



EB 2023/170

Resolución 028/2024, de 15 de febrero, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por BILBAO DESIGN HUB, S.L., contra la adjudicación del contrato “Servicio de diseño, confección, distribución e instalación de elementos de publicidad para la programación cultural del Área de Cultura y Gobernanza 2023 y 2024”, tramitado por el Ayuntamiento de Bilbao.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 4 de septiembre de 2023, se interpuso en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) un recurso especial en materia de contratación interpuesto por BILBAO DESIGN HUB, S.L. (en adelante, BDH) contra la adjudicación del contrato “Servicio de diseño, confección, distribución e instalación de elementos de publicidad para la programación cultural del Área de Cultura y Gobernanza 2023 y 2024”, tramitado por el Ayuntamiento de Bilbao.

SEGUNDO: El día 4 de septiembre se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Con fecha 8 de septiembre se recibió en el registro del OARC / KEAO la citada documentación.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 21 de septiembre, con fecha 27 de septiembre se han presentado alegaciones por EMOCIONA SOLUCIONES CREATIVAS, S.L (en adelante, EMOCIONA), adjudicatario impugnado.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de I.J.U.B., que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2.c) de la LCSP son actos impugnables los acuerdos de adjudicación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Bilbao tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 LCSP.



SEXTO: Alegaciones del recurso

Los argumentos de la recurrente son, en síntesis, los siguientes:

- a) La actuación de EMOCIONA en anteriores licitaciones del contrato público ahora impugnado ha mostrado graves deficiencias relativas a una conducta indebida que permite dudar seriamente de su fiabilidad. Concretamente, al menos durante cinco años y en cinco procedimientos de adjudicación, EMOCIONA y la empresa Printhus incurrieron en una infracción muy grave continuada del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (LDC) por la realización de acuerdos colusorios en dichas licitaciones (se aportan la Resolución 93/2021 del OARC / KEAO, en adelante ROARC 93/2021, y la Resolución del Consejo Vasco de la Competencia (CVC) de la Autoridad Vasca de la Competencia (AVC) LEA / AVC Nº 516-SAN – 2021 (en adelante, RAVC 516/2021).
- b) BDH alega que de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, y del Reglamento de ejecución 2016/7, que establece el formulario normalizado del documento europeo único de contratación (DEUC), se deduce que un operador económico debe alegar que ha adoptado medidas de autocorrección mediante el DEUC o de otro modo, pero, en todo caso, en el momento de presentar su oferta. La recurrente cita en su apoyo las Conclusiones de 17/9/2020 del Abogado General M. Campos Sánchez Bordona en el asunto C-387/19.
- c) A pesar de lo señalado en el apartado b) anterior, EMOCIONA ha contestado a las preguntas del DEUC referidas a la declaración como culpable de una falta profesional grave y a la celebración con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia en sentido negativo (“NO”). Según BDH, aunque no esté actualmente en prohibición de contratar, EMOCIONA debe contestar estas preguntas con un “Sí” y tiene la obligación de declarar en el DEUC las medidas de autocorrección.



d) En el momento de presentar las ofertas no había expirado el plazo establecido por la AVC para implantar las medidas correctoras, no siendo suficiente mostrar la voluntad de implantar las medidas, sino que además se debe acreditar fehacientemente haberlo hecho. La Directiva 2014/24/UE establece un catálogo de medidas de autocorrección que deberán adoptarse por el operador económico incurso en causa de exclusión para poder ser admitido en las licitaciones, y EMOCIONA no ha implantado algunas de las más importantes. Así, sigue representada por la misma persona que incurrió en el comportamiento sancionado, las personas destinadas al contrato son las mismas y subcontrata la mayor parte del contrato a Printheus (la otra empresa sancionada por el mismo asunto junto con ella).

e) El poder adjudicador conoce la ROARC 93/2021 y la RAVC 516/21 y debe comprobar la fiabilidad del adjudicatario, pero no pidió aclaraciones a EMOCIONA después de la apertura del sobre de capacidad y solvencia (“sobre B”). Se alega que no acreditar con carácter previo a la apertura del sobre B la fiabilidad exigida es un defecto insubsanable. Y, en todo caso, se trata de una declaración responsable que no se ajusta a la verdad, inexacta y con omisión de datos esenciales.

f) La recurrente aporta un documento de la AVC de fecha 27/11/2023 en el que se afirma, entre otras cosas, que a esa fecha no había finalizado el trámite de vigilancia del cumplimiento de la RAVC 516/2021; BDH afirma que es relevante que la AVC no haya confirmado la validez del programa de cumplimiento normativo presentado.

g) Finalmente, se solicita:

- La práctica de prueba consistente en:
 - (i) la acreditación de las medidas de autocorrección implantadas por EMOCIONA antes de la presentación de ofertas.
 - (ii) la aportación del expediente de contratación.



