

INFORME JURIDIC

QUE S'EMET A PETICIÓ DE L'ÒRGAN DE CONTRACTACIÓ EN RELACIÓ ALS EVENTUALS EFECTES DE LA RESOLUCIÓ DE LA SALA DE COMPETÈNCIA DEL CONSELL DE LA COMISSIÓ NACIONAL DELS MERCATS I LA COMPETÈNCIA ("CNMC") —EXPEDIENT S/DC/0627/18— EN LA PROPOSTA D'ADJUDICACIÓ EFECTUADA PER LA MESA —EXPEDIENT DE CONTRACTACIÓ CO.01.2020—

1) Objecte de l'Informe

El present Informe s'emet a petició de l'Òrgan de contractació a efectes d'analitzar l'eventual incidència en l'expedient de contractació CO.01.2020, de la recent [Resolució de la CNMC —Exped.: S/DC/0627/18— d'11 de maig](#) d'enguany, mitjançant la qual, entre d'altres qüestions: (i) s'imposen sengles sancions a diverses consultores per infracció dels articles 1 de la Llei 15/2007, de 3 de juliol, de Defensa de la Competència ("LDC") i 101 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea ("TFUE"), i (ii) es resol remetre l'esmentada Resolució a la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat per tal que delimiti la durada i l'abast de la prohibició de contractar amb el sector públic de les consultores afectades.

2) Antecedents

2.1 Segons es desprèn de l'Acta de l'obertura del Sobre C de l'expedient de contractació CO.01.2020 relatiu al Contracte de Serveis de suport de l'Àrea de Compliment Normatiu de l'Agència de Ciberseguretat de Catalunya, en data 4 de maig de 2021, la Mesa de contractació acordà:

"PRIMER.- PROPOSTA concloure que l'oferta presentada per la UTE PwC resta justificada no sent anormal ni desproporcionada i, en conseqüència, procedeix incloure-la en la successiva valoració i proposta de classificació i adjudicació.

SEGON.- PROPOSTA CLASSIFICAR, per ordre de prelación als licitadors d'acord amb les puntuacions obtingudes. (...)

TERCER.- PROPOSTA ADJUDICAR la contractació de referència, pels imports i les condicions consignades a la seva oferta a:

—Lot 1: PricewaterhouseCoopers Asesores de Negocios, S.L., i PricewaterhouseCoopers Auditores, S.L., en Unió Temporal d'Empreses.

—Lot 2: Sistemas Informáticos Abiertos S.A.U.

—Lot 3: Sistemas Informáticos Abiertos S.A.U. (atesa a preferència assenyalada per PricewaterhouseCoopers Asesores de Negocios, S.L., i PricewaterhouseCoopers Auditores, S.L., en Unió Temporal d'Empreses per ser adjudicatària del Lot 1).

—Lot 4: EY Transforma Servicios de Consultoria S.L. (...)

QUART.- ELEVAR LA PROPOSTA a l'òrgan de contractació corresponent".

2.2 En data 11 de maig de 2021 la CNMC va dictar l'esmentada Resolució mitjançant la qual, pel que ara interessa, s'acorda remetre-la a la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat per tal que delimiti la durada i l'abast de la prohibició de contractar amb el sector públic de les consultores afectades.

2.3 En data 13 de maig de 2021, vista la proposta d'adjudicació de la Mesa de contractació i atès que una de les adjudicatàries proposades — PricewaterhouseCoopers Asesores de Negocios, S.L., en UTE amb PricewaterhouseCoopers Auditores, S.L. ("UTE PwC") —, resulta afectada per la Resolució de la CNMC, l'Òrgan de contractació sol·licita a aquesta Assessoria Jurídica emeti Informe en relació amb els efectes en l'adjudicació del Lot 1 a la UTE PwC.

3) Resolució de la CNMC d'11 de maig: qüestions rellevants en matèria de contractació, eventuais incidències en el procediment CO.01.2020.

3.1 La Resolució de la CNMC resol bàsicament que:

- (i) Resta acreditada l'existència de dues infraccions molt greus dels articles 1 LDC i 101 TFUE constitutives de càrtel que, en conseqüència
- (ii) Declara responsables de dites infraccions i sanciona a tot un seguit d'entitats i persones en dos àmbits geogràfics ben diferenciats:
 - La xarxa de col·laboració nord: Astúries; Cantàbria; Castella i Lleó; La Rioja; Navarra, i País Basc.
 - La xarxa de col·laboració nacional: Andalusia; Balears; Canàries; Castella -la Manxa; Castella i Lleó; Catalunya; Ceuta i Melilla; Comunitat Valenciana; Extremadura; La Rioja; Madrid; Murcia, i Navarra.
- (iii) Remetre la Resolució a la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat d'acord amb allò establert al fonament jurídic vuitè de la Resolució.

