

COLUSIÓN Y DISEÑO DE LAS LICITACIONES PÚBLICAS: ALGUNAS ENSEÑANZAS A LA LUZ DE LOS EXPEDIENTES SANCIONADORES DE LA CNC*

JUAN ESPINOSA GARCÍA

Subdirector de Relaciones con las Administraciones Públicas
en la Comisión Nacional de la Competencia

INMACULADA GUTIÉRREZ CARRIZO

Miembro del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

1. Introducción

Los acuerdos restrictivos de la competencia entre oferentes de bienes y servicios distorsionan la dinámica competitiva del mercado en que tengan lugar. Como resultado, los consumidores obtienen en sus transacciones comerciales mayores precios y menor calidad de la que resultaría de procesos efectivamente competitivo y, a la vez, se reducen en gran medida los incentivos a la innovación y a la mejora dinámica de los procesos productivos de los operadores.

Estas prácticas, ya de por sí generadoras de un daño cualificado al bienestar económico general, revisten una particular gravedad en el ámbito de la contratación pública, al resultar perjudicados, a través de las Administraciones contratantes, los propios ciudadanos, en su doble vertiente de contribuyentes al erario y usuarios de los bienes y servicios públicos.

La presencia de acuerdos restrictivos de la competencia entre licitadores de contratos públicas no es cuestión novedosa; ya se refería a ella expresamente Bravo Murillo al dirigir a Isabel II el preámbulo del Real Decreto de 27 de febrero de 1852, de contratos de servicios públicos.¹ Así lo demuestra también la actividad

* Las opiniones vertidas por los autores, salvo cuando se consigne de manera diferente, son las suyas propias y no necesariamente representan las emitidas por la institución en la que prestan servicios.

1. Así comienza tal Real Decreto: «Señora: Autorizado competentemente por V.M., previo acuerdo del Consejo de Ministros, presentó el de Hacienda a las Cortes en 29 de diciembre de 1850 un proyecto de ley de contratos sobre servicios públicos, con el fin de establecer ciertas trabas saludables, evitando los abusos fáciles

sancionadora del Derecho de la competencia, tanto a nivel nacional como internacional, que ha acreditado la contumacia de tales conductas.

Las Administraciones Públicas, como agraviados directos de estas situaciones, tienen a su disposición el Derecho de la contratación pública y el Derecho de la competencia, para, respectivamente, prevenir y corregir y disuadir de tales prácticas.² Sin embargo, el actual contexto de estrechez económico-presupuestaria en el que se encuentra el sector público exige incrementar la sensibilidad de todos los agentes involucrados en el desarrollo de estos procesos hacia la gravedad de tales situaciones. Así, no solo se trata de cumplir y favorecer el cumplimiento de la Ley, sino de adoptar una actitud proactiva hacia la prevención de los cárteles en la contratación pública.

En los últimos años, las autoridades de competencia han dedicado documentos específicos a la finalidad de facilitar esta tarea a las entidades públicas y España no ha sido una excepción.³ En particular, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) publicó en febrero de 2011 su *Guía sobre Contratación Pública y Competencia* (en adelante, la Guía de la CNC). Se trata de un documento con una finalidad eminentemente práctica, dirigido fundamentalmente a órganos de contratación, que recuerda la necesidad de cumplir con la normativa de contratación pública en aquellos aspectos particularmente relevantes desde el punto de vista de la competencia y a la vez indica una serie de pautas favorecedoras de la competen-

de cometer en una materia de peligrosos estímulos, y de garantizar la Administración contra los tiros de la maledicencia. Consistía el primero en la confabulación de los licitadores ó en la introducción de un tercero en la licitación, con el fin de obligar a los demás á concederle una prima para evitar sus pujas. [...]».

2. Existen buenas razones para esta doble y separada respuesta del ordenamiento jurídico a la búsqueda del desarrollo de licitaciones públicas. Evidentemente, la falta de competencia en una licitación redundaría en perjuicio de su resultado inmediato; de ahí que la normativa de contratación pública consigne como nucleares los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos. Pero una deficiente competencia en las licitaciones, consecuencia de acuerdos entre operadores, también restringe o distorsiona la competencia en el mercado en un sentido más amplio, teniendo en cuenta el conjunto de transacciones comerciales (en este caso, licitaciones) que se desarrollan en el mismo. Las relaciones entre los bienes jurídicos protegidos, los instrumentos disponibles y los elementos de conexión entre ambos ámbitos se han tratado extensivamente a nivel académico. Por todos, cabe citar la obra de SÁNCHEZ GRAELLS, A. 2011. *Public Procurement and the EU Competition Rules*. Hart Publishing, Oxford.
3. En el ámbito internacional, cabe destacar la reciente (17 de julio de 2012) Recomendación de la OCDE *Recommendation of the Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*, renovando sus Directrices sobre la materia de 2009 (*Guidelines on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*). En España, la Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO) publicó su *Guía para la prevención y detección de colusión en la contratación pública* en junio de 2010. También la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía introdujo recomendaciones de este tipo en su *Estudio sobre la Contratación Pública en la Comunidad Autónoma Andaluza desde el punto de vista de la competencia*, de octubre de 2010.

Referencias:

- <http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=284&InstrumentPID=299&Lang=en&Book=False>.
<http://www.oecd.org/daf/competition/cartelsandanti-competitiveagreements/42851044.pdf>.
http://www20.gencat.cat/docs/economia/ACCO/Documents/Arxius/guia_prev_det_colusio_contratacio_publica_esp.pdf.
http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/export/sites/default/web_es/documentacion/Recomendaciones_CCCP-ADCA_14-01-2011_v.pdf.

cia que resultan complementarias al cumplimiento de tales normas. También pretende facilitar a los órganos de contratación la detección de colusiones en este ámbito y su actuación en consecuencia.

En lo que respecta a sus recomendaciones sobre el diseño de los contratos públicos, entre los objetivos perseguidos por la Guía de la CNC se encuentra el de reducir el riesgo de colusión ya en el propio diseño del contrato.⁴ La razón para ello es que, desgraciadamente, la práctica demuestra que en muchas ocasiones son las propias Administraciones las que generan o permiten, a menudo de manera involuntaria, dicho riesgo.

De hecho, determinadas resoluciones que el Consejo de la CNC ha adoptado desde la aprobación de la Guía, en las que se ha declarado la existencia de prácticas restrictivas de la competencia en el ámbito de las licitaciones públicas, pueden servir para verificar la aplicabilidad de este tipo de recomendaciones de la Guía, o, más precisamente, los riesgos derivados de no seguirlas.

La presente contribución pretende precisamente, apoyándose en dos de estas resoluciones, en concreto *Licitaciones de Carreteras*⁵ y *Transporte Ayuntamiento de Las Palmas*,⁶ ilustrar la importancia del diseño de las licitaciones para favorecer la competencia y evitar la colusión. Para ello, en la sección 2 se analizan las características de los mercados que deben hacer que las entidades públicas estén más alerta sobre el objetivo de reducir o eliminar el riesgo de colusión a la hora de diseñar sus licitaciones. En la sección 3 se repasa en qué medida el contexto de mercado en tales resoluciones presentaba estos elementos. En la sección 4 se ilustran una serie de recomendaciones de la Guía a la luz de los procesos de contratación pública de los expedientes analizados. En la sección 5 se concluye.

2. Prevenir la colusión en licitaciones

Como es sabido, la persecución de los cárteles en España es tarea de las autoridades de defensa de la competencia y, en particular, de la CNC, quien ha declarado que esta es precisamente una de sus prioridades. Sin perjuicio de ello, en el ámbito de las licitaciones públicas las Administraciones Públicas convocantes tienen un papel extraordinariamente importante que desempeñar, tanto a la hora de prevenir dichas prácticas como de detectarlas.