- La declaración de que el acto impugnado es contrario a Derecho.
- La exclusión de EMOCIONA del procedimiento de adjudicación.
- La adjudicación del contrato a BDH.

SÉPTIMO: Alegaciones de EMOCIONA

Por su parte, la adjudicataria impugnada alega lo siguiente:

- a) Además de apreciar la infracción de la LDC e imponer la correspondiente sanción, la RAVC 516/2021 obligaba a EMOCIONA a implantar un programa de cumplimiento normativo (“Compliance”), el cual deberá cumplimentarse antes del 30/6/2023 y remitirse a la Dirección de Investigación un ejemplar.
- b) La adjudicataria impugnada aporta la documentación acreditativa del cumplimiento de la obligación señalada en el apartado a) anterior, incluyendo el Programa de Cumplimiento (anotado como confidencial).
- c) Con fecha 5/12/2023, EMOCIONA aportó la Resolución del CVC de 30/11/2023, que declara el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la RAVC 516/2021 y el cierre de la vigilancia de su cumplimiento. Consecuentemente, no cabe la exclusión de su oferta ni la anulación de la adjudicación.
- d) Además, EMOCIONA alega que no se encuentra en situación de prohibición de contratar, pues no se impuso dicha prohibición en la RAVC 516/2021 (se remite a los apartados 43 y 44 de la Resolución), y que está cumpliendo las obligaciones de comportamiento impuestas por la AVC.
- e) Las circunstancias expuestas llevaron a EMOCIONA a considerar que no estaba obligada a manifestar ningún motivo específico de exclusión en el DEUC; en ningún momento hubo intención de ocultar nada al Ayuntamiento, que es



pleno conocedor de la ROARC 93/2021 y de la RAVC 516/2021; por ello, el supuesto intento de ocultación no podía tener expectativas de éxito.

f) Si se le hubiese requerido por el Ayuntamiento, EMOCIONA habría podido acreditar su fiabilidad en los términos expuestos, que son suficientes a la vista del artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los argumentos que se resumen a continuación:

a) La RAVC 516/2021 es clara en el sentido de no imponer la prohibición de contratar, por lo que el Ayuntamiento no debe contrastar la fiabilidad de EMOCIONA, más allá de lo que exige la normativa sobre contratación pública, como la correcta cumplimentación del DEUC y la adecuación de la proposición al artículo 140.1 a) 3º LCSP.

b) La RAVC 516/2021 despliega sus propios efectos y es a la AVC a quien le toca vigilar su cumplimiento; dicha Resolución no comporta que el DEUC que deba presentar EMOCIONA en sucesivas licitaciones adolezca de errores que inhabiliten a la empresa para contratar con la Administración. Por ello, se considera que el DEUC está debidamente cumplimentado y no procedía requerir subsanación, ni procedía la exclusión.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, el recurso alega que la proposición debió ser excluida por no haberse acreditado la fiabilidad del licitador en lo relativo a la inexistencia de prohibiciones de contratar que le afecten, fiabilidad que el poder adjudicador debió verificar. Además, se afirma que EMOCIONA debió explicar en el DEUC que fue declarado culpable de una falta profesional grave y que llegó a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia.



A la vista de las alegaciones de los interesados y del resto de la documentación que consta en el expediente, se exponen a continuación las apreciaciones de este OARC / KEAO sobre la viabilidad del recurso.

a) Sobre la RAVC 516/2021

Con carácter previo, debe determinarse el alcance de la RAVC 516/2021, invocada por los interesados, así como su relevancia en el asunto analizado. El procedimiento que culmina la citada RAVC se inició por la remisión por el OARC / KEAO a la AVC de la ROARC 93/2021 y su correspondiente expediente. En esta Resolución se acreditaba que EMOCIONA y otra empresa habían elaborado concertadamente sus ofertas en el procedimiento de adjudicación del contrato “Diseño, confección y distribución de elementos de publicidad y comunicación para la programación cultural del Área de Cultura de 2021”, tramitado por el Ayuntamiento de Bilbao, y se acordaba la citada remisión a los efectos del artículo 132.3 LCSP. Sobre esta cuestión, se observa lo siguiente:

- 1) La RAVC 516/2021 declara la existencia de una infracción única y continuada prohibida por el artículo 1 LDC por la realización de acuerdos colusorios en las licitaciones para la contratación del servicio de diseño, confección y distribución de elementos de publicidad y comunicación para la programación cultural del Área de Cultura del Ayuntamiento de Bilbao, desde la licitación de 2015 hasta la licitación de 2020. La citada infracción se califica en la RAVC 516/2021 como “muy grave”.
- 2) La RAVC 516/2021 señala en sus apartados 129 y siguientes, con base en el artículo 72.5 LCSP, que se considera muy relevante que “las empresas expedientadas, además de reconocer los hechos, hayan iniciado los trámites para instaurar un protocolo de actuación que contribuya a prevenir en su seno la comisión de nuevas infracciones a través de la elaboración de un Programa de Compliance sobre competencia, por lo que no se aprecia la conveniencia de imponerles una prohibición de



contratar”; consecuentemente, el CVC “considera procedente la no imposición de una prohibición de contratar a las empresas expedientadas”.

- 3) La parte dispositiva de la RAVC 516/2021 no contiene mención alguna a la prohibición de contratar. Entre otras decisiones, además de una sanción económica, y por lo que interesa a la presente Resolución, en ella se impone a EMOCIONA la obligación de comportamiento de implantar un Programa de Compliance, cumpliendo el cronograma señalado por la empresa, el cual deberá estar finalizado antes del 30/6/2023.
 - 4) Según lo expuesto en los apartados 1) a 3) anteriores, la RAVC 516/2021 opta por no imponer una prohibición de contratar. Para adoptar dicha decisión a pesar de apreciarse una infracción muy grave en materia de falseamiento de la competencia, ha sido determinante que la empresa haya reconocido los hechos e iniciado la elaboración de un programa de cumplimiento normativo, cuya implantación es precisamente una de las “obligaciones de comportamiento” impuestas por la propia RAVC 516/2021, amparada en las medidas de autocorrección (“self cleaning”) previstas en el artículo 72.5 LCSP (“medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas”).
 - 5) No obstante, la circunstancia acreditada en la RAVC 516/2021 (y anteriormente en la ROARC 93/2021) constituye un supuesto de prohibición de contratar previsto en el artículo 71.1 b) LCSP, aunque dicha prohibición no se haya declarado ni se hayan delimitado su alcance y duración en atención a las razones expuestas.
- b) Sobre la obligación del poder adjudicador de verificar la aptitud del adjudicatario y su alcance en el procedimiento impugnado



A continuación, se analiza si, como alega el recurrente, el Ayuntamiento debió contrastar la ausencia de prohibición de contratar en el adjudicatario, así como, en su caso, el alcance de dicha verificación.

1) A la vista del apartado a) anterior, el poder adjudicador estaría obligado a admitir la proposición impugnada, pues la LCSP no le otorga competencia alguna para apreciar la causa de prohibición de contratar establecida en el artículo 71.1 b) LCSP, más allá de constatar su propia existencia en la resolución o sentencia que impuso la sanción que la fundamenta o en el acto que declara su alcance y duración. Sin embargo, la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) obliga a redefinir la función que la LCSP atribuye a los poderes adjudicadores para la apreciación de las prohibiciones de contratar o, más exactamente, de los llamados “motivos de exclusión facultativa” establecidos en el artículo 57.4 d) de la Directiva 2014/24/UE (ver las STJUE de 19/6/2019, asunto C-41/18, ECLI:EU:C:2019:507 y de 21/12/2023, asunto C-66/22, ECLI:EU:C:2023:1016). En particular, esta jurisprudencia se opone a una normativa nacional que atribuye únicamente a la autoridad de defensa de la competencia la facultad de decidir sobre la exclusión de operadores económicos de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos por una infracción de las normas sobre competencia (apartados 73 a 84 de la STJUE C-66/22). En síntesis, y por lo que afecta al caso, esta jurisprudencia interpreta el artículo 57.4 d) de la Directiva 2014/24/UE en el siguiente sentido:

(i) La Directiva 2014/24/UE atribuye al poder adjudicador (y sólo a él) la determinación de si un licitador debe quedar excluido de un procedimiento de adjudicación por estar incurso en el motivo de exclusión previsto en el artículo 57.4 d). Esta atribución está destinada a apreciar la integridad y fiabilidad de los operadores económicos que participan en el procedimiento de adjudicación, excluyendo, en su caso, a los no fiables (ver el apartado 55 de la sentencia C-66/22 y la jurisprudencia que en él se cita, así como los apartados 56 y 57 de la



misma sentencia), de tal modo que el poder adjudicador debe comprobar si la oferta procede de un licitador no excluido en virtud del artículo 57 (apartado 74 de la STJUE C-66/22 y la jurisprudencia que cita). No obstante, existiendo un procedimiento específico regulado por el Derecho de la UE o por el Derecho nacional para perseguir infracciones del Derecho de la competencia y en la que la autoridad de defensa de la competencia está encargada de efectuar investigaciones al respecto, el poder adjudicador debe basarse, en principio, en el marco de la apreciación de las pruebas presentadas, en el resultado de tal procedimiento (ver el apartado 78 de la STJUE C-66/22 y la jurisprudencia que en él se cita)

- (ii) El poder adjudicador debe motivar su decisión de exclusión, pero también la decisión de no excluir a un licitador incurso en un motivo recogido en el artículo 57.4. Por otro lado, la decisión denegando, incluso implícitamente, la exclusión de un operador económico por uno de los motivos previstos en el artículo 57.4 debe poder impugnarse por cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un contrato y que haya sido o haya podido resultar perjudicada por una infracción de dicho precepto (apartados 62 y 90 de la STJUE C-66/22).
 - (iii) El motivo de exclusión previsto en el artículo 57.4 d) de la Directiva (indicios plausibles de acuerdos para falsear la competencia) no se limita a los casos en los que la infracción se ha producido en el marco del procedimiento de adjudicación en el que dicho motivo ha de aplicarse (apartados 65 a 72 de la STJUE C-66/22).
- 2) Aplicando la doctrina expuesta en el apartado 1) anterior al caso analizado, se concluye que el poder adjudicador debió pronunciarse motivadamente sobre la concurrencia en la oferta de EMOCIONA de un motivo de exclusión. En este sentido, aunque la AVC haya constatado una infracción como la que es objeto de la RAVC 516/2021 y haya optado por no imponer una prohibición de contratar, ello no puede ni impedir ni



dispensar al poder adjudicador de apreciar la posible existencia de un motivo de exclusión de la oferta (ver el apartado 79 de la STJUE C-66/22). Con independencia de que el citado motivo no fuera puesto en conocimiento del órgano de contratación durante el procedimiento de adjudicación, de la insuficiencia o falta de veracidad del contenido del DEUC aportado por la empresa (cuestión sobre la que se tratará más adelante) e incluso aunque no hubiera accedido a la RAVC 516/2021, el Ayuntamiento no podía desconocer la ROARC 93/2021, que le fue notificada y en la que ya se acreditaba una conducta que supone un motivo de exclusión. Consecuentemente, la decisión de aceptar la aptitud de contratar de EMOCIONA se tomó implícitamente (así lo demuestra el hecho de que la oferta se valorara e incluso fuera seleccionada como la más ventajosa) y sin motivación expresa al respecto.

- 3) Como ya se ha señalado, la decisión de no excluir un licitador por un motivo de exclusión previsto legalmente es un acto impugnabile. Asimismo, se observa que, en este caso, la falta de motivación no ha impedido al recurrente interponer un recurso fundado (ver, por ejemplo, el apartado 87 de la STJUE C-66/22), pues se ha basado fundamentalmente en el contenido de la ROARC 93/2021 y de la RAVC 516/2021. Por ello, este Órgano estima que no es procedente retrotraer actuaciones (lo que, además, el recurso no solicita) para que el Ayuntamiento emita una resolución motivada que no contribuiría a la mejor elaboración de la impugnación (más bien demoraría inútilmente la resolución del asunto) ni tampoco a mejorar el control jurídico sobre el acto recurrido que debe ejercer el OARC / KEAO. Consecuentemente, en el siguiente apartado c) se expondrá el criterio de este Órgano sobre la legalidad de la aceptación de la oferta de EMOCIONA.

