiento de adjudicación multimillonario costará al contribuyente europeo millones de euros de pagos en exceso en detrimento de un gasto público eficiente y responsable.

La colusión es un fenómeno recurrente en los mercados de la contratación pública (incluso en sectores económicos clave como la construcción, la informática o la salud). Se detectan, investigan y enjuician regularmente casos de colusión (por la vía administrativa y, en muchos casos, penal) en todas las partes del mundo, incluidos los Estados miembros de la Unión <sup>(3)</sup>. 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 para sus sistemas de salud 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. Los efectos perjudiciales de la colusión sobre las finanzas públicas pueden resultar aún mayores tras estas situaciones de emergencia, en un momento en que la recuperación económica depende en gran medida de hacer el mejor uso posible de los fondos públicos disponibles y de realizar importantes inversiones en los sectores económicos fundamentales. El gasto indebido de cantidades excesivas para obras, suministros y servicios supone menos fondos públicos para llevar a cabo actividades básicas del Estado, mayores déficits presupuestarios y una necesidad más acuciante para los Estados de recurrir a préstamos, lo cual pone en peligro su estabilidad financiera y socava sus esfuerzos para la recuperación. Asimismo, las dudas de las empresas a la hora de participar en proyectos del sector público en mercados afectados por la colusión minan los esfuerzos por atraer inversión privada para infraestructura (por ejemplo, en el caso de concesiones que requieren la participación de capital privado).

En el Derecho de la Unión <sup>(4)</sup>, las conductas colusorias entre operadores económicos se abordan en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que prohíbe explícitamente los acuerdos y las prácticas concertadas que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado

<sup>(1)</sup> Se estima en más del 14 % del PIB total de los Estados miembros de la Unión.

<sup>(2)</sup> Por ejemplo: <http://documents.banquemoniale.org/curated/fr/975181468151765134/Curbing-fraud-corruption-and-collusion-in-the-roads-sector>. Un asunto pendiente de presunta colusión que está siendo investigado en los Estados Unidos, en el que están implicadas varias grandes empresas farmacéuticas, incluye alegaciones de que las empresas participantes en el plan colusorio fijaron artificialmente precios para una serie de fármacos genéricos hasta un 1000 % por encima de su precio normal de mercado.

<sup>(3)</sup> Según información recibida de los Estados miembros (véase el punto 2.2 de la presente Comunicación).

<sup>(4)</sup> Analizada en el punto 5.1 de la presente Comunicación.

interior y que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros. Además, desde que se adoptó la generación más reciente de Directivas sobre contratación pública de la Unión en 2014, unos indicios suficientemente plausibles de conducta colusoria han pasado a ser, de forma explícita, un motivo facultativo para excluir a un operador económico de un procedimiento de adjudicación <sup>(5)</sup>.

## 1.2. Dificultades para abordar la cuestión

Detectar y abordar casos de colusión en la contratación pública plantea problemas concretos para las autoridades nacionales. Los acuerdos ilegales entre operadores económicos para coludir son, por definición, secretos y, en la mayoría de los casos, se establecen y se llevan a cabo de una manera muy cuidadosa y sofisticada. Hay indicios de que, en muchos casos, si no en la mayoría, la colusión pasa desapercibida durante el procedimiento de adjudicación, y normalmente no acaba siendo descubierta y, en su caso, perseguida por las autoridades competentes hasta mucho después de que el contrato ha sido completamente ejecutado. Los planes colusorios a largo plazo pueden incluso llegar a formar parte de la práctica ordinaria en algunos sectores económicos, ya que los operadores económicos se ven tentados o inclinados a unirse para «garantizar» su acceso al mercado y su cuota de mercado.

Los mercados de la contratación pública presentan características específicas, que los hacen más vulnerables a la colusión en comparación con otros mercados. Los poderes adjudicadores suelen seguir pautas de compra relativamente estables, con procedimientos de adjudicación que se repiten con frecuencia, cantidades similares y especificaciones del producto o servicio normalizadas sin grandes cambios con respecto a procedimientos anteriores. Esta previsibilidad de la demanda facilita el reparto ilícito del mercado entre los operadores, ya que garantiza una compensación «justa» para cada uno de ellos. Asimismo, en un determinado sector del mercado puede haber un número muy reducido de operadores económicos que presenten ofertas para contratos públicos, con frecuencia debido a la ubicación remota del poder adjudicador o a las pequeñas dimensiones del mercado correspondiente. La escasez de licitadores puede verse aún más agravada por las decisiones tomadas o las prácticas utilizadas por los propios poderes adjudicadores, como no optar por procedimientos abiertos o introducir requisitos de licitación estrictos o demasiado concretos, que pueden conllevar una limitación todavía mayor del número de ofertas presentadas en un procedimiento de adjudicación. Cuanto menor sea el número de operadores activos en un mercado de contratación pública, más fácil resultará la colusión. Por último, los poderes adjudicadores también pueden estar sujetos a una serie de requisitos de divulgación de información sobre los procedimientos de adjudicación que van más allá de lo exigido por las Directivas sobre contratación pública de la Unión (por ejemplo, revelar detalles sobre quién presentó la oferta y a qué precio). Esto puede facilitar que aquellos que practican la colusión intercambien información y puedan controlar que todas las partes en el acuerdo ilegal lo cumplan.

La dificultad inherente de abordar presuntos casos de colusión se ve agravada por la realidad a la que suelen enfrentarse los poderes adjudicadores al llevar a cabo procedimientos de contratación pública. Los poderes adjudicadores (especialmente los más pequeños) a menudo carecen de personal debidamente formado y experimentado capaz de detectar la colusión en un determinado procedimiento de adjudicación. Los responsables de la contratación pública <sup>(6)</sup> normalmente se centran en garantizar que el procedimiento cumpla los requisitos legales y de procedimiento básicos vigentes y que se finalice a tiempo. Incluso cuando los responsables de la contratación pública efectivamente detectan ofertas sospechosas, a menudo no tienen pleno conocimiento de los medios disponibles para reaccionar o de los mecanismos que podrían existir para obtener asistencia de expertos de las autoridades centrales de contratación pública o las autoridades de competencia. Además, la posibilidad de que se produzcan retrasos en el procedimiento de adjudicación, que a menudo tienen consecuencias administrativas, presupuestarias o incluso políticas, puede disuadir a los responsables de la contratación pública de tratar eficazmente los presuntos casos de colusión. Las dudas sobre la capacidad o incluso la voluntad de un poder adjudicador de abordar con firmeza la colusión pueden ser un factor adicional para que los operadores económicos coludan.

<sup>(5)</sup> Véanse el artículo 57, apartado 4), letra d), 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 (DO L 94 de 28.3.2014, p. 65), y el artículo 38, apartado 7, letra e), de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DO L 94 de 28.3.2014, p. 1). El motivo de exclusión contemplado en la Directiva 2014/24/UE también puede aplicarse a la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (DO L 94 de 28.3.2014, p. 243), en virtud del artículo 80, apartado 1, de la Directiva 2014/25/UE.

<sup>(6)</sup> A los efectos de la presente Comunicación, los términos «responsables de la contratación pública» o «personal encargado de la contratación pública» se referirán a aquellos miembros del personal de los poderes adjudicadores o las entidades adjudicadoras que participen, en mayor o menor medida, en el diseño, la puesta en marcha y la ejecución de un procedimiento de adjudicación de un contrato público. Esta definición se entiende sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros por lo que respecta a la organización de su administración nacional, los niveles de toma de decisiones, la implicación de los diversos departamentos en los procedimientos de adjudicación generales, etc. En este sentido, la capacidad para detectar y abordar un presunto caso de colusión y el deber de garantizar la fiabilidad del procedimiento de adjudicación se aplica a todo aquel que participa en el procedimiento, desde el miembro del personal que recibe y abre las ofertas hasta el gerente que firma la decisión de adjudicación del contrato.

Por último, la colusión en la contratación pública resulta aún más difícil de abordar cuando se combina con la corrupción; por ejemplo, cuando los operadores económicos que coluden sobornan a una persona que tiene influencia en el procedimiento de adjudicación para asegurarse de que su conducta ilegal no sea descubierta. A pesar de que la colusión y la corrupción se consideran problemas separados en la contratación pública a efectos de la presente Comunicación, pueden producirse de forma simultánea y comprometer aún más si cabe la fiabilidad del procedimiento de adjudicación.

### 1.3. Esfuerzos realizados hasta la fecha para abordar el problema de la colusión

Hasta la adopción de las Directivas sobre contratación pública de 2014, las prácticas colusorias en la contratación pública se abordaban principalmente a nivel de la Unión desde la perspectiva del derecho de la competencia. Se consideraban un caso típico de acuerdo entre dos o más operadores independientes del mercado, que restringía la competencia y estaba prohibido con arreglo al artículo 101 del TFUE.

A lo largo de los años, tanto la Comisión como las autoridades nacionales de competencia (facultadas para aplicar los artículos 101 y 102 del TFUE) han tratado varios casos de colusión en la contratación pública <sup>(7)</sup>. En la mayoría de los Estados miembros de la Unión, las autoridades nacionales de competencia han formulado orientaciones específicas para combatir la colusión. También se han elaborado orientaciones sobre las sinergias entre las autoridades de contratación pública y de competencia en el contexto de la Red Internacional de Competencia <sup>(8)</sup>, en la que participa la Comisión. Las autoridades de competencia han estado sensibilizando a los poderes adjudicadores sobre cómo tomar medidas preventivas en la fase de planificación de los procedimientos de contratación pública, y han formado a los responsables de la contratación pública en materia de lucha contra la colusión. En los últimos años, los métodos de análisis de datos de los sistemas de contratación pública electrónica se están convirtiendo en una valiosa herramienta adicional para detectar la colusión.

En noviembre de 2017, la OLAF publicó un manual titulado «Fraude en la contratación pública: Recopilación de indicadores de alerta y mejores prácticas» <sup>(9)</sup>, elaborado sobre la base de las aportaciones de expertos de los Estados miembros en el marco del Comité consultivo para la coordinación de la lucha contra el fraude (COCOLAF). Este manual incluye una sección dedicada a la colusión, en la que se proporciona una lista exhaustiva y muy detallada de «indicadores de alerta» y consejos para detectar la colusión en la fase previa a la licitación y en la fase de licitación.

Otros organismos, en particular la OCDE <sup>(10)</sup> y el Banco Mundial <sup>(11)</sup>, también han desempeñado una labor importante en relación con el problema de la colusión en la contratación pública.

## 2. INSTRUMENTOS A NIVEL DE LA UNIÓN PARA COMBATIR LA COLUSIÓN

### 2.1. Compromiso político de intervenir

Como se ha mencionado anteriormente, se ha dotado a las autoridades de competencia europeas y nacionales de facultades de investigación y ejecución para castigar las prácticas colusorias y disuadir a los operadores económicos de coludir en el futuro. Sin embargo, en la mayoría de los casos, el control del cumplimiento de las normas de competencia y las sanciones solo llegan una vez que el daño ya está hecho, es decir, una vez que el contrato ha sido adjudicado y, en la mayoría de los casos, plenamente ejecutado. Aunque la detección de prácticas colusorias en esta fase posterior efectivamente cumple la

<sup>(7)</sup> En cuanto a los casos investigados por la Comisión, véanse, por ejemplo, el asunto SPO (que implicaba a empresas constructoras de los Países Bajos) de 1992 (asuntos IV/31.572 y 32.571), el asunto sobre los tubos preaislados de 1999 (asunto IV/35.691/E-4), el asunto sobre los ascensores y las escaleras mecánicas de 2007 (asunto COMP/E-1/38.823), el asunto sobre los cables de energía de 2014 (asunto AT.39610), así como los asuntos mencionados en el informe de la Dirección General de Competencia de la Comisión sobre la aplicación de las normas de competencia en el sector farmacéutico, adoptado el 28 de enero de 2019 (disponible en: [https://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/report2019/report\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/report2019/report_es.pdf)).

<sup>(8)</sup> En particular, el capítulo del Manual de aplicación de la legislación anticártel elaborado por la Red Internacional de Competencia (RIC) que trata las «Relaciones entre los organismos de competencia y los órganos de contratación pública».

<sup>(9)</sup> La colusión también se trató en un estudio encargado por la OLAF titulado *Identifying and reducing corruption in public procurement in the EU* [«Detección y reducción de la corrupción en la contratación pública en la UE», documento en inglés], publicado en junio de 2013 (disponible en: [https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/identifying\\_reducing\\_corruption\\_in\\_public\\_procurement\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/identifying_reducing_corruption_in_public_procurement_en.pdf)).

<sup>(10)</sup> El 17 de julio de 2012, el Consejo de la OCDE adoptó una Recomendación para combatir la colusión en la contratación pública (<https://www.oecd.org/daf/competition/Recomendacion-del-Consejo-OCDE-para-combatir-la-colusion-en-contratacion-publica.pdf>). En esta Recomendación, se insta a los gobiernos a que se esfuercen para que las licitaciones públicas se diseñen para fomentar la competencia y reducir el riesgo de colusión. En 2009, la división de la OCDE responsable de competencia ya había elaborado unas directrices muy detalladas y unas listas de verificación para combatir la colusión en la contratación pública. La Recomendación de la OCDE sirvió de base para la publicación de documentos de orientación para abordar la colusión por parte de varias autoridades nacionales.

<sup>(11)</sup> En 2013, el Banco Mundial publicó su Manual de sensibilización sobre el fraude y la corrupción para funcionarios que participan en la contratación pública, que incluye una sección dedicada a la colusión. En 2011, dicho Banco también publicó orientaciones concretas sobre la lucha contra la colusión en el sector de la construcción, que consideró el sector más vulnerable a la colusión, junto con el de los suministros médicos.

función de penalizar la colusión e impedir prácticas similares en el futuro, no cumple una función tangible en los propios procedimientos de licitación que se ven afectados y puede suponer que el contrato sea adjudicado a un operador que ha coludido, en detrimento del interés público. Aunque las autoridades de competencia europeas y nacionales desempeñan un papel fundamental en la lucha contra la colusión, es sumamente importante abordar también la colusión en la fase que más importa, esto es, antes de la adjudicación del contrato. Esto exige tratar el problema también desde la perspectiva de la contratación pública, lo que implica facultar a los responsables de la contratación pública que ejecutan los procedimientos de adjudicación para que puedan prevenir y detectar eficazmente las conductas colusorias y reaccionar ante ellas durante el propio procedimiento. Esto incluye utilizar los recursos que contemplan las Directivas sobre contratación pública, en particular la posibilidad de excluir a un licitador del procedimiento cuando haya indicios suficientemente plausibles de que ha coludido con el objetivo de restringir de manera efectiva la competencia <sup>(12)</sup>.

