

LA LUCHA CONTRA LA COLUSIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

MARC REALP i CAMPALANS

Autoritat Catalana de la Competència (ACCO)

La política de competencia es uno de los pilares fundamentales sobre los que debe pivotar una contratación pública eficiente tal y como queda reflejado en las numerosas menciones al principio de concurrencia y la salvaguarda de libre competencia que se hacen en la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP); en particular, en sus artículos 1.1 y 132.

Y es que una contratación pública que fomente la concurrencia y la libre competencia está incentivando la rivalidad entre operadores para que cada uno de ellos ofrezca las mejores condiciones en términos de calidad y precio con el objetivo de resultar adjudicatario. Los principales beneficiarios de esta competencia son los contribuyentes dado que la administración pública adquirirá mejores bienes o servicios a un precio menor. Adicionalmente, estas presiones competitivas contribuirán a conseguir mejoras de eficiencia e innovación que se traducirán con toda probabilidad, a nivel agregado, en una mayor productividad y crecimiento económico del país.

En este sentido, hay que tener en cuenta que la contratación pública representa más de un 15% del PIB español y que los costes anuales para el estado español debidos a la reducción de presiones competitivas provocadas por fraude en la contratación pública se estiman en 47.500 millones de euros. Adicionalmente, diferentes estudios coinciden en que la colusión en la contratación pública podría conllevar un sobre coste medio de entre el 15% y el 20%.

Por todos estos motivos, las autoridades de competencia se muestran especialmente activas en la aplicación de la política de competencia en la contratación pública. Así, por ejemplo, un 30% de los expedientes tramitados por la Autoritat Catalana de la Competència durante el año 2018 fueron expedientes que tenían por objeto analizar casos de colusión en la contratación pública. De estos, alrededor de un 20% fueron incoados de oficio o por denuncias de operadores competidores no implicados en la colusión, un 30% tuvieron su origen en casos de fraude investigados por la Oficina Antifrau de Catalunya y un 50% tuvieron su origen en una comunicación realizada por los propios órganos de contratación. Cabe mencionar que la comunicación de los órganos de contratación se ha visto - y se verá - incrementada debido a la reforma de la LCSP que establece claramente en sus artículos 132.3 y 150.1 la obligatoriedad de los órganos de contratación de trasladar a las autoridades de competencia el conocimiento de hechos que puedan constituir infracción de la legislación de defensa de la competencia o

de indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación.

Pero la actuación de las autoridades de competencia en relación a la contratación pública no se limita exclusivamente a la fase de presentación de ofertas y de adjudicación. De hecho, las autoridades de competencia disponen de mecanismos para actuar en todas las fases del proceso de contratación con el objetivo de prevenir (en la fase de diseño), detectar (en la fase de adjudicación) y corregir (en la fase de ejecución) la colusión en la contratación pública.

PROMOVER LA CONCURRENCIA Y PREVENIR LA COLUSIÓN MEDIANTE UN DISEÑO PROCOMPETITIVO ↓

La fase de diseño de la licitación es el momento en el que se establecen las condiciones que determinarán el grado de concurrencia y de libre competencia. Hay que tener en cuenta que las consecuencias negativas derivadas de la introducción de determinados elementos de distorsión de la competencia en la licitación persistirán durante toda la vigencia del contrato. Además, en algunos casos, un diseño poco procompetitivo puede llegar a inducir de manera indirecta la colusión. Es por estas razones que el diseño de las licitaciones en la contratación pública ha sido objeto de profundo análisis y de publicación de múltiples guías y recomendaciones por diferentes estamentos y autoridades de competencia a nivel estatal e internacional.

Todas las administraciones públicas cuando deciden recurrir al mercado para abastecerse o para prestar servicios deben garantizar el principio de máxima concurrencia y libre competencia, en primer término, cumpliendo las obligaciones establecidas por la normativa de contratación y, en segundo término, adoptando aquellas decisiones más favorables para la competencia o aquellas que la restrinjan en menor medida, de entre las diferentes posibilidades que contempla la LCSP. Porque incluso en estricto cumplimiento de la LCSP un órgano de contratación puede disponer de diversas opciones en la fase de diseño, no todas igual de procompetitivas. El cumplimiento de este segundo aspecto implica llevar a cabo un análisis para determinar y escoger, entre el abanico de posibilidades previstas normativamente, caso a caso, cuál es la opción más adecuada en términos de competencia.

Por ejemplo, la publicidad es un elemento clave para asegurar un máximo de concurrencia, es decir, para que un número máximo de operadores tengan conocimiento de la licitación y puedan participar. Por lo tanto, son recomendables los procedimientos abiertos de adjudicación y el uso de los mecanismos de publicidad que vayan más allá de los establecidos en la normativa de contratación pública como puede ser el uso de plataformas electrónicas de contratación administrativa.

