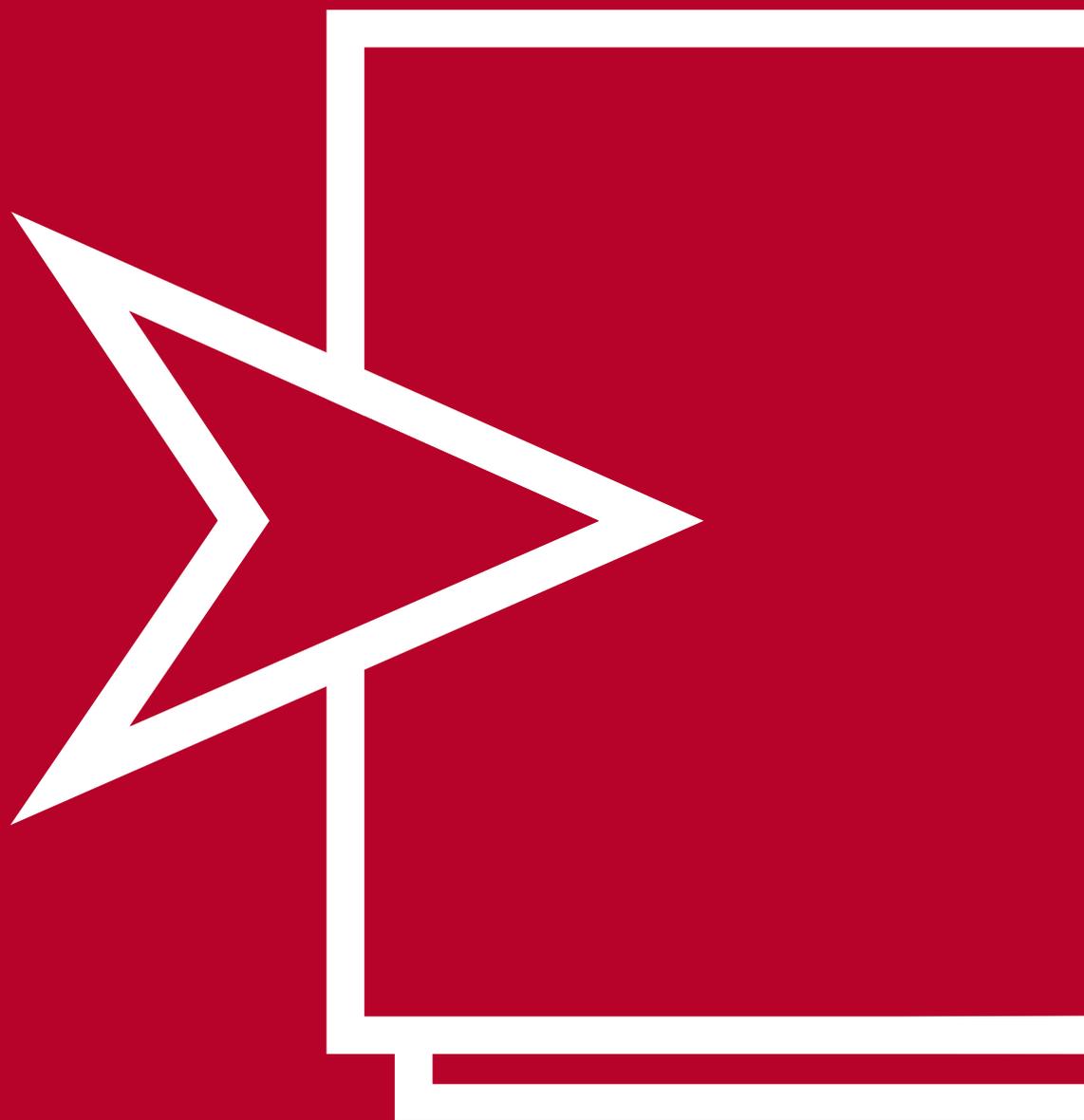




Guía sobre Contratación Pública y Competencia



Índice

Presentación 01

1. Introducción 03

- ¿A quién va dirigida esta Guía? 04
- ¿Cuál es el objetivo de la Guía? 04
- ¿Por qué es importante tener en cuenta la competencia en los procesos de contratación pública? 04
- ¿De qué forma pueden ayudar las entidades del sector público a fomentar la competencia en los procesos de contratación pública? 05

2. Celebración, diseño, desarrollo y ejecución de los contratos públicos 06

¿Cuándo puede resultar restrictiva de la competencia la elección de mecanismos distintos a los contratos públicos? 07

1. Convenios 08
2. Medios propios y servicios técnicos 08

Una vez decidida la celebración de contrato, ¿cómo seleccionar el procedimiento de contratación más favorable a la libre competencia? 10

1. Procedimiento restringido 10
2. Procedimiento negociado 10
3. Diálogo competitivo 11
4. Tramitación de urgencia 12
5. Acuerdos marco y sistemas dinámicos de contratación 12

¿Cómo debe determinarse el diseño de los pliegos de condiciones de los contratos para favorecer la libre competencia? 13

A. ACCESO A LA LICITACIÓN 13

1. Exigencia de solvencia y clasificación a los licitadores. 13
2. Exigencia de una determinada forma jurídica 14
3. Discriminación por razones de territorio 15
4. Requisitos técnicos y económicos innecesarios o excesivos 15
5. Exigencia de certificaciones de calidad 16

B. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN 16

a) Garantía de la igualdad de trato y de no discriminación entre licitadores 16

1. Valoración de la experiencia 17
2. Valoración del cumplimiento satisfactorio de otros contratos 17
3. Derechos de preferencia y tanteo 17

b) Ponderación adecuada de las variables básicas 18

4. Ponderación inadecuada de los distintos criterios de valoración; en particular, de la variable precio 18
5. Reflejo inadecuado del impacto del precio o tarifa ofertados en el presupuesto seleccionado como base del proyecto 18
6. Establecimiento de límites a los precios, tarifas u otras características básicas del servicio 18
7. Excesivo peso de criterios escasamente relevantes para la ejecución de la prestación 19

c) Precisión en la definición de los criterios 20

8. Definición deficiente de los criterios de valoración 20

d) Otros aspectos a evitar 21

9. Insuficiente transparencia en el sistema de atribución de puntuación a los criterios de valoración. 21

10. Conocimiento ex ante del umbral de anomalía de las ofertas 21

11. Puntuación de elementos ya tenidos en cuenta al valorar la solvencia 22

C. DURACIÓN DE LOS CONTRATOS 22

¿De qué forma las decisiones tomadas durante el procedimiento de licitación pública inciden en la libre concurrencia de las empresas? 24

1. Igualdad en el acceso a la información 24

2. Subsanación de errores 24

3. Efectividad de la publicidad y transparencia de los distintos trámites del procedimiento 24

¿De qué forma las decisiones tomadas después del procedimiento de licitación pública inciden en la libre concurrencia de las empresas? 25

A. MODIFICACIONES SOBREVENIDAS Y PRESTACIONES COMPLEMENTARIAS 25

1. Modificaciones sobrevenidas 25

2. Prestaciones complementarias 27

B. MODIFICACIONES DE PRECIOS 28**C. SUBCONTRATACIÓN 28****3. La colusión entre oferentes a licitaciones 29**

¿Qué es la colusión entre oferentes en una licitación pública? 30

¿Por qué es perjudicial la colusión entre licitadores? 30

¿Qué normas sancionan la colusión entre oferentes en una licitación pública? 30

Factores que pueden facilitar la colusión 31

¿Qué características del mercado facilitan la existencia de colusión? 31

¿Qué características del diseño de licitación pueden favorecer la colusión? 31

¿Qué formas puede adoptar la colusión entre oferentes? 34

Acuerdos de fijación de precios 34

Acuerdos de reparto de mercado 35

¿Qué tipo de técnicas se utilizan para realizar la colusión? 35

Posturas encubiertas 36

Supresión de propuestas 37

Rotación del ganador 37

¿Cómo pueden detectar las Administraciones Públicas si ha existido colusión entre los licitadores? 38

Indicadores a tener en cuenta en la presentación y en la adjudicación de las ofertas 38

Indicadores relacionados con los precios 39

Indicadores en la documentación o en el comportamiento de las empresas 40

¿Qué medidas específicas pueden adoptar las Administraciones Públicas para reducir la probabilidad de colusión? 41

Acceso a la información 41

El caso especial de las AIE y UTE 42

Si existen sospechas previas de colusión entre las empresas participantes ¿Qué principios básicos deben respetarse? 43

¿Qué pasos deben seguir las Administraciones Públicas si disponen de indicios sólidos acerca de la existencia de colusión entre los oferentes de una licitación? 45

Presentación

En España, al igual que en el resto de países de nuestro entorno, la contratación pública es un ámbito de indudable importancia económica. Mediante las recomendaciones que se incluyen en esta Guía sobre contratación pública y competencia, la CNC quiere contribuir al fomento y promoción de la competencia efectiva en los procedimientos de contratación pública, en beneficio de las Administraciones contratantes y de los ciudadanos.

La salvaguarda de la libre competencia es un principio inspirador de la normativa de contratación pública, y está presente de forma indirecta en el resto de principios que la informan, incluyendo los de libertad de acceso a las licitaciones, la publicidad y transparencia de los procedimientos y los de no discriminación e igualdad de trato de los candidatos. No ha de extrañar pues el interés de la CNC en acometer una iniciativa orientada a mejorar la aplicación de estos principios en una doble vertiente: destacando los aspectos del proceso de contratación pública en que pueden introducirse restricciones injustificadas a la competencia y previniendo posibles conductas colusorias de los licitadores en estos procesos, a la luz de la categorización de tales conductas como infracciones del Derecho de la competencia.

Las recomendaciones incluidas en esta Guía, desarrolladas con una intención eminentemente práctica, gravitan en torno a este doble propósito.

Respecto al primero de ellos, se pretende resaltar ante los participantes en los mecanismos y procesos de contratación pública las consecuencias para la competencia de las distintas decisiones que los órganos de contratación pueden adoptar en relación con la celebración, el diseño, el procedimiento y la ejecución de los distintos contratos, así como orientar sobre cómo reducir o eliminar dichas consecuencias. Es cierto que, en la elaboración de las normas de contratación pública, el legislador ha tenido en cuenta el respeto a los principios de competencia para conciliarlos con otros objetivos de interés público, tales como la eficiencia en la utilización de los fondos públicos, la agilidad en la gestión de los procedimientos de contratación y el control del gasto. Sin embargo, las normas de contratación pública contemplan un amplio grado de discrecionalidad de los órganos de contratación a la hora de tomar decisiones que configuren el proceso de licitación pública. Es en ese ámbito de discrecionalidad en el que esta Guía pretende servir de ayuda, proporcionando un instrumento para la promoción de la competencia efectiva.

Asimismo, la propia dinámica administrativa, así como las resoluciones judiciales, han venido precisando las actuaciones que, por no tener encaje en la normativa aplicable de contratación pública, deben ser eliminadas de los procesos de licitación pública. Al recoger aquéllas más susceptibles de causar daños a la competencia, esta Guía pretende contribuir a facilitar su conocimiento y erradicación.

La Guía de la CNC no pretende sustituir la labor interpretativa de las normas de contratación pública que otros organismos públicos llevan a cabo; en especial, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en cuanto órgano consultivo específico

de la Administración General del Estado en materia de contratación administrativa. Su reconocida competencia en este ámbito, así como sus comentarios, han sido tenidos en cuenta por la CNC en la elaboración de esta Guía.

Por otra parte, y en la línea de los trabajos de otras autoridades de competencia y de organizaciones internacionales como la OCDE, la Guía trata de facilitar algunas herramientas para la detección de indicios de conductas contrarias a la normativa de defensa de la competencia que pueden cometer las empresas que participan en licitaciones públicas, en perjuicio de las entidades contratantes y, en definitiva, de los ciudadanos. Según las estimaciones llevadas a cabo en el ámbito internacional, los precios de los bienes y servicios contratados en las licitaciones donde ha existido colusión pueden incrementarse en más de un 20%.

La intensa actividad sancionadora de conductas restrictivas de la competencia en el seno de licitaciones públicas que se viene desarrollando por las autoridades de competencia de países de nuestro entorno debe hacernos reflexionar acerca de la frecuencia con que tales prácticas se producen y sobre la conveniencia de facilitar a las distintas Administraciones Públicas de nuestro país tal labor de detección. Ello favorecerá, por añadidura, el cumplimiento de lo dispuesto en la Disposición Adicional 27ª de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en relación con la necesaria colaboración de los órganos de contratación y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa a la hora de trasladar a la CNC aquellos hechos de los que tengan conocimiento, en el ejercicio de sus funciones, que pudieran constituir infracciones a la legislación de defensa de la competencia.

Luis Berenguer Fuster
Presidente

1. Introducción



Introducción

¿A quién va dirigida esta Guía?

Esta Guía se dirige a las entidades del sector público que intervienen en el mercado como demandantes de bienes y servicios a través de los procedimientos de contratación pública.

¿Cuál es el objetivo de la Guía?

El objetivo perseguido es fomentar la competencia en los procesos de contratación pública, a través de dos vías. Por un lado, la Guía ofrece pautas para que en el diseño, desarrollo y ejecución de procedimientos de contratación no se introduzcan restricciones injustificadas a la competencia, y por otro, proporciona orientaciones para prevenir o evitar actuaciones colusorias por parte de los licitadores, en línea con las recomendaciones de organismos internacionales como la OCDE.

La Guía no pretende realizar propuestas relativas a la modificación de la normativa de contratación pública, ni sentar criterios interpretativos de carácter jurídico de cara a su aplicación, sino proporcionar determinadas recomendaciones, de forma que, dentro de las posibilidades que brinda dicha normativa, se puedan identificar y seleccionar las opciones más favorecedoras de la competencia. En todo caso, el contenido de esta Guía se entiende sin perjuicio de las valoraciones presentes o futuras que la CNC realice en relación con esta normativa.

¿Por qué es importante tener en cuenta la competencia en los procesos de contratación pública?

La contratación pública tiene en España una importancia fundamental: de acuerdo con los datos de la UE, el peso de la contratación pública en el PIB español se situaba en 2008 en un 14,9%¹. La competencia entre los licitadores es la manera de asegurar que las entidades del sector público, y la sociedad en última instancia, se beneficien de las mejores ofertas en términos de precio, calidad e innovación de los bienes o servicios finalmente contratados. Unas condiciones de competencia deficientes conllevan un mayor esfuerzo económico para las entidades del sector público que contratan bienes y servicios y por tanto para los ciudadanos. La promoción de la competencia en esta área de actividad es consistente con los principios que informan la propia normativa sobre contratación pública, a saber: la libertad de acceso a las licitaciones, la publicidad y transparencia de los procedimientos, la no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, la búsqueda de una eficiente utilización de los fondos públicos mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

1. Comisión Europea, Indicadores sobre contratación pública en 2008, Documento de Trabajo publicado el 27 de abril de 2010, disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2008_en.pdf

¿De qué forma pueden ayudar las entidades del sector público a fomentar la competencia en los procesos de contratación pública?