En su Comunicación de 2017 titulada «Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa» [COM(2017) 572] <sup>(13)</sup>, la Comisión estableció seis prioridades estratégicas en las que una acción clara y concreta puede transformar la contratación pública en un poderoso instrumento de la cartera de políticas económicas de cada Estado miembro, dando lugar a beneficios sustanciales en los resultados de los contratos. En el marco de la prioridad estratégica de «aumento de la transparencia, integridad y mejores datos», la Comisión anunció su intención de desarrollar:

«[...] herramientas e iniciativas destinadas a esta cuestión y a la concienciación con el fin de minimizar los riesgos de comportamientos colusorios en los mercados de contratación. Esto incluirá acciones para mejorar el conocimiento del mercado por parte de los poderes adjudicadores, apoyar a estos en la planificación y el diseño minucioso de procesos de contratación y mejorar la cooperación e intercambio de información entre los órganos de contratación y las autoridades encargadas de la competencia. La Comisión preparará también directrices relativas a la aplicación de las nuevas directivas de la UE sobre contratación en relación con los motivos de exclusión por colusión».

Además de estas acciones específicas, la Comunicación de 2017 también incluía la prioridad estratégica de «mejorar el acceso a los mercados de contratación». Para ello:

«[...] la Comisión insta a los países no pertenecientes a la UE a sumarse al acuerdo de la OMC sobre contratación pública y aspira a cerrar ambiciosos capítulos relacionados con la contratación en los acuerdos de libre comercio».

En general, se reconoce que abrir los mercados de contratación pública internacionales y permitir el acceso de nuevos operadores económicos a los procedimientos de adjudicación, especialmente en países con un mercado de la contratación pública menor y en sectores en los que hay una oferta limitada, constituye un factor clave para aumentar la competencia, evitar la concentración del mercado o los oligopolios y, en consecuencia, impedir los comportamientos colusorios.

El 10 de marzo de 2020, la Comisión confirmó su compromiso específico de proporcionar orientaciones en materia de lucha contra la colusión en la contratación pública en su Comunicación titulada «Plan de acción a largo plazo para mejorar la aplicación y el cumplimiento de las normas del mercado único» [COM(2020) 94 final] <sup>(14)</sup>.

## 2.2. Principios rectores para el cumplimiento de este compromiso

Al objeto de cumplir con su compromiso político de abordar el problema de la colusión, la Comisión está trabajando para facilitar herramientas que se centren principalmente en el personal que ejecuta los procedimientos de contratación pública en los Estados miembros. El objetivo es que estos dispongan de las herramientas, la formación y el apoyo adecuados para poder afrontar eficazmente la colusión en un procedimiento de adjudicación.

La intención de la Comisión no es duplicar los trabajos realizados hasta el momento, sino más bien abordar aspectos del marco reglamentario o administrativo con respecto a los cuales existe en el mercado una clara y creciente demanda de orientación y acciones concretas.

La Comisión se inspira en las experiencias y las buenas prácticas que ya existen en los Estados miembros de la Unión. Veintiún Estados miembros proporcionaron respuestas de gran valor a un conjunto de diez preguntas planteadas por la Comisión en febrero de 2019, lo que supuso una aportación práctica para afrontar este problema. La Comisión procurará conseguir la participación continua de los expertos nacionales en materia de contratación pública y competencia en el desarrollo de las herramientas anunciadas, con el fin de garantizar que cualquier medida que se adopte ofrezca un verdadero valor añadido para combatir la colusión y se centre en las necesidades reales de los poderes adjudicadores.

<sup>(12)</sup> Cuestión analizada en el punto 5.1 de la presente Comunicación.

<sup>(13)</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM%3A2017%3A572%3AFIN>

<sup>(14)</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0094&from=ES>

### 2.3. Finalidad de la presente Comunicación

La presente Comunicación detalla las herramientas anunciadas en la Comunicación de 2017 anteriormente mencionada, que la Comisión prevé utilizar para prestar a los Estados miembros y sus poderes adjudicadores una ayuda eficaz a la hora de hacer frente al problema de la colusión en la contratación pública. Estas herramientas van destinadas a:

- **Ayudar a los Estados miembros y los poderes adjudicadores a reforzar sus capacidades para afrontar el problema**, especialmente mediante la incorporación de métodos para impedir, detectar y abordar la colusión en las iniciativas en curso de la Comisión sobre profesionalización en el ámbito de la contratación pública. Estos métodos incluyen mejorar el conocimiento del mercado, adaptar los procedimientos para promover la máxima participación por parte de los operadores económicos y limitar el riesgo de colusión, así como crear conciencia (véase el apartado 3).
- **Fomentar la cooperación entre las autoridades centrales de contratación pública<sup>(15)</sup> y las autoridades de competencia nacionales** con el fin de garantizar un apoyo eficaz y continuo a los poderes adjudicadores (véase el apartado 4).

La presente Comunicación también contiene las anunciadas **orientaciones para los poderes adjudicadores sobre cómo aplicar el motivo de exclusión relativo a la colusión** contemplado en las Directivas sobre contratación pública, que son concisas, sencillas y de fácil lectura. Estas orientaciones figuran en el apartado 5 que incluye un anexo con una serie de recursos para impedir, detectar y abordar mejor los casos sospechosos de colusión.

## 3. APOYO A LOS ESTADOS MIEMBROS Y A LOS PODERES ADJUDICADORES

Para abordar el problema de la colusión antes de que finalice el procedimiento de adjudicación, se requiere un esfuerzo conjunto de los Estados miembros y los poderes adjudicadores con el fin de crear la capacidad administrativa necesaria para garantizar que el procedimiento de adjudicación se desarrolle adecuadamente. Entre las medidas que los Estados miembros y los poderes adjudicadores podrían considerar adoptar para fomentar esta capacidad se encuentran las siguientes:

- **Poner a disposición recursos** (especialmente recursos humanos) que sean capaces de ejecutar procedimientos de adjudicación, incluida la capacidad de abordar adecuada y puntualmente casos de presunta colusión.
- **Utilizar los incentivos administrativos disponibles para recompensar al personal** que lleve a cabo procedimientos de adjudicación y detecte, aborde y notifique de forma activa posibles casos de colusión.
- **Organizar eventos de formación y sensibilización para el personal encargado de la contratación pública.** La formación del personal se debería centrar principalmente en llamar la atención sobre el efecto perjudicial que tiene la colusión sobre los procedimientos de adjudicación, promover una cultura de servicio en toda la administración basada en que la colusión debe abordarse de forma activa y dotar al personal encargado de la contratación pública de competencias prácticas que le permitan hacer frente al problema en la práctica. Los cursos de formación podrían incluir maneras de mejorar el conocimiento del mercado, de diseñar y ejecutar procedimientos de un modo que limite el riesgo de colusión y anime a los operadores a participar en los procedimientos de adjudicación, así como de utilizar todos los instrumentos y métodos disponibles para detectar la colusión durante el procedimiento de adjudicación. También es aconsejable proporcionar a los responsables de la contratación pública formación sobre los principios básicos del derecho de la competencia en relación con los cárteles.

Los Estados miembros de la Unión son conscientes de la importancia que tiene profesionalizar a su personal encargado de la contratación pública en este sentido. La mayoría han publicado orientaciones u otro tipo de información sobre prevención y detección de la colusión. Algunos Estados miembros también han creado herramientas prácticas (o están en proceso de hacerlo) para analizar la información disponible con el fin de detectar ofertas sospechosas de manera más eficaz. La mayoría de los Estados miembros están organizando campañas de sensibilización y sesiones de formación sobre lucha contra la colusión para los poderes adjudicadores y los responsables de la contratación pública.

Con el objetivo de llamar la atención sobre esta cuestión y apoyar las medidas adoptadas por los Estados miembros, la Comisión está trabajando en distintas formas de incorporar la lucha contra la colusión en sus iniciativas en curso sobre profesionalización en el ámbito de la contratación pública (en consonancia con su Recomendación de 2017 sobre la profesionalización de la contratación pública). Estas son algunas de las propuestas:

- Incluir las competencias profesionales para prevenir y detectar la colusión en el marco europeo de competencias para los profesionales de la contratación pública (ProcurCompEU)<sup>(16)</sup>.

<sup>(15)</sup> A los efectos de la presente Comunicación, por «autoridades centrales de contratación pública» se entiende la autoridad, el departamento o la institución que se encarga a nivel nacional de elaborar, aplicar y supervisar el marco jurídico de la contratación pública a nivel nacional, o de respaldar su funcionamiento. Esto se entiende sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros por lo que respecta a la organización de su administración nacional.

<sup>(16)</sup> [https://ec.europa.eu/info/policies/public-procurement/support-tools-public-buyers/professionalisation-public-buyers/procurcompeu-european-competency-framework-public-procurement-professionals\\_es](https://ec.europa.eu/info/policies/public-procurement/support-tools-public-buyers/professionalisation-public-buyers/procurcompeu-european-competency-framework-public-procurement-professionals_es)

- Compartir con todos los Estados miembros las buenas prácticas y las herramientas desarrolladas a nivel nacional a través de los grupos de expertos de la Comisión o los medios de comunicación digitales disponibles.
- Fomentar la participación de las autoridades nacionales de competencia (especialmente de los funcionarios que han tratado casos de colusión en la práctica) en eventos de sensibilización y en la formación de los responsables de la contratación pública, habida cuenta de los conocimientos especializados que pueden ofrecer fácilmente las autoridades nacionales de competencia sobre el tema (véase también el apartado 4).
- Promover acciones específicas para apoyar a los poderes adjudicadores más pequeños de los Estados miembros. Esto podría incluir maneras de permitir que las autoridades centrales de contratación pública nacionales ofrecieran un apoyo integral a los poderes adjudicadores más pequeños en la ejecución de los procedimientos de adjudicación o elaboraran módulos de formación específicos adaptados a sus necesidades concretas.
- Intercambiar buenas prácticas sobre cómo animar a los responsables de la contratación pública a perseguir de forma activa los casos de presunta colusión.
- Trabajar conjuntamente con otras organizaciones internacionales (como la OCDE, la OMC, el Banco Mundial y el BERD) para promover una reserva internacional de conocimientos y experiencia en materia de lucha contra la colusión, incluidos conocimientos y experiencia sobre la apertura de los mercados mundiales y el diseño y la ejecución de procedimientos de un modo que favorezca la competencia, de manera que se consiga la máxima participación por parte de los operadores económicos.

En consonancia con la Comunicación de 2017 anteriormente mencionada, se presta especial atención a aquellos sectores económicos que se consideran sensibles, o bien porque son vulnerables a la colusión (por ejemplo, debido a una concentración de la oferta o la demanda, como en los procedimientos de adjudicación de pequeña escala llevados a cabo a nivel regional o local) o bien porque son importantes debido a su dimensión económica o su papel en la sociedad (como los sectores de la construcción, la atención sanitaria y la informática).

#### 4. MEJORA DE LA COOPERACIÓN ENTRE LAS AUTORIDADES CENTRALES DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA NACIONALES

La lucha eficaz contra la colusión en la contratación pública exige un enfoque global por parte de los poderes adjudicadores, que incluya la utilización de conocimientos y experiencia tanto sobre contratación pública como sobre competencia. El establecimiento de un marco integral, estable y eficaz para apoyar a los poderes adjudicadores en esta labor requiere una verdadera cooperación entre las autoridades centrales de contratación pública y las autoridades de competencia nacionales.

En algunos Estados miembros, estas autoridades establecen —o están en proceso de establecer— las condiciones de una cooperación más estrecha para combatir la colusión en un acuerdo *ad hoc*. En la práctica, tales acuerdos promueven el intercambio de información, experiencias y buenas prácticas para combatir los comportamientos anticompetitivos en la contratación pública. En algunos Estados miembros, como Suecia y Alemania, la autoridad de competencia también desempeña una función de supervisión del cumplimiento de las normas de contratación pública.

Independientemente de la forma que adopte dicha cooperación, la Comisión alienta firmemente la iniciativa de que las autoridades centrales de contratación pública y las autoridades de competencia de los Estados miembros unan fuerzas para luchar contra la colusión en la contratación pública. Esto permitiría a los Estados miembros y a sus autoridades centrales diseñar y aplicar acciones en apoyo de los poderes adjudicadores de forma más eficaz, como, por ejemplo:

- Establecer un servicio seguro (en forma de punto de contacto o línea de asistencia telefónica) que brinde apoyo a los poderes adjudicadores.
- Promover la utilización de herramientas disponibles a nivel nacional o de la Unión que permitan a los particulares o a las empresas dar un paso al frente y denunciar casos de colusión (y les animen a ello), especialmente mecanismos de denuncia de irregularidades o programas de clemencia <sup>(17)</sup>.
- Elaborar disposiciones prácticas paso a paso para que los poderes adjudicadores soliciten la asistencia de expertos de las autoridades centrales de contratación pública y las autoridades de competencia.
- Facilitar el acceso de las autoridades a la información que necesitan para desempeñar su cometido en el tratamiento de presuntos casos de colusión. Los Estados miembros podrían considerar, dentro de su marco jurídico y del respeto de los requisitos en materia de protección de datos a nivel nacional y de la Unión <sup>(18)</sup>:
- Permitir que sus autoridades de competencia accedan a las bases de datos de contratación pública electrónica (como los registros nacionales de contratos disponibles) y a las ofertas de casos que se están investigando.

<sup>(17)</sup> Este es un ejemplo de una herramienta de este tipo establecida por la Comisión Europea: <https://ec.europa.eu/competition/cartels/whistleblower/index.html>

<sup>(18)</sup> En particular, el Reglamento General de Protección de Datos [Reglamento (UE) 2016/679].