4. Existe otro objetivo, no necesariamente instrumentado por las mismas recomendaciones destinadas a reducir el riesgo de colusión, que no presupone la existencia de acuerdos restrictivos de la competencia entre participantes sino que pretende obtener el mejor resultado posible para las entidades públicas a través del mecanismo competitivo. Por ejemplo, promoviendo la traslación del «máximo esfuerzo» de los licitadores a las ofertas que preparan, la eliminación de ventajas asimétricas a favor de operadores concretos y la generación de suficientes oportunidades de competir a partir de la salida a licitación de los distintos bienes y servicios con periodicidad suficiente.
5. RCNC de 19 de octubre de 2011, Expediente S/0226/10–Licitaciones de carreteras.
6. RCNC de 25 de octubre de 2012, Expediente SA/CAN/0012/11–Transporte Ayuntamiento Las Palmas.

Así, en cuanto a la prevención, deben diseñar las condiciones de desarrollo de los procedimientos de manera que se desincentive la posibilidad (o el éxito) de coludir.

En lo que respecta a la detección de los cárteles, las entidades públicas convocantes de licitaciones están en una posición particularmente útil para detectar indicios de que tales prácticas están sucediendo, dado su contacto con las condiciones ofertadas por los licitadores en los distintos procesos convocados y el desarrollo de dichos procesos. Así lo reconoce la Disposición Adicional 23.^a del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCS⁷) cuando insta a los órganos de contratación a poner en conocimiento de la CNC 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.⁸ Esta función activa, de hecho, es previsible que se potencie en el futuro, en la medida en que la propuesta de modificación de las vigentes directivas comunitarias sobre contratación pública incluye, dentro de los motivos para que el órgano de contratación valore la exclusión de los licitadores, la constatación de la existencia de acuerdos destinados a distorsionar la competencia.⁹

Ambas tareas, prevención y detección, revisten una importancia fundamental. Pero aquí queremos subrayar la importancia que tiene la labor que los órganos de contratación pueden realizar en materia de prevención. Evidentemente, siempre resulta menos costoso, desde un punto de vista del gasto público y desde luego del daño al mercado, evitar una práctica dañina que perseguirla.

Si las empresas licitadoras se reparten una serie de concursos y pactan el precio a ofrecer, por ejemplo, limitando la reducción que ofrecen con respecto al precio de referencia que da la Administración, el resultado final es que la competencia en el mercado se habrá visto distorsionada y se habrá pagado más dinero público por ese servicio. Sin duda, la persecución efectiva de este tipo de prácticas es fundamental desde el punto de vista de la disuasión. Pero su prevención es todavía más deseable. Si se evitan estas prácticas, el órgano de contratación pagará menos por

7. Aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

8. DISPOSICIÓN ADICIONAL VIGÉSIMA TERCERA. Prácticas contrarias a la libre competencia. 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.

9. Ver *Propuesta para una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre contratación pública*. Texto de compromiso de la Presidencia del Consejo/versión consolidada, Bruselas, 24 de julio de 2012. De acuerdo con el artículo 55 apartado 3 de la Propuesta: «Contracting authorities may exclude or may be required by Member States to exclude from participation in a procurement procedure any economic operator in any of the following situations: [...] (d) where the contracting authority can demonstrate that the economic operator has entered into agreements with other economic operators aimed at distorting competition».

el bien o servicio u obtendrá unas mejores condiciones, lo cual repercutirá de forma positiva en los usuarios y, en última instancia, en el contribuyente.

Por ello es importante que, a la hora de convocar una licitación, la Administración tenga en cuenta que su diseño debe evitar o, al menos, no facilitar inconscientemente el funcionamiento de este tipo de acuerdos.

La CNC utilizó en la Guía, de manera consciente, un enfoque sencillo y directo para hacer llegar a los distintos órganos de contratación sus recomendaciones con objeto de promover la competencia en los procesos de contratación. Obviamente no todas las recomendaciones son trasladables a un caso concreto simultáneamente, ni todas ellas resultan igual de importantes a la hora de valorar su adopción. Es por ello que, a la hora de implementar las recomendaciones de la Guía, resulta fundamental que los órganos de contratación valoren, con carácter previo, las condiciones de mercado en las que se están sustanciando los procedimientos que convocan a la hora de proveer un determinado bien o servicio. De ellas dependerá, en buena medida, la decisión sobre las recomendaciones concretas que se adopten en cuanto a su diseño.

En esta contribución, como hemos dicho, nos centraremos en analizar las recomendaciones de diseño más convenientes, a la luz de la experiencia práctica reciente, para reducir el riesgo de colusión en las licitaciones. Siendo este el objetivo, resulta indispensable que los poderes adjudicadores, en general, y los órganos de contratación, en particular, observen y analicen el mercado para detectar la existencia de elementos en su estructura que posibiliten y/o incentiven que los oferentes de tales bienes y servicios, en principio competidores entre sí, alcancen acuerdos restrictivos de la competencia; por ejemplo, un acuerdo de fijación de precios o un reparto de mercados. En la medida en que las licitaciones que convoca un determinado órgano de contratación suelen dirigirse a un determinado sector, este ejercicio se basa en su conocimiento de los mercados relativos a los bienes y servicios que demanda.

La teoría económica se ha encargado de consignar y analizar tales factores, tanto con carácter general como en relación con los mercados de licitaciones en particular.¹⁰ La propia Guía de la CNC se hace eco de los más importantes. Estos

10. En relación con los factores de mercado que facilitan la colusión con carácter general, procede referir el documento de IVALDI *et alii*. 2003. *The economics of tacit collusion*. IVALDI, M.; JULLIEN, B.; REY, P.; SEABRIGHT, P.; TIROLE, J. IDEI. Toulouse. Final Report for DG Competition, European Commission:

http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf.

En relación con la presencia de factores de colusión en mercados de subastas, Paul KLEMPERER ha escrito extensivamente; por todos, KLEMPERER, P. 2005. *Bidding Markets*, UK Competition Commission:

http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/our_role/analysis/bidding_markets.

Finalmente, por lo que respecta a las características favorecedoras de la colusión que hacen referencia exclusiva a los mercados de licitaciones públicas, un reciente artículo de Alberto ALEMANNI (26 de octubre de 2012) se centra en analizar la transparencia que dimana de las obligaciones de información a los participantes de la normativa de contratación pública, y al menor incentivo de los operadores miembros de un cártel a desviarse del acuerdo en relación con otro tipo de mercados, al ser una característica de los mercados de contratación pública que las cantidades a licitar están fijadas *ex ante* y en consecuencia las ganancias derivadas de

indicadores están relacionados con: la facilidad para que las empresas de un mercado se comporten coordinadamente, sin necesidad incluso de acuerdo explícito entre ellas (por ejemplo, mediante una excesiva transparencia en el comportamiento comercial de las empresas); sus incentivos a comportarse coordinadamente (en la medida en que las ganancias a largo plazo de la colusión sean mayores que las ventajas a corto plazo de competir independiente y agresivamente en una licitación concreta); y la posibilidad que tengan el resto de miembros del acuerdo de corregir o castigar las desviaciones, en su caso, a dicho comportamiento coordinado.