Existen también otros elementos como la claridad de los pliegos o la información disponible para los licitadores que son importantes para que no existan diferencias entre potenciales adjudicatarios y los operadores incumbentes en relación al conocimiento del bien o servicio a prestar. En general, es importante evitar criterios o cláusulas que favorezcan o privilegien al operador que actualmente presta el servicio.

Sin embargo, existen cuatro criterios determinantes que, mal diseñados, pueden limitar significativamente la concurrencia y favorecer indirectamente la colusión. Estos son:

- Criterios de solvencia económica y técnica
- Fraccionamiento de los contratos en lotes
- Fórmula para la valoración del precio
- Duración del contrato

Además, las autoridades de competencia están legitimadas para impugnar por la vía contenciosa-administrativa el diseño de aquellas licitaciones que se consideren altamente restrictivas de la competencia.

Criterios de solvencia económica y técnica ↓

La LCSP otorga un amplio margen de discrecionalidad al órgano de contratación a la hora de determinar los criterios de solvencia que pueden ser exigidos en el marco de un procedimiento de contratación. Sin embargo, condiciona esta decisión al establecer que estos requisitos mínimos de solvencia deben estar necesariamente vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo. Desde una perspectiva de competencia, el establecimiento de un nivel de solvencia técnica o económica desproporcionado en relación con el contrato puede constituir una barrera de acceso al mercado injustificada, dado que limita o acota de manera muy grave el margen de mejora o crecimiento que podrían tener muchos operadores, solventes en base a otros criterios, que ven imposibilitada su capacidad de licitar en el contrato de referencia y, por lo tanto, de progresar mediante el acceso a servicios de mayor dimensión.

En este sentido, el órgano de contratación debería considerar siempre si existen mecanismos alternativos al establecimiento de un nivel excesivamente elevado de solvencia que permitirían garantizar el cumplimiento del contrato (por ejemplo, mediante el establecimiento de penalidades) sin que resultara una afectación tan grave en el nivel de concurrencia y, por lo tanto, el nivel de competencia en el mercado conformado por la licitación. Además, en general, debería permitirse la acumulación de solvencias en caso de operadores concurriendo como Unión Temporal de Empresas (en adelante, UTE) siempre y cuando la participación individual de cada uno de sus integrantes no sea factible.

Fraccionamiento de los contratos en lotes

El fraccionamiento en lotes de una licitación puede resultar positivo desde el punto de vista de la competencia ya que permite reducir la dimensión del contrato y, por lo tanto, dar lugar a la participación de un mayor número de operadores; en particular, de pequeñas y medianas empresas que al no tener la solvencia suficiente no podrían haber licitado si el contrato se adjudicara entero.

No obstante, la división en lotes presenta un claro dilema ya que si bien incrementa las posibilidades de ciertas empresas de presentarse a la licitación también puede incitar el comportamiento estratégico de las empresas de repartirse los lotes.

En este sentido, las administraciones que diseñan el proceso de licitación deben ser muy cautas a la hora de optar por mecanismos restrictivos como limitar la presentación de ofertas a un único lote o la adjudicación de un único lote por participante en la medida que dichas opciones pueden incentivar el reparto de los lotes entre competidores.

En definitiva, la división en lotes implica distintos efectos contrapuestos en términos de competencia que deben tomarse en consideración.

Fórmula para la valoración del precio

El objetivo del órgano de contratación es obtener un determinado bien o servicio con la mejor relación calidad-precio posible. Sin embargo, aunque es evidente que los aspectos cualitativos juegan un rol importante hay que tener en cuenta que el precio constituye un factor clave de competencia y, por esto, la valoración del precio debería, por norma general, tener un peso fundamental en la valoración de las ofertas. Compaginar la importancia del valor precio con la importancia de la calidad no es incompatible ya que existen mecanismos técnicos como por ejemplo las prescripciones mínimas técnicas o las condiciones de ejecución que permiten garantizar el nivel de calidad deseado por el poder adjudicador correspondiente, pero sin disminuir la importancia del factor precio para determinar la oferta económicamente más ventajosa.

Además, la valoración del precio resulta particularmente idónea como factor neutro de competencia en la medida que se trata de un criterio objetivo y fácilmente cuantificable. Asimismo, suele transmitir múltiples aspectos vinculados al grado de eficiencia de los licitadores.

Respecto la configuración de las fórmulas de valoración, ni las directivas comunitarias, ni la LCSP no contienen ninguna indicación clara y precisa respecto a las fórmulas que se pueden utilizar para la valoración de las ofertas económicas. Se trata, pues, de una cuestión que queda dentro del ámbito de decisión propio de cada órgano de contratación, el cual goza de un amplio margen de

discrecionalidad técnica a la hora de diseñar los criterios de valoración de las ofertas y las fórmulas para aplicar la puntuación.

