



Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 15 de novembre de 2013

Informe 5/2013, de 15 de novembre. Pràctiques col·lusòries en l'àmbit de la contractació pública

Antecedents

1. El president del Consell Insular de Menorca ha formulat la consulta següent a aquesta Junta Consultiva:

Atès que durant el procediment de contractació per l'adjudicació d'un contracte, la Mesa de contractació, reunida en acte intern per tal d'examinar l'informe emès sobre la documentació presentada pels licitadors admesos (en concret, sobre la proposició tècnica, relativa als criteris no avaluable mitjançant fórmules), el tècnic informa que ha detectat que dues proposicions tècniques són gairebé idèntiques i planteja en el seu informe si és possible excloure de la licitació als dos licitadors;

Atès que la Mesa debat sobre aquest assumpte, no podent arribar a una conclusió final amb absoluta certesa, respecte de si és o no motiu d'exclusió, per la qual cosa, i per unanimitat, es decideix suspendre aquesta Mesa de contractació i demanar un informe a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la CAIB;

D'acord amb l'article 16.3 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva, aprovat per Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997, a l'escrit s'adjunta l'informe jurídic emès per la tècnica d'administració general del Consell Insular de Menorca;

Per això, en ús de les competències que tinc atribuïdes, sol·licito un informe a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de les Illes Balears que es pronunciï sobre les següents qüestions:

— Vist que la normativa contractual no preveu actuacions concretes per fer front a pràctiques col·lusòries dels licitadors que es detecten durant la licitació d'un contracte, quines pautes ha de seguir la Mesa de contractació per tal de continuar el procediment de contractació i en quin moment s'han de notificar a la Comissió de Defensa de la Competència els



indicis de col·lusió, en compliment de la disposició adicional 23 del TRLCSP.

– Si estaria justificada l'exclusió d'un procediment de contractació a licitadors quan hi ha indicis raonables de pràctiques col·lusòries en qualsevol moment del procediment.

2. El president del Consell Insular de Menorca està legitimat per sol·licitar informes a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, de conformitat amb l'article 12.2 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació d'aquesta Junta Consultiva, i amb l'article 15.1 del seu Reglament d'organització i funcionament, aprovat per l'Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997. A l'escrit s'adjunta un informe jurídic, d'acord amb l'article 16.3 del Reglament. Per tant, es compleixen els requisits previs d'admissió per poder emetre l'informe sol·licitat.

Consideracions jurídiques

1. L'escrit de consulta planteja dues qüestions relacionades amb l'existència de pràctiques col·lusòries en l'àmbit de la contractació pública.

La primera fa referència a quines són les pautes que ha de seguir la Mesa de Contractació en els casos en què, durant una licitació, detecti pràctiques col·lusòries dels licitadors i quin és el moment en què ha de posar en coneixement de la Comissió Nacional de la Competència l'existència d'indicis de col·lusió.

La segona qüestió planteja la possibilitat d'excloure, en qualsevol moment del procediment, els licitadors respecte dels quals hi ha indicis raonables que han duit a terme pràctiques col·lusòries.

2. La Directiva 2004/18/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 31 de març de 2004, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, de subministraments i de serveis, disposa que en l'adjudicació dels contractes s'han de respectar els principis del Tractat i, en particular, els principis de lliure circulació de mercaderies, la llibertat d'establiment i la lliure prestació de serveis, així com els principis que se'n deriven, com són el principi d'igualtat de tracte, de no-discriminació, de reconeixement mutu, de proporcionalitat i de transparència.



Així, la Directiva respon a l'objectiu bàsic del dret comunitari d'assegurar la transparència, l'objectivitat i la no-discriminació en l'adjudicació dels contractes, amb la finalitat de garantir l'establiment del mercat interior i evitar que la competència resulti falsejada.

