

Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy

Geneva, 9-11 July 2012

**Roundtable on
“Competition Policy and Public Procurement”**

Written contribution by

Spain

The views expressed are those of the author and do not necessarily reflect the views of UNCTAD.

COMPETENCIA Y CONTRATACIÓN PÚBLICA

UNCTAD / GIE /12º periodo de sesiones, Ginebra 9 – 11 Julio

Esquema de este documento:

1. El sector de la contratación pública en España: importancia económica y marco regulatorio.
2. Actuaciones de la CNC en este sector
3. Principales mensajes de la Guía de Contratación Pública
4. Análisis de los procesos de contratación a la luz de las normas de competencia
5. Conclusiones

1. Importancia económica del sector de la contratación pública en España y marco regulatorio nacional y europeo

En España, al igual que en el resto de países de nuestro entorno, la contratación pública tiene una indudable importancia económica. De acuerdo con los datos de la UE, el peso de la contratación pública en el PIB español se sitúa en torno al 15%, (en Francia y Alemania es un 17%, y en Holanda llega hasta el 23%). Comparando con los datos de otros sectores en España, es incluso superior al porcentaje que el turismo y la construcción representan en relación al PIB (un 13 y 11 % respectivamente).

Más allá de la importancia cuantitativa, la licitación pública se puede analizar cualitativamente, ya que el resultado de la licitación afecta doblemente a los ciudadanos. Por un lado, como consumidores y usuarios de las obras, bienes y servicios contratados por las Administraciones Públicas, y por otro, como contribuyentes que financian las políticas de gasto público. Así, unas

condiciones de competencia deficientes conllevan un mayor esfuerzo económico para las entidades del sector público que contratan bienes y servicios, y por tanto, para los ciudadanos.

Distintos estudios han permitido realizar estimaciones para cuantificar las pérdidas en que incurre el Estado por las licitaciones fraudulentas, y se calcula que éstas incrementan los precios en un 20%, lo cual supone un sobrecoste anual de 300 millones € por cada punto porcentual del PIB que corresponde a licitaciones colusorias.

Todo lo anterior justifica la existencia de un marco legislativo que proteja y fomente la libre competencia. Este marco legislativo está constituido fundamentalmente por la siguiente normativa (nacional y europea):

- Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público¹
- Código Penal español. (El artículo 262, prohíbe la manipulación de concursos y subastas públicas).
- Ley de Defensa de la Competencia. (El artículo 1 tipifica estas conductas como infracciones muy graves).
- 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.
- Libro verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. (Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente, enero 2011)

¹ La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

2. Actuaciones del TDC y de la CNC en este ámbito

Dada la importancia de la licitación pública para el bienestar de los ciudadanos, el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) y la actual Comisión Nacional de la Competencia (CNC) han venido desarrollando en los últimos años distintas actuaciones (1) sancionadoras (2) de promoción de la competencia y (3) de impugnación jurisdiccional, con el objetivo de contribuir al fomento y promoción de la competencia efectiva en los procedimientos de contratación pública, en beneficio de las Administraciones contratantes y de los ciudadanos.

2.1- Actividad Sancionadora. En este sentido se puede destacar distintas resoluciones²: dictaminadas en distintos sectores de la actividad económica.

- **Agencias de Viaje.** Resolución TDC 2000, [Expte. 476/99](#) Viajes Halcón, Barceló, Iberia y Marsans acordaron constituir una Agrupación por Interés Económico (AIE³) denominada “Mundosocial”, con el fin de presentar ofertas idénticas al concurso público para la ejecución del programa de vacaciones para personas de la tercera edad gestionado por el INSERSO⁴, así como la ejecución conjunta del mismo con independencia del resultado de la licitación. Esta conducta, que era conocida por el INSERSO, constituye una infracción muy grave del artículo 1 LDC, y por ello, se impuso una multa de 150 millones de pesetas (algo menos de 1 millón €) a Mundosocial.
- **Ámbito Sanitario:**
 - **Gestión residuos sanitarios⁵.** Resolución CNC 2010, Expte. [S/0014/07](#): cuatro empresas se reparten este servicio en varias

² Todas las resoluciones y expedientes pueden consultarse en <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx>

³ La figura de la AIE es uno de los modos en los que diversas empresas concurren unidas a una licitación, teniendo la agrupación resultante personalidad jurídica independiente de la de los miembros que la componen.