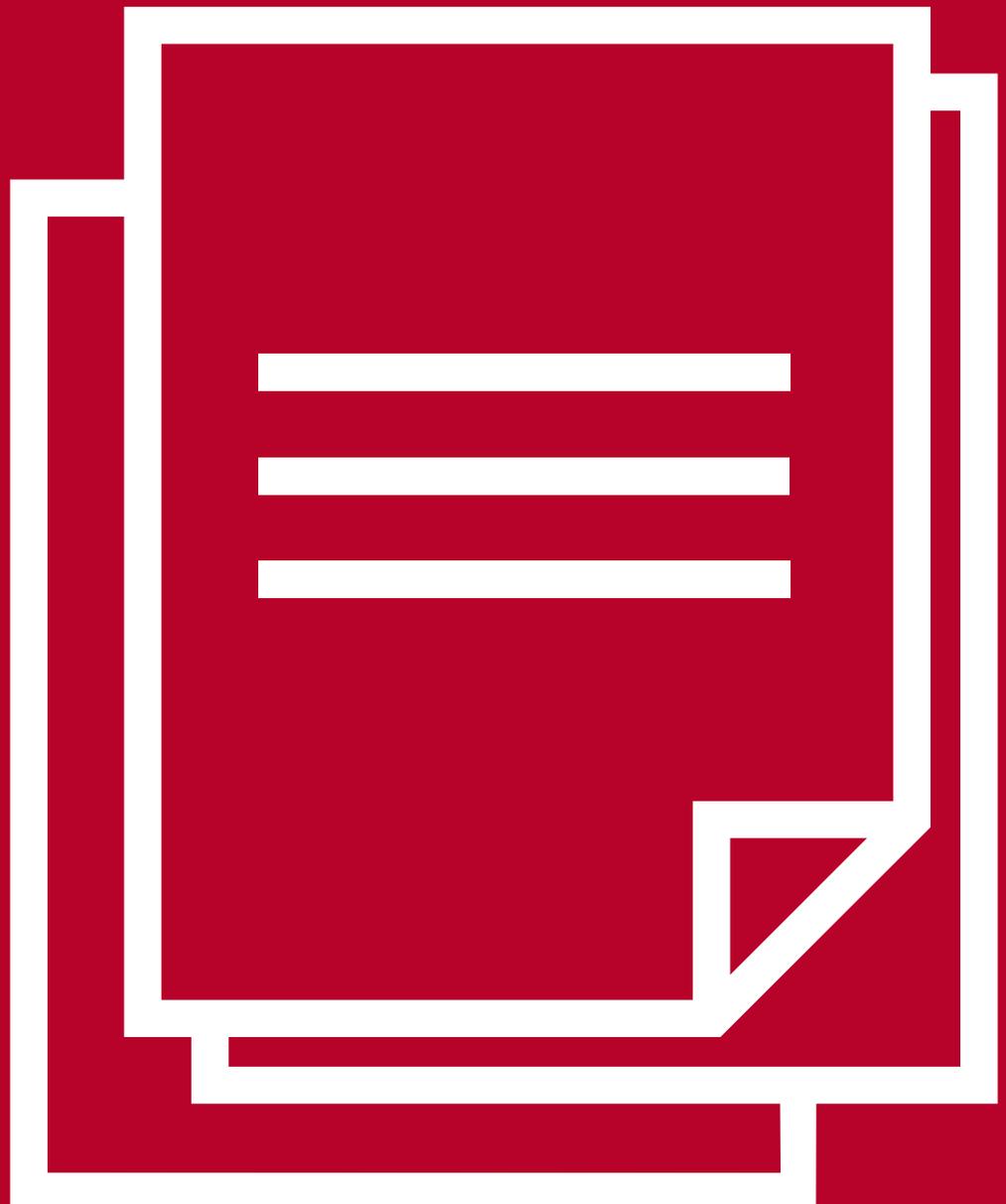
Básicamente a través de dos formas:

- Desarrollando procedimientos de contratación que ni en su diseño, ni en su desarrollo, ni posteriormente en la ejecución del contrato introduzcan restricciones injustificadas a la competencia.
- Ayudando a prevenir y combatir potenciales actuaciones ilícitas de colusión de las empresas oferentes en el proceso de contratación, esto es, las actuaciones de manipulación fraudulenta de ofertas (conocido internacionalmente como bid rigging).

Los apartados siguientes ofrecen pautas para la actuación en cada uno de esos dos ámbitos.

2.

Celebración, diseño, desarrollo y ejecución de los contratos públicos



CELEBRACIÓN, DISEÑO, DESARROLLO Y EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

Una competencia adecuada entre licitadores comporta unos resultados más favorables en términos de menor precio y mayor calidad para el órgano adjudicador, y por tanto para el interés general. Las Administraciones Públicas deben garantizar dicha competencia:

- A través del cumplimiento de la normativa de contratación pública, sea de ámbito general, con arreglo a lo establecido en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (en adelante LCSP), o específico.
- Dentro de las posibilidades que ofrece dicha normativa, adoptando las alternativas más favorecedoras de la competencia, o que la restrinjan lo menos posible. A este respecto, se recomiendan determinadas prácticas en la contratación pública que, sin ser de obligado cumplimiento por los órganos de contratación, contribuyen a favorecer la competencia en los procesos de licitación.

En este doble ejercicio, se ha tenido en cuenta la interpretación de la normativa de contratación pública realizada por los tribunales de justicia nacionales o comunitarios y por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, así como los informes, recomendaciones y circulares de dicha Junta Consultiva en su labor de órgano consultivo específico del Estado en materia de contratación administrativa.

Las Administraciones Públicas se enfrentan a este tipo de decisiones a lo largo de las siguientes fases, desarrolladas en detalle más adelante:

- En la opción entre celebrar o no el contrato.
- Si se ha decidido celebrarlo, en la selección del procedimiento más favorecedor de la competencia.
- En el diseño de los pliegos del contrato.
- Durante el desarrollo del procedimiento de licitación pública.
- Durante la fase de ejecución del contrato.

Los principios favorecedores de la competencia en la contratación pública pueden aplicarse, asimismo, a otros ámbitos relacionados con el acceso de particulares a bienes públicos (por ejemplo, el uso del dominio público).

¿Cuándo puede resultar restrictiva de la competencia la elección de mecanismos distintos a los contratos públicos?

Tanto la LCSP como la LPCSE delimitan los supuestos en que las entidades del sector público están obligadas a utilizar las normas de contratación pública, garantizando el sometimiento a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad, no discriminación y salvaguarda de la libre competencia.

Sin embargo, existen vías alternativas al contrato que permiten a las Administraciones Públicas obtener bienes y servicios que podrían ser contratados eludiendo dichos principios, tales como:

1. **Convenios.** Dejando a un lado los supuestos en los que se relacionan dos Administraciones Públicas, de acuerdo con la LCSP sólo cabe realizar por convenio las actuaciones que no estén comprendidas en el ámbito de dicha Ley o en el de normas especiales de contratación administrativa. En los casos dudosos, desde el punto de vista de competencia resulta preferible celebrar un contrato, porque en el convenio no existe la posibilidad de un proceso competitivo, mientras que en el contrato normalmente sí la hay. Debe tenerse en cuenta que, para celebrar un convenio, debe existir una identidad de finalidades entre las partes integrantes del mismo, las cuales participan de forma conjunta en el resultado obtenido, mientras que, en el contrato, las partes entablan una relación onerosa basada en una prestación y una contraprestación recíprocas.

EL CONTENIDO PRECISO DE LA ACTIVIDAD COMO ELEMENTO DEFINITORIO DEL CONVENIO²

Al plantearse la posibilidad de que un órgano administrativo suscribiera un convenio con una entidad sin ánimo de lucro para patrocinar la celebración de un foro internacional sobre asuntos relacionados con la Política Exterior española, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa pone de manifiesto que para determinar si el cauce adecuado es un convenio en lugar de un contrato privado no basta con comprobar que la fórmula genérica con la que se define el objeto de la actividad a desarrollar no coincide con la de los contratos establecidos en la normativa de contratación pública, sino que debe atenderse al contenido preciso y concreto de dicha actividad, teniendo en cuenta todos sus elementos definitorios.

CONVENIOS PARA LA PROMOCIÓN DE PRODUCTOS ALIMENTARIOS

Determinadas Administraciones Públicas vienen utilizando el instrumento del convenio para formalizar su relación con una empresa de distribución alimentaria con el objeto de que la misma desarrolle una campaña de productos alimenticios regionales de calidad. Por su objeto, dicha relación hubiera debido realizarse a través de la figura del contrato administrativo de servicios, opción que además resulta más favorecedora de la competencia.

2. **Medios propios y servicios técnicos.** La LCSP dispone que los entes públicos podrán ser considerados medios propios o servicios técnicos de aquellas Administraciones para las que realicen la parte esencial de su actividad, cuando además dichos poderes ostenten sobre los entes públicos en cuestión un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Ambos requisitos han sido dotados de contenido por la jurisprudencia comunitaria. En estos casos, la Administración podrá, para satisfacer su demanda de bienes y servicios, optar por encomendar directamente la prestación al medio propio, o bien realizar un contrato con una tercera entidad.

Dada la amplitud con la que la LCSP formula los requisitos mencionados, la encomienda puede convertirse en un instrumento para eludir la concurrencia en situaciones en que ésta podría

2. Informe 70/99 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 11 de abril de 2000

asegurar una provisión satisfactoria de los bienes y servicios correspondientes a precios más baratos. Por tanto, para evitar extralimitaciones en el recurso a medios propios y minimizar este riesgo se recomienda:

■ Valorar, con carácter previo, en qué medida el mercado ya presta dichos bienes o servicios, tanto a la hora de crear un nuevo medio propio, como a la hora de encargarle a los ya existentes encomiendas de gestión. Las encomiendas deberían evitarse cuando los bienes y servicios en cuestión puedan ser provistos en el mercado en la misma medida a precios inferiores como consecuencia de procesos competitivos.

■ Valorar en qué medida la encomienda puede conducir a la subcontratación de la prestación por parte del medio propio a terceras empresas. Sin perjuicio de que esta posibilidad está reconocida en la LCSP, que contempla la extensión de la aplicación de determinados aspectos de la contratación pública a estas subcontrataciones, desde un punto de vista de competencia y de eficiencia en la asignación de los recursos públicos resulta preferible, en estas situaciones, no optar por la encomienda y realizar la licitación de la prestación.

Salvo la decisión de crear o no el medio propio, que es de índole diferente, todas estas recomendaciones podrían o bien ser acogidas directamente por los órganos de contratación, o bien ser indicadas a estos últimos por las Administraciones competentes mediante instrucciones generales.

MODERNIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Recientemente, se ha realizado una encomienda de gestión a una filial de un medio propio de la Administración, dedicada al desarrollo de soluciones tecnológicas de ingeniería en materia agrícola, forestal, de desarrollo rural, de medioambiente y de medio marino, en la que se le encargan el desarrollo y la gestión de determinados servicios de atención telefónica y telemática de la Administración de Justicia. Este servicio puede ser provisto satisfactoriamente por el mercado sin necesidad de realizar una encomienda directa a dicha filial.

Una vez decidida la celebración de contrato, ¿cómo seleccionar el procedimiento de contratación más favorable a la libre competencia?

En principio, el procedimiento más favorecedor de la concurrencia, por ser más respetuoso con el principio de igualdad entre los licitadores, es el procedimiento abierto, al que pueden presentarse todas aquellas empresas que reúnan la capacidad y solvencia exigidas. Para la selección de cualquier otro procedimiento, los órganos de contratación deben sopesar muy cuidadosamente el impacto sobre la competencia derivado de tal decisión

La posibilidad de elección por los órganos de contratación de un determinado procedimiento de contratación viene condicionada a que se den los requisitos asociados a cada uno de estos procedimientos que impone la normativa de contratación pública. En otros casos, no obstante, la normativa permite aplicar determinados procedimientos sin necesidad de que se cumpla requisito alguno. Es importante que dichos órganos tengan en cuenta que su elección puede determinar las condiciones de competencia de la licitación.

Las siguientes recomendaciones van encaminadas a facilitar al órgano de contratación una toma de decisión que tenga en cuenta adecuadamente las consecuencias para la competencia derivadas de la adopción de las distintas modalidades previstas en la normativa vigente. También tienen el propósito de minimizar el impacto sobre la competencia que pueda generar un procedimiento en particular, una vez decidida su utilización.

En principio, el procedimiento más favorecedor de la concurrencia, por ser más respetuoso con el principio de igualdad entre los licitadores, es el **procedimiento abierto**, al que pueden presentarse todas aquellas empresas que reúnan la capacidad y solvencia exigidas. Para la selección de cualquier otro procedimiento, los órganos de contratación deben sopesar muy cuidadosamente el impacto sobre la competencia derivado de tal decisión, incluso si, con procedimientos alternativos, pudiera facilitarse la gestión y acortarse el período de tramitación.

1. En el **procedimiento restringido** sólo podrán presentar proposiciones las empresas que, habiéndolo solicitado, y en atención a su solvencia, establecida de acuerdo con criterios objetivos y justificados, sean seleccionadas. Se configura por la LCSP como un procedimiento ordinario. Cuando se utilice, y aunque la esencia del mismo es limitar el número de licitadores a aquellos de mayor solvencia, a la hora de decidir el número de empresas invitadas a participar se debe valorar el impacto sobre la competencia de tal decisión, evitando limitaciones innecesarias del acceso a la licitación. La limitación no tiene por qué situarse automáticamente en el mínimo legal de cinco empresas, siendo recomendable que tal decisión se justifique adecuadamente.

2. En el **procedimiento negociado**, el contrato recae en el licitador elegido por la entidad contratante, previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o varios candidatos. Salvo en los casos en que se exige dar publicidad al anuncio de licitación, la regla general es que la Administración se ponga en contacto directamente con los candidatos que a su juicio cumplen los requisitos de capacidad y solvencia, y negocie las cuestiones técnicas y económicas del contrato con cada uno de ellos.

El **procedimiento negociado** es un procedimiento extraordinario, que sólo puede utilizarse cuando se den las

circunstancias que la Ley determina taxativamente para ello. Incluso cuando sea posible utilizarlo, las menores garantías desde el punto de vista competitivo de este procedimiento aconsejan una aplicación comedida del mismo, en especial en los siguientes casos que contempla la normativa de contratación pública:

■ **Licitaciones desiertas.** Cuando, en procedimientos abiertos o restringidos, la no presentación de ofertas o la presentación de ofertas no adecuadas motiva que no se adjudique una licitación, antes de iniciar un procedimiento negociado puede ser conveniente valorar la posibilidad de mantener el procedimiento original con algunas modificaciones que permitan abrir la licitación a un número suficiente de operadores. Esta opción podría ser adecuada cuando exista tiempo suficiente para instrumentarla sin riesgo de que los requisitos de plazo en sus distintos trámites dificulten la normal ejecución del presupuesto. Por ejemplo, en contratos en los que la solvencia técnica y profesional se ha de acreditar mediante la clasificación de contratistas, la LCSP permite que pueda dispensarse del requisito de aportar clasificación cuando a la licitación original no hayan concurrido licitadores, o bien en determinadas circunstancias especiales.

