

LA LUCHA INSTITUCIONAL CONTRA EL BID RIGGING O MANIPULACIÓN FRAUDULENTO DE OFERTAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

La Comisión Nacional de la Competencia ha publicado una “guía sobre contratación pública y competencia” que pretende establecer pautas para el diseño de los procedimientos de contratación pública y prevenir y evitar actuaciones colusorias de los licitadores en tales procedimientos de contratación. A la vista de estimaciones realizadas en el ámbito internacional, el precio de los bienes y servicios se incrementa en más de un 20% cuando ha existido conductas colusorias de las empresas participantes en los procedimientos de contratación. Ante tal circunstancia y a la vista de la intensa actividad sancionadora de las autoridades de la competencia de países de nuestro entorno en materia de conductas restrictivas de la competencia en la contratación pública, la Comisión Nacional de la Competencia trata de facilitar a las Administraciones Públicas la detección de conductas colusorias en la contratación mediante la identificación de una serie de indicadores de la existencia de colusión entre los licitadores.

Grupo de Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P.

La CNC ha elaborado una guía sobre contratación pública y competencia¹ para el fomento y la promoción de la competencia efectiva en los procedimientos de contratación pública en la que establece una serie de **recomendaciones**.

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo abogados, S.L.P.

¹ La guía puede descargarse en este link

<http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/tabid/105/Default.aspx?Contentid=295830&Pag=1>

Las recomendaciones – fundamentalmente dirigidas a las entidades del Sector Público que demandan bienes o servicios en el mercado mediante procedimientos de contratación pública – se establecen a través de dos vías:

- el establecimiento de **pautas para el diseño de los procedimientos de contratación** (destacando los aspectos del proceso de contratación en los que puede introducirse restricciones injustificadas de la competencia);
- el dictado de **orientaciones para prevenir y evitar actuaciones colusorias** de los licitadores en los procedimientos de contratación.

Especialmente interesante se hace la segunda de las vías de fomento de la competencia, pues la guía señala cómo dicho objetivo responde a la prevención y el combate de potenciales **actuaciones ilícitas de colusión** de las empresas oferentes en el proceso de contratación, es decir, las actuaciones de **manipulación fraudulenta de ofertas** o **BID RIGGING** en la terminología internacional.

Pretende, la CNC, facilitar herramientas para la detección de indicios de conductas contrarias a la normativa de la competencia que puedan cometer las empresas participantes en los procedimientos de contratación pública. Para ello la Comisión Nacional de Competencia recuerda que la **colusión entre empresas** se encuentra **prohibida** por el artículo 1 de la LDC², y, de acuerdo a su artículo 62, podría ser considerada **infracción muy grave**. En este caso, el artículo 63 contempla la posibilidad de imponer una **multa** que podría alcanzar el 10% de la cifra total de negocios de la empresa, o, cuando no fuera posible delimitarla, una multa de más de 10 millones de euros.

Añade además que el **falseamiento de la competencia** en licitaciones públicas no sólo constituye una infracción administrativa, sino que puede constituir un **ilícito penal**. En efecto, el artículo 262 del Código Penal establece que quienes alteren los precios en concursos y subastas públicas pueden ser sancionados con **penas de prisión de uno a tres años, y sanción de días-multa de doce a veinticuatro meses**, así como la posible **pena de inhabilitación especial para contratar con las Administraciones Públicas por un periodo de tres a cinco años**.

² Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia

Asimismo, la Disposición Adicional 27ª de la LCSP recoge la **obligación** de los órganos de contratación y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado de **notificar a la CNC** los hechos observados que puedan constituir **infracciones a la legislación de defensa de la competencia**. Del incumplimiento de esta obligación podría derivarse responsabilidad administrativa.

La guía expone cómo la **colusión** suele tener dos **objetivos**:

- La fijación de los precios, con el fin de alcanzar un precio superior al que se derivaría de una licitación competitiva³.
- El reparto del mercado mediante el acuerdo entre empresas licitadoras de repartir mercados geográficos o de clientes.

Identifica como **técnicas para realizar la colusión**:

- Las posturas encubiertas: los miembros del acuerdo designados previamente para no ganar la licitación presentan ofertas que no tienen ninguna posibilidad de salir vencedoras⁴.
- La supresión de propuestas: una vez decidida la empresa que debe ser ganadora de la licitación, el resto de empresas se abstienen de presentar ofertas.
- La rotación del ganador: los miembros del acuerdo pueden coordinarse para ganar por turnos las licitaciones de un órgano de adjudicación, a través habitualmente de la utilización de posturas encubiertas⁵.

3 Lo que puede lograrse por los licitadores acordando los descuentos ofertados, fijando precios mínimos de participación, o aplicando una misma fórmula de cálculo de precio.

4 Estas ofertas, conocidas bajo distintas denominaciones, - " de resguardo", complementarias, simbólicas... - pueden adoptar diversas formas, por ejemplo, los supuestos competidores pueden aceptar presentar una oferta demasiado elevada para ser tenida en cuenta, o lo suficientemente alta para superar a la acordada como ganadora, o incluir en su oferta términos especiales difícilmente aceptables por el órgano contratante. De esta manera consiguen señalar la oferta ganadora y dar apariencia de legitimidad al proceso.

