

La competència: la clau de l'èxit de la compra pública

Susanna Grau Arnau i Xavier Puig Soler,
Autoritat Catalana de la Competència

En identificar els riscos per a la integritat en la contractació pública, l'Oficina Antifrau de Catalunya va detectar-ne alguns on la vulneració del principi de competència podia conduir a la materialització d'actes irregulars, fraudulents o corruptes en la contractació d'una entitat adjudicadora. Es tractava de riscos com ara triar procediments que limiten la competència injustificadament, dissenyar plecs que faciliten comportaments col·lusoris o bé no detectar pràctiques anticompetitives com, per exemple, el repartiment d'un mercat entre determinats operadors econòmics.

Per aprofundir en la importància de la competència per a la integritat i l'eficiència de la compra pública, l'Oficina Antifrau de Catalunya es va adreçar a l'Autoritat Catalana de la Competència (ACCO), institució garant de la competència en els mercats a Catalunya i encarregada de preservar l'adequada concurrència en l'àmbit de la contractació pública. L'Oficina va demanar a dos dels seus experts, Susana Grau i Xavier Puig, una relació dels principals elements que incideixen en el nivell de competència, clau per a la prevenció de riscos, i d'indicis que poden alertar les entitats adjudicatòries de pràctiques col·lusòries.

Aquest segon Opinions expertes inclou també alguns aclariments sobre l'obligació dels òrgans de contractació de col·laborar amb l'Autoritat Catalana de la Competència per combatre la col·lusió i sobre quines són les possibilitats de resposta que tenen si han estat víctimes d'un càrtel.

Índex

1. Importància de la competència per a l'èxit de la compra pública 3
2. Prevenció: el disseny procompetitiu de la licitació 4
3. Detecció de pràctiques col·lusòries..... 7
4. Obligació de col·laborar amb l'Autoritat Catalana de la Competència per combatre la col·lusió 11
5. Reacció de l'administració que ha estat víctima d'un càrtel..... 13

L'Oficina Antifrau és una institució independent, adscrita al Parlament de Catalunya, encarregada de prevenir i investigar la corrupció així com de preservar la transparència i la integritat de les administracions i del personal al servei del sector públic a Catalunya.

Des del seu vessant preventiu, dona suport a les institucions públiques en la consolidació del seus sistemes d'integritat, entre d'altres formes, estudiant, promovent i impulsant bones pràctiques que coadjuvin en la millora de la qualitat en la prestació del servei públic.

En el marc del projecte sobre *Riscos per a la integritat en la contractació pública*, l'Oficina Antifrau ha volgut comptar amb l'opinió de persones expertes que analitzaran, des de diferents perspectives, els riscos de corrupció en el procediment de contractació.

Autoritat Catalana de la Competència

Autors: Susanna Grau Arnau i Xavier Puig Soler



Reconeixement – no comercial – sense obra derivada:

no es permet un ús comercial de l'obra original ni la generació d'obres derivades

Projecte: «Riscos per a la integritat en la contractació pública» | Oficina Antifrau de Catalunya

Opinions expertes núm. 2

Data d'edició: 31 de juliol de 2018

www.antifrau.cat | prevenció@antifrau.cat

Les publicacions de la sèrie *Opinions expertes* són el resultat de la col·laboració de l'Oficina Antifrau amb persones expertes en la matèria. Els criteris i arguments que s'hi incorporen expressen exclusivament els del seu autor i no tenen perquè reflectir necessàriament el posicionament oficial de l'Oficina Antifrau.

1. Importància de la competència per a l'èxit de la compra pública

L'èxit de la compra pública (activitat especialment rellevant en la mesura que constitueix més d'un 15% del PIB)¹ depèn principalment de dos factors: el preu abonat i la qualitat del bé o servei que es rep en contraprestació.

Aquests dos elements (preu i qualitat) experimenten canvis significatius en funció del grau de concurrència i competència en cada licitació pública. Tant és així que els costos anuals per a Espanya de la reducció de pressions competitives, provocades pel frau, en la contractació pública se situarien al voltant dels 47.500 milions d'euros².