c) Sobre la aceptación de la oferta del adjudicatario impugnado

El recurrente alega que la oferta de EMOCIONA no debió aceptarse y debe ser excluida por haber sido sancionada por una infracción muy grave en la RAVC



516/2021 por prácticas colusorias. Alega que en el momento de presentación de la proposición no había finalizado el plazo para implantar las medidas de autocorrección y que la empresa no había hecho lo suficiente como para considerarlas efectivas; así, se observa que EMOCIONA sigue representada por la misma persona que incurrió en la conducta sancionada, que las personas destinadas al contrato son las mismas o que subcontrata con PRINTHAUS, la otra empresa sancionada por la AVC en el mismo expediente. A juicio de este Órgano, este motivo de impugnación debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) Como ya se ha señalado, la RAVC 516/2021 no impone una prohibición de contratar. Por el contrario, la descarta expresamente por considerar “muy relevante” el reconocimiento de los hechos por la empresa y el inicio de los trámites para elaborar un Programa de Compliance. La decisión se ampara en el artículo 72.5 LCSP (trasposición del artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE), referido a las medidas de autocorrección. Este precepto establece la improcedencia de declarar la prohibición de contratar cuando, “en sede del trámite de audiencia del procedimiento correspondiente, la persona incurso en la causa de prohibición acredite el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa de las que derive la causa de prohibición de contratar, siempre y cuando las citadas personas hayan sido declaradas responsables del pago de la misma en la citada sentencia o resolución, y la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, entre las que quedará incluido el acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia.”
- 2) La Directiva 2014/24/UE señala en su Considerando 102 que los Estados miembros, en las normas de trasposición, pueden determinar que sean los poderes adjudicadores los que evalúen la suficiencia de las medidas de autocorrección para admitir una oferta en un procedimiento de adjudicación concreto o pueden atribuir dicha función a otras autoridades. Esta última es la opción tomada por la LCSP, cuyo artículo 72.5 establece que las medidas se aprecian en el procedimiento en el que se declara la



prohibición de contratar por el mismo órgano que tendría que adoptar dicha prohibición (en este supuesto, la AVC), el cual sería también el competente para revisar la declaración de prohibición si las medidas de autocorrección se adoptan con posterioridad, “en cualquier momento”.

- 3) De los apartados 1) y 2) anteriores se deduce que la decisión de aceptar la oferta de EMOCIONA, si bien implícita y no motivada, fue correcta. Aunque dicha decisión se hubiera adoptado expresa y motivadamente después de ponderar todos los elementos relevantes (como la RAVC 516/2021 y las alegaciones de EMOCIONA, fundamentalmente), el poder adjudicador no podría haber excluido la oferta de la adjudicataria (ver, por ejemplo, los apartados 30 a 32 de la STJUE de 24/10/2018, asunto C-124/17, ECLI:EU:C:2018:855). Debe tenerse en cuenta que la parte dispositiva de la RAVC 516/2021 imponía a las infractoras la obligación de implantar sendos programas de compliance, los cuales debían estar cumplimentados antes del 30 de junio de 2023, remitiendo a tal efecto un ejemplar a la Dirección de Investigación de la AVC. Asimismo, se establecía que las empresas sancionadas debían justificar ante la AVC el abono de la multa impuesta y el cumplimiento íntegro de la resolución en el plazo de un mes desde su materialización. De acuerdo con la Resolución de 30/11/2023 del CVC, EMOCIONA abonó la multa el 6/12/2022 y presentó en la AVC el programa de cumplimiento normativo el 4/7/2023. Por ello, la adjudicataria impugnada había cumplido, a fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas (10/7/2023), con las obligaciones formales impuestas por la RAVC 516/2021, quedando pendiente tan solo la declaración sobre el cumplimiento efectivo de dicha Resolución, trámite que no depende de ella y que se produce precisamente en la Resolución de 30/11/2023 de la CVC, estando ya planteado el recurso especial analizado; entre otros contenidos, la citada Resolución de cierre de vigilancia acepta la suficiencia del programa de compliance presentado (apartados 39 a 41 de la Resolución).



