

Colusión entre licitadores en la contratación pública: *bid rigging*

Beatriz García Gómez

Socia de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO
Y LITIGACIÓN

I. Introducción. Colusión en la contratación pública: trascendencia y preocupación	80
II. Tipología de acuerdos colusorios en el ámbito de la contratación pública	82
III. Características de los mercados proclives a la colusión: el sector de la contratación pública	82
IV. Pautas disuasorias de las conductas colusorias en el sector de la contratación pública	83
1. Pautas disuasorias	83
2. Concienciación social	84
3. Modificaciones normativas	85

Índice/



Resumen: La fuerte presencia en el sector de la contratación pública de prácticas colusorias entre licitadores ha despertado la preocupación de las autoridades públicas en general, y de la competencia, en particular.

Este tipo de prácticas tiene como consecuencia que las empresas y los consumidores se vean privados de productos nuevos o mejorados a precios competitivos y determina, asimismo, que aquellos deban pagar más por los mismos productos o servicios.

Ante esta situación, las autoridades de la competencia han fomentado pautas para disuadir las prácticas anticompetitivas que restringen la competencia en el sector de la contratación pública. Este tipo de pautas se presentan como una solución adecuada para el buen uso del dinero público.

En este artículo se expondrá el efecto trascendental de estas prácticas y su tipología; también se abordarán las principales características de los mercados proclives a la colusión en el sector de la contratación pública, así como las medidas adoptadas para disuadir este tipo de prácticas.

Abstract: The prevalence of collusive practices between bidders in the public procurement sector has raised concerns for public authorities, and especially for the competition authorities.

The consequence of this type of practice is that companies and consumers are deprived of new or improved products at competitive prices, and must pay more for the same products or services.

In light of this situation, the competition authorities have developed guidelines to deter the anti-competitive practices that restrict competition in the public procurement sector. These types of guidelines have been presented as an adequate means of ensuring the good use of public money.

This article will explain the far-reaching impact of these practices and their different types. The main characteristics of the markets prone to collusion in the public procurement sector will also be discussed, as well as the measures taken to deter such practices.



Palabras clave: *Bid rigging*, contratación pública, prácticas anticompetitivas, autoridades de la competencia, procedimiento sumarísimo.

Keywords: Bid rigging, public procurement, anti-competitive practices, competition authorities, summary procedure.

Colusión entre licitadores en la contratación pública: *bid rigging*

I. Introducción. Colusión en la contratación pública: trascendencia y preocupación

El término *bid rigging* engloba aquel conjunto de conductas que entrañan un acuerdo entre licitadores públicos con la finalidad de restringir la competencia y de obtener un contrato más beneficioso que aquel que hubieran obtenido en el supuesto de que existiera libre competencia entre los oferentes públicos. Son prácticas que, en el ámbito del Derecho europeo de la competencia, quedan comprendidas entre los acuerdos *hard-core* entre empresas del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

La complejidad en el entramado legal en la convocatoria de los concursos públicos, la opacidad y, en muchos casos, la asimetría en la información que se proporciona a los oferentes y que conocen los órganos de contratación, convierten al sector de la contratación pública en un sector especialmente sensible a la colusión anticompetitiva.

Tal y como señalan R. Marshall y L. Marx (2012)¹ *“los licitadores que coluden eliminan la rivalidad anulando cualquier oferta significativa, salvo la oferta con el valor más alto que haya sido presentada por uno de los licitadores implicados en la colusión. Los demás detalles y la logística de la colusión se derivan de esta premisa de comportamiento del grupo de licitadores que coluden”*.

Esta colusión deviene especialmente grave porque atenta contra la competencia, reduce los beneficios de los consumidores y perjudica, de manera clara, al comprador público que sufre un indebido incremento en los precios, así como restricciones en los suministros contratados.

Distintos estudios en la materia fijan el sobreprecio generado por este tipo de conductas en el entorno de un 20 %². Ello ha determinado que la colusión entre licitadores constituya una de las mayores preocupaciones de las autoridades públicas y de la competencia de los distintos países del mundo.