En altres termes, la genuïna rivalitat entre empreses comporta que cadascuna d'elles ofereixi les millors condicions possibles (tant en preu com en qualitat) per aconseguir resultar adjudicatària. Així mateix, els principals beneficiaris d'aquesta rivalitat són els contribuents que obtindran uns millors béns/serveis a un menor preu. Addicionalment, aquestes pressions competitives contribuiran a aconseguir millores d'eficiència i innovació que es traduiran amb tota probabilitat, a nivell agregat, en una major productivitat i creixement econòmic del país.

Probablement per tots aquests motius, la salvaguarda de la lliure competència constitueix un element central de la nova regulació en matèria de contractació pública: Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic, per la que es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les Directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (en endavant, LCSP).

Precisament per aquest motiu són principis rectors de la LCSP la publicitat, concurrència, integritat, transparència, confidencialitat, igualtat, no discriminació i salvaguarda de la lliure competència.

En clau de política de competència, el principi de concurrència i la salvaguarda de la lliure competència esdevenen pilars fonamentals. Així, la publicitat té com a principal objectiu garantir que els operadors potencialment interessats en *concorrer* en una licitació en tinguin el coneixement previ per poder-ho fer. Similarment, principis com la transparència, la confidencialitat, la integritat, la igualtat i la no discriminació fan referència essencialment a

¹ COMISIÓN NACIONAL DE MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA (2015) *Informe PRO/CNMC/001/15: Análisis de la Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia*. Pàg. 3.
<http://www.urko.net/attachments/article/701/ANEXO%20Informe%20CNMC%20Febrero%202015%20Contrataci%C3%B3n%20P%C3%BAblica.pdf>

² COMISIÓN NACIONAL DE MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA (2015) *Informe PRO/CNMC/001/15: Análisis de la Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia*. Pàg. 6.
<http://www.urko.net/attachments/article/701/ANEXO%20Informe%20CNMC%20Febrero%202015%20Contrataci%C3%B3n%20P%C3%BAblica.pdf>

aquest deure de tracte equitatiu que garanteixi que la *concurrència* entre els operadors no es vegi distorsionada indegudament.

Vista la transcendència de la competència en l'àmbit de la contractació pública, a continuació s'exposen succintament diferents factors que hi incideixen negativament, a fi i efecte que els professionals de la compra pública els tinguin particularment en compte.

Aquests elements han estat estructurats en dues seccions que es corresponen amb dues de les tasques més rellevants dels professionals de la compra pública en relació amb la política de competència: (I) disseny de les licitacions i (II) la detecció de la col·lusió.

2. Previsió: el disseny procompetitiu de la licitació

La fase del disseny de la licitació resulta especialment rellevant en la mesura d'una banda, que condiona el nivell de concurrència i competència que s'assolirà en cada licitació i, d'altra banda, perquè les conseqüències negatives per a la competència derivades de la introducció de determinats elements de distorsió en la licitació persistiran durant tota la vigència del contracte. És per això que a continuació s'exposen recomanacions específiques relatives a aquesta fase³

³ En atenció a la importància de la contractació pública, diferents estaments (OCDE, Comissió Europea, autoritats de competència, tant estatal com autonòmiques, etc.) han analitzat profusament els elements propis del disseny de les licitacions públiques, a fi de recomanar aquelles opcions que resultin el més pro-competitives, entre altres —sense ànim d'exhaustivitat— es pot fer referència a les següents publicacions:

- COMISSIÓ EUROPEA (2017) *Informe España 2017 de la Comisión Europea, Reflexiones sobre la debilidad de la contratación pública en España*.
http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_2017-european-semester-country-report-spain-en_51b2d58d%232E%23pdf/chk.07600d6cf773cee15dbecb3552c8329f
- COMISSIÓ EUROPEA (2015) *Guía Práctica sobre cómo evitar los errores más comunes en la contratación pública de proyectos financiados con cargo a Fondos Estructurales y de Inversión Europeos*.
http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/informat/2014/guidance_public_proc_es.pdf
http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/informat/2014/guidance_public_proc_es.pdf
- OCDE (2016) *Fighting bid rigging in public procurement Report on implementing the OECD Recommendation*.
<http://www.oecd.org/daf/competition/Fighting-bid-rigging-in-public-procurement-2016-implementation-report.pdf>
<http://www.oecd.org/daf/competition/Fighting-bid-rigging-in-public-procurement-2016-implementation-report.pdf>
- OCDE (2012) *Recomendación del Consejo de la OCDE para combatir la colusión en la contratación Pública*.
http://www.oecd.org/daf/competition/Recommendation_fighting-bid-rigging-2012-ES.pdf
http://www.oecd.org/daf/competition/Recommendation_fighting-bid-rigging-2012-ES.pdf
- OCDE (2009) *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement*.
<http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/42761715.pdf>
<http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/42761715.pdf>
- "Guia per a la prevenció i detecció de la col·lusió en la contractació pública", 2010, Autoritat Catalana de la Competència, pàg. 15 a 22.
http://acco.gencat.cat/web/.content/80_accó/documents/arxiu/guia_prev_det_colusio_contractacio_publica_cat.pdf
- AGENCIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ANDALUCÍA (2010) *Estudio sobre la contratación pública en la CCAA andaluza desde el punto de vista de la competencia*, pàg. 14-17.
<http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/Estudio-contratacion-publica-final.pdf>

(disseny de la licitació). La recomanació més elemental consisteix en exigir un compliment estricte de la normativa de contractació pública, ja que aquesta norma ha estat concebuda atenent la importància de garantir i promoure la competència. I es que la competència és un element essencial per aconseguir la millor compra pública possible en termes de qualitat, preu i innovació. Tal i com s'ha apuntat prèviament, un dels principals objectius perseguits per la regulació en matèria de contractació pública es correspon amb la garantia de la competència.

No obstant això, a vegades la normativa de contractació pública ofereix un ventall d'opcions, totes elles igualment legals. En tals casos, es recomana **escollir l'opció més pro-competitiva** possible. A continuació desenvolupem alguns exemples.

- **Tipus de procediment d'adjudicació.** Qualsevol mesura que dificulti la participació dels operadors en la licitació serà pitjor en termes de competència; per això, s'hauria de prioritzar el procediment **obert**.
- **Publicitat veritablement efectiva dels anuncis de licitació.** La notícia de la licitació hauria d'arribar als potencials interessats a fi d'assegurar la competència potencial més gran possible. Per exemple, a més dels mecanismes de publicitat establerts en la normativa de contractació pública, també es recomana fer ús de les plataformes electròniques de contractació administrativa.
- **Claredat en la redacció dels plecs.** Les condicions de la licitació no han de donar lloc a dubtes a fi de promoure la participació de les empreses i haurien de permetre que aquestes puguin presentar les millors ofertes.
- **Facilitar als licitadors tota la informació rellevant, no només de caràcter tècnic sinó també econòmic.** L'objectiu és que els licitadors puguin, efectivament, presentar ofertes realistes i competitives. Si la informació rellevant (per exemple, costos del servei actual, fluxos de demanda, etc.) només és coneguda pel prestador actual del servei, aquest disposarà d'un avantatge competitiu que li permetrà presentar, davant d'una nova licitació del servei, l'oferta millor adaptada a la realitat però sense potser ser la més eficient.
- **Establiment de criteris de solvència econòmica i tècnica proporcionats a l'objectiu que es persegueix.** És prioritari poder comptar amb un bon nombre de licitadors, per això és

-
- JUNTA DE ANDALUCÍA (2010) *Recomendaciones para facilitar el acceso i promover la competencia en el ámbito de la contratación pública andaluza*, pàg. 16 a 41, accessible a http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/Recomendaciones_ContratacionPublica.pdf
 - COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA (2011) *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*, pàg. 10 a 28. (https://www.cnmec.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias_y_recomendaciones/GUIA_CONTRATACION_v4.pdf)
 - COMISIÓN NACIONAL DE MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA (2015) *Informe PRO/CNMC/001/15 - Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia*, pàg. 9 a 24. (https://www.cnmec.es/Portals/0/Notas%20de%20prensa/201502_Informe_ContratacionPublica.pdf)
 - AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA (2018) *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*, accessible a http://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/guias_gidak/es_guias_adjuntos/GUIA_CONTRATACION_COMPETENCIA_es.pdf

necessari que el mateix disseny de la licitació no limiti injustificadament l'accés de determinats operadors que podrien exercir perfectament el servei (en especial, els de petita dimensió).