- Permitir el intercambio de información disponible entre las autoridades de contratación pública y las de competencia, de manera que estas autoridades puedan valorar si existen patrones de conducta colusoria entre operadores económicos.
- Obligar a los poderes adjudicadores a informar a sus autoridades centrales de contratación pública y sus autoridades de competencia de casos en los que hayan excluido a un operador económico debido a una presunta colusión (véase también el punto 5.8). Esto permitiría a las autoridades centrales controlar y mantener un registro del uso a nivel nacional del motivo de exclusión establecido en las Directivas y realizar el seguimiento necesario de estos casos (cuando, por ejemplo, investiguen los casos con arreglo a las normas de competencia o consideren la exclusión del operador de procedimientos durante un período de tiempo).
- Crear una base de datos nacional de casos en los que se hayan excluido operadores económicos por motivos de colusión, en el marco del respeto del Derecho nacional, así como de los requisitos nacionales y de la Unión <sup>(19)</sup> en materia de protección de datos. Esta base de datos proporcionaría a los poderes adjudicadores información fácilmente accesible sobre los operadores económicos que han estado implicados en prácticas colusorias en el pasado, facilitándoles así la tarea de evaluar su integridad y fiabilidad. También ayudaría a las autoridades centrales nacionales a controlar, por un lado, el modo en que los distintos poderes adjudicadores tratan casos similares y, por otro, la aplicación efectiva de las decisiones de excluir operadores económicos de procedimientos de adjudicación.
- Introducir en el marco de la contratación pública nacional herramientas opcionales para los poderes adjudicadores que puedan disuadir eficazmente a los operadores económicos de coludir. Esto podría incluir:
  - El requisito de que todo licitador presente una declaración separada de determinación independiente de la oferta junto con la propia oferta <sup>(20)</sup> y
  - Cláusulas explícitas en el contrato que prevean el derecho del poder adjudicador a rescindir el contrato o reclamar daños y perjuicios si se comprueba que el contratista ha coludido.
- Cooperar en el análisis de datos sobre contratación pública a fin de detectar huellas de colusión en procedimientos de adjudicación con más facilidad. A tal fin, se anima a los Estados miembros a establecer a nivel nacional métodos simples y de fácil aplicación para recabar y analizar grandes volúmenes de datos disponibles en bases de datos de contratación pública electrónica (posiblemente mediante la utilización de algoritmos, algoritmos de inteligencia artificial o aprendizaje automático).
- Coorganizar sesiones de formación sobre contratación pública y competencia para el personal de contratación y competencia, de manera que ambas comunidades profesionales se familiaricen con el marco y las prácticas de trabajo de la otra.
- Establecer un sistema para revisar periódicamente y de forma conjunta procedimientos de adjudicación seleccionados con el fin de identificar casos de colusión y supervisar la contratación pública en los sectores sensibles.
- Ejecutar campañas de sensibilización destinadas a la comunidad empresarial activa en el ámbito de la contratación pública, que llamen la atención sobre los requisitos legales vigentes para la participación en los procedimientos de contratación pública, las posibles consecuencias de una conducta colusoria, así como las ventajas de una competencia leal en el mercado de la contratación pública tanto para los compradores públicos como para las empresas.

La Comisión estudiará posibles maneras de respaldar los esfuerzos de los Estados miembros de cara a establecer las sinergias necesarias a nivel nacional entre las autoridades centrales de contratación pública y las autoridades de competencia (en particular, mecanismos eficaces y prácticos de cooperación permanente, intercambio de información y asistencia), como, por ejemplo:

- Aprovechar los debates en los grupos de expertos de la Comisión para trasladar buenas prácticas sobre los mecanismos nacionales de apoyo a los responsables de la contratación pública y sobre las modalidades de cooperación nacional entre las autoridades centrales de contratación pública y las autoridades de competencia. Idealmente, esto incluirá la realización de presentaciones por parte de los Estados miembros que ya disponen de este tipo de medidas. Las orientaciones elaboradas por la Red Internacional de Competencia (véase el punto 1.3) podrían servir de inspiración en este sentido.

<sup>(19)</sup> Véase la nota a pie de página 18.

<sup>(20)</sup> A los operadores económicos ya se les exige declarar si han celebrado algún acuerdo colusorio al presentar el documento europeo único de contratación (DEUC). En el futuro, la Comisión podrá considerar complementar esta disposición solicitando una declaración que confirme que el licitador elaboró su oferta de forma independiente.  
La OCDE ha elaborado un ejemplo de este tipo de declaración: <https://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/certificate-independent-bid-determination.pdf>

- Organizar una primera reunión conjunta o taller que reúna a las comunidades profesionales de profesionales de la contratación pública y expertos en competencia. Asimismo, la Comisión podría estudiar la posibilidad de crear, si se considerara oportuno, un foro a nivel de la Unión para alentar la cooperación transfronteriza y el intercambio de información, experiencia y conocimientos en este ámbito. Este tipo de foro podría utilizarse para debatir e intercambiar experiencias sobre cuestiones como prácticas comunes a nivel de la Unión en materia de recopilación de datos y análisis de indicadores de colusión en toda la Unión, el funcionamiento de la posibilidad de «autocorrección» contemplada en el Derecho de la Unión (véase el punto 5.7) o el modo en que funciona la Directiva 2014/104/UE <sup>(21)</sup> en relación con los daños provocados por las prácticas colusorias.

Además, la Comisión examinará posibles maneras de promover la cooperación y el intercambio de información a nivel de la Unión entre las autoridades centrales de contratación pública y las autoridades de competencia nacionales, de conformidad con la legislación sobre protección de datos nacional y de la Unión <sup>(22)</sup>, con vistas a permitir el intercambio de información en toda la Unión sobre los operadores económicos que han quedado excluidos de procedimientos de adjudicación por motivos de colusión. Se podrían extraer ideas de los mecanismos existentes, como el Sistema de Información del Mercado Interior <sup>(23)</sup>, el sistema de información central de la Red Europea de Competencia (Sistema de la Red Europea de Competencia) o el mecanismo de intercambio de información creado en el marco del mecanismo *ex ante* voluntario de la Comisión para los grandes proyectos de infraestructura <sup>(24)</sup>.

#### **5. ORIENTACIONES PARA LOS PODERES ADJUDICADORES ACERCA DE CÓMO APLICAR EL MOTIVO DE EXCLUSIÓN RELATIVO A LA COLUSIÓN DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 38, APARTADO 7, LETRA e), DE LA DIRECTIVA 2014/23/UE, EL ARTÍCULO 57, APARTADO 4, LETRA d), DE LA DIRECTIVA 2014/24/UE Y EL ARTÍCULO 80, APARTADO 1, DE LA DIRECTIVA 2014/25/UE**

Este apartado de la Comunicación expone las opiniones jurídicamente no vinculantes de la Comisión sobre cómo aplicar el motivo de exclusión relativo a la colusión contemplado en el artículo 38, apartado 7, letra e), de la Directiva 2014/23/UE, el artículo 57, apartado 4, letra d), de la Directiva 2014/24/UE y el artículo 80, apartado 1, de la Directiva 2014/25/UE. Se centra en los problemas concretos a los que se enfrentan los Estados miembros a la hora de implementar las Directivas y los responsables de la contratación pública a la hora de evaluar las ofertas en los procedimientos de adjudicación. Estas opiniones se presentan sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros para transponer y aplicar las Directivas y no crean nuevas normas ni obligaciones. Solo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, el «Tribunal») tiene competencias para proporcionar una interpretación jurídicamente vinculante de las disposiciones del Derecho de la Unión a las que hace referencia la presente Comunicación.

En aras de la integridad y la facilidad de uso de estas orientaciones, la presente Comunicación también incluye en su anexo consejos sencillos y concisos que van principalmente dirigidos a los responsables de la contratación pública que preparan y ejecutan los procedimientos de adjudicación para los poderes adjudicadores. Expone una serie de recursos y de los denominados «indicadores de alerta» que, en opinión de la Comisión, son los más fáciles de utilizar para los responsables de la contratación pública a lo largo de todo el procedimiento de adjudicación con el fin de impedir, detectar y abordar la colusión. Estos consejos reflejan el valioso trabajo llevado a cabo a lo largo de los últimos años por organizaciones y servicios como la OCDE, la OLAF o las autoridades nacionales de competencia, que han proporcionado a los responsables de la contratación pública orientaciones completas y de fácil acceso y buenas prácticas sobre la lucha contra la colusión.

#### **5.1. Disposiciones jurídicas aplicables y su implementación hasta la fecha**

Las conductas colusorias entre operadores económicos están prohibidas por el Derecho de la Unión en virtud del artículo 101 del TFUE <sup>(25)</sup>, que establece lo siguiente:

«1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior [...].»

Aunque la colusión no afecte (potencialmente) al comercio entre los Estados miembros, puede ser igualmente enjuiciada con arreglo a las normas nacionales sobre competencia.

<sup>(21)</sup> Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

<sup>(22)</sup> Véase la nota a pie de página 18.

<sup>(23)</sup> Véase el considerando 128 de la Directiva 2014/24/UE.

<sup>(24)</sup> <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/pp-large-projects/>

<sup>(25)</sup> El 8 de abril de 2020, la Comisión adoptó la Comunicación titulada «Marco temporal para evaluar cuestiones de defensa de la competencia relacionadas con la cooperación empresarial en respuesta a las situaciones de urgencia ocasionadas por el actual brote de COVID-19» [C(2020) 3200 final]. Dicha Comunicación se refiere a la gestión, desde el punto de vista del Derecho de la competencia, de posibles formas de cooperación entre operadores económicos a fin de garantizar el suministro y la distribución adecuada de productos y servicios esenciales que escasean durante el brote de COVID-19.

Antes de que entraran en vigor las Directivas sobre contratación pública de 2014, los licitadores que coludían podían ser excluidos de los procedimientos de licitación sobre la base del artículo 45, apartado 2, de la Directiva 2004/18/CE, siempre y cuando hubieran sido condenados por sentencia con autoridad de cosa juzgada por un delito relacionado con su moralidad profesional [artículo 45, apartado 2, letra c)] o hubieran cometido una falta grave en materia profesional que pudiera ser comprobada por cualquier medio que los poderes adjudicadores pudieran justificar [artículo 45, apartado 2, letra d)]<sup>(26)</sup>. Al aplicar este último motivo facultativo de exclusión, los poderes adjudicadores podían incluir una infracción de las normas de competencia, como la colusión, a modo de ejemplo para justificar tal exclusión, siempre que se cumplieran las condiciones establecidas en ese artículo<sup>(27)</sup>.

Las Directivas sobre contratación pública de 2014 modificaron las normas de exclusión con la introducción de nuevos motivos obligatorios y facultativos de exclusión, la posibilidad de que los operadores económicos invocaran medidas de «autocorrección» y una duración máxima de la exclusión. Por primera vez, establecían explícitamente la colusión como un motivo facultativo para excluir a operadores económicos de procedimientos de adjudicación. Más concretamente, el artículo 57, apartado 4, letra d), de la Directiva 2014/24/UE (en lo sucesivo, la «Directiva») establece que un poder adjudicador puede excluir, por sí mismo o a petición de un Estado miembro, a un operador económico de un procedimiento de licitación:

«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».

Este motivo de exclusión facultativo también queda reflejado en el artículo 38, apartado 7, letra e), de la Directiva 2014/23/UE, sobre contratos de concesión, y puede aplicarse a la contratación pública regulada por la Directiva 2014/25/UE, sobre servicios públicos, en virtud de su artículo 80, apartado 1<sup>(28)</sup>.

El artículo 57, apartado 6, de la Directiva introduce el derecho del operador económico a recurrir a las generalmente denominadas medidas de «autocorrección» (analizadas con más detalle en el punto 5.7), al establecer lo siguiente:

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

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

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

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

Por último, el artículo 57, apartado 7, de la Directiva dispone lo siguiente:

«Los Estados miembros precisarán las condiciones de aplicación del presente artículo. En particular, determinarán el período de exclusión máximo en caso de que el operador económico no haya adoptado las medidas que se señalan en el apartado 6 para demostrar su fiabilidad. Cuando una sentencia firme no haya establecido el período de exclusión, este no podrá exceder de cinco años a partir de la fecha de la condena por sentencia firme en los casos contemplados en el apartado 1, ni de tres años a partir de la fecha del hecho relevante en los casos contemplados en el apartado 4».

<sup>(26)</sup> Estos motivos de exclusión también eran aplicables con arreglo a la Directiva 2004/17/CE, de conformidad con su artículo 54, apartado 4.

<sup>(27)</sup> Véase el auto del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2019 en el asunto C-425/18, CNS, apartados 18 y 33.

<sup>(28)</sup> Se entiende que las referencias que se hacen en el apartado 5 de la presente Comunicación únicamente a la Directiva 2014/24/UE o sus disposiciones se aplican también a las correspondientes disposiciones de las Directivas 2014/23/UE y 2014/25/UE.

Los Estados miembros han notificado varios casos en los que los poderes adjudicadores consultan a la autoridad nacional de competencia sobre la manera de tratar las ofertas sospechosas. En algunos Estados miembros, los poderes adjudicadores han llegado a tomar la decisión de excluir a operadores económicos por sospecha de colusión. Sin embargo, la información sobre dichas exclusiones no es concluyente, ya que, en la mayoría de los Estados miembros, los poderes adjudicadores no tienen la obligación de notificar esas decisiones a las autoridades centrales de contratación pública o de competencia nacionales.

Asimismo, en varios Estados miembros, han llegado a los tribunales nacionales casos relativos a la aplicación del motivo de exclusión.

Las Directivas no abordan de forma específica el efecto de una posible impugnación que prosperara de la decisión de un poder adjudicador de excluir a un operador económico o de una decisión contradictoria sobre el asunto por parte de la autoridad nacional de competencia tras haberse tomado la decisión de adjudicación. Corresponde a los Estados miembros determinar tal efecto.

## **5.2. Alcance del motivo de exclusión relativo a la colusión: cobertura de las prácticas concertadas e interrelación con el motivo de exclusión debido a una falta profesional grave**

En la Directiva, la posibilidad de excluir a un operador económico por sospecha de colusión no se interpreta como una sanción por su comportamiento antes o en el transcurso del procedimiento de adjudicación. Más bien sirve de medio para velar por el cumplimiento de los principios de igualdad de trato y competencia en el procedimiento de adjudicación, así como para garantizar la integridad, la fiabilidad y la idoneidad del futuro contratista para ejecutar el contrato <sup>(29)</sup>.