1 MARSHALL R. y MARX L., “The Economics of Collusion: Cartels and Bidding Rings”, Cambridge, 2012.

2 CONNOR, JOHN M., LANDE, ROBERT H., “Cartels as Rational Business Strategy: Crime Pays”, en 34 *Cardozo Law Review* 427, 2012. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1917657> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1917657>
CONNOR, JOHN M., “Price-Fixing Overcharges”. 3ª ed. revisada, 2014. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2400780> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2400780>
SMUDA, F., “Cartel Overcharges and the Deterrent Effect of EU Competition Law” en ZEW - Centre for European Economic Research Discussion Paper No. 12-050, 2012. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2118566> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2118566>

Esta preocupación ha dado lugar a la puesta en práctica de distintas actuaciones preventivas y correctivas tanto en el ámbito internacional, como en el ámbito nacional.

Desde un punto de vista internacional, se han sucedido recomendaciones e informes de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para combatir la colusión en la contratación pública³. Entre ellas destaca la Recomendación de 17 de julio de 2012⁴, en la que se invita a los estados miembros a que se esfuercen “*para que las licitaciones públicas, en todos los niveles de gobierno, se diseñen para fomentar una competencia más efectiva y también para reducir los riesgos de la colusión en la contratación pública, a la vez que garanticen una mejor relación calidad-precio*”⁵.

Desde un punto de vista nacional, en junio del año 2010 la Autoridad Catalana de Competencia (ACCO) elaboró la primera guía sobre la colusión en la contratación pública⁶. A esta le siguió la guía elaborada por la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía⁷. Poco más tarde, el 7 de febrero de 2011, la entonces Comisión Nacional de la Competencia (CNC) hizo pública la “Guía sobre contratación pública y competencia”.

En el plano normativo nacional, la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público⁸ (“Ley 30/2007”) y el Real Decreto Ley 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público⁹ (“TRLCSPP”) incluyeron, por primera vez, una disposición adicional sobre prácticas contrarias a la libre competencia¹⁰ que preveía un sistema de comunicación sobre posibles conductas colusorias entre las autoridades de la competencia y los órganos funcionales en el ámbito de la contratación pública. Un impulso a este tipo de actuaciones se llevó a cabo con la aprobación de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, Texto pertinente a efectos del EEE¹¹ (“Directiva 2014/104/UE”).

En los siguientes apartados se identificarán las conductas que determinan acuerdos colusorios, las principales características de los mercados proclives a la colusión, así como las medidas adecuadas para disuadir este tipo de conductas.

3 OCDE, *Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement*. OCDE (París), 2005; OCDE, *Bribery in Public Procurement: methods, actors and counter-measures*. OCDE (París), 2007; OCDE, *Integrity in Public Procurement: Good practice from A to Z*. OCDE (París), 2007; OCDE, *Fighting Cartels in Public Procurement*. OCDE (París), 2008; OCDE, *Monopsony and Buyer Power*. OCDE (París), 2008; OCDE, *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement. Hgovernments to obtain best value for money; Collusion and Corruption in Public Procurement*. OCDE (París), 2010.

4 Recomendación del Consejo de la OCDE para combatir la colusión en la contratación pública, aprobada por el Consejo el 17 de julio de 2012, [C(2012)115 – C(2012)115/CORR1-C/M(2012)9].

5 *Ibidem*, pág. 2.

6 “Guía para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública”.

7 “Guía de Competencia para las Empresas Andaluzas”.

8 BOE de 31 de octubre de 2007, núm. 26.

9 BOE de 16 noviembre 2011, núm. 276.

10 Disposición adicional 26 Ley 30/2007 y Disposición adicional 23 TRLCP.

11 OJ L 349, 5.12.2014, págs. 1–19.

II. Tipología de acuerdos colusorios en el ámbito de la contratación pública

La teoría económica evidencia que el incentivo para coludir en los concursos públicos depende, en gran medida, del tipo de concurso público que se licite¹².