- **Diversificació i fragmentació dels contractes.** Amb la divisió dels contractes en lots⁴ es permet la participació d'un major nombre de licitadors en el procediment i, a més, adjudicats els lots, existeix una pluralitat de prestadors de serveis. Tanmateix, la divisió en lots s'ha de dur a terme acuradament a fi d'evitar que es faciliti el repartiment dels mateixos entre licitadors. En altres termes, la divisió en lots presenta un clar dilema ja que d'una part, (i) incrementa les possibilitats de certes empreses de presentar-se a la licitació (més competència) i d'una altra, (ii) facilita el comportament estratègic de les empreses de repartir-se els lots (menys competència).
- **No discriminació entre nous operadors i operadors incumbents.** En general, evitar l'establiment de clàusules que afavoreixin o privilegïn l'operador que actualment presta el servei (per exemple, exigència de determinada experiència prèvia).
- **Durada del contracte.** Els terminis que s'estableixin haurien de permetre la recuperació de les inversions i obtenir un benefici sobre el capital invertit, evitant així mateix les pròrrogues innecessàries del contracte. Només així es limita el tancament de mercat que es produeix amb l'adjudicació i, per tant, la restricció a la competència, al mínim possible. En aquesta línia, el recurs a les pròrrogues dels contractes s'ha de concebre com a clarament excepcional.
- **Modificacions sobrevingudes.** L'ús d'aquest recurs legalment previst ha de ser excepcional, ja que qualsevol modificació contractual implica alterar les condicions en les quals es va produir la licitació, partint de les quals els deferents postors van formular les seves ofertes, per això és imprescindible reclamar un ús responsable d'aquesta figura, de manera que només es recorri a ella davant de la impossibilitat d'obtenir els objectius de la modificació mitjançant una nova licitació pública.

En el cas que justificadament la modificació sobrevinguda resulti imprescindible, es recomanen les següents bones pràctiques: (i) no aprofitar les modificacions sobrevingudes per incloure noves prestacions no directament associades a la circumstància imprevisible que ha comportat la modificació del contracte; (ii) si l'objecte de la modificació són els preus s'ha de fer una anàlisi de mercat; (iii) autoimposar-se l'obligació de recollir en un informe anual tots els contractes modificats així com la motivació justificativa, etc.

En resum, a fi que el poder adjudicador aprofiti els beneficis derivats de la competència, resulta fonamental un disseny pro-competitiu de les licitacions públiques que promogui al màxim la concurrència i la competència. Ara bé, no pot obviar-se que aquest tipus de pràctica

⁴ De fet, la nova LCSP preveu, com a regla general, la divisió en lots de l'objecte dels contractes, novetat introduïda com a conseqüència de la transposició de la Directiva 2014/24/UE del Parlament Europeu i el Consell de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública i per la que es deroga la Directiva 2004/18/CE (article 46).

administrativa requereix de l'òrgan licitador tant un bon coneixement del mercat en el qual es compren béns o serveis com una actuació estratègica per part del mateix —algunes de les pautes anteriors van en aquesta línia—. Per això, es concep imprescindible que aquest compti amb professionals de la compra pública altament especialitzats, capacitats i sensibilitzats per la cultura de competència.

3. Detecció de pràctiques col·lusòries

3.1. Definició i pràctiques més habituals

Un dels riscos més rellevants per la competència en l'àmbit de la contractació pública es correspon amb la col·lusió (*bid rigging*)⁵. De fet, en el *Country Report Spain 2017*, elaborat per la Comissió Europea, s'apunta que Espanya té problemes a nivell de competència en la compra pública⁶.