De una manera más sistemática, podemos mencionar los siguientes factores a tener en cuenta:

- *Número y frecuencia de las interacciones o transacciones del mercado* (es decir, de las licitaciones): cuanta más repetición, más posibilidades de colusión.
- *Presencia de competidores que frecuentemente se presentan a las licitaciones de un mercado*. El hecho de que haya un conjunto de empresas «habituales» en las licitaciones de un determinado sector u órgano de contratación puede hacer posible la colusión. El hecho de que se enfrenten en licitaciones periódicamente facilitará que puedan llegar a acuerdos de manera que, como se decía antes, las ganancias de coludir en un conjunto de licitaciones sean mayores que las ventajas a corto plazo de competir en una licitación concreta.
- *Número de empresas y, en particular, de empresas «habituales»*. Cuanto más reducido sea el número de empresas que se presentan a un tipo de licitaciones con regularidad, más fácil puede ser organizar el funcionamiento del cártel.
- *Barreras a la entrada que dificulten la presencia de potenciales competidores en el mercado*. Además del número de competidores que efectivamente se suelen presentar hay que tener en cuenta cómo es de factible que se presenten otros si perciben que las rentas que están obteniendo los operadores ya presentes son atractivas. Puede haber barreras que lo impidan, que pueden ser endógenas a los procedimientos de licitación o bien más amplias, relacionadas con las características del mercado (ventajas de incumbente, tamaño eficiente...)
- *Grado de transparencia en el mercado*. En qué medida las empresas son capaces de hacer un seguimiento las unas de las otras de su comportamiento a lo largo del tiempo. Cuanto más capaces sean, mayor el riesgo de que coludan.
- *Fluctuaciones de demanda*. Cuanto más previsible la evolución del mercado, más pensión a la colusión.

competir por configurarse como proveedores se limitan en mayor medida. Ver ALEMANNI, A. 2012. «Cartels in Public Procurement», en *Journal of Competition Law & Economics* 8(3): 1-14;

<http://jcle.oxfordjournals.org/content/early/2012/10/25/joclec.nhs028.full>.

- *Simetría entre empresas.* Cuanto más parecidas son las empresas, más parecidas son también las ganancias que pueden obtener si se ponen de acuerdo y, por tanto, mayor probabilidad de que lo hagan. Es importante tener presente, no obstante, que no se trata de que todas sean iguales o ganen lo mismo. Lo que se debe analizar es si, dadas sus características, para cada una de las empresas puede resultar a largo plazo más rentable llegar a acuerdos que competir.
- *Grado de diferenciación cualitativa de los (mismos) productos.* Por las mismas razones que se han expuesto en el punto anterior, cuanto menor sea la diferencia en calidad¹¹ entre los productos y servicios que ofrece las empresas, mayor el riesgo de colusión. Por ejemplo, si una de las empresas es superior al resto en calidad y tiene posibilidades de ganar reiteradamente, difícilmente le va a interesar coludir para repartirse las licitaciones con el resto.
- *Vinculos estructurales o cooperativos entre las empresas.* Cuanto mayor sea el grado de relación entre las empresas que se presentan a la licitación, mayor será su capacidad de llegar a acuerdos.

La presencia de estos elementos no es condición necesaria ni suficiente en sí misma para determinar que existe un cártel en relación con un conjunto determinado de licitaciones por determinados bienes o servicios. Sin embargo, en función de que, tras el mencionado análisis, un cierto número de estos factores estuviesen presentes en el mercado en el que se sustancian las licitaciones en cuestión, el órgano de contratación debería ser particularmente sensible al objetivo de disminuir el riesgo de colusión entre los licitadores y priorizar las recomendaciones más directamente relacionadas con tal propósito. O dicho de una manera más secuencial: no introducir, en primer lugar, elementos en el diseño del contrato que incrementen los riesgos de colusión; e introducir, seguidamente, elementos que la impidan o desincentiven ulteriormente.

3. Algunos ejemplos de colusión en licitaciones

La CNC ha resuelto recientemente algunos casos de colusión en materia de licitaciones públicas que pueden ayudarnos a ilustrar cómo analizar las características de un mercado a la hora de valorar el riesgo de que se produzca colusión en el

11. Hablamos de diferenciación «vertical»: que básicamente existan empresas que oferten el mismo bien o servicio a diferentes calidades. La que tenga más calidad tiene incentivos a salirse del cártel. En realidad, es un trasunto de la asimetría en costes.

Si tal diferencia en calidad se refiere a que son productos distintos o poco sustituibles, los efectos sobre existencia de colusión pueden ser más contradictorios: por un lado, mayor posibilidad de reparto derivada de una menor expugnabilidad relativa (lo cual aumentaría el riesgo de colusión), pero por otro menos posibilidad de represalia al salirte del acuerdo (allí donde quieras competir con los otros miembros del cártel) porque con arreglo a las diferencias de calidad estos últimos no pueden represaliarte tan fácilmente.

mismo porque las empresas tengan un incentivo y la capacidad para llegar a acuerdos de fijación de precios o de reparto de mercado. También pueden ser útiles para ejemplificar cómo el diseño de la licitación puede incidir de manera importante en ese incentivo y, sobre todo, en la capacidad de las empresas para coludir.

En particular, presentaremos dos casos que afectan a sectores distintos. El primero tiene que ver con licitaciones en materia de reparaciones de carreteras en toda España.¹² El segundo, con el servicio de transporte de viajeros para actividades lúdicas, deportivas, socioculturales y socioeducativas de Las Palmas de Gran Canaria.¹³ En ambos casos el Consejo de la CNC ha dictado sendas resoluciones en las que ha declarado la existencia de infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007 y ha impuesto sanciones por ello. Conviene destacar que en el momento de escribir este artículo, ninguna de las dos resoluciones es firme, si bien entendemos que ello no afecta al análisis de las condiciones de los respectivos mercados y licitaciones que es lo que a los efectos del presente artículo se pretende analizar.

3.1. Licitaciones de reparación de carreteras

El expediente hace referencia al sector de la renovación y rehabilitación de firmes y plataformas (carreteras, autovías, etc.). Este tipo de obras se contrata por diferentes Administraciones Públicas, el Ministerio de Fomento o las Consejerías de las respectivas Comunidades Autónomas, dependiendo de cuál sea la autoridad que tiene la competencia, dependiendo del tipo de vía.

Para su contratación las Administraciones Públicas y, en la medida en que les resulte aplicable, el resto de entidades del sector público, recurren a procedimientos de licitación de acuerdo con el vigente TRLCSP.¹⁴ Los procedimientos ordinarios para la adjudicación de estas obras son el procedimiento abierto y el procedimiento restringido. El procedimiento abierto (arts. 157 a 161 del vigente TRLCSP) se caracteriza por permitir que cualquier empresario clasificado para desarrollar el tipo de obra solicitada pueda presentar una proposición y convertirse en licitador del contrato, no permitiéndose la negociación de los términos contractuales. En el procedimiento restringido (arts. 162 a 168 del vigente TRLCSP) se exige que, antes del anuncio de licitación, el órgano contratante establezca unos criterios objetivos de solvencia, en base a los cuales seleccionará a un mínimo de cinco candidatos que podrán presentar ofertas. Estos criterios objetivos de solvencia hacen referencia a la solvencia económica y financiera y a la solvencia técnica.

12. Ver nota a pie 7.

13. Ver nota a pie 8.

14. Este Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 16 de noviembre, sustituyó a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), en vigor desde el 2 de mayo de 2008, que resulta en general aplicable a las licitaciones objeto de la resolución analizada.

