

**RECOMENDACIONES PARA FACILITAR EL  
ACCESO Y PROMOVER LA COMPETENCIA  
EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN  
PÚBLICA ANDALUZA**

Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía  
Comisión Consultiva de Contratación Administrativa



**JUNTA DE ANDALUCÍA**  
CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA  
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, INNOVACIÓN Y CIENCIA



**JUNTA DE ANDALUCÍA**  
CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA  
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, INNOVACIÓN Y CIENCIA

Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía  
Comisión Consultiva de Contratación Administrativa

## **RECOMENDACIONES PARA FACILITAR EL ACCESO Y PROMOVER LA COMPETENCIA EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ANDALUZA**

**Diciembre 2010**

## ÍNDICE

<b>1.</b>	<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>4</b>
<b>2.</b>	<b>PROMOVER UNOS MERCADOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA MÁS COMPETITIVOS .....</b>	<b>6</b>
2.1.	FASE PREPARATORIA Y DISEÑO DEL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN .....	7
2.1.1.	Llevar a cabo una adecuada planificación previa .....	7
2.1.2.	Adoptar el modelo de contratación más competitivo .....	8
2.1.3.	Subdividir los contratos cuando sea posible en lotes .....	9
2.1.4.	Ponderar la participación conjunta en los procedimientos de contratación .....	10
2.2	<b>¿CÓMO DISEÑAR LOS PLIEGOS DE CONTRATACIÓN PARA FACILITAR LA PARTICIPACIÓN DEL MÁXIMO NÚMERO DE LICITADORES? .....</b>	<b>11</b>
2.2.1.	Simplificar los trámites administrativos y aliviar de cargas burocráticas a los operadores económicos .....	12
2.2.2.	Elegir unos criterios de selección de contratistas que favorezcan la participación del mayor número posible de licitadores .....	16
2.2.3.	Describir los criterios de valoración de las ofertas con carácter objetivo y ponderarlos adecuadamente .....	18
2.2.4.	Garantizar la disponibilidad de los pliegos y de la documentación complementaria .....	20
2.2.5.	Evitar la prolongación de los contratos mediante prórrogas aplicadas de forma automática y generalizada .....	21
2.2.6.	Incluir en los contratos la posibilidad de subcontratar para facilitar la participación de las empresas, especialmente de las PYME .....	22
2.2.7.	Definir las especificaciones técnicas de los contratos de forma clara, comprensible y predecible .....	22
2.3	<b>OTROS ASPECTOS DEL PROCESO DE LICITACIÓN PARA AUMENTAR LA COMPETENCIA .....</b>	<b>24</b>
2.3.1.	Favorecer el acceso de los licitadores a la información y a la tramitación electrónica .....	24
2.3.2.	Fomentar una cultura de competencia en las personas encargadas de los contratos públicos .....	25

<b>3.</b>	<b>GARANTIZAR PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN LIBRES DE COMPORTAMIENTOS COLUSORIOS</b>	<b>27</b>
<b>3.1</b>	<b>LA COLUSIÓN EN LAS LICITACIONES Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA</b>	<b>28</b>
3.1.1.	¿Cuáles son las formas más comunes de colusión en las licitaciones?	28
3.1.2.	¿Qué consecuencias se derivan de la colusión en las licitaciones para los operadores implicados?	33
<b>3.2</b>	<b>PAUTAS PARA PREVENIR LA COLUSIÓN EN LAS LICITACIONES PÚBLICAS</b>	<b>34</b>
3.2.1.	Identificación previa de las características estructurales de los mercados que pueden facilitar la colusión	34
3.2.2.	Diseñar un procedimiento de licitación que reduzca los riesgos de colusión	35
3.2.3.	Contar con órganos de contratación suficientemente informados de cómo atajar los daños derivados de los comportamientos colusorios	36
<b>3.3.</b>	<b>TÉCNICAS DE DETECCIÓN DE COLUSIÓN EN LAS LICITACIONES PÚBLICAS:</b>	<b>38</b>
3.3.1.	Una supervisión permanente de los mercados de contratación pública	38
3.3.2.	El recurso a los programas de clemencia en el marco de los procedimientos de licitación pública	39
3.3.3.	Las señales de alerta de la posible existencia de una colusión	40
<b>ANEXO</b>	<b>TEST A APLICAR EN EL MARCO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN CON EL FIN DE DETECTAR LA EXISTENCIA DE ACUERDOS COLUSORIOS</b>	

## 1. INTRODUCCIÓN

La inversión pública constituye un elemento destacado en una economía social de mercado. Es un hecho establecido por la teoría económica que el mercado no provee eficientemente determinados bienes, los denominados bienes públicos y preferentes, que resultan esenciales para el funcionamiento del sistema económico. Para su adecuada provisión se requiere la intervención de la Administración, la creación de mercados públicos y su instrumentación mediante un conjunto de normas y procedimientos, la denominada contratación pública.

El impacto económico de la contratación pública en los países de la OCDE alcanza el 15% del PIB según se desprende del estudio realizado por el Comité de Competencia de la OCDE denominado “*Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement*” en adelante, “*Directrices para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas*”, de 24 de febrero de 2009. La movilización de este volumen de recursos públicos incide, además, en la creación de empleo y en la generación de riqueza en un país.

Las peculiares características de los mercados públicos han planteado históricamente la necesidad de cuidar que las normas y los procedimientos en los que se basan los procesos de contratación pública den como resultado, bienes y servicios públicos en las mejores condiciones de eficacia, pero también de economía y eficiencia.

El objeto de este documento en materia de contratación pública parte de la necesidad de garantizar una competencia suficiente en este sector de la actividad económica y ello por dos motivos:

- Los procedimientos de contratación abiertos y transparentes contribuyen a mejorar la competitividad de las empresas que operan en dichos mercados. Nada mejor que un sistema de competencia efectiva para incitar a las empresas a mejorar sus procesos de producción, ajustar el precio de sus ofertas e innovar para competir de manera eficiente.
- Una política de contratación pública que facilite el acceso y favorezca la competencia constituye un requisito imprescindible para llevar a cabo un gasto público eficiente. Las Administraciones que actúan en mercados competitivos y transparentes pueden adquirir bienes de mayor calidad a menores precios.

Estas cuestiones revisten especial importancia en un contexto de consolidación fiscal, como el actual, que plantea la exigencia de una mayor eficiencia en la utilización de los recursos públicos. En este sentido, en el ámbito de los mercados públicos y de la contratación pública, se pueden establecer con carácter general dos tipos de situaciones que pueden afectar a la competencia.

Por un lado, puede ser la propia Administración la que cree barreras innecesarias al acceso de los licitadores a los mercados públicos, mediante el mantenimiento de trabas burocráticas o cualquier tipo de cargas. Estas prácticas resultan muy perjudiciales, en la medida en que es un hecho constatado que en los mercados en los que se aumenta el número de oferentes se obtienen los bienes en mejores condiciones de precio y calidad. En consecuencia, la simplificación de procedimientos, la eliminación de cargas en los procesos de selección y especialmente la implantación completa de la administración electrónica en la contratación pública, son en la actualidad compromisos ineludibles para impulsar una mayor competencia en este ámbito.

Por otro lado, los propios operadores económicos mediante la realización de prácticas anticompetitivas, como es la colusión entre oferentes en los procedimientos de licitación, pueden causar graves perjuicios a las compras públicas, elevando precios o disminuyendo la calidad de los bienes y servicios contratados y, menoscabando así los efectos de un mercado competitivo. En este sentido, la colusión es una infracción administrativa tipificada en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (“LDC”). Asimismo en la Disposición Adicional vigésimo séptima de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (“LCSP”) se determina la obligación de los órganos de contratación de notificar a las autoridades de defensa de la competencia cualquier hecho que pueda constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia.

Con el fin de afrontar estas situaciones y, al objeto de mejorar el funcionamiento competitivo del mercado de la contratación pública en Andalucía, la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía (“ADCA”), haciendo uso de su labor de promoción prevista en el artículo 3. e) de la Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia, elaboró un documento de propuestas para mejorar el acceso y promover una mayor competencia en el ámbito de la contratación pública andaluza. Dicho documento, que recibió aportaciones de la Confederación de Empresarios de Andalucía, fue aprobado por la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía en su sesión de 22 de diciembre de 2010, adoptando la forma de Recomendaciones.

El objetivo fundamental de estas Recomendaciones es orientar a los entes adjudicadores que conforman el sector público andaluz sobre las medidas que pueden adoptar para promover la competencia efectiva de los operadores económicos en los procesos de licitación y, en su caso, sobre cómo prevenir y detectar las conductas colusorias que se pueden producir.

El presente documento toma como punto de partida el “Estudio sobre la contratación pública andaluza desde el punto de vista de la competencia” realizado por la ADCA, así como otros estudios y trabajos llevados a cabo por otras Autoridades como la

Comisión Europea<sup>1</sup>, la Office of Fair Trading en el Reino Unido<sup>2</sup>, y otras organizaciones internacionales con competencias en la materia, como la OCDE, que constituyen documentos de referencia al objeto de mejorar los procedimientos de licitaciones públicas desde el punto de vista de la competencia.

## **2. PROMOVER UNOS MERCADOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA MÁS COMPETITIVOS**

La Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, ha reforzado la normativa relativa a los contratos públicos en el ámbito europeo para garantizar los principios de competencia efectiva, transparencia e igualdad de trato, así como para desarrollar un entorno favorable para los licitadores en materia de contratación pública mediante la adopción de medios de contratación electrónicos que permitan una tramitación de los procedimientos más ágil y eficaz.

En España se han llevado a cabo las adaptaciones necesarias del marco europeo de contratación pública con la promulgación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que establece que la libre competencia es un objetivo que debe informar la aplicación de la Ley junto con otros principios directamente relacionados con este último, como el de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre potenciales candidatos.

Ello plantea que los órganos de contratación deben garantizar que el procedimiento de adjudicación establezca todas las condiciones necesarias para que exista una competencia no falseada. Un aspecto importante, en este sentido es el hecho de que en el quehacer administrativo persisten determinadas prácticas que podrían trasladar cargas o trabas innecesarias a los licitadores y restringir la competencia efectiva. A este respecto, el documento realizado para el Ministerio de la Presidencia por las organizaciones empresariales denominado “Análisis de las cargas administrativas soportadas por las PYMES españolas” presenta propuestas para la simplificación de trámites burocráticos, entre otras áreas, en materia de contratación pública, que

---

<sup>1</sup> En cuanto a los estudios realizados por la Comisión Europea en la presente materia, cabe destacar el Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión, de 25 de junio de 2008, denominado “Código Europeo de Buenas Prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos”, que trata de asistir a las autoridades públicas a en el desarrollo de “estrategias”, “programas” o “planes de actuación”, con el objetivo específico de facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos.

<sup>2</sup> La Autoridad de Competencia británica (Office of Fair Trading) ha elaborado una Guía bajo el título “Making Competition work for you” (Haz que la Competencia funcione en tu beneficio), que tiene por objeto difundir mejores prácticas entre las organizaciones responsables de la contratación en el sector de la construcción para fomentar una competencia efectiva.

reducirían los costes administrativos innecesarios en más de 3.000 millones de euros al año, es decir un 0,3 % del PIB.

Por ello, parece oportuno proporcionar a los órganos de contratación orientaciones para simplificar el procedimiento de contratación y eliminar todas las trabas innecesarias al objeto de maximizar la participación de potenciales licitadores. Asimismo, con este documento se pretende promover un cambio de perspectiva y toma de conciencia por los poderes adjudicadores de los beneficios que puede reportar una mayor competencia efectiva en los procedimientos de contratación pública, tal y como apunta la Comisión Europea en su “Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos”.

Este apartado se estructura en tres bloques:

- En el primero de ellos, se proporcionan una serie de pautas que podrían adoptar los órganos de contratación, tanto en la fase preparatoria previa al inicio del procedimiento de contratación como en el diseño del propio proceso de licitación de cara a promover una competencia efectiva.
- En segundo lugar, se delimitan con mayor detalle los criterios más adecuados sobre los que reflexionar a la hora de diseñar los pliegos de contratación desde el punto de vista de la competencia.
- Finalmente, se mencionan otros aspectos del proceso de licitación para aumentar la competencia en el mercado de la contratación pública.