La col·lusió és aquella conducta per la qual diferents operadors es posen d'acord per no competir entre sí, és a dir, per coordinar el seu comportament i reduir artificialment la incertesa pròpia del mercat. Aquesta conducta es troba expressament prohibida a l'article 1 de la Llei 15/2007, de 3 de juliol, de defensa de la competència (en endavant, "LDC")⁷.

Aquest tipus d'acords anticompetitius **acostumen a fer referència principalment als preus i qualitats oferts pels licitadors** (p. ex. limitant la taxa de descompte o incrementant directament el preu) **o al repartiment de mercats -licitacions-** (per àrees geogràfiques, per carteres de clients, per lots d'una mateixa licitació, etc.).

Les tècniques més freqüentment emprades consisteixen en ofertes de cobertura, supressió d'ofertes, rotació d'ofertes i repartiments de mercats.

Ofertes de cobertura

- a. Presentació d'ofertes més elevades que les del guanyador designat, de tal manera que l'oferta més econòmica sigui la de l'empresa que prèviament s'ha acordat que guanyaria la licitació.
- b. Presentació d'ofertes inacceptables. El licitador presenta una oferta incompleta o amb aspectes que no s'ajusten a la licitació.

⁵ Es recomana el visionat del vídeo de l'ACCO "Lluita contra la col·lusió en la contractació pública", accessible a <https://bit.ly/2y7yH12>

⁶ Document de 22 de febrer de 2017, accessible a <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2017-european-semester-country-report-spain-en.pdf>

⁷ Tal és la gravetat d'aquesta conducta, que fins i tot pot ser constitutiva de delictes de conformitat amb l'art. 262 del Codi Penal.

En ambdós casos, no existeix una voluntat real de competir i guanyar la licitació, sinó merament de simular una rivalitat inexistent.

Supressió d'ofertes

- a. No presentar-se a la licitació: Abstenir-se de participar en una licitació en la que tradicionalment sí s'hagués participat.
- b. Retirar l'oferta presentada: Retirar una oferta (segurament la guanyadora) a fi de què l'adjudicació sigui a qui resulta segons l'acord de col·lusió.
- c. Utilització d'UTE's de forma innecessària: Presentar ofertes conjuntes quan els licitadors de manera independent podrien perfectament haver presentat oferta i, en cas de resultar guanyadors, executar el contracte.
- d. Subcontractació: Quan l'empresa adjudicatària subcontracta les seves tasques a competidores (empreses dins del mateix acord col·lusori).

Rotació d'ofertes

- a. Rotació simple: cada empresa guanya el mateix nombre de contractes.
- b. Rotació per ingressos: cada empresa guanya els mateixos ingressos a llarg termini.
- c. Rotació segons dimensió: es tracta d'un pacte de manteniment del status quo i cada empresa guanya els ingressos proporcionals a la seva quota de mercat o dimensió.

Repartiment de mercats

Repartiments geogràfics, de clients o combinats: abstenir-se de participar en una licitació o presentar ofertes de cobertura.

En tots aquests casos, **l'empresa guanyadora** de la licitació obté un **benefici extraordinari il·lícit**. **Aquest benefici acostuma a repartir-se** amb la resta d'empreses que han participat de forma fraudulenta en la licitació (o directament s'han abstingut de presentar-s'hi). Els mecanismes que emprenen les empreses per repartir-se el benefici il·lícit obtingut com a conseqüència d'alterar injustificadament les condicions de competència poden consistir en subcontractació, pagaments directes, no participar en altres licitacions, etc.

En resum, **la col·lusió comporta un increment artificial del preu i/o un descens en la qualitat** en la compra pública que impacta negativament i substancial en el pressupost del poder adjudicador i, en darrer extrem, en els contribuents.

Per aquest motiu resulta **extremadament rellevant detectar i combatre** aquesta pràctica fraudulenta.

3.2. Indicis de col·lusió

A fi i efecte que l'òrgan de contractació pugui detectar una conducta col·lusòria, a continuació es recullen diferents indicis (alertes o pistes) de l'existència d'aquesta pràctica, degudament sistematitzada en funció de l'àmbit en el qual es poden localitzar.