La clasificación requerida habitualmente para contratar en licitaciones cuyo objeto es una obra de rehabilitación o refuerzo de firmes y plataformas es la clasificación G4f: G (grupo: viales y pistas); 4 (subgrupo de actividad: «con firmes de mezclas bituminosas»), y f (presupuesto de la obra contratada, o anualidad media si el contrato es superior al año: a partir de 2.400.000 euros). También en alguna ocasión se requiere la clasificación G5f. El 5 responde al subgrupo de actividad «señalizaciones y balizamientos viales».

El número de empresas que tiene o está en condiciones de obtener esta clasificación es elevado, lo que supone que la oferta de estos servicios se encuentra relativamente atomizada. Junto a empresas de mayor tamaño que operan a escala nacional, existen numerosos operadores de ámbito local y dimensiones reducidas. Según cifras del Ministerio de Fomento a nivel nacional entre 2007 y 2009 se licitaron 141 obras de conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas, en los que se presentaron un total de 380 empresas. Obra también en el expediente cifras correspondientes al mismo periodo referentes al ámbito de Castilla y León, donde se licitaron 25 obras de conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas, a las que se presentaron un total de 52 empresas. Pero se observa que, pese al grado de atomización, hay una serie de empresas que aparecen de manera reiterada en los concursos analizados, especialmente en los restringidos.

Para la realización de este tipo de obras se emplea, además de maquinaria, mezclas bituminosas, entre otros materiales. Algunas empresas se encuentran verticalmente integradas, esto es, prestan servicios de rehabilitación y refuerzo de firmes empresas que a su vez producen los asfaltos y pertenecen a grupos de mayor envergadura.

Las empresas cuyas instalaciones se encuentran próximas al lugar en el que han de realizarse las obras de rehabilitación pueden contar por ello con una cierta ventaja comparativa de costes en la licitación. No es infrecuente tampoco que presenten ofertas a las licitaciones empresas integradas en UTE que buscan complementar sus capacidades o aprovechar la ventaja competitiva del socio local.

Tanto en el procedimiento abierto como en el restringido, el procedimiento para la selección del ganador en las licitaciones de este tipo de obra es similar al de una subasta. Como las características del servicio que pueden prestar las diferentes empresas no son muy diferentes, el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato suele ser el precio. La Administración fija un precio máximo de adjudicación y a partir de él las empresas realizan pujas a la baja, de manera que gana aquella oferta que presente la baja mayor, esto es, el precio más reducido.

Un aspecto relevante en la adjudicación es la posible existencia de «bajas temerarias». Cuando las ofertas presenten valores anormales o desproporcionados con respecto al resto de ofertas recibidas podrán descartarse (artículo 152 del actual TRLCSP). En la práctica, el límite que se suele establecer para considerar que una oferta económica incurre en una «baja temerari» se sitúa entre un 10% y un 20%

por debajo de la oferta media de la licitación, pero este porcentaje depende de la autoridad convocante.

Dada la necesidad de renovar y reparar el firme periódicamente en las diferentes vías, el resultado es que estamos ante licitaciones que se convocan periódicamente por las diferentes Administraciones. No es infrecuente que una misma Administración convoque al tiempo varias licitaciones para la reparación de diferentes vías.

De ello se deduce que estamos ante una actividad en la que las licitaciones se producen repetidamente y hay un grupo estable de empresas, no tan numeroso, que participa en ellas. Este rasgo es especialmente acusado en las licitaciones que se convocan por el procedimiento restringido, donde las barreras de entrada son mayores al estar limitado el número de empresas que finalmente formulan una oferta. El producto que ofrecen estas empresas es relativamente homogéneo, de manera que las diferencias entre ellas provienen fundamentalmente del tamaño del grupo al que pertenezcan y de la ubicación de sus plantas. A pesar de estas diferencias, existe un claro incentivo entre las empresas a limitar el importe de las bajas que ofertan. Se trata además de un mercado con un elevado grado de transparencia, puesto que es posible hacer un seguimiento de quién se presente a qué, qué ofrece por ello y qué licitaciones gana. Esta transparencia es todavía más acusada *ex ante* en los procedimientos restringidos.

En el expediente quedó acreditada la existencia de un cártel entre determinadas empresas que acordaban la puja a realizar en determinadas licitaciones convocadas por el procedimiento restringido. De los hechos acreditados en el expediente se deduce que empresas seleccionadas en estos procedimientos mantenían contactos y se reunían para intercambiarse información sobre las bajas que tenían previstas. A partir de ello, acordaban cuál sería el importe de la baja ganadora así como el del resto de ofertas.

De esta forma, la empresa ganadora obtenía un mayor presupuesto para la obra a costa de que la Administración pagara un precio mayor. La empresa ganadora compensaba económicamente al resto de competidores en la licitación por presentar sus ofertas modificadas. Algunos de los pagos acordados fueron detectados en las contabilidades de empresas involucradas en los acuerdos. También se obtuvo evidencia de los pagarés emitidos entre empresas a modo de compensación.

En el expediente se considera acreditada la existencia de acuerdos para modificar las ofertas de al menos catorce licitaciones públicas de mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas convocados en todo el territorio nacional en el periodo 2007-2009. El Consejo de la CNC sancionó por esta conducta a más de 40 empresas, aunque solo un número reducido de ellas participaron en todas o casi todas las 14 licitaciones.

De acuerdo con los datos que obran en el expediente, de las 141 licitaciones del periodo señalado, 53 se celebraron por el procedimiento restringido o previa invitación. Se observa que el número de participantes es mucho mayor en el caso de las subastas por procedimiento abierto: 30 de media en estas subastas frente a

8 en el caso de subastas mediante procedimiento restringido. El importe de las licitaciones es muy variado en ambos casos, sin que se observe ninguna diferencia apreciable entre unas y otras. El importe medio es similar: 8,5 millones de euros en las de procedimiento abierto frente a 8 millones de media en las de procedimiento restringido. No se observan perfiles distintos entre los participantes. Dicho en otros términos, las empresas que se presentan a las subastas restringidas también aparecen con frecuencia en subastas abiertas. Esto incluye a muchas de las empresas imputadas en este expediente.

En cambio, se observa que las bajas son ostensiblemente más elevadas en el caso de las subastas abiertas. Frente a una reducción media del 18,23% en el caso de las subastas abiertas, las subastas restringidas presentan una baja media del 6,02%. La baja media ganadora se sitúa en 26,35% en el caso de las subastas abiertas y en 9,08% en el caso de las restringidas.

Las mismas empresas ofrecen bajas muy diferentes en subastas similares dependiendo de que se hayan celebrado por el procedimiento abierto o el restringido.

3.2. Transporte de viajeros para actividades sociales en Las Palmas de Gran Canaria

La actividad objeto del concurso público analizado en el presente expediente es un submercado del transporte terrestre de pasajeros. Concretamente, la referente a la convocatoria de un concurso, por procedimiento abierto, para la licitación pública del servicio de transporte de viajeros para actividades lúdicas, deportivas, socioculturales y socioeducativas del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria.

El Artículo 48 de la Ley 13/2007, de 17 de mayo, de Ordenación del Transporte por carretera de Canarias, relativo a la adjudicación de los servicios, establece que:

Con carácter general, los servicios serán prestados en régimen de concesión administrativa y adjudicados por el procedimiento de concurso público por el órgano administrativo competente, en la forma que establezca la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas, esta Ley y sus normas de desarrollo.

Las bases del concurso del Ayuntamiento de Las Palmas establecían que, para poder prestar el servicio ofertado en la licitación del concurso, las empresas debían disponer de un número suficiente de vehículos, así como de un garaje donde estacionarlos.