## **2.1 FASE PREPARATORIA Y DISEÑO DEL PROCESO DE LICITACIÓN**

En el diseño del procedimiento de contratación, así como en las actuaciones preparatorias previas al mismo, los órganos de contratación deben tomar en consideración los siguientes aspectos:

### **2.1.1. Llevar a cabo una adecuada planificación previa.**

En la fase preparatoria previa al inicio del procedimiento de contratación, siguiendo el estudio realizado por el Comité de Competencia de la OCDE “*Directrices para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas*”, es muy conveniente contar con un suficiente conocimiento de las características del mercado, los potenciales proveedores, los productos o servicios y sus niveles de precios, calidad, etc. De esta forma, se puede efectuar una adecuada planificación del proceso de contratación, promover la concurrencia o evitar posibles comportamientos colusorios. En definitiva, con ello se garantizan unos mayores niveles de eficacia en la utilización de los recursos públicos. A este respecto, es oportuno plantear las siguientes medidas a considerar:



- Estudiar las características del mercado en el que se va a producir la compra y comprobar que encajan perfectamente con las necesidades a cubrir.
- Identificar a los potenciales proveedores que operan en el mercado previamente definido, y obtener información sobre la gama de productos o servicios, niveles de calidad y sus precios.
- Consultar en anteriores licitaciones los proveedores, precios y condiciones proporcionados para productos iguales o similares.
- Mantener una coordinación con otros compradores del sector público que hayan realizado contratos recientemente sobre bienes o servicios iguales o similares para manejar información del mercado y de sus intervinientes, precios y demás condiciones comerciales.

### **2.1.2. Adoptar el modelo de contratación más competitivo.**

Con el objetivo de incrementar la competencia en la contratación pública, los órganos de contratación deben hacer efectivas sus adquisiciones públicas, fundamentalmente, a través de procedimientos abiertos y transparentes.

Asimismo, en los casos en los que la Ley permita hacer uso de los procedimientos negociados, el órgano de contratación deberá cursar invitaciones al mayor número posible de licitadores capacitadas para la realización del objeto del contrato, siempre que ello sea posible. De tal manera que no se limite a dar cumplimiento estricto de lo previsto en el artículo 162.1. de la LCSP (invitando únicamente a tres empresas), sino que realmente exista una auténtica concurrencia en el procedimiento que garantice una efectiva competencia entre los licitadores. Dicha consideración ha sido puesta de manifiesto reiteradamente en los últimos ejercicios por la Cámara de Cuentas de Andalucía en sus Informes de Fiscalización de la Cuenta General de la Junta de Andalucía, Contratación Administrativa y Fondos de Compensación Interterritorial.

Por otra parte, la tramitación de un contrato público mediante el procedimiento de urgencia, al suponer una reducción de los plazos, puede tener como efecto potencial la reducción del número de oferentes que puedan participar y cumplir los requisitos exigidos en cada fase contractual. No obstante, en determinados supuestos, puede resultar necesario dinamizar la contratación pública e imprimir mayor celeridad a los procedimientos de contratación que se lleven a efecto mediante la tramitación de los procedimientos por vía de urgencia.

Sin embargo, dado que dicha medida puede suponer una disminución en el número de licitadores, al disponer de menor tiempo para preparar adecuadamente sus ofertas y cumplir los requisitos exigidos en cada fase contractual, debe contrarrestarse este efecto reforzando la publicidad de estos contratos, como por ejemplo mediante el mecanismo de anuncio de información previa en DOUE previsto en el artículo 125 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Finalmente, debe precisarse que la utilización de la facultad prevista en el artículo 202 de la LCSP, de modificar los contratos, según ha puesto de manifiesto la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en sus *“Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia”*, de 17 de junio de 2008, aun cuando resulta adecuada debido a la multitud de eventualidades que pueden presentarse con carácter posterior a la adjudicación del contrato original, siendo en estos casos aconsejable restablecer el equilibrio entre las partes del contrato de una manera ágil, en determinadas ocasiones, puede dar lugar a excesos que desvirtúen el carácter competitivo del proceso concurrencial original. En muchos supuestos, se emplea este instrumento para realizar ampliaciones al proyecto que podían o debían haberse previsto en el proyecto originario. Además, en demasiados casos las causas argumentadas traen causa de informes técnicos del propio contratista originario que podría estar buscando, mediante la modificación “rentabilizar” el contrato para el que inicialmente pujó excesivamente a la baja con el fin de resultar adjudicatario. Con ello, se elimina la posibilidad de que otros potenciales licitadores distintos del adjudicatario original puedan concurrir. Por tanto, sería conveniente tener en cuenta las siguientes recomendaciones:

- Fomentar la adopción de procedimientos de contratación abiertos.
- Cursar invitaciones al mayor número posible de operadores económicos en los procedimientos negociados.
- Evitar en la medida de lo posible el recurso a la tramitación de los procesos de licitación por vía de urgencia.
- Justificar, en su caso, la imposibilidad de obtener los objetivos de la modificación mediante una nueva licitación pública.

### **2.1.3. Subdivir los contratos cuando sea posible en lotes.**

Como señala la Comisión Europea en el Documento de Trabajo “Código de Buenas Prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos”, la subdivisión de los contratos públicos en lotes, siempre que, por la naturaleza y características del contrato sea posible, puede incrementar la competencia efectiva, al favorecer la participación de aquellos operadores económicos que no se encuentran capacitados

para acceder a la totalidad del contrato. En concreto, la división del tamaño del contrato cuando resulte viable en lotes implicará, sobre todo, una mayor participación de las PYME que, a su vez, generará una competencia más intensa en la licitación de contratos públicos.

Por otra parte, esta cuestión debe completarse con el hecho de que se permita licitar por el número de lotes que deseen los potenciales contratistas, ya que ello puede suponer un incentivo para aquellos operadores de mayor dimensión. En consecuencia, es oportuno plantear la siguiente recomendación:

- Favorecer la subdivisión de los contratos en lotes, cuando por la naturaleza y características del contrato sea posible.

#### **2.1.4. Ponderar la participación conjunta en los procedimientos de contratación.**

La posibilidad de que las empresas concurren a procedimientos de licitación pública conjuntamente, por ejemplo a través de la constitución en uniones temporales de empresas (UTEs) puede tener como efecto positivo la de encontrar potenciales contratistas y permitir la participación de las PYME en los procedimientos de contratación, tal y como señala la CNC en su documento sobre *“Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia”*, de 17 de junio de 2008.

Sin embargo, en ciertas ocasiones se observa que son los propios órganos de contratación los que exigen a los potenciales licitadores que adopten esta determinada forma jurídica como condición para poder participar en los procesos de selección. En este caso, dicha condición puede limitar la competencia mediante la anulación de posibles ofertas alternativas, la coordinación que se establece entre sus miembros y el riesgo de que introduzcan mecanismos de colusión y además dicha exigencia no se ajustaría a la legislación de contratación pública.

Por todo ello, sería recomendable que la participación conjunta a través de UTEs se deje a la libre elección de los operadores económicos, y que sea el órgano de contratación el que valore si la presentación conjunta de ofertas por éstos conlleva efectos que pudieran limitar la competencia. A tal fin, conviene que se tenga presente la siguiente premisa:

- Ponderar la participación conjunta en los procesos de licitación.

## **2.2 CÓMO DISEÑAR LOS PLIEGOS DE CONTRATACIÓN PARA FACILITAR LA PARTICIPACIÓN DEL MÁXIMO NÚMERO DE LICITADORES.**

Con carácter general, los pliegos de contratación constituyen los documentos reguladores en el acceso a las licitaciones públicas. Por ello, debe ponerse especial énfasis en la elaboración de los mismos, evitando la introducción de cláusulas que generen barreras, obstáculos o cargas innecesarias al acceso de operadores económicos a la licitación.

Esta Agencia, en su Estudio sobre la contratación pública andaluza ([http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/estudios\\_e\\_informes/estudios.html](http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/estudios_e_informes/estudios.html)), analizó los pliegos de contratación de una selección de 109 expedientes tramitados en el ámbito territorial de Andalucía, distribuidos por tipo de contrato y por ente adjudicador. Este trabajo permitió identificar una serie de prácticas que establecen trabas o barreras innecesarias que suponen una carga para las empresas y limitan la competencia efectiva en este mercado.

Sobre la base de este análisis, en este epígrafe se plantean una serie de “buenas prácticas” distribuidas por bloques temáticos dirigidas a favorecer la eliminación de esas trabas detectadas en los pliegos de contratación.

1. Simplificar los trámites administrativos y aliviar de cargas burocráticas a los operadores económicos.
2. Elegir unos criterios de selección de contratistas que favorezcan la participación del mayor número posible de licitadores.
3. Describir los criterios de valoración de las ofertas con carácter objetivo y ponderarlos adecuadamente.
4. Garantizar la disponibilidad de los pliegos y de la documentación complementaria a los operadores económicos.
5. Evitar la prolongación de los contratos mediante prórrogas aplicadas de forma automática y generalizada.
6. Incluir en los contratos la posibilidad de subcontratar para facilitar la participación de las empresas, especialmente de las PYME.
7. Definir las especificaciones técnicas de los contratos de forma clara, comprensible y predecible.

A continuación se analizan con mayor grado de detalle cada una de las medidas señaladas anteriormente y, a título ilustrativo, se plantean una serie de ejemplos de prácticas que establecen barreras o trabas a la competencia.

### **2.2.1. Simplificar los trámites administrativos y aliviar de cargas burocráticas a los operadores económicos.**

Para garantizar el rigor en el procedimiento de contratación pública resulta necesario establecer todo un conjunto de trámites administrativos. Sin embargo, hacer más complejos o gravosos estos trámites puede producir un efecto disuasorio para los operadores económicos a la hora de decidir su participación en un concreto proceso de licitación. En particular, el tiempo y el coste financiero asociado a la preparación de estos trámites suponen los motivos de queja más frecuentes de las PYME, dado que estas empresas no suelen disponer de capacidad administrativa especializada suficiente<sup>3</sup>.

Por ello, resulta adecuado reducir al mínimo posible estos trámites y aliviar de cargas innecesarias el procedimiento. En concreto, cabe llamar la atención sobre los siguientes aspectos en este ámbito:

- Eximir a los licitadores de la obligación de presentar certificaciones acreditativas de su capacitación personal cuando la Administración pueda comprobar dicha capacitación.
- Favorecer la accesibilidad de los agentes económicos a la hora de presentar la documentación necesaria para licitar.
- Facilitar a los agentes económicos la forma de verificar jurídicamente la documentación personal exigida para acceder a los procesos de licitación.
- Ponderar la necesidad de la exigencia de garantías financieras a los licitadores para poder participar en un determinado proceso de selección.

#### **2.2.1.1. Eximir a los licitadores de la obligación de presentar certificaciones acreditativas de su capacitación personal cuando la Administración pueda comprobar dicha capacitación.**

La reiterada exigencia de documentación o certificación acreditativa de la capacidad personal de las empresas como condición para poder acceder a los procesos públicos de licitación puede suponer una carga evitable cuando estos documentos obran en poder de la Administración. En particular, en aquellos supuestos en que tales documentos hayan sido presentados con antelación para participar en un anterior

---

<sup>3</sup> Dicha afirmación se desprende del estudio realizado por la Comisión Europea en el “Código Europeo de Buenas Prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos”.

procedimiento con el mismo ente o en aquellos casos en que se pueda consultar por la Administración en el Registro Público de Licitadores.

En este sentido, debe indicarse que se está tramitando un Decreto por el que se prevé que “los órganos de contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y de sus entidades instrumentales o vinculadas que tengan acceso al Registro de Licitadores, en todo caso, y el resto de órganos de contratación mencionados en el artículo 11.1, cuando el pliego de cláusulas administrativas o el anuncio del contrato así lo prevean, incorporarán de oficio la certificación del Registro de Licitadores al procedimiento de contratación”.

