

RESUMEN DE LA INTERVENCIÓN: GUÍA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y COMPETENCIA DE LA CNC

Juan Espinosa García

Subdirector de Relaciones con las Administraciones Públicas
Dirección de Promoción de la Competencia de la CNC

El Sr. Juan Espinosa, subdirector de Relaciones con las Administraciones Públicas de la Dirección de Promoción de la Competencia de la CNC, desarrolló el contenido de la *Guía sobre contratación pública y competencia de la CNC*.

Para realizar una correcta aproximación a los objetivos que la CNC persigue con la publicación de esta Guía, hay que partir de que unas adecuadas condiciones de competencia efectiva en los procesos de licitación pública (y, por ende, en los mercados donde la interacción entre oferta y demanda se produce mediante licitaciones públicas) resultan no sólo en mejores precios, sino en una mayor eficacia, calidad e innovación en la prestación de los servicios (en definitiva, en un mayor "value for money", en términos anglosajones).

Las Administraciones Públicas pueden contribuir a mejorar la competencia en estos procesos con las decisiones que adoptan relativas a los procedimientos de licitación, así como en la observación del comportamiento de los participantes en las distintas licitaciones, de cara a detectar indicios de posibles acuerdos restrictivos de la competencia entre ellos.

Teniendo presente lo anterior, se distinguen perfectamente en la Guía dos partes diferenciadas.

La primera parte de la Guía, además de recordar el cumplimiento de la Ley de Contratos del Sector Público en aquellos aspectos de mayor incidencia para la competencia, contiene recomendaciones relativas a las decisiones administrativas que tienen lugar en todas las fases de la licitación, desde la misma decisión de celebrar una licitación hasta la ejecución de la prestación. En todos estos momentos pueden las Administraciones impactar sobre las condiciones de competencia de la licitación.

Así, por ejemplo, en la primera fase de decisión, resulta de gran importancia que no se eludan injustificadamente los procedimientos de contratación pública en la provisión de bienes y servicios, mediante un uso extralimitado de instrumentos como los convenios entre administración y empresas o las encomiendas directas de gestión a medios propios.

Asimismo, la elección del procedimiento de contratación puede condicionar la competencia. La adopción de procedimientos distintos del abierto, sin perjuicio de que se verifiquen las circunstancias habilitantes que en algunos casos prevé la Ley, debe ser el resultado de una valoración cuidadosa de todas las opciones y en todo caso se debe garantizar un número adecuado de licitadores.

Por su parte, el diseño de los pliegos de contratación no debe incluir elementos que restrinjan la competencia, tanto en el acceso a la licitación como en la valoración de las ofertas. Elementos como una exigencia desproporcionada de solvencia o requisitos técnicos en relación con el objeto del contrato, de formas jurídicas determinadas, o la presencia de discriminaciones territoriales limitan indebidamente el acceso a operadores plenamente capaces de desarrollar la prestación. De la misma manera, a la hora de establecer los criterios de adjudicación se debe garantizar la igualdad de trato entre licitadores, sin primar a los actuales operadores frente a los potenciales, por ejemplo mediante valoraciones de experiencia, del cumplimiento satisfactorio de otros contratos, o derechos de preferencia o tanteo en caso de similitud de ofertas. También deben ponderarse adecuadamente los distintos elementos de puntuación (los más importantes deben ser los más significativos desde el punto de vista del precio y de la calidad de la prestación), y permitirse que la competencia de los elementos cuantificables como el precio no se limite mediante el establecimiento de límites conocidos previamente por los operadores.

La duración de los contratos es otro elemento que afecta a la competencia por la licitación, ya que duraciones desproporcionadas en atención al plazo de amortización de las inversiones necesarias, o bien prórrogas de la duración original, cierran de plano la posibilidad de acceder al contrato, en perjuicio de la propia Administración.

A lo largo de la tramitación de las licitaciones, los órganos de contratación también pueden promover la competencia, en particular facilitando la información que sea relevante para que los operadores puedan realizar adecuadamente sus ofertas, y utilizando todos los mecanismos de publicidad que estén a su disposición, incluidos los electrónicos.

Finalmente, en la fase de ejecución, las Administraciones tienen que ser particularmente cuidadosas en no realizar modificaciones sobrevenidas de los contratos en atención a causas que no resulten verdaderamente imprevisibles, y en todo caso analizar la frecuencia con que recurren a este instrumento, que debería ser la excepción y no la norma. De la misma manera, deben atender a la estructura del mercado para determinar los límites mínimos y máximos de subcontratación.

La segunda parte de la Guía comienza por identificar las características del mercado que facilitan la colusión (si bien su presencia no supone condición suficiente ni necesaria para que ésta exista). Así, mercados de productos homogéneos, relativamente transparentes, cuya oferta presenta un número reducido de empresas y un tamaño más o menos similar entre ellas, que son estables en cuanto al número de operadores, y en los que existen frecuentes licitaciones en las que toman parte empresas que se relacionan frecuentemente entre sí, incluso mediante vínculos estructurales, son más proclives a sufrir este tipo de prácticas.

Esta parte de la Guía también aborda las distintas técnicas que utilizan comúnmente los operadores que participan en colusiones para licitaciones públicas. Las principales finalidades de esta colusión son el reparto de mercados y la relajación de la competencia en precios. Así, el mecanismo de "aparición de concurrencia" puede consistir en la presentación de posturas encubiertas a la Administración (sin ninguna posibilidad de ganar), o bien en una retirada de la oferta a posteriori. Mediante estas técnicas se asegura una rotación del ganador, que luego compensará a los miembros bien directamente (mediante la subcontratación o pagos directos) o bien indirectamente (simplemente dejando de presentarse a otras licitaciones).

La Guía también facilita una serie de indicadores para detectar posibles colusiones entre licitadores, tanto en las ofertas (número inferior al habitual, retiradas inesperadas), como en los precios (subidas sin justificación objetiva, bajas drásticas cuando un licitador no habitual entra en escena), o incluso en el comportamiento de los licitadores en sus relaciones con los órganos de contratación.

Finalmente, la Guía también explica qué deben hacer funcionarios y responsables de la tramitación de estos procedimientos ante sospechas previas de que en las licitaciones que vienen desarrollando están siendo víctimas de colusión entre operadores, de manera que se pueda desincentivar dicha colusión y, de considerarse que e está sucediendo en alguna licitación concreta, adopten determinadas cautelas de cara a poner el caso en conocimiento de las autoridades de competencia.