La licitación objeto de la denuncia tenía un presupuesto de 524.000 € (131.100 € anual) para una duración de 4 años. Cada uno de los servicios de transporte concretos a prestar se organiza tras las solicitudes recibidas y valoradas en los Centros Municipales de Servicios Sociales, que luego serán trasladadas a las empresas licitadoras. El servicio es finalmente solicitado por el ayuntamiento a la empresa ganadora de la licitación, se trata de solicitudes una a una.

De acuerdo con la información que obra en el expediente se observa que se han tramitado un total de 4 expedientes de contratación similares en los años 2002, 2005 y 2008, respectivamente, cuyas características son:

En la licitación de 2002, se contemplaban duraciones contractuales para la prestación del servicio bianuales con prórroga de igual duración hasta un total de cuatro años. Acudió solo un licitador bajo la fórmula de UTE. Las empresas de la UTE fueron 6, siendo el adjudicatario esa UTE, representada por una persona física, gestor y representante de la empresa Comfort Turistour, S. L., denunciante en el expediente analizado.

En la licitación de 2005, se contemplaban duraciones contractuales para la prestación del servicio bianuales con prórroga de igual duración hasta un total de cuatro años. Acudió solo un licitador bajo la fórmula de UTE. Las empresas de la UTE fueron Autarca (una de las actuales denunciadas) y Autobuses Hernández, siendo el adjudicatario la UTE, representada por la misma persona física, gestor y representante de Comfort Turistour, S. L., la empresa denunciante en el expediente considerado.

En la licitación de 2008, se contemplaban duraciones contractuales para la prestación del servicio anual con prórroga de igual duración hasta un total de dos años. Acudió solo un licitador, el gestor y representante de Comfort Turistour, S. L., la empresa denunciante en este expediente.

En la licitación de 2010, se contemplaban duraciones contractuales para la prestación del servicio de cuatro años con una prórroga de 2 años. El pliego de cláusulas administrativas establece que los criterios que sirven de base para la adjudicación son la propuesta económica, con una ponderación del 80% y el número de plazas disponibles para el desplazamiento de personas con discapacidad, con una ponderación del 20%. Se contempla la posibilidad de subcontratar con terceros la realización de la prestación hasta un porcentaje que no exceda del 60% del importe de adjudicación. No obstante, «El contratista deberá comunicar anticipadamente y por escrito al Ayuntamiento la intención de celebrar el subcontrato o los subcontratos, con una anticipación de 5 días hábiles».

El Pliego Técnico establece que «las empresas licitadoras formularán sus proposiciones referidas a la totalidad de los servicios, relacionados en el anexo I, indicando precios según las plazas de los vehículos y trayectos y/o desplazamientos.» En el Anexo de este Pliego técnico se contemplan 1) Desplazamientos urbanos e interurbanos, con combinaciones de 91 rutas diferentes con 5 tipos de autobuses; 2) Traslados por excursiones, con combinaciones de 34 destinos con las mismas 5 capacidades de vehículos, y 3) Traslados por excursiones específicas, con 56 destinos con las 5 capacidades de vehículos. En resumen, la oferta económica de los licitadores está compuesta por un total de 902 servicios con precios diferentes.

De nuevo, estamos ante un tipo de servicios que se licitan periódicamente. A ello debe unirse el hecho de que probablemente otros ayuntamientos de la isla pueden convocar concursos similares, aunque probablemente de inferior envergadura. Suelen participar las mismas empresas, asociadas con frecuencia en forma de UTE. Se trata

además de un número reducido de empresas, relativamente similares, aunque existen ciertas diferencias de tamaño. Existen barreras de entrada naturales como consecuencia del hecho de que se trata de la oferta de servicios que, aunque requiere fundamentalmente disponer de bienes muebles, deben estar destinados a atender las necesidades del servicio en una isla concreta. El grado de transparencia sobre las condiciones económicas es elevado y el servicio es relativamente homogéneo, en buena parte como consecuencia de los propios requerimientos que el Pliego de condiciones impone.

A la convocatoria acudieron 5 licitadores, uno de ellos bajo la fórmula de UTE formada por dos empresas. Consta acreditado en el expediente que, en tres de las cinco ofertas presentadas, los 902 precios que conforman la oferta económica eran exactamente iguales. Asimismo, cabe resaltar que en dos de los tres casos, las ofertas económicas tienen exactamente la misma redacción, contando incluso con igual error ortográfico.

Los precios máximos de licitación ofrecidos por el Ayuntamiento de Las Palmas en el concurso para la contratación del servicio de transporte objeto de este expediente fueron los precios de adjudicación del anterior expediente de contratación del año 2008, pero no se observa ninguna similitud con los precios contenidos en las ofertas económicas de los licitadores al concurso en cuestión, ya que los precios de licitación son precios de referencia, sobre los que se hicieron ofertas a la baja, todos ellos inferiores al máximo de licitación.

Una de estas tres empresas resultó adjudicataria del concurso por ofertar un mayor número de plazas para discapacitados. No se ha observado que subcontratara en favor de las otras dos ninguno de los servicios, pero el Consejo de la CNC subraya que ello puede deberse al hecho de que los hechos se denunciaron ante las autoridades de la competencia, y ante la propia administración licitadora, antes incluso de que se resolviera el concurso. La denuncia fue presentada por Comfort Turistour, S. L., una de las empresas participantes en la licitación y que en ocasiones anteriores había resultado adjudicataria del contrato de prestación de este tipo de servicios.

4. Aspectos de interés en el diseño de los contratos

A continuación resaltamos algunas de las recomendaciones de la Guía de la CNC que, a la vista del contexto fáctico puesto de manifiesto en las mencionadas resoluciones, resultan particularmente interesantes a la hora de evitar o desincentivar la colusión en las licitaciones públicas desde el diseño de los procesos de licitación.

4.1 El procedimiento escogido

El procedimiento que se elija para desarrollar la licitación puede tener importantes implicaciones para la competencia. Para propiciarla, debe optarse por procedi-

mientos que restrinjan la participación lo menos posible y asegurar la suficiente publicidad de la celebración de la licitación. Ello dificulta el surgimiento de un acuerdo entre los oferentes y, de existir este, permite la entrada de operadores no habituales que pueden desestabilizarlo.

En este sentido, el procedimiento abierto favorece la presentación efectiva de ofertas por parte de todos los operadores potencialmente interesados y a la sazón solventes y capaces de realizar la prestación de que se trate. Ello frente al procedimiento restringido, en el que la presentación de la oferta está sujeta a una selección previa en atención, si atendemos al TRLCSP, a criterios de solvencia (si bien el anuncio de licitación es público); el negociado, en que es el órgano de contratación el que toma la iniciativa de contactar con los oferentes que considere; o el diálogo competitivo, que se basa igualmente en una preselección cerrada de operadores con los que ir perfilando el contenido definitivo del contrato.

En los otros procedimientos distintos del abierto, los oferentes conocen que su número de competidores es limitado. Ello facilita el acuerdo entre los preseleccionados, y, si este ya existiese con anterioridad, limita su expugnabilidad al restringir la posibilidad de operadores «extraños». Incluso permite a los participantes «filtrar» las ofertas externas de manera más sencilla, por ejemplo, haciéndolas incurrir en temeridad mediante precios de cobertura que eleven los descuentos medios. También facilita, además del seguimiento tácito y recíproco del comportamiento de los miembros, el conocimiento de la existencia de operadores alternativos que puedan suponer una amenaza para el acuerdo. Todo ello propicia excedentes de renta, en forma de precios de adjudicación más altos, a repartir por los miembros.

