

G A _ P

Gómez-Acebo & Pombo



Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados

2023 N.º 159

Irregularidad en la adjudicación de un contrato y revocación de ayudas

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha interpretado, en una reciente sentencia, el concepto de irregularidad en la adjudicación de contratos que tengan por objeto la realización de obras cofinanciadas por un fondo estructural de la Unión, considerando que concurre incluso cuando no se haya demostrado que tales comportamientos tuvieran una incidencia real en el procedimiento de selección del licitador si bien matiza que, la revocación de la financiación aprobada y la recuperación de las cantidades abonadas deberá hacerse caso por caso y atendiendo al principio de proporcionalidad.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) ha dictado, el 8 de junio de 2023, una Sentencia en el Asunto C-545/21, en el que delimita el concepto de “irregularidad” a los efectos de determinadas normas europeas que prevén que, el concurso de ésta en un procedimiento de adjudicación de un contrato financiado – total o parcialmente – con fondos europeos, determina la imposición de correcciones financieras.

El asunto trae causa de una cuestión prejudicial formulada por el Tribunal Regional de lo Contencioso Administrativo del Lacio (Italia) ante el siguiente conflicto:

Mediante la Decisión C(2007) 6318, de 7 de diciembre de 2007, la Comisión Europea aprobó el programa operativo nacional «Redes y Movilidad» 2007-2013. ANAS, como beneficiaria de di-

cho programa, en el sentido del artículo 2, punto 4, del Reglamento n.º 1083/2006, recibió financiación para la realización de un proyecto de obras de modernización de una carretera. A tal fin, ANAS, en su condición de poder adjudicador, inició un procedimiento de licitación restringido para la adjudicación del contrato público de obras a la oferta económicamente más ventajosa. El contrato fue adjudicado mediante decisión de 8 de agosto de 2012, a una unión temporal de empresas, entre las que se encontraba Aleandri SpA. Las obras fueron finalizadas y la carretera se abrió al tráfico.

En junio de 2020 y tras conocer de una investigación penal sobre una trama de corrupción en la que estaban implicados funcionarios de ANAS, el Ministerio de Infraestructuras y Transportes ordenó la recuperación de las cantidades ya abonadas a esta sociedad en virtud de dicho

programa¹, debido a que la adjudicación del contrato en cuestión adolecía de una irregularidad de carácter fraudulento, en el sentido del artículo 2, punto 7, del Reglamento n.º 1083/2006 por el que se establecen las disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo y al Fondo de Cohesión y de los artículos 4 y 5 del Reglamento n.º 2988/95, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas.

Estas normas prevén que, como norma general, toda *irregularidad*² dará lugar a la retirada de la ventaja obtenida indebidamente, lo que supondrá, entre otras cosas, la obligación de abonar las cantidades debidas o de reembolsar las cantidades indebidamente percibidas (artículo 4 del Reglamento n.º 2988/95). Corresponde a los Estados miembros la responsabilidad de investigar las irregularidades y efectuar las necesarias correcciones financieras. Estas correcciones a efectuar por los Estados miembros consistirán en la supresión total o parcial de la contribución pública del programa operativo. A tal fin, el Estado miembro tendrá en cuenta la naturaleza y la gravedad de las irregularidades y las pérdidas financieras que estas acarreen al Fondo.

La decisión ministerial se basó en el procesamiento de tres funcionarios de ANAS, dos de los cuales eran miembros de la comisión adjudicadora, a los que se acusaba de haber aceptado de Alean-dri cantidades de dinero a cambio de un trato de favor durante el procedimiento de licitación³.

ANAS interpuso un recurso contra la mencionada decisión ante el Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo, órgano jurisdiccional remitente, alegando que no existe ninguna sentencia condenatoria contra ella y que no se le puede imputar ningún comportamiento irregular de los miembros de la comisión adjudicadora, además de que no existe relación alguna entre la supuesta irregularidad o fraude y los gastos efectuados, puesto que los trabajos financiados con cargo al presupuesto general de la Unión se realizaron de manera efectiva y correcta. Asimismo, afirma que tampoco ha quedado acreditado que Alean-dri obtuviera ilegalmente el contrato público en cuestión.

El órgano jurisdiccional remitente considera que, a pesar de las sospechas, no puede declarar que el contrato se adjudicara forma ilegal, debido al comportamiento del representante de dicha sociedad, y que el desarrollo del procedimiento de licitación le impide concluir que el proyecto

¹ Asimismo, declaró que no procedía pagar el saldo restante.