5 De este modo, al presentar la oferta ganadora de forma rotatoria, todas las empresas resultan adjudicatarias de algún contrato y, por tanto, en estos casos podría no ser necesario un reparto posterior de las ganancias

Señala además la guía una serie de **indicadores para la detección, por las Administraciones Públicas, de la existencia de colusión entre los licitadores**, en concreto identifica:

- Indicadores en relación con la **presentación y adjudicación de las ofertas**, como por ejemplo:
 - o El número de empresas que presentan ofertas es más reducido de lo habitual.
 - o Algunas empresas no acuden a una licitación a la que normalmente se hubieran presentado, mientras siguen acudiendo a licitaciones de similares características ante otros organismos de adjudicación.
 - o Algunas empresas se presentan siempre a pesar de que nunca resultan ganadoras.
 - o Varias empresas presentan una oferta conjunta a pesar de que, al menos una de ellas, podrían haberlo hecho de manera individual.
 - o Algunas empresas sólo obtienen ofertas ganadoras en determinadas áreas geográficas, aunque se presentan en varias.

- Indicadores relacionados con los **precios**:
 - o Aumentos repentinos e idénticos de precios por los licitadores no justificados por incrementos de costes.
 - o Las empresas realizan unas estimaciones de costes de determinadas partidas idénticos y/o poco realistas.
 - o Diferencias significativas en los precios que una misma empresa oferta para un contrato similar ante diferentes órganos adjudicadores.
 - o Ofertas de precios más altos ante los órganos de contratación radicados en determinado territorio que ante otros órganos de contratación.
 - o Subidas generales en los precios de todas las ofertas respecto a licitaciones previas sin aumentos de costes o justificación aparente.
 - o Presentación de ofertas con precios superiores al presupuesto máximo de adjudicación⁶.

⁶ Las empresas podrían haber llegado a un acuerdo para que se declare desierta la licitación y forzar al órgano adjudicador a incrementar su presupuesto máximo

- Indicadores en la **documentación** o en el **comportamiento** de las empresas:
 - o Características inusuales de las propuestas y en su presentación, por ejemplo:
 - Errores de cálculo, fallos ortográficos o problemas formales de presentación de la oferta que se repiten en varias propuestas.
 - La presencia de borrones o tachaduras en todas las ofertas podría ser indicativo de un acuerdo de última hora.
 - Ofertas de diferentes licitadores presentadas con tipografía o papelería idénticas.
 - o Declaraciones de los oferentes:
 - Rechazo sistemático a ofertar en determinadas áreas o a ciertos órganos de contratación.
 - Uso por parte de varios oferentes de terminología similar al explicar, por ejemplo, elevaciones de los precios.
 - o Otros comportamientos sospechosos:
 - Una empresa adquiere las bases para sí y para algún competidor, o bien presenta su propuesta y la de otra empresa a la vez.
 - Una empresa presenta una propuesta que no tendría capacidad de ejecutar.
 - Únicamente una empresa ha buscado la información relevante de costes y precios para presentar una oferta.

Por último, la guía pone el acento en el caso de las **UTE** y las **AIE** pues entiende que aun teniendo un efecto positivo en la contratación (al facilitar el acceso a la financiación de grandes inversiones y permitir la participación de PYMES que pongan en común recursos complementarios), también **pueden facilitar la colusión** y por ello merecen "especial atención".

Se identifica para ello unos "**posibles indicadores de existencia de un acuerdo anticompetitivo**" entre los que figuran:

- 1. La capacidad de participar individualmente en la licitación correspondiente de alguna de las empresas miembro de la AIE o UTE.
- 2. La participación simultanea de empresas de un mismo grupo empresarial en un procedimiento de licitación, de manera individual y a través de una UTE o AIE.
- 3. Las empresas que forman la UTE o AIE concentran una parte importante de la actividad en el ámbito público o privado.
- 4. Una UTE o AIE con cuota de mercado global elevada rechaza la participación en la agrupación de otras empresas que no disponen de capacidad para formar una UTE o AIE diferente y competitiva para una determinada licitación.
- 5. Las empresas han intentado acudir al concurso mediante UTE o AIE previamente y no se les ha permitido. Cuando finalmente participan de forma individual pueden mantener la intención de actuar de forma coordinada⁷.
- 6. Las empresas acuden individualmente a la licitación y luego subcontratan la ejecución con una AIE de la que todas forman parte⁸.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S.L.P. esta integrado por Juan Santamaría Pastor, Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Alejandro Hernández del Castillo y Pilar Cuesta de Loño.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma jlpalma@gomezacebo-pombo.com o al Departamento de Derecho Administrativo, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel: 915 829 415)

⁷ Esta situación ha sido objeto de investigación y posterior sanción por parte del TDC en diversas ocasiones

⁸ . Esto podría reflejar la existencia de un acuerdo de reparto de mercado para asegurar que, independientemente de quién gane la licitación, la ejecución se realizará de forma conjunta