Sin embargo, no se trata de una discrecionalidad absoluta sino que se encuentra sometida a los límites que, en este sentido, han ido perfilando tanto la jurisprudencia comunitaria como la práctica de los tribunales y órganos resolutorios de recursos especiales en materia de contratación pública, los que se podrían resumir de manera muy sucinta en la que, por un lado, las fórmulas otorguen una puntuación proporcional a las ofertas y, por otro, que la oferta más barata reciba la mayor puntuación y la más cara la menor puntuación. En su resolución núm. 906/2014, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales detallaba de manera muy concisa que:

«Se han venido considerando como contrarias al principio de economía en la gestión de recursos públicos, fórmulas que atribuyen mayor puntuación a las ofertas que no sean las más económicas como cuando se tiene en cuenta la relación de la oferta con la baja media (cfr.: Informes del Tribunal de Cuentas nº 958 –pág. 77- nº 1011 –pág. 128-), las que establecen umbrales de saciedad, más allá de los cuales los licitadores no reciben una puntuación superior (cfr.: Informes del Tribunal de Cuentas nº 889 –pág. 101-, nº 942 –pág. 31- y nº 955 –pág. 209-), las que reducen significativamente los márgenes entre las ofertas más caras y las más económicas (cfr.: Informes del Tribunal de Cuentas nº 1009 –pág. 88- nº 1031 –pág. 107) y, a la inversa, las que magnifiquen diferencias económicas mínimas (cfr.: Informe del Tribunal de Cuentas nº 1011 –págs. 121, 211-212, 280) o, en fin, aquéllas que supongan atribuir una puntuación a todo licitador por el mero hecho de presentar oferta (cfr.: Informe del Tribunal de Cuentas nº 839 –pág. 118-).»

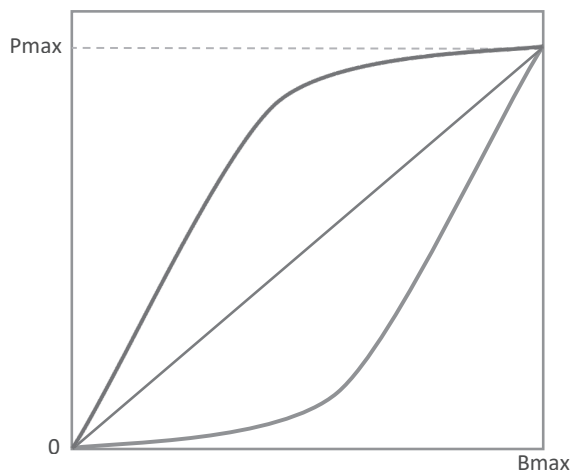
La fórmula que otorga una puntuación estrictamente proporcional a la oferta económica de cada licitador, otorgando 0 puntos al licitador que no realice ninguna baja y otorgando la puntuación máxima al licitador que realice la mayor baja, es la siguiente recta:

$$P_j = (P_{\max}/B_{\max}) \cdot B_j$$

Dónde: P_j es la puntuación del licitador j , P_{\max} es la puntuación máxima, B_{\max} es la baja económica mayor entre todos los licitadores y B_j es la baja económica del licitador j .

Sin embargo, el órgano de contratación podría decidir incentivar más la competencia en precio y, por ejemplo, valorar mejor las bajas económicas que se realicen a partir de un determinado valor. Así, por ejemplo, podría definir una fórmula que, otorgando 0 puntos al licitador que no realice baja económica y otorgando P_{\max} al licitador que realice la mayor baja, dibuje una curva cóncava.

FIGURA 1
PUNTACIÓN VS BAJA



Fuente: Elaboración propia

Contrariamente, una fórmula que dibuje una curva convexa puede desincentivar la competencia en precio.

En definitiva, si bien es cierto que el órgano de contratación dispone de discrecionalidad a la hora de diseñar la fórmula que valore las ofertas económicas, también lo es que la fórmula que se diseñe debe incentivar de forma adecuada la competencia en precio.

Duración del contrato

En la contratación de servicios por parte de la administración pública se debe tener en cuenta que la competencia por el mercado sustituye la competencia en el mercado, ya que los diferentes operadores rivalizan para obtener el derecho a explotar o gestionar unos servicios de manera exclusiva durante un período de tiempo determinado. Es decir, se trata de procesos en que la competencia se produce en el momento de la licitación del contrato, en el que concurre una pluralidad de operadores con diferentes ofertas de precio, calidad u otras características. Una vez adjudicado el contrato a un operador determinado, la competencia por el mercado desaparece durante toda la vigencia del contrato y no reaparece hasta que se produce una nueva licitación.

Por lo tanto, los plazos que se establezcan para la prestación del servicio deberán ser los mínimos que permitan la recuperación de las inversiones y obtener un beneficio sobre el capital invertido evitando asimismo las prórrogas innecesarias del contrato. Sólo así se limita al mínimo período de tiempo imprescindible el cierre de mercado que se produce con la adjudicación. En esta línea, el recurso a las prórrogas de los contratos debería concebirse como claramente excepcional.

