

Guía sobre Contratación Pública y Competencia

Ley 9/2017, de 8 de noviembre,
de Contratos del Sector Público.



Lehiaren Euskal Agintaritza
Autoridad Vasca de la Competencia

Índice



0. PRÓLOGO



1. **OBJETIVO** de la guía y papel de la Administración como garante de la competencia



2. **5 FASES** en el procedimiento de contratación pública



3. **LA COLUSIÓN**



4. **ANEXO I:** Test para la detección de la colusión



BIBLIOGRAFÍA



0. PRÓLOGO



1. **OBJETIVO** de la guía y papel de la Administración como garante de la competencia



2. **5 FASES** en el procedimiento de contratación pública



3. **LA COLUSIÓN**



4. **ANEXO I:** Test para la detección de la colusión



BIBLIOGRAFÍA

Prólogo

Lehiaren Euskal Agintaritza/Autoridad Vasca de la Competencia (LEA/AVC), es un organismo autónomo cuya Misión es promover, garantizar y mejorar las condiciones de competencia y transparencia en el mercado, respecto de las actividades económicas que se ejerzan en el ámbito territorial de la CAE, ejerciendo competencias sancionadoras; de promoción; impugnación; dictamen y consulta, y arbitraje.

Dentro de sus funciones, resulta de especial interés la labor de la LEA/AVC como órgano consultivo del sector público con la emisión de informes y estudios normativos que resulten de interés para las administraciones y la sociedad, en general.

En Euskadi, al igual que en el resto de países de nuestro entorno, la contratación pública es un ámbito de indudable importancia económica. Con motivo de la reciente entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), la LEA/AVC considera de interés recoger las novedades de esta ley desde una perspectiva de competencia.

La LCSP nace con el espíritu de salvaguardar la libre competencia, como uno de los principios inspiradores y, en este sentido, otorga a las autoridades de competencia un papel más relevante que en normativas anteriores, tal y como pone de manifiesto este trabajo.

En este contexto, la presente guía tiene un fin fundamentalmente práctico y pretende ofrecer pautas a los órganos de contratación y otros profesionales que intervengan en este ámbito, así como identificar las cuestiones y posibles indicios de conductas colusorias.

Alba Urresola
Presidenta

Índice



PRÓLOGO



OBJETIVO de la guía
1. y papel de la Administración
como garante de la competencia



2. **5 FASES** en el procedimiento de contratación pública



3. **LA COLUSIÓN**



4. **ANEXO I:** Test para la detección de la colusión



BIBLIOGRAFÍA

El objetivo de la presente guía es fomentar la competencia en los procesos de contratación públicos mediante el desarrollo de distintos procedimientos de contratación que se adecúen a las distintas situaciones y ayudar a prevenir y combatir la colusión entre oferentes.



¿CUÁL ES EL OBJETIVO DE ESTA GUÍA?

Con el objetivo final de **favorecer la competitividad en los procesos de contratación pública**, la presente guía pretende **dotar a los órganos adjudicadores de una herramienta útil**, contribuyendo a la difusión y observancia de los principios inspiradores de la contratación pública. Para ello, la guía desarrolla, por un lado, los pasos a seguir en el **procedimiento de contratación pública** por parte del órgano adjudicador, y por otro lado, identifica las **conductas colusorias que amenazan la competencia** y limitan la libre concurrencia en las licitaciones. La presente 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. En todo caso, el contenido de esta Guía se entiende sin perjuicio de las valoraciones presentes o futuras que la LEA/AVC realice en relación con esta normativa.



¿POR QUÉ SE PUBLICA LA GUÍA EN EL MOMENTO ACTUAL?

La Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público ha entrado en vigor el 9 de marzo de 2018. Esta nueva ley otorga una especial relevancia a las autoridades de competencia y a la lucha contra prácticas anticompetitivas en la contratación pública. En este contexto y cumpliendo con su mandato de promocionar la libre competencia, la LEA/AVC publica la presente guía con el objetivo de ofrecer pautas de actuación.

Esta guía constituye un documento vivo que se irá enriqueciendo con la práctica administrativa, la doctrina y jurisprudencia de los tribunales. Además, esta guía deberá tener en cuenta y, en su caso, incorporar en el futuro las novedades que introduzca el desarrollo reglamentario de la presente ley.



LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EUSKADI: DATOS

Según información publicada en el Registro de Contratos del Sector Público, en **Euskadi**, en el año 2016, se adjudicaron en total **920 contratos** cuyo importe ascendió a un total de 347.892.608 euros. De dichos contratos **642 se adjudicaron por el procedimiento abierto** (250.116.043 euros); **5 por el procedimiento restringido** (1.329.437 euros) y **273 mediante otro tipo de procedimientos** -procedimiento negociado, diálogo competitivo, directo y aquellos en los que no consta el mismo- (96.447.128 euros – Datos a 5/12/2017).



¿CÓMO CONTRIBUYE LA COMPETENCIA EN LA CONSECUCCIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO?

A través de la competencia, las Administraciones Públicas y la Sociedad se benefician de las mejores ofertas en relación con los bienes y servicios que van a contratar, en términos de precio, calidad e innovación, contribuyendo a la **generación de valor social y económico** y **garantizando la libre competencia, la competitividad y la igualdad de oportunidades**.



¿QUÉ PRINCIPIOS INFORMAN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA?



¿CÓMO PUEDEN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS FOMENTAR LA COMPETENCIA?

Las Administraciones Públicas garantizan el principio de libre competencia a través del **cumplimiento de la normativa** de contratación pública y tomando la decisión de acometer las **alternativas más favorecedoras de la competencia**, o las que la restrinjan lo menos posible.

Índice



PRÓLOGO



1. **OBJETIVO** de la guía y papel de la Administración como garante de la competencia



2. **5 FASES**
en el procedimiento de contratación pública



3. **LA COLUSIÓN**



4. **ANEXO I:** Test para la detección de la colusión



BIBLIOGRAFÍA

5 fases en el procedimiento de la contratación pública.

¿Cuáles son las fases del procedimiento de contratación pública?

El procedimiento de contratación pública puede dividirse en 5 fases, que se detallan a continuación:

1. Fase I: Decisión
2. Fase II: Selección del procedimiento
3. Fase III: Diseño de los pliegos
4. Fase IV: Desarrollo del procedimiento de licitación pública
5. Fase V: Ejecución del contrato público

■ FASE 1: DECISIÓN

FASE 1: DECISIÓN

La elección de mecanismos distintos a los contratos públicos



¿CUÁNDO PUEDE LA ADMINISTRACIÓN OPTAR POR UN PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN DISTINTO AL CONTRATO PÚBLICO?

En términos generales, las entidades del sector público están obligadas a contratar de acuerdo con lo establecido en la normativa de contratación pública (LCSP).

No obstante, existen determinadas situaciones en las que las entidades públicas pueden adquirir bienes o servicios a través de otros mecanismos como **los convenios o la ejecución a través de medios propios/servicios técnicos**.



¿CUÁNDO PUEDE CELEBRARSE UN CONVENIO Y CÓMO FUNCIONA?

En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que solo se puede formalizar un convenio cuando el supuesto ante el que nos encontremos no encaje en ninguna de las modalidades de contratación pública recogidas en la normativa, y por tanto, su aplicación tendrá **carácter excepcional**.

Para poder celebrarse un convenio deberán cumplirse los siguientes **requisitos (art 6 LCSP)**:

- Las entidades intervinientes no deben tener vocación de mercado es decir, que no realicen en el mercado un porcentaje igual o superior al 20% de las actividades objeto de la colaboración
- Los servicios públicos que incumben a las partes deben garantizar el cumplimiento de los objetivos que tengan en común
- La finalidad del convenio debe ser la consecución del interés público

FASE 1: DECISIÓN

Caso 1

Informe de la LEA/AVC sobre un Convenio suscrito entre un Ayuntamiento y una Fundación.