■ **Circunstancias sobrevenidas.** Frecuentemente se recurre al argumento de existencia de circunstancias imprevistas para justificar el recurso a un procedimiento negociado, cuando, en la práctica, dichas circunstancias son previsibles en la gran mayoría de los casos. Esta opción se debe reservar sólo para supuestos verdaderamente excepcionales e imprevisibles, teniendo en cuenta que también cabe la posibilidad de la tramitación de urgencia por el procedimiento ordinario, que ya de por sí reduce los plazos a la mitad.

En todo caso, para eliminar el riesgo de distorsiones de la competencia en estos procedimientos:

■ Tras la elección inicial de candidatos, se ha de admitir la participación en el procedimiento a las empresas que, sin haber sido invitadas a hacerlo en un principio, así lo soliciten posteriormente.

■ Sería recomendable que las distintas Administraciones desarrollaran protocolos de funcionamiento que identifiquen los criterios utilizados para la selección de candidatos.

■ En dichos protocolos, para asegurar la igualdad de trato entre todos los licitadores que negocian con la Administración, debería desarrollarse tanto el procedimiento de negociación como los aspectos sobre los que ésta versará y el momento exacto en que se llevará a cabo.

3. En el **diálogo competitivo** – otro de los procedimientos extraordinarios cuya utilización está sujeta en la Ley a la concurrencia de determinadas circunstancias – el ente público dirige un intercambio de opiniones con los candidatos

El acuerdo marco puede favorecer la coordinación entre los operadores participantes en el mismo de cara a la negociación con la Administración de los distintos contratos derivados del acuerdo

seleccionados, previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar soluciones que satisfagan sus necesidades. Este procedimiento, similar al procedimiento negociado, se reserva para el caso de contratos particularmente complejos, tales como ejecución de infraestructuras sofisticadas, siendo obligatorio su uso en el caso de contratos de colaboración público-privada. Para favorecer la competencia en este procedimiento, se debe ser flexible con el número de empresas invitadas a participar que, siempre que sea posible, debería superar el mínimo legal de tres, de cara a garantizar una competencia efectiva.

4. Tramitación de urgencia. De acuerdo con la LCSP, solo se justifica por la existencia de una necesidad inaplazable o cuando sea preciso acelerar la adjudicación por razones de interés público. La principal consecuencia es que los plazos de tramitación se reducen a la mitad de los del procedimiento ordinario. En determinados trámites, como el de presentación de las ofertas, este procedimiento puede conllevar un acortamiento de los plazos perjudicial para la competencia, al dificultar el acceso al mercado. Por ello, dada la excesiva vaguedad del criterio que permite utilizar esta tramitación, conviene aplicarla únicamente tras una justificación rigurosa de la manera en que concurren estas causas, valorando el mantenimiento de los plazos ordinarios para trámites como la presentación de ofertas.

5. Acuerdos marco y sistemas dinámicos de contratación. Estos procedimientos forman parte de los mecanismos disponibles para la racionalización técnica de la contratación entre Administración y contratistas cuando ésta se extiende a lo largo de un período determinado, durante el cual previsiblemente existirán prestaciones continuadas. Con ellos se busca la estabilidad en las condiciones contractuales. A diferencia de los sistemas dinámicos, pensados para adquisiciones de bienes corrientes, en los que cualquier prestador interesado que cumpla los requisitos puede participar una vez iniciados, los acuerdos marco, una vez definidos, no permiten la incorporación de nuevas empresas durante su plazo de vigencia. Así, quien se queda fuera del acuerdo marco se queda también fuera de los contratos concretos que puedan celebrarse durante la vigencia del mismo. Por ello, su utilización puede ir asociada a la creación de barreras de entrada frente a los operadores que no forman parte de ellos, razón por la cual la propia LCSP establece que se podrán concluir acuerdos marco siempre que no se recurra a estos instrumentos de forma abusiva, o en forma tal que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada. Por otra parte, como se expondrá con más detalle en el apartado de esta Guía relativo a los riesgos de colusión, el acuerdo marco puede favorecer la coordinación entre los operadores participantes en el mismo de cara a la negociación con la Administración de los distintos contratos derivados del acuerdo.

Para dotar de contenido a esa exigencia de la LCSP, cuando se utilicen los acuerdos marco:

- Se debe realizar un ejercicio exigente de justificación de los siguientes elementos:
 - Las razones por las que se recurre a este procedimiento.
 - El plazo de duración del acuerdo.
 - La eventual ampliación de la duración máxima del acuerdo, duración que, aunque está establecida en principio en cuatro años, puede prolongarse por circunstancias excepcionales.
- Cuando la totalidad o parte del objeto contractual de un acuerdo marco quede desierta, o si de la celebración del acuerdo marco resultase un número excesivamente reducido de empresas incluidas en el mismo, puede resultar conveniente seleccionar otro tipo de procedimiento que reúna las garantías suficientes de concurrencia y publicidad, como por ejemplo un procedimiento abierto o negociado con publicidad.
- A la hora de establecer el plazo de vigencia de los contratos concretos que se celebran hacia el final de la vigencia de un acuerdo marco, debe tenerse en cuenta que un plazo generoso supone extender de facto los efectos de dicho acuerdo por un período de tiempo que puede superar ampliamente su vigencia inicial.

¿Cómo debe determinarse el diseño de los pliegos de condiciones de los contratos para favorecer la libre competencia?

Los pliegos de condiciones de los contratos, y, en particular, los pliegos de prescripciones técnicas, son los documentos que determinan el acceso a la concurrencia por parte de los potenciales licitadores, así como las principales variables en las que dichos licitadores van a competir. En consecuencia, las entidades públicas contratantes deben procurar diseñarlos de manera que garanticen los principios de igualdad y no discriminación entre licitadores, así como las mejores condiciones de competencia posibles. Asimismo, al volver a licitar contratos ya celebrados anteriormente, los órganos de contratación deberían evitar aplicar automáticamente los pliegos antiguos a la nueva licitación, y analizar si su contenido debe ser actualizado o revisado, para asegurarse de que son suficientemente favorecedores de la competencia.

Los aspectos del diseño de los pliegos más relevantes a efectos de la competencia son:

A. ACCESO A LA LICITACIÓN

1. Exigencia de solvencia y clasificación a los licitadores.

La solvencia económico-financiera y técnico-profesional del licitador debe estar vinculada al objeto del contrato y ser proporcional al mismo. La solvencia técnica y profesional se debe probar mediante documentación ad hoc, o, en el caso de los contratos de obra y servicios que superen un determinado

importe, mediante la exigencia de la correspondiente clasificación en un grupo, subgrupo y categoría determinados.

La clasificación particular o los requisitos de solvencia exigidos por el ente público deben estar justificados sobre bases relacionadas con el objeto del contrato, ya que una clasificación excesivamente exigente puede elevar sustancialmente las barreras de entrada. Los requisitos exigidos tendrán a la vez el carácter de máximos y de mínimos, es decir, sólo pueden licitar las empresas que los reúnan pero en contrapartida, todas las que los reúnan pueden hacerlo. Por otra parte, es conveniente que los órganos de contratación de una misma Administración exijan requisitos de solvencia similares para contratos sustancialmente iguales entre sí, para evitar tratamientos desiguales entre empresas difícilmente justificables.

LA EXPERIENCIA COMO CRITERIO

Una Administración Pública convocó concurso para la enseñanza de inglés y francés a sus empleados y para la preparación de las pruebas de promoción interna de ciertos Cuerpos y Escalas. En los requisitos técnicos para la selección de profesores se establecía una diferencia entre la experiencia adquirida mediante anteriores contratos de enseñanza con la Administración Pública y la experiencia “de naturaleza análoga” obtenida con empresas privadas, exigiéndose la acreditación de mayor experiencia en los casos en que no se había contratado con la Administración Pública con anterioridad. Este tratamiento desigual no parece tener justificación si el objeto del contrato es la enseñanza de idiomas.

EXIGENCIA DE SOLVENCIA INDIVIDUAL A LAS EMPRESAS QUE CONCURREN EN UNA UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS³

Una empresa pública convocó un concurso público para la licitación, por procedimiento abierto, de la contratación de los servicios de ingeniería para un proyecto tecnológico de rehabilitación de un edificio. El pliego admitía la posibilidad de que se presentasen UTEs, pero no permitía la acumulación de la solvencia de cada una de las empresas componentes de la UTE a los efectos de la determinación de la solvencia mínima requerida, exigiéndose la concurrencia de la total solvencia en todas y cada una de ellas.

2. Exigencia de una determinada forma jurídica. Está prohibido supeditar el acceso a la licitación a que las entidades participantes cuenten con una forma jurídica determinada, como por ejemplo algún tipo de sociedad mercantil, mancomunidad, condición de asociación de utilidad pública o sin ánimo de lucro, etc. ya que ello puede eliminar las posibilidades de participación de operadores que, en ausencia de esa limitación, estarían en condiciones de ofrecer satisfactoriamente la prestación requerida. De la misma manera, la exigencia por parte de la Administración de que los oferentes se presenten bajo UTE restringe las posibilidades de decisión de las empresas y, tal como se explicará en el apartado de colusión en licitaciones públicas, puede aumentar innecesariamente el riesgo de coordinación anticompetitiva de la conducta de sus miembros.

3. Resolución de archivo de la CNC Expte. S/0727/10, CENTRO INTERNACIONAL DE CULTURA CONTEMPORÁNEA, S.A.

4. Informe de la JCCA 6/97 de 20 de marzo.

Todo ello sin perjuicio de que, tal como establece la normativa, la entidad ya seleccionada puede ser obligada a asumir una forma jurídica determinada, una vez se le haya adjudicado el contrato, y siempre que dicha transformación sea necesaria para la correcta ejecución del mismo.

LA FORMA JURÍDICA DEL CONTRATISTA⁴

A propósito de contratos de asistencia médica y otros servicios análogos, la JCCA analiza unos pliegos en los que se detalla como objeto del contrato la prestación de dicho servicio, y se restringe la posibilidad de participación a los licitadores cuya naturaleza jurídica sea la de "mancomunidad de servicios médicos de empresas". Ello limita innecesariamente la competencia, al descartar la posibilidad de que se presenten a la licitación otros oferentes con distinta forma jurídica que sin embargo son capaces de acreditar su solvencia para el desempeño de esta función.

3. Discriminación por razones de territorio. Está prohibida toda referencia a cláusulas de las que pudieran derivarse diferencias de trato en función de la nacionalidad, lengua, domicilio o territorio del adjudicatario, incluso de manera indirecta, como por ejemplo, la preferencia por experiencias vinculadas a un ámbito geográfico, o la exigencia de ubicación de instalaciones de los posibles adjudicatarios en el territorio de referencia.

CRITERIOS DE TERRITORIALIDAD

En mayo del 2009, en una licitación relativa a TIC para el soporte de la atención a usuarios una Administración española requirió que la empresa estuviera radicada físicamente en la región de ubicación de dicha Administración. A menos que el servicio no pueda prestarse telemáticamente, no parece lógico que se imponga la obligación de que la empresa tenga su sede en tal Comunidad Autónoma y no en otra o incluso en terceros Estados Miembros de la UE. Si el objetivo es reducir el tiempo de respuesta en caso de averías de los equipos, el requisito podría enunciarse de forma menos restrictiva de la competencia, incluyendo por ejemplo un criterio de valoración de las candidaturas que privilegie a las que ofrecen el servicio con un menor tiempo de respuesta.

En 1991, en el concurso de adjudicación del proyecto de construcción de un pabellón polideportivo, la Administración Pública que encargaba el proyecto únicamente permitió la presentación de proyectos por arquitectos colegiados en el Colegio Oficial de la Comunidad Autónoma de referencia y no en otra parte de España, una condición que el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia consideró prohibida por la Ley de Defensa de la Competencia.

4. Requisitos técnicos y económicos innecesarios o excesivos. En relación con los bienes objeto del contrato, está prohibida, salvo en los supuestos de excepción contemplados legalmente, toda referencia a tipologías, marcas o especificaciones técnicas como determinantes del acceso a la licitación. Igualmente deben evitarse exigencias que supongan una carga económica desproporcionada, como la contratación de seguros de responsabilidad civil de cuantía excesiva en relación con el objeto del contrato.

REQUISITOS EXCESIVOS

En una licitación pública iniciada para la instalación de un sistema de cableado, se demandaba que el cable a instalar proviniese de un fabricante en particular. De acuerdo con la LCSP, la especificación de una marca concreta sólo puede establecerse de forma excepcional, y con la única finalidad de hacer una descripción más comprensible del contrato, sin que ello conlleve en ningún caso la exclusión de otros productos que puedan ser considerados equivalentes.

MEDIOS TÉCNICOS DESPROPORCIONADOS

Para la puesta en marcha (proyecto, producción y montaje) de un centro de interpretación, se solicitó como requisito técnico que la empresa contara con un equipo formado por un historiador, un especialista en temas locales y otro en sistemas especiales expositivos, un arquitecto, un diseñador gráfico, un arqueólogo, un museólogo, un diseñador de sistemas audiovisuales y un técnico en iluminación. La exigencia de contar con este equipo tan complejo puede constituir una barrera de entrada insuperable para empresas capaces sin embargo de llevar a cabo esta actividad de manera satisfactoria.

5. Exigencia de certificaciones de calidad. La LCSP permite exigir que el licitador cumpla determinadas normas de garantía de calidad. De acuerdo con tal Ley, las Administraciones Públicas que decidan exigir certificados de calidad en sus pliegos de contratación pública deben aceptar la certificación emitida por cualquier entidad de certificación acreditada por la Entidad Nacional de Acreditación, o por cualquiera de los organismos de acreditación con los que ésta tiene suscritos acuerdos de reconocimiento mutuo. Además, en dichos pliegos no debe mencionarse ninguna entidad de certificación concreta. La LCSP establece asimismo que la exigencia de una determinada certificación de calidad para demostrar la solvencia de la empresa debe constituir una mera alternativa de acreditación, sin que ello implique la exclusión de posibilidades de acreditación por otros medios.