⁴ El INSERSO era el Instituto Nacional de Servicios Sociales, hoy sustituido por el IMSERSO (Instituto de Mayores y Servicios Sociales)

⁵ Nota de prensa en [español](#) e [inglés](#)

regiones de España. Se consideró acreditado que estas empresas se repartían los clientes públicos, desde al menos 1994 hasta 2007, mediante la coordinación de sus ofertas a través de la creación de Uniones Temporales de Empresas o UTEs, presentando posturas encubiertas y recurriendo a la supresión de propuestas. La CNC resolvió imponer multas a las cuatro empresas infractoras por un monto total de 7 millones €.

- **Ambulancias de Orense y Cuenca.** Resoluciones del TDC 2006, Exptes [590/05](#) y [595/05](#): colusión a través de Agrupaciones de Interés Económico (AIE) y de Uniones Temporales de Empresas (UTE) para proveer el servicio. En el caso de Orense, una empresa de ambulancias denunció en 2003 a una AIE del sector por cerrar el acceso al mercado público y privado, al repartirse la actividad entre sus socios. Ciertas cláusulas del acuerdo de AIE fueron consideradas anticompetitivas por el TDC. Un caso valorado de forma similar fue la constitución de una UTE entre 13 empresas de ambulancias de Cuenca para participar en concurso público. Esta agrupación incluía cláusulas dirigidas a repartirse el mercado público y privado. En ambos casos se impusieron multas por un monto total de 432.000 € y 495.000€ respectivamente, en función del número de vehículos de cada empresa.

- **Obras Públicas:**

- **Asfaltos.** Resolución de la CNC del 26 de octubre de 2011⁶, en la que se sanciona un cártel de fijación de precios y reparto de mercados por los productores de asfaltos⁷. Se imponen multas por un monto total de 16 millones € repartidos entre 12 empresas. El área de influencia de las empresas investigadas, determinada por las características del producto, facilitó que los acuerdos y el

⁶ Expediente [S/0192/09 Asfalto](#)

⁷ Notas de prensa en [español](#) e [inglés](#).

consecuente reparto del mercado se negociara, a efectos prácticos, a nivel local. La Resolución consideraba muy probable que este cártel estuviese extendido a otras áreas geográficas, aunque sólo se tenía acreditación de las zonas imputadas.

Este expediente no es estrictamente un cartel frente a las AAPP, ya que los clientes son fundamentalmente empresas privadas que actúan como contratistas de obras públicas, tanto para las AAPP como para entidades privadas (urbanizaciones etc.). Sin embargo se ha incluido por ser un buen precedente para demostrar la influencia indirecta de cárteles en mercados *upstream* sobre AAPP, y la validez del marco metodológico de la Guía para el *procurement* público y el privado.

- **Carreteras:** Resolución 19 de octubre de 2011⁸, sobre concursos para pavimentación de carreteras⁹. Se impone una multa de más de 43 millones €, distribuidos entre 46 empresas del sector de la construcción, en proporción a sus participaciones en el cártel y al tamaño de cada empresa, por llegar a acuerdos para repartirse y fijar los precios de las licitaciones de obras de rehabilitación de carreteras por toda la geografía española. En total se acreditaron acuerdos para modificar las ofertas durante los años 2008 y 2009 en catorce licitaciones públicas de conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas convocados en todo el territorio nacional

La colusión afectaba fundamentalmente a licitaciones convocadas por el procedimiento restringido. En este tipo de procedimientos, la Administración convoca la licitación y sólo pueden presentar su oferta las empresas que, habiéndolo solicitado, y en atención a su solvencia, sean seleccionadas por la propia Administración. En

