

**SONIA CASTANEDO BÁRCENA, SECRETARIA GENERAL DE LA  
UNIVERSIDAD DE CANTABRIA,**

**CERTIFICO:** Que el Consejo de Gobierno de la Universidad de Cantabria, en su sesión ordinaria del día 31 de julio de 2018, acordó:

Aprobar el documento **GUÍA PARA LA PREVENCIÓN Y DETECCIÓN DE LA COLUSIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**, redactado en los siguientes términos:

**Introducción**

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, establece en su artículo 57.4 la posibilidad de que un poder adjudicador pueda excluir a un operador económico en la partición en un procedimiento de contratación, en caso de que tenga indicios suficientemente plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia.

Resulta destacable la regulación que se realiza en el artículo 101.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, al prever que las mesas de contratación puedan trasladar, con carácter previo a la adjudicación del contrato, a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación, contemplando efectos suspensivos en el procedimiento de contratación dicho traslado.

Asimismo en el artículo 69 se prevé el procedimiento a seguir en caso de apreciar posibles indicios de colusión entre empresas que concurren agrupadas en una unión temporal.

La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y, en su artículo 1, prohíbe las conductas colusorias, y de acuerdo a su artículo 62, podría ser considerada infracción muy grave. En este caso, el artículo 63 contempla la posibilidad de imponer una multa que podría alcanzar el 10% de la cifra total de negocios de la empresa, o, cuando no fuera posible delimitarla, una multa de más de 10 millones de euros.

Por ello, se considera que sería de gran utilidad poner a disposición del órgano de contratación, del personal que forma parte de la Mesa de contratación y en general de todo aquel otro que intervenga en la contratación pública, una *Guía* que complemente los principios que establece la normativa reguladora con el objetivo de prevenir y detectar la colusión en la contratación pública.

**1. Objetivo**

El objetivo perseguido es fomentar la competencia en los procesos de contratación pública proporcionando una herramienta para prevenir y detectar la colusión en la contratación pública.

**2. Ámbito de aplicación**

La presente guía tiene un fin fundamentalmente práctico para el órgano de contratación, el personal que forma parte de la Mesa de contratación, y cualquier otro personal de la Universidad de Cantabria que intervenga en la contratación pública.

**3. Qué es la colusión entre oferentes en una licitación pública**

Las conductas colusorias entre empresas viene determinada en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC):

**Artículo 1. Conductas colusorias.**

*1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:*



- a) *La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.*
- b) *La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.*
- c) *El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.*
- d) *La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*
- e) *La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.*

(Nota: la negrita es nuestra)

A la lectura de dicho artículo se puede inferir que la colusión entre oferentes en una licitación pública se produce cuando éstos se ponen de acuerdo para fijar el precio o cualquier otra condición comercial, o para repartirse el mercado, con el objetivo de obtener mayores beneficios del concurso o subasta pública.

Una de las características esenciales para que los procesos de licitación sean un éxito radica en el hecho de que los ofertantes preparen y presenten sus ofertas de forma totalmente independiente. No obstante, en ocasiones, los licitadores se ponen de acuerdo con el objetivo de evitar competir entre ellos y así obtener un contrato más beneficioso que aquél que habrían obtenido si hubieran competido de forma efectiva.

Haciendo uso de esta estrategia, la empresa ganadora de la licitación obtiene un beneficio extraordinario con el que puede compensar al resto de empresas que han participado de forma fraudulenta en la licitación pública.

#### **4. Por qué es perjudicial la colusión entre licitadores**

Estos acuerdos afectan negativamente tanto a la competencia en los mercados de los bienes y servicios licitados como a la gestión que las Administraciones hacen de los recursos públicos.

Los ciudadanos se ven así doblemente perjudicados: como consumidores, al reducirse o eliminarse la competencia en el mercado, y como contribuyentes, al generarse un mayor coste en la contratación pública.

#### **5. Normas que sancionan la colusión entre oferentes en una licitación pública**

La colusión entre empresas se encuentra prohibida, como ya hemos visto en el punto 3 anterior, por el artículo 1 de la LDC.