En el marc imposat pel dret comunitari, l'article 1 del Text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (en endavant, TRLCSP), estableix quins són l'objecte i la finalitat de la Llei de contractes en els termes següents:

Aquesta Llei té per objecte regular la contractació del sector públic, a fi de garantir que s'ajusta als principis de llibertat d'accés a les licitacions, publicitat i transparència dels procediments, i no-discriminació i igualtat de tracte entre els candidats, i d'assegurar, en connexió amb l'objectiu d'estabilitat pressupostària i control de la despesa, una utilització eficient dels fons destinats a la realització d'obres, l'adquisició de béns i la contractació de serveis mitjançant l'exigència de la definició prèvia de les necessitats que s'han de satisfer, la salvaguarda de la lliure competència i la selecció de l'oferta econòmicament més avantatjosa.

D'acord amb aquest article, la salvaguarda de la lliure competència es configura com un mitjà per assegurar l'eficiència en l'ús dels fons públics que es destinen a la realització d'obres, l'adquisició de béns i la contractació de serveis.

Cal tenir present que les empreses que intervenen en el mercat de la contractació pública per mitjà de la seva participació en els procediments d'adjudicació dels contractes per a la realització d'obres i l'adquisició de béns i serveis, són, majoritàriament, empreses privades, i que en la seva actuació poden incórrer en infraccions que vulnerin la competència, tot això d'acord amb les conductes enumerades en els articles 101 i 102 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea, relatius a conductes col·lusòries i a l'abús de posició dominant, i recollides en els articles 1 i 2 de la Llei espanyola de defensa de la competència.

L'àmbit de la contractació pública és un àmbit en què conflueixen, d'una banda, el dret de la contractació pública, que té com a objectiu que l'adquisició de béns, obres i serveis es dugui a terme de la manera més eficient possible i que els contractes s'adjudiquin a la millor oferta, i, de l'altra, el dret de la competència, creat específicament per garantir la competència en el mercat i, en el marc d'aquest objectiu, perseguir i sancionar les conductes anticompetitives de les empreses.



3. Per poder donar resposta a les qüestions que es plantegen en l'escrit de consulta, és necessari definir prèviament què són les pràctiques col·lusòries i determinar quin és l'òrgan competent per prevenir i lluitar contra aquestes conductes anticompetitives, i garantir així l'existència d'una competència efectiva en els mercats.

El capítol I del títol I de la Llei 15/2007, de 3 de juliol, de defensa de la competència, recull com a conductes prohibides en el marc de la defensa de la competència, les conductes col·lusòries, l'abús de posició dominant i el falsejament de la lliure competència per actes deslleials.

Quant a les conductes col·lusòries, l'apartat 1 de l'article 1 d'aquesta Llei disposa el següent:

Es prohibeix qualsevol acord, decisió o recomanació col·lectiva, o pràctica concertada o conscientment paral·lela, que tingui per objecte, produeixi o pugui produir l'efecte d'impedir, restringir o falsejar la competència en tot o part del mercat nacional i, en particular, els que consisteixin en:

- a) La fixació, de manera directa o indirecta, de preus o altres condicions comercials o de servei.
- b) La limitació o el control de la producció, la distribució, el desenvolupament tècnic o les inversions.
- c) El repartiment del mercat o de les fonts d'aprovisionament.
- d) L'aplicació, en les relacions comercials o de servei, de condicions desiguals per a prestacions equivalents que col·loquin uns competidors en situació desavantatjosa davant d'altres.
- e) La subordinació de la subscripció de contractes a l'acceptació de prestacions suplementàries que, per la seva naturalesa o d'acord amb els usos de comerç, no tinguin relació amb l'objecte d'aquests contractes.

D'acord amb l'apartat 4 de l'article 62 d'aquesta Llei, el desenvolupament de conductes tipificades en l'article 1 que consisteixin en càrtels o altres acords, decisions o recomanacions col·lectives, pràctiques concertades o conscientment paral·leles entre empreses competidores entre si, reals o potencials, poden constituir infraccions molt greus, que se sancionen, d'acord amb l'article 63.1 c, amb multa de fins al 10 % del volum de negoci total de l'empresa infractora en l'exercici immediatament anterior al d'imposició de la multa.