⁸ Expediente [S/0226/10](#) licitación de carreteras

⁹ Notas de prensa en [español](#) e [inglés](#).

estas licitaciones, la Administración marca un presupuesto de referencia y las empresas seleccionadas deben presentar sus ofertas, indicando la baja que sobre ese presupuesto están dispuestas a realizar. Las empresas seleccionadas en estos procedimientos mantenían contactos y se reunían para intercambiarse información sobre las bajas que tenían previstas. A partir de ello, acordaban cuál sería el importe de la baja ganadora así como el del resto de ofertas. Estas bajas (entre 1% y 6%) resultaban mucho menores que las que se observan en condiciones competitivas (entre el 15-30%).

Además de estos casos, podemos señalar que la Ley de Contratos del Sector Público insta expresamente a los órganos de contratación a poner en conocimiento de las autoridades de competencia (nacional o regionales) indicios de colusión que se identifiquen en sus procesos de licitación, posibilidad que se ha comenzado a ejercitar por administraciones licitadoras.

2.2 - Promoción de competencia. La Ley 15/2007 refuerza las labores de promoción de la competencia atribuidas a la CNC mediante una serie de actuaciones entre las que se incluye la realización de “informes generales sobre sectores, en su caso, con propuestas de liberalización, desregulación o modificación normativa”. Además, los artículos 25 y 26 atribuyen a la CNC una función consultiva relativa a la emisión de “informes sobre proyectos y proposiciones de normas que afecten a la competencia” Esta es una forma de efectuar propuestas o recomendaciones a las diferentes Administraciones Públicas para el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados.

En este sentido cabe destacar, como ejemplos, las actuaciones siguientes:

- **Informe sobre licitaciones para concesiones de transporte interurbano de viajeros por autobús a nivel estatal.** En este Informe, del año 2008, se realiza un análisis y valoración del Protocolo de 2007 del Ministerio de Fomento (firmado con sindicatos,

consumidores y representantes del sector) para fijar los criterios de estos concursos. El Informe puntualiza que el Protocolo no favorece la competencia, destacando algunos aspectos especialmente negativos, como el derecho de preferencia del titular actual de la concesión, los requisitos de experiencia previa, la poca ponderación del precio y frecuencia del servicio, el poco recorrido para las mejoras en estas variables, y el excesivo peso de elementos ajenos al servicio.

Dos años después, en el 2010, la CNC publica otro Informe de seguimiento sobre los cambios introducidos en el Protocolo y sobre los concursos celebrados por Fomento en 2009. Se llega a las mismas conclusiones, es decir, que el Protocolo es inadecuado, y que los concursos celebrados no son suficientemente competitivos.

Sin embargo, este Informe reconoce que se han introducido algunas mejoras y adaptaciones, siguiendo las recomendaciones de la CNC en su informe del 2008. Entre otras reformas, destacan, la eliminación del requisito de que los licitadores cuenten con concesiones de un determinado tamaño, el incremento de las puntuaciones de tarifas y frecuencia del servicio dentro de los criterios de valoración, y la reducción de la ponderación del compromiso de asunción de la plantilla laboral del antiguo concesionario por parte del licitador.

Dando la razón a los argumentos defendidos por la CNC en este ámbito, la empresa Globalia Autocares S.A. ganó cinco recursos interpuestos ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, quien dictaminó que el Ministerio de Fomento tenía que anular los pliegos de los concursos por impedir el acceso en condiciones de igualdad a los contratos del Estado. Como consecuencia de esta “presión combinada” el Ministerio de Fomento cambió el otoño pasado el mecanismo de los pliegos, otorgándole más importancia a la variable

precio (25%) y eliminando los límites impuestos al recorrido para obtener las puntuaciones máximas.

