



Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 15 de noviembre de 2013

Informe 5/2013, de 15 de noviembre. Prácticas colusorias en el ámbito de la contratación pública

Antecedentes

1. El presidente del Consejo Insular de Menorca ha formulado la siguiente consulta a esta Junta Consultiva:

Dado que durante el procedimiento de contratación para la adjudicación de un contrato, la Mesa de Contratación, reunida en acto interno para examinar el informe emitido sobre la documentación presentada por los licitadores admitidos (en concreto, sobre la proposición técnica, relativa a los criterios no evaluables mediante fórmulas), el técnico informa que ha detectado que dos proposiciones técnicas son casi idénticas y plantea en su informe si es posible excluir de la licitación a los dos licitadores;

Dado que la Mesa debate sobre este asunto, no pudiendo llegar a una conclusión final con absoluta certeza respecto de si es o no motivo de exclusión, por lo que, y por unanimidad, se decide suspender esta Mesa de Contratación y solicitar un informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la CAIB;

De acuerdo con el artículo 16.3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Junta Consultiva, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 10 de octubre de 1997, se adjunta al escrito el informe jurídico emitido por la Técnica de Administración General del Consejo Insular de Menorca;

Por ello, en uso de las competencias que tengo atribuidas, solicito un informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Illes Balears que es pronuncie sobre las siguientes cuestiones:

— Visto que la normativa contractual no prevé actuaciones concretas para hacer frente a prácticas colusorias de los licitadores que se detectan durante la licitación de un contrato, qué pautas ha de seguir la Mesa de Contratación para continuar el procedimiento de contratación y en qué momento han de notificarse a la Comisión de Defensa de la Competencia



los indicios de colusión, en cumplimiento de la disposición adicional 23 del TRLCSP.

– Si estaría justificada la exclusión de un procedimiento de contratación a licitadores cuando hay indicios razonables de prácticas colusorias en cualquier momento del procedimiento.

2. El presidente del Consejo Insular de Menorca está legitimado para solicitar informes a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de conformidad con el artículo 12.2 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, de creación de esta Junta Consultiva, y con el artículo 15.1 de su Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 10 de octubre de 1997. Al escrito se adjunta un informe jurídico, de acuerdo con el artículo 16.3 del Reglamento. Por tanto, se reúnen los requisitos previos de admisión para poder emitir el informe solicitado.

Consideraciones jurídicas

1. El escrito de consulta plantea dos cuestiones relacionadas con la existencia de prácticas colusorias en el ámbito de la contratación pública.

La primera hace referencia a cuáles son las pautas que ha de seguir la Mesa de Contratación en los casos en que, durante una licitación, detecte prácticas colusorias de los licitadores y cuál es el momento en el que ha de poner en conocimiento de la Comisión Nacional de la Competencia la existencia de indicios de colusión.

La segunda cuestión plantea la posibilidad de excluir, en cualquier momento del procedimiento, a los licitadores respecto de los cuales existen indicios razonables de que han llevado a cabo prácticas colusorias.

2. La Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, dispone que en la adjudicación de los contratos se han de respetar los principios del Tratado y, en particular, los principios de libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que de estos se deriven, como son el principio de igualdad de trato, de no discriminación, de reconocimiento mutuo, de proporcionalidad y de transparencia.



Así, la Directiva responde al objetivo básico del derecho comunitario de asegurar la transparencia, la objetividad y la no discriminación en la adjudicación de los contratos, con la finalidad de garantizar el establecimiento del mercado interior y evitar que la competencia resulte falseada.

En el marco impuesto por el derecho comunitario, el artículo 1 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), establece cuáles son el objeto y la finalidad de la Ley de Contratos en los siguientes términos:

La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios 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.

De acuerdo con este artículo, la salvaguarda de la libre competencia se configura como un medio para asegurar la eficiencia en el uso de los fondos públicos que se destinan a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios.

Es necesario tener presente que las empresas que intervienen en el mercado de la contratación pública mediante su participación en los procedimientos de adjudicación de los contratos para la realización de obras y la adquisición de bienes y servicios, son, mayoritariamente, empresas privadas, y que en su actuación pueden incurrir en infracciones que vulneren la competencia, todo ello de acuerdo con las conductas enumeradas en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, relativos a conductas colusorias y al abuso de posición dominante, y recogidas en los artículos 1 y 2 de la Ley española de Defensa de la Competencia.

El ámbito de contratación pública es un ámbito en el que confluyen, por un lado, el derecho de la contratación pública, que tiene como objetivo que la adquisición de bienes, obras y servicios se lleve a cabo de la manera más eficiente posible y que los contratos se adjudiquen a la mejor oferta, y, por otro, el derecho de la competencia, creado específicamente para garantizar la



competencia en el mercado y, en el marco de este objetivo, perseguir y sancionar las conductas anticompetitivas de las empresas.

3. Para poder dar respuesta a las cuestiones que se plantean en el escrito de consulta es necesario definir previamente qué son las prácticas colusorias y determinar cuál es el órgano competente para prevenir y luchar contra estas conductas anticompetitivas, y garantizar así la existencia de una competencia efectiva en los mercados.

