

# EAPC - Aprofundim en matèria de contractació del sector públic



## La subcontractació creuada i la independència de les ofertes

26-07-2021

La subcontractació com a mesura de foment de la competència

L'apartat 3 de l'article 1 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP), estableix que les licitacions públiques s'han de configurar de manera que **facilitin l'accés a la contractació pública a les petites i mitjanes empreses (pimes) i a les empreses d'economia social.**

El foment de la participació de les pimes és un dels objectius tant de les directives comunitàries com de la normativa interna sobre contractació pública. La LCSP estableix diverses **mesures destinades a afavorir més competència entre les empreses**, així com l'accés de les pimes a les licitacions públiques ([Guia de bones pràctiques per al foment de l'accés de les PIME a la contractació del sector públic de Catalunya](#)). Entre aquestes mesures, la LCSP introdueix una **nova regulació de la subcontractació**, que parteix de la supressió del percentatge màxim de subcontractació de l'import en l'adjudicació establert en la normativa anterior ([Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes del sector públic](#)).

La subcontractació es considera un mecanisme que, d'una banda, permet al contractista més flexibilitat i diversitat d'opcions d'organització, que pot afavorir la reducció de costos i, de l'altra, facilita la participació de certes empreses en la contractació pública, en particular les pimes. No obstant això, de vegades, l'execució del contracte per un o diversos operadors diferents de l'adjudicatari del contracte també pot donar lloc a una disminució de la competència efectiva en la fase de licitació. Aquest fet es produeix quan algunes empreses, que podrien concórrer a la licitació com a possibles adjudicatàries del contracte, opten per no fer-ho i prefereixen actuar com a meres subcontractistes. La [Guia per a la prevenció i detecció de la col·lusió en la contractació pública](#), que va elaborar l'any 2010 l'Autoritat Catalana de la Competència (d'ara endavant, ACCO), identifica la subcontractació entre els instruments establerts en la normativa sobre contractació pública que tenen més incidència en el grau de competència i, per tant, en el risc de col·lusió. Pel que fa a la subcontractació, la Guia analitza els efectes que té sobre el grau de competència i el risc de col·lusió, i en diferència els efectes positius dels negatius. Entre els positius, assenjala que la subcontractació pot fer possible que optin a la licitació pimes o empreses que no podrien dur a

terme la totalitat de l'execució del contracte, de manera que s'afavoreix la participació en aquests procediments; entre els negatius, destaca que la subcontractació no ha de servir com a mecanisme per encobrir un repartiment dels beneficis contractuals. Davant de l'existència d'aquest doble efecte, l'ACCO recomana que sigui l'òrgan de contractació corresponent –que és el que considera que es troba en una millor posició–, qui avalui quin és el punt d'equilibri més adequat tenint en compte el menor o major risc de col·lusió en cada contracte, si bé amb la supressió legal del percentatge màxim de subcontractació s'han vist limitades les possibilitats de configuració de la licitació per part de l'òrgan de contractació.

Aquest doble efecte que hem esmentat que pot tenir la subcontractació té una especial rellevància en supòsits de subcontractació creuada, com el que és objecte de la [Resolució 93/2021, de 31 de maig](#), de l'Òrgan Administratiu de Recursos Contractuals de la Comunitat Autònoma del País Basc (d'ara endavant, OARC).

La subcontractació creuada

Amb caràcter general, l'article 139.3 de la LCSP estableix la prohibició que un licitador presenti més d'una oferta. En conseqüència, les proposicions de cada una de les empreses que concorren a una licitació pública s'han de presentar de manera separada i s'han d'elaborar de manera independent per garantir una competència efectiva.

La subcontractació creuada es produeix quan dues empreses es presenten com a licitadores, de manera independent, però es dona una situació en la qual cadascuna subcontractaria l'altra en cas de resultar adjudicatària, de manera que si qualsevol en resulta adjudicatària ambdues seran beneficiades.

La normativa sobre contractació pública no prohibeix que dues empreses es puguin presentar a una licitació preveient recíprocament la subcontractació de l'altra en cas de resultar adjudicatàries. Malgrat l'anterior, la **subcontractació creuada** es considera **un indicador d'alerta de col·lusió**, ja que pot assenyalar que ambdues empreses han conegut els termes de la proposició de l'altra, i això permet **posar en dubte la independència de les seves ofertes**, com ja va assenyalar la Comissió Europea en l'apartat 5.6 de la [Comunicació relativa a les eines per combatre la col·lusió en la contractació pública](#).

En un cas de subcontractació creuada, és especialment important que l'òrgan de contractació comprovi la independència entre les proposicions presentades pels licitadors, ja que són supòsits que es presten a la confecció concertada de proposicions, i vulneren els principis del secret de les ofertes i de la lliure competència. No obstant això, cal insistir que no es pot caure en presumpcions generals, sinó que hi ha d'haver proves o indicis que les proposicions no han estat elaborades autònomament i, a aquest efecte, la Resolució 93/2021 assenyala certs indicadors que poden revelar l'existència d'acords indeguts entre ambdues empreses, com ara, la similitud entre els preus oferts; la puntuació semblant d'ambdues empreses en altres licitacions anteriors; proposicions i ofertes similars; utilització per part d'ambdues empreses de les mateixes oficines, etc.

La Resolució de l'OARC esmentada és interessant perquè analitza alguns aspectes que poden ajudar els òrgans de contractació a determinar si es dona o no aquesta necessària independència entre les ofertes d'ambdues licitadores, i conclou el següent:

- La possible similitud entre les ofertes presentades no es pot justificar pel fet que les dues empreses es basin en els mateixos recursos personals i materials, ja que les solucions tècniques ofertes per les licitadores poden perfectament ser diferents.
- Així mateix, la subcontractació creuada tampoc no pot justificar la similitud de les ofertes econòmiques sobre la consideració que les estructures de costos siguin anàlogues, ja que les ofertes han de ser autònomes entre si i cada empresa ha de poder disposar d'una estratègia de preus pròpia i diferenciada.

Les ofertes que no siguin autònomes i independents han de ser excloses basant-se tant en proves directes com en indicis, sempre que siguin objectius i concordants i que els licitadors vinculats entre si puguin aportar proves en contra ([STJUE 17/5/18, assumpte C-531/16](#)).

L'OARC va entendre que, en cas de subcontractació creuada, l'explicació més plausible a les concordances entre les proposicions és que aquestes no han estat elaborades de manera independent i, en aquell cas concret, no va trobar cap altra explicació satisfactòria al grau tan elevat de similitud entre les proposicions. Per tot això, l'OARC va resoldre anul·lar la resolució d'adjudicació a favor d'una de les dues empreses que van participar en la subcontractació creuada; va acordar excloure de la licitació les ofertes presentades per ambdues empreses i retrotraure les actuacions per continuar el procediment d'adjudicació; així com donar compte de la seva resolució a l'Autoritat Basca de la Competència, de conformitat amb el que disposa l'article 139.2 de la LCSP.



## **Rosa Maldonado Camats**

Responsable jurídica de regulació i assessorament en contractació de la Direcció General de Contractació Pública, Departament d'Economia i Hisenda