² El artículo 1 apartado 2 del Reglamento n.º 2988/95 señala que “constituirá irregularidad toda infracción de una disposición del Derecho comunitario correspondiente a una acción u omisión de un agente económico que tenga o tendría por efecto perjudicar al presupuesto general de las Comunidades [Europeas] o a los presupuestos administrados por estas, bien sea mediante la disminución o la supresión de ingresos procedentes de recursos propios percibidos directamente por cuenta de las Comunidades, bien mediante un gasto indebido”. Por su parte, el artículo 2.7 del Reglamento n.º 1083/2006, define la irregularidad señalando que incumbirá en primer lugar a los Estados miembros la responsabilidad de investigar las irregularidades, debiendo actuar cuando haya pruebas de una modificación importante que afecte a la naturaleza o a las condiciones de desarrollo o de control de las operaciones o de los programas operativos, y efectuar las necesarias correcciones financieras. El apartado 2 añade que el EM efectuará las correcciones financieras necesarias por lo que respecta a las irregularidades individuales o sistémicas detectadas en las operaciones o los programas operativos. Esta corrección consistirá en la supresión total o parcial de la contribución pública del programa operativo. El Estado miembro tendrá en cuenta la naturaleza y la gravedad de las irregularidades y las pérdidas financieras que estas acarreen al Fondo.

³ En la actualidad sigue en curso el procedimiento judicial por actos de corrupción contra el representante legal de Alean-dri y contra dicha sociedad como tal.

técnico presentado por Aleandri no mereciera la nota obtenida o que la comisión adjudicadora aplicase criterios distintos de los mencionados en el anuncio de licitación. Añade que la norma que rigió la licitación no preveía la exclusión del operador económico que intentara influir en la decisión. Así las cosas, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes⁴:

- 1) ¿Deben interpretarse las normas aplicables⁵ en el sentido de que los comportamientos que *a priori* pueden favorecer a un operador económico en un procedimiento de adjudicación están comprendidos en cualquier caso en los conceptos de “irregularidad” o “fraude” y que, por tanto, pueden constituir la base jurídica para la revocación de una ayuda, aun cuando no se acredite de modo suficiente que tales comportamientos se hayan producido efectivamente o que hayan sido determinantes para la selección del beneficiario?
- 2) ¿Se opone el artículo 45, apartado 2, letra d), de la Directiva [2004/18] a una disposición, como el artículo 38, apartado 1, letra f), del Decreto Legislativo n.º 163/2006, que no permite excluir de la licitación a un operador económico que haya pretendido influir en el proceso decisorio del poder adjudicador, en particular intentando corromper a algunos miembros de la comisión adjudicadora?
- 3) En caso de que la respuesta a una de las cuestiones anteriores o a ambas cuestiones sea afirmativa, ¿deben interpretarse las disposi-

ciones citadas en el sentido de que exigen en cualquier caso la revocación de la ayuda, por parte del Estado miembro, y la corrección financiera, por parte de la Comisión, en un 100 %, aun cuando las ayudas se hayan utilizado para el fin al que estaban destinadas y para una obra que podía optar a la financiación de la Unión y que efectivamente se ha realizado?

Pues bien, la STJUE concluye lo siguiente:

1. El concepto de «irregularidad» se define en el artículo 2, punto 7, del Reglamento n.º 1083/2006 y, en términos similares, en particular, en el artículo 1, apartado 2, del Reglamento n.º 2988/95, como toda infracción de una disposición del Derecho de la Unión correspondiente a una actuación u omisión de un agente económico y que tenga, o que pueda tener, por consecuencia causar un perjuicio al presupuesto general de la Unión Europea al cargarle un gasto injustificado. Este concepto forma parte de una normativa que pretende garantizar la buena gestión de los fondos de la Unión y la protección de sus intereses financieros, por lo que debe interpretarse de manera uniforme y amplia de conformidad con el objetivo perseguido por el Reglamento n.º 1083/2006, que consiste en garantizar la utilización regular y eficaz de los fondos para proteger los intereses financieros de la Unión⁶.

La existencia de una «irregularidad», en el sentido del artículo 2, apartado 7, del Regla-

⁴ La cuestión prejudicial se extiende a una cuarta consulta para el supuesto de que la respuesta a la tercera cuestión sea negativa, si bien la STJUE concluye que no procede responderla, de manera que se omite a efectos de este artículo del GCSP.

⁵ El artículo 70, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 1083/2006, el artículo 27, letra c), del Reglamento n.º 1828/2006, el artículo 1 del [Convenio PIF], el artículo 1, apartado 2, del Reglamento n.º 2988/95 y el artículo 3, apartado 2, letra b), de la Directiva 2017/1371.

⁶ Véase, en este sentido, la sentencia de 1 de octubre de 2020, Elme Messer Metalurgs, C-743/18, EU:C:2020:767, apartados 59 y 63 y jurisprudencia citada.

mento n.º 1083/2006, requiere que concurren tres elementos:

- una infracción del Derecho de la Unión,
- que dicha infracción provenga de una actuación o de una omisión de un agente económico y
- que se cause un perjuicio, actual o potencial, al presupuesto de la Unión⁷.