El Capítulo I del Título I de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia recoge como conductas prohibidas en el marco de la defensa de la competencia, las conductas colusorias, el abuso de posición dominante y el falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

En cuanto a las conductas colusorias, el apartado 1 del artículo 1 de esta Ley dispone lo siguiente:

Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

De acuerdo con el apartado 4 del artículo 62 de esta Ley, el desarrollo de conductas tipificadas en el artículo 1 que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales, pueden constituir infracciones muy graves, que se sancionan, de acuerdo con el artículo 63.1 c, con multa de hasta el 10 % del volumen de negocio total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

La colusión entre licitadores o *bid rigging* se produce cuando diversas empresas se



ponen de acuerdo para fijar el precio o cualquier otra condición comercial, o para repartirse el mercado, con el objetivo de obtener más beneficios del procedimiento de contratación; mientras que, en ausencia de esta colusión, los empresarios habrían competido sin compartir información entre ellos.

Estos acuerdos afectan negativamente tanto a la competencia en los mercados de bienes y servicios que se licitan como a la gestión que de los recursos públicos hacen las administraciones. En consecuencia, el perjuicio que se causa a los ciudadanos es doble: por un lado, como consumidores, dado que se reduce o elimina la competencia en el mercado, y, por otro, como contribuyentes, dado que se genera un coste más elevado en la contratación pública.

Los procesos competitivos de contratación pública permiten a los órganos de contratación conseguir mejores precios o mejoras en la calidad y la innovación en los productos, las obras y los servicios que han de adquirir, siempre que las empresas compitan de forma real y efectiva, es decir, fijen el precio y el resto de condiciones de su oferta de manera honesta y de forma totalmente independiente.

Así, la colusión entre los licitadores, que puede adoptar diversas formas, genera en la práctica un efecto muy negativo porque conduce a un uso ineficiente de los recursos públicos, a causa de una conducta ilegítima, disminuye la confianza pública en el procedimiento de contratación y socava los beneficios de un mercado competitivo.

El organismo que tiene encomendadas las funciones de defensa de la competencia es la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), creada por la Ley 3/2013, de 4 de junio, en el que se ha integrado la Comisión Nacional de la Competencia y que ha asumido las funciones que hasta entonces llevaba a cabo esta Comisión.

La finalidad de la CNMC es, de acuerdo con el apartado 2 del artículo 1 de esta Ley, garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios.

El capítulo II especifica las funciones de la CNMC. La Comisión ejerce funciones tanto de supervisión como de arbitraje y consultivas para la defensa y promoción de la competencia en el conjunto de mercados.



La preocupación sobre los efectos de la falta de competencia en el ámbito de la contratación pública, derivada, sin duda, de la importancia económica de este sector, ha tenido como consecuencia que esta cuestión fuera objeto de una atención especial.

Así, en el año 2011 la Comisión Nacional de la Competencia publicó una guía sobre contratación pública y competencia con el objetivo de fomentar la competencia en los procesos de contratación pública.

El capítulo 3 de la Guía analiza y define la colusión entre licitadores, explica, entre otros aspectos, qué formas puede adoptar la colusión entre los licitadores y qué tipo de técnicas se utilizan para llevarla a cabo, y enumera una serie de indicadores que pueden ayudar a los órganos de contratación a detectar si ha existido colusión entre los licitadores y a decidir si han de iniciar una investigación detallada. Algunos de estos indicadores hacen referencia a características inusuales en la documentación de las empresas, como por ejemplo los errores de cálculo o faltas ortográficas que se repiten en varias propuestas, las ofertas de diferentes licitadores que tienen la misma tipografía o las ofertas enviadas desde la misma dirección de correo, número de fax o correo electrónico.

El capítulo acaba señalando las pautas que deben seguir los órganos de contratación en el caso de que dispongan de indicios sólidos acerca de la existencia de colusión entre los licitadores. Estas pautas son las siguientes:

- 1) Ponerlo en conocimiento de la CNMC 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:
 - Conservar toda la documentación referente 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 parezcan confirmar las sospechas.
 - No discutir ni comentar las sospechas con otras empresas.

La Guía de la Comisión se dictó en línea con las recomendaciones de organismos internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), que en el año 2009 elaboró una guía para combatir la colusión en la contratación pública, y que más recientemente, en el año 2012, ha



aprobado una recomendación con esta misma finalidad.

También resultan de interés la Guía para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública elaborada por la Autoridad Catalana de la Competencia en el año 2010, y el Estudio sobre la contratación pública en la comunidad autónoma andaluza desde el punto de vista de la competencia elaborado, también en el año 2010, por la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía.

4. El Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público garantiza la salvaguarda de la libre competencia en el procedimiento de contratación pero no prevé medidas dirigidas a evitar que las empresas que participan en un procedimiento de licitación lleguen a acuerdos colusorios que pueden afectar al resultado del procedimiento de contratación.