La col·lusió entre licitadors o *bid rigging* es produeix quan diverses empreses es posen d'acord per fixar el preu o qualsevol altra condició comercial, o per repartir-se el mercat, amb l'objectiu d'obtenir més beneficis del procediment de contractació; mentre que, en absència d'aquesta col·lusió, els empresaris haurien



competit sense compartir informació entre si.

Aquests acords afecten negativament tant la competència en els mercats de béns i serveis que es liciten com la gestió que dels recursos públics fan les administracions. En conseqüència, el perjudici que es causa als ciutadans és doble: d'una banda, com a consumidors, atès que es redueix o s'elimina la competència en el mercat, i, de l'altra, com a contribuents, atès que es genera un cost més elevat en la contractació pública.

Els processos competitius de contractació pública permeten als òrgans de contractació aconseguir millors preus o millores en la qualitat i la innovació en els productes, les obres i els serveis que han d'adquirir, sempre que les empreses competeixin de forma real i efectiva, és a dir, fixin el preu i la resta de condicions de la seva oferta de manera honesta i de forma totalment independent.

Així, la col·lusió entre els licitadors, que pot adoptar diverses formes, genera en la pràctica un efecte molt negatiu perquè condueix a un ús ineficient dels recursos públics, a causa d'una conducta il·legítima, disminueix la confiança pública en el procediment de contractació i soscava els beneficis d'un mercat competitiu.

L'organisme que té encomanades les funcions de defensa de la competència és la Comissió Nacional dels Mercats i la Competència (en endavant, CNMC), creada per la Llei 3/2013, de 4 de juny, en el qual s'ha integrat la Comissió Nacional de la Competència i que ha assumit les funcions que fins llavors duia a terme aquesta Comissió.

La finalitat de la CNMC és, d'acord amb l'apartat 2 de l'article 1 d'aquesta Llei, garantir, preservar i promoure el funcionament correcte, la transparència i l'existència d'una competència efectiva en tots els mercats i sectors productius, en benefici dels consumidors i usuaris.

El capítol II especifica les funcions de la CNMC. La Comissió exerceix funcions tant de supervisió com d'arbitratge i consultives per a la defensa i promoció de la competència en el conjunt de mercats.

La preocupació sobre els efectes de la manca de competència en l'àmbit de la contractació pública, derivada, sens dubte, de la importància econòmica d'aquest sector, ha tingut com a conseqüència que aquesta qüestió fos objecte d'una atenció especial.



Així, l'any 2011, la Comissió Nacional de la Competència va publicar una guia sobre contractació pública i competència amb l'objectiu de fomentar la competència en els processos de contractació pública.

El capítol 3 de la Guia analitza i defineix la col·lusió entre licitadors, explica, entre d'altres aspectes, quines són les formes que pot adoptar la col·lusió entre els licitadors i quin tipus de tècniques s'utilitzen per dur-la a terme, i enumera una sèrie d'indicadors que poden ajudar els òrgans de contractació a detectar si ha existit col·lusió entre els licitadors i a decidir si han d'iniciar una investigació detallada. Alguns d'aquests indicadors fan referència a característiques inusuals en la documentació de les empreses, com ara els errors de càlcul o faltes ortogràfiques que es repeteixen en diverses propostes, les ofertes de diferents licitadors que tenen la mateixa tipografia o les ofertes enviades des de la mateixa adreça de correu, número de fax o adreça electrònica.