Por lo que respecta al tipo de comportamiento cubierto por el motivo de exclusión, las diferencias entre la redacción del artículo 57, apartado 4, letra d), de la Directiva y la del artículo 101 del TFUE han suscitado dudas en cuanto a qué prácticas ilegales ha de tener en cuenta el poder adjudicador a efectos de la aplicación de este motivo de exclusión.

Efectivamente, el artículo 57, apartado 4, letra d), de la Directiva se refiere únicamente a «acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia», mientras que el artículo 101 del TFUE abarca «los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior». Si se interpreta la Directiva de manera coherente con el Tratado, al transponer la Directiva al Derecho nacional, los Estados miembros deberían poder considerar que no solo los acuerdos, sino también las prácticas concertadas en la contratación pública que tienen por objeto falsear la competencia pueden desencadenar la aplicación de este motivo de exclusión. De manera alternativa, los Estados miembros podrían considerar esas otras formas de infracción de las normas de competencia como un caso de falta profesional grave, lo que justificaría una posible exclusión de un operador económico en virtud del artículo 57, apartado 4, letra c), de la Directiva <sup>(30)</sup>.

También pueden surgir preguntas sobre la diferencia entre el motivo de exclusión relativo a la colusión establecido en el artículo 57, apartado 4, letra d), de la Directiva y el motivo de exclusión debido a una falta profesional grave del artículo 57, apartado 4, letra c). Como se ha mencionado anteriormente, hasta la entrada en vigor de las Directivas de 2014, esta última disposición servía de base para excluir a un operador económico del procedimiento de adjudicación en casos de infracción de las normas de competencia <sup>(31)</sup>. Ambos motivos de exclusión podrían cumplir de todos modos la misma función (una posibilidad confirmada en el considerando 101 de la Directiva, que señala explícitamente la infracción de las normas de competencia como un caso de falta profesional grave) y ambos son facultativos para los poderes adjudicadores y tienen exactamente el mismo efecto, esto es, excluir a un licitador del procedimiento. La incorporación del motivo relativo a la colusión en el artículo 57, apartado 4, letra d), se concibió como una herramienta más específica para ampliar las opciones de que disponen los poderes adjudicadores para abordar situaciones de colusión. La diferencia fundamental entre las dos disposiciones parece ser el grado de certeza que ha de tener el poder adjudicador para excluir a un licitador del procedimiento. Para poder recurrir al artículo 57, apartado 4, letra c), el poder adjudicador necesita «demostrar por medios apropiados que el operador económico ha cometido una falta profesional grave». En cambio, el artículo 57, apartado 4, letra d), permite al poder adjudicador considerar la exclusión de un licitador cuando simplemente haya «indicios suficientemente plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia». Es el poder adjudicador quien debe valorar, caso por caso, cuál de los dos motivos podría considerarse aplicable, entendiéndose que no hay nada en la Directiva que impida a un poder adjudicador excluir a un licitador del procedimiento sobre la base de más de un motivo de exclusión.

<sup>(29)</sup> Véase el considerando 101 de la Directiva.

<sup>(30)</sup> Tal como confirma el considerando 101 de la Directiva.

<sup>(31)</sup> Véase el auto CNS del Tribunal de Justicia anteriormente mencionado, apartados 18 y 33.

### 5.3. Competencia de los poderes adjudicadores para aplicar el motivo de exclusión: amplio margen de apreciación y límites de su discrecionalidad

El artículo 57, apartado 4, de la Directiva concede a los poderes adjudicadores un amplio margen de apreciación sobre si excluir o no a un licitador del procedimiento cuando haya indicios suficientemente plausibles de colusión.

El artículo 57, apartado 4, letra d), no especifica con más detalle ni da a entender qué podría considerarse exactamente un indicio ni de qué manera este indicio podría considerarse lo suficientemente plausible como para excluir al licitador. Parece que la intención del legislador de la Unión ha sido permitir que el poder adjudicador pueda valorar, caso por caso, si se reúnen las condiciones para excluir al licitador por ese motivo, sin ser excesivamente prescriptivo<sup>(32)</sup>. El carácter facultativo de este motivo de exclusión implica que se permite a los poderes adjudicadores mantener a un licitador en un procedimiento de adjudicación aunque tengan indicios suficientemente plausibles de colusión (a menos que el Derecho nacional exija a los poderes adjudicadores excluir al licitador —véase más abajo—).

El Tribunal ha confirmado en repetidas ocasiones que, con arreglo al artículo 57, apartado 4, de la Directiva, corresponde al poder adjudicador (y no a otra instancia u organismo nacional) evaluar de forma independiente si un operador económico debe quedar excluido de un determinado procedimiento de adjudicación<sup>(33)</sup>. Tal como argumentó de forma muy deliberada el Tribunal, «esta facultad de que dispone todo poder adjudicador de excluir a un licitador de un procedimiento de contratación pública tiene esencialmente como razón de ser permitirle apreciar la integridad y la fiabilidad de cada uno de los licitadores», especialmente con vistas a garantizar «la fiabilidad del adjudicatario del contrato, sobre la que se funda la confianza que el poder adjudicatario deposita en él»<sup>(34)</sup>.

Los poderes adjudicadores tienen un amplio margen de apreciación a la hora de excluir a un licitador por sospecha de colusión. No obstante, existen ciertos límites, que se establecen en la Directiva.

**En primer lugar**, al transponer la Directiva al Derecho nacional, los Estados miembros pueden obligar a sus poderes adjudicadores a aplicar el motivo de exclusión facultativo contemplado en el artículo 57, apartado 4, de la Directiva y, en el marco concreto del artículo 57, apartado 4, letra d), a excluir a un licitador del procedimiento de adjudicación si tienen indicios suficientemente plausibles de colusión<sup>(35)</sup>.

Asimismo, en virtud del artículo 57, apartado 7, de la Directiva, los Estados miembros tienen el derecho de precisar las condiciones de implementación de ese artículo, en consonancia con el Derecho de la Unión, especialmente para garantizar que los poderes adjudicadores adopten un enfoque coherente sobre el tema a nivel nacional. El considerando 102 de la Directiva reconoce la posibilidad de que los Estados miembros establezcan dichas condiciones en el caso concreto de la evaluación de medidas de «autocorrección» presentadas por un licitador. No obstante, ninguna de estas condiciones debería alterar, modificar, ampliar ni limitar el alcance o el razonamiento de los motivos de exclusión establecidos en el apartado 4 del artículo, así como tampoco limitar la facultad discrecional de los poderes adjudicadores ni predisponer o tratar de influir en sus decisiones. El objetivo de estas condiciones es establecer, a nivel nacional, las condiciones en las cuales los poderes adjudicadores podrían ejercer las facultades que contempla para ellos la Directiva<sup>(36)</sup>.

**En segundo lugar**, en virtud del artículo 57, apartado 6, de la Directiva, un licitador puede demostrar su fiabilidad presentando al poder adjudicador las pruebas enunciadas en ese apartado que demuestren que ha adoptado medidas de cumplimiento suficientes para reparar las consecuencias negativas de su falta (o medidas de «autocorrección»). El considerando 102 de la Directiva dispone lo siguiente:

«Cuando estas medidas ofrezcan garantías suficientes, se debe dejar de excluir por estos motivos al operador económico de que se trate».

El poder adjudicador debe examinar dichas pruebas teniendo en cuenta la gravedad o las circunstancias concretas de la infracción penal y aportar una justificación cuando decida que las pruebas no son suficientes para permitir que el licitador siga participando en el procedimiento.

<sup>(32)</sup> Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de octubre de 2018 en el asunto C-124/17, Vossloh Laeis GmbH, apartado 23, la sentencia de 19 de junio de 2019 en el asunto C-41/18, Meca srl, apartados 28 y 31, y la sentencia de 3 de octubre de 2019 en el asunto C-267/18, Delta Antrepriza, apartados del 25 al 29.

<sup>(33)</sup> Véase la sentencia Vossloh Laeis, apartado 23, la sentencia Meca, apartados 28, 31 y, especialmente, 34, la sentencia Delta Antrepriza, apartados 25 y 27, el auto CNS, apartados 34 y 35, así como el auto del Tribunal de Justicia de 20 de noviembre de 2019 en el asunto C-552/18, Indaco, apartado 24.

<sup>(34)</sup> Véase la sentencia Delta Antrepriza, apartado 26.

<sup>(35)</sup> Las respuestas que la Comisión recibió a su cuestionario de febrero de 2019 indican que la mayoría de los Estados miembros eligieron mantener el carácter facultativo del motivo de exclusión para sus poderes adjudicadores al transponer las Directivas de 2014.

<sup>(36)</sup> Véase la sentencia Meca, apartado 33, y la sentencia Delta Antrepriza, apartados 25 y 27. El Tribunal exige que esas condiciones «respeten las características esenciales», así como los «objetivos y principios» de los motivos de exclusión. Véase también el auto Indaco, apartados 23 y 25, así como la sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 2020 en el asunto C-395/18, Tim, apartado 36.

**En tercer lugar**, el principio de proporcionalidad, que abarca todas las fases del procedimiento de adjudicación, también se aplica a la fase de evaluación de un posible caso de colusión. Así lo confirma el considerando 101 de la Directiva, que expone que:

«Al aplicar motivos de exclusión facultativos, los poderes adjudicadores deben prestar especial atención al principio de proporcionalidad».

Asimismo, el poder adjudicador debe aplicar la proporcionalidad al evaluar las medidas de «autocorrección» presentadas por el licitador en cuestión. El artículo 57, apartado 6, de la Directiva dispone lo siguiente:

«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».

A efectos de la aplicación de este motivo de exclusión, el principio de proporcionalidad exige, en general, que el poder adjudicador lleve a cabo una evaluación específica e individual del operador económico de que se trate <sup>(37)</sup>, independiente de cualquier decisión que hayan adoptado anteriormente otras autoridades (véase el punto 5.4) y respetando el derecho del operador a presentar medidas de «autocorrección» (véase el punto 5.7).

**En cuarto lugar**, la discrecionalidad del poder adjudicador sobre si excluir a un operador del procedimiento de adjudicación también se ve atenuada por la necesidad de que la decisión esté bien documentada y debidamente motivada. Si se presentan medidas de «autocorrección», el artículo 57, apartado 6, de la Directiva dispone que:

«Cuando las medidas se consideren insuficientes, el operador económico recibirá una motivación de dicha decisión».

Una decisión debidamente motivada reduciría considerablemente el riesgo de que prosperara una impugnación presentada por el operador económico en cuestión.

Por lo general, los poderes adjudicadores tienen que ser conscientes en todas las fases del procedimiento de adjudicación de que excluir a un operador económico del procedimiento supone una limitación en la práctica de la competencia y las posibilidades de elección para el comprador público. Es una medida que debe utilizarse con cautela (especialmente en sectores en los que hay un número limitado de operadores económicos activos) y solo si la integridad y la fiabilidad del futuro contratista no pueden garantizarse con otras medidas menos drásticas.

#### **5.4. 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**

Como se ha mencionado en el punto 5.3, las Directivas no detallan qué podría constituir un «indicio suficientemente plausible» que permita a un poder adjudicador excluir a un operador económico del procedimiento de adjudicación sobre la base del motivo de exclusión relativo a la colusión.

Por consiguiente, en general, puede considerarse que, al estudiar la posibilidad de excluir a un licitador de un procedimiento de adjudicación en trámite debido a una sospecha de colusión, un poder adjudicador tiene el derecho, en virtud de la Directiva, de valorar todos los hechos de los que tiene conocimiento que podrían poner en entredicho la fiabilidad de ese licitador como posible futuro contratista. El poder adjudicador puede tener en cuenta como un posible indicio plausible el conocimiento de que, por ejemplo, un licitador ya ha celebrado un acuerdo de subcontratación con otro licitador del mismo procedimiento o ha encargado anticipadamente el material necesario para ejecutar el contrato en cuestión mucho antes de que haya finalizado la evaluación de las ofertas. Otros aspectos que los poderes adjudicadores pueden evaluar (a través de los métodos de análisis disponibles o sobre la base de listas de los denominados «indicadores de alerta») son:

- El comportamiento general en el mercado de los licitadores que participan en el procedimiento (por ejemplo, licitadores que nunca presentan una oferta en el mismo procedimiento de adjudicación o licitadores que solo presentan ofertas en determinadas regiones o licitadores que parecen estarse turnando para participar en procedimientos de adjudicación).
- El texto de las ofertas (por ejemplo, los mismos errores tipográficos o frases en distintas ofertas o comentarios que se han dejado por error en el texto de la oferta que apuntan a una colusión entre los licitadores).
- Los precios ofrecidos en el procedimiento de adjudicación (por ejemplo, licitadores que ofrecen un precio más elevado que en procedimientos similares anteriores o que ofrecen precios excesivamente altos o bajos).
- Datos administrativos (por ejemplo, ofertas presentadas por el mismo representante de empresa) <sup>(38)</sup>.

<sup>(37)</sup> Véase el auto CNS, apartado 34.

<sup>(38)</sup> En el anexo de estas orientaciones se exponen los «indicadores de alerta» más comúnmente utilizados.

Los poderes adjudicadores tienen que evaluar de una manera cauta y proporcionada si los indicios de colusión detectados en un procedimiento de adjudicación en trámite son suficientemente plausibles para excluir a un licitador, centrándose en los hechos y evitando presunciones. Por ejemplo, sería difícil justificar la exclusión de dos licitadores de un procedimiento de adjudicación únicamente por haber presentado su oferta electrónicamente con unos minutos de diferencia.