Está prohibido favorecer indebidamente a las empresas ya establecidas o que llevan tiempo trabajando en el sector, atribuyendo por ejemplo una ponderación excesiva a parámetros que puedan favorecer la discriminación a favor de este tipo de operadores

B. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

De lo establecido en la LCSP en relación con los criterios de valoración de las ofertas se deriva que dichos criterios han de guardar relación con el objeto del contrato, deben ser objetivos, y deben figurar, junto con la ponderación que se les atribuya, en el pliego correspondiente. Asimismo, en el diseño de estos criterios debe prestarse especial atención a los siguientes aspectos:

a) Garantía de la igualdad de trato y de no discriminación entre licitadores

Está prohibido favorecer indebidamente a las empresas ya establecidas o que llevan tiempo trabajando en el sector, atribuyendo por ejemplo una ponderación excesiva a parámetros que puedan favorecer la discriminación a favor de este tipo de operadores.

1. Valoración de la experiencia. Tanto la propia LCSP como la jurisprudencia y doctrina establecen claramente que la solvencia es el elemento que mide la aptitud de las empresas, mientras que los criterios de evaluación han de medir las características de la oferta. En consecuencia, la experiencia de los licitadores no puede ser considerada como un parámetro puntuable a efectos de obtener la adjudicación. Debe entenderse pues, que todas las empresas que acrediten la solvencia requerida están igualmente capacitadas para ejecutar el contrato y, en consecuencia, la adjudicación debe realizarse en función de otros criterios.

CONFUSIÓN ENTRE CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN Y SOLVENCIA

En una licitación de obras promovida por diversas Administraciones Públicas, los criterios de adjudicación incluyen la experiencia en la realización de obras similares, la posesión de la certificación ISO 14001 y la realización de inversiones en proyectos socio-culturales en el ámbito municipal donde se va realizar la obra. Los dos primeros criterios cualifican la solvencia de la empresa licitadora, y por tanto no pueden utilizarse como criterios de adjudicación. Por otra parte, el tercer criterio carece de una relación directa con el objeto del contrato y por tanto no debe ser tenido en cuenta como criterio de adjudicación (Art 134 LCSP).

2. Valoración del cumplimiento satisfactorio de otros contratos. Aunque la LCSP impide contratar con las Administraciones Públicas a aquellas empresas que hubieran incumplido las condiciones especiales de ejecución del contrato, el grado de satisfacción de la Administración con dicha ejecución no puede utilizarse a efectos de la adjudicación del contrato, en la medida en que contribuye a discriminar contra nuevos entrantes. Si se pretende premiar el correcto desempeño de contratos anteriores, o bien minimizar el riesgo de una prestación no idónea del servicio, deberían preverse y ejercerse otros mecanismos que no impliquen ventajas en futuras licitaciones.

3. Derechos de preferencia y tanteo. El derecho de preferencia se traduce en la concesión de ventajas al vigente titular del contrato, atribuyendo, por ejemplo, por el mero hecho de su titularidad, una mayor ponderación a su oferta en el caso de que ésta obtenga una valoración similar a la de otros competidores. Por su parte, el derecho de tanteo permite al beneficiario subrogarse en la posición del licitador que resulte adjudicatario, sustituyéndole en el contrato. La ventaja así otorgada al vigente titular relaja las tensiones competitivas entre éste y el resto de competidores, en detrimento de las condiciones competitivas de las ofertas y en consecuencia de la oferta vencedora. Por lo tanto, por lo general, ambos derechos deben evitarse.

CONCESIONES INTERURBANAS DE AUTOCARES

En ocasiones, los derechos de preferencia y tanteo a favor de un concesionario no se refieren a las licitaciones que puedan convocarse una vez vencida la concesión vigente, sino a la adjudicación de otros servicios que pueden suministrarse “en paralelo” a dicha concesión. Este es el caso, por ejemplo, de los derechos de preferencia establecidos para los concesionarios de servicios de transporte general interurbano regular de viajeros, en relación con transportes de uso especial, como el escolar. Esta vinculación dificulta el acceso a estos servicios de transporte de uso especial para operadores que no sean concesionarios del transporte interurbano.

El método utilizado para la valoración de las ofertas debe permitir además la existencia de un margen suficientemente amplio para el ejercicio de la competencia en cada uno de estos elementos básicos

b) Ponderación adecuada de las variables básicas

Los elementos que se tienen en cuenta para valorar las ofertas, así como el peso que se confiere a cada uno de ellos dentro del total de valoración, deben reflejar la importancia y prioridad de los elementos competitivos básicos. El método utilizado para la valoración de las ofertas debe permitir además la existencia de un margen suficientemente amplio para el ejercicio de la competencia en cada uno de estos elementos básicos. Las siguientes prácticas contribuyen a dificultar esta doble finalidad.

4. Ponderación inadecuada de los distintos criterios de valoración; en particular, de la variable precio. Al establecer las ponderaciones de los criterios es necesario valorar adecuadamente su idoneidad y conexión con el objetivo final. En general, salvo casos excepcionales, el precio ofertado debe tener un peso fundamental en la valoración de cada oferta, por ser el criterio objetivo y económicamente cuantificable que mejor suele revelar el grado de eficiencia de los licitadores. Aunque en los contratos de gestión de servicios públicos, cuyo “cliente” es el ciudadano, debe otorgarse importancia también a otras variables sensibles para el consumidor final, como por ejemplo la calidad del servicio ofertado, su valoración no debe mermar sensiblemente la prioridad que debe darse al precio o tarifa ofertada.

5. Reflejo inadecuado del impacto del precio o tarifa ofertados en el presupuesto seleccionado como base del proyecto. La puntuación atribuida al precio o tarifa de las distintas ofertas debe ser proporcional a la reducción del presupuesto base que permite cada una de ellas, para no desvirtuar el impacto de este parámetro a la hora de decidir la adjudicación del contrato. Por ejemplo, si la máxima puntuación por este concepto no se otorga a la oferta de precio o tarifa más bajas, sino a aquella cuyo nivel de precio o tarifa se aproxima más a la media aritmética de las ofertas presentadas, se está desaprovechando la oportunidad de conseguir ofertas más agresivas, al tiempo que se fomenta el riesgo de alineamiento de las ofertas por encima del precio competitivo.

VALORACIÓN INEFICIENTE DE LA VARIABLE PRECIO

En un contrato de consultoría para la redacción de un estudio técnico para la construcción de una carretera, los pliegos disponían que en la oferta económica se otorgara mayor puntuación a las ofertas que más se aproximaran a la media aritmética de todas las ofertas admitidas. Ello fue objeto de un dictamen motivado de la Comisión Europea al Reino de España, que consideró que tal práctica era contraria a las Directivas europeas de contratación, ya que conduce a que ofertas más caras reciban mejor puntuación que otras más económicas.

6. Establecimiento de límites a los precios, tarifas u otras características básicas del servicio. La introducción de estos límites responde generalmente al propósito de evitar la presencia de ofertas “temerarias”, es decir, anormales o desproporcionadas

en relación con la retribución del prestador o con otras características del objeto del contrato. El uso de estos mecanismos puede contribuir, sin embargo, a reducir los incentivos de las empresas a ofrecer condiciones más ventajosas, puesto que es suficiente ofertar un determinado valor, conocido ex ante, para obtener la puntuación máxima en un elemento concreto. Este efecto restrictivo de la competencia se agrava si dicho límite no permite un margen suficiente de mejora en relación con el precio o presupuesto de partida. Por estas razones, es preferible que el criterio de definición del carácter temerario de las ofertas se establezca de tal manera que no afecte a los incentivos de los licitadores para competir, debiendo depurarse las ofertas anormales o desproporcionadas por mecanismos independientes de la valoración de la oferta.

TOPES MÁXIMOS A ELEMENTOS OBJETIVOS DE VALORACIÓN Y PONDERACIONES INADECUADAS: CONCESIONES INTERURBANAS DE AUTOBUSES

La renovación de ciertos concursos de transporte regular interurbano de viajeros en autobús se rige por unos principios comunes en cuanto a los elementos puntuables y a la ponderación y valoración de dichos elementos.

En los pliegos de estos concursos se han establecido topes máximos a las mejoras en los parámetros de tarifa y número de frecuencias, lo que impide que los licitadores puedan aumentar su puntuación superando en su oferta dichos topes, es decir, agotando fácilmente el recorrido de mejora que podría alcanzarse en ausencia de ellos.

Los pliegos también establecen una ponderación del precio (15% del total) y del número de expediciones (8% del total) ciertamente bajas en relación con otros criterios.

VALORACIÓN INADECUADA DE LA OFERTA ECONÓMICA

Las normas y condiciones generales para la contratación de obras, servicios y suministros de un organismo público, establecen entre los posibles criterios de adjudicación de la licitación el del precio del contrato, atribuyendo una ponderación de 100 puntos a la oferta más económica. A todas y cada una de las ofertas restantes, se les otorga como mínimo 30 puntos, incluso a la oferta más cara. Este incremento generalizado de 30 puntos en la ponderación del precio, previsto en las condiciones generales de contratación, no solo aminora la ponderación real de la oferta económicamente más eficiente, sino que además desincentiva la presentación de bajas importantes del precio ofertado por los licitadores.

7. Excesivo peso de criterios escasamente relevantes para la ejecución de la prestación, o que imponen costes adicionales a los licitadores en relación con el vigente titular del contrato. En los contratos de gestión de servicios públicos, en particular, la exigencia a los licitadores de garantizar la continuidad de determinadas condiciones laborales o de organización asociadas a la gestión del contrato por el vigente contratista, reducen el margen de autoorganización de los nuevos entrantes y dificultan la realización de posibles ahorros de costes, además de imponerles una carga adicional que no afecta al vigente titular del contrato. Es

por ello que, si se considera que dichas garantías son realmente imprescindibles, resulta preferible desde el punto de vista de defensa de la competencia que su cumplimiento se establezca como condición especial de ejecución del contrato, en vez de intentar asegurar su continuidad considerándolas como elementos puntuables a los que se otorgue una puntuación considerable dentro del total.

c) Precisión en la definición de los criterios

Los criterios de valoración deben reflejar claramente los objetivos específicos cuya satisfacción se pretende puntuar, evitándose en particular la vaguedad de su enunciado, o la confusión de los medios con los fines.

8. Definición deficiente de los criterios de valoración. La definición de cada criterio seleccionado debe indicar sin lugar a dudas el contenido del objetivo perseguido. Una vez precisados los objetivos, se debe dar libertad al licitador en cuanto a los medios que considere más adecuados para conseguirlos, evitando interferencias en la organización de los factores de producción de los licitadores. Cuando los criterios de puntuación incorporen juicios de valor, es recomendable concretar los elementos que se tendrán en cuenta para esa evaluación cualitativa, describiéndolos en subcriterios y señalando la puntuación que se otorgará a cada uno de ellos.

CRITERIOS DE VALORACIÓN IMPRECISOS

Una Administración Pública convocó concurso abierto para la contratación de un servicio de inspecciones en 48 puentes. En el pliego se incluían cuatro criterios de valoración, a saber: oferta económica, programa de realización de los trabajos, mejoras y reducción de plazo. Los pliegos no precisaban qué se entendía por “mejoras” y por “programa de realización de los trabajos”, con lo que los criterios quedaban indefinidos.

Una Administración Pública convocó concurso para la contratación de un servicio de difusión en los medios de comunicación de una campaña sobre violencia de género. En los pliegos no se especificaban cuáles eran los criterios de valoración.

En las bases de un concurso para la adjudicación de un convenio urbanístico previo a la ordenación de terrenos para la implantación de una gran superficie comercial, se contemplan los siguientes criterios de adjudicación: la localización de los terrenos, las características de la superficie comercial a construir y la aportación económica de los licitadores. Dado que las bases no incluyen la más mínima concreción adicional respecto a cómo se evaluarán dichos criterios (por ejemplo, se desconoce si se privilegia o castiga la cercanía del terreno al núcleo de población, o qué características mínimas ha de tener la superficie comercial para su aceptación), no se establecen los límites a la discrecionalidad del órgano de administración necesarios para evitar la indefensión de los licitadores⁵.

5. Sentencia del TSJ de Castilla La Mancha 338/2000.

CONFUSIÓN ENTRE MEDIOS Y FINES DEL CONTRATO

Un órgano administrativo convocó en mayo del 2009 concurso para la contratación de la realización del análisis, estudio y rediseño de sus procesos de gestión económica. En los pliegos se describía exhaustivamente cuál debía ser la composición mínima del equipo de trabajo requerido y el número y la formación del personal, así como la proporción del total de empleados que debería trabajar a tiempo parcial y a jornada completa. Este último requisito, además de introducir una posible barrera a la prestación del servicio por algunas empresas, impone una limitación injustificada a la organización de recursos que el adjudicatario pueda considerar más eficiente.

VALORACIÓN DE ELEMENTOS IMPROCEDENTES

En un concurso para la realización de una obra pública, los criterios de adjudicación incluyen la probabilidad de cumplimiento del calendario de la obra, teniendo en cuenta el resto de obras que cada licitador tiene en ejecución y su grado de influencia sobre la obra a contratar. Este criterio es adecuado para evaluar la solvencia o capacidad de la empresa, pero, una vez superada esta condición para presentar las ofertas, la responsabilidad exclusiva del cumplimiento del calendario recae sobre el licitador; él es quien debe asegurarse de que cuenta con los medios necesarios para realizar la obra, así como de que está en disposición de acabarla en el plazo previsto.

d) Otros aspectos a evitar

9. Insuficiente transparencia en el sistema de atribución de puntuación a los criterios de valoración. En la medida de lo posible, debe explicarse el mecanismo y los parámetros que determinan la progresividad de las puntuaciones, para limitar posibles excesos de discrecionalidad. Así mismo, en general es preferible evitar que las puntuaciones se limiten a la posibilidad de obtener solo dos evaluaciones, la mínima, a la que se atribuiría por ejemplo 0 puntos, y una máxima, valorada con la cifra que se decida seleccionar, debiendo permitirse un recorrido de puntuación intermedia entre dichos valores extremos. Igualmente, para evaluar los parámetros económicos, es preferible seguir un sistema de progresión lineal entre la puntuación otorgada a cada oferta y el grado de mejora a este respecto que ésta conlleva.

10. Conocimiento ex ante del umbral de anormalidad de las ofertas. Al establecer los mecanismos de identificación de ofertas anormales o desproporcionadas, por ejemplo, en precios, se deben evitar los sistemas que señalicen con carácter previo el “umbral máximo de competencia”, esto es, el nivel del parámetro en cuestión a partir del cual la oferta se considerará desproporcionada. La revelación de esta información puede restringir severamente la competencia, especialmente si el umbral establecido limita excesivamente el ámbito de posibles niveles del parámetro. Con carácter general, además de evitar su conocimiento a priori, es conveniente que los “umbrales de temeridad” de la oferta no estén expresados en valores absolutos, y que, como se ha indicado anteriormente, la eliminación de las ofertas anormales se lleve a

cabo mediante mecanismos que minimicen las posibilidades de interferencia en los incentivos a ofertar en precios. Por ejemplo, se puede establecer la presunción de que la oferta es temeraria si se desvía en un determinado porcentaje del valor medio de todas las ofertas presentadas, e introducir el siguiente mecanismo para su depuración: a los oferentes con precios por debajo de dicho umbral, se les puede plantear la opción de reexaminar el contrato para decidir si desea ratificar su oferta o retirarla sin penalización, con la advertencia de que, una vez ratificada su oferta, no se le admitirá alegación alguna sobre defectos o dificultades surgidas para cumplir el contrato en los términos pactados. Posteriormente, en la fase de ejecución, si el contratista intenta resarcirse del menor precio ofertado cumpliendo defectuosamente el contrato, se le deben exigir responsabilidades para reparar el perjuicio ocasionado al interés público por su incapacidad para cumplir lo pactado.