- **Informe sobre los procesos de prórroga, a nivel regional (autonómico) de las concesiones de transporte de viajeros por autobús** - Con motivo de la entrada en vigor del Reglamento comunitario 1370/2007 sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, la CNC elaboró este Informe en el 2010, señalando que la instrumentación de estas prórrogas contravenía los principios y el espíritu de dicho Reglamento con efectos muy perjudiciales sobre la competencia, al imposibilitar directamente el acceso competitivo a las concesiones, en perjuicio de los usuarios finales del servicio. No se encontraba, por añadidura, justificación de la necesidad ni de la proporcionalidad para establecer dichas prórrogas, en atención a su supuesto objetivo, que generalmente consiste en la mejora de la calidad del servicio. Las distintas administraciones autonómicas podrían y deberían haber optado por medidas menos restrictivas de la competencia, tales como el empleo de concursos para adjudicar las concesiones, que en todo caso permitían alcanzar los fines de interés general supuestamente perseguidos.

2.3– Impugnación jurisdiccional. En relación con el área de promoción de la competencia, el artículo 12.3¹⁰ de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia otorga a la CNC la potestad de impugnar ante los tribunales, los actos de las Administraciones Públicas sujetos a derecho administrativo y las disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos a la libre competencia.

¹⁰ “La Comisión Nacional de la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados”

Durante el primer semestre de 2010, la CNC hizo uso, por vez primera, de este instrumento, denunciando la normativa adoptada por dos Comunidades Autónomas (Valencia y Galicia) en relación con determinadas prórrogas de concesiones otorgadas en el área del transporte que tienen por efecto cerrar el mercado a la competencia durante un largo período de tiempo. Con anterioridad, la CNC había presentado sendos requerimientos previos para que ambas regiones revocasen aquellos actos contrarios a la libre competencia. Ambas Comunidades Autónomas no revocaron en el plazo administrativo de estos requerimientos, y por tanto, la CNC presentó dos recursos ante los tribunales correspondientes que están todavía pendientes de resolución.

Desde entonces no se han presentado nuevas impugnaciones en contrataciones públicas por dos razones. En primer lugar, se está a la espera de la resolución de las impugnaciones ya presentadas para no perjudicar su efecto disuasorio. Y en segundo lugar, se trata de un instrumento, singular entre los países de nuestro entorno, para recurrir actuaciones de las distintas Administraciones que restrinjan la libre competencia, que tiene un carácter selectivo.

3. *Guía de Contratación Pública y Competencia*

3.1. Introducción

Dada la importancia de la licitación pública para el bienestar de los ciudadanos, y a partir de actuaciones sancionadoras, de promoción y de impugnación jurisdiccional emprendidas por la CNC en los últimos años, así como el contexto de preocupación sobre la necesidad de garantizar en épocas de crisis económicas el libre funcionamiento de los mercados, la CNC decidió publicar una Guía de Contratación Pública y Competencia¹¹ en el año 2011.

Esta Guía se dirige a las entidades del sector público que intervienen en el mercado como demandantes de bienes y servicios a través de los procedimientos de contratación pública.

¹¹ *Guía sobre Contratación Pública y Competencia* ([español](#) e [inglés](#))

La Guía no pretende realizar propuestas relativas a la modificación de la normativa de contratación pública, ni sentar criterios interpretativos de carácter jurídico de cara a su aplicación, sino proporcionar determinadas recomendaciones, de forma que, dentro de las posibilidades que brinda dicha normativa, se puedan identificar y seleccionar las opciones más favorecedoras de la competencia.

El elemento novedoso para la legislación de competencia española de la Guía de la CNC es que contempla dos ámbitos que favorecen que las licitaciones sean competitivas. Por un lado da una serie de recomendaciones a las Administraciones Públicas sobre cómo desarrollar procedimientos de contratación favorecedores de la competencia, y por otro, ofrece una serie de indicadores para prevenir y detectar la existencia de colusión entre las empresas licitadoras, adaptando a la realidad española las recomendaciones nacionales e internacionales que existen sobre el tema.