De acuerdo a su artículo 62, podría ser considerada infracción muy grave. En este caso, el artículo 63 contempla la posibilidad de imponer una multa que podría alcanzar el 10% de la cifra total de negocios de la empresa, o, cuando no fuera posible delimitarla, una multa de más de 10 millones de euros.

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

Asimismo, el artículo 150 de la LCSP recoge la obligación de la mesa de contratación, o en su defecto, del órgano de contratación, de trasladar a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, los indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación, en el sentido definido en el artículo 1 de la LDC, a efectos de que a través de un procedimiento sumarísimo se pronuncie sobre aquellos. La remisión de dichos indicios tendrá efectos suspensivos en el procedimiento de contratación.

#### **6. Formas que puede tomar la colusión en la contratación pública**

Las formas que puede adoptar la colusión en la contratación pública son muy diversas pero se distinguen, principalmente, las siguientes modalidades, que se pueden presentar de forma autónoma o combinada.

1. Ofertas de resguardo. También conocidas con el nombre de ofertas complementarias, de cortesía o simbólicas. Se trata de ofertas diseñadas para simular una competencia auténtica y, por este motivo, se dificulta su detección. Estas ofertas contienen, como mínimo, alguno de estos elementos:

\*Ofertas más elevadas: los competidores aceptan presentar unas ofertas más altas que las que presentará el ganador designado.

\*Ofertas inaceptables: los competidores presentan ofertas que contienen términos que son inaceptables para el órgano de contratación ya sean de tipo técnico o económico.

2. Eliminación de ofertas. En este caso, la estrategia que adoptan las empresas que intentan coludir consiste en el hecho que una o más de una de estas compañías acepten lo siguiente:

\*Abstenerse de presentar una oferta en el proceso de licitación.

\*Retirar una oferta presentada de manera que se adjudique la licitación al ganador designado en el acuerdo.

\*Presentar una oferta conjunta cuando la podrían haber formulado por separado.

3. Asignación de mercados

Los competidores, o bien, se reparten el mercado por áreas geográficas, o bien, acuerdan asignarse carteras de clientes.

Por ejemplo, las empresas se asignan una cartera de clientes de manera que sus competidores no harán ofertas (o presentarán ofertas de resguardo) cuando estos clientes soliciten un servicio mediante licitación. A cambio, el competidor en cuestión no presentará ofertas a aquellos grupos de clientes que han estado asignados a otras empresas que también forman parte del acuerdo.

4. Rotación de ofertas

Las empresas que coinciden en distintos procesos de licitación pueden decidir “repartirse” por turnos cuál de ellas será la ganadora. La forma como se implementa esta estrategia puede variar ya que existen distintos tipos de rotaciones:

\*Rotación simple: cada una de las empresas gana el mismo número de contratos.

\*Rotación según la igualdad de ingresos: cada una de las empresas obtiene los mismos ingresos a largo plazo.

\*Rotación según dimensión: cada una de las empresas obtiene un volumen de ingresos proporcional a su dimensión.

En cuanto a las técnicas de compensación utilizadas para retribuir a todas las empresas participantes en el acuerdo colusorio, una vez llevado a cabo el procedimiento de licitación, la empresa adjudicataria puede recurrir a varias vías, todas ellas encubiertas, para evitar en lo posible que sirvan de pista del acuerdo en cuestión. Estas vías incluyen:

- El uso de facturas fraudulentas por trabajos inexistentes, generalmente de consultoría.
- La subcontratación por la empresa adjudicataria de parte de las tareas asociadas al suministro de bienes y servicios objeto del concurso o subasta públicos, a favor de otras empresas que hayan colaborado con la presentación de posturas encubiertas o mediante cualquier otra técnica utilizada para asegurar el resultado de la licitación.

#### **7. Cómo poder detectar si ha existido colusión entre los licitadores**

Existen diversos indicadores que, si bien no deben ser tomados como una condición necesaria ni suficiente para demostrar el falseamiento del proceso de licitación, proporcionan sin embargo información que puede ayudar a decidir cuándo deben proceder a realizar una investigación detallada.