Indicis de col·lusió en les ofertes

- a. Nombre de licitadors inferior a l'habitual.
- b. Ofertes incoherents d'un mateix licitador.
- c. Ofertes sempre guanyadores. Més clar si les ofertes guanyadores segueixen un patró d'ubicació geogràfic.
- d. Ofertes sempre perdedores. Algunes companyies presenten ofertes a les licitacions però mai guanyen.
- e. Alguns proveïdors es retiren inesperadament de la licitació.
- f. S'observen rotacions en els adjudicataris.
- g. Dos o més empreses presenten una oferta conjunta quan almenys una d'elles podria haver licitat independentment (unions temporals d'empreses injustificades).
- h. El licitador adjudicatari repetidament subcontracta a empreses competidores no adjudicatàries o a treballadors d'aquestes.

Indicis de col·lusió en la documentació

Es tracta principalment de detectar similituds en diferents elements de les ofertes que evidencien que aquestes van ser preparades conjuntament o per una mateixa persona:

- a. Errades idèntiques (ortografia, càlculs, anys, etc..).
- b. Formats i tipus de lletra similars.
- c. Coincidència en la metodologia per a l'estimació dels costos, memòries tècniques, etc.
- d. Similar terminologia.
- e. Coincidències en la relació de personal que presenten els diferents oferents.

Així mateix, també resulta evident la coordinació entre licitadors si els documents presentats per una companyia fan referència, per error, a dades d'altres licitadors (per exemple, correu electrònic, telèfon, CIF...).

Indicis de col·lusió en l'establiment de preus

- a. Marge de preus irracional entre la proposta adjudicatària i les altres propostes licitadores: o bé grans diferències o bé reduccions massa insignificants entre els preus d'una oferta i de les altres.
- b. Preus idèntics o molt similars durant llargs períodes de temps.

- c. Augments de preus sense justificació (per exemple, que no tenen explicació en els costos).
- d. Reduccions significatives dels preus quan un oferent nou o que participa amb poca freqüència es presenta.
- e. Els proveïdors locals ofereixen preus més alts a les licitacions locals que a les foranes.

Indicis de col·lusió en el comportament dels licitadors

- a. Els competidors socialitzen amb regularitat.
- b. Ofertes presentades per una mateixa persona física (presenta la seva pròpia oferta i la d'un competidor).
- c. Les propostes són presentades successivament en el temps abans del tancament de la licitació.
- d. Una companyia sense possibilitat de complir el contracte amb èxit presenta una licitació.
- e. Una empresa presenta diverses ofertes en una licitació i al·lega quina oferta presentar després de determinar qui més està competint.

Indicis de col·lusió en les manifestacions dels competidors

- a. Referències a un acord entre competidors.
- b. Referències als "preus que la indústria suggereix" o "preus estàndard en el mercat", a l'hora de referir-se als preus.
- c. Referències a les ofertes d'altres competidors.
- d. Referències al fet que determinat competidor no actua en determinada zona.

3.3. Àmbits amb especial risc de col·lusió

Per últim, indicar que els òrgans de contractació haurien de prestar especial atenció sobre la concurrència d'alguns dels indicis de col·lusió transcrits en determinats mercats que presenten les característiques que a continuació s'apunten. I és que, en aquests àmbits, el risc de col·lusió és especialment elevat.

- a. Nombre reduït d'oferters amb estructura similar.
- b. Mercats estables.
- c. Existència de barreres d'entrada al mercat.
- d. Vincles estructurals entre empreses del mateix mercat.
- e. Contactes multimercat entre empreses.
- f. Associacions empresarials o industrials.
- g. Homogeneïtat dels productes o serveis licitats.
- h. Inexistència de productes substitutius.
- i. Licitació freqüent, regular i previsible.

4. Obligació de col·laborar amb l'Autoritat Catalana de la Competència per combatre la col·lusió

L'anterior regulació de contractació pública (RD Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre pel que s'aprova el text refós de la LCSP) ja contenia – en la seva disposició addicional 23a, pràctiques contràries a la lliure competència – l'obligació dels òrgans de contractació, la Junta Consultiva de Contractació i els òrgans competents per resoldre el recurs especial que estava regulat a l'art. 40, de notificar “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”.