3.2 El fonament jurídic vuitè de la Resolució estableix la prohibició de contractar amb el sector públic de les consultores sancionades en els següents termes:

"El artículo 71.1.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), dispone que quedan sujetas a prohibición de contratar con las entidades que forman parte del sector público las personas que hayan sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de falseamiento de la competencia. En esta resolución, que pone fin al procedimiento sancionador y contra la que no cabe recurso alguno en vía administrativa, se pone de manifiesto la responsabilidad de varias empresas por infracción del artículo 1 de la LDC, que debe ser calificada como infracción de falseamiento de la competencia a los efectos del mencionado artículo 71.1.b) de la LCSP. (...)

La prohibición de contratar debe tener una duración y alcance determinados por lo que, en el caso de que los mismo [sic] no se determinen expresamente en la resolución administrativa o judicial correspondiente éstos deberán ser fijados en un procedimiento ad hoc (art. 72.2 LCSP). Siendo ello así, y al margen del plazo en el que dicha duración y alcance deban fijarse (art. 72.7 LCSP) cabe identificar un automatismo en la prohibición de contratar derivada de infracciones en materia de falseamiento de la competencia, que deriva ope legis o como mero reflejo del dictado de una resolución que declare dicha infracción por así disponerlo el mencionado artículo 71.1.b) de la LCSP.

(...)

Esta resolución no fija la duración y alcance de la prohibición de contratar. Por lo tanto, tales extremos deberán determinarse mediante procedimiento tramitado de acuerdo con el artículo 72.2 de la LCSP. A tal efecto, se acuerda remitir una certificación de esta resolución a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado”.

3.3 Exposats els termes en els quals ha estat dictada la Resolució, es plantegen certs dubtes jurídics que cal aclarir per tal de concloure si incideix o no en l'adjudicació de l'Expedient CO.01.2020 —Lot 1— que ara ens ocupa.

I és que, d'una banda, al fonament jurídic transcrit s'afirma que:

“ (...) cabe identificar un automatismo en la prohibición de contratar derivada de infracciones en materia de falseamiento de la competencia, que deriva ope legis o como mero reflejo del dictado de una resolución que declare dicha infracción por así disponerlo el mencionado artículo 71.1.b) de la LCSP”.

I que:

“En esta resolución, que pone fin al procedimiento sancionador y contra la que no cabe recurso alguno en vía administrativa, se pone de manifiesto la responsabilidad de varias empresas por infracción del artículo 1 de la LDC, que debe ser calificada como infracción de falseamiento de la competencia a los efectos del mencionado artículo 71.1.b) de la LCSP”.

Per tant, la CNMC adverteix la fermesa de la Resolució sancionadora a la via administrativa i l'automatisme *ope legis* de la prohibició de contractar; però alhora, ni determina la seva durada ni el seu abast i trasllada aquesta qüestió a la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat.

En aquest sentit, i per tal de fer una anàlisi acurada dels efectes jurídics, cal tenir esguard la part resolutiva de la Resolució que, en el seu apartat Onzè, se circumscriu a remetre la Resolució a la Junta per a la seva delimitació. Sí bé s'al·ludeix a la fonamentació de l'apartat vuitè, el cert és que al Resolc no es recull ni l'efectivitat ni el desplegament d'efectes d'aquesta prohibició de contractar, condicionada, per tant, al pronunciament de la Junta.

3.4 En aquest context de certa ambigüïtat, convé diferenciar dos conceptes jurídics:

- (i) L'executivitat dels actes administratius fermes, del
- (ii) Desplegament d'efectes dels actes administratius.

3.4.1 Sobre això, el règim general establert a la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (“Llei 39/2015”), assenyala el següent:

Article 38., relatiu a l'executivitat:

“Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán ejecutivos con arreglo a lo dispuesto en esta Ley”.

Article 39, relatiu als efectes:

“1. Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa.

2. La eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior. (...)

Al cas que ens ocupa ens trobem davant un supòsit en el qual, efectivament, la prohibició de contractar és ferma però la seva eficàcia esdevé demorada perquè així ho exigeix el contingut del propi acte —la Resolució de la CNMC—: remissió a la Junta Consultiva de Contractació Pública Estatal per la seva delimitació temporal i abast.