#### **Indicadores a tener en cuenta en la presentación y en la adjudicación de las ofertas:**

- El número de empresas que presentan ofertas es más reducido de lo habitual.
- Algunas empresas no acuden a una licitación a la que normalmente se hubieran presentado, mientras siguen acudiendo a licitaciones de similares características ante otros organismos de adjudicación.

- Algunas empresas se presentan siempre a pesar de que nunca resultan ganadoras. Es posible que estas empresas obtengan a cambio de la presentación de posturas encubiertas algún tipo de compensación por parte de la empresa adjudicataria.
- Varias empresas presentan una oferta conjunta a pesar de que, al menos una de ellas, podrían haberlo hecho de manera individual.
- Presentación de ofertas por parte de varias empresas vinculadas o de un mismo grupo. Si bien esta situación puede estar permitida por la normativa, la pertenencia a un mismo grupo empresarial puede facilitar la coordinación de sus estrategias.
- La empresa que presenta la mejor oferta ante un órgano adjudicador es frecuentemente la misma.
- Licitadores que siempre se presentan y nunca ganan.
- El mismo licitador presenta siempre la oferta más baja.
- Algunas empresas sólo obtienen ofertas ganadoras en determinadas áreas geográficas, aunque se presentan en varias.
- Los licitadores parecen turnarse a lo largo del tiempo en la presentación de la oferta ganadora.
- La empresa adjudicataria de la licitación repetidamente subcontrata la realización de parte del contrato con otras que no resultaron ganadoras del concurso o subasta correspondientes.

#### Indicadores relacionados con los precios

Los precios presentados en una licitación también pueden ser indicativos de la existencia de acuerdos colusorios, sobre todo cuando reflejan aumentos respecto a licitaciones similares anteriores no justificados por un incremento de costes, o cuando algunos de los precios ofertados son muy superiores al de la oferta ganadora, un indicio típico de postura encubierta “de respaldo” antes mencionada.

En general, conviene examinar con atención los patrones de oferta de precios que presentan alguna o varias de las siguientes características:

- Precios idénticos.
- Aumentos repentinos e idénticos de precios por los licitadores no justificados por incrementos de costes.
- Las empresas realizan unas estimaciones de costes de determinadas partidas idénticos y/o poco realistas.
- Diferencias significativas en los precios que una misma empresa oferta para un contrato similar ante diferentes órganos adjudicadores o ante entidades privadas.
- Ofertas de precios más altos ante los órganos de contratación radicados en determinado territorio por empresas residentes en el mismo que las presentadas por esas mismas empresas ante otros órganos de contratación.
- Reducciones significativas en los precios ofertados tras la aparición de un nuevo oferente en las licitaciones pueden revelar la existencia previa de un acuerdo entre competidores.
- Subidas generales en los precios de todas las ofertas respecto a licitaciones previas sin aumentos de costes o cualquier otra justificación aparente.
- Presentación de ofertas con precios superiores al presupuesto máximo de adjudicación.

Aunque estos indicadores se centran en el análisis de los precios, también es posible detectar un acuerdo prestando atención a otras características del contrato que condicionen su adjudicación, tales como plazos de ejecución idénticos, modificaciones coordinadas de características ofertadas previamente, similitud en las características técnicas de las ofertas, etc.

#### Indicadores en la documentación o en el comportamiento de las empresas:

En muchas ocasiones la detección de comportamientos colusorios no requiere la utilización de técnicas complejas.

Determinadas consultas o comentarios que de forma informal realicen las propias empresas licitadoras a los órganos adjudicatarios, o la presencia de características inusuales en las propuestas, pueden ofrecer indicios de posible colusión entre empresas competidoras a tener en cuenta por dichos órganos.

Características inusuales de las propuestas y en su presentación, por ejemplo:

- Formatos idénticos (misma letra, modelo, etc.)
- Errores de cálculo, fallos ortográficos o problemas formales de presentación de la oferta que se repiten en varias propuestas.
- La presencia de borrones o tachaduras en todas las ofertas podría ser indicativo de un acuerdo de última hora.
- Ofertas de diferentes licitadores presentadas con tipografía o papelería idénticas.
- Ofertas enviadas desde una misma dirección de correo, número de fax, o dirección de email.
- Uso por parte de varios oferentes de terminología similar al explicar, por ejemplo, elevaciones de los precios.
- Iguales patrones y señales de advertencia en las ofertas de distintos licitadores.
- Estimaciones similares en el cálculo de costes.