Lo anterior no significa establecer una obligación incondicional de utilizar el procedimiento abierto, pues el propio TRLCSP y las normas comunitarias, atendiendo a razones de eficacia y agilidad administrativa, permiten otros (en el caso del negociado, sujeto a que se verifiquen determinados requisitos). Lo que debe demandarse es que la elección de otro procedimiento distinto se justifique rigurosamente.¹⁵

La resolución *Licitaciones de carreteras* permite comprobar los peligros de tal falta de justificación. La propia resolución expone que existe una gran oferta de empresas dedicadas a la reparación y conservación de carreteras, quedando acredi-

15. Sobre la importancia de esta justificación al principio de procedimientos abiertos en otras jurisdicciones y su grado de exigibilidad, para conducir a la presentación de un número suficiente de ofertas, pueden consultarse distintos documentos de la Government Auditing Office estadounidense, que viene desarrollando un trabajo sistemático de concienciación a las agencias gubernamentales en tal sentido y consignando determinadas malas prácticas. Por ejemplo, su informe de junio de 2010 *FEDERAL CONTRACTING: Opportunities Exist to Increase Competition and Assess Reasons When Only One Offer Is Received*, en el que se recomiendan determinadas medidas para reforzar la justificación del otorgamiento directo del contrato con base en la existencia de una sola oferta. Ver en particular el apartado «Recommendations for executive action» (pág. 44), en el que se recomienda a la Agencia Central de Contratación: «Determine whether the FAR [NA: Federal Acquisition Regulation] should be amended to require agencies to regularly review and critically evaluate the circumstances leading to only one offer being received for recurring or other requirements and to identify additional steps that can be taken to increase the likelihood that multiple offers will be submitted, with the results of the evaluation documented in the contract file».

<http://www.gao.gov/assets/310/308881.pdf>.

tado en el expediente el alto número agregado de operadores que se habían presentado a las licitaciones del Ministerio de Fomento y a las autonómicas. En este contexto, los procedimientos restringidos servían de filtro para facilitar la organización y el seguimiento del acuerdo.

Sin embargo, los motivos por los que la Administración convocante utilizaba el procedimiento restringido frente a aquellos otros casos en que el procedimiento era abierto no quedaron claros, toda vez que los importes medios y las características técnico-económicas de los participantes eran similares en ambos grupos de licitaciones.

4.2 El tamaño de la licitación y su posible fragmentación

Con frecuencia, resulta posible fraccionar la prestación de un bien o servicio, bien en distintas licitaciones independientes, bien en varios lotes dentro de un mismo procedimiento.

En principio, sin considerar la posibilidad de colusión, la decisión de segmentar la prestación de un bien servicio a la hora de licitarlo atiende a determinadas consideraciones, hasta cierto punto contrapuestas. Por un lado, perseguir la máxima eficiencia en la prestación del bien o servicio puede jugar a favor de lotes grandes o incluso únicos. De esta forma, se favorece una competencia más «agresiva» en la licitación y, en su caso, la generación de economías de escala en la prestación del servicio.

Por otro lado, con la creación de lotes se puede reducir el impacto de una licitación única sobre la dinámica del mercado, en particular en contextos en que existen muy pocos demandantes o incluso uno solo. Los lotes fomentan la participación (en particular, de empresas de menor tamaño) y evitan asimetrías excesivas que pudiesen dificultar la expugnabilidad futura del adjudicatario de la concesión y coloquen en una situación de excesiva dependencia a la administración demandante, en particular si los costes del cambio de proveedor son elevados.

Cualquiera que sea el objetivo, para evitar la colusión se deben observar una serie de cautelas.

Así, si se pretende seccionar la licitación en lotes, su número no debería asimilarse al número de participantes creíbles previstos, debiendo ser en principio menor. No obstante, hay ocasiones en que esto no es posible o conveniente por otras razones, en cuyo caso puede tener sentido incluso segmentar en mayor número de lotes. Por otra parte, si el grado de simetría existente entre las empresas es elevado (tamaño, costes), puede tener sentido configurar lotes de distinta importancia relativa.

De la misma manera, escoger un solo lote correspondiente a la totalidad de la licitación también puede incentivar la colusión entre operadores, si el tamaño de la prestación no se puede desarrollar plenamente por ninguno de los potenciales competidores, de manera que se esté forzando a todos o a algunos de ellos a cons-

tituir alguna forma de acuerdo cooperativo. Estos pueden desarrollarse ,bien a la hora de presentarse a la licitación¹⁶ o bien con posterioridad, mediante la subcontratación.

En particular, habrá más propensión a recurrir a la subcontratación cuando la importancia económica de la prestación sea considerable. En estos casos, el órgano de contratación debe tener en cuenta la configuración de la oferta a la hora de ponderar el recurso a la subcontratación y el grado en que esta se permite. Este instrumento facilita, en particular, la entrada de pequeñas y medianas empresas en la ejecución de los contratos públicos, pero también diluye la tensión competitiva por la licitación y permite instrumentar más fácilmente las compensaciones entre los miembros del acuerdo. De ahí que el propio TRLCSP en su artículo 227 permita al órgano de contratación limitarla en los pliegos, y aplica un límite relativo a esta (si bien ciertamente generoso: el 60% del total) que rige en defecto de especificación en el pliego.

El caso *Transporte Ayuntamiento de Las Palmas* ilustra gráficamente sobre los efectos de una licitación indivisible sobre la organización de la oferta en UTE y subcontrataciones. Sistemáticamente, el Ayuntamiento de Las Palmas incluyó en un único lote todos los servicios a desarrollar, de forma reiterada en el tiempo (en 5 licitaciones repetidas desde 1997 hasta 2010); en la última licitación, un total de 902 servicios distintos, dependiendo del tipo de excursión y ruta. La historia de estas licitaciones acredita la tendencia de los operadores concurrentes a organizarse bajo algún tipo de fórmula cooperativa para hacer frente a la globalidad de la prestación licitada (en aquel caso, una UTE), generando mayor proclividad a la colusión.¹⁷

En la mencionada resolución también se recogen interesantes consideraciones sobre el incentivo a la colusión que supone la ausencia de limitación a la subcontratación en el pliego. Razona el Consejo, siguiendo al órgano instructor del expediente, que incluso cuando, como fue el caso del contrato licitado en 2010, tal práctica no se haya llegado a materializar (probablemente como consecuencia de la apertura del expediente), la existencia de este tipo de mecanismos ha podido posibilitar el reparto del mercado.¹⁸

En definitiva, la cuestión de cómo estructurar la prestación del bien o servicio a la hora de la licitación, de cara a reducir el riesgo de colusión, debe necesariamente tener en cuenta el contexto económico del mercado de que se trate, al depender en gran medida de la estructura de la oferta y del número previsible de licitadores. Asimismo, debe evitar aquellos mecanismos que fomenten los vínculos comerciales entre competidores, salvo que sea estrictamente necesario.

16. Los más típicos en el contexto español son las uniones temporales de empresarios —UTE— o agrupaciones de interés económico —AIE—, sobre las que luego volveremos.

17. Ver pág. 8 de la resolución. Aunque en el caso objeto de la resolución no se aprecia ejercicio de subcontratación ni ninguna de las declaradas infractoras era una UTE.