En este sentido, se recomienda emplear, en aquellos supuestos en que sea admisible, la posibilidad de que en la fase de preselección sea suficiente la presentación de una declaración responsable en la que los licitadores manifiesten que reúnen los requisitos exigidos para licitar y que, en el caso de que resulte adjudicatario, aporte los documentos de forma fehaciente.

*Ejemplo de práctica a evitar: Se opta por requerir la aportación de fotocopias de DNI u otro documento identificativo oficial o el certificado del Registro de licitadores.*

*Anexo I Cuadro Resumen PCAP.*

*“Aportación de DNI u otro documento identificativo oficial: S/N: Sí.*

*Incorporación de oficio del Certificado del Registro de Licitadores al procedimiento: S/N: No.”*

Comentario: La exigencia a las empresas de presentar fotocopia de DNI o certificado del Registro de Licitadores supone una traba administrativa injustificada y una clara excepción al principio general de otorgar a los ciudadanos el derecho de no tener que aportar aquella documentación que ya obra en poder de la Administración.

#### 2.2.1.2. Favorecer la accesibilidad de los agentes económicos a la hora de presentar la documentación necesaria para licitar.

Una mayor accesibilidad de los licitadores a la hora de presentar sus ofertas supone un elemento que favorece el aumento del número de participantes en el procedimiento de contratación. Por ello, sería oportuno el establecimiento de registros físicos alternativos donde puedan presentar sus proposiciones. Asimismo, se estima conveniente también facilitar la comunicación a través de medios electrónicos, informáticos o telemáticos.

*Ejemplo de práctica a evitar: Se exige en el pliego que la documentación necesaria para licitar sea presentada únicamente en el Registro del órgano de contratación o por correo:*

*Cláusula 9.1. PCAP.*

*“Las proposiciones, junto con la documentación preceptiva, se presentarán, dentro del plazo señalado en el anuncio, en el Registro General del órgano de contratación indicado en el mismo (...)”*

Comentario: Debe reflexionarse sobre la necesidad de ampliar el número de registros físicos habilitados para la presentación de ofertas de cara a ofrecer igualdad de oportunidades a todos los operadores económicos con independencia de su ubicación geográfica. Ello claro está sin perjuicio de potenciar la puesta en funcionamiento de una herramienta que permita la comunicación mediante medios electrónicos, informáticos y telemáticos.

### 2.2.1.3. Facilitar a los agentes económicos la forma de verificar jurídicamente la documentación personal exigida para acceder a los procesos de licitación<sup>4</sup>.

Partiendo de la premisa de que es necesario garantizar una debida verificación jurídica de los documentos acreditativos de la aptitud de los licitadores por parte de la Administración, también debe reflexionarse sobre la forma en que pueda admitirse la referida acreditación. La acreditación jurídica de determinados documentos supone un significativo coste económico para las empresas y puede implicar un trato diferenciado para los operadores económicos, sobre todo para aquellos que se encuentren situados en otros territorios.

Ejemplo de práctica a evitar: Se exige en los pliegos que los poderes estén bastanteados por los Letrados del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía o, en los contratos celebrados por el Servicio Andaluz de Salud por Letrados de Administración Sanitaria.

*Cláusula 9.2.1.1 c) de PCAP. Documentos acreditativos de la representación.*

*“Los que comparezcan o firmen proposiciones en nombre de otro presentarán poder de representación, bastanteados por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía”*

*Cláusula 6.2.4.2. de PCAP del sector sanitario. Documentación requerida.*

*“b) Poder suficiente para representar a la persona o entidad en cuyo nombre concurra el firmante de la proposición, debidamente inscrito en el Registro Mercantil, o su caso en el correspondiente Registro oficial. En todo caso, los poderes deberán estar bastanteados por un Letrado de Administración Sanitaria”*

Comentario: La exigencia de obtener el bastanteados del poder de representación exclusivamente de los Letrados de la Junta de Andalucía o de los Letrados del Servicio Andaluz de Salud (SAS) para los contratos celebrados por la Administración de la Junta o por el SAS, respectivamente, ocasiona un tratamiento diferenciado para aquellas empresas que se encuentren sobre todo instaladas en otras Comunidades Autónomas o en diferentes países.

En consecuencia, podría promoverse la aprobación de las reformas y medidas oportunas a los efectos de considerar la admisión de la referida acreditación cuando la misma haya sido expedida por otros organismos equivalentes (por ejemplo, Letrados de otras Comunidades Autónomas, o equivalencias de bastanteados de los Letrados de la Junta de Andalucía y del SAS sin carácter excluyente al pertenecer ambos organismos a la misma Administración).

<sup>4</sup> Esta circunstancia ha sido señalada recientemente en el documento denominado “Análisis de las cargas administrativas soportadas por las PYMES españolas” suscrito por el Ministerio de la Presidencia y el sector empresarial español a través de la CEOE y CEPYME, de febrero de 2010.

#### 2.2.1.4. Ponderar la necesidad de la exigencia de garantías financieras a los licitadores para poder participar en un determinado proceso de selección.

La exigencia de garantías financieras supone una “barrera de entrada” a los licitadores que, reuniendo las condiciones de solvencia económica y técnica suficientes, no concurren al procedimiento de contratación por los costes que esta garantía conlleva. Especialmente este requerimiento representa un obstáculo para la participación de las PYME en la contratación pública.

Por ello, se considera que debe evitarse el automatismo y valorar la necesidad, caso por caso, de la pertinencia de exigir a los licitadores estas garantías financieras y asimismo ponderar si éstas tienen que alcanzar el límite máximo admitido en la Ley. En este análisis de proporcionalidad debe tomarse en consideración el objetivo de fomentar la concurrencia del mayor número de operadores económicos dispuestos a competir por el contrato minorando los costes que producen la presentación de las ofertas.

Sobre este particular, el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía acordó el pasado 8 de junio de 2010 suprimir, con carácter general, el requisito de garantía provisional que se exige a las empresas para concurrir a la adjudicación de contratos de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entes instrumentales. La medida, que se aplicará durante los años 2010 y 2011 ante las dificultades financieras derivadas de la actual coyuntura económica, tiene como objetivo facilitar la participación privada en los proyectos del sector público autonómico. Su implantación liberará a los licitadores de aportar una cantidad anual de alrededor de 60 millones de euros.

El depósito de la garantía provisional, que puede alcanzar hasta el 3% del presupuesto de licitación, es una de las condiciones que fija la Ley de Contratos del Sector Público para que las empresas puedan presentar sus ofertas. No obstante, el acuerdo del Consejo de Gobierno se adopta conforme a lo previsto en el artículo 91 de esta misma norma, que otorga a los órganos de contratación la facultad de decidir en función de las circunstancias de cada contrato. Siguiendo el mismo criterio de discrecionalidad, los órganos de contratación podrán ahora exigir la garantía provisional pero sólo con carácter excepcional y siempre que quede suficientemente justificada su necesidad. La cuantía se devolverá de forma inmediata a los licitadores después de la adjudicación.

En esta misma línea, debe resaltarse la reciente modificación realizada sobre el régimen jurídico de las garantías provisionales mediante la promulgación de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, por la que se modifica la LCSP, entre otras normas. Con la nueva regulación cuando el órgano de contratación decida exigir una garantía provisional deberá justificar suficientemente en el expediente las razones por las que se estima procedente su exigencia para ese contrato en concreto.



No obstante, debe precisarse que en aquellos mercados que por sus características estructurales fueran más susceptibles de sufrir prácticas colusorias, las garantías provisionales cumplen la función adicional de prevenir la aparición de posibles acuerdos anticompetitivos de supresión de ofertas durante el procedimiento de licitación. Por lo tanto, en estos supuestos, la exigencia y el nivel de la garantía provisional debe ser adecuadamente ponderada por parte del órgano de contratación de acuerdo con el conjunto de circunstancias anteriormente mencionadas.

*Ejemplo de práctica a evitar: Se opta por exigir garantía provisional para la participación en los procesos de licitación.*

*Anexo I Cuadro Resumen PCAP. Garantías  
“Acreditación por medios electrónicos, informáticos o telemáticos: S/N: NO  
Provisional: Sí 3% del presupuesto base de licitación. En cifras xxx € (...).”*

Comentario: El órgano de contratación tiene la posibilidad expresamente prevista en la LCSP de reducir las cargas financieras a los licitadores en la medida en que no estime necesaria la constitución de la garantía provisional o, en aquellos casos en que sí sea precisa, la determine en una cuantía distinta a la máxima permitida por la Ley (3%).

## **2.2.2. Elegir unos criterios de selección de contratistas que favorezcan la participación del mayor número posible de licitadores.**

La elección de unos requisitos de solvencia económica y técnica demasiado rigurosos pueden suponer “barreras a la entrada” en el procedimiento de contratación para aquellos agentes económicos que, disponiendo de la capacidad necesaria para una correcta ejecución del contrato, tienen limitado el acceso al proceso de licitación. A tal fin, conviene que los pliegos de contratación tengan presente las siguiente premisas:

- Evitar el uso de un único criterio de selección excluyente.
- Establecer una clasificación empresarial ajustada a los requisitos exigidos en la normativa aplicable.

### **2.2.2.1. Evitar el uso de un único criterio de selección excluyente.**

Existe todo un conjunto de medios de acreditación de la solvencia económica y técnica de las empresas previsto en la normativa de contratación. La elección de estos medios de acreditación o criterios debe formularse con el rigor adecuado de manera que se evite una limitación injustificada del número de competidores. Así, por ejemplo, una condición conforme a la cual sólo se tomará en consideración y además con carácter excluyente, la experiencia de la empresa adquirida en relación con un contrato similar, aun reconociendo que este medio de acreditación es importante para asegurar una correcta ejecución del gasto público, no se encuentra siempre suficientemente

justificada y supone una limitación de la competencia. Es más, aplicar un único criterio como el señalado, sin ofrecer opciones alternativas, implica para los potenciales nuevos entrantes, la entrada en un círculo vicioso.

Por ello, y en función del objeto del contrato, los pliegos deben establecer de forma concurrente el mayor número de medios o criterios de acreditación de la solvencia técnica igualmente idóneos y previstos expresamente en la Ley.

*Ejemplo de práctica a evitar: Se establece para acreditar la solvencia técnica un criterio de selección excluyente, especialmente en relación a la experiencia previa de la empresa, en vez de optar por la inclusión de varios criterios previstos en los artículos 65 a 68 LCSP*

*Anexo I. Cuadro Resumen 2. SOLVENCIA TÉCNICA. Art. 66 LCSP*

*“Medios: Certificados de buena ejecución de los principales suministros efectuados durante los tres últimos años, a contar desde la fecha de publicación de la presente convocatoria de licitación, indicándose su objeto, importe y fechas de ejecución y si se han realizado de conformidad.*

*Criterios de selección: Será necesario acreditar la realización de, al menos 2 suministros de parecida índole ejecutados de conformidad, cada uno por importe superior al 20 por 100 del presupuesto de licitación del presente contrato”.*

Comentario: La elección de este criterio reduce la competencia al impedir la participación de empresas que podrían tener la capacidad suficiente de ejecutar el contrato en cuestión pero no cuentan con la experiencia previa prefijada. Bajo este tipo de requisito los competidores potenciales nunca podrían superar a las empresas que ya han realizado la prestación, encontrándose en consecuencia en una clara situación de desventaja competitiva.

#### 2.2.2.2. Establecer una clasificación empresarial ajustada a los requisitos exigidos en la normativa aplicable.

El sistema de clasificación tiene la virtud de reducir las cargas administrativas a los licitadores que deseen acceder a los procesos de selección de los contratos, puesto que no tienen que presentar la documentación acreditativa de disponer de la solvencia oportuna en cada uno de los contratos en los que participen. Además, por otro lado, la clasificación también implica beneficios para la Administración, dado que se le libera de verificar para cada uno de los procesos de contratación que celebre la solvencia específica de los contratistas.