El legislador estatal, ha optat per incloure en el propi articulat de la nova LCSP aquesta obligació en dos articles diferents:

- Article 132.3⁸: “Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia. Así, tanto ellos como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o, en su caso, los órganos consultivos o equivalentes en materia de contratación pública de las Comunidades Autónomas, y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 44 de esta Ley, notificarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de 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”.
- Article 150.1⁹: “Si en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación, tuviera indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, los trasladará con carácter previo a la adjudicación

⁸ Existeix el risc que aquest precepte s'interpreti de forma restrictiva i únicament comuniquin a les autoritats de competència aquells assumptes que es posin en el seu coneixement on precisament s'al·legui una infracció de competència (fonamentant aquesta interpretació amb el principi de justícia sol·licitada). L'ACCO discrepa d'aquesta posició en la mesura que el legislador fa referència a l'obligació de notificar “*cualquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia*” sense exigir, en cap cas, que hagin de rebre comunicació prèvia denunciant específicament aquesta circumstància.

⁹ Tot i això, aquest paràgraf no entrarà en vigor fins que entri en vigor la disposició reglamentària a la qual es fa referència en el mateix, de conformitat amb el que preveu la disposició final setzena de la LCSP.

del contrato a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que a través de un procedimiento sumarísimo se pronuncie sobre aquellos. La remisión de dichos indicios tendrá efectos suspensivos en el procedimiento de contratación. Si la remisión la realiza la mesa de contratación dará cuenta de ello al órgano de contratación. Reglamentariamente se regulará el procedimiento al que se refiere el presente párrafo”.

En definitiva, des del 2011, exigeix una obligació legal de comunicar a les autoritats de competència qualsevol indicati de col·lusió. I és que, més enllà dels efectes per al propi procediment de licitació (la redacció de la nova LCSP preveu que la comunicació té efectes suspensius fins que l'autoritat de competència es pronunciï sobre els indicis subministrats als efectes que en el seu cas les unitats de contractació excloguin les entitats involucrades), les autoritats de competència, a partir de la informació que rebim, poden iniciar la seva tasca d'investigació que pot incloure fins i tot la realització d'inspeccions domiciliàries i, eventualment, incoar el corresponent expedient sancionador.

Justament amb l'objectiu de no frustrar les actuacions inspectores i d'anàlisi descrites, quan un òrgan de contractació posi en coneixement de l'ACCO l'existència d'indicis de pràctiques col·lusòries, cal que ho faci amb la màxima celeritat des que en té coneixement i sense comunicar-ho a cap de les empreses que hagin participat en la licitació afectada.

Rau en l'àmbit d'exigència professional que tota persona que compti amb evidències de pràctiques col·lusòries ho ha de posar en coneixement de l'ACCO. La col·laboració no només és exigible legalment, sinó també des de la vessant ètica i professional.

En aquest sentit, cal posar de manifest que l'expedient sancionador que eventualment incoï l'ACCO per possible infracció de l'art. 1 de la LDC contra els participants de la col·lusió pot implicar: la imposició de multes econòmiques a les empreses infractores (art 63.1 de la LDC), l'establiment de sancions a títol personal a determinats directius de les empreses infractores especialment involucrats en les dites pràctiques (art. 63.2 de la LDC), un dany en la seva reputació en la mesura que les sancions de l'ACCO per exigència legal són públiques (art 69 LDC), la declaració de la prohibició de contractar amb les administracions públiques (art 70 LCSP) i la possibilitat que posteriorment se'ls reclamin danys derivats de l'il·lícit de competència (art. 71 a 81 LDC).

Recordar que l'art. 65 LDC preveu la possibilitat d'exceptuar la imposició d'una sanció (“programa de clemència”) quan una empresa o persona física sigui la primera en aportar elements de prova que eventualment permetin a l'autoritat de competència dur a terme una actuació inspectora.