11. Puntuación de elementos ya tenidos en cuenta al valorar la solvencia. Sin perjuicio de que la propia LCSP prohíbe esta práctica, como antes se ha mencionado, en algunos casos el solapamiento entre ambos criterios no resulta evidente. En particular, cuando se decida puntuar determinadas características de calidad (por ejemplo, a través de la acreditación de una determinada certificación), los elementos puntuables deben permitir reflejar los diferentes grados de calidad presentes en las diversas ofertas (por ejemplo, la medida en que el elemento que se valora contribuye a la mejora del valor técnico de la oferta), en vez de reiterar las cualificaciones de solvencia y aptitud de los licitadores, ya verificadas previamente. Para evitar solapamientos, las características de calidad relevantes a efectos de puntuación deben ir referidas a aspectos relativos al contenido de la oferta, y reflejar elementos funcionales relacionados con los objetivos de calidad que se persiguen, dejando libertad a los licitadores de cara a la acreditación de dicha calidad.

El establecimiento de plazos excesivamente largos, aunque se encuentren dentro de los límites legales, erige barreras de entrada para nuevos operadores, que ven imposibilitado su acceso al mercado durante todo el período de vigencia del contrato, pero, por otra parte, los intervalos de tiempo demasiado reducidos pueden dificultar la amortización de las inversiones necesarias para realizar la prestación objeto del contrato

C. DURACIÓN DE LOS CONTRATOS

La determinación de la duración idónea de un contrato resulta crucial para garantizar un nivel de competencia adecuado en las licitaciones públicas. De acuerdo con la LCSP, la duración de los contratos deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas. El establecimiento de plazos excesivamente largos, aunque se encuentren dentro de los límites legales, erige barreras de entrada para nuevos operadores, que ven imposibilitado su acceso al mercado durante todo el período de vigencia del contrato, pero, por otra parte, los intervalos de tiempo demasiado reducidos pueden dificultar la amortización de las inversiones necesarias para realizar la prestación objeto del contrato,

lo que puede disuadir de la presentación de ofertas y conferir así ventajas a los operadores ya instalados que no necesiten llevar a cabo dichas inversiones, y elevar los costes de gestión para los órganos de contratación.

Para reducir ambos tipos de riesgos:

- Conviene que los contratos no puedan perdurar por largos períodos de tiempo sin ser sometidos a concurrencia,
- Deben evitarse las prórrogas sobrevenidas del plazo contractual (por ejemplo, en contratos de gestión de servicios públicos) como contrapartida por la introducción de modificaciones sustanciales del contrato, a menos que exista una razón de imperiosa necesidad, como por ejemplo un riesgo inminente de cesación del servicio.
- Incluso cuando las prórrogas se encuentren justificadas y su posibilidad esté establecida en los pliegos del contrato, solo debe recurrirse a ellas como mecanismo verdaderamente excepcional, para evitar el riesgo de que otorgamientos sucesivos de prórrogas al contratista lleven a un cierre del mercado por largos y potencialmente indefinidos períodos de tiempo.
- En particular, en los casos de contratos de concesión de obra pública y gestión de servicios públicos, se debe justificar el plazo elegido en función de parámetros objetivos, directamente relacionados con el período de la amortización de las inversiones necesarias para la ejecución del objeto del contrato o de los activos vinculados al contrato.
- Las previsiones normativas en materia de plazos contractuales se han de concebir como plazos máximos, que no deben ser agotados necesariamente.

PRÓRROGA DE CONTRATOS DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

El TSJ de la Comunidad Valenciana⁶ determinó que era ilegal la prórroga por diez años de la concesión vigente de un servicio público municipal de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria, concedida en base a que el incumplimiento contractual o impago por parte de la Administración habría modificado el equilibrio económico de la concesión. En su decisión, el TSJ de Valencia alega varias razones. La primera es que esta posibilidad no se encontraba originalmente prevista en los pliegos del contrato. La segunda es que la LCSP solo permite prorrogar el contrato para restablecer el equilibrio económico de la concesión bajo determinadas circunstancias como consecuencia de modificaciones operadas por la voluntad y actuación de la Administración.

6. Sentencia núm. 144/2009, de 17 de junio de 2009, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

¿De qué forma las decisiones tomadas durante el procedimiento de licitación pública inciden en la libre concurrencia de las empresas?

1. Igualdad en el acceso a la información. El órgano de contratación debe incluir en los pliegos a disposición de los licitadores cuanta información técnica sea procedente para la correcta formulación de la oferta y posterior ejecución del contrato. En los contratos de gestión de servicios públicos o de concesión de obra pública pueden existir sensibles asimetrías de información entre el adjudicatario anterior del contrato y el resto de licitadores, en relación con elementos económicos clave para determinar la rentabilidad del contratista, tales como el grado de uso del servicio o determinados costes de operación. Para evitar que el desconocimiento de estos elementos dificulte al resto de licitadores la formulación de ofertas ajustadas a los parámetros reales de explotación, y contribuya por tanto a relajar las tensiones competitivas. Estos datos deben ser hechos públicos a la hora de licitar un contrato que se pretende renovar.

2. Subsanación de errores. El formalismo administrativo, cuando es excesivo o innecesario en relación con el objetivo que se persigue, se convierte en un obstáculo a la competencia, porque impone a los operadores cargas que podrían evitarse y que pueden incluso llevar a la exclusión de ofertas que resulten plenamente competitivas. Este riesgo aumenta cuando la inobservancia de determinados requisitos procedimentales es suficiente para la exclusión de las ofertas presentadas. La normativa prevé este riesgo otorgando un plazo para la posible subsanación de errores en el caso de la presentación de documentación administrativa. Con carácter general, es subsanable la acreditación de datos o elementos relativos a las características de la empresa que ya existían en el momento de concluir el plazo de presentación de proposiciones, y no es subsanable la acreditación de aquello que al momento de concluir tal plazo no existe, o bien de elementos que se refieren al contenido de las proposiciones de las empresas.

3. Efectividad de la publicidad y transparencia de los distintos trámites del procedimiento. En los procedimientos que requieren la publicidad de los anuncios de licitación, y sin perjuicio de la utilización de los mecanismos previstos para ello en los distintos diarios oficiales, podría potenciarse la difusión de su conocimiento mediante determinadas herramientas telemáticas, como por ejemplo la Plataforma de Contratación de la Dirección General de Patrimonio del Estado. Un uso generalizado de esta plataforma, más allá de los supuestos en que la propia normativa lo exige, por las entidades públicas contratantes para enviar la información relativa a sus procesos de licitación, contribuiría a ampliar el ámbito de los destinatarios potencialmente interesados, en particular, en los anuncios de licitación, y ello sin riesgo de retrasos que pudieran limitar la efectividad de la publicidad.

En todo caso, es conveniente vigilar que la inserción de los anuncios en los respectivos Boletines Oficiales se realiza bajo las rúbricas adecuadas, con objeto de evitar el oscurantismo y la confusión.

¿De qué forma las decisiones tomadas después del procedimiento de licitación pública inciden en la libre concurrencia de las empresas?

A. MODIFICACIONES SOBREVENIDAS Y PRESTACIONES COMPLEMENTARIAS

Mediante este tipo de modificaciones a posteriori del resultado acordado puede llegar a desvirtuarse el carácter competitivo de la licitación inicial, introduciendo variaciones en el contrato o en el precio que alteren su naturaleza. Estas actuaciones pueden llevarse a cabo además con el propósito de rentabilizar un contrato para el que se había ofertado excesivamente a la baja.

1. Modificaciones sobrevenidas. La realización de este tipo de alteración solo puede justificarse por razones de interés público surgidas como consecuencia de causas imprevisibles, y cuando su necesidad está debidamente argumentada en el expediente. Asimismo, las modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato. En todo caso, se recomienda una utilización responsable de esta figura, incluso dentro de los límites que marca la Ley, que conlleve una justificación rigurosa de su necesidad, con independencia de que la posibilidad de modificación estuviese prevista en el contrato o no.

SENTENCIA DEL TJCE SUCCHI DI FRUTTA, DE 29 DE ABRIL DE 2004

La Comisión Europea adjudicó a la empresa Trento Frutta varios lotes para el suministro de zumo de frutas y confituras destinadas a las poblaciones de Armenia y de Azerbaiyán, recibiendo esta empresa, como pago, una serie de cantidades de frutas retiradas del mercado. Con posterioridad a la adjudicación, se permitió que el pago se produjera de forma distinta a la inicialmente prevista, modificándose así el contrato. En vista de esta decisión, Succhi di Frutta, licitadora que no resultó adjudicataria, interpuso recurso, alegando que se habían vulnerado los principios de igualdad de trato y transparencia, entre otras cuestiones.

En su Sentencia, el Tribunal de Justicia afirma que la entidad adjudicadora no está autorizada a alterar el sistema general de la licitación modificando unilateralmente una de sus condiciones esenciales ya que, si ello hubiese figurado en el anuncio de licitación, habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente. En consecuencia, puede considerarse que las modificaciones sobrevenidas no resultan compatibles con el Derecho comunitario a menos que la modificación no afecte a ninguna condición esencial o importante de la licitación, o que la posibilidad de efectuar una modificación, y los tipos de modificación permitidos, estén previstos de forma clara y precisa en la documentación de la licitación.

El régimen legal de modificaciones sobrevenidas inicialmente establecido en la LCSP ha sido objeto de cuestionamiento por parte de las autoridades comunitarias

El régimen legal de modificaciones sobrevenidas inicialmente establecido en la LCSP ha sido objeto de cuestionamiento por parte de las autoridades comunitarias. Como consecuencia de ello, es previsible que dicho régimen experimente cambios en un futuro más o menos próximo que conduzcan a restringir el ejercicio de esta modalidad. Las siguientes recomendaciones pueden ser aplicables con independencia de la decisión concreta que finalmente se adopte respecto a las propuestas de modificación que están siendo actualmente objeto de consideración.

Como regla general, la modificación sobrevenida se otorga al adjudicatario inicial del contrato, si bien nada impide que se lleve a cabo mediante un nuevo proceso competitivo. En cualquier caso, el órgano de contratación debería justificar que no resulta posible, o cuando menos razonable, alcanzar el objetivo que se persigue a través de una nueva licitación, la vía más respetuosa con la libre competencia.

Si finalmente se hace uso de la modificación, además del escrupuloso cumplimiento de las previsiones legales al respecto, debe tenerse en cuenta que existen medidas complementarias que pueden contener, o disminuir, el impacto negativo sobre la competencia de esta alternativa, medidas que, por otra parte, podrían preverse en los pliegos:

- Es conveniente que, en cada pliego, junto con las condiciones esenciales del contrato, figuren expresamente los elementos en los que se permitiría la modificación posterior del mismo en caso de sobrevenir circunstancias imprevisibles, con objeto de tasar las causas de modificación y, con ello, reducir el riesgo de modificaciones injustificadas.

- Dado que las modificaciones sobrevenidas pueden ser consecuencia de una formulación deficiente de los pliegos o los proyectos, éstos se han de elaborar poniendo el máximo esfuerzo en minimizar el riesgo de tener que revisarlos posteriormente, evitando en particular que se traten como “imprevisibles” circunstancias que resultan perfectamente previsibles en el momento de la licitación. Cuando estas deficiencias en el proyecto sean imputables al contratista redactor del proyecto, cabe considerar la posibilidad de exigirle la correspondiente responsabilidad.

- Al no existir licitación, la Administración podrá pactar las nuevas condiciones de prestación, según prevé la Ley, directamente con el contratista. Cuando la modificación de los precios sea significativa en relación con el importe original del contrato, podría ser conveniente contrastar esos precios en el mercado, incluso si el porcentaje de incremento del precio en relación con el presupuesto original se encuentra dentro de los umbrales permitidos legalmente.

- Debe evitarse incluir en la modificación nuevas prestaciones que no son directamente imputables al surgimiento de la circunstancia imprevisible que la ha motivado.

Otras actuaciones útiles a este fin son:

- Hacer un seguimiento de los contratos que se otorgan por la entidad pública, de manera que se identifique cuántos de ellos son modificados y en qué porcentaje, haciendo públicos estos datos en un informe anual. Si en este análisis se detectara un uso frecuente de estas prácticas, que, por su naturaleza, deberían ser excepcionales, sería conveniente arbitrar los medios necesarios para una mejor concreción del objeto del contrato, especificándolo en los pliegos.

■ Otra herramienta interesante es el análisis por el órgano de contratación de los porcentajes de variación del presupuesto inicial en los contratos que han sido objeto de modificación. Si estos porcentajes se sitúan sistemáticamente en franjas relativamente elevadas (aun cuando se encontrasen por debajo de los umbrales que legalmente pudieran existir), ello puede constituir un indicio de que las modificaciones no responden, al menos en su totalidad, a circunstancias imprevisibles.

2. Prestaciones complementarias. Estas prestaciones suponen en la práctica la realización un nuevo contrato que se adjudica por el procedimiento negociado. Su utilización debe ser justificada sobre la base de la existencia de circunstancias imprevistas y quedar restringida a los casos en que no sea posible alcanzar el resultado pretendido mediante una licitación ordinaria. La LCSP supedita esta posibilidad a que el importe adicional no supere un porcentaje determinado de variación en relación con el precio original del contrato.

Al igual que en el caso de las modificaciones sobrevenidas, las prestaciones complementarias pueden utilizarse indebidamente, por ejemplo para reequilibrar un contrato obtenido mediante ofertas excesivamente bajas, o recurriendo a ellas en condiciones que difícilmente pueden considerarse imprevisibles, dada su aparición reiterada, o bien para introducir a través de ellas modificaciones cuyo valor alcanza un porcentaje elevado en relación con el contrato original. En consecuencia, para evitar estas extralimitaciones, es necesario que su uso se justifique clara y expresamente, identificando precisamente el motivo que origina la necesidad de recurrir a esta figura. Cuando las circunstancias alegadas conlleven que el porcentaje del monto de las prácticas complementarias se sitúe en torno al máximo permitido por la normativa, o cuando estas prácticas sean empleadas de manera sistemática en un elevado número de contratos celebrados por un mismo órgano de contratación, debe considerarse la posibilidad de que sean indicativas de un cumplimiento deficiente de la condición de imprevisibilidad.