- La normativa de contratación pone a disposición de las administraciones una variedad suficiente de herramientas para conseguir la necesaria eficiencia en la contratación y garantizar la igualdad de oportunidades entre los operadores. Los principios de publicidad y concurrencia son esenciales para conseguir esos beneficios en aras del interés general. Las administraciones deben evitar rigurosamente el recurso a formas de contratación inadecuadas con el fin de eludir el respeto a esos principios.
- El Convenio entre un Ayuntamiento y una Fundación existiendo contraprestaciones propias de un contrato supone la utilización inadecuada de la normativa de contratación e implica una limitación de la competencia en beneficio de la Fundación y en detrimento de otros operadores económicos.
- La alegación basada en que esta entidad carece de ánimo de lucro se contradice con la acreditada actividad mercantil de la Fundación, la concurrencia de onerosidad en los negocios jurídicos en los que participa y el contenido de los servicios de aprovisionamiento que presta a la Administración.
- El argumento empleado por el Ayuntamiento en virtud del cual la Fundación es la única entidad capaz de prestar los servicios requeridos carece de fundamento teniendo en cuenta el contenido material de los negocios jurídicos.

Conclusión:

La garantía del interés general exige el respeto de la ley de contratos del sector público y el seguimiento de un procedimiento de contratación adecuado, garantizando la igualdad de oportunidades y la competencia entre empresas. Esto hubiera permitido obtener ventajas para los ciudadanos y mejores ofertas en calidad y precio.



¿QUÉ ES UN MEDIO PROPIO/SERVICIO TÉCNICO?

Se consideran medios propios o servicios técnicos aquellos entes públicos que **realicen más del 80% de su actividad para la Administración** o aquellos sobre los que la Administración ostente un control análogo respecto al que puede ejercer sobre sus propios servicios.

Cumplidos todos **los requisitos**, la Administración podrá encomendar la prestación de un servicio a un medio propio.



¿CUÁNDO PUEDE LA ADMINISTRACIÓN DECANTARSE POR LA ENCOMIENDA A TRAVÉS DE MEDIOS PROPIOS?

- La condición de medio propio ha de preverse expresamente en los estatutos de la entidad destinataria del encargo
- El ente destinatario del encargo debe contar con los medios personales y materiales necesarios para el desarrollo del mismo
- Debe valorarse en qué medida el mercado ya presta dichos bienes o servicios, tanto a la hora de crear un nuevo medio propio, como a la hora de encargarle a los ya existentes encomiendas de gestión
- Debe valorarse en qué medida la encomienda puede conducir a la subcontratación de la prestación por parte del medio propio a terceras empresas

Caso 2

La LEA/AVC consideró probada la existencia de una infracción grave de la Ley de Defensa de la Competencia en los acuerdos firmados entre determinados entes locales, una entidad foral y su sociedad pública dependiente (medio propio).

Los acuerdos tenían por objeto que la Sociedad Pública asumiera la redacción de proyectos, dirección facultativa de obras y/o coordinación de seguridad y salud de las obras públicas. De esta manera, se generó un mercado cautivo para estos servicios que cerraba la posibilidad a otras empresas del sector privado a presentar ofertas competitivas a estos entes locales y entidad foral.

La LEA/AVC impuso a todos los implicados la obligación de paralizar la práctica y abstenerse de llevarla a cabo en el futuro, por impedir una competencia efectiva.

■ FASE 2: SELECCIÓN

FASE 2: SELECCIÓN

Selección del procedimiento

Una buena **planificación y preparación de los contratos resulta indispensable** para cumplir con los principios que hay que salvaguardar en las licitaciones del sector público. Es por ello que antes de convocar una licitación deberían valorarse elementos como: necesidades, situación de mercado, opiniones, presupuesto, coste-beneficio.



¿CÓMO SE DEBEN GESTIONAR LAS CONSULTAS PRELIMINARES CON OPERADORES DE MERCADO?

En este contexto, las consultas preliminares del mercado se consideran **instrumentos válidos para conocer las características del mercado**. Los órganos de contratación pueden realizar estudios de mercado o consultas a los operadores económicos para preparar correctamente una licitación (Art. 115 LCSP).

No obstante, **dicho órgano podría verse influenciado en exceso por los operadores consultados** quienes podrían aprovechar su participación en la fase preliminar del procedimiento de contratación para influir en el diseño de pliegos de manera que estos resulten más favorables a los mismos.