Sin embargo, en ocasiones se solicita una clasificación por encima de los umbrales mínimos reglamentariamente establecidos para acceder a determinados contratos, lo cual supone una barrera significativa para aquellos operadores económicos que ya disponen de la clasificación mínima requerida por la normativa aplicable. En este caso, el órgano de contratación debería especificar de manera clara cuáles serían las circunstancias especiales que han determinado la necesidad de imponer al contratista esa clasificación determinada.

*Ejemplo de práctica a evitar: Se establece una clasificación a las empresas superior a la mínima exigida en la normativa atendiendo a las características y al importe del contrato*

*Anexo I. PCAP que rige la contratación de obras de construcción de pista deportiva  
"Presupuesto de licitación (sin IVA): 234.924,16 €  
Clasificación del Contratista:  
Grupo C, Subgrupo COMPLETO, Categoría e"*

### **2.2.3. Describir los criterios de valoración de las ofertas con carácter objetivo y ponderarlos adecuadamente.**

Los pliegos de contratación deben incorporar criterios de valoración de las ofertas con claridad y objetividad. A tal efecto, se propone:

- Fijar unos criterios de adjudicación y ponderación objetivos, de aplicación predecible y que sean de fácil comprensión.
- Evitar la inclusión de criterios de territorialidad para la valoración de ofertas.
- No establecer la experiencia previa como criterio para adjudicar el contrato.

#### **2.2.3.1. Fijar unos criterios de adjudicación y ponderación objetivos, de aplicación predecible y que sean de fácil comprensión.**

Los pliegos de contratación deben establecer, en la medida de lo posible, una ponderación de los criterios de valoración de las ofertas cuya comprensión resulte sencilla para todos los operadores económicos. Estos criterios deben estar orientados a que los operadores se encuentren en igualdad de condiciones a la hora de preparar sus ofertas. Asimismo, deben evitar que los licitadores tengan que recurrir a un asesoramiento especializado.

*Ejemplo de práctica a evitar: Se establecen criterios de valoración técnicos para cuya cuantificación no se determina ponderación o forma de valoración objetiva o fórmulas para evaluar los criterios objetivos excesivamente compleja, que implica falta de transparencia y predecibilidad.*

*Anejo 6 PCAP. Criterios objetivos para la valoración de ofertas*

*"El método a seguir para determinar la oferta más ventajosa será el siguiente:*

*a) La Mesa de Contratación fijará un valor, V1, de puntuación técnica, mediante acuerdo en tal sentido adoptado con anterioridad a la apertura de proposiciones económicas. Dicho valor, que será siempre múltiplo de 5, irá comprendido entre 70 y 85 puntos, ambos inclusive.*

*Para fijar el citado valor, entre los cuatro posibles (70, 75, 80 y 85), la Mesa de Contratación procederá como sigue:*

*El Comité Técnico, encargado del estudio de las Propuestas de las proposiciones, podrá aportar a la Mesa de Contratación una solicitud razonada sobre un valor mínimo a emplear, en razón de la especificidad técnica del expediente, distinto de 70. Este valor 70 se aplicará en defecto de propuesta razonada alternativa.*

*Si esta solicitud del Comité Técnico se produce y es aceptada por la Mesa de Contratación, ésta procederá a seleccionar el valor V1 como se explica en el párrafo siguiente a éste, pero restringido a los valores posibles superiores al mínimo (70).*

*La Mesa de Contratación, entre los valores posibles distintos de 70, elegirá el mayor valor que sitúe en este supuesto en el intervalo de calidad técnica elevada, tres ofertas, si ello fuera posible, o, en su defecto, el mayor número posible de ofertas, inferior a tres.*

*b) Una vez determinado el valor V1, las ofertas admitidas administrativa y técnicamente quedarán encuadradas en tres intervalos:*

- Calidad técnica inaceptable: puntuación inferior a 60 puntos.*
- Calidad técnica suficiente: puntuación comprendida entre 60 y V1, ambos inclusive.*
- Calidad técnica elevada: puntuación técnica superior a V1”*

### 2.2.3.2. Evitar la inclusión de criterios de territorialidad para la valoración de ofertas.

La valoración de las ofertas en función de la implantación de los licitadores en un determinado territorio puede otorgar un tratamiento no igualitario por razón de su ubicación geográfica y contravenir la normativa de contratación pública. En este sentido, en una consulta planteada sobre este particular ante la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, se destacó la improcedencia de incluir como criterios para valorar las ofertas el hecho de que los licitadores se encuentren situadas en un determinado territorio. Ello en base a dos motivos fundamentalmente:

- Por un lado, por contravenir los principios de no discriminación e igualdad de trato que consagran la Directiva 2004/18/CE y nuestra propia LCSP.
- Por otro lado, por cuanto en la normativa aplicable se exige una vinculación directa de los criterios de valoración con el objeto y la naturaleza del contrato, no está permitido discriminar las ofertas por razón de las características que pueda tener cada una de los licitadores, en este caso su domicilio social o su especial arraigo en una determinada localidad o territorio.

Por lo tanto, resulta improcedente la exigencia de requisitos territoriales para la valoración de las ofertas.

No obstante, y partiendo de la premisa de la improcedencia de exigir criterios de valoración territoriales, ello no es óbice para que puedan tomarse en consideración otras condiciones especiales derivadas del objeto del contrato que pudieran requerir la cercanía del licitador, referidas exclusivamente al tiempo necesario para garantizar la correcta realización del contrato, y sin que supongan un tratamiento discriminatorio por razón de la ubicación geográfica. Asimismo, podrían tenerse en cuenta otros medios complementarios para garantizar la correcta realización del objeto del contrato. A este respecto cabe señalar como ejemplos, la posibilidad de plantear controles de calidad

en el suministro y en la prestación del servicio, frecuencia y rotación de la asistencia comercial y del servicio postventa y otras fórmulas empleadas en el tráfico comercial.

*Ejemplo de práctica a evitar:* Se establece como criterio de valoración el hecho de que el licitador cuente con una delegación física en la provincia donde se ejecute el contrato y/o en la C.A. de Andalucía o que la empresa adjudicataria para los contratos de obras tenga una oficina ubicada en Andalucía, en la que exista un representante legal de la empresa con poderes bastantes para el desarrollo y ejecución del contrato.

Anexo VII A PCAP. Propuesta Técnica (...)

“b) Delegación u oficina abierta en la provincia en que se va a prestar el Servicio: se asignarán 15 puntos por la existencia de una Delegación u oficina abierta en la provincia en que se va a prestar el servicio”.

Cláusula 17.4 PCAP. Oficina de la empresa y de obras.

“La empresa adjudicataria deberá tener una oficina ubicada en la Comunidad Autónoma de Andalucía, en la que exista un representante legal de la empresa con poderes bastantes para el pleno desarrollo y ejecución del contrato (...)”

### 2.2.3.3. No establecer la experiencia previa como criterio para adjudicar el contrato.

Atendiendo a lo previsto en la normativa aplicable y a la reiterada jurisprudencia dictada al respecto tanto a nivel comunitario como estatal, la experiencia no puede establecerse como criterio de valoración para la adjudicación de un contrato público.

*Ejemplo de práctica a evitar:* Se incluye la experiencia previa del licitador como criterio de valoración de la oferta.

Anexo III PCAP. Criterios objetivos de adjudicación y baremo de valoración el siguiente:

“Criterios (...) 4. Experiencia probada en proyectos de consultoría similares al propuesto en el pliego (10%)”

### 2.2.4. Garantizar la disponibilidad de los pliegos y de la documentación complementaria.

El hecho de que se encuentren publicados los pliegos en la Plataforma de Contratación facilita la elaboración de las mejores ofertas por los licitadores potenciales al tener acceso, con la suficiente antelación, al contenido exacto de los requisitos solicitados por el órgano de contratación. Por ello, además de la publicación en los Boletines Oficiales de los procesos de licitación pública, debe estimarse como práctica positiva la publicación de los pliegos así como de la documentación fundamental del contrato, en la Plataforma de Contratación.

*Ejemplo de buena práctica: Se encuentran disponibles los Pliegos de Contratación en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.*

Comentario: La disponibilidad de los pliegos a través de la Plataforma de Contratación facilita a los potenciales candidatos la elaboración de una mejor oferta. Además, la descarga de los pliegos supone una minoración de los costes económicos para los licitadores, al no tener que acudir presencialmente a los lugares habilitados para la recepción de los mismos.

### **2.2.5. Evitar la prolongación de los contratos mediante prórrogas aplicadas de forma automática y generalizada.**

La decisión del órgano de contratación relativa a la duración del contrato y su posible extensión mediante la utilización del mecanismo de la prórroga, puede tener efectos restrictivos sobre la competencia, especialmente en aquellos supuestos en que en el proceso de licitación se “compite por el mercado” (caso por ejemplo de las concesiones de transporte público de viajeros), por lo que la duración total del contrato debe responder de forma proporcionada al cumplimiento del fin público perseguido por el órgano de contratación.

La aplicación automática del periodo máximo de prórroga prevista puede conducir a un cierre de este mercado por un periodo más largo del estrictamente necesario y, en consecuencia los beneficios de la presión competitiva pueden verse minorados.

De ahí que sea necesario que el órgano de contratación no sólo trate de abrir los procedimientos a un número de competidores suficiente, sino también, de fomentar en la medida de lo posible el principio igualmente establecido en la LCSP de “sometimiento periódico a concurrencia de la realización de las prestaciones”.

*Ejemplo de práctica a evitar: Se establece una duración del contrato, incluidas las prórrogas, por el límite máximo previsto en la LCSP, sin que parezca imprescindible de acuerdo con la información de la que se dispone.*

*PCAP Contrato Gestión de Servicio Público.*

*“8.- PLAZO DE EJECUCION: 36 MESES a partir del día siguiente a la formalización del contrato.  
9.-PRÓRROGA: SI. La vigencia del contrato podrá prorrogarse de forma expresa, en una o varias prórrogas, una vez satisfechos los requisitos establecidos en la legislación vigente, por periodos, no superiores al del contrato inicial, sin que en ningún caso el plazo total, incluido el periodo contractual inicial, pueda sobrepasar los diez años”.*

### **2.2.6. Incluir en los contratos la posibilidad de subcontratar para facilitar la participación de las empresas, especialmente de las PYME.**

En contratos de gran envergadura, normalmente las PYME no están en condiciones de licitar por la adjudicación del contrato. Sin embargo, mediante la subcontratación, pueden tener una buena oportunidad para participar y pueden aportar un valor añadido mediante productos o servicios especializados o innovadores.

Por ello, es oportuno poner de relieve que, en términos de competencia, no permitir la subcontratación o incluso reducir el límite establecido por defecto en la LCSP en un 60 por ciento, puede suponer una “barrera a la entrada” a potenciales operadores que no tienen la posibilidad de participación en la ejecución de contratos públicos de cierta envergadura.

En consecuencia, en la redacción de los pliegos se debe ponderar la posibilidad de subcontratar o ceder los contratos, salvo en aquellos casos en los que por la naturaleza y condiciones del mismo se deduzca que ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario.

*Ejemplo de práctica a evitar: No se permite la posibilidad de subcontratar prevista en la LCSP, sin que quede del objeto del contrato pueda entenderse justificada esta imposibilidad.*

*Anexo I. Cuadro Resumen PCAP Contrato de Obras construcción de edificios de oficinas  
“Subcontratación obligatoria: NO CABE CESION NI SUBCONTRATACION”*

### **2.2.7. Definir las especificaciones técnicas de los contratos de forma clara, comprensible y predecible.**

Los pliegos de prescripciones técnicas deben contener exclusivamente información sobre las especificaciones técnicas directamente vinculadas al contrato, que permita conocer a los licitadores con suficiente claridad el trabajo demandado por el órgano de contratación, lo que excluye en todo caso precisiones de otro tipo, tanto directas como indirectas. En la LCSP expresamente se recoge que las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia. A este fin, se plantean:

- Incluir en los pliegos de prescripciones técnicas términos centrados en el desempeño funcional del contrato y expresados con la suficiente claridad para ser comprendidos por los operadores económicos.
- Definir las especificaciones técnicas de forma objetiva y directamente vinculadas con la naturaleza y contenido del contrato.