A continuación, se exponen algunas cuestiones más concretas sobre qué podría considerarse un indicio suficientemente plausible a los efectos de la Directiva:

**En primer lugar**, a la luz del análisis realizado en el punto 5.3, puede considerarse que las Directivas permiten a los Estados miembros introducir normas o directrices nacionales que maticen qué podría ser considerado como «indicio suficientemente plausible» por un poder adjudicador al objeto de aplicar el motivo de exclusión. No obstante, como se ha mencionado, las normas nacionales deberían ajustarse tanto a la letra como al espíritu de la Directiva, que requiere únicamente «indicios» de participación en acuerdos ilegales que falseen el juego de la competencia en un procedimiento de adjudicación y no pruebas formales, como una sentencia judicial que confirme dicha participación. Si el legislador europeo exigiera pruebas para poder activar este motivo de exclusión, esto se habría visto reflejado en el texto, como es el caso del artículo 26, apartado 4, letra b), y el artículo 35, apartado 5, de la Directiva. Asimismo, el Tribunal ha confirmado que es necesario que la prueba de una infracción de las normas de adjudicación de contratos públicos de la Unión, como un comportamiento anticompetitivo, «[...] pueda aportarse no solo mediante pruebas directas, sino también mediante indicios, siempre que estos sean objetivos y concordantes y que los licitadores vinculados entre sí puedan aportar pruebas en contrario» <sup>(39)</sup>.

En la práctica, esto significa que no se exige a los poderes adjudicadores tener pruebas de colusión en un procedimiento de adjudicación en trámite, ya que esto podría contradecir el texto de la Directiva. En consecuencia, una legislación nacional que exija una decisión de una autoridad de competencia o una sentencia judicial que confirme que el operador en cuestión coludió en el procedimiento de adjudicación en trámite, antes de que el poder adjudicador pueda rechazar la oferta basándose en el artículo 57, apartado 4, letra d), plantea dudas en cuanto a su compatibilidad con la Directiva, puesto que tal decisión constituye, en realidad, una prueba de colusión <sup>(40)</sup>. Esto limitaría indebidamente la competencia otorgada a los poderes adjudicadores en virtud de la Directiva de excluir a un licitador basándose en indicios de colusión suficientemente plausibles en vez de en pruebas. Podría considerarse un indicio de colusión, por ejemplo, información puesta en conocimiento del poder adjudicador sobre una investigación iniciada por la autoridad de competencia o sobre cargos penales presentados contra la dirección del operador por presunta colusión, ya sea en el procedimiento de adjudicación en trámite o en otros procedimientos de adjudicación.

**En segundo lugar**, al evaluar la integridad o la fiabilidad de un licitador en el sentido del artículo 57, apartado 4, letra d), de la Directiva, el poder adjudicador tiene derecho a tener en cuenta cualquier hecho que indique un comportamiento anticompetitivo por parte de ese licitador, independientemente de si este atañe al procedimiento de adjudicación en trámite o a otro, pasado o presente. El artículo 57, apartado 4, letra d), de la Directiva no precisa si los hechos que den lugar a indicios de colusión suficientemente plausibles deben referirse al procedimiento de adjudicación en trámite o si también pueden referirse a otros procedimientos (pasados o en curso), a procedimientos en un sector económico distinto o a procedimientos de contratación pública llevados a cabo para el sector privado. En cambio, el artículo 57, apartado 5, párrafo segundo, de la Directiva confirma de forma explícita que el poder adjudicador puede tener en cuenta «actos cometidos u omitidos antes del procedimiento o durante el mismo». Por tanto, en el momento de evaluar la fiabilidad de un licitador en el contexto del procedimiento en trámite, un poder adjudicador puede tener en cuenta una decisión anterior de otro poder adjudicador de excluir al operador de un procedimiento de adjudicación, una decisión de una autoridad de competencia o una sentencia pronunciada por un tribunal nacional, en virtud de las cuales el operador o un miembro de su dirección o de su personal haya sido declarado culpable de colusión en el marco de procedimientos de adjudicación anteriores <sup>(41)</sup>. No obstante, la implicación del operador en un caso de colusión anterior no constituye en sí

<sup>(39)</sup> Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de mayo de 2018 en el asunto C-531/16, Ecoservice projektai, apartado 37.

<sup>(40)</sup> En su reciente sentencia de 11 de junio de 2020, en el asunto C-472/19, Vert Marine, el Tribunal de Justicia también destacó la necesidad de que las condiciones de aplicación establecidas por los Estados miembros sean compatibles con los plazos impuestos por el procedimiento de adjudicación de contratos de concesión, de manera que no se vacíen de su contenido esencial las disposiciones de la Directiva (véanse los apartados 36 y 38 de la sentencia).

<sup>(41)</sup> Aunque no están vinculados por decisiones adoptadas en el extranjero, los poderes adjudicadores también pueden tener en cuenta casos en los que el operador económico haya estado implicado en colusión en otro país.

misma un motivo para excluir al operador en un procedimiento de adjudicación en trámite, puesto que, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal <sup>(42)</sup>, las decisiones de otras autoridades en casos anteriores no deben predisponer la opinión del poder adjudicador que lleva a cabo el procedimiento de adjudicación. Lo mismo se aplica si, en un caso anterior, un licitador fue sospechoso de colusión pero, finalmente, o bien las sospechas se desestimaron o bien el licitador en cuestión permaneció en el procedimiento de adjudicación de todos modos. El poder adjudicador no está vinculado por ninguna de estas decisiones previas al ejecutar su propio procedimiento de adjudicación <sup>(43)</sup>, y conserva su derecho a considerar la exclusión de un licitador del procedimiento de adjudicación si la conducta pasada de dicho licitador le plantea dudas sobre la integridad y la fiabilidad del licitador en el contexto del procedimiento de adjudicación en trámite.

Como se ha mencionado en el punto 5.3, el poder adjudicador tiene que justificar cómo llegó a su decisión final de excluir al operador en cuestión del procedimiento de adjudicación y, especialmente, de qué manera se consideró que hechos concretos constituían indicios suficientemente plausibles de colusión y ponían en tela de juicio la fiabilidad del licitador a los efectos del procedimiento de adjudicación en trámite. Para que el poder adjudicador pueda realizar una evaluación informada, un operador económico deberá informarle, cuando así se le solicite, sobre cualquier decisión anterior adoptada por una autoridad de competencia o cualquier sentencia judicial en las que se estableciera que dicho operador había coludido. Esta información se solicita a través del cuestionario incluido en el documento europeo único de contratación (DEUC) o formularios nacionales similares, que el operador suele tener que presentar junto con su oferta <sup>(44)</sup>. Si un operador económico oculta al poder adjudicador información necesaria para comprobar la ausencia de motivos de exclusión, el poder adjudicador tendrá el derecho, de conformidad con el artículo 57, apartado 4, letra h), de la Directiva, de excluir a ese operador del procedimiento de adjudicación.

**En tercer lugar**, existen casos de operadores económicos que en el pasado reconocieron haber participado en un caso de colusión y cooperaron con una autoridad de competencia, ya fuera como solicitantes de clemencia o de dispensa o en el marco de un procedimiento de transacción. La cuestión que se plantea es si el Derecho nacional puede estipular que dicha cooperación previa prive automáticamente a los poderes adjudicadores de la posibilidad de considerar esta implicación anterior en un plan de colusión como un indicio suficientemente plausible de colusión a los efectos de aplicar el motivo de exclusión en procedimientos de adjudicación llevados a cabo después de que la autoridad de competencia haya hecho pública su decisión.

Antes de responder a esta cuestión, conviene tener presente que en la mayoría de las jurisdicciones:

- Una decisión de clemencia o de transacción presupone que el operador en cuestión admite haber participado en un acuerdo colusorio ilegal.
- Podría darse el caso de que un operador, que hubiera sido investigado por colusión y finalmente hubiera optado por llegar a un acuerdo (transacción) sobre el caso, en un principio se hubiera negado a cooperar con la autoridad de competencia y hubiera perjudicado o entorpecido la investigación. Esto es lo contrario de lo que cabría esperar del operador en virtud del artículo 57, apartado 6, de la Directiva para que este pudiera restablecer su fiabilidad como futuro contratista.
- Por último, el hecho de llegar a un acuerdo sobre estos casos no exige un compromiso por parte del operador de evitar prácticas similares en el futuro o de tomar medidas concretas. El operador no asegura ni se compromete a adoptar medidas específicas (medidas de «autocorrección») para restablecer su fiabilidad e integridad con arreglo a la Directiva. Por lo general, el derecho de la competencia no contempla la exclusión de un operador de futuros procedimientos de adjudicación de contratos públicos como sanción por su comportamiento anticompetitivo.

A la luz de lo anterior, debería distinguirse entre dos casos distintos: por un lado, un procedimiento o procedimientos de adjudicación que hayan sido objeto de investigación y de una decisión de la autoridad nacional de competencia y hayan conllevado una solicitud de clemencia o transacción y, por el otro, otros procedimientos de adjudicación que se hayan llevado a cabo tras haberse hecho pública la anteriormente mencionada decisión.

- En el primer caso, los Estados miembros deberían por lo general ser libres de decidir eximir total o parcialmente a los solicitantes de clemencia, dispensa o transacción de cualquier sanción relacionada con el procedimiento o procedimientos de adjudicación cubierto(s) por dicha solicitud y en los que una decisión de la autoridad nacional de competencia haya establecido y sancionado la existencia de colusión entre los operadores en cuestión <sup>(45)</sup>. Esto podría

<sup>(42)</sup> Véase la sentencia Delta Antrepriza, apartado 27, y el auto CNS, apartado 34.

<sup>(43)</sup> A menos que se haya adoptado una decisión de exclusión del operador de un procedimiento de adjudicación durante un período de tiempo determinado (véase el punto 5.9).

<sup>(44)</sup> Véase la sentencia Delta Antrepriza, apartado 36.

<sup>(45)</sup> El artículo 23, apartado 1, de la Directiva (UE) 2019/1 encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior impone la obligación a los Estados miembros de velar por que «los directivos, gestores y otros miembros del personal, actuales y antiguos, de solicitantes de exención del pago de las multas a las autoridades de competencia estén protegidos de manera completa de cualquier sanción en procedimientos judiciales administrativos y no penales por su participación en el cártel secreto al que se refiere la solicitud de exención del pago de multas, por violaciones del Derecho nacional que persigue en términos generales los mismos objetivos que el artículo 101 del TFUE». El considerando 64 confirma que esta disposición también cubre el Derecho nacional sobre colusiones en procesos de licitación. La Comunicación de la Comisión de 2006 sobre la dispensa del pago de multas también limita la dispensa a «multas que se le habrían impuesto a una empresa que revelara su participación en un presunto cártel secreto».

garantizar la eficacia de los sistemas de clemencia o transacción establecidos por los Estados miembros, dado que dispensar a un operador económico que admita haber participado en un plan de colusión de las graves consecuencias contempladas en la legislación nacional podría proporcionar un gran incentivo a los operadores para dar un paso al frente y revelar casos de colusión.

Lo anterior también debería ser posible cuando un procedimiento de adjudicación afectado por el acuerdo colusorio que la autoridad nacional de competencia haya decidido sancionar esté todavía en trámite cuando la autoridad de competencia haga pública su decisión. Sin perjuicio de las prerrogativas de los poderes adjudicadores con arreglo al artículo 57, apartado 4, letra d), de la Directiva, probablemente se podría considerar que un operador económico que haya admitido su participación en el plan de colusión, cooperado con la autoridad de competencia, pagado las multas impuestas y tomado las medidas adecuadas para restablecer su fiabilidad satisface las condiciones para su «autocorrección», de conformidad con el artículo 57, apartado 6, de la Directiva. Por consiguiente, podría considerarse desproporcionado que un poder adjudicador excluyera a ese operador de un procedimiento de adjudicación en curso si las medidas de «autocorrección» del operador ya han quedado parcialmente reflejadas en la decisión de la autoridad nacional de competencia referente a ese procedimiento.

- En el segundo caso, no obstante, no hay nada en la Directiva que permita interpretar que los Estados miembros pueden introducir una presunción obligatoria, general e incondicional de fiabilidad en relación con dichos operadores u obligar a los poderes adjudicadores a aceptar automáticamente su participación en procedimientos de adjudicación ejecutados o concluidos tras haberse hecho pública una decisión de la autoridad nacional de competencia. Esto atentaría efectivamente contra la facultad discrecional específica de los poderes adjudicadores (contemplada en la Directiva y confirmada reiteradamente por el Tribunal, según se ha analizado anteriormente) de obtener la tranquilidad o la seguridad de que el licitador es fiable, incluida la posibilidad de solicitar pruebas de las medidas de «autocorrección» dispuestas en el artículo 57, apartado 6, y de evaluar si las medidas presentadas por el operador resultan suficientes para mantener al licitador en el procedimiento de adjudicación <sup>(46)</sup>. Como también recalcó el Tribunal <sup>(47)</sup>, podría incluso considerarse que tal garantía de participación en futuros procedimientos de adjudicación contradice directamente (o incluso deja sin efecto) la disposición sobre «autocorrección» del artículo 57, apartado 6, puesto que un operador económico con un acceso garantizado a futuros procedimientos de adjudicación no tendría incentivo alguno para adoptar medidas encaminadas a restablecer su fiabilidad.

El derecho de un poder adjudicador a evaluar el riesgo de colusión que entrañaría la participación en un procedimiento de adjudicación en trámite de un licitador que en el pasado solicitó clemencia o tuvo que llegar a un acuerdo sobre un caso previo de colusión debe estar debidamente equilibrado con la obligación de valorar, de manera proporcionada, las pruebas que el operador pueda aportar con arreglo al artículo 57, apartado 6, en relación con las medidas que tomó para restablecer su fiabilidad. Si, a pesar de las medidas de «autocorrección» que se hayan puesto en su conocimiento, el poder adjudicador decide excluir al licitador, este deberá justificar por qué dichas medidas se han considerado insuficientes para mantener al licitador en el procedimiento de adjudicación.

### **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 <sup>(48)</sup>.

<sup>(46)</sup> Véase la sentencia Vossloh-Laeis, apartado 32.

<sup>(47)</sup> Véase el auto Indaco, apartado 27.

<sup>(48)</sup> Véase la sentencia Ecoservice projektai, apartado 29. Este podría ser el caso, en particular, cuando haya indicios de que una de las empresas tiene un acceso privilegiado al método de elaboración de ofertas de la otra o de que existe algún tipo de coordinación para preparar sus ofertas o determinar su estrategia de fijación de precios.