18. En particular, FD Tercero, págs. 28 y ss.

4.3 Los requisitos de capacidad y solvencia y su impacto sobre la oferta

Para promover la concurrencia y evitar la colusión, los criterios de admisibilidad de las empresas para participar en una licitación deben favorecer la participación de todos los operadores capaces e interesados, sin erigir obstáculos innecesarios a ella. Ejemplos de restricciones al acceso pueden ser las discriminaciones territoriales más o menos encubiertas, los requisitos de calidad empresarial o económico-financieros en forma de certificaciones, seguros, avales siempre que resulten no justificados y excesivos. Incluso, excediendo la cuestión de las características de las empresas, la propia definición del objeto del contrato debe resultar lo más neutral posible desde el punto de vista técnico, sin introducir sesgos injustificados en favor de una empresa o conjunto de empresas.

En el margen de decisión que las normas dejan a los órganos de contratación,¹⁹ la fijación de estos elementos debe atender a un doble juicio. Por un lado, la justificación rigurosa de la necesidad (o causalidad) de tales criterios y las razones técnico-económicas que los motiven; por otro, la ponderación de la intensidad en su exigencia con arreglo a criterios de proporcionalidad entre la garantía de la finalidad originaria y la generación de barreras a la entrada.

En el contexto de los requisitos de capacidad y solvencia, uno de los aspectos que más directamente puede incidir sobre la existencia de colusión es el incentivo a la cooperación que una definición excesivamente exigente de tales requisitos puede generar, motivando que operadores potencialmente competidores entre sí concurran a la licitación bajo una sola oferta, por ejemplo, bajo la forma de UTE o AIE.

Ciertamente, al igual que la subcontratación, tales figuras permiten la participación de pequeñas y medianas empresas en proyectos de mayor envergadura que a los que podrían acceder directamente. Sin embargo, también pueden reducir la competencia en la licitación, al dar pie a estrategias colusorias que desvirtúen el resultado de aquella y faciliten el reparto de las rentas adquiridas mediante tal falseamiento.

Ya se ha mencionado anteriormente el impacto del diseño de las sucesivas licitaciones sobre la conformación de UTE en la resolución *Transporte Ayuntamiento de las Palmas*. Aunque la licitación convocada en 2005 no sea objeto de la denuncia ni de los hechos sancionados, llama la atención que acudiera un solo un licitador bajo la fórmula de UTE que, dicho sea de paso, reunía al denunciante y los denunciados por la licitación de 2010.

Debe recordarse que la normativa de contratación pública vigente no impide estas fórmulas;²⁰ tampoco las normas de competencia establecen la infracción auto-

19. Algunas de estas restricciones ya las prohíbe formalmente el TRLCSP.

20. Incluso contempla un tratamiento fiscal ventajoso para ellas a la hora del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Ver Artículo Décimo, apartado 3, de la Ley 18/1982, de 26

mática por el mero hecho de su constitución. En todo caso, anticipándose a problemas futuros, los órganos encargados de diseñar los contratos públicos deberían cuidar aquellos aspectos que, en primer lugar, puedan favorecer la colusión dadas las características de la actividad y del mercado y, en segundo lugar, ayuden a distinguir este tipo de acuerdos del comportamiento eficiente del mercado.

En este sentido, algunos indicios de que resultaría pertinente revisar los requisitos de capacidad y solvencia a tenor de la experiencia del órgano de contratación en relación con la presencia de UTE en licitaciones anteriores serían: que las empresas que utilizan la UTE o AIE (en particular, si son todas ellas) cumplan con los requisitos para concurrir directamente a la licitación; que la fórmula asociativa no haya llevado aparejadas mejoras sustanciales en la oferta en relación con otras licitaciones análogas en las que hayan participado miembros de la UTE; que alguno de los miembros de la UTE sea el operador incumbente o los líderes del mercado; o que alguno de los miembros de la UTE haya resultado vencedor en alguna otra licitación análoga.²¹

4.4 La depuración de las ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas

La variable precio, cuya importancia económica es fundamental, se presta a determinados juegos estratégicos en contextos de colusión entre licitadores. Por ejemplo, a propósito de los precios ofertados por los distintos miembros de un cártel se instrumentan las llamadas «ofertas de cobertura» que permiten la adjudicación a uno de sus componentes bajo una apariencia de sana competencia en el procedimiento.

La propia normativa ya elimina la posibilidad de instrumentar diseños en los que estos riesgos son más patentes, determinando que cuando solo haya un criterio de valoración, este será el precio más bajo.²² Sin embargo, los mecanismos para eliminar las ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas (conocidas tradicionalmente como bajas temerarias) presentan una particular proclividad para instrumentar ofertas de cobertura con un doble y simultáneo propósito: dotar a la licitación de apariencia competitiva y «proteger» la oferta destinada a resultar vencedora y la vigencia del precio supracompetitivo por ella ofertado.

Normalmente, el mecanismo instrumentado para expurgar las ofertas desproporcionadas consiste en establecer un umbral relativo por referencia a las ofertas

de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Industrial Regional.

21. Para un mayor desarrollo de la cuestión de la sensibilidad del diseño de las licitaciones al diseño de este tipo de consorcios, puede consultarse el desarrollo de ALBANO, G.L.; BUCIROSSI, P.; SPAGNOLO, G., y ZANZA M., en su artículo «Preventing Collusion in Procurement», apartado 14.3.6, incluido en DIMITRI N., PIGA G. y SPAGNOLO, G. (eds.) 2006. *Handbook of Procurement*, Cambridge University Press, págs. 347-380.

22. Ello impide utilizar mecanismos como el precio más cercano al precio medio de los presentados o el segundo precio más bajo.

presentadas: por ejemplo, un porcentaje de desviación sobre la media de los precios ofertados, o sobre el segundo precio *más bajo*.²³ Este sistema tiene la ventaja de que el umbral de «temeridad» no es conocido *ex ante* por los licitadores, y con ello no restringe innecesariamente la posibilidad de que puedan plantearse ofertas competitivas y plenamente viables. Ello no obstante, la determinación relativa de este umbral en función del contenido real de las ofertas recibidas (e incluso del número de ofertas) favorece la manipulación por parte de los miembros de un acuerdo colusorio.

Este mecanismo habría sido utilizado, a tenor de las declaraciones de alguna de las partes, por los miembros del cártel sancionado en la resolución *Licitadores de carreteras*. Los miembros del cártel que realizaban la cobertura a los adjudicatarios ofertaban un precio muy superior al que hubiesen ofertado en un entorno competitivo, haciendo subir con ello la media del precio de las ofertas presentadas. Ello neutralizaba la posibilidad de que competidores ajenos al acuerdo resultasen adjudicatarios de la licitación,²⁴ y desincentivaba que los propios miembros del cártel se desviasen del comportamiento prefijado en el futuro, al asumir que serían represaliados de esta manera por el resto de miembros.²⁵

Restar virtualidad a este tipo de mecanismos desde las propias reglas de puntuación no es tarea fácil ni puede abordarse exclusivamente teniendo en cuenta la estructura de puntuación de la licitación. De hecho, determinados diseños del mecanismo de puntuación alternativos a la determinación relativa del umbral de temeridad pueden resultar claramente más desincentivadores de la competencia que aquel.²⁶

En atención a lo anterior, los órganos de contratación deben favorecer remedios complementarios a la determinación relativa del carácter anormal de la oferta. En primer lugar: desarrollar objetivamente y con todas las garantías el trámite de contradicción a disposición de los licitadores que se encuentren incurso en tal presunción, de manera que puedan justificar suficientemente la viabilidad del proyecto y, en tal caso, aceptar la oferta.²⁷ En segundo lugar, pueden reforzar lo

23. Así figuraba, por ejemplo, en la Propuesta original de la Comisión Europea de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre contratación pública, artículo 69, párrafo 1.