3.2. Celebración, diseño, procedimiento y ejecución de los contratos

Las normas de contratación pública contemplan un amplio grado de discrecionalidad de los órganos de contratación a la hora de tomar decisiones que configuren el proceso de licitación pública. Por esta razón, los órganos de contratación deben conocer qué decisiones, dentro de este proceso, previenen conductas colusorias entre los licitadores.

En relación con la celebración, diseño, procedimiento y ejecución de los distintos contratos en los procesos de licitación pública, las decisiones siguientes son consideradas especialmente susceptibles de causar daños a la competencia:

- **Decisión sobre si celebrar o no un contrato público:** Las alternativas al contrato público son el convenio o la encomienda a un medio propio, y la CNC se ha pronunciado repetidamente sobre los riesgos de estas dos figuras administrativas, ya que cierran la competencia en la

contratación. Por tanto, sólo cuando esté justificado por necesidad y proporcionalidad, y de forma excepcional, se procederá a su utilización.

- **Elección del Procedimiento de contratación:** La CNC recomienda con carácter general el procedimiento abierto, al que pueda presentarse quien cumpla con los criterios de capacidad y solvencia. Sólo por causas muy justificadas, se optará por otro tipo de procedimiento (restringido, negociado, diálogo competitivo, tramitación de urgencia, acuerdos marco) ya que en principio son menos favorables a la competencia
- **Diseño de los pliegos:** En el acceso y adjudicación de las licitaciones, los criterios deben permitir la mayor competencia posible, evitando la discriminación entre licitadores. Por ejemplo, los criterios de solvencia para el acceso a la licitación deben ser proporcionados y no deben crear barreras de entrada injustificadas o incluso ilegales de carácter técnico, económico o territorial. Por otro lado, los criterios de valoración para la adjudicación del concurso no deben resultar discriminatorios entre operadores, sino que deben estar diseñados con el objetivo de obtener la oferta económica más ventajosa: ponderando adecuadamente variables económicas fundamentales (precio y calidad), las puntuaciones deben ser progresivas, no se debe favorecer al *incumbent*, y no deben incitar a la colusión ni reducir la competencia (a través de *caps* o límites a las ofertas), entre otros. En cuanto a la fijación de la duración del contrato, debe tenerse en cuenta, que si el periodo elegido es excesivo, se cierra el mercado, y si es escaso, no permite la amortización de inversiones.
- **Decisiones durante el procedimiento** sobre, el acceso de las empresas a información de la licitación, la subsanación de errores, y en relación con la publicidad y transparencia en los trámites.
- **Decisiones después de la adjudicación:** Si es necesario realizar modificaciones sobrevenidas, la CNC recomienda una interpretación restrictiva de esta posibilidad, y sólo cuando se justifique por interés

público. Los cambios en los precios también deben justificarse. En cuanto a la subcontratación, si bien la Ley de Contratos del Sector Público contempla hasta un 60% del contrato, ha de tenerse en cuenta que puede reducir la competencia inicial en la licitación entre los subcontratistas y el finalmente ganador, por lo que ha de evaluarse el contexto de la oferta antes de obligar a realizar subcontrataciones por un montante importante.

3.3. Indicadores de una posible colusión

Existen diversos indicadores que proporcionan información que puede ayudar a las Administraciones Públicas a decidir cuándo deben proceder a realizar una investigación detallada.

En la interpretación de estos indicadores debe tenerse en cuenta que su fiabilidad es mayor si su análisis se realiza de forma sistemática, comparando los resultados y las prácticas observadas a lo largo del tiempo o en licitaciones similares. La creación y mantenimiento de una base de datos es un elemento básico para la detección de la existencia de patrones de conductas sospechosas que pueden mantenerse a lo largo del tiempo, un análisis que, como se ha señalado anteriormente, es especialmente eficaz para la prevención de la colusión en la contratación pública. En esta base de datos se registrarán todos los datos relevantes: ofertas ganadoras, el precio u otras condiciones de adjudicación, oferentes que han participado en diferentes licitaciones y características de esas licitaciones, etc.