MEDIDAS ESTABLECIDAS POR LA NORMATIVA PARA PALIAR RIESGOS PARA LA COMPETENCIA

Con el objeto de que no se vulneren los principios de igualdad de acceso a las licitaciones, no discriminación y libre competencia, la normativa establece las siguientes cautelas:

MEDIDAS ESTABLECIDAS POR LA NORMATIVA

CONSULTA A TERCEROS	TRASPARENCIA	INFORME FINAL
La consulta a los operadores económicos activos debe ser excepcional, preferentemente debe realizarse a otros agentes.	El inicio de la consulta, su objeto y denominación de quienes vayan a participar, así como la motivación de los agentes seleccionados, deben publicarse en el perfil del contratante	Al finalizar deben recogerse en un informe todas las actuaciones realizadas , incorporarlo al expediente y publicarlo en el perfil del contratante

■ FASE 2: SELECCIÓN



CAUTELAS ADICIONALES PARA NO FALSEAR LA COMPETENCIA

El objeto del contrato no puede resultar tan concreto y delimitado que únicamente se ajuste a las características técnicas de uno de los consultados.

Aunque el artículo 115.3 in fine no lo impide, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 70 LCSP en cuanto a la redacción de los pliegos : **Los operadores que asesoraron al órgano de contratación deben ser excluidos de las licitaciones, así como empresas vinculadas a los mismos.**



IMPORTANCIA DE LA ELECCIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN

La **elección de un procedimiento de contratación es una decisión estratégica** y por ello debe decidirse y justificarse en la fase de planificación, estando condicionada dicha elección al cumplimiento de los requisitos asociados a cada una de las modalidades previstas en la LCSP.



CRITERIOS GENERALES QUE HAN DE TENERSE EN CUENTA PARA SELECCIONAR UNA MODALIDAD DE CONTRATACIÓN

El procedimiento de contratación debe seleccionarse de acuerdo con los **principios de transparencia, publicidad y proporcionalidad**. La modalidad debe seleccionarse de acuerdo con las necesidades del objeto del contrato, **respetando la competencia y tratando de dar un trato igualitario y no discriminatorio** a los licitadores.

La selección de uno u otro procedimiento no es inocua a efectos de procurar una mayor concurrencia a las licitaciones pues, sin duda alguna, **el procedimiento que mayor concurrencia puede garantizar es el abierto, en el que todo aquel empresario interesado podrá presentar su oferta.**

Cuando el **procedimiento seleccionado sea distinto al abierto o al restringido, será necesaria su justificación la cual deberá publicarse en el perfil del contratante.**



¿QUÉ ES EL VALOR ESTIMADO Y CÓMO INFLUYE EN LA MODALIDAD DE CONTRATACIÓN A SELECCIONAR?

El **valor estimado del contrato determina el régimen jurídico** de la licitación. El mismo, excluye el IVA pero ha de incluir las eventuales prórrogas del contrato y las modificaciones al alza previstas (Art. 101 LCSP).

En este sentido, cuando el valor estimado de un contrato excede el umbral previsto en la normativa, el contrato estará sujeto a regulación armonizada (SARA) y será recomendable tramitar un procedimiento abierto, cumplir determinadas normas de publicidad adicionales y ciertos requisitos de solvencia por parte de los licitadores.

■ FASE 2: SELECCIÓN

PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN DE LA LCSP

- 1 Procedimiento abierto
- 2 Procedimiento abierto simplificado y súper simplificado (*)
- 3 Procedimiento restringido
- 4 Procedimiento con negociación: con/sin publicidad
- 5 Diálogo competitivo
- 6 Procedimiento de asociación para la innovación(*)
- 7 Contratos menores
- 8 Tramitación de urgencia
- 9 El acuerdo marco y los sistemas dinámicos de contratación

(*) El procedimiento abierto simplificado y la asociación para la innovación son procedimientos que ha incorporado como novedad la nueva LCSP.

1. Procedimiento abierto (Art 156-158 LCSP)

El procedimiento abierto favorece la libre concurrencia, ya que **permite presentarse a todas aquellas empresas que reúnan la capacidad y solvencia exigidas**. Se estudian las ofertas de todos los licitadores y no se realiza ningún procedimiento de preselección. Todo empresario interesado podrá presentar una proposición, quedando excluida toda negociación de los términos del contrato con los licitadores.

Debe ser **el procedimiento seleccionado preferentemente**. El resto de modalidades de contratación deberán estar debidamente justificadas, habiéndose sopesado su impacto sobre la competencia.