De hecho, la única pauta de actuación que el TRLCSP ofrece a los órganos de contratación que sospechen que las empresas que participan en un procedimiento han adoptado acuerdos colusorios es la que prevé la disposición adicional vigésima tercera, la cual, bajo el epígrafe “Prácticas contrarias a la libre competencia”, establece lo siguiente:

Los órganos de contratación, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 40 de esta Ley notificarán a la Comisión Nacional de la Competencia cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación.

Por tanto, lo único que la Ley prevé es que cuando los órganos a que hace referencia esta disposición sospechen que los participantes en un procedimiento de contratación han llegado a acuerdos colusorios deben ponerlo en conocimiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Así, tienen la obligación de notificarle los indicios que tengan y, a pesar de que no se especifica el momento en que debe hacerse, lo más recomendable es que se efectúe en el plazo más breve posible desde el momento en que se hayan detectado indicios de prácticas colusorias o anticompetitivas entre los licitadores. A efectos de poder aportar pruebas suficientes para acreditar que se ha producido la conducta colusoria es importante que desde el mismo momento



en que se tengan sospechas de la existencia de comportamientos anticompetitivos los órganos de contratación conserven todas las pruebas que consideren relevantes y actúen con el máximo sigilo a fin de evitar que los licitadores implicados destruyan los documentos, los archivos y todo aquello que pueda servir para probar su comportamiento ilícito.

Y, como apunta la Guía de la Comisión Nacional de la Competencia antes citada, es conveniente sopesar la posibilidad de suspender el procedimiento, de acuerdo con el artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En el caso de que no se considere oportuno suspenderlo, el procedimiento debe continuar hasta que se adjudique el contrato, dado que el hecho de que la autoridad de defensa de la competencia incoe un procedimiento sancionador no afecta a la tramitación del procedimiento de contratación ni interfiere en la misma, aunque la tramitación de ambos procedimientos sea paralela.

Ciertamente, debe considerarse que la disposición adicional vigésima tercera del TRLCSP no evita que las sanciones que merezcan las prácticas colusorias sean impuestas una vez que ya se ha adjudicado el contrato de que se trate y se ha empezado a ejecutar. Y ello a pesar de que el derecho de la contratación pública persigue que las posibles irregularidades que afecten al procedimiento se resuelvan antes de la formalización del contrato.

La Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, a diferencia del TRLCSP, sí contiene una referencia a la exclusión de actuaciones restrictivas de la competencia. Así, en el artículo 91 dispone que en los procedimientos de adjudicación, particularmente en el caso de adjudicación sobre la base de un acuerdo marco, quedará excluido cualquier tipo de acuerdo, práctica restrictiva o abusiva que produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en los términos previstos en la Ley de Defensa de la Competencia.

5. La consulta plantea también la posibilidad de excluir, en cualquier momento del procedimiento, a los licitadores respecto de los cuales existen indicios razonables de que han llevado a cabo prácticas colusorias.

La normativa en materia de contratación pública no tiene como finalidad perseguir y sancionar las conductas anticompetitivas que puedan producirse



entre los empresarios que participan en un procedimiento de contratación pública. Como ya hemos dicho, esta es una misión que corresponde al derecho de la competencia y así queda patente en la disposición adicional vigésima tercera del TRLCSP, que excluye de su ámbito la sanción de las conductas que infrinjan la legislación en materia de defensa de la competencia.

Por tanto, debe considerarse que el hecho de que un órgano de contratación sospeche o detecte indicios de que en el seno de un procedimiento se han producido acuerdos colusorios entre varios licitadores, no constituye un motivo de exclusión, y ello no tan solo porque la normativa en materia de contratación no prevea esta posibilidad, sino también porque en los procedimientos de contratación es esencial favorecer la máxima concurrencia, sin que sea admisible excluir a los licitadores con fundamento en una mera sospecha de actuaciones colusorias.

La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública actualmente en tramitación contiene una disposición específica sobre los comportamientos ilícitos de los candidatos y licitadores — como por ejemplo los intentos de influir indebidamente en el proceso de toma de decisiones o de llegar a acuerdos con otros participantes a fin de manipular el resultado del procedimiento—, dado que estas actividades ilícitas infringen los principios básicos de la Unión Europea y pueden dar lugar a graves falseamientos de la competencia. En este sentido, la Propuesta de Directiva prevé que pueda exigirse a los candidatos y licitadores que presenten una declaración jurada en la que declaren que no han llevado a cabo estas actividades ilícitas, y prevé también la posibilidad de excluirles si se puede demostrar la presencia de indicadores convincentes que evidencien que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos con el fin de falsear la competencia.

Conclusiones

1. En el caso de que el órgano de contratación, durante la tramitación de un procedimiento de contratación, detecte la posible existencia de prácticas colusorias de los licitadores, debe ponerlo en conocimiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o de las autoridades de competencia autonómicas correspondientes, en el plazo más breve posible desde el momento en que se hayan detectado indicios de prácticas colusorias o anticompetitivas entre los licitadores, sin perjuicio de la posibilidad de suspender el procedimiento.



2. El hecho de que existan sospechas o indicios de que en un procedimiento de contratación se han llevado a cabo prácticas colusorias no es motivo de exclusión de los licitadores implicados en estas conductas.