En cuanto a los indicadores que señalizan una posible colusión, pueden buscarse en:

- Las ofertas: retiradas inesperadas, número inferior al habitual, ofertas siempre perdedoras o ganadoras, subcontratación con otras empresas,
- Los precios: similitudes en precios, precios diferentes, reducciones ante un nuevo oferente, subidas sin justificación y

- La documentación presentada: rasgos comunes, errores de cálculo similares, etc.
- Los comportamientos de las empresas: referencias a un posible acuerdo, terminología similar para explicar, por ejemplo, un posible aumento de precios, comentarios sospechosos, una empresa que presenta una propuesta que no tendría capacidad de ejecutar, etc.

El papel del personal de los órganos contratantes en la prevención y detección de acuerdos colusorios en los procesos de adjudicación de contratos públicos es crucial, y por ello, es fundamental formar al personal sobre técnicas de detección y prevención de acuerdos de colusión.

Las AAPP pueden favorecer la competencia siguiendo las recomendaciones del apartado 3.2 y haciendo uso de los indicadores anteriores. Además, pueden tomar ciertas medidas preventivas para desincentivar las conductas colusorias, entre las que podemos destacar:

- Reducir la previsibilidad variando el diseño de las licitaciones, realizando reuniones individuales, cuidando mucho la información proporcionada, y salvaguardando el anonimato de los licitadores.
- Diseñar los lotes con especial cuidado. Si se fraccionan los contratos objeto de la licitación, es mejor que los lotes sean de distinto tamaño, además el número de lotes debe ser distinto al número estimado de participantes, y por último, se debe considerar la adición de contratos de diferentes órganos adjudicadores para reducir aún más la previsibilidad de las licitaciones¹².

Adicionalmente a las recomendaciones de la Guía, para facilitar la detección de indicios de conductas restrictivas de la competencia en los distintos procesos de contratación pública, la CNC ha propuesto una serie de medidas a propósito

¹² Debe tenerse en cuenta que la adición de contratos podría obstaculizar la participación de pequeñas y medianas empresas al aumentar el importe de la licitación.

del Anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Este Anteproyecto prevé la creación de un portal de información pública en el que se contendría determinada información sobre licitaciones de las distintas AAPP, y la CNC ha propuesto incrementar la profundidad y amplitud de la información estadística que recopilaría la entidad encargada de gestionar el portal (con independencia de que no toda la misma se haga pública).

De esta manera, la CNC propone que se recopile también:

- Información agregada y concisa sobre los licitadores, los adjudicatarios, los precios de adjudicación, la valoración final de las distintas ofertas (vencedoras o no), las posibles modificaciones sobrevenidas de los contratos o los operadores que subcontratan con los adjudicatarios y el importe de dicha subcontratación;
- La identificación y el montante de las encomiendas de gestión a medios propios de las AAPP.

4. Conclusiones

La contratación pública tiene en España una importancia fundamental: de acuerdo con los datos de la UE, el peso de la contratación pública en el PIB español se situaba en 2008 en un 14,9%. La aplicación correcta de las normas de competencia en el sector de la contratación pública cobra todavía más relevancia en momentos de crisis como el actual, al ser una fuente de importantes ahorros de costes para las AAPP. Además, la competencia entre los licitadores es la manera de asegurar que las entidades del sector público, y la sociedad en última instancia, se beneficien de las mejores ofertas en términos de precio, calidad e innovación de los bienes o servicios finalmente contratados, es decir, la competencia reasigna los recursos favoreciendo a los agentes económicos más eficientes del mercado.



Por todo ello, la CNC ha realizado un doble esfuerzo de seguimiento en este ámbito, reforzando su labor de *enforcement* y realizando una intensa actividad de promoción para lograr un marco regulador que promueva la competencia.