Según la jurisprudencia del Tribunal <sup>(49)</sup>, el poder adjudicador debe evitar realizar presunciones generales que puedan llevar al rechazo automático de dichas ofertas <sup>(50)</sup>. 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 <sup>(51)</sup>. 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.

### 5.6. Licitación conjunta y subcontratación: una evaluación minuciosa a la vez que equilibrada por parte del poder adjudicador

En algunos casos, la licitación conjunta plantea dudas al poder adjudicador, especialmente si los miembros del grupo de empresas que presentan la oferta conjuntamente podrían haberla presentado perfectamente a título propio (o, lo que es más, se esperaba que así lo hicieran). Varios Estados miembros han tomado medidas específicas sobre esta cuestión, y han aconsejado a los operadores económicos cómo considerar la licitación conjunta sin ser acusados de un posible comportamiento anticompetitivo <sup>(52)</sup>.

El poder adjudicador tiene suficiente margen de apreciación en virtud de la Directiva para valorar si un caso de licitación conjunta presenta riesgos para el correcto desarrollo del procedimiento de adjudicación, en particular si hay indicios de colusión que pudieran desencadenar el motivo de exclusión con arreglo al artículo 57, apartado 4, letra d), de la Directiva. No obstante, al abordar dichas cuestiones, el poder adjudicador tiene que encontrar un equilibrio entre evitar riesgos para la competencia a través de la licitación conjunta <sup>(53)</sup> y respetar el derecho de los operadores a presentar conjuntamente una oferta (tal como se reconoce en el artículo 2, apartados 1 y 10, el artículo 19, apartado 2, y el artículo 63, apartado 1, de la Directiva). Ha de tenerse en cuenta que las empresas suelen considerar las asociaciones estratégicas o la cooperación como un aspecto fundamental de su estrategia de crecimiento. Los operadores económicos tienen derecho a tomar decisiones empresariales legítimas sobre las actividades que van a emprender y los poderes adjudicadores no deberían limitar *per se* este derecho, sino que más bien deberían evaluar los riesgos de colusión caso por caso.

En el caso de la subcontratación se requiere un enfoque similar: el poder adjudicador debería evaluar cuidadosamente aquellos casos en los que un subcontratista propuesto podría haber participado perfectamente a título propio en el procedimiento de adjudicación y ejecutado el contrato de forma independiente. Los casos en que dos licitadores se subcontratan entre ellos también pueden ser considerados por el poder adjudicador como un posible indicio de colusión que deberá examinarse con arreglo al artículo 57 de la Directiva, puesto que tales acuerdos de subcontratación normalmente permiten a las partes conocer la oferta financiera de la otra, lo que pone en tela de juicio la independencia de las partes a la hora de formular sus propias ofertas. Aunque los acuerdos de subcontratación como los mencionados más arriba pueden considerarse un «indicador de alerta» de una posible colusión, los poderes adjudicadores deberían evitar caer en presunciones generales de que la subcontratación por parte del adjudicatario a otro licitador del mismo procedimiento constituye una colusión entre los operadores económicos en cuestión, sin concederles a estos operadores la posibilidad de proporcionar argumentos que demuestren lo contrario <sup>(54)</sup>.

<sup>(49)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 2008 en el asunto C-213/07, *Michaniki*, apartados 42, 43 y 62, sentencia de 19 de mayo de 2009 en el asunto C-538/07, *Assitur*, apartados 30 y 32, sentencia de 8 de febrero de 2018 en el asunto C-144/17, *Lloyd's of London*, apartados 35, 36 y 38, y sentencia *Ecoservice projektai*, apartado 38.

<sup>(50)</sup> Especialmente habida cuenta del reconocimiento por parte del Tribunal de que las estructuras empresariales de operadores asociados pueden incluir acuerdos que garanticen la independencia y la confidencialidad a la hora de preparar ofertas para el mismo procedimiento (véanse la sentencia *Lloyd's of London*, apartado 37, y la sentencia *Assitur*, apartado 31).

<sup>(51)</sup> Véase la sentencia *Lloyd's of London*, apartado 36, y la sentencia *Assitur*, apartado 30.

<sup>(52)</sup> Según las «Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal» adoptadas por la Comisión en enero de 2011 (disponibles en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=ES)).

<sup>(53)</sup> Puede considerarse que un mercado generalmente abierto y recibir un elevado número de ofertas en un procedimiento de adjudicación determinado limita el riesgo que una oferta conjunta podría entrañar en lo que se refiere a la limitación de la competencia.

<sup>(54)</sup> Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 2015 en el asunto C-425/14, *Impresa Edilux*, apartado 39.

### 5.7. Medidas de «autocorrección» adoptadas por los operadores económicos en el sentido del artículo 57, apartado 6, de la Directiva: el derecho de los operadores a demostrar su fiabilidad y la necesidad de que los poderes adjudicadores evalúen de forma proporcionada los argumentos esgrimidos

Como se ha mencionado en el punto 5.3, el artículo 57, apartado 6, de la Directiva concede a los operadores económicos que se encuentran en una situación que puede justificar su exclusión el derecho a demostrar su fiabilidad a pesar de haber motivos de exclusión <sup>(55)</sup>.

El artículo 57, apartado 6, detalla estas medidas, denominadas de «autocorrección», que los operadores económicos pueden poner en conocimiento del poder adjudicador a tal efecto. El considerando 102 de la Directiva proporciona ejemplos de estas medidas, en particular medidas que afecten al personal y la organización, como la ruptura de todos los vínculos con las personas u organizaciones que participen en las conductas ilícitas, medidas adecuadas de reorganización del personal, implantación de sistemas de información y control, creación de una estructura de auditoría interna para supervisar el cumplimiento y adopción de normas internas de responsabilidad e indemnización.

Ese mismo considerando hace referencia a la posibilidad de que los Estados miembros, en virtud del artículo 57, apartado 7, de la Directiva, «[...] determinen las condiciones exactas de fondo y de procedimiento aplicables en dichos casos», lo que incluye la posibilidad de proporcionar, a nivel nacional, criterios o directrices detallados sobre el modo en que los poderes adjudicadores aplicarán las disposiciones de «autocorrección» en la práctica. Sin embargo, tal como se ha analizado en el punto 5.3, estas disposiciones nacionales establecidas en virtud del artículo 57, apartado 7, de la Directiva, deberían estar en consonancia con el ámbito de aplicación y el razonamiento de las respectivas disposiciones de la Directiva, sin cuestionar el derecho del operador a presentar argumentos de «autocorrección» o las facultades discrecionales del poder adjudicador para evaluarlos <sup>(56)</sup>. Los Estados miembros también pueden optar por confiar la evaluación de las medidas de «autocorrección» a autoridades distintas del poder adjudicador, ya sea a nivel central o descentralizado. Sin embargo, al hacerlo, deben garantizar que se cumplan las condiciones y los objetivos del sistema de «autocorrección», especialmente cuando se trata de realizar una evaluación correcta y rápida de las medidas de «autocorrección» presentadas por el operador <sup>(57)</sup>.

La información o las pruebas concretas que puede presentar el operador económico para la evaluación del poder adjudicador varían dependiendo del caso de que se trate. A la luz del principio de proporcionalidad, podría considerarse que el operador debe demostrar haber tomado las medidas establecidas en el artículo 57, apartado 6, párrafo segundo, que sean aplicables al caso concreto. Por ejemplo, el operador deberá demostrar que pagó o se comprometió a pagar daños y perjuicios por su conducta ilegal solo si hay una demanda en su contra. Asimismo, puede haber casos en los que adoptar medidas únicamente con respecto a la dotación de personal resulte suficiente para vencer al poder adjudicador de la fiabilidad del operador, sin necesidad de adoptar otras medidas técnicas u organizativas.

La Directiva exige a los poderes adjudicadores evaluar los argumentos presentados por el operador económico afectado antes de decidir si excluirlo o no del procedimiento, aun cuando consideren que tienen pruebas de que el operador ha coludido. Como ha confirmado el Tribunal <sup>(58)</sup>, la Directiva no precisa si el licitador presenta las explicaciones o las medidas de «autocorrección» por iniciativa propia o previa solicitud del poder adjudicador. A falta de una disposición explícita y a la luz del artículo 57, apartado 7, tal como se ha mencionado anteriormente, corresponde a los Estados miembros determinar si los poderes adjudicadores deberían solicitar a los operadores que proporcionaran estas explicaciones antes de tomar una decisión o si esta posibilidad debería dejarse a la iniciativa del operador. Si el Derecho nacional opta por exigir que el licitador presente de forma espontánea medidas de «autocorrección», a más tardar junto con su oferta, el poder adjudicador deberá informar a los licitadores de este requisito de forma clara y precisa al poner en marcha el procedimiento <sup>(59)</sup>. En cualquier caso, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal <sup>(60)</sup>, sería aconsejable que los poderes adjudicadores establecieran con claridad en los documentos de licitación la información que los operadores económicos deben incluir en su oferta, incluida información sobre sus vínculos o acuerdos celebrados con otros licitadores, y cualquier medida de «autocorrección» adoptada a raíz de una infracción anterior de las normas de competencia. El requisito de declarar estos acuerdos, así como de proporcionar información sobre posibles medidas de «autocorrección», ya está incluido en el documento europeo único de contratación (DEUC) o formularios nacionales similares, que el operador suele tener que presentar junto con su oferta.

<sup>(55)</sup> Tanto en su sentencia *Vert Marine* (apartado 17), como en su sentencia de 14 de enero de 2021 en el asunto C-387/19, *RTS*, apartados 26 y 48, el Tribunal de Justicia confirmó que los Estados miembros deben garantizar este derecho al transponer las Directivas.

<sup>(56)</sup> Véase la sentencia *Vert Marine*, apartado 24.

<sup>(57)</sup> Véase la sentencia *Vert Marine*, apartados 28, 33, 35 y 36.

<sup>(58)</sup> Véase la sentencia *RTS*, apartado 33.

<sup>(59)</sup> Véase la sentencia *RTS*, apartados 36 y 42.

<sup>(60)</sup> Véase la sentencia *Ecoservice projektai*, apartados 23 y 25.

El artículo 57, apartado 6, de la Directiva no solo concede al operador económico el derecho a aportar pruebas que le permitan permanecer en el procedimiento de adjudicación, sino que también permite al poder adjudicador no excluir a un operador que haya abordado suficientemente los recelos acerca de su anterior comportamiento en procedimientos de contratación pública. La única limitación del derecho del operador a presentar medidas de «autocorrección» es que no se aplicará en la medida en que el operador siga estando sujeto a una exclusión de procedimientos de adjudicación durante un período de tiempo determinado fijada mediante sentencia firme en el Estado miembro donde sea efectiva dicha sentencia (véase el punto 5.9) <sup>(61)</sup>. Por consiguiente, esta disposición no impide a un poder adjudicador mantener en el procedimiento a un operador económico que haya dado un paso al frente durante el procedimiento y haya admitido acuerdos ilegales con otros licitadores, haya cooperado activamente con el poder adjudicador para aclarar la situación y haya tomado todas las medidas necesarias para evitar faltas futuras.

Durante un procedimiento de adjudicación, el poder adjudicador evalúa cualquier medida de «autocorrección» presentada por un operador que se haya comprobado ha coludido con otros operadores en el pasado, teniendo en cuenta todas las pruebas proporcionadas por dicho operador <sup>(62)</sup>. Como se menciona en el punto 5.3, el poder adjudicador debe valorar las pruebas aportadas por el operador de manera proporcionada, esto es, teniendo en cuenta la gravedad y las circunstancias particulares del caso <sup>(63)</sup>, así como las acciones concretas emprendidas por el operador para restablecer su fiabilidad <sup>(64)</sup>.

Esto también se aplica a los operadores implicados en casos previos de colusión que hayan participado en un programa de clemencia o de dispensa y/o hayan llegado a un acuerdo (transacción) sobre el caso (véase el punto 5.4.). Habida cuenta de la importancia de los programas de clemencia para combatir los cárteles y la necesidad de proporcionar a los solicitantes de clemencia seguridad jurídica y transparencia en cuanto a las condiciones de clemencia, los Estados miembros deberían animar a los poderes adjudicadores a velar por el tratamiento proporcionado de dichos operadores a la hora de evaluar las medidas de «autocorrección» efectivas que adoptaron para garantizar su fiabilidad e integridad. El Tribunal ya confirmó que «en principio, la transmisión al poder adjudicador de la resolución en la que se constata la infracción de las normas sobre competencia cometida por el licitador, pero en la que se le aplica una norma de clemencia por haber cooperado con la Autoridad de Defensa de la Competencia, debe bastar para demostrar al poder adjudicador que dicho operador económico ha aclarado de manera exhaustiva los hechos y circunstancias colaborando con dicha autoridad [...]», de conformidad con el artículo 57, apartado 6, de la Directiva <sup>(65)</sup>.

Si el poder adjudicador concluye que las medidas presentadas por el operador económico no bastan para demostrar la integridad de ese operador, el poder adjudicador deberá indicar los motivos de esa decisión.

Una estrecha cooperación entre el poder adjudicador y otras autoridades, como la autoridad de competencia o las autoridades responsables de los registros nacionales de empresas, etc. facilita la evaluación de las medidas de «autocorrección». Estas autoridades pueden proporcionar, caso por caso, un valioso asesoramiento sobre la repercusión de estas medidas y la información (dentro del respeto de la legislación sobre protección de datos nacional y de la Unión <sup>(66)</sup>) necesaria para que el poder adjudicador pueda evaluar, por ejemplo, si el operador ha cooperado suficiente y activamente con la autoridad de competencia en un caso anterior, si las personas implicadas en la anterior colusión han sido reemplazadas o si se han pagado debidamente las multas o los daños y perjuicios impuestos. Con vistas a finalizar los procedimientos de adjudicación dentro de un plazo razonable, las autoridades deberían esforzarse por llevar a cabo dicha cooperación con rapidez, haciendo el mejor uso posible de los recursos disponibles.