#### Otros comportamientos sospechosos:

- Una empresa adquiere las bases para sí y para algún competidor, o bien presenta su propuesta y la de otra empresa a la vez.
- Una empresa presenta una propuesta que no tendría capacidad de ejecutar.
- Únicamente una empresa ha buscado la información relevante de costes y precios para presentar una oferta, por ejemplo contactando con los proveedores de los componentes, cuando al proceso de licitación han acudido varias.

#### **8. El caso especial de las UTE**

La utilización de UTE para participar en procedimientos de licitación puede tener efectos positivos, al facilitar el acceso a la financiación de grandes inversiones y permitir la participación de PYMES que pongan en común recursos complementarios.

No obstante, estas uniones de empresas también pueden facilitar la colusión, y por ello deben recibir una especial atención. Entre los posibles indicadores de existencia de un acuerdo anticompetitivo figuran:

- La capacidad de participar individualmente en la licitación correspondiente de algunas de las empresas miembros de la UTE.
- La participación simultánea de empresas de un mismo grupo empresarial en un procedimiento de licitación, por ejemplo una empresa del grupo se presenta de manera individual y otra a través de una UTE.
- Las empresas que forman la UTE concentran una parte importante de la actividad en el ámbito público o privado.
- Una UTE con cuota de mercado global elevada rechaza la participación en la agrupación de otras empresas que no disponen de capacidad para formar una UTE diferente y competitiva para una determinada licitación.
- Las empresas han intentado acudir al concurso mediante UTE previamente y no se les ha permitido. Cuando finalmente participan de forma individual pueden mantener la intención de actuar de forma coordinada.
- Las empresas acuden individualmente a la licitación y luego subcontratan la ejecución con una empresa de la que todas forman parte. Esto podría reflejar la existencia de un acuerdo de reparto de mercado para asegurar que, independientemente de quién gane la licitación, la ejecución se realizará de forma conjunta.

#### **9. Pautas de actuación**

En el artículo 150. 1 de la LCSP se establece que si en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación, tuviera indicios fundados de conductas colusorias, en el sentido definido en el artículo 1 de la LDC, los trasladará con carácter previo a la adjudicación del contrato a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, o, en su caso, a la autoridad de la competencia autonómica correspondiente, a efectos de que a través de un procedimiento sumarísimo se pronuncie sobre aquellos. Si la remisión la realiza la Mesa de contratación dará cuenta de ello al órgano de contratación.

La remisión de dichos indicios tendrá efectos suspensivos en el procedimiento de contratación.

En relación con las Uniones de Empresarios, el artículo 69.2 de la LCSP dispone que:

- Cuando en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación apreciaran posibles indicios de colusión entre empresas que concurren agrupadas en una unión temporal, los mismos requerirán a estas empresas para que, dándoles plazo suficiente, justifiquen de forma expresa y motivada las razones para concurrir agrupadas.
- Cuando la mesa o el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por las empresas, estimase que existen indicios fundados de colusión entre ellas, los trasladará a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que, previa sustanciación del procedimiento sumarísimo a que se refiere el artículo 150.1 de la LCSP, se pronuncie sobre aquellos.

En todo caso está pendiente la regulación reglamentaria del procedimiento al que se refiere el artículo 150.1 de la Ley.

Para la elaboración de la presente Guía se han tenido en cuenta los diferentes documentos de referencia que se citan a continuación:

Comisión Nacional de la Competencia. *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*. 2011

Autoridad Vasca de la Competencia. *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*.

Autoridad Catalana de la Competencia. *Guía para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública*. 2010.

Y para que conste, expido la presente certificación que lleva el Visto Bueno del Sr. Rector Magnífico de la Universidad, en Santander, a treinta y uno de julio de dos mil dieciocho.

\* Este certificado se emite con anterioridad a la aprobación del acta.

Enviado a: 0.3 // CS – G – 0.9 – Centros – Dptos. – Institutos – S. Generales