Legitimación activa (caso AMB)

Las autoridades de la competencia del estado español están legitimadas para impugnar aquellos actos administrativos con rango inferior a ley que se consideren contrarios al principio de libre competencia (1) y, en particular, la Autoritat Catalana de la Competència tiene reconocida esta competencia en su propia Ley (2).

Así, por ejemplo, haciendo uso de estas facultades la Autoritat Catalana de la Competència ha impugnado recientemente dos licitaciones de servicio público de transporte urbano de viajeros de la Àrea Metropolitana de Barcelona (AMB) por un valor de 350 millones de euros al considerarlas altamente restrictivas de la competencia. En particular, estas licitaciones se refieren a la prestación de este servicio público entre los barrios de Horta y Gràcia de la ciudad de Barcelona y entre Sant Boi de Llobregat, Barcelona y otros municipios de las comarcas del Baix Llobregat y el Barcelonès.

Cabe destacar que, la gestión indirecta (externalización) del servicio público de transporte urbano de viajeros no es habitual dado que las administraciones generalmente optan por la prestación de forma directa de este servicio. Así pues, el número de operadores que disponen de experiencia en la prestación del servicio público de transporte urbano de viajeros es, a priori, reducido. En este sentido, el diseño de unos pliegos procompetitivos se hace más importante si cabe, con el fin de promover al máximo la competencia.

En relación a estas licitaciones, según se menciona en su nota de prensa (3), la Autoritat Catalana de la Competència considera que:

«En ambas licitaciones:

- Se exige un nivel de experiencia previa en número de Km recorridos anuales en transporte urbano muy elevado que comporta que muy pocos operadores puedan participar en la licitación. Asimismo, se imposibilita que caso de presentarse en forma de UTE se pueda sumar la solvencia de los diferentes miembros de la UTE.
- Se pide disponer de terrenos para cocheras en un determinado radio territorial que dificulta significativamente que empresas no implantadas previamente en el territorio las puedan conseguir (vinculación territorial).
- La competencia en términos de precio se encuentra fuertemente diluida, ya que (primero) únicamente 32 puntos (sobre 100) hacen referencia específica a la oferta económica y (segundo) la fórmula que se aplica para distribuir estos 32 puntos es muy poco sensible a las bajas presentadas por los licitadores. Por tanto, las diferencias de puntos asignadas entre los diferentes licitadores en relación con este factor serán muy reducidas, lo que conlleva que la im-

portancia del criterio «precio» sea, en la práctica, aún más residual.»

Aunque todavía no existe sentencia relativa al caso, lo que sí es significativo es que una autoridad de competencia decida hacer uso de sus facultades de impugnación ante unas licitaciones que, a su juicio, están diseñadas con criterios altamente restrictivos de la competencia y que, por lo tanto, la adjudicación resultante de dichas licitaciones podría afectar negativamente al interés general.

DETECTAR PRÁCTICAS COLUSORIAS EN LA PRESENTACIÓN DE OFERTAS ↓

Uno de los riesgos más relevantes para la competencia en el ámbito de la contratación pública se corresponde con la colusión. Como ya hemos comentado en la sección anterior, el diseño del procedimiento de contratación puede prevenir, más o menos, de esta forma de actuar anticompetitiva por parte de los operadores y, por lo tanto, puede condicionar la práctica colusoria elegida por aquellos operadores que decidan actuar ilegalmente. Recordemos que las conductas colusorias por las que diferentes operadores se ponen de acuerdo para no competir entre sí, es decir, para coordinar su comportamiento y reducir artificialmente la competencia están expresamente prohibidas en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Las formas de colusión son muchas, pero suelen hacer referencia principalmente a los precios y calidades ofrecidos por los licitadores o al reparto de mercados o licitaciones por áreas geográficas, por carteras de clientes o por lotes de una misma licitación.

Existen, además, elementos o «*red flags*» (4) a partir de los cuáles los órganos de contratación pueden detectar o identificar prácticas colusorias.

PRÁCTICAS MÁS HABITUALES ↓

Las prácticas más frecuentemente empleadas consisten en:

- Ofertas de cobertura: Se entiende por ofertas de cobertura aquellas ofertas perdedoras presentadas por uno o varios operadores que forman parte del acuerdo colusorio con el objetivo de, aparentando condiciones de competencia efectiva, condicionar la adjudicación para que sea un operador previamente elegido el que presente la oferta más competitiva y, por lo tanto, sea el adjudicatario. Las ofertas de cobertura pueden ser:
 - Ofertas económicas más elevadas que las del ganador designado, de tal manera que la oferta más económica sea la de la empresa que previamente se ha acordado

que ganaría la licitación. De esta forma, la empresa designada ganadora puede presentar una oferta económica mayor a la que correspondería en condiciones de libre competencia.