Dadas las características del sector de la contratación pública, la OCDE ha identificado como acuerdos colusorios principales los siguientes:

- (i) *Cover bidding* u ofertas de resguardo (también denominadas simbólicas o de cortesía): este tipo de ofertas se presentan para aparentar una licitación competitiva y suelen incluir (a) una oferta más alta que la del ganador designado, (b) una oferta que se entiende demasiado alta como para ser considerada, o (c) una oferta con términos especiales que se sabe que serán inaceptables para el órgano de contratación.
- (ii) *Bid suppression* o supresión de ofertas: este tipo de ofertas se presentan como si fuesen ofertas competitivas, si bien son posteriormente retiradas para que nunca se lleguen a considerar y que se propicie la adjudicación del concurso al licitador artificialmente designado por los oferentes. Esta modalidad de colusión incluye la presentación de ofertas conjuntas y la abstención en la presentación de ofertas.
- (iii) *Bid rotation* o rotación de ofertas: en los casos de rotación, los licitadores acuerdan establecer turnos para resultar adjudicatarios.
- (iv) *Market allocation* o acuerdos de reparto de mercados: bajo esta modalidad los potenciales licitadores se reparten los mercados, las carteras de clientes o las zonas geográficas en los que presentarán sus ofertas.

Este tipo de acuerdos no son mutuamente excluyentes, sino que permiten combinaciones varias con la única finalidad de aumentar los beneficios de la oferta adjudicataria.

III. Características de los mercados proclives a la colusión: el sector de la contratación pública

Las prácticas anticompetitivas pueden estar presentes en cualquier sector; si bien hay determinados mercados que, por sus propias características, se reconocen como mercados proclives a la colusión. Entre ellos se encuentra la contratación pública.

En este sector público existen diversos ejemplos de manipulaciones fraudulentas de licitaciones públicas porque en él concurren determinadas características que permiten (i) que entre los licitadores se llegue a acuerdos, (ii) que se pueda dar

12 ROBINSON, M., "Collusion and the Choice of Auction," *RAND Journal of Economics*, Vol. 16, 1985.

seguimiento a esos acuerdos y (iii) que se puedan aplicar penalizaciones efectivas a aquellos operadores que pretendan apartarse de lo ya acordado.

De manera sistemática podemos categorizar el mercado de este sector en base a tres grandes rasgos.

En primer lugar, la manipulación de ofertas públicas es más probable cuando existe un número reducido de potenciales licitadores. A este respecto, tanto las barreras jurídicas y económicas que impiden o dificultan la entrada de potenciales licitadores, como la asociación entre ellos para conformar uniones temporales de empresas (UTE) y consorcios, favorecen este tipo de prácticas. Cuanto menor sea el número de licitadores, más fácil será llegar a un acuerdo para manipular las ofertas.

Asimismo, la teoría económica evidencia que el sistema de plicas cerradas, que se abren en acto público para identificar de manera concreta el precio y las especificaciones de cada oferta puede ser el instrumento ideal para detectar bajadas de precios entre los distintos oferentes. Adicionalmente, se ha demostrado que las prácticas colusorias podrían ser más efectivas cuanto más transparente sea el mercado y más información tengan los oferentes entre sí¹³.

En segundo lugar, los cambios significativos en las condiciones de la demanda y de la oferta dificultan la implementación de este tipo de prácticas anticompetitivas. Sin embargo, la colusión deriva con mayor facilidad de los flujos constantes y predecibles de la demanda por parte del sector público e incluso de las épocas de crisis y de dificultades económicas; son en estos momentos en los que los licitadores tratan de ponerse de acuerdo para manipular las licitaciones y maximizar sus beneficios.

En tercer lugar, las compras repetidas o la adquisición recurrente de productos o servicios idénticos y sencillos aumentan las probabilidades de colusión. También favorece este tipo de comportamientos la adquisición de productos o servicios que carecen de sustitutos o de innovación tecnológica.

IV. Pautas disuasorias de las conductas colusorias en el sector de la contratación pública

Existe una gran medida de pautas que pueden adoptar los organismos públicos para disuadir las prácticas competitivas y reducir el riesgo de colusión en el sector de la contratación pública.

1. Pautas disuasorias

La lucha frente a este tipo de prácticas exige, en primer lugar, que sean los propios servidores públicos y los órganos de contratación los que recaben la mayor información posible sobre los productos y servicios objeto de contratación y sobre los

13 STIGLER, G., "A Theory of Oligopoly," *Journal of Political Economy*, Vol. 72, 1964.

proveedores que podrían facilitar dichos productos y servicios. Disponer de esta información les permitirá coordinarse con otros compradores del sector público, depurar sus necesidades o estimar los precios y costes de manera razonable.