4) Frente a lo señalado en el apartado 3) anterior, las alegaciones de la recurrente para fundar la petición de exclusión de la oferta de EMOCIONA no son aceptables. En particular, el hecho de que en el momento de presentar la oferta no hubiera conformidad de la AVC sobre las medidas correctoras debe jugar en favor de la empresa sancionada (que sí ha cumplido los plazos impuestos por la RAVC 516/2021), y no en su contra; lo contrario sería convertir la decisión revisable de no imponer la prohibición de contratar en una decisión revisable de imponer la prohibición. Por otro lado, BDH tampoco aporta argumentos que puedan hacer dudar de la legalidad de la RAVC 516/2021 (por ejemplo, por no ser las medidas adecuadas o proporcionadas a la gravedad del caso) o de su correcto cumplimiento por EMOCIONA. En este sentido, no es preceptivo que, en todo caso, las medidas de autocorrección incluyan la ruptura por la empresa de vínculos con las personas responsables de la conducta sancionada (aunque es una de las medidas posibles y el Considerando 102 de la Directiva 2014/24/UE la cita a título de ejemplo). Asimismo, el hecho de que EMOCIONA se proponga subcontratar una parte de la ejecución del contrato con PRINTHAUS (empresa también sancionada en la RAVC 516/2021 por incurrir en una práctica anticompetitiva concertada con EMOCIONA utilizando la llamada “subcontratación cruzada”) no es por sí sola una práctica prohibida ni puede considerarse una infracción de la prohibición de repetir las conductas sancionada, contenida en la RAVC 516/2021.

d) Sobre la petición de exclusión de la proposición de la adjudicataria impugnada por ocultar información en el DEUC

La recurrente alega que la oferta de EMOCIONA debió ser excluida del procedimiento de adjudicación por introducir en el DEUC declaraciones que ocultan la realidad de su aptitud para contratar. Concretamente, la empresa contestó “No” a las preguntas “¿Se ha declarado el operador económico culpable de una falta profesional grave?” y “¿Ha celebrado el operador económico acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la



competencia?”. Además, BDH alega que EMOCIONA debió aportar en el momento de presentar la oferta, junto con el DEUC, las medidas de autocorrección. A juicio de este Órgano, este motivo de recurso debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) No es cierto que EMOCIONA tuviera obligación legal de comunicar en el DEUC las medidas de autocorrección. Dicha obligación no consta en la LCSP ni en los pliegos que rigen la licitación. Tampoco es preceptiva dicha comunicación según el Derecho de la Unión Europea. Según la STJUE de 14/1/2021, asunto C-387/19, ECLI: ECLI:EU:C:2021:13, la Directiva 2014/24/UE es contraria a entender que un operador económico está obligado a aportar espontáneamente, en el momento de la presentación de su oferta, la prueba de las medidas correctoras adoptadas para demostrar su fiabilidad a pesar de la existencia, respecto a él, de un motivo de exclusión, cuando dicha obligación no resulte ni de la normativa nacional aplicable ni de la documentación del contrato, sin perjuicio de la posibilidad de dicha aportación por iniciativa propia o a instancia del poder adjudicador, tanto en el momento de presentar la proposición como en una fase posterior del procedimiento (ver especialmente los apartados 25 a 42 de la sentencia). Consecuentemente, no cabe penalizar con la exclusión de la oferta la falta de presentación de la prueba de las medidas de autocorrección acordadas en la RAVC 516/2021 porque no se trata de una conducta legalmente exigible.
- 2) Distinta opinión merece que el adjudicatario impugnado haya cumplimentado su DEUC señalando no haber sido declarado culpable de una falta profesional grave y no haber celebrado acuerdos destinados a falsear la competencia. Ambas afirmaciones son claramente contrarias al contenido de la RAVC 516/2021 y de la ROARC 93/2021. Es irrelevante que EMOCIONA entendiera que, al no haber declaración de prohibición de contratar no estaba incurso en ninguna de los motivos previstos en el artículo 71 LCSP, por lo que la respuesta correcta sería la negativa. Como



ya ha indicado anteriormente, es al poder adjudicador (y solo a él) a quien corresponde apreciar la existencia de uno de los motivos de exclusión previstos en el artículo 57.4 de la Directiva 2014/24/UE. Para ello, la información requerida en el DEUC ha de ser veraz, teniendo en cuenta que la respuesta “Sí” en las dos preguntas señaladas no equivale a una confesión de falta de capacidad para contratar; tan solo se trata de comunicar al órgano de contratación la existencia de un motivo de exclusión para que el poder adjudicador valore si corresponde el rechazo o la aceptación de la oferta teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el caso (como, por ejemplo, la existencia de medidas de autocorrección aprobadas por una autoridad competente para ello o la aplicación del principio de proporcionalidad). Por todo ello, EMOCIONA debió informar al poder adjudicador de la concurrencia de los motivos de exclusión acreditados en la RAVC 516/2021 y en la ROARC 93/2021. En buena lógica, esta información debió acompañarse de la documentación correspondiente (resoluciones, medidas, etc.), entregada en ese momento o después, por propia iniciativa o a requerimiento del Ayuntamiento (ver el apartado 36 de la STJUE de 3/10/2019, asunto C-267/18, ECLI:EU:C:2019:826, que lo considera que ésa sería la conducta del licitador más acorde con los principios de transparencia y lealtad).