El capítol acaba assenyalant les pautes que han de seguir els òrgans de contractació en el cas que disposin d'indicis sòlids sobre l'existència de col·lusió entre els licitadors. Aquestes pautes són les següents:

- 1) Posar-ho en coneixement de la CNMC o de les autoritats de competència autonòmiques.
- 2) Considerar la conveniència de suspendre la licitació.
- 3) Contribuir a la investigació posterior respectant les pautes següents:
 - Conservar tota la documentació que es refereix a la licitació (ofertes, sobres, registres de comunicacions, correspondència, etc.).
 - Registrar totes les conductes i declaracions rellevants, a fi de proporcionar informació detallada de totes les circumstàncies que semblin confirmar les sospites.
 - No discutir ni comentar les sospites amb altres empreses.

La Guia de la Comissió es va dictar en línia amb les recomanacions d'organismes internacionals com l'Organització per a la Cooperació i el Desenvolupament Econòmic (OCDE), que l'any 2009 va elaborar una guia per combatre la col·lusió en la contractació pública, i que més recentment, l'any 2012, ha aprovat una recomanació amb aquesta mateixa finalitat.

També resulten d'interès la Guia per a la prevenció i detecció de la col·lusió en la contractació pública elaborada per l'Autoritat Catalana de la Competència l'any 2010, i l'Estudi sobre la contractació pública en la comunitat autònoma andalusa des del punt de vista de la competència elaborat, també l'any 2010, per



l'Agència de Defensa de la Competència d'Andalusia.

4. El Text refós de la Llei de contractes del sector públic garanteix la salvaguarda de la lliure competència en el procediment de contractació, però no preveu mesures adreçades a evitar que les empreses que participen en un procediment de licitació arribin a acords col·lusoris que poden afectar el resultat del procediment de contractació.

De fet, l'única pauta d'actuació que el TRLCSP ofereix als òrgans de contractació que sospitin que les empreses que participen en un procediment han adoptat acords col·lusoris, és la que preveu la disposició addicional vint-i-tresena, la qual, sota l'epígraf "Pràctiques contràries a la lliure competència", estableix el següent:

Els òrgans de contractació, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat i els òrgans competents per resoldre el recurs especial a què es refereix l'article 40 d'aquesta Llei han de notificar a la Comissió Nacional de la Competència qualssevol fets dels quals tinguin coneixement en l'exercici de les seves funcions que puguin constituir infracció a la legislació de defensa de la competència. En particular, han de comunicar qualsevol indicatiu d'acord, decisió o recomanació col·lectiva, o pràctica concertada o conscientment paral·lela entre els licitadors, que tingui per objecte, produeixi o pugui produir l'efecte d'impedir, restringir o falsejar la competència en el procés de contractació.

Per tant, l'únic que la Llei preveu és que quan els òrgans a què fa referència aquesta disposició sospitin que els participants en un procediment de contractació han arribat a acords col·lusoris, ho han de posar en coneixement de la Comissió Nacional dels Mercats i la Competència. Així, tenen l'obligació de notificar-li els indicis que tinguin i, tot i que no s'especifica el moment en què s'ha de fer, el més recomanable és que s'efectuï en el termini més breu possible des del moment en què s'hagin detectat indicis de pràctiques col·lusòries o anticompetitives entre els licitadors. A l'efecte de poder aportar proves suficients per acreditar que s'ha produït la conducta col·lusòria, és important que des del mateix moment en què es tinguin sospites de l'existència de comportaments anticompetitius, els òrgans de contractació conservin totes les proves que considerin rellevants i actuïn amb el màxim sigil a fi d'evitar que els licitadors implicats destrueixin els documents, els arxius i tot allò que pugui servir per provar el seu comportament il·lícit.

I, com apunta la Guia de la Comissió Nacional de la Competència esmentada abans, és convenient sospesar la possibilitat de suspendre el procediment,



d'acord amb l'article 42 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú. En el cas que no es consideri oportú suspendre'l, el procediment ha de continuar fins que s'adjudiqui el contracte, atès que el fet que l'autoritat de defensa de la competència incoï un procediment sancionador no afecta la tramitació del procediment de contractació ni hi interfereix, encara que la tramitació d'ambdós procediments sigui paral·lela.