Per últim, des d'una altra perspectiva, cal posar de manifest que, en cas que es pugui considerar que l'actuació de l'administració ha facilitat la coordinació entre operadors, aquesta també

podria ser subjecte sancionat per infracció de la LDC en qualitat de “facilitador” o “cooperador necessari” de la col·lusió¹⁰.

5. Reacció de l'administració que ha estat víctima d'un càrtel

Si, malgrat tot, l'administració és víctima d'una pràctica col·lusòria, més enllà de l'obligatòria comunicació a les autoritats de competència, té al seu abast dos mecanismes de resposta: (I) revisar d'ofici el contracte si encara es troba en fase d'execució i (II) el rescabament dels danys soferts.

5.1. La revisió d'ofici del contracte

Pel cas que l'ens afectat tingui coneixement que un determinat contracte està essent executat en base a una licitació que va ser manipulada mitjançant una conducta col·lusòria d'algunes (o totes) les empreses que hi van concórrer, aquest ha d'analitzar la conveniència de revisar d'ofici el referit contracte en virtut del que preveu l'article 47.1, lletra f, de la Llei 39/2015: “els actes expressos o presumptes contraris a l'ordenament jurídic pels quals s'adquireixin facultats o drets quan es manqui dels requisits essencials per a la seva adquisició”.

A través d'aquesta via s'aconseguirà aturar els danys soferts per l'administració com a conseqüència de la referida infracció i podrà licitar novament i adjudicar a qui efectivament resulti oportú de conformitat els seus propis mèrits empresarials.

Per tant, es recomana com a bona pràctica administrativa la imposició de l'obligació d'analitzar la conveniència d'activar la via de la revisió d'ofici del contracte afectat per la pràctica anticompetitiva.

En aquesta mateixa línia i amb caràcter preventiu, se suggereix incloure en els plecs de clàusules administratives, com a causa de resolució del contracte, el fet que l'adjudicatari resulti sancionat per l'òrgan de la competència per infracció greu en matèria de falsejament de la competència a causa del seu comportament en el procediment de licitació (art. 34 i 35 i 211 a 213 LCSP)¹¹.

¹⁰ Per exemple, quan l'administració pública facilita trobades entre els licitadors i en el marc d'aquestes trobades es produeix un intercanvi d'informació entre elles o un repartiment de mercat (de licitacions). En definitiva, si ha contribuït en la coordinació dels operadors. Per a més detall sobre el rol facilitador de les administracions públiques i dels seus representants en les pràctiques restrictives de la competència resulta especialment rellevant la STS 18 de juliol de 2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=7743274&links=%22defensa%20de%20la%20competencia%22%20%20%22competencia%20desleal%22&optimize=20160726&publicinterface=true>

¹¹ L'ACCO considera que ha de ser factible, en base a la llibertat de pactes i la possibilitat d'especificar causes de resolució, que l'òrgan contractant incorpori en els contractes que formalitzi una causa de resolució específica per al cas que l'adjudicatari sigui sancionat en matèria de competència, tenint en compte que la seva conducta haurà

5.2. La reclamació de danys

En qualsevol cas, si una adjudicació es veu afectada per una conducta col·lusòria, resulta esperable que l'administració hagi patit danys (de fet, l'objectiu de la pròpia actuació col·lusòria consisteix en incrementar els preus o rebaixar les qualitats de manera que qui contracta pateix un dany).

És per això que es recomana que els òrgans licitadors afectats per aquestes conductes explorin la possibilitat de reclamar danys derivats d'aquestes infraccions, tal i com preveuen els art. 71 a 81 LDC i 283 bis de la Llei 1/2000 d'enjudiciament civil de 7 de gener. Amb aquesta actuació es garanteix una lleial administració dels recursos públics que han estat encomanats a l'administració que ha estat víctima d'una conducta col·lusòria i, alhora, s'envia un potent missatge als operadors de mercat sobre la responsabilitat d'aquells que falsegin injustificadament les condicions de competència, tot això a fi i efecte de prevenir nous casos de col·lusió en la compra pública.

danyat l'interès general i un dels pilars fonamentals de la contractació pública com és la salvaguarda de la lliure competència.