- Ofertas inaceptables por incompletas o con aspectos que no se ajustan a la licitación de manera que el ganador designado puede preparar su oferta anticipando que los operadores que forman parte del acuerdo colusorio serán excluidos de la licitación.
- Supresión de ofertas: Los miembros participantes del acuerdo colusorio pactan anticipadamente reducir el número de ofertas a presentar en la licitación acordando:
 - No presentarse a una licitación en la que tradicionalmente sí hubieran participado.
 - Retirar una oferta (seguramente la ganadora) a fin de que la adjudicación sea a quien resulta según el acuerdo de colusión.
 - Conformar una UTE para presentar una oferta conjunta cuando los licitadores podrían perfectamente haber presentado oferta de manera independiente.

Estas prácticas pueden darse ad-hoc para una licitación concreta o pueden formar parte de una estrategia a más largo plazo. En el primer caso, lo habitual es que la empresa ganadora de la licitación que obtiene un beneficio extraordinario ilícito lo reparta con el resto de empresas que han participado de forma fraudulenta en la licitación (o que directamente se han abstenido de presentarse) mediante la subcontratación de tareas o pagos directos o indirectos. En el segundo caso, los mecanismos de compensación o de reparto del beneficio ilícito pueden incluir también:

- Rotación de ofertas: Las empresas participantes de la colusión pactan repartirse los contratos para un mismo órgano de contratación. La rotación puede ser:
 - Rotación simple en la que cada empresa gana el mismo número de contratos.
 - Rotación en la que cada empresa gana los mismos ingresos a largo plazo.
 - Rotación según la dimensión de cada empresa en la que cada empresa gana los ingresos proporcionales a su cuota de mercado o dimensión.
- Reparto de mercados: Las empresas realizan un pacto de no agresión en el que, con el objetivo de mantener su status quo en un determinado mercado geográfico, órgano de contratación o ámbito de servicios, unas empresas deciden abstenerse de participar en una licitación o

acuerdan presentar ofertas de cobertura. Asimismo, la repartición de lotes entre las empresas dentro de una misma licitación puede considerarse un reparto de mercado.

Elementos para identificar prácticas colusorias

Durante la fase de presentación de ofertas, existen elementos o indicios que pueden ayudar a los órganos de contratación para detectar una conducta colusoria. Algunos de ellos son:

- En relación a los licitadores: Identificar variaciones en el nivel de concurrencia o, en general, dinámicas de comportamiento de los licitadores impropias en un mercado en libre competencia. Éstas pueden ser:
 - Presencia de un número de licitadores inferior al habitual sin que, aparentemente, existan condiciones en la licitación que lo justifiquen.
 - Existencia de ofertas incoherentes de un mismo licitador, por ejemplo, presentando ofertas económicas o técnicas dispares en diferentes lotes o licitaciones para la prestación de bienes o servicios similares.
 - Existencia de licitadores con ofertas siempre ganadoras, especialmente si siguen un patrón geográfico. Y, de forma similar, la existencia de licitadores que siempre presentan oferta pero nunca resultan adjudicatarios.
 - Retirada inesperada de la licitación por parte de algunos licitadores o existencia de rotaciones en los adjudicatarios.
 - Existencia de UTEs aparentemente injustificadas cuando al menos una de ellas podría haber licitado independientemente.
 - Subcontratación de forma reiterada por parte del adjudicatario a empresas competidoras no adjudicatarias o a trabajadores de estas.
- En relación a la documentación presentada: La presencia de similitudes en la documentación de las ofertas presentadas permite determinar que las ofertas fueron preparadas conjuntamente o por una misma persona. Así, por ejemplo, son indicios de colusión la presencia de errores idénticos de ortografía o en determinados cálculos o la coincidencia en formatos, fuentes, metodologías de cálculo, terminología, etc. Asimismo, también resulta evidente la coordinación entre licitadores si los documentos presentados por un licitador hacen referencia por error a datos de otros licitadores (por ejemplo, e-mail, número de teléfono, CIF ...), si las propuestas son presentadas en tiempos consecutivos antes del cierre de la licitación o si una

misma persona hace entrega de las propuestas de varios licitadores.

- En relación al precio: Existen comportamientos de los licitadores en relación a sus ofertas económicas que, aparentemente, no responden a ninguna lógica económica o empresarial y que sólo pueden entenderse si existe un acuerdo de no competencia entre los mismos. Por ejemplo:
 - La existencia de: i) grandes diferencias entre la oferta adjudicada y las otras ofertas, ii) diferencias demasiado insignificantes entre los precios de una oferta y el de las otras u iii) ofertas idénticas o muy cercanas al importe de licitación suele indicar una clara voluntad de no competir.
 - La existencia de precios idénticos o muy similares durante largos períodos de tiempo o la aparición de aumentos de precios sin justificación aparente suele ser el resultado de, como mínimo, la existencia de un mercado con pocas presiones competitivas.
 - Las reducciones significativas de los precios cuando se presenta un oferente nuevo o que participa con poca frecuencia podrían indicar la existencia de un mercado cartelizado.
 - Que los proveedores locales ofrezcan precios más altos en las licitaciones locales que en las foráneas es también un comportamiento sospechoso.
- En relación a manifestaciones de los propios licitadores: En algunas ocasiones son los propios licitadores los que hacen referencia a un acuerdo entre competidores o hacen referencia a ofertas de otros competidores dando a entender que ya las conocen.