UTILIZACIÓN INAPROPIADA DE LA FIGURA DE LAS OBRAS COMPLEMENTARIAS

En un expediente relativo a unas obras complementarias en un edificio, adjudicadas mediante procedimiento negociado sin publicidad, la Administración justifica las mismas como consecuencia de la necesidad de acometer la realización de nuevas instalaciones como medida de seguridad adicional para el edificio, así como por la necesidad de instalar aparatos de voz y megafonía. En el expediente no figura ninguna explicación sobre la razón por la que estas actuaciones deban considerarse como resultado de circunstancias imprevistas, como exige la LCSP por lo que debían y podían haberse tramitado mediante procedimientos de licitación ordinarios con la debida publicidad.

Para evitar alteraciones indebidas a posteriori en materia de precios y garantizar el efectivo cumplimiento del contrato, se ha de partir de una correcta estimación inicial de la retribución al contratista, atendiendo al valor real de mercado de los bienes o servicios.

B. MODIFICACIONES DE PRECIOS

Para evitar alteraciones indebidas a posteriori en materia de precios y garantizar el efectivo cumplimiento del contrato, se ha de partir de una correcta estimación inicial de la retribución al contratista, atendiendo al valor real de mercado de los bienes o servicios. Si se prevé que la determinación del precio del contrato se vaya fijando en función de determinados parámetros, como las inversiones realizadas, ha de establecerse un mecanismo claro y sencillo de comprobación y control. Si desde un primer momento se tiene claro que no resulta procedente la revisión de precios, ello debe hacerse constar en el pliego, conforme dispone la LCSP.

En los casos en que se prevean fórmulas específicas de revisión de precios, éstas se han de diseñar de modo que respondan efectivamente a la finalidad de mantener el equilibrio financiero del contrato, velando especialmente porque no se produzcan modificaciones injustificadas.

C. SUBCONTRATACIÓN

En ocasiones, la ejecución del contrato por uno o varios operadores diferentes del adjudicatario original puede dar lugar a una reducción de la competencia efectiva en la fase de licitación

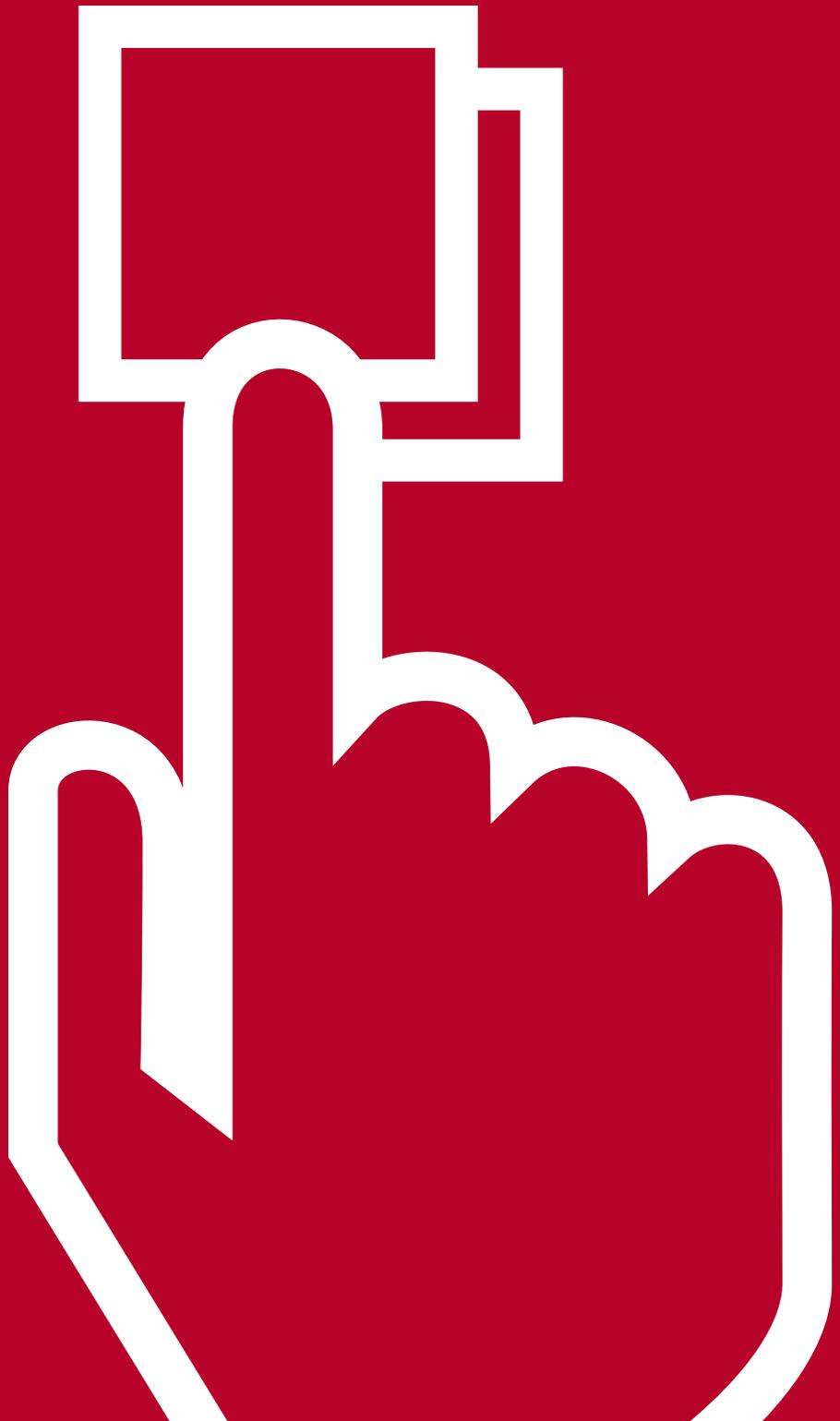
La subcontratación permite al contratista una mayor flexibilidad y diversidad de opciones de organización, lo que puede redundar en una reducción de costes. En general, la LCSP permite al contratista una subcontratación de hasta el 60% del importe del contrato, salvo que el contrato o los pliegos dispongan otra cosa. También permite al órgano de contratación imponer la subcontratación al contratista hasta en un 30% del presupuesto.

La subcontratación puede favorecer la participación de ciertas empresas en la contratación pública, en particular las PYME. Sin embargo, en ocasiones, la ejecución del contrato por uno o varios operadores diferentes del adjudicatario original puede dar lugar a una reducción de la competencia efectiva en la fase de licitación, y ello incluso cuando se realiza por debajo del límite establecido en la LCSP. Ello es así cuando ciertas empresas que podrían acudir al proceso competitivo como licitadores, optan por no hacerlo – o por participar de forma menos agresiva de lo que podrían- prefiriendo actuar de subcontratistas, con la consiguiente relajación de las condiciones de competencia de la licitación.

Por todo ello, a la hora de valorar el margen que se establece para la subcontratación de la prestación contratada, así como la imposición de dicha subcontratación al contratista, el órgano de contratación debe valorar si las circunstancias del mercado existentes permiten alcanzar el objetivo de favorecer el acceso de las PYME a los contratos públicos sin reducir de manera ostensible la competencia efectiva en el proceso de licitación.

3.

La colusión entre oferentes a licitaciones



La colusión entre oferentes a licitaciones

¿Qué es la colusión entre oferentes en una licitación pública?

La colusión entre oferentes en una licitación pública se produce cuando éstos se ponen de acuerdo para fijar el precio o cualquier otra condición comercial, o para repartirse el mercado, con el objetivo de obtener mayores beneficios del concurso o subasta pública.

¿Por qué es perjudicial la colusión entre licitadores?

Estos acuerdos afectan negativamente tanto a la competencia en los mercados de los bienes y servicios licitados como a la gestión que las Administraciones hacen de los recursos públicos. Los ciudadanos se ven así doblemente perjudicados: como consumidores, al reducirse o eliminarse la competencia en el mercado, y como contribuyentes, al generarse un mayor coste en la contratación pública. Según distintas estimaciones, los precios de los bienes y servicios contratados en las licitaciones donde ha existido colusión pueden incrementarse en más de un 20%.

¿Qué normas sancionan la colusión entre oferentes en una licitación pública?

La colusión entre empresas se encuentra prohibida por el artículo 1 de la LDC, y, de acuerdo a su artículo 62, podría ser considerada infracción muy grave. En este caso, el artículo 63 contempla la posibilidad de imponer una multa que podría alcanzar el 10% de la cifra total de negocios de la empresa, o, cuando no fuera posible delimitarla, una multa de más de 10 millones de euros.

El falseamiento de la competencia en licitaciones públicas no sólo constituye una infracción administrativa, sino que puede constituir un ilícito penal. El artículo 262 del Código Penal establece que quienes alteren los precios en concursos y subastas públicas pueden ser sancionados con penas de prisión de uno a tres años, y sanción de días-multa de doce a veinticuatro meses, así como la posible pena de inhabilitación especial para contratar con las Administraciones Públicas por un periodo de tres a cinco años.

Asimismo, la Disposición Adicional 27^a de la LCSP recoge la obligación de los órganos de contratación y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado de notificar a la CNC los hechos observados que puedan constituir infracciones a la legislación de defensa de la competencia. Del incumplimiento de esta obligación podría derivarse responsabilidad administrativa.

Factores que pueden facilitar la colusión

El éxito en los intentos de colusión es más probable cuando las empresas son capaces de acordar objetivos y medios comunes para alcanzarlos, de verificar la aplicación de lo acordado y de sancionar a los participantes en el acuerdo que lo incumplan.

La existencia de este conjunto de condiciones depende a su vez, principalmente, de las características de los mercados en que se desarrolla la contratación pública y del diseño del proceso de contratación.

¿Qué características del mercado facilitan la existencia de colusión?

Respecto al mercado, la colusión tiende a ser más factible cuando:

- El mercado puede considerarse estable, porque, por ejemplo, existen barreras de entrada que dificultan o impiden la entrada de nuevos competidores, y no parece probable que se produzcan modificaciones importantes de las condiciones de demanda, o innovaciones tecnológicas significativas en el producto en cuestión. Todo ello propicia no sólo la realización de acuerdos sino también la posibilidad de extender su duración a lo largo de mayores períodos de tiempo.
- El producto o servicio que ofrecen las empresas es relativamente homogéneo, lo que facilita la consecución de acuerdos respecto al precio ofertado.
- Los productos o servicios objeto de la contratación pública no cuentan con sustitutivos cercanos, de manera que los órganos contratantes pueden tener pocas alternativas cuando los licitadores alcanzan un acuerdo.
- Existen vínculos contractuales o estructurales entre las empresas participantes en el mercado que pueden facilitar la coordinación y el seguimiento del comportamiento de todas ellas.

¿Qué características del diseño de licitación pueden favorecer la colusión?

En la primera parte de esta Guía se han proporcionado pautas básicas para favorecer la competencia en las diferentes fases de la contratación pública: en la decisión sobre la celebración del contrato, en la selección del procedimiento, en el diseño de los pliegos, durante el desarrollo del procedimiento y durante la fase de ejecución del contrato.

Al favorecer la competencia a través de las anteriores recomendaciones, se está implícitamente reduciendo la capacidad de las empresas para coludir. De manera más específica, las Administraciones Públicas pueden tener en cuenta también otros factores para desincentivar las conductas colusorias. Estos factores se refieren, en particular, a aquellos que tiendan a dificultar y restringir la participación de potenciales licitadores competitivos,

Si se opta por fraccionar los contratos objeto de la licitación, el número de lotes no debe ser similar al número estimado de participantes, evitándose en todo caso que todos los lotes sean del mismo tamaño

a facilitar la predictibilidad de las condiciones de la contratación y/o a posibilitar la comunicación entre los licitadores.

■ Respecto al **número de licitadores**, por sus potenciales efectos preventivos de la colusión cabe añadir a las recomendaciones enunciadas en la primera parte de la Guía para ampliar y diversificar la participación, todas aquéllas que contribuyen a aumentar la incertidumbre entre los licitadores respecto al número e identidad de sus posibles competidores.

■ En cuanto a la **predictibilidad** de las condiciones de contratación, en general los incentivos a competir suelen ser mayores cuando la cuantía del contrato es importante y la licitación no es excesivamente frecuente.

Es importante asimismo dificultar la previsibilidad de los requisitos, variando el tamaño de los contratos, - por ejemplo, agregándolos o desagregándolos, o realizando compras conjuntas con otros órganos contratantes del sector público -, y la estructura temporal de los calendarios de licitación. A este respecto, debe tenerse en cuenta asimismo que, si se decide desagregar un contrato, el tamaño y diseño de los lotes objeto de la licitación tiene importantes implicaciones a efectos de las posibilidades de acuerdos colusorios, en la medida en que ello afecta no sólo al número de posibles licitadores - los lotes demasiado grandes pueden dificultar la participación de las pequeñas y medianas empresas -, sino también a la predictibilidad de las licitaciones y a las posibilidades de reparto del contrato entre los licitadores.

Para prevenir estos riesgos es conveniente tener en cuenta las siguientes pautas:

■ Si se opta por fraccionar los contratos objeto de la licitación, el número de lotes no debe ser similar al número estimado de participantes, evitándose en todo caso que todos los lotes sean del mismo tamaño.

■ Se debe considerar la posibilidad de adicionar contratos con otros organismos adjudicadores, en particular cuando los contratos sean de igual objeto, tamaño reducido, similares características y de licitación repetida. La adición de contratos de diferentes órganos adjudicadores puede reducir la previsibilidad de las licitaciones y así dificultar su reparto por parte de las empresas.

Esta adición de contratos puede instrumentarse a través de centrales de contratación creadas por Comunidades Autónomas y Diputaciones Provinciales, según establece la LCSP. Estas centrales de compras pueden ser un medio para que Administraciones de carácter local adicionen o agrupen la contratación de ciertos servicios.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la adición de contratos podría obstaculizar la participación de pequeñas y medianas empresas al aumentar el importe de la licitación.

EJEMPLO: CONTRATOS DE LECHE PARA LOS COLEGIOS.

En la década de los noventa se descubrió la existencia de acuerdos entre competidores para falsear la competencia en la contratación pública de leche para colegios de EE.UU. Esta práctica se vio favorecida por la concurrencia de las siguientes circunstancias: el producto ofertado era idéntico, el mercado era estable, y existían múltiples licitaciones repetidas en lotes pequeños (una licitación por colegio y periodo). La colusión en este ámbito se mantuvo durante décadas, y fue caracterizada por el Departamento de Justicia de EE.UU. como “epidémica”. En este caso se propuso como mecanismo para prevenir la colusión entre licitadores la adición de contratos de diferentes colegios. De esta manera el número de licitaciones se reducía y el tamaño de los lotes se incrementaba, reduciendo la previsibilidad de los procedimientos y dificultando el reparto de los mercados.