2.2.7.1. Incluir en los pliegos de prescripciones técnicas términos centrados en el desempeño funcional del contrato y expresados con la suficiente claridad para ser comprendidos por los operadores económicos.

La redacción de estos términos técnicos tiene una especial importancia ya que afecta directamente al número y tipo de concurrentes a la licitación. Es evidente que cuanto más claros sean estos requisitos y más sencilla sea su comprensión, más confianza genera para los operadores económicos a la hora de preparar sus ofertas, lo que, por ende, supondrá un incentivo para competir por el contrato.

*Ejemplo de práctica a evitar: Se incluye en el clausulado del PPT materias relativas al régimen jurídico del contrato que, en todo caso, deben figurar en el PCAP.*

*Cláusula 2.5.3. PCAP. Forma de resolver las discrepancias en la forma de prestar la asistencia técnica.*

*“En caso de existir disconformidades de XXX respecto a la forma y modo de resolución de los problemas e incidencias que surjan en la prestación de la asistencia técnica contratada por cualquiera de los técnicos empleados por la adjudicataria lo pondrá de manifiesto a ésta en la forma prevista en el PCJA. La persistencia de disconformidades, podrá considerarse incumplimiento grave y causa para la rescisión del contrato, sin perjuicio de la toma de otras medidas que se consideren oportunas y la solicitud de las penalizaciones pertinentes en base a lo indicado en el presente pliego”.*

Comentario: La inclusión de esta cláusula referida a contenidos propios del régimen de extinción o rescisión del contrato constituye una mala práctica contractual, en la medida en que se sitúan en el PPT cuestiones concernientes al régimen jurídico del contrato, que deben incluirse, en todo caso, en el PCAP. Esta mala práctica contractual, que incumple la LCSP, introduce además un factor de falta de claridad e incertidumbre, que podría suponer una traba para ciertos operadores que, contando con la solvencia técnica y económica exigida, podrían verse obligados a recurrir a un asesoramiento legal específico y adicional para poder licitar con todas las garantías y con plena seguridad jurídica.

2.2.7.2. Definir las especificaciones técnicas de forma objetiva y directamente vinculadas con la naturaleza y contenido del contrato.

Los pliegos de prescripciones técnicas deben recoger aspectos eminentemente técnicos sobre las prestaciones que deba cumplir el contrato al que hacen referencia. Por tanto, cualquier especificación cualitativa o cualquier otra que no pueda valorarse por medio de parámetros de carácter objetivo sobre el contenido de los trabajos que se someten a licitación, además de contravenir la normativa aplicable, genera una situación de incertidumbre injustificada para los operadores económicos que quedan sometidos a la discrecionalidad subjetiva de los poderes adjudicadores.

*Ejemplo de práctica a evitar: Se recoge en el clausulado del pliego de prescripciones técnicas exigencias de naturaleza cualitativa para la contratación de servicios profesionales no vinculadas con el objeto del contrato.*



*PPT Contrato de Servicios Profesionales para la explotación de sistemas informáticos*  
*“2.4. Lugar, forma de prestación de la asistencia (...). Las personas que emplee la adjudicataria en la prestación del servicio deberán dispensar trato agradable con los usuarios (...).”*

Comentario: La determinación de esta exigencia de naturaleza cualitativa que no puede ser enjuiciada en función de parámetros de carácter objetivo sobre el contenido de los trabajos que se someten a licitación puede generar incertidumbre para los agentes económicos que quedan sometidos a la discrecionalidad subjetiva del órgano de contratación.

### **2.3. OTROS ASPECTOS DEL PROCESO DE LICITACIÓN PARA AUMENTAR LA COMPETENCIA.**

En el marco del proceso de licitación conviene tener presente otros aspectos que ayudarían a fomentar una mayor competencia en el mercado de los contratos públicos, tales como:

1. Facilitar el acceso de los licitadores a la información y a la tramitación electrónica.
2. Fomentar una cultura de competencia en las personas responsables de las compras públicas.

A continuación se expone con mayor profundidad cada una de las cuestiones anteriormente citadas:

#### **2.3.1. Facilitar el acceso de los licitadores a la información y a la tramitación electrónica.**

La contratación pública con la plena utilización de las herramientas electrónicas facilita el acceso a la información pertinente sobre las oportunidades de contratación a los agentes económicos y por tanto es un elemento dinamizador de la competencia efectiva.

En este sentido, la utilidad práctica de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía que ha supuesto un importante avance, podría aumentar si se diera difusión a un servicio virtual a través del cual los potenciales licitadores recibieran avisos sobre oportunidades de contratos públicos por razón de su sector o actividad económica y pudieran tener conocimiento del estado de sus trámites en cualquier momento. Además, la opción de que puedan ofrecer sus contratos, en dicha Plataforma, los órganos de la Junta de Andalucía, las Entidades Locales, Universidades y otros entes públicos de la Comunidad Autónoma andaluza, puede facilitar y simplificar el acceso de las Pymes, a todo el mercado de la contratación pública de la Comunidad Autónoma. Asimismo, tal y como señala la Comisión Europea en el Documento de Trabajo “Código de Buenas Prácticas para facilitar el acceso de las PYMES a los contratos públicos”, sería adecuado favorecer la unificación de la información de

licitaciones públicas a través de la creación de un único portal electrónico a nivel estatal.

Por otra parte, el hecho de que el ente adjudicador publique a principios de año un anuncio indicativo de los contratos que tiene previsto celebrar a lo largo del mismo favorece la competencia, ya que permite a los potenciales licitadores conocer con la suficiente antelación las oportunidades que les pueden brindar las licitaciones públicas y además pueden preparar la presentación de las ofertas con mayor detenimiento y rigor. Además, este anuncio de información puede constituir un elemento para que las PYME dispongan de un mayor tiempo para localizar posibles socios con los que presentar ofertas conjuntas en aquellos contratos que sean de mayor envergadura y complejidad.

Por ello, convendría tener en cuenta los siguientes aspectos:

- Publicar a principios de año un anuncio indicativo de los contratos a licitar durante el ejercicio.
- Dar difusión a un servicio virtual a través del cual los operadores puedan recibir mensajes informativos sobre la convocatoria de licitaciones públicas que sean de su interés, y puedan conocer el estado de sus trámites en cualquier momento.
- Instaurar un sistema de licitación electrónica, que permita a los operadores a poder presentar sus ofertas.
- Propiciar la creación de un único portal electrónico centralizado a nivel estatal.

### **2.3.2. Fomentar una cultura de competencia en las personas encargadas de los contratos públicos.**

La formación de las personas encargadas de la contratación pública en materia de competencia puede ser un elemento que mejore la configuración de los procedimientos de contratación. En efecto, la mejora de los conocimientos de los responsables de los contratos públicos en el área de competencia es clave para una mayor toma de conciencia de los beneficios que reporta el desarrollo de una competencia efectiva en este ámbito. Parece, por ello, conveniente impulsar el desarrollo de programas de formación en esta materia.

La incorporación de la perspectiva de la competencia efectiva en el trabajo diario de los órganos de contratación puede requerir esfuerzos e inversión en términos de formación y actuaciones específicamente dirigidas a fomentar una cultura de competencia. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que estos costes se verán

compensados por los beneficios en términos de eficiencia y ahorro derivados de una contratación en condiciones de competencia efectiva.

*Ejemplo de buena práctica:* El Canadian Bureau, que tiene encomendadas funciones de promoción de la competencia en Canadá, ha realizado interesantes actividades de formación organizando presentaciones para los funcionarios encargados de tramitar los procedimientos de licitación en este país. Sólo durante el ejercicio 2008, el Canadian Bureau impartió treinta y cinco presentaciones y desde el año 2005 más de 3.000 funcionarios han seguido el programa de formación.

De acuerdo con lo anterior, se recomienda:

- Establecer programas de formación sobre la aplicación de las reglas de competencia en el marco de la contratación pública.

### 3. GARANTIZAR PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN LIBRES DE COMPORTAMIENTOS COLUSORIOS

El corolario de unos mercados públicos auténticamente competitivos es la ausencia de colusión por parte de los operadores económicos que participan en los procedimientos de licitación.

#### ¿EN QUÉ CONSISTE LA COLUSIÓN EN LAS LICITACIONES?

La colusión en las licitaciones (en términos anglosajones, “*bid rigging*”) se produce cuando los diferentes operadores presentes en un mercado deciden colaborar o cooperar en el diseño de sus respuestas a un procedimiento de licitación. Dichos operadores, que deberían competir entre sí para obtener un contrato público ofreciendo las mejores condiciones a su disposición de forma independiente y autónoma, conspiran secretamente para aumentar los precios o para reducir la calidad de los bienes o servicios que ofrecen a los compradores públicos que buscan adquirir bienes o servicios a través del proceso público de licitación. Estos operadores persiguen maximizar sus beneficios de forma ilegítima y artificial, perjudicando claramente el objetivo de que las Administraciones lleven a cabo un gasto público eficiente en aras del interés general.

Las Administraciones Públicas no sólo deben adoptar medidas para garantizar procedimientos de licitación libres de trabas o barreras innecesarias sino que, además, deben estar suficientemente preparadas para adoptar las medidas necesarias para prevenir y detectar, en su caso, posibles comportamientos colusorios llevados a cabo por los agentes que participan en estos mercados.

Se trata, en definitiva, de que el mercado de la contratación pública esté libre de restricciones tanto desde la perspectiva de los procedimientos que establecen las condiciones que regirán la licitación, como desde el punto de vista de los licitadores que participan en dicho procedimiento, esto es, desde el punto de vista de la oferta.

En el presente apartado, por tanto, se realiza un análisis específico de los aspectos relativos a la colusión en los procedimientos de licitación pública, de acuerdo con la siguiente estructura:

- En primer lugar, se parte de ciertos aspectos generales a tener en cuenta de forma preliminar, en relación con el fenómeno de la colusión en las licitaciones.
- A continuación, se identifican pautas y medidas específicas a considerar por los órganos de contratación con el fin de prevenir o evitar que se produzca una colusión entre las operadores potencialmente candidatas para participar en el procedimiento de licitación.
- Por último, se señalan ciertos indicadores que permiten detectar posibles prácticas anticompetitivas realizadas en el marco de los procedimientos de licitación pública.

### 3.1. LA COLUSIÓN EN LAS LICITACIONES Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

La colusión en los procedimientos de licitación constituye una modalidad más de cártel. El daño generado por este tipo de prácticas es de tales dimensiones que desde muy diversos frentes, entre otros, la OCDE, la Comisión Europea y varias autoridades de la competencia de ámbito nacional, se están llevando a cabo iniciativas y actuaciones específicamente destinadas a luchar contra las mismas. En este sentido, el Tercer Informe sobre la Aplicación de la Recomendación relativa a los Cártels de la OCDE identifica la lucha contra la colusión en las licitaciones como una de las principales prioridades a considerar por los diferentes países en su lucha contra los cártels de “núcleo duro”. En relación con lo anterior, la OCDE ha elaborado una Guía titulada “*Directrices para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas*”, documento que ha servido de inspiración para la elaboración de documentos análogos en países como Chile, EEUU, India, Irlanda, Reino Unido Suecia, Suiza, Portugal o Noruega, entre otros.

#### LAS LICITACIONES PARA LA ADQUISICIÓN DE VACUNAS ANTIGRIPALES EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA

La colusión en las licitaciones es un problema generalizado que se ha planteado igualmente en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

En septiembre de 1998 el entonces Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) concluyó que diversos laboratorios habían infringido la normativa nacional de defensa de la competencia al presentar ofertas idénticas en precio en los concursos relativos a vacunas antigripales convocadas por el Servicio Andaluz de Salud (SAS) durante los años 1992, 1993, 1994 y 1995. Las características de las ofertas levantaron las sospechas de la Administración de la Junta de Andalucía, que formuló una denuncia ante el TDC, incoando este último un expediente sancionador que finalizó con multas de aproximadamente 120 millones de pesetas.