El acceso a las bases de datos de los expedientes de licitación y el uso de herramientas informáticas (5) puede ayudar a los órganos de contratación y las autoridades de competencia en la detección de prácticas colusorias.

En cualquier caso, cuando un órgano de contratación disponga de indicios de colusión en el marco de una licitación debe comunicarlo (no sólo por motivos éticos sino también legales, según los artículos 132.3 y 150.1 de la LCSP) a la autoridad de competencia pertinente para que ésta, a partir de la información que reciba, pueda iniciar su labor de investigación. Esta labor de investigación puede incluir la realización de inspecciones domiciliarias y, eventualmente, resultar en la incoación del correspondiente expediente sancionador. Justamente con el objetivo de no frustrar las actuaciones inspectoras y de análisis, cuando un órgano de contratación ponga en conocimiento de la autoridad de competencia la existencia de indicios de prácticas colusorias lo debe hacer con la máxima celeridad desde que

tiene conocimiento y sin comunicarlo a ninguna de las empresas que hayan participado en la licitación afectada.

Caso Servei Meteorològic de Catalunya ↓

Recientemente, la Autoritat Catalana de la Competència ha emitido una resolución en el marco de un expediente sancionador en el que se sancionan las empresas (6) ADASA y MCV por sus acuerdos o prácticas concertadas para el reparto del mercado en el marco de varias licitaciones públicas relativas al servicio de instalación, mantenimiento y suministro de radares y estaciones meteorológicas, convocadas por el Servei Meteorològic de Catalunya (en adelante, SMC).

Analizando todas las licitaciones relativas al servicio de mantenimiento desde 2006 hasta el 2018, la Autoritat Catalana de la Competència pudo observar que durante el periodo comprendido entre los años 2006 y 2011, se presentaban a las licitaciones entre una y cinco empresas diferentes para cada licitación. Con unas bajas máximas ofrecidas por los operadores en estas licitaciones que habían llegado a ser del 38,53%, siendo la media aritmética de estas bajas de un 17% aproximadamente.

Esta tendencia cambió radicalmente a partir del año 2012, dado que en las licitaciones donde se solían presentar entre cuatro y cinco licitadores tan sólo se presentaban dos licitadores, MCV y ADASA, que realizaban rotaciones de la mejor oferta ganando alternativamente cada una de ellas. Las bajas de precio respecto de los presupuestos de licitación también se redujeron, situándose en torno al 2% para la empresa adjudicataria. Así mismo, se observó también que la empresa no adjudicataria presentaba bajas del 0% sobre el presupuesto de licitación.

A partir de 2014, estas dos empresas se empezaron a presentar a las licitaciones de mantenimiento bajo la forma de UTE sistemáticamente, resultando la UTE ADASA-MCV la única licitadora y adjudicataria de estas licitaciones hasta el año 2018. A partir de esta fecha, las bajas presentadas por la UTE en el precio de la licitación eran muy poco significativas, situándose entre el 0,51% y el 2,02%.

En relación a las licitaciones para el suministro de piezas de repuesto para la red de radares, también se pudieron distinguir claramente dos periodos en estos contratos. Antes del año 2012 había concurrencia en las licitaciones y unas bajas de precios que superaban el 30%, mientras que a partir del año 2012 el número de licitadores se redujo hasta llegar a dos, ADASA y MCV. Estas dos empresas se fueron rotando alternativamente en la condición de ganadoras. En este periodo, desde el año 2012 hasta el año 2018, las bajas de precios de las ofertas adjudicadas se situaban en torno al 2% y la empresa que no resultaba adjudicataria presentaba unas ofertas económicas con importes iguales o muy próximos a

los que se establecían como presupuesto base de licitación.

Además, se pudo acreditar la existencia de pruebas que demostraban que la empresa que debía resultar adjudicataria de la licitación determinaba su propia oferta así como la oferta de acompañamiento que debería presentar la empresa competidora.

CORREGIR LA COLUSIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ↓

Los acuerdos colusorios entre competidores se consideran una infracción muy grave de la legislación de competencia, que puede comportar multas de hasta el 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras del ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa. La investigación de los cárteles constituye una de las prioridades de actuación de las autoridades de competencia, dada la especial gravedad de sus consecuencias sobre los consumidores y el correcto funcionamiento de los mercados.