Fuentes: Porter & Douglas (1999) “Ohio School Milk Markets: An Analysis of Bidding”. Rand Journal of Economics. Vol. 30. The New York Times (5 agosto 1991), U.S. Investigating School Milk Bidding in 16 States.

■ Por último, respecto a la **comunicación entre los oferentes**, los órganos contratantes se enfrentan a la dificultad de encontrar un equilibrio entre los requisitos de transparencia de los procesos de contratación, cuyo cumplimiento es indispensable incluso a efectos de la lucha contra la corrupción, y la necesidad de evitar la difusión de información que pueda facilitar los acuerdos. Aunque la decisión adoptada varíe en función de situaciones concretas, algunas directrices a tener en cuenta son:

■ La normativa obliga a publicar cierta información sobre la resolución de adjudicaciones anteriores, de acuerdo con el principio de transparencia del art. 123 de la LCSP. Además, permite tanto aportar información adicional a solicitud de los licitantes como restringir los datos aportados en el caso de que su divulgación pueda distorsionar la competencia. El órgano licitador debe por tanto valorar el contenido de sus comunicaciones caso por caso y evitar aportar información que, en el futuro, pudiera ser utilizada para coordinar las ofertas de empresas competidoras.

■ En aquellos casos en los que la legislación contempla la posibilidad de mantener reuniones con las empresas antes del procedimiento de licitación, éstas deben realizarse de forma individual y nunca de forma conjunta.

■ Con el fin de salvaguardar el secreto de las ofertas, su presentación debe llevarse a cabo mediante medios no presenciales, y su gestión administrativa debe realizarse de forma codificada.

■ Cuando una determinada licitación deba ser suspendida o declarada desierta, la probabilidad de que se produzca colusión en un nuevo proceso se incrementa. Para limitar este riesgo es importante variar el diseño de la licitación y evitar, en particular, que el nuevo diseño incorpore procedimientos menos competitivos; debe evitarse, por ejemplo, el recurso a Acuerdos marco, especialmente cuando haya habido con anterioridad contactos con las empresas para ponerlos en marcha.

¿Qué formas puede adoptar la colusión entre oferentes?

■ La previsibilidad de las licitaciones también facilita la posibilidad de comunicación entre los licitadores.

■ Es necesario prestar especial atención a los riesgos de comunicación entre los oferentes, antes y durante el proceso de licitación, cuando existen vínculos contractuales o estructurales entre ellos, por ejemplo, a través de su participación en asociaciones industriales, o cuando, por distintas razones, la transparencia de información entre ellos es elevada.

Como conclusión de este apartado, debe tenerse en cuenta, en todo caso, que ni la concurrencia de estas características en mercados y procedimientos de licitación asegura la presencia de conductas anticompetitivas, ni la ausencia de las mismas garantiza que no exista riesgo de colusión. Todas ellas deben considerarse como indicadores o elementos a tener en cuenta para decidir en qué casos debe procederse a realizar un análisis más detallado.

La colusión suele tener dos objetivos, la fijación del precio o presupuesto ofertado y/o el reparto del mercado, si bien las empresas pueden también optar por pactar otras condiciones específicas de los pliegos (los plazos de ejecución, las características técnicas, etc.).

■ **Acuerdos de fijación de precios:** con el fin de alcanzar un precio superior al que se derivaría de una licitación competitiva, los licitadores pueden, entre otras opciones, acordar los descuentos ofertados, fijar precios mínimos de participación, o aplicar una misma fórmula de cálculo de precio.

EJEMPLO: CORSÉS ORTOPÉDICOS

La Asociación de Ortopédicos de Castilla y León fue sancionada por el TDC por adoptar en 1992 una decisión en la que sus asociados acordaban concurrir con los mismos precios y condiciones al concurso convocado por el INSALUD de Burgos para la compra de corsés ortopédicos. Asimismo, la Asociación pactó los precios con otros cinco empresarios no asociados que acudieron al concurso. El Tribunal sancionó a las empresas implicadas y a las personas físicas que participaron en el acuerdo.

Fuente: Resolución TDC (Expte. 364/95 Ortopédicos Castilla-León) de 12 de diciembre de 1996.

EJEMPLO: VACUNAS

Siete laboratorios presentaron entre 1992 y 1995, precios iguales en concursos convocados por el Servicio Andaluz de Salud para la adquisición de vacunas antigripales. La Consejería de Salud de la Junta de Andalucía denunció el hecho ante el TDC en 1995 dado que dicho año, además de la presentación de siete ofertas idénticas en una convocatoria a sobre cerrado, se produjo una elevación del precio considerable respecto a concursos anteriores y por encima del presupuesto máximo de licitación. El Tribunal consideró los hechos probados y multó a los laboratorios por haberse puesto de acuerdo para fijar los precios de las ofertas.

Fuente: Resolución TDC (Expte. 395/97 Vacunas antigripales) de 30 de septiembre de 1998.

■ **Acuerdos de reparto de mercado:** Las empresas licitadoras pueden tratar de acordar el reparto de mercados geográficos o de clientes. Es habitual que este reparto de licitaciones se realice en base a las cuotas de mercado pre-existentes.

EJEMPLO: CELDAS ELÉCTRICAS

La Comisión Europea sancionó en 2007 a once grupos de empresas por participar en un cártel de equipos para controlar y convertir el voltaje de flujos eléctricos (Gas insulated switchgear) entre 1988 y 2004. Los miembros del cartel compartían información sobre las licitaciones existentes, con el objetivo de coordinar sus ofertas y repartirse el mercado según sus cuotas. En concreto, las empresas japonesas y europeas participantes en el cártel acordaron no vender ni pujar en licitaciones que no pertenecieran a su área geográfica.

Fuente: Comisión Europea IP/07/80. Pendiente de revisión judicial.

EJEMPLO: SACOS INDUSTRIALES

La Comisión Europea sancionó en 2005 a dieciséis empresas del sector de sacos industriales de plástico para embalar por conductas colusorias. El acuerdo afectaba a los mercados nacionales de Alemania, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Francia y España, y, en algunos casos, estuvo vigente durante veinte años. El reparto de mercado se instrumentaba a través de un sistema de gestores de cuentas, en el que la empresa con mayor cuota en un área geográfica o con un determinado cliente tenía la función de coordinar las ofertas del resto de licitadores para resultar ganadora del proceso de licitación y al mismo tiempo ofrecer una falsa apariencia de competencia.

Fuente: Comisión Europea. IP/05/1508.

EJEMPLO: INCOACIÓN EXPEDIENTE S/0226/10 LICITACIONES CARRETERAS

En febrero de 2010 la Dirección de Investigación de la CNC acordó la apertura de un expediente sancionador contra 53 empresas del sector de la construcción por posibles prácticas anticompetitivas consistentes en acuerdos de reparto de licitaciones y fijación de precios en concursos públicos para la rehabilitación y pavimentación de firmes y carreteras. La incoación del expediente no prejuzga la resolución final.

Fuente: Comunicado sobre el expediente S/0226/10 Licitaciones Carreteras.

¿Qué tipo de técnicas se utilizan para realizar la colusión?

Existen diversas técnicas para llevar a cabo los acuerdos entre oferentes, sea cual sea el objetivo de la colusión. Frecuentemente el acuerdo conlleva la selección previa entre sus participantes de la oferta que debe resultar ganadora de un contrato adjudicado mediante licitación. El monto de dicha oferta, o de otras que los participantes puedan presentar en el futuro, debe permitir aumentar las ganancias de todos los participantes, por lo que los acuerdos suelen incluir además diversas técnicas de compensación por la empresa adjudicataria al resto de los participantes para la distribución de esas ganancias.

Las técnicas de colusión más comunes para imponer la oferta ganadora previamente acordada, generalmente utilizadas de manera simultánea, son las siguientes:

■ **Posturas encubiertas:** los miembros del acuerdo designados previamente para no ganar la licitación presentan ofertas que no tienen ninguna posibilidad de salir vencedoras. Estas ofertas, conocidas bajo distintas denominaciones, - “ de resguardo”, complementarias, simbólicas... - pueden adoptar diversas formas, por ejemplo, los supuestos competidores pueden aceptar presentar una oferta demasiado elevada para ser tenida en cuenta, o lo suficientemente alta para superar a la acordada como ganadora, o incluir en su oferta términos especiales difícilmente aceptables por el órgano contratante. De esta manera consiguen señalar la oferta ganadora y dar apariencia de legitimidad al proceso.

EJEMPLO: ASCENSORES

La Comisión Europea sancionó en 2007 a cuatro empresas de ascensores (Otis, KONE, Schindler y ThyssenKrupp) por formar parte entre 1995 y 2004 de distintos acuerdos colusorios, que incluían la manipulación de procedimientos de licitación. En las licitaciones de Bélgica, Holanda, Alemania y Luxemburgo las empresas utilizaban un sistema de posturas encubiertas para repartirse el mercado: se decidía el ganador atendiendo a las cuotas de mercado y se coordinaban las ofertas del resto, presentando propuestas demasiado caras para salir vencedoras. En Alemania y Holanda se garantizaba, además, la cartera de clientes preexistente: la empresa que ya suministraba a una Administración resultaba ganadora en las sucesivas licitaciones convocadas.

Fuente: Comisión Europea. IP/07/209. Pendiente de revisión judicial.

EJEMPLO: CONSTRUCCIÓN EN INGLATERRA

La autoridad de competencia de Reino Unido sancionó a más de cien empresas que coludieron en licitaciones públicas y privadas para la construcción de hospitales, colegios o universidades en el periodo 2000-2006. La manipulación de las licitaciones incluyó el uso de posturas encubiertas y, en algunas de las licitaciones, la realización de pagos compensatorios entre los oferentes a través de facturas falsas. Estos comportamientos fueron investigados a partir de la denuncia de un auditor del sistema nacional de salud.

Fuente: OFT. Construction industry in England CE/4327-04. Abril 2008.

EJEMPLO: GESTIÓN DE RESIDUOS SANITARIOS

La CNC sancionó en 2010 a cuatro empresas de gestión de residuos sanitarios por el reparto de concursos para la sanidad pública en varias CCAA desde al menos 1994 hasta 2007. Se consideró acreditado que estas empresas se repartían los clientes públicos mediante la coordinación de sus ofertas a través de la creación de UTEs, presentando posturas encubiertas y recurriendo a la supresión de propuestas.

Fuente: Resolución CNC (Expte. S/0014/07 Gestión de Residuos Sanitarios) de 18 de enero de 2010. Pendiente de revisión judicial.

■ **Supresión de propuestas:** una vez decidida la empresa que debe ser ganadora de la licitación, el resto de empresas se abstienen de presentar ofertas.

■ **Rotación del ganador:** los miembros del acuerdo pueden coordinarse para ganar por turnos las licitaciones de un órgano de adjudicación, a través habitualmente de la utilización de posturas encubiertas. Al presentar la oferta ganadora de forma rotatoria, todas las empresas resultan adjudicatarias de algún contrato y, por tanto, en estos casos podría no ser necesario un reparto posterior de las ganancias.

EJEMPLO: INSULINA Y SUEROS INYECTABLES

La Comisión Federal de Competencia de México (CFC) sancionó en enero de 2010 a seis laboratorios farmacéuticos por coordinar sus posturas en las licitaciones públicas convocadas por el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) para la adquisición de insulina humana y de sueros inyectables durante el periodo 2003-2006. Las empresas sancionadas se alternaban para ganar la licitación de medicamentos que realizaba periódicamente el IMSS. La empresa ganadora ofertaba un precio artificialmente alto pero con la seguridad de que el resto de competidores presentarían precios aún más elevados. La multa impuesta fue la mayor posible con la ley de competencia aplicable en ese momento en México.

Fuente: Comisión Federal de Competencia México. Expediente número 10-03-2006, Resolución Baxter, S.A. de C.V. y otros. Pendiente de revisión judicial.

EJEMPLO: TUBERÍAS DE RADIADORES

La Comisión Europea sancionó en 1998 a diez productores de tuberías para radiadores por acuerdos colusorios. En Alemania y Dinamarca las empresas se repartían las licitaciones públicas a través de un sistema de rotación del ganador, en el que primero se designaba al ganador del proceso y a continuación el resto de competidores presentaban ofertas más elevadas.

Fuente: Comisión Europea. IP/98/911.

EJEMPLO: MUDANZAS

La Comisión Europea sancionó en 2008 a nueve empresas de mudanzas internacionales belgas por colusión. Este cártel, que operó durante diecinueve años, manipulaba licitaciones públicas para conseguir una rotación del ganador a través de posturas encubiertas. Las empresas se repartían las ganancias a través de compensaciones a las que denominaban "comisiones", que entraban a formar parte del precio final y se distribuían entre las empresas perdedoras a través de facturas falsas.

Fuente: Comisión Europea. IP/08/415. Pendiente de revisión judicial.

¿Cómo pueden detectar las Administraciones Públicas si ha existido colusión entre los licitadores?

Indicadores a tener en cuenta en la presentación y en la adjudicación de las ofertas:

En cuanto a las técnicas de compensación utilizadas para retribuir a todas las empresas participantes en el acuerdo colusorio, una vez llevado a cabo el procedimiento de licitación, la empresa adjudicataria puede recurrir a varias vías, todas ellas encubiertas, para evitar en lo posible que sirvan de pista del acuerdo en cuestión. Estas vías incluyen:

- El uso de facturas fraudulentas por trabajos inexistentes, generalmente de consultoría.
- La subcontratación por la empresa adjudicataria de parte de las tareas asociadas al suministro de bienes y servicios objeto del concurso o subasta públicos, a favor de otras empresas que hayan colaborado con la presentación de posturas encubiertas o mediante cualquier otra técnica utilizada para asegurar el resultado de la licitación.

Existen diversos indicadores que, si bien no deben ser tomados como una condición necesaria ni suficiente para demostrar el falseamiento del proceso de licitación, proporcionan sin embargo información que puede ayudar a las Administraciones Públicas a decidir cuándo deben proceder a realizar una investigación detallada.

En la interpretación de estos indicadores debe tenerse en cuenta que, en general, su fiabilidad y capacidad para revelar la existencia de acuerdos colusorios es mayor si su análisis se realiza de forma sistemática, comparando los resultados y las prácticas observadas a lo largo del tiempo o en licitaciones similares. El esfuerzo dirigido a la detección de patrones de conductas sospechosas mantenidos durante determinados períodos de tiempo es, en este sentido, más útil que los intentos de identificación de problemas en una única operación específica.

- El número de empresas que presentan ofertas es más reducido de lo habitual.
- Algunas empresas no acuden a una licitación a la que normalmente se hubieran presentado, mientras siguen acudiendo a licitaciones de similares características ante otros organismos de adjudicación.
- Algunas empresas se presentan siempre a pesar de que nunca resultan ganadoras. Es posible que estas empresas obtengan a cambio de la presentación de posturas encubiertas algún tipo de compensación por parte de la empresa adjudicataria.
- Varias empresas presentan una oferta conjunta a pesar de que, al menos una de ellas, podrían haberlo hecho de manera individual.
- Presentación de ofertas por parte de varias empresas vinculadas o de un mismo grupo. Si bien esta situación puede estar permitida

Indicadores relacionados con los precios

por la normativa, la pertenencia a un mismo grupo empresarial puede facilitar la coordinación de sus estrategias.