3.4.2 Aquesta conclusió es veu reforçada amb la regulació específica de contractes del sector públic.

La CNMC ha declarat la prohibició de contractar en base a allò previst a l'article 71.1 b) de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic ("LCSP"). Aquest precepte determina que no podran contractar amb el sector públic les persones que hagin estat sancionades amb caràcter ferm per infracció greu en matèria professional de falsejament de la competència¹.

L'article 73 LCSP regula els efectes de les prohibicions de contractar. En funció del supòsit prohibitiu, els efectes es produeixen en un moment o altre. En cas de prohibició de contractar per "infracció greu per falsejament de la competència", l'apartat 3 planteja dos escenaris:

- (i) Que la sentència o resolució es pronunciï sobre l'abast i durada de la prohibició: Desplegament d'efectes amb la fermesa de la resolució o sentència.
- (ii) Que la sentència o resolució no es pronunciï sobre l'abast i durada de la prohibició: Desplegament d'efectes des de la data d'inscripció en el registre corresponent².

En conseqüència, malgrat la Resolució que ens ocupa és ferma i esgota la via administrativa, en la mesura que no es pronuncia ni sobre la durada ni l'abast de la prohibició de contractar, ha de concloure's que no desplega efectes fins a la seva inscripció en registre corresponent.

¹ Article 71.1 b) LCSP:

"1. No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias (...)

b) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia profesional que ponga en entredicho su integridad, de disciplina de mercado, de falseamiento de la competencia, de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o de extranjería, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente; o por infracción muy grave en materia medioambiental de conformidad con lo establecido en la normativa vigente, o por infracción muy grave en materia laboral o social, de acuerdo con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, así como por la infracción grave prevista en el artículo 22.2 del citado texto".

² El literal de l'article 73.3 és aquest:

"3. Las prohibiciones de contratar contempladas en las letras a) y b) del apartado primero del artículo 71 producirán efectos desde la fecha en que devinieron firmes la sentencia o la resolución administrativa en los casos en que aquella o esta se hubieran pronunciado sobre el alcance y la duración de la prohibición.

En el resto de supuestos, los efectos se producirán desde la fecha de inscripción en el registro correspondiente".

Finalment, convé posar en relleu que l'apreciació de la prohibició de contractar en aquest supòsit concret —lletra b) de l'article 7.1— correspon a l'Òrgan de contractació, excepció feta, com és el cas, que la resolució no s'hagi pronunciat sobre el seu abast i durada³.

Per tant, no podem més que concloure que l'Òrgan de contractació de l'Agència no ostenta la capacitat d'apreciar la prohibició de contractar de la UTE PwC en el procediment de licitació CO. 01.2020, fins que la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat delimiti la seva durada i abast.

4) Conclusions

4.1 La Resolució de la CNMC declara una prohibició de contractar derivada d'infraccions en matèria de falsejament de la competència que opera automàticament per la fermesa d'aquesta resolució a la via administrativa.

4.2 La Resolució de la CNMC no es pronuncia ni sobre la durada ni l'abast de la prohibició de contractar, per tant, la prohibició de contractar no desplegarà efectes fins a la seva inscripció en registre corresponent.

4.3 L'Òrgan de contractació de l'Agència no ostenta la capacitat d'apreciar la prohibició de contractar de la UTE PwC en el procediment de licitació CO. 01.2020, fins que la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat delimiti la seva durada i abast.

Per tot l'anterior, aquesta Assessoria Jurídica **INFORMA** favorablement la proposta d'adjudicació del Lot 1 —Exped.: CO. 01.2020— a PricewaterhouseCoopers Asesores de Negocios, S.L., i PricewaterhouseCoopers Auditores, S.L., en Unió Temporal d'Empreses.

Aquest és el nostre informe que emetem, a L'Hospitalet de Llobregat, en la data indicada i que de bon grat sotmetem a qualsevol altre de més ben fundat en Dret.

Mar Martínez
Responsable Assessoria Jurídica i Contractació
Agència de Ciberseguretat de Catalunya

³ En aquest sentit, l'article 72 LCSP és clar:

“2. La prohibición de contratar por las causas previstas en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo anterior se apreciará directamente por los órganos de contratación, cuando la sentencia o la resolución administrativa se hubiera pronunciado expresamente sobre su alcance y duración, subsistiendo durante el plazo señalado en las mismas”.