Del mismo modo, para favorecer la desaparición de este tipo de prácticas anti-competitivas, resulta aconsejable diseñar procesos de licitación en los que se fomente la libre competencia y la participación de distintos operadores. Para ello, puede resultar de utilidad la eliminación de cuantas barreras jurídicas y económicas existan a la entrada de potenciales licitadores, evitar restricciones innecesarias, evitar que transcurran periodos largos entre la valoración de las ofertas y la adjudicación, permitir ofertas sobre lotes y flexibilizar el número de empresas a las que se les pedirá oferta.

Por otro lado, también resulta aconsejable definir los requisitos de los pliegos de forma clara y evitar que las adquisiciones sean predecibles o recurrentes. A este respecto, se recomienda favorecer la innovación tecnológica, evitar la facilidad de predicción en los requisitos de contratación y agregar y desagregar contratos en los que se varíe el tamaño, la duración o las características del objeto del servicio o suministro a contratar.

De igual modo, también se entiende necesario que se lleve a cabo una elección cuidadosa de los criterios de valoración de las ofertas para que su aplicación no desincentive o desaliente la competencia futura, ni aparente tratos preferenciales para ciertas categorías o tipos de proveedores.

La implementación de estas y otras medidas se ha de realizar en dos planos distintos (preventivos y correctivos): un primer plano de concienciación social y, un segundo plano, la modificación normativa. Lo tratamos a continuación.

2. Concienciación social

La concienciación social es una forma de prevenir y disuadir las prácticas colusorias en el sector de la contratación pública.

Este tipo de actuación exige crear conciencia de los efectos perjudiciales de la colusión tanto a nivel de los funcionarios a cargo de los procesos de licitación, como a nivel de los potenciales licitadores.

Los primeros podrán ayudar a combatir la colusión en la medida en la que sean conscientes de los riesgos existentes. Ello exige que se les forme en programas periódicos de capacitación sobre la detección de manipulaciones de ofertas y que dispongan de las herramientas adecuadas para poder revisar el historial de ofertas presentadas y obtener información sobre ellas.

Asimismo, también resulta aconsejable que los potenciales licitadores desarrollen su aversión a las conductas colusorias; este objetivo generalmente se alcanza si los licitadores son efectivamente informados de las consecuencias y, en su

caso, de las sanciones que se aplicarían si realizasen prácticas anticompetitivas (actuaciones correctivas).

3. Modificaciones normativa

Los sistemas de actuación mediante la concienciación social ganan efectividad si van acompañados de actuaciones preventivas y correctivas positivadas en la norma aplicable.

La Directiva 2014/104/UE impulsó de manera clara este tipo de actuaciones preventivas y correctivas de las prácticas anticompetitivas en el sector de la contratación pública. Fue traspuesta mediante la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público¹⁴ ("LCSP"); y esta disposición se considera la primera en cuyo articulado se incluyen diversas medidas¹⁵ con el propósito de fortalecer la persecución de prácticas restrictivas de la competencia en el ámbito de la contratación pública.

Destaca, de manera particular, el apartado 1 del artículo 150 en el que se introduce un procedimiento sumarísimo en el que participan la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), así como las autoridades de la competencia autonómicas para detectar indicios fundados de eventuales conductas restrictivas en el marco de los procedimientos de contratación. Se trata de un mecanismo confidencial de consulta previa entre las autoridades de la competencia y los órganos de contratación que resulta de aplicación a los contratos de las Administraciones públicas y a aquellos sujetos a regulación armonizada que celebren los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración pública.

El acuerdo de traslado tendrá efectos suspensivos del procedimiento de contratación y no podrá ser comunicado a los licitadores hasta que se garantice el buen fin de las actuaciones de investigación.

Esta disposición, pendiente de desarrollo reglamentario, refuerza el papel de las autoridades de la competencia y la conciencia de potenciales licitadores y de los órganos de contratación para detectar, perseguir y sancionar las conductas colusorias que se produzcan en el ámbito de la contratación pública.

14 BOE de 9 de noviembre de 2017, núm. 272.

15 Apartado 2 del artículo 69, apartado 1 del artículo 150 y apartado 3 del artículo 132 LCSP.