### **5.8. Importancia de que los poderes adjudicadores informen a la autoridad de competencia o a otras autoridades centrales implicadas y/o les soliciten asistencia**

Las Directivas no exigen que el poder adjudicador busque el asesoramiento de la autoridad central de contratación pública o la autoridad de competencia nacional antes de decidir si excluir o no a un operador económico de un procedimiento de adjudicación. No obstante, por lo general, es aconsejable que los poderes adjudicadores recurran a cualquier tipo de asistencia disponible tan pronto como identifiquen una oferta sospechosa. El asesoramiento de expertos de esas autoridades facilitaría la evaluación global del caso, 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. Para los poderes adjudicadores más pequeños con recursos limitados en particular, la asistencia de las autoridades centrales de contratación pública o de competencia puede resultar fundamental de cara a abordar un caso de colusión, especialmente

<sup>(61)</sup> Como ha aclarado recientemente el Tribunal, mientras que la exclusión por un período de tiempo no haya sido confirmada mediante sentencia firme, el operador económico tendrá derecho a presentar medidas de «autocorrección» para demostrar su fiabilidad (véase la sentencia *Vert Marine*, apartado 18).

<sup>(62)</sup> Véase la sentencia *Vossloh Laeis*, apartado 23.

<sup>(63)</sup> Véase, entre otras, la sentencia *Tim*, apartado 50.

<sup>(64)</sup> Como las medidas específicas adoptadas para sustituir a las personas implicadas en los comportamientos colusorios o, si esto no se ha podido ultimar en el momento del procedimiento de adjudicación, las medidas adoptadas para garantizar que estas personas no puedan implicar al operador en otro comportamiento anticompetitivo ilegal. Véase la sentencia *Delta Antrepriza*, apartado 37.

<sup>(65)</sup> Sentencia *Vossloh Laeis*, apartado 31.

<sup>(66)</sup> Véase la nota a pie de página 18.

si esta asistencia se presta en forma de asesoramiento sobre los indicios detectados por el poder adjudicador o de asistencia en la evaluación de las medidas de «autocorrección» presentadas por un licitador. Con respecto a esta última opción, el considerando 102 de la Directiva reconoce explícitamente la posibilidad de que los Estados miembros confíen a otra autoridad la evaluación de las medidas de «autocorrección» presentadas por un licitador sospechoso de colusión a fin de demostrar su fiabilidad. Como se ha mencionado en los puntos 5.3 y 5.4, la participación de las autoridades centrales de contratación pública o de competencia nacionales en la evaluación de un posible caso de colusión no debería afectar a la competencia del poder adjudicador para decidir en última instancia si excluir o no a un licitador de un procedimiento de adjudicación.

Una cooperación fluida y eficaz entre un poder adjudicador que ejecuta un procedimiento de adjudicación y las autoridades centrales de contratación pública o las autoridades de competencia nacionales a la hora de abordar un presunto caso de colusión requiere que ambas partes reconozcan la importancia de resolver el problema, utilizando todos los recursos disponibles e intercambiando información de manera oportuna. Incluso antes de poner en marcha el procedimiento de adjudicación, los poderes adjudicadores deberían disponer de puntos de contacto en la autoridad nacional central de contratación pública o la autoridad de competencia para ponerse en contacto con ellas tan pronto como surgieran sospechas durante el procedimiento. Las autoridades centrales de contratación pública o de competencia deberían tratar de responder, a la mayor brevedad posible, a las solicitudes de asistencia y asesoramiento por parte de un poder adjudicador. Las dos partes deberían estar dispuestas a compartir, según correspondiera, cualquier información que pudiera resultar esencial para detectar y valorar casos de colusión<sup>(67)</sup>. Aun cuando los poderes adjudicadores no consulten a sus autoridades centrales de contratación pública o de competencia, es muy recomendable que notifiquen a esas autoridades cualquier caso de presunta colusión que estén tratando y toda decisión final adoptada para excluir a operadores económicos de procedimientos de adjudicación.

Por último, si bien no menos importante, cualquier contacto entre el poder adjudicador y otras autoridades, dentro del período comprendido entre la identificación de un presunto caso de colusión y (si así lo permite el Derecho nacional) la solicitud al operador económico de aclaraciones, debería establecerse de forma estrictamente confidencial y no ser revelado al licitador sospechoso ni a otros participantes en el procedimiento de adjudicación. No hacerlo así podría dar lugar a que los licitadores que coluden eliminaran de forma ilegal cualquier prueba de su acuerdo tan pronto como tuvieran conocimiento de las acciones emprendidas contra ellos, lo cual privaría a las autoridades de ejecución de pruebas valiosas para una futura investigación.

#### **5.9. Establecimiento de las condiciones para excluir a un operador económico en virtud del artículo 57, apartado 7, de la Directiva**

Como se ha mencionado anteriormente<sup>(68)</sup>, el artículo 57, apartado 7, de la Directiva permite a los Estados miembros precisar las condiciones de aplicación de ese artículo. Estas condiciones pueden incluir la fijación del período máximo durante el cual un operador económico no estará autorizado a participar en ningún procedimiento de adjudicación de contratos públicos, criterios o ejemplos de lo que podría considerarse una circunstancia que justifique dicha exclusión y el órgano nacional que será competente para imponerla (tal como confirma el considerando 102 de la Directiva). El artículo 57, apartado 7, dispone que, cuando una sentencia firme no haya establecido el período de exclusión de procedimientos de adjudicación, ese período no podrá exceder de tres años a partir de la fecha del hecho relevante en los casos contemplados en el artículo 57, apartado 4. En su jurisprudencia reciente<sup>(69)</sup>, el Tribunal aclaró que «la fecha del hecho relevante» para determinar el punto de partida del cálculo del período de exclusión es la fecha en que la conducta ilícita del operador económico fue objeto de una resolución por parte de la autoridad competente, sin tener en cuenta la fecha en que se produjeron los hechos que dieron lugar a esa condena.

La Directiva no impide que los Estados miembros determinen que un poder adjudicador puede imponer una exclusión durante un período de tiempo, según lo dispuesto en el artículo 57, apartado 7, con respecto a sus propios procedimientos de adjudicación futuros, o que también pueda hacerlo otro organismo (como la autoridad nacional de competencia, la autoridad central de contratación pública o un órgano especial creado a tal efecto) con un ámbito de aplicación más general.

De conformidad con el artículo 57, apartado 7, el período de exclusión máximo de tres años solo se aplica si el período de exclusión no ha sido establecido antes por una sentencia firme. Esto no impide que el Derecho nacional permita a las autoridades judiciales considerar aplicar un período de exclusión aún más largo cuando se dicte una sentencia firme sobre un caso de colusión, dependiendo de su gravedad.

<sup>(67)</sup> Con arreglo a las condiciones establecidas en el Derecho nacional y de la Unión (en particular, el artículo 31 de la Directiva 2019/1).

<sup>(68)</sup> Véanse los puntos 5.1 y 5.3.

<sup>(69)</sup> Sentencia Vossloh Laeis, apartados 37, 38 y 41.

Si un operador económico, que ha sido excluido de procedimientos de adjudicación durante un período de tiempo en virtud del artículo 57, apartado 7, de la Directiva, presenta una oferta durante el período de exclusión, el poder adjudicador deberá rechazar automáticamente esa oferta sin necesidad de realizar ninguna otra evaluación. Una vez finalizado el período de exclusión de un operador económico, un poder adjudicador podrá volver a decidir excluir a ese operador de un procedimiento de adjudicación, pero solo si se cumplen las condiciones para la aplicación del artículo 57, apartado 4, letra d).

Por último, las decisiones de exclusión por motivos de colusión solo se refieren al operador económico cuya colusión ha sido descubierta y no a otros operadores económicos que estén de algún modo asociados con ese operador (como empresas matrices, otras empresas pertenecientes al mismo grupo o filiales de las empresas excluidas) y que no estuvieran implicados en el procedimiento de adjudicación en cuestión. Esto se entiende, por supuesto, sin perjuicio del derecho de un poder adjudicador a excluir de un procedimiento de adjudicación a todo operador económico que se encuentre en una de las situaciones que justifican la exclusión de conformidad con las Directivas.

---

## ANEXO

**Recursos y consejos para luchar eficazmente contra la colusión en la contratación pública****1. Introducción**

Todo esfuerzo destinado a garantizar una verdadera competencia y la mejor relación calidad-precio en las compras públicas presupone que la comunidad de la contratación pública, especialmente los responsables de la contratación pública, es plenamente consciente de un hecho muy simple: por muy bien organizado y ejecutado que esté un procedimiento de adjudicación de un contrato público, este no conseguirá ofrecer el mejor resultado posible para el comprador público si los licitadores que participan en él han coludido para determinar de antemano quién de ellos obtendrá el contrato. La colusión entre licitadores supone que el ciudadano no recibirá el mejor producto o servicio posible al mejor precio posible, en detrimento del interés público.

El responsable de la contratación pública, esto es, la persona que se sitúa en la primera línea de un procedimiento de adjudicación, desempeña un papel esencial a la hora de minimizar el riesgo de colusión en la contratación pública y abordar la colusión cuando surja. Es la persona que se encuentra en la mejor posición para limitar el riesgo durante la preparación del procedimiento, detectar casos de colusión al evaluar las ofertas y utilizar las herramientas contempladas en el Derecho nacional y de la Unión para abordarla de forma activa y garantizar que el procedimiento de adjudicación sea competitivo y justo. Aunque a menudo trabaja en condiciones difíciles y con plazos ajustados, se insta al responsable de la contratación pública a dar este paso adicional y a hacer este esfuerzo adicional para garantizar que el dinero público se gaste adecuadamente.

A fin de apoyar a los responsables de la contratación pública en esta labor, la Comisión ha recopilado una serie concisa de consejos sobre cómo:

- diseñar procedimientos de adjudicación de manera que se impidan las conductas colusorias entre licitadores (punto 2 del anexo),
- detectar una posible colusión al evaluar las ofertas (punto 3 del anexo) y
- reaccionar ante esa sospecha de colusión (punto 4 del anexo).

Para un asesoramiento más completo, véanse las orientaciones más detalladas publicadas por la OCDE <sup>(1)</sup> y la OLAF <sup>(2)</sup>, así como por las autoridades nacionales de competencia de los Estados miembros de la Unión.

**2. Consejos sobre cómo diseñar procedimientos de adjudicación de manera que se impidan las conductas colusorias entre licitadores**

- Al formular su estrategia global de contratación y diseñar los procedimientos de adjudicación, **procure conseguir la máxima participación de los licitadores**, tanto de su país como del extranjero.

Hacer que la participación sea más fácil para los operadores económicos aumenta la competencia y minimiza el riesgo de colusión. Asimismo, la participación de operadores económicos del extranjero limita el riesgo de colusión en los sectores concentrados, en los que solo están activos un reducido número de operadores económicos nacionales.

- Una vez que conozca el objeto de su contrato y antes de planificar y poner en marcha el procedimiento de adjudicación, **realice una investigación exhaustiva del mercado** que proporcionará el servicio o producto que se va a contratar.
  - Intente obtener la máxima información posible sobre lo que hay disponible en el mercado, las especificaciones que pueden ofrecerse, qué operadores están activos en el sector, los precios que se cobran en casos similares (para contratos del mismo tipo tanto del sector público como del privado), los costes previstos del contratista, etc.
  - Si no tiene una idea clara sobre el coste real previsto en el mercado del servicio, producto u obra que tiene la intención de licitar, no podrá valorar cuán adecuadas o razonables son las ofertas o si hay una manipulación del precio ofrecido.
  - Utilice internet para explorar el mercado, su base de datos nacional de contratación electrónica para encontrar precedentes de adquisiciones anteriores de la misma o similar naturaleza y registros profesionales oficiales de contratistas certificados.
  - Hable del asunto con compañeros de su servicio o de otros poderes adjudicadores que hayan adquirido recientemente el mismo producto o servicio y apóyese en su experiencia.
  - Recuerde que no hay ninguna norma que prohíba al responsable de la contratación pública llevar a cabo una investigación exhaustiva del mercado, del mismo modo en que cualquiera lo haría antes de realizar compras privadas.

<sup>(1)</sup> <https://www.oecd.org/daf/competition/guidelinesforfightingbidrigginginpublicprocurement.htm>

<sup>(2)</sup> [https://ec.europa.eu/sfc/sites/sfc/2014/files/sfc-files/Fraud%20in%20Public%20Procurement\\_final%2020.12.2017%20ARES%282017%296254403.pdf](https://ec.europa.eu/sfc/sites/sfc/2014/files/sfc-files/Fraud%20in%20Public%20Procurement_final%2020.12.2017%20ARES%282017%296254403.pdf)

- A la hora de planificar sus compras, **evite, siempre que sea posible, la previsibilidad** o la repetición estable en los procedimientos de adjudicación que ejecuta con regularidad.

El conocimiento o la certeza de que, en los próximos años, usted pondrá en marcha procedimientos de adjudicación cada seis meses por la misma cantidad de un determinado producto, servicio, obra o suministro con la misma estimación de presupuesto y en las mismas condiciones contractuales facilitará enormemente los comportamientos colusorios, puesto que los operadores económicos que practican la colusión sabrán que habrá contratos suficientes para todo el mundo. Aunque sea útil informar al mercado con antelación de sus necesidades a medio y largo plazo, intente organizar sus adquisiciones con un grado suficiente de diversidad por lo que respecta a los tiempos, las cantidades y el presupuesto. Esto dificulta que aquellos que coluden puedan dividirse el mercado entre ellos de forma «justa».

- **Planee e inicie sus procedimientos de adjudicación con la suficiente antelación**, para disponer del tiempo suficiente para evaluar adecuadamente las ofertas y abordar presuntos casos de colusión sin incumplir los plazos para la conclusión del procedimiento.
- Si es posible y resulta adecuado para su compra, **considere recurrir a las compras centralizadas**, que pueden ofrecer garantías adicionales en cuanto a la disponibilidad de recursos y los conocimientos técnicos necesarios para detectar la colusión.

Las compras centralizadas suelen adoptar la forma de contratos marco. Aunque esta técnica presenta considerables ventajas tanto para el poder adjudicador como para los operadores (puede resultar especialmente útil para satisfacer las necesidades públicas y garantizar un suministro rápido), en algunos casos, también puede tener efectos adversos que pueden ser propicios para la colusión. Un contrato marco, en principio, limita la competencia en un sector, dado que durante hasta cuatro años ningún operador distinto de los contratistas que sean parte en el contrato marco podrá presentar una oferta para un contrato específico (o «de entrega sucesiva») con arreglo al contrato marco. La falta de nuevos agentes de mercado durante este período podría aumentar el riesgo de colusión entre los contratistas marco, especialmente en el caso de contratos marco en los que la competencia se reabre en la fase de los contratos específicos.