En relación a la contratación pública, más allá de la posible sanción administrativa que pueda imponer la autoridad de la competencia, es importante tener en cuenta que los operadores sancionados pueden ver limitada su posibilidad de contratar con la administración.

Además, los propios órganos de contratación pueden revisar de oficio el contrato adjudicado, si el contrato se encuentra en fase de ejecución, y reclamar el resarcimiento de los daños como consecuencia del ilícito.

La prohibición de contratar ↓

La prohibición de contratar con la administración pública es un mecanismo de disuasión de las infracciones de defensa de la competencia. De hecho, se produce un automatismo en la prohibición de contratar derivada de infracciones en materia de falseamiento de la competencia, es decir, la prohibición es consecuencia directa de la resolución que declaró la infracción, pues así se ha establecido en el artículo 71.1.b) de la LCSP.

Sin embargo, a fin de que la prohibición sea directamente tenida en cuenta por los órganos de contratación habrá que determinarse su alcance y temporalidad. Esta determinación se puede hacer:

- Mediante la propia resolución sancionadora de la autoridad de competencia.
- Si la resolución administrativa no lo determina, deberá hacerse por parte del Ministro de Hacienda previa propuesta de la «Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado».

Respecto el primero de los supuestos cabe señalar que, recientemente, la Autoritat Catalana de la Competència ha emitido una resolución en el

marco de un expediente sancionador en el que, por primera vez en el estado español, se ha impuesto una prohibición de contratar con determinación, en la propia resolución, del alcance y la temporalidad de la misma. Se trata de la resolución en el expediente 94/2018, Licitaciones Servicio Meteorológico de Cataluña, de fecha 23 de diciembre de 2019, antes reseñada, en la que la Autoritat Catalana de la Competència ha impuesto a las empresas responsables de la conducta la prohibición de contratar en unas determinadas licitaciones convocadas por el SMC durante un período de 18 meses.

En general, en caso de que la resolución administrativa no determine alcance y temporalidad, la determinación por parte del Ministro puede ser promovida por la autoridad de competencia (en este caso se deberá remitir testimonio de la resolución) o por cualquier competidor.

Asimismo, para la plena vigencia de la prohibición de contratar es necesario que ésta conste inscrita en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado.

Llegados a este punto cabe mencionar las consecuencias que, en relación con la prohibición de contratar, conlleva el hecho de acogerse al programa de clemencia de una autoridad de competencia. Recordar, de manera sucinta, que el artículo 65 de la Ley de Defensa de la Competencia prevé la posibilidad de exencionar la imposición de una sanción en materia de competencia cuando una empresa o persona física sea la primera en aportar elementos probatorios que permitan a la autoridad de competencia llevar a cabo una actuación inspectora (el artículo 66 de esta misma ley se refiere a la exención parcial o reducción de multa). Asimismo, según dispone el artículo 72.5 de la LCSP, no procederá imponer una prohibición de contratar cuando, entre otros motivos, la empresa o persona física infractora se haya acogido «al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia», entendiéndose aplicable tanto para el supuesto de una exención total como parcial de la sanción.

La revisión de oficio del contrato ↓

En caso de que la administración afectada tenga conocimiento de que un determinado contrato está siendo ejecutado en base a una licitación que fue manipulada por parte de algunas (o todas) las empresas que concurrieron, esta debe analizar la conveniencia de revisar de oficio el referido contrato en virtud de lo previsto en el artículo 47.1, letra f, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que establece:

«los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieran faculta-

des o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición».

Así pues, mediante la revisión de oficio del contrato objeto de manipulación la administración podrá detener los daños sufridos como consecuencia de la referida infracción, pudiendo licitar de nuevo el contrato, adjudicándolo al operador que resulte vencedor del procedimiento de contratación por sus méritos empresariales.

En esta misma línea también se sugiere incluir en los Pliegos de Cláusulas Administrativas como causa de resolución del contrato, el hecho que la empresa adjudicataria resulte sancionada por el órgano de la competencia por infracción grave en materia de competencia debido a su comportamiento en el procedimiento de licitación (artículos 34 y 35 y 211 a 213 de la LCSP).

Igualmente, en base a la libertad de pactos y la posibilidad de especificar causas de resolución de los contratos, sería recomendable que los órganos contratantes incorporasen en los contratos una causa de resolución específica para el caso de que el adjudicatario sea sancionado en materia de competencia, teniendo en cuenta que su conducta habrá sido perjudicial para el interés general y para la salvaguarda de la libre competencia que, recordemos, constituye uno de los principios básicos de la contratación pública.

La reclamación de daños ↓

Finalmente, en el caso que la adjudicación de un contrato público se haya visto afectada por una conducta colusoria, es probable que la administración contratante haya sufrido determinados daños. En este sentido, cabe recordar que el objetivo que pretende la conducta colusoria es, precisamente, aumentar los precios o rebajar las cualidades del objeto contratado, de manera que es evidente que la administración que contrata sufre un daño o perjuicio.