Resolución TDC, Exp. 395/97, asunto *Vacunas Antigripales*

Este apartado parte de las ideas y recomendaciones señaladas en la Guía de la OCDE y las guías nacionales señaladas, realizando una adaptación de los mismos a la realidad de la Junta de Andalucía, desde el punto de vista tanto jurídico como económico.

#### 3.1.1. ¿CUÁLES SON LAS FORMAS MÁS COMUNES DE COLUSIÓN EN LAS LICITACIONES?

La colusión en los procedimientos de licitación puede adoptar innumerables formas. Sin embargo, con independencia de la forma en la que se concreten, estos acuerdos tienen como elemento común el perseguir una maximización de los beneficios de los agentes presentes en el mercado mediante la limitación o la eliminación de la competencia entre las mismas.

La forma más simple de colusión es la conclusión de un acuerdo de fijación de precios, en virtud del cual los precios de todos los licitadores serían idénticos o similares.

#### LOS PROGRAMAS DE VACACIONES PARA LA TERCERA EDAD

El pasado 25 de octubre de 2000 el TDC concluyó que cuatro grandes compañías de viaje habían acordado la presentación de ofertas idénticas “hasta en los más mínimos detalles” en los concursos públicos de licitación de los Programas de vacaciones para personas de la tercera edad gestionados por el entonces Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO), en clara infracción de la normativa de competencia. Las sanciones impuestas superaron los cuatro millones y medio de euros.

Resolución TDC de 25 de octubre de 2000, Exp, 476/99, *Agencias de Viaje*

Sin embargo, los acuerdos de fijación de precios resultan especialmente sospechosos y por tanto susceptibles de llamar la atención de los órganos de contratación. Por ello, los operadores llegan a acuerdos más sutiles, cuyas modalidades concretas de aplicación resultan cada vez más sofisticadas y complejas. De esta forma, mientras más complejo es el esquema, mayor dificultad tiene el órgano de contratación para su detección.

Sin embargo debe indicarse que ante la falta de pruebas “directas” este tipo de asuntos puede ser resuelto a través de la **prueba “indirecta” de “presunciones”** si se cumplen rigurosamente una serie de criterios, esto es (a) deben existir indicios (por ejemplo una coincidencia de precios); (b) los indicios deben estar plenamente probados (no puede tratarse de meras sospechas); (c) debe haber una relación directa entre el indicio probado y la conclusión de que se ha llevado a cabo un acuerdo anticompetitivo; y (d) cualquier explicación alternativa desvirtuará el valor de la prueba indiciaria.

A continuación, y en la línea de la Guía de la OCDE “*Directrices para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas*”, se identifican diversas formas o esquemas a través de los cuales puede llevarse a cabo la colusión en el marco de procedimientos de licitación. Debe indicarse la adopción de un esquema no implica la exclusión de otro. Es más, por lo general, estos esquemas son utilizados de forma combinada por los operadores.

**a) Ofertas simbólicas, de cortesía, de cobertura o de resguardo:** Se trata de una de las formas más frecuentes de llevar a cabo acuerdos anticompetitivos en el mercado de las licitaciones públicas. Este esquema está llamado a simular una competencia efectiva, al presentarse ante el órgano de contratación multitud de ofertas que, sin embargo, han sido objeto de una concertación previa por parte de

los licitadores. De esta forma, todos los operadores presentan ofertas con términos inaceptables para el comprador, menos una, que resultará la adjudicataria del contrato al resultar la oferta aparentemente más competitiva.

#### EL CÁRTEL DE LA INDUSTRIA DE LA CONSTRUCCIÓN EN REINO UNIDO

El pasado 22 de septiembre de 2009 la autoridad británica de competencia *Office of Fair Trading* ("OFT") impuso multas a 103 compañías del sector de la construcción en Inglaterra.

En este supuesto la mayoría de los pactos se articulaban bajo la forma de "ofertas de cobertura". Los contactos entre los distintos operadores se realizaban principalmente por teléfono. Normalmente una compañía anunciaba su precio y el resto calculaba un precio por encima de aquél. En otras ocasiones, era la propia compañía la que informaba al resto del precio que debían ofrecer. El nivel de los precios se estudiaba en detalle (existían diferencias aproximadas de entre el quince y el cinco por ciento) con el fin de que la oferta ganadora no resultara extraordinariamente baja y el resto de los precios no resultaran excesivamente elevados.

Tras las investigaciones realizadas, la OFT concluyó que las compañías imputadas habían llevado a cabo actividades colusorias en más de 199 contratos desde el año 2000 hasta 2006. Las infracciones se realizaron en relación con proyectos de valor superior a 200 millones de libras, incluyendo escuelas, universidades y hospitales. La OFT decidió imponer multas por 129,2 millones de libras por infracción de la normativa de competencia a las compañías citadas.

Fuente: <http://www.of.gov.uk>

- b) Supresión de ofertas.** Bajo este esquema, varios operadores se comprometen bien a no presentar una oferta, o a presentarla pero a retirarla con posterioridad de forma que una sola compañía, la que presenta y mantiene su oferta, resultará la adjudicataria en el procedimiento de licitación.

#### EL CÁRTEL EUROPEO DE LOS TUBOS PREAISLADOS

En octubre de 1998 la Comisión Europea impuso una multa de más 92.21 millones de euros a diez compañías activas en el mercado de los tubos preaislados por acuerdos de reparto de mercados, fijación de precios y colusión en el mercado europeo de licitación pública.

El cártel se inicia en 1990 en el mercado danés y en 1994 se extiende al resto de países de la UE en el año 1994. El acuerdo se ejecutaba en el marco de licitaciones públicas donde se designaba a una compañía como la "favorita". Si otra compañía presentaba un precio más bajo que el favorito tenía que retirar su oferta o incrementar el precio de la misma para permitir que el favorito resultara adjudicatario.

Decisión de la Comisión de 21 de octubre de 1998, asunto IV/35.691

Fuente: <http://ec.europa.eu/>

- c) **Rotación de ofertas.** Mediante la rotación de ofertas, los licitadores pactan turnos para ganar, identificando en cada caso aquel que presentará el precio más bajo. El reparto puede pactarse en función de la cuota de mercado o volumen de ventas de cada compañía, o en función de valores aproximadamente iguales para un cierto tipo de contratos. Este esquema se combina normalmente con ofertas de cobertura.

#### COLUSIÓN EN EL MERCADO DE LA INSULINA EN MÉXICO

El asunto resuelto por la Comisión Federal de Competencia (CFC) de México el pasado 28 de enero de 2010 contiene un ejemplo de rotación de ofertas en procedimientos de licitación organizados por el Instituto Mexicano de Seguridad Social (IMSS) para la compra de insulina, suero y soluciones electrolíticas. Tras realizar las investigaciones pertinentes, la CFC concluyó que cuatro compañías farmacéuticas se habían puesto de acuerdo entre los años 2002 y 2009 para alternar las ofertas ganadoras y perdedoras de las licitaciones, repartiéndose la casi totalidad del mercado. En el curso de la investigación pudo constatarse que las ofertas ganadoras y perdedoras eran siempre las mismas, lo único que cambiaba era el nombre de la compañía que resultaba adjudicataria del procedimiento de licitación. Las ofertas eran prácticamente las mismas y sólo cambiaron como consecuencia de la entrada de un nuevo competidor con una agresiva postura de precios a la baja.

Las multas impuestas por la CFC ascendieron a 150 millones de pesos (aproximadamente 10 millones de euros).

Resolución de la CFC de 28 de enero de 2010 *Baxter, S.A. de C.V. y otros*  
Fuente: <http://www.cfc.gob.mx/>

- d) **Asignación o reparto de mercado.** En esta modalidad, ciertos operadores se abstienen de presentar ofertas, o presentan ofertas de resguardo, en relación con ciertos clientes o ciertos territorios. A cambio, dichos operadores ven garantizada la adjudicación de los contratos relativos a otro tipo de clientes o a un ámbito geográfico diferente. Se trata, en definitiva, de un acuerdo clásico de reparto de mercado implementado en el marco de los procedimientos de contratación organizados por las Administraciones Públicas.



### EL CÁRTEL DE LAS MANGUERAS MARINAS EN EUROPA

El 28 de enero de 2009 la Comisión Europea adoptó una decisión imponiendo multas de 131 millones de euros a cinco grupos de compañías activas en el sector de las mangueras marinas que habían implementado un acuerdo anticompetitivo entre los años 1986 y 2007.

Las mangueras marinas se utilizan por compañías de petróleo, terminales portuarias, pero también se adquieren por poderes públicos a través de procedimientos de licitación.

El cártel implicaba, entre otras medidas, la asignación o el reparto de mercados, incluyendo los mercados públicos. Así, las compañías estimaban que ciertos países pertenecían a una sola compañía en calidad de mercado doméstico o “*home markets*”. El resto de mercados se asignaba en función de información sobre cuotas de mercado, situación de las fábricas, preferencias del consumidor y los suministros previos.

De esta manera, cada compañía tenía asignada una porción geográfica del territorio donde no tendría que enfrentarse a una competencia efectiva.

Decisión de la Comisión de 28 de enero de 2009, asunto COMP/39406

Fuente: <http://ec.europa.eu/>

Para ejecutar los acuerdos de colusión en las licitaciones es precisa una coordinación previa entre los distintos licitadores potencialmente candidatos. En este contexto, los operadores suelen intercambiar la información sobre sus ofertas y sus costes de forma directa o a través de un tercero, como por ejemplo un secretario o un consultor externo, que podría ejercer de mediador y comparar y adoptar las decisiones en interés de todos.

### EL CÁRTEL DEL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN EN HOLANDA

El 5 de febrero de 1992, la Comisión Europea impuso una multa de 22 millones y medio de euros a la industria de la construcción holandesa por un pacto de precios en las licitaciones públicas en el sector de la construcción en este país.

Interesa destacar que 28 asociaciones activas en el sector de la construcción habían a su vez establecido una organización, la SPO, que se encargaba del establecimiento de las normas para fijar los precios de manera uniforme, siendo dichas normas vinculantes para todos sus miembros.

Decisión de la Comisión de 5 de febrero de 1992, Asunto IV/31.572

Fuente: <http://ec.europa.eu/>

### 3.1.2 ¿QUÉ CONSECUENCIAS SE DERIVAN DE LA COLUSIÓN EN LAS LICITACIONES PARA LOS OPERADORES IMPLICADOS?

En el ámbito de la defensa de la competencia, los acuerdos de colusión en las licitaciones constituyen una infracción administrativa tipificada por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) cuando los citados acuerdos son susceptibles de afectar el comercio entre los Estados miembros.

Al igual que los cárteles de precios, la colusión en las licitaciones constituye una infracción muy grave de la normativa de competencia que puede implicar los siguientes riesgos:

- ✓ Multas de hasta un 10% del volumen de negocios total del infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa;

#### EL CÁRTEL DE LOS ASCENSORES Y LAS ESCALERAS MECÁNICAS

En el año 2007, la Comisión Europea impuso una multa de 992 millones de euros a cuatro compañías dedicadas a la instalación y mantenimiento de ascensores por implementar un acuerdo de licitación fraudulenta en Bélgica, Alemania, Holanda y Luxemburgo en clara infracción de las normas europeas de defensa de la competencia (actualmente el artículo 101 TFUE).

Decisión de la comisión de 27 de febrero de 2007, asunto COMP/E-1/38.823  
Fuente: <http://ec.europa.eu/>

En el supuesto de que el infractor sea una persona jurídica, pueden imponerse además multas de hasta 60.000 euros a cada uno de los representantes legales o las personas que integran los órganos directivos y que hayan intervenido en el acuerdo o decisión.