- Diseñe y ejecute cada uno de los procedimientos de adjudicación de un modo que **incentive la máxima participación por parte de los operadores económicos**.
  - Establezca unas especificaciones técnicas claras, razonables, exhaustivas y fáciles de entender y criterios de selección que sean proporcionados con respecto a la obra, el servicio o el bien que se va a contratar y cumplan los requisitos europeos y nacionales.
  - Evite términos que sean innecesarios, demasiado complicados, irrelevantes o discriminatorios (esto es, que favorezcan o desfavorezcan a determinados operadores), que limiten la competencia y que, en definitiva, pongan en entredicho la objetividad del procedimiento de adjudicación y la fiabilidad del poder adjudicador como posible futuro cliente.
  - Aplique criterios de adjudicación basados en la calidad: el hecho de utilizar exclusivamente el precio como criterio de adjudicación facilita los acuerdos colusorios, puesto que los resultados de la evaluación se hacen más predecibles y pueden manipularse con más facilidad. La evaluación de las ofertas basándose en criterios de calidad hace más difícil para aquellos que coluden manipular sus ofertas, ya que no podrán prejuzgar fácilmente el modo en que les evaluará el comité de evaluación.
  - Siempre que sea posible, busque soluciones innovadoras para sus necesidades. Los miembros de un plan colusorio, que normalmente confían en unas compras públicas estables y previsibles, a menudo no pueden garantizar la prestación de servicios o suministros innovadores, a diferencia de los nuevos agentes de mercado que se incorporan al mercado para cubrir este vacío. Esto limita drásticamente la certeza dentro de un plan colusorio de que uno de sus miembros obtendrá un contrato.
  - Conceda a los operadores tiempo suficiente para preparar y presentar su oferta: independientemente del tiempo mínimo impuesto por las Directivas de la Unión o el Derecho nacional, no dude en fijar un plazo más largo para la presentación de las ofertas, teniendo en cuenta la complejidad del servicio o bien que se ha de proporcionar.
  - Evite cobrar tasas a los operadores por acceder a la información relativa al procedimiento de adjudicación.
  - Haga pleno uso de la contratación pública electrónica, que hace mucho más fácil para los licitadores acceder a la información y presentar una oferta.

- Publique la información y el anuncio de licitación con la mayor difusión posible y evite realizar las publicaciones durante períodos de vacaciones, dado que esto reduce el tiempo de que disponen los operadores para preparar su oferta.
- Intente finalizar el procedimiento lo más rápidamente posible, limitando en la medida de lo posible el tiempo transcurrido entre el plazo para recibir las ofertas y la decisión de adjudicación del contrato. Esto anima a los operadores económicos a participar y, al mismo tiempo, limita el tiempo de que disponen los licitadores para cerrar acuerdos colusorios (por ejemplo, negociar la retirada del procedimiento de un licitador a cambio de obtener parte del contrato como subcontratista).
- Utilice métodos para **concienciar a los operadores económicos sobre las posibles consecuencias y disuadirlos de coludir**.
  - Incluya en los documentos de licitación disposiciones y cláusulas como:
    - El requisito de que los licitadores presenten una declaración en la que afirmen haber preparado su oferta de forma independiente a otros licitadores.
    - Sanciones para aquellos futuros contratistas que se descubra han coludido en el marco del procedimiento de adjudicación o la posibilidad explícita de que el poder adjudicador rescinda el contrato o reclame daños y perjuicios por ese motivo.
    - Información sobre posibles sanciones establecidas en el Derecho nacional para casos de colusión (como la exclusión de licitaciones públicas durante un determinado período de tiempo o multas con arreglo al derecho de la competencia).
  - Exija a los licitadores, con arreglo a las condiciones establecidas por el Derecho nacional, que revelen lo antes posible durante el procedimiento si tienen o no la intención de subcontratar parte del contrato.
  - Estudie cuidadosamente qué información revelar durante el procedimiento de adjudicación. No tiene que ir más allá de lo exigido por el Derecho europeo y nacional. En la medida de lo posible, evite revelar información (por ejemplo, quién presentó una oferta, por qué precio, los detalles del procedimiento, etc.) que pudiera facilitar contactos entre operadores o permitir a aquellos que coluden comprobar fácilmente si todos han respetado las condiciones de su acuerdo ilícito al participar en procedimientos de adjudicación.

### 3. Consejos sobre cómo detectar posibles casos de colusión al evaluar las ofertas

- **Tómese el tiempo necesario para examinar con detalle las ofertas presentadas durante el procedimiento.** A menudo, la colusión se detecta en los pequeños detalles, que normalmente pasan desapercibidos pero que pueden aportar indicios plausibles de que determinadas ofertas han sido preparadas por la misma persona o coordinadas entre los licitadores. Esté 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.
  - Ofertas presentadas por la misma persona o por personas que tienen los mismos datos de contacto.
- **Preste más atención a 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.

Tales ofertas constituyen un indicio de que puede haber un acuerdo colusorio, que consiste en presentar las denominadas «ofertas de resguardo» (esto es, ofertas sin posibilidades ni intención alguna de obtener el contrato) para manipular la evaluación y obtener el resultado deseado.
- **Estudie cuidadosamente los precios que ofrecen los licitadores**, especialmente precios que no tengan sentido por ser o bien excesivamente bajos o excesivamente altos en comparación con el coste estimado del contrato, sin ningún motivo aparente. Esté atento a las siguientes situaciones:
  - Indicios que sugieran que las empresas podrían estar coordinando sus precios, por ejemplo, los mismos aumentos de precios que no pueden explicarse por aumentos de los precios del mercado o retiradas de descuentos, especialmente en un mercado en el que tradicionalmente se habían concedido descuentos.
  - Hay una gran diferencia entre el precio de la oferta ganadora y las demás ofertas.

- La oferta de un determinado proveedor es mucho más elevada para un contrato en particular que la oferta de ese mismo proveedor para otro contrato similar.
- Considerables reducciones con respecto a precios anteriores después de que un operador económico nuevo o inusual haya presentado una oferta, lo que significa que el nuevo operador podría haber alterado un cártel existente.
- Los proveedores locales ofrecen precios más altos para entregas locales que para entregas a destinos más lejanos.
- Empresas locales y no locales ofrecen costes de entrega similares.
- La mayoría de los licitadores ofrecen el mismo precio.
- Algunos licitadores ofrecen precios considerablemente distintos para procedimientos similares.
- **De ser posible, compruebe** (utilizando bases de datos de contratación pública electrónica, como registros nacionales de contratos, o cualquier otra herramienta informática disponible) **si las ofertas que ha recibido responden a un patrón de licitación** basado en procedimientos de adjudicación similares anteriores. Dichos patrones podrían considerarse un indicio de un acuerdo colusorio. Para identificar estos patrones, compruebe:
  - La frecuencia con la que los operadores económicos obtienen o pierden contratos.
  - Operadores que sistemáticamente ofrecen precios elevados en algunos procedimientos y precios bajos en otros para el mismo tipo de suministro, obra o servicio.
  - Si el mismo operador siempre ofrece el precio más bajo.
  - Operadores que presentan ofertas que solo ganan en determinadas zonas geográficas.
  - Operadores que suelen presentar ofertas pero que no lo hacen en su procedimiento, a pesar de que cabría esperar que participaran.
  - Operadores que retiran inesperadamente sus ofertas durante el procedimiento.
  - Operadores que siempre presentan ofertas, pero nunca ganan.
  - Operadores que se turnan en la obtención de los contratos.
- Recorra a las posibilidades que le ofrece el Derecho de la Unión y su Derecho nacional para **obtener información en cualquier fase del procedimiento sobre la intención de un licitador de subcontratar parte del contrato y, en caso afirmativo, a qué empresa.**

El hecho de que el licitador seleccionado subcontrate trabajo a licitadores descartados para el mismo contrato o el licitador seleccionado no acepte firmar el contrato y más tarde resulte ser un subcontratista del licitador al que finalmente se le adjudicó el contrato puede considerarse un indicio suficientemente plausible de colusión.

- **Preste atención a las ofertas presentadas por un consorcio de operadores económicos** que podrían haber participado a título propio o que así se habría esperado que lo hicieran.

Una oferta conjunta puede ser una decisión empresarial legítima, dependiendo de las condiciones específicas del mercado del procedimiento de contratación pública, o una cuestión de necesidad cuando los operadores solo pueden cumplir los criterios de selección o tienen más posibilidades de obtener el contrato si presentan su oferta como un consorcio. Cuando ninguna de estas dos opciones parezca ser el caso, debería valorar detenidamente si una oferta conjunta podría considerarse un indicio de colusión.

- **Preste también atención a ofertas presentadas en el procedimiento de adjudicación por operadores económicos que están asociados de algún modo** (por ejemplo, ofertas presentadas por la empresa matriz y su filial o por dos empresas pertenecientes al mismo grupo).

Aunque no es necesariamente evidente que estas empresas asociadas tengan acceso a la preparación de la oferta de la otra o que hayan coludido, las ofertas por parte de empresas asociadas podrían encubrir un acuerdo colusorio y podría tener que cerciorarse de que todas las ofertas se han preparado de un modo totalmente independiente.

- **Preste especial atención a las ofertas presentadas por operadores económicos que hayan sido excluidos en el pasado por su mismo poder adjudicador o por otro poder adjudicador por motivos de colusión o que hayan sido declarados culpables de prácticas colusorias por una autoridad nacional de competencia en el pasado.**

Aunque esta constatación no conlleva automáticamente una exclusión del licitador de un procedimiento de adjudicación en trámite, podría considerarlo, en determinadas circunstancias, como un indicio suficientemente plausible de colusión. Asimismo, no hay nada que le impida tener en cuenta casos de colusión detectados en el extranjero en los que haya participado el mismo operador económico. Huelga decir que, si el operador económico ha sido excluido de todos los procedimientos de adjudicación en su país durante un período de tiempo y presenta una oferta durante dicho período, deberá excluirlo de su procedimiento de adjudicación sin siquiera evaluar la oferta presentada.

#### 4. Consejos sobre cómo reaccionar ante casos de presunta colusión

- Si ha llegado a la conclusión de que existen indicios suficientemente plausibles de que varios operadores económicos han coludido para limitar la competencia o para predeterminar el ganador de un procedimiento de adjudicación, **el Derecho de la Unión le otorga el derecho a considerar la exclusión de los licitadores implicados del procedimiento de adjudicación.**
  - Antes de tomar esa decisión, evalúe detenidamente los indicios que tiene y documente sus conclusiones (incluidos todos los contratos relacionados).
  - Tenga en cuenta aspectos como la naturaleza y la gravedad de los hechos que le llevaron a la sospecha de un acuerdo colusorio, las posibles explicaciones proporcionadas por el licitador (véase más abajo) y la situación del mercado en el sector.
  - Considere excluir únicamente a aquellos licitadores que representen una amenaza real para la competencia, por ejemplo, solo a los licitadores que iniciaron o propiciaron el plan colusorio.
  - Tenga presente que cualquier «indicador de alerta» que apunte a una colusión podría tener una explicación razonable que debe tener en cuenta antes de excluir a un licitador del procedimiento.
- Utilice las posibilidades que le ofrecen tanto el Derecho de la Unión como el Derecho nacional para **permitir a los licitadores que proporcionen aclaraciones sobre su oferta**, especialmente sobre aquellos aspectos que dieron lugar a la sospecha de colusión.

Los 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 su conocimiento argumentos a favor de que se les mantenga 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. Si considera que los argumentos presentados por el licitador o las medidas de «autocorrección» adoptadas de conformidad con las Directivas de la Unión o el Derecho nacional son suficientes para demostrar su fiabilidad, deberá mantener al licitador en el procedimiento. Esto aumentaría la competencia, especialmente en los casos de mercados concentrados en los que hay pocos operadores económicos activos.

- Al recibir y valorar dichos argumentos, no acuse directamente a los licitadores de colusión, ni siquiera dé a entender que podría hacerlo, ya que esto podría empujar a los licitadores que han coludido a destruir de forma ilegal pruebas que podrían resultar útiles para el proceso.
- Respete el principio de igualdad de trato de los licitadores (es decir, ofrezca a todos los licitadores afectados las mismas posibilidades de abordar cualquier inquietud que usted pueda tener sobre su oferta) pero nunca hable de estos recelos con los licitadores de forma conjunta.
- Al evaluar las explicaciones recibidas, preste atención a cualquier afirmación que pueda confirmar sus sospechas, por ejemplo, licitadores que justifiquen sus precios haciendo referencia a «precios sugeridos por la industria», «precios normales de mercado» o «tablas de precios del sector», que señalen que no venden en una zona concreta o a unos clientes concretos sin una explicación razonable, o que utilicen argumentos comunes o incluso la misma terminología que otros licitadores para explicar el precio que ofrecieron.
- Examine los argumentos presentados por los licitadores de manera proporcionada y con una mentalidad abierta.
- **Póngase en contacto con su autoridad nacional de competencia o autoridad central de contratación pública** (o con cualquier otra autoridad competente, en función de las disposiciones vigentes a nivel nacional), especialmente si tiene dudas, de cara a solicitar su asesoramiento y asistencia especializada sobre cómo abordar el asunto.
  - Si está disponible o previsto, también puede considerar solicitar el asesoramiento de su departamento jurídico o de auditoría.

- Mantenga la confidencialidad de estos contactos y no informe ni al licitador sospechoso ni a otros licitadores sobre ellos para evitar que aquellos licitadores que posiblemente hayan coludido tengan el tiempo de destruir ilegalmente pruebas antes de que la autoridad de competencia decida intervenir.
  - Si decide excluir a un licitador por este motivo, **informe a su autoridad nacional de competencia o autoridad central de contratación pública**, proporcionando el mayor nivel de detalle posible. Esto podría permitirles hacer un seguimiento del caso y, de un modo más general, mantener un registro del uso de este motivo de exclusión por parte de los poderes adjudicadores a nivel nacional.
-