- 3) La conducta descrita en el apartado 2) podría tener como consecuencia la exclusión de la oferta por apreciación del poder adjudicador, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 71.1 e) y 73.3, último párrafo, de la LCSP (falsedad al efectuar la declaración responsable a que se refiere el artículo 140 LCSP). No obstante, la jurisprudencia del TJUE ha establecido que las causas de exclusión facultativas recogidas en el artículo 57.4 de la Directiva 2014/24/UE deben apreciarse a la luz del principio de proporcionalidad y teniendo en cuenta todos los elementos pertinentes para determinar si está justificada la inadmisión de la proposición (ver, por ejemplo, los apartados 80, 81 y 90 de la STJUE C-66/22, así como el apartado 77 y la jurisprudencia anterior que en él se recoge; ver también el Considerando 101 de la Directiva 2014/24/UE). En este caso, se trataría



de la causa de exclusión señalada en la letra i) del mencionado artículo 57.4 (intento de proporcionar negligentemente información engañosa que pueda tener una influencia importante en las decisiones relativas a la exclusión, selección o adjudicación). A juicio de este Órgano, la ponderación de las circunstancias del caso concreto que se exponen en el apartado 4 siguiente llevan a entender que la exclusión sería desproporcionada.

- 4) La incorrecta cumplimentación del DEUC no ha tenido una “influencia importante” en el procedimiento de adjudicación. La razón no es que, finalmente, esta Resolución determine que, con independencia del contenido del DEUC, no concurre prohibición de contratar, pues el artículo 57.4 i) se refiere tan solo al “intento” y no exige que el resultado intentado se haya logrado efectivamente o no. Por el contrario, lo relevante es que la “información engañosa” contenida en el DEUC no era en ningún caso apta para adulterar en favor de EMOCIONA el curso del procedimiento y, especialmente, la apreciación de la prohibición. Como ya se ha señalado anteriormente, el Ayuntamiento no podía desconocer, como mínimo, la ROARC 93/2021, en la que se acredita una práctica colusoria practicada en un procedimiento de adjudicación anterior del mismo poder adjudicador y con el mismo objeto que el ahora impugnado. Esta circunstancia debió poner en marcha la actuación del poder adjudicador para aclarar, previa audiencia, la capacidad de contratar de la empresa, con independencia del contenido del DEUC. En este sentido, la cuestión habría sido diferente si, por ejemplo, la información se hubiera transmitido en el marco un procedimiento tramitado por otro poder adjudicador, desconocedor de la ROARC 93/2021.

e) Conclusión

A la vista de los epígrafes a) a d) anteriores, el recurso debe desestimarse íntegramente. No procede la práctica de la prueba propuesta por el recurrente; la aportación del expediente del procedimiento de adjudicación ya es una



obligación del poder adjudicador (satisfecha el día 8/9/2023) dentro del procedimiento de recurso especial (artículo 56.2 LCSP) y la acreditación de las medidas de autocorrección implantadas por la adjudicataria antes de presentar su oferta es irrelevante para la resolución del recurso, a la vista de los argumentos jurídicos en los que se ha basado el OARC / KEAO para desestimarlos y de la Resolución de 30/11/2023 del CVC, de cierre de la vigilancia de la RAVC 516/2021, que da por cumplidas las obligaciones establecidas por esta última.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial interpuesto por BILBAO DESIGN HUB, S.L., contra la adjudicación del contrato “Servicio de diseño, confección, distribución e instalación de elementos de publicidad para la programación cultural del Área de Cultura y Gobernanza 2023 y 2024”, tramitado por el Ayuntamiento de Bilbao.

SEGUNDO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.



CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2024ko otsailaren 15a

Vitoria-Gasteiz, 15 de febrero de 2024