Certament, s'ha de considerar que la disposició adicional vint-i-tresena del TRLCSP no evita que les sancions que mereixin les pràctiques col·lusòries siguin imposades una vegada que ja s'ha adjudicat el contracte de què es tracti i s'ha començat a executar. I això malgrat que el dret de la contractació pública persegueix que les possibles irregularitats que afectin el procediment es resolguin abans de la formalització del contracte.

La Llei 31/2007, de 30 d'octubre, sobre procediments de contractació en els sectors de l'aigua, l'energia, els transports i els serveis postals, a diferència del TRLCSP, sí conté una referència a l'exclusió d'actuacions restrictives de la competència. Així, en l'article 91 disposa que en els procediments d'adjudicació, particularment en el cas d'adjudicació sobre la base d'un acord marc, queda exclòs qualsevol tipus d'acord, pràctica restrictiva o abusiva que produeixi o pugui produir l'efecte d'impedir, restringir o falsejar la competència en els termes prevists en la Llei de defensa de la competència.

5. La consulta planteja també la possibilitat d'excloure, en qualsevol moment del procediment, els licitadors respecte dels quals hi ha indicis raonables que han duit a terme pràctiques col·lusòries.

La normativa en matèria de contractació pública no té com a finalitat perseguir i sancionar les conductes anticompetitives que es puguin produir entre els empresaris que participen en un procediment de contractació pública. Com ja hem dit, aquesta és una missió que correspon al dret de la competència i així queda palès en la disposició adicional vint-i-tresena del TRLCSP, que exclou del seu àmbit la sanció de les conductes que infringeixin la legislació en matèria de defensa de la competència.

Per tant, s'ha de considerar que el fet que un òrgan de contractació sospiti o detecti indicis que en el si d'un procediment s'han produït acords col·lusoris entre diversos licitadors, no constitueix un motiu d'exclusió, i això no tan sols perquè la normativa en matèria de contractació no prevegi aquesta possibilitat,



sinó també perquè en els procediments de contractació és essencial afavorir la màxima concurrència, sense que sigui admissible excloure els licitadors amb fonament en una mera sospita d'actuacions col·lusòries.

La Proposta de directiva del Parlament Europeu i del Consell relativa a la contractació pública que s'està tramitant actualment conté una disposició específica sobre els comportaments il·lícits dels candidats i licitadors —com ara els intents d'influir indegudament en el procés de presa de decisions o d'arribar a acords amb altres participants a fi de manipular el resultat del procediment—, atès que aquestes activitats il·lícites infringeixen els principis bàsics de la Unió Europea i poden donar lloc a greus falsejaments de la competència. En aquest sentit, la Proposta de directiva preveu que es pugui exigir als candidats i licitadors que presentin una declaració jurada en què declarin que no han duit a terme aquestes activitats il·lícites, i preveu també la possibilitat d'excloure'ls si es pot demostrar la presència d'indicadors convincents que evidencien que l'operador econòmic ha arribat a acords amb altres operadors econòmics a fi de falsejar la competència.

Conclusions

1. En el cas que l'òrgan de contractació, durant la tramitació d'un procediment de contractació, detecti la possible existència de pràctiques col·lusòries dels licitadors, ho ha de posar en coneixement de la Comissió Nacional dels Mercats i la Competència o de les autoritats de competència autonòmiques corresponents, en el termini més breu possible des del moment en què s'hagin detectat indicis de pràctiques col·lusòries o anticompetitives entre els licitadors, sens perjudici de la possibilitat de suspendre el procediment.
2. El fet que hi hagi sospites o indicis que en un procediment de contractació s'han duit a terme pràctiques col·lusòries no és motiu d'exclusió dels licitadors implicats en aquestes conductes.