Por este motivo, se recomienda que las administraciones licitadoras afectadas por las actuaciones colusorias de los operadores analicen la posibilidad de proceder a la reclamación de los daños derivados de estas infracciones tal como se prevé en los artículos 71 a 81 de la Ley de Defensa de la Competencia y 283 bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Procediendo a esta reclamación se garantiza una leal administración de los recursos públicos que han sido encomendados a la administración que ha sido víctima de una conducta colusoria y al mismo tiempo, se envía un potente mensaje a los operadores de mercado sobre la responsabilidad de aquellos que falseen injustificadamente las condiciones de competencia, todo ello con el fin de prevenir nuevos casos de colusión en la compra pública.

NOTAS ↓

- [1] Artículo 19.1.e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y artículo 13.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.
- [2] Artículo 6.1.j) de la Ley 1/2009, del 12 de febrero, de la Autoritat Catalana de la Competència.
- [3] Autoritat Catalana de la Competència. Nota de Prensa: La ACCO impugna dos licitaciones del Área Metropolitana de Barcelona (AMB) de transporte público por un valor de 350 millones de euros por considerarlas altamente restrictivas de la competencia. 2019. http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/20191029_NdP_LA-23-i-5-2019.pdf
- [4] Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Guía contra el fraude en la licitación pública. 2017. Página 2. https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Competencia/2017/20170118_CNMC_licitaciones_01_2017.pdf. Susanna Grau & Xavier Puig. La competencia: la clau de l'èxit de la compra pública. Riscos per a la integritat en la contractació pública | Opinions expertes 2. Oficina Antifrau de Catalunya. 2018. Páginas 7 - 10. https://www.antifrau.cat/sites/default/files/OpinionsExpertes02_la-competenciaclaudelexitdelacomprapublica.pdf
- [5] Competition and Markets Authority. Digital tool to fight bid-rigging. 2017.
- [6] La resolución incluye también sanciones a directivos de estas empresas y a personas físicas.

CONCLUSIONES ↓

Así pues, la colusión en la contratación pública conlleva un incremento artificial del precio y/o un descenso en la calidad en la compra pública que impacta negativa y sustancialmente en el presupuesto del poder adjudicador y, en último extremo, en los contribuyentes. Por este motivo resulta extremadamente relevante detectar y combatir esta práctica fraudulenta.

Cómo se ha explicado en el presente artículo, las autoridades de competencia y los órganos de contratación disponen de varias herramientas para la lucha contra la colusión en todas las fases (diseño, adjudicación, ejecución) del proceso de licitación.

Sin embargo, para que la lucha contra la colusión sea realmente eficaz ésta debe realizarse conjuntamente entre los órganos de contratación y las autoridades de competencia y debe incluir también la coordinación con otros organismos como pueden ser, en Cataluña, la Oficina Antifrau de Catalunya, el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic o la Junta Consultiva de Contractació Administrativa.

En la fase de diseño, por ejemplo, una buena coordinación entre organismos debería resultar en diseños que promuevan la concurrencia y desincentiven la posible colusión y, en consecuencia, la legítima actuación de impugnación que en defensa del in-

terés general pudieran llevar a cabo las autoridades de competencia debería ser excepcional.

La fase de presentación de ofertas y adjudicación es el momento en el que las autoridades de competencia y los órganos de contratación pueden más fácilmente identificar indicios que permitan detectar la colusión. Por esta razón, la LCSP establece la obligación de los órganos de contratación de comunicar a las autoridades de competencia el conocimiento de hechos o indicios de colusión que puedan conllevar una infracción de la Ley de Defensa de la Competencia. Cabe mencionar que aún está pendiente de desarrollo el reglamento del artículo 150.1 de la LCSP que debe establecer el procedimiento sumarisimo mediante el cual se pronunciarán las autoridades de competencia cuando se les comuniquen indicios de colusión. Sin embargo, incluso sin el desarrollo de este reglamento, la coordinación entre los diferentes organismos se ha visto impulsada desde la aprobación de la LCSP.

Finalmente, una vez detectados indicios de colusión, la actuación de la autoridad de competencia tendrá efectos «colaterales» sobre el órgano de contratación; ya sea porque la duración de la investigación puede afectar una eventual suspensión de una licitación, ya sea porque una resolución de la autoridad que establezca una prohibición de contratar puede hacer necesaria la revisión de los futuros procedimientos de licitación o ya sea porque la propia resolución es un elemento clave para el órgano de contratación a la hora de revisar de oficio el contrato adjudicado, si el contrato se encuentra en fase de ejecución, y de reclamar el resarcimiento de los daños como consecuencia del ilícito.

En conclusión, una buena coordinación entre los órganos de contratación y las autoridades de competencia es clave para que las medidas adoptadas para la prevención, la detección y la corrección de la colusión en la contratación pública sean realmente eficientes y eficaces.