24. Por ejemplo, el Hecho Probado 6.2, subapartado 4, consigna (p. 43): «En relación a la oferta de CYES (en UTE con Guerola), que fue excluida de la licitación, podría considerarse que su exclusión habría sido consecuencia de una “baja temeraria” provocada por el resto de empresas participantes como se ha descrito anteriormente. Sin embargo, estas empresas constan como participantes en la reunión del 16 de diciembre de 2008 en la que se acordó la modificación de las ofertas de esta licitación (folio 1.111)».

25. FD Quinto, pág. 93.

26. Por ejemplo, el establecimiento de topes a la puntuación por debajo de un determinado umbral fijo plantea el problema de su determinación precisa y previa por parte del órgano de contratación, que puede no contar con la información suficiente para ello y laminar la posibilidad de que surjan ofertas competitivas y a la vez viables por debajo de dicho umbral. Ello puede ser paliado por un mecanismo de puntuación no lineal sino «parabólico», que, pasado un determinado umbral, permita seguir puntuando ulteriores bajas pero en menor medida; si bien este mecanismo vuelve a desincentivar la competencia agresiva en precio.

27. Sobre las garantías que debe contener la oportunidad para el licitador incurso en temeridad de exponer la viabilidad de su oferta, resulta muy interesante la reciente resolución del Tribunal Administrativo Central de

anterior con una verdadera exigencia de responsabilidad contractual al contratista por cumplimiento defectuoso o retirada del contrato, en atención al perjuicio ocasionado al interés público por su incapacidad para cumplir lo pactado, lo que además disciplinará dinámicamente a los participantes en licitaciones sucesivas.

4.5 La transparencia de la información revelada a lo largo del procedimiento

La normativa de contratación pública vigente obliga a la publicación de determinados datos relativos a la licitación y a su resultado (nombre del adjudicatario). También está obligada a proporcionar a los licitadores no vencedores, a su solicitud, los datos que necesiten para fundar motivadamente un posible recurso.²⁸

Sin perjuicio de estas previsiones legales, que desde luego deben ser cumplidas, debe tenerse en cuenta que un exceso de transparencia en la información puesta a disposición de los oferentes puede facilitar la colusión al permitir un seguimiento más fácil del comportamiento de los miembros del acuerdo. También el TRLCSP es sensible a ello en la medida en que su artículo 153, siguiendo a su vez el artículo 41.3 de la vigente Directiva comunitaria 2004/18, permite al órgano de contratación no comunicar determinados datos relativos a la adjudicación cuando considere, justificándolo debidamente en el expediente, que su divulgación de esa información puede obstaculizar, entre otros elementos, la competencia leal entre las empresas.²⁹

En la resolución *Licitaciones de Carreteras* encontramos un claro ejemplo de ello, en particular en el contexto de la preselección que tiene lugar en el procedimiento restringido. Es un hecho que las empresas participantes, al menos, algunas de ellas, tuvieron acceso a la información sobre la identidad de los preseleccionados; lo que facilitó la convocatoria de las reuniones para el reparto de las licitaciones convocadas y la coordinación de las ofertas.

De ahí que, en el cumplimiento de sus obligaciones de información, los órganos de contratación no deben excederse en la revelación de información, ni al público en general, ni al resto de licitadores no adjudicatarios, sin generar riesgos adicionales derivados del exceso de transparencia. De la misma manera, deben ser

Recursos Contractuales 121/2012, de 23 de mayo de 2012, Asunto *MDL Distribución Logística contra Secretario de Estado del Ministerio de Educación Cultura y Deporte*, en particular su apartado 7, que se pronuncia en análogos términos a los aquí expresados.

28. Fundamentalmente, artículo 151, apartado 5 del TRLCSP.

29. El TJUE ha tenido ocasión reciente de sopesar los elementos de interés para determinar, en el caso concreto, la intensidad de la puesta a disposición de información sobre procedimientos públicos (si bien, en este supuesto, en relación con el procedimiento de elaboración del presupuesto público) en el reciente Asunto C629/11 P *Evropaiki Dynamiki v Commission* (ESP-ISEP), párrafos 20 a 30, de 4 de octubre de 2012. Ver el Comentario de SÁNCHEZ GRAELLS a la Sentencia y su relación con la normativa de contratación pública en: <http://www.howtocrackanut.blogspot.co.uk/2012/10/still-excessive-level-of-transparency.html>

particularmente cautelosos en relación con la información que ponen a disposición de los participantes a lo largo del desarrollo del procedimiento.

Por otra parte, determinados aspectos del contenido público de los pliegos de condiciones pueden aumentar, en función de cómo se concreten, la facilidad para coludir, al arrojar desde un punto de vista dinámico información fundamental acerca del grado de expectativa de la Administración convocante acerca del resultado del proceso competitivo.

Un ejemplo de ello lo encontramos en la resolución *Transporte Ayuntamiento de Las Palmas* en relación con el precio de los 902 servicios demandados. En el concurso de 2010, los precios de referencia eran los mismos que los que figuraban como precios de reserva en el pliego anterior de 2008. Con ello se pudo señalar a los operadores que los precios que la Administración consideraba aceptables en último extremo no tenían por qué ser resultado de la interacción competitiva entre los licitadores a la luz de lo sucedido en licitaciones pasadas (en particular, porque a la de 2008 solo se presentó un licitador).

La enseñanza de lo anterior en relación con la transparencia es que, sin perjuicio de las obligaciones de información que la normativa establece, debe evitarse que el diseño del concurso y su implementación favorezcan el conocimiento de aspectos que los licitadores puedan aprovechar para instrumentar acuerdos colusorios.

5. Conclusiones

En sus cinco años de vida, la CNC ha tenido ocasión de detectar y sancionar casos de colusión en licitaciones públicas. Este tipo de prácticas son tremendamente dañinas por sus efectos sobre la competencia en los mercados y por el coste que suponen para el presupuesto público y, en última instancia, para el bienestar del consumidor.

La Administraciones Públicas tienen que colaborar en la labor de detección de este tipo de prácticas. De la observancia de la información que manejan en su calidad de órganos de contratación pueden derivarse indicios de conductas colusorias que deben ser puestas en conocimiento de las autoridades de la competencia.

También deben jugar una importante labor de prevención, contribuyendo a que el diseño de las licitaciones no favorezca la formación y el mantenimiento de acuerdos colusorios, y haciendo constar las consecuencias de la eventual participación de los operadores en el propio pliego de cláusulas administrativas.³⁰ Ello es

30. El alcance desde el punto de vista de la promoción de la competencia y su virtualidad jurídica de esta mención a las consecuencias de la colusión en los procedimientos de licitación en el pliego, ya sugerida por la CNC en su guía, se desarrolla exhaustiva y sistemáticamente en el próximo artículo de LÓPEZ MIÑO, A. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. *Incapacidad de la normativa española sobre contratación pública y competencia para impedir y corregir la colusión en la contratación* (aún no publicado al escribir la presente contribución).

especialmente relevante cuando estamos ante mercados que presentan una estructura y funcionamiento que facilita este tipo de acuerdos.

La *Guía sobre Contratación Pública y Competencia* publicada por la CNC en febrero de 2011 pretende ser un instrumento que sirva a las Administraciones Públicas en esta área. A la hora de seguir las indicaciones de la Guía es de vital importancia que los órganos de contratación aprovechen su conocimiento de los mercados, sus dinámicas competitivas y los resultados de anteriores o semejantes licitaciones. De esta forma, serán mucho más efectivos a la hora de diseñar las licitaciones de manera que debiliten el incentivo y la capacidad de coludir en mercados donde el riesgo de coordinación entre competidores es elevado.