- ✓ Potenciales demandas por daños y perjuicios por los daños sufridos por las prácticas anticompetitivas que pueden ser interpuestos en este supuesto por las Administraciones contratantes;

#### DEMANDAS POR DAÑOS Y PERJUICIOS EN EL CÁRTEL DE LOS ASCENSORES

El pasado mes de junio de 2008 la Comisión Europea anunció que había interpuesto varias demandas ante el Tribunal de Comercio de Bruselas en reclamación de los daños sufridos por el acuerdo de licitación fraudulenta en relación con las propias licitaciones celebradas por la Comisión para adquirir ascensores y escaleras mecánicas para sus oficinas situadas en Bruselas y Luxemburgo.

<http://ec.europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/998&type=HTML>

Además, los acuerdos colusorios en el marco de las licitaciones públicas están tipificados penalmente, en concreto se encuentran recogidos en el artículo 262 del Código Penal, pudiendo conllevar:

- ✓ Pena de prisión de uno a tres años;
- ✓ Multa de doce a veinticuatro meses;
- ✓ Pena de inhabilitación especial de tres a cinco años para contratar con las Administraciones públicas.

### **3.2. PAUTAS PARA PREVENIR LA COLUSIÓN EN LAS LICITACIONES PÚBLICAS.**

Las Administraciones deben adoptar las medidas pertinentes para intentar que la colusión entre oferentes no llegue a producirse.

Para ello, a continuación se ofrecen una serie de criterios basados en la Guía elaborada por la OCDE y en documentos similares de las autoridades nacionales de la competencia que pueden servir de guía a los órganos de contratación a la hora de prevenir la aparición de conductas colusorias en el marco de los procedimientos que estas últimas diseñan y organizan.

#### **3.2.1 IDENTIFICACIÓN PREVIA DE LAS CARACTERÍSTICAS ESTRUCTURALES DE LOS MERCADOS QUE PUEDEN FACILITAR LA COLUSIÓN.**

Aunque la colusión en las licitaciones puede producirse en cualquier sector económico, debe indicarse que algunos mercados de producto o servicio son más susceptibles de sufrir la colusión que otros. Se trata de mercados que presentan ciertas características estructurales que determinan que sea más probable que en los mismos se puedan llevar a cabo acuerdos anticompetitivos.

A este respecto, se sugiere a los órganos de contratación que antes de diseñar el procedimiento de contratación se formulen las siguientes cuestiones:

- ¿El número de posibles competidores es reducido?
- ¿Una gran parte del mercado está controlada por un pequeño grupo de compañías importantes?
- ¿Existen barreras (comerciales, económicas, legales) a la entrada de potenciales competidores en el mercado en el medio o corto plazo?

- ¿El número de compañías presentes en el mercado no ha experimentado cambios a lo largo de tiempo?
- ¿Se trata de un producto homogéneo en el que la competencia se lleva a cabo principalmente a través del factor precio?
- ¿Se trata de productos o servicios idénticos o sencillos?
- ¿Se trata de bienes o servicios donde la innovación no juega un papel importante?
- ¿Se trata de mercados estáticos, en los que el nivel de demanda y la frecuencia de la licitación es fácilmente predecible?
- ¿Existen pocos productos o servicios sustitutos cercanos?
- ¿Existe una o más asociaciones de agentes económicos muy activas en el sector?

La presencia de uno o varios de estos factores puede constituir un mecanismo de alarma para que el órgano de contratación sea especialmente cuidadoso en el diseño del procedimiento de licitación.

### **3.2.2. DISEÑAR UN PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN QUE REDUZCA LOS RIESGOS DE COLUSIÓN.**

Los órganos de contratación deben diseñar un procedimiento de licitación que reduzca los riesgos de colusión entre los distintos oferentes. En este sentido, la eficiencia del proceso de adquisición pública dependerá del modelo de licitación adoptado y de cómo se llevará a cabo la oferta de adquisición que se garantice la existencia de una competencia efectiva entre los licitadores presentes en el mismo.

Esta circunstancia debe ser tenida en cuenta por los órganos de contratación en relación con cualquier sector, pero muy especialmente cuando el procedimiento de licitación se realiza en un mercado que por sus especiales características es susceptible de ser objeto de acuerdos colusorios.

A pesar de que no existe una regla única para el diseño de un procedimiento de licitación, debe tenerse en cuenta que los diversos requisitos exigidos deben cumplirse de manera equilibrada para adaptarse al máximo a la situación de hecho y, en la medida en que sea posible, pueden tenerse en cuenta las siguientes pautas:

- Aumentar en la medida de lo posible el nivel de incertidumbre en cuanto al número e identidad de operadores a participar en el procedimiento de licitación.
- Limitar, tanto como sea posible, la comunicación entre licitadores durante el proceso de presentación de ofertas.
- Considerar qué información se revela a los licitadores, evitando comunicar datos sensibles que puedan dar lugar a colusión en el procedimiento en cuestión o en futuros procedimientos.
- Cuando por las características del mercado de producto o servicio en cuestión existan inquietudes de riesgo de colusión, debe prestarse especial atención a la hora de elegir el procedimiento de contratación para garantizar la existencia de competencia.
- Confirmar si las ofertas conjuntas han sido realizadas por operadores que no podrían actuar independientemente en el proceso de contratación.
- Incluir una previsión en el anuncio de licitación advirtiendo de las sanciones aplicables en caso de colusión en el procedimiento de licitación y de las consecuencias jurídicas de la misma (daños y perjuicios, suspensión de la posibilidad de participar en licitaciones públicas durante un periodo determinado, etc.).
- Si durante el procedimiento de licitación se solicita la ayuda de consultores externos, sería necesario verificar que los mismos tienen la capacidad adecuada y que han firmado acuerdos de confidencialidad, confirmando que se sujetan a un deber de comunicación en caso de detectar conductas indebidas de los competidores o cualquier posible conflicto de interés.

### **3.2.3. CONTAR CON ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN SUFICIENTEMENTE INFORMADOS DE CÓMO ATAJAR LOS DAÑOS DERIVADOS DE LOS COMPORTAMIENTOS COLUSORIOS.**

Otro factor clave a la hora de prevenir comportamientos colusorios es la concienciación de los órganos de contratación acerca de la importancia de disponer de mercados públicos competitivos y libres de colusión.

Los órganos de contratación deben estar suficientemente alertados de los perjuicios que para el interés público puede suponer la adquisición de bienes y servicios sin haber mediado de forma previa un verdadero procedimiento competitivo.

Ejemplo de buena práctica: La Autoridad de Competencia de *Finlandia* ha llevado a cabo un proyecto llamado “Asociación del Sector Público” (“*Public Sector Partnership*”) cuyo objetivo ha sido trabajar con los órganos de contratación para atacar los acuerdos anticompetitivos de una forma proactiva. El proyecto comenzó en el año 2005, cuando la Autoridad se puso en contacto con los órganos de licitación más importantes de catorce ciudades, que se mostraron muy receptivos ante esta iniciativa y dispuestos a seguir diversas actividades formativas al respecto. Además de fomentar la formación de los distintos agentes implicados en la contratación, la implementación de estos cursos permitió además crear canales de comunicación muy efectivos entre los órganos de contratación y la autoridad de competencia a la hora de prevenir la aparición de prácticas anticompetitivas.

Para una actuación eficiente de los órganos de contratación es imprescindible una coordinación entre estos y la ADCA, así como una cooperación global entre todos los entes públicos potencialmente afectados:

Ejemplo de buena práctica: En *Chile*, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) ha creado un Grupo de Trabajo para la lucha contra la colusión en las licitaciones públicas, llamado “Comité Anti-Colusión entre Oferentes en Licitaciones de Abastecimiento Público”. Esta iniciativa resulta muy novedosa ya que incluye a miembros de diferentes Departamentos y Agencias del Gobierno relacionados con la tramitación de licitaciones públicas en dicho país. Tras el mantenimiento de diversas reuniones los miembros del Grupo de Trabajo han obtenido una visión común de la necesidad de luchar contra la colusión en los procedimientos de licitación de una forma coordinada.

A continuación, y de acuerdo con las iniciativas llevadas a cabo a nivel internacional, se sugieren varias actuaciones dirigidas a conseguir que, en el ámbito de la Junta de Andalucía, los órganos de contratación estén suficientemente informados y concienciados de los daños derivados de los acuerdos colusorios y de las medidas a su disposición para detectar y frenar aquéllos el marco de las licitaciones públicas:

- Implementar actividades informativas sobre detección de acuerdos y cárteles para el personal encargado de la contratación pública.
- Establecer relaciones de cooperación estables con la ADCA.
- Establecer protocolos para que los órganos de contratación informen de cualquier conducta sospechosa a la ADCA.

### 3.3. TÉCNICAS DE DETECCIÓN DE COLUSIÓN EN LAS LICITACIONES PÚBLICAS.

A pesar de que adopten las medidas de prevención identificadas en el apartado anterior, no puede negarse que la colusión en las licitaciones es una amenaza que nunca desaparece y puede frustrar los objetivos globales de un buen sistema de contratación pública.

Por ello, es necesaria una vigilancia constante por parte de los órganos de contratación para poder detectar la misma y poder poner fin a estas prácticas sumamente dañinas para el interés público.

A continuación se analizan diversas técnicas de detección de este tipo de prácticas de acuerdo con lo señalado en la Guía de la OCDE y otros documentos nacionales:

#### 3.3.1 UNA SUPERVISIÓN PERMANENTE DE LOS MERCADOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

La colusión no siempre puede ser identificada a través del análisis de un sólo procedimiento de licitación. A menudo, los acuerdos colusorios pueden detectarse como consecuencia de un seguimiento pormenorizado y una comparativa entre una serie de procedimientos tramitados durante un periodo determinado.

Por ello, los órganos de contratación deben tener un conocimiento profundo de los mercados de compras en los que actúan y del desarrollo de los mismos.

En este sentido, sobre todo en mercados donde existe riesgo de colusión, se recomienda la recopilación sistemática de información histórica sobre las licitaciones tramitadas, realizando un seguimiento constante a las ofertas presentadas y los datos contenidos en las mismas. A través de esta supervisión, los órganos responsables de las licitaciones pueden identificar situaciones problemáticas.

El expediente relativo a los procedimientos de licitación para la adquisición de insulina, suero y soluciones electrolíticas resuelto por la *Comisión Federal de Competencia* (CFC) de México el pasado 28 de enero de 2010 se originó gracias al seguimiento de patrones de comportamiento por parte del Instituto Mexicano de la Seguridad Social. La revisión de las licitaciones tramitadas a lo largo de un periodo de tiempo -y no los datos de una licitación aislada- fue determinante para detectar la existencia de los acuerdos anticompetitivos llevados a cabo en este mercado durante los años 2002 a 2009.

Resolución de la CFC de 28 de enero de 2010 *Baxter, S.A. de C.V. y otros*

Fuente: <http://www.cfc.gob.mx/>

Para que esta supervisión pueda ser eficaz, es necesario además que exista una amplia cooperación entre los distintos órganos de contratación y la Agencia andaluza de Competencia así como un intercambio de información entre los mismos en relación

con los procedimientos de contratación tramitados en el ámbito de sus competencias respectivas.

Entre otras actuaciones en este ámbito, se proponen las siguientes:

- Acumular información acerca de las características de ofertas anteriores (como datos sobre el producto adquirido, la oferta de cada participante y la identidad del ganador).
- Revisar periódicamente el historial de ofertas de productos o servicios específicos y búsqueda de patrones sospechosos, especialmente en los sectores más susceptibles de colusión.
- Identificación de posibles tendencias indicativas de colusión, como retirada de ofertas y uso de subcontrataciones.
- Programación de entrevistas con proveedores que no presenten ofertas y con los que no han ganado.

Por último, podría considerarse la posibilidad de utilizar la información obtenida para implantar un sistema de supervisión organizado y permanente, especialmente en aquellos mercados susceptibles de sufrir colusión.