- La empresa que presenta la mejor oferta ante un órgano adjudicador es frecuentemente la misma, lo que probablemente sea debido a un acuerdo colusorio previo de reparto de mercado.
- Algunas empresas sólo obtienen ofertas ganadoras en determinadas áreas geográficas, aunque se presentan en varias.
- Los licitadores parecen turnarse a lo largo del tiempo en la presentación de la oferta ganadora.
- La empresa adjudicataria de la licitación repetidamente subcontrata la realización de parte del contrato con otras que no resultaron ganadoras del concurso o subasta correspondientes.

Los precios presentados en una licitación también pueden ser indicativos de la existencia de acuerdos colusorios, sobre todo cuando reflejan aumentos respecto a licitaciones similares anteriores no justificados por un incremento de costes, o cuando algunos de los precios ofertados son muy superiores al de la oferta ganadora, un indicio típico de postura encubierta “de respaldo” antes mencionada.

En general, conviene examinar con atención los patrones de oferta de precios que presentan alguna o varias de las siguientes características:

- Aumentos repentinos e idénticos de precios por los licitadores no justificados por incrementos de costes.
- Las empresas realizan unas estimaciones de costes de determinadas partidas idénticos y/o poco realistas.
- Diferencias significativas en los precios que una misma empresa oferta para un contrato similar ante diferentes órganos adjudicadores o ante entidades privadas.
- Ofertas de precios más altos ante los órganos de contratación radicados en determinado territorio por empresas residentes en el mismo que las presentadas por esas mismas empresas ante otros órganos de contratación.
- Reducciones significativas en los precios ofertados tras la aparición de un nuevo oferente en las licitaciones pueden revelar la existencia previa de un acuerdo entre competidores.
- Subidas generales en los precios de todas las ofertas respecto a licitaciones previas sin aumentos de costes o cualquier otra justificación aparente.
- Presentación de ofertas con precios superiores al presupuesto máximo de adjudicación. Las empresas podrían haber llegado a un acuerdo para que se declare desierta la licitación y forzar al órgano adjudicador a incrementar su presupuesto máximo.

Indicadores en la documentación o en el comportamiento de las empresas:

Aunque estos indicadores se centran en el análisis de los precios, también es posible detectar un acuerdo prestando atención a otras características del contrato que condicionen su adjudicación, tales como plazos de ejecución idénticos, modificaciones coordinadas de características ofertadas previamente, similitud en las características técnicas de las ofertas, etc.

En muchas ocasiones la detección de comportamientos colusorios no requiere la utilización de técnicas complejas. Determinadas consultas o comentarios que de forma informal realicen las propias empresas licitadoras a los órganos adjudicatarios, o la presencia de características inusuales en las propuestas, pueden ofrecer indicios de posible colusión entre empresas competidoras a tener en cuenta por dichos órganos.

Características inusuales de las propuestas y en su presentación, por ejemplo:

- Errores de cálculo, fallos ortográficos o problemas formales de presentación de la oferta que se repiten en varias propuestas.
- La presencia de borrones o tachaduras en todas las ofertas podría ser indicativo de un acuerdo de última hora.
- Ofertas de diferentes licitadores presentadas con tipografía o papelería idénticas.
- Ofertas enviadas desde una misma dirección de correo, número de fax, o dirección de email.

Declaraciones de los oferentes:

- Referencias habladas o escritas sobre la posible existencia de un acuerdo.
- Rechazo sistemático a ofertar en determinadas áreas o a ciertos órganos de contratación.
- Preguntas o inquietudes sobre las posibles consecuencias de la existencia de acuerdo.
- Uso por parte de varios oferentes de terminología similar al explicar, por ejemplo, elevaciones de los precios.

Otros comportamientos sospechosos:

- Una empresa adquiere las bases para sí y para algún competidor, o bien presenta su propuesta y la de otra empresa a la vez.
- Una empresa presenta una propuesta que no tendría capacidad de ejecutar.
- Únicamente una empresa ha buscado la información relevante de costes y precios para presentar una oferta, por ejemplo contactando con los proveedores de los componentes, cuando al proceso de licitación han acudido varias.

¿Qué medidas específicas pueden adoptar las Administraciones Públicas para reducir la probabilidad de colusión?

Acceso a la información

El papel del personal de los órganos contratantes en la prevención y detección de acuerdos colusorios en los procesos de adjudicación de contratos públicos es crucial.

La potenciación de la eficacia de su función a este respecto requiere una atención especial a dos vías de actuación: las medidas encaminadas a facilitar su acceso a la información sobre mercados, productos y proveedores relacionados con el objeto de los contratos públicos de su competencia, y la determinación de directrices de actuación, especialmente en el caso de las agrupaciones de empresas, o en casos de presencia de indicios o sospechas fundadas de existencia de acuerdo colusorio.

La probabilidad de colusión entre oferentes se incrementa cuando existe información asimétrica, es decir, cuando las empresas oferentes tienen más información sobre la estructura y el funcionamiento del mercado que el órgano licitador.

Para prevenir o corregir este riesgo, es importante facilitar y promover que el personal de estos órganos pueda recabar información sobre aspectos básicos tales como posibles proveedores, precios, y costes de los productos objeto de la contratación pública de su competencia, así como sobre cambios recientes en todos estos datos y tendencias de la industria que puedan afectar a las condiciones de competencia de la oferta.

Aunque es posible obtener esta información de muy diversas maneras, el acceso y la posibilidad de explotación de los datos relativos a anteriores licitaciones es una de las más importantes, por lo que una de las prioridades de actuación en este ámbito debe ser el registro y compilación sistemáticos de todos los datos relevantes: ofertas ganadoras, el precio u otras condiciones de adjudicación, oferentes que han participado en diferentes licitaciones y características de esas licitaciones, etc.

La creación y mantenimiento de esta base de datos es un elemento básico para la detección de la existencia de patrones de conductas sospechosas que pueden mantenerse a lo largo del tiempo, un análisis que, como se ha señalado anteriormente, es especialmente eficaz para la prevención de la colusión en la contratación pública.

Para prevenir, detectar y sancionar acuerdos colusorios es importante recopilar información histórica y formar al personal del órgano adjudicador:

Es conveniente:

- Facilitar formación al personal sobre técnicas de detección y prevención de acuerdos de colusión.
- Registrar de forma sistemática la información de licitaciones anteriores, archivando los datos relativos a las ofertas ganadoras, el precio u otras condiciones de adjudicación y toda la información relevante acerca de los oferentes que han participado en las licitaciones. Esto permite el seguimiento y la identificación de patrones, tendencias e indicadores sospechosos.
- Informarse sobre cómo denunciar comportamientos sospechosos ante la CNC o ante las autoridades de competencia autonómicas

El caso especial de las AIE y UTE

La utilización de UTE o de AIE para participar en procedimientos de licitación puede tener efectos positivos, al facilitar el acceso a la financiación de grandes inversiones y permitir la participación de PYMES que pongan en común recursos complementarios.

No obstante, estas agrupaciones de empresas también pueden facilitar la colusión, y por ello deben recibir una especial atención. Entre los posibles indicadores de existencia de un acuerdo anticompetitivo figuran:

- 1.** La capacidad de participar individualmente en la licitación correspondiente de algunas de las empresas miembros de la AIE o UTE.
- 2.** La participación simultánea de empresas de un mismo grupo empresarial en un procedimiento de licitación, por ejemplo una empresa del grupo se presenta de manera individual y otra a través de una UTE o AIE.
- 3.** Las empresas que forman la UTE o AIE concentran una parte importante de la actividad en el ámbito público o privado.
- 4.** Una UTE o AIE con cuota de mercado global elevada rechaza la participación en la agrupación de otras empresas que no disponen de capacidad para formar una UTE o AIE diferente y competitiva para una determinada licitación.
- 5.** Las empresas han intentado acudir al concurso mediante UTE o AIE previamente y no se les ha permitido. Cuando finalmente participan de forma individual pueden mantener la intención de actuar de forma coordinada. Esta situación ha sido objeto de investigación y posterior sanción por parte del TDC en diversas ocasiones.
- 6.** Las empresas acuden individualmente a la licitación y luego subcontratan la ejecución con una AIE de la que todas forman parte. Esto podría reflejar la existencia de un acuerdo de reparto de mercado para asegurar que, independientemente de quién gane la licitación, la ejecución se realizará de forma conjunta.

EJEMPLO: VIAJES INSERSO

Viajes Halcón, Barceló, Iberia y Marsans constituyeron una AIE que se presentó al proceso de licitación del programa de vacaciones del INSERSO en el año 1995. Dado que la junta de contratación no permitió la participación de la agrupación, las empresas optaron por presentarse individualmente pero acordando precios y ciertas condiciones de la oferta. Además, pactaron que la adjudicataria subcontrataría con la AIE y ésta repartiría la ejecución entre los 4 miembros, presentando ofertas idénticas. El TDC sancionó a las empresas implicadas.

Fuente: Resolución del TDC (Expte.476/99 Agencias de Viaje) de 25 de noviembre de 2000.

EJEMPLO: AMBULANCIAS

Una empresa de ambulancias de Orense denunció en 2003 a una AIE del sector por cerrar el acceso al mercado público y privado, al repartirse la actividad entre sus socios. Ciertas cláusulas del acuerdo de AIE fueron consideradas anticompetitivas por el TDC.

Un caso valorado de forma similar fue la constitución de una UTE entre 13 empresas de ambulancias de Cuenca para participar en concurso público. Esta agrupación incluía cláusulas dirigidas a repartirse el mercado público y privado.

Fuente: Resolución del TDC (Expte. 565/03 Ambulancias de Orense) de 5 de Junio de 2006. Pendiente de revisión judicial. Resolución del TDC (Expte. 565/05 Ambulancias Conquenses) de 20 de Septiembre de 2006.

Si existen sospechas previas de colusión entre las empresas participantes ¿Qué principios básicos deben respetarse?

- Es preferible utilizar procedimientos ordinarios de licitación, en particular el procedimiento abierto, y no abusar de técnicas como el acuerdo marco y los sistemas dinámicos ya comentados.
- Las subastas electrónicas, por su transparencia, pueden facilitar la detección de incumplimientos de los acuerdos de colusión y el conocimiento de precios y comportamientos de competidores, sobre todo en subastas recurrentes.
- Si se opta por una subasta que conste de varias fases, es recomendable condicionar su celebración a la participación de un número mínimo de empresas. Por otra parte, es aconsejable limitar la información proporcionada a los licitadores a la que la ley exige; por ejemplo, comunicar en cada fase a los licitadores su clasificación, sin difundir otros datos adicionales como, por ejemplo, el número de licitadores en cada fase, los precios ofertados, o la puntuación otorgada a otros elementos de la oferta del resto de licitadores.
- Debe solicitarse información sobre la situación jurídica de los oferentes para verificar su autonomía de decisión y las relaciones societarias entre ellos.
- Si se ha recurrido a consultores externos para definir los criterios técnicos, no debe delegarse en ellos la gestión del proceso de adjudicación. En caso de que se delegue, debe firmarse al menos un acuerdo de confidencialidad con ellos, además de hacer constar que no existen conflictos de intereses.
- Debe advertirse a los licitadores que cualquier incremento del presupuesto inicial será minuciosamente investigado y que cualquier modificación sobrevenida del contrato que no esté suficientemente justificada requerirá la realización de una nueva licitación.
- Los órganos adjudicadores deben informar a los oferentes de las penas y sanciones aplicables en caso de colusión, incluyendo por ejemplo en los pliegos de cláusulas administrativas particulares una referencia a las consecuencias administrativas y penales de estas conductas.

PROPUESTA DE TEXTO A INCLUIR EN LOS PLIEGOS:

En España la colusión entre empresas se encuentra prohibida por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. De acuerdo a su artículo 62 podría ser considerada infracción muy grave, en cuyo caso, el artículo 63 contempla la posibilidad de imponer una multa que podría alcanzar el 10% de la cifra total de negocios de la empresa, o, cuando no fuera posible delimitarla, una multa de más de 10 millones de euros. Asimismo, de acuerdo con el artículo 61.2 de la LDC, dicha conducta no sería únicamente imputable a la empresa que directamente la ejecute sino también a las empresas o personas que la controlan.

El falseamiento de la competencia en licitaciones públicas no sólo constituye una infracción administrativa, sino que puede constituir un ilícito penal. El artículo 262 del Código Penal establece que quienes alteren los precios en concursos y subastas públicas pueden ser sancionados con penas de prisión de uno a tres años, inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales y multa de doce a veinticuatro meses, así como la posible pena de inhabilitación especial para contratar con las Administraciones Públicas por un periodo de tres a cinco años.

Asimismo, la Disposición Adicional 27ª de la LCSP recoge la obligación de los órganos de contratación y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado de notificar a la CNC los hechos observados que puedan constituir infracciones a la legislación de defensa de la competencia. Del incumplimiento de esta obligación podría derivarse responsabilidad administrativa.

- Cuando existan sospechas fundadas de un posible acuerdo colusorio, puede ser conveniente exigir en el anuncio de la licitación que las empresas indiquen en las ofertas su intención de usar subcontratistas y el nombre de las empresas que piensan subcontratar, porque puede facilitar la detección del posible mecanismo de compensación previsto en el propio acuerdo. En determinados casos, puede ser conveniente tener en cuenta incluso la posibilidad de prohibir en los pliegos la opción de subcontratar la ejecución del contrato con las mismas empresas que hubieran concurrido a la licitación, salvo autorización expresa del órgano de contratación.
- Cuando la mesa de contratación valore de manera similar las ofertas recibidas, no se debe optar por fraccionar el contrato en lotes y repartirlo entre los licitadores, ya que ello aumenta el riesgo de colusión en futuros procedimientos de licitación.

¿Qué pasos deben seguir las Administraciones Públicas si disponen de indicios sólidos acerca de la existencia de colusión entre los oferentes de una licitación?

1. Ponerlo en conocimiento de la CNC o de las autoridades de competencia autonómicas.
 2. Considerar la conveniencia de suspender la licitación.
 3. Contribuir a la posterior investigación respetando las siguientes pautas:
 - Guardar toda la documentación referida a la licitación (ofertas, sobres, registros de comunicaciones, correspondencia, etc.).
 - Registrar todas las conductas y declaraciones relevantes, con objeto de proporcionar información detallada de todas aquellas circunstancias que parecen confirmar las sospechas.
 - No discutir ni comentar las sospechas con las empresas involucradas.
-



Guía sobre Contratación Pública y Competencia