Tras analizar el eventual concurso de los elementos referidos (puede leerse aquí [CURIA - Documentos \(europa.eu\)](#)) la STJUE concluye que el artículo 2, punto 7, del Reglamento n.º 1083/2006 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «irregularidad», en el sentido de dicha disposición, comprende los comportamientos que puedan calificarse de «actos de corrupción» llevados a cabo en el contexto de un procedimiento de adjudicación de un contrato público que tenga por objeto la realización de obras cofinanciadas por un fondo estructural de la Unión y respecto de los cuales se haya incoado un procedimiento administrativo o judicial, incluso cuando no se haya demostrado que tales comportamientos tuvieran una incidencia real en el procedimiento de selección del licitador y no se haya constatado ningún perjuicio efectivo en el presupuesto de la Unión.

2. En lo concerniente a las cuestiones prejudiciales 3 y 4, señala que una interpretación del artículo 98, del Reglamento n.º 1083/2006

en el sentido de que obliga sistemáticamente a los Estados miembros, cuando se detecta una irregularidad, a revocar la totalidad de la financiación aprobada y a recuperar las cantidades ya abonadas, incluso cuando dicha financiación ha sido utilizada para los fines previstos y para obras que pueden optar a la financiación europea, efectivamente realizadas, equivaldría a establecer automáticamente un porcentaje de corrección financiera del 100 %, en contra de los criterios establecidos en el apartado 2 de dicho artículo 98 y del principio de proporcionalidad.

Las Directrices de 2013, que definen el baremo de los porcentajes de corrección financiera aplicables, pueden tomarse en consideración para concretar los criterios enunciados en el artículo 98, apartado 2, de dicho Reglamento, es decir, los criterios aplicables a las correcciones financieras efectuadas por los Estados miembros. El punto 1.3, párrafo primero, de las mencionadas Directrices, relativo a los «criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de decidir qué porcentaje de corrección aplicar», señala que, cuando no sea posible cuantificar con exactitud las consecuencias financieras en lo referente al contrato de que se trate, la aplicación de un porcentaje de corrección del 5 %, el 10 %, el 25 % o el 100 % deberá tener en cuenta la gravedad de la irregularidad, así como el principio de proporcionalidad⁸.

⁷ Véase, en este sentido, la sentencia de 1 de octubre de 2020, Elme Messer Metalurgs, C-743/18, EU:C:2020:767, apartado 51.

⁸ Señala la STJUE que, de conformidad con el mencionado punto 1.3, párrafo segundo, una irregularidad se considerará grave cuando el incumplimiento del Derecho aplicable al contrato público, en particular, los principios de transparencia y de igualdad de trato, dé lugar a la adjudicación de un contrato a una oferta distinta de aquella a la que debería haberse adjudicado. Además, del último párrafo de dicho punto 1.3 se desprende, en particular, que, cuando la irregularidad favorezca a uno o varios licitadores, podrá aplicarse la corrección financiera del 100 %. En el presente asunto, el órgano jurisdiccional remitente señala que la irregularidad detectada en el marco del procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trata dio lugar a la incoación de procedimientos administrativos y judiciales a nivel nacional, con el fin de determinar la existencia de un comportamiento fraudulento,

Por ello, responde a las cuestiones prejudiciales tercera y cuarta que el artículo 98, apartados 1 y 2, del Reglamento n.º 1083/2006 debe interpretarse en el sentido de que, en caso de «irregularidad», tal como se define en el artículo 2, punto 7, de dicho Reglamento, obliga a los Estados miembros, para determinar la corrección finan-

ciera aplicable, a realizar una apreciación caso por caso, respetando el principio de proporcionalidad y teniendo en cuenta, en particular, la naturaleza y la gravedad de las irregularidades constatadas y su incidencia financiera en el fondo de que se trate.

que constituye un delito de corrupción, por lo que sin perjuicio de las apreciaciones que debe efectuar a este respecto el órgano jurisdiccional remitente, en virtud del artículo 27, apartado 1, letra c), del Reglamento n.º 1828/2006, tal irregularidad puede estar comprendida en el concepto de «sospecha de fraude» y, por tanto, calificarse de grave, de conformidad con el punto 1.3, párrafo segundo, de las Directrices de 2013.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S. L. P. está integrado por Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Juan Santamaría Pastor, Pilar Cuesta de Loño, Irene Fernández Puyol, Miguel Ángel García Otero y Josep Ortiz Ballester.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma (jlpalma@ga-p.com) o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S. L. P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel.: 915 829 204)

©Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P.