Ejemplo de buena práctica: En el año 2004 **Corea** anunciaba la implantación de un **programa de supervisión sistemático sobre licitaciones públicas**. El sistema se organizaba en base a un **formulario** común que se remitía a todos los órganos de contratación y en el que los citados órganos tenían que contestar a una serie de preguntas (valores de las ofertas, precios de adjudicación, licitadores, etc.). La información recopilada era remitida a la autoridad de competencia que evaluaba posibles riesgos de licitación fraudulenta. En el año 2006 se mejora el sistema tras la creación del sistema informático conocido como **BRIAS** ("*Bid Rigging Indicator Analysis System*") que permitió reemplazar el formulario por una tramitación por vía electrónica. Los datos incluidos en el sistema se analizan por medio de técnicas estadísticas a los efectos de identificar posibles señales de la existencia de colusión.

### 3.3.2 EL RECURSO A LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA EN EL MARCO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE LICITACIÓN PÚBLICA

La clemencia consiste en conceder una exención o, en su caso, una reducción de una multa a aquellas compañías que faciliten a la autoridad de competencia información sobre la existencia de un cártel del que son parte. Los programas de clemencia se introducen con gran éxito en Europa en el año 1996 y se incorporan al ordenamiento jurídico español a partir de septiembre de 2008.

El éxito de estos programas reside en su habilidad de crear desconfianza entre las partes de un cártel, desestabilizando así el interés común de las partes en mantener oculto el acuerdo al generar importantes incentivos para el primer operador que decida



acudir ante la autoridad de competencia con información relevante acerca de la existencia de un cártel.

Estos programas resultan los instrumentos más idóneos para detectar la existencia de cárteles ocultos y han jugado en el pasado un papel importante a la hora de detectar acuerdos colusorios en procedimientos de licitación.

#### EL CÁRTEL PORTUGUÉS DE SERVICIOS DE CÁTERING

La primera decisión de la Autoridad Portuguesa de la Competencia accediendo a una solicitud de clemencia, el pasado 30 de diciembre de 2009, se ha producido en asunto referente a un acuerdo anticompetitivo implementado en relación con procedimientos de licitación pública.

El procedimiento se refería a las actuaciones de cinco compañías en el mercado de servicios de catering, que abastece a compradores públicos en los sectores de hospitales, escuelas, prisiones, etc. Tras recibir cierta información de uno de los partícipes en el cártel, la Autoridad Portuguesa concluyó que las compañías se habían repartido los clientes mediante un acuerdo en virtud del cual cada una tendría preferencia sobre sus propios clientes y se establecían mecanismos de compensación interna para el caso de que una de las compañías perdiera un cliente asignado. Las multas alcanzaron los 172 millones de euros, dada la duración (9 años) y la gravedad de las prácticas detectadas.

Fuente: <http://www.concorrenca.pt>

- En este sentido una medida eficaz para reforzar la detección de acuerdos de colusión en las licitaciones sería la de aumentar la publicidad del programa de clemencia en el marco de la tramitación de los procedimientos de contratación pública de manera que, tanto los órganos de contratación como los licitadores, estén plenamente informados de las posibilidades que les asisten bajo este tipo de programas. A tal fin, se podrían articular actuaciones en la presente materia por la Agencia andaluza de Defensa de la Competencia.

### 3.3.3 LAS SEÑALES DE ALERTA DE LA POSIBLE EXISTENCIA DE UNA COLUSIÓN

Ante las dificultades para detectar acuerdos colusorios en este sector, la OCDE, en sus *“Directrices para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas”*, incluye una lista de verificación para ayudar a los órganos de contratación a identificar prácticas sospechosas.

Entre los documentos nacionales inspirados en la Guía de la OCDE cabe destacar, en particular, las *“Directrices norteamericanas para los agentes encargados de la tramitación de las licitaciones”*, elaborada por la División Antitrust del Departamento de Justicia norteamericano en abril de 2009, o el documento titulado *“La detección y la*

*prevención de la colusión en las licitaciones*” de la Autoridad de Competencia irlandesa, de diciembre de 2009.

Asimismo, la *Office of Fair Trading* del Reino Unido ha realizado una Guía específicamente dirigida a los órganos de contratación que contratan en el sector de la construcción titulada “*Haz que la competencia funcione en tu beneficio*” (“*Making Competition Work for You*”) que contiene también una lista de verificación.

A partir de los documentos citados, esta Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía ha elaborado en el documento **Anexo número 1** una relación de los principales indicadores que contemplan circunstancias que se apartan de la normalidad del proceso competitivo y que puede utilizarse como **test** a aplicar por los propios órganos de contratación a lo largo de la tramitación del procedimiento de licitación.

Debe señalarse que estas señales de alerta constituyen meras advertencias que pueden servir de aviso a los órganos de contratación a la hora de iniciar una investigación más detallada. Sin embargo, desde el punto de vista técnico estos indicadores no pueden ser considerados pruebas suficientemente concluyentes para determinar por sí solos que se ha producido una colusión anticompetitiva.

## ANEXO

### TEST A APLICAR EN EL MARCO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN CON EL FIN DE DETECTAR LA EXISTENCIA DE ACUERDOS COLUSORIOS ENTRE LOS LICITADORES PRESENTES EN EL SECTOR

La colusión en las licitaciones constituye una violación muy grave de las normas de competencia que es difícil de detectar.

A continuación se ofrece a los órganos de contratación una lista de elementos a analizar con el fin de detectar la existencia de posibles comportamientos colusorios en el marco de los procedimientos de licitación.

<b>PASO 1: LAS OFERTAS</b>		
<b>ANALICE DETALLADAMENTE LAS OFERTAS RECIBIDAS POR LOS LICITADORES Y CONTESTE LAS SIGUIENTES CUESTIONES:</b>	<b>SI</b>	<b>NO</b>
¿Puede constatarse una identidad o similitud entre los precios y las características de las ofertas?		
¿Las ofertas contemplan las mismas estimaciones en costes cuando sin embargo la situación de partida entre los licitadores es diferente?		
¿Se han presentado dos o más compañías de forma conjunta pudiendo al menos una de ellas haber presentado oferta de forma individual?		
¿Se han presentado un número significativo de ofertas manifiestamente deficientes que no pueden ser tenidas en cuenta por el órgano de contratación?		
¿Existen dos o más propuestas con errores de ortografía, de redacción o de cálculo similares?		
¿Dos o más propuestas se han remitido desde la misma dirección de correo, correo electrónico, número de fax o una misma cuenta de correo expreso?		
¿Dos o más propuestas reflejan el mismo número de cambios de última hora (por ejemplo uso de líquido corrector o tachaduras para alterar las referencias a los precios)?		
¿Las propiedades del documento de dos o más propuestas remitidas en formato electrónico muestran que las propuestas fueron creadas o editadas por el mismo licitador?		

<b>PASO 2: LOS PATRONES DE COMPORTAMIENTO</b>		
<b>BUSQUE PATRONES DE COMPORTAMIENTO COMUNES ENTRE LOS LICITADORES TENIENDO EN CUENTA INFORMACIÓN SOBRE OTROS PROCEDIMIENTOS DE LICITACIÓN Y TRATE DE CONTESTAR A LAS SIGUIENTES CUESTIONES:</b>	<b>SI</b>	<b>NO</b>
¿Resulta siempre adjudicataria la misma compañía en relación con una serie de adjudicaciones, con independencia del proceso competitivo?		
¿Presenta siempre el mismo licitador la oferta más baja?		
¿Cada proveedor suele resultar adjudicatario en una zona geográfica diferente?		
¿Se puede identificar una rotación en la identidad de las adjudicatarias en relación con una serie de adjudicaciones?		
En relación con una serie de adjudicaciones ¿los distintos competidores suelen ganar un número de contratos similares o idénticos?		
¿Le ha llamado la atención que un proveedor determinado que habitualmente participa en los procedimientos no haya presentado oferta en un procedimiento determinado pero, sin embargo, sigue presentando ofertas en otros parecidos?		
¿Se ha presentado al proceso de licitación un número de licitadores significativamente menor del esperado en relación con procedimientos anteriores?		
¿Existen licitadores que a pesar de presentar siempre ofertas nunca resultan adjudicatarias?		
¿Suelen existir grandes diferencias de precios entre ofertas ganadoras y las demás?		
¿Los precios de las ofertas de los operadores presentes en el mercado descienden significativamente cuando se presenta a un procedimiento de licitación un nuevo entrante?		
¿El adjudicatario subcontrata sistemáticamente la realización de parte del contrato con:		
(a) licitadores que presentaron ofertas más altas?		
(b) licitadores que retiraron su oferta durante el procedimiento de licitación?		
(c) compañías que, pudiendo haber presentado una oferta, no lo hicieron sin aparente razón objetiva?		

A continuación se incluye un modelo básico de **ficha** que los órganos de contratación pueden utilizar, con las necesarias adaptaciones, para examinar patrones comunes en procedimientos de licitación, en particular cuando en la aplicación del presente test han detectado la posible existencia de un acuerdo colusorio.



**MODELO BÁSICO DE FICHA PARA EL ANÁLISIS DE PATRONES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN**

ÓRGANO DE CONTRATACIÓN																					
PRODUCTO O SERVICIO																					
¿CARACTERÍSTICAS DEL MERCADO FACILITADORAS DE COLUSIÓN?																					
DATOS SOBRE EL EXPEDIENTE						OFERTAS RECIBIDAS															
Nº EXP	FECHA LICITACIÓN	AMBITO GEOGRÁFICO AFECTADO	PROCEDIMIENTO CONTRATACION	VALOR ESTIMADO DEL CONTRATO	Nº POTENCIALES PARTICIPANTES	TOTAL LICITADORAS	ADJUDICATARIO	PRECIO ADJUDICACIÓN	2ª OFERTA	% SOBRE PRECIO ADJUDICACION	3ª OFERTA	% SOBRE PRECIO ADJUDICACIÓN	4ª OFERTA	% SOBRE PRECIO ADJUDICACIÓN	¿SIMILITUD OFERTAS?	¿OFERTAS CONJUNTAS?	¿SUBCONTRATACIÓN?	¿COMPETIDOR USUAL AUSENTE?	¿NUEVO ENTRANTE?		

<b>PASO 3: COMPORTAMIENTOS SOSPECHOSOS</b>		
<b>EXAMINE CUALQUIER TIPO DE CONDUCTA SOSPECHOSA QUE PUEDA INDICAR QUE LOS LICITADORES HAN COLABORADO ENTRE SÍ EN EL PROCEDIMIENTO, ENTRE OTRAS:</b>	<b>SI</b>	<b>NO</b>
¿No se ha presentado ninguna oferta en el procedimiento de licitación?		
¿Un proveedor incrementa su precio en comparación con precios ofertados con anterioridad sin razón objetiva aparente?		
¿Determinados proveedores se retiran del procedimiento de licitación, teniendo posibilidad real de resultar adjudicatarios?		
¿Una compañía sin posibilidad real de cumplir el contrato objeto de la licitación presenta una oferta?		
¿Un agente realiza ciertas manifestaciones indicativas de un conocimiento previo de los precios de un competidor o del hecho de que va a resultar adjudicatario en el procedimiento de licitación?		
¿Un licitador hace referencias a “esquemas de precios” de una asociación o de la industria, los “precios del mercado”, o una referencia a la existencia de unos estándares de precios de la industria?		
¿Una compañía reconoce que se ha reunido con sus competidores?		
¿Una mención por parte de una compañía de que “no vende en este área determinada” o que “solo la compañía x” vende en este área”?		
¿Se realiza una mención a que una compañía determinada no debería estar formulando una oferta?		
¿Una compañía menciona que un procedimiento corresponde por “turno” a un licitador determinado?		

Si tras cumplimentar este test de competencia detecta que podrían existir indicios de un acuerdo colusorio, póngase en contacto con la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía:

<p><b>Email:</b> <a href="mailto:defensacompetencia.adca@juntadeandalucia.es">defensacompetencia.adca@juntadeandalucia.es</a></p> <p><b>Teléfono:</b> 955 40 77 21</p> <p><b>Fax:</b> 955 40 77 20</p> <p><b>Dirección:</b> Avda. de la Borbolla, 1 (41.004) Sevilla</p>
--