TABLA RESUMEN DEL PROCEDIMIENTO ABIERTO

CONCEPTO	CLASE	PLAZO	LCSP
Presentación proposiciones en Procedimientos sujetos a regulación armonizada (SARA)	General	No inferior a 35 días en obras, suministros y servicios. No inferior a 30 días en concesiones de obras y concesiones de servicios	Art. 156.2
	Con anuncio previo	15 días	Art. 156.3
	Anuncios con medios electrónicos	Se reducirán plazos anteriores en 5 días	Art. 156.3 c)
Presentación proposiciones contratos no sujetos a regulación armonizada	Suministros y servicios	No inferior a 15 días naturales	Art. 156.6
	Obras, concesión de obras y concesión de servicios	No inferior a 26 días naturales	

■ FASE 2: SELECCIÓN

2. Procedimiento abierto simplificado y simplificado abreviado (Art. 159 LCSP)



¿EN QUÉ CONSISTEN EL PROCEDIMIENTO ABIERTO SIMPLIFICADO Y EL SÚPER SIMPLIFICADO Y CUÁNDO PUEDEN SELECCIONARSE?

El **procedimiento abierto simplificado**, permite **aligerar cargas administrativas y simplificar**. Este procedimiento permite una tramitación muy breve y sencilla, pero garantiza la publicidad y transparencia, lo cual resulta favorecedor de la competencia.

Se puede acordar la utilización de un **procedimiento abierto simplificado** en los contratos de obras, suministros y servicios cuando se cumplan las dos condiciones siguientes:

- a) **Valor estimado: igual o inferior a 2.000.000 de euros en el caso de contratos de obras, y en el caso de contratos de suministro y de servicios, igual o inferior a 100.000 euros.**
- b) **Que entre los criterios de adjudicación no haya ninguno evaluable mediante juicio de valor o, de haberlos, que su ponderación no supere el 25 % del total, salvo en el caso de que el contrato tenga por objeto prestaciones de carácter intelectual, que su ponderación no podrá superar el 45 % del total.**

La norma también habilita un procedimiento con una tramitación especialmente sumaria, que se podría denominar "**procedimiento súper simplificado**", para contratos **de escasa cuantía**: **Art. 159-6 LCSP**.



¿CÓMO SE DEBE TRAMITAR EL PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO?

1. Los licitadores deberán estar inscritos en el **Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público**.
2. **No procederá garantía provisional.**
3. **Las proposiciones deberán presentarse necesaria y únicamente en el registro indicado en el anuncio.**
4. **La oferta se presentará en un único sobre** en los supuestos en que en el procedimiento no se contemplen criterios de adjudicación cuya cuantificación **dependa de un juicio de valor**. En caso contrario, la oferta se presentará en dos sobres.
5. En todo caso, **será público el acto de apertura de los sobres** que contengan la parte de la oferta evaluable a través de criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas establecidas en los pliegos.
6. En los supuestos en que en el procedimiento se contemplen criterios de adjudicación cuya cuantificación **dependa de un juicio de valor, la valoración de las proposiciones se hará por los servicios técnicos** del órgano de contratación en un plazo no superior a siete días.

■ FASE 2: SELECCIÓN

TABLA RESUMEN DEL PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO

MODALIDAD CONTRACTUAL	OBRAS		SERVICIOS Y SUMINISTROS	
	Abierto simplificado	Abierto super simplificado	Abierto simplificado	Abierto super simplificado
IMPORTE IGUAL O MENOR	2.000.000 €	Menos de 80.000 €	100.000 €	Menos de 35.000 €
PLAZO MÍNIMO DE LICITACIÓN	20 días	10 días	15 días	10 días/5 días si se trata de adquisición de bienes corrientes
CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN SUJETOS A JUICIO DE VALOR	Hasta un 25% del total	100% criterios evaluables mediante fórmulas	Hasta un 25% del total, excepto en servicios de tipo intelectual (ingeniería, arquitectura, etc.) en ese caso hasta un 45%	100% Criterios evaluables mediante fórmulas

3. Procedimiento restringido



¿CUÁNDO HA DE UTILIZARSE EL PROCEDIMIENTO RESTRINGIDO?

Se considera el procedimiento especialmente **adecuado para la contratación de servicios intelectuales de especial complejidad.**

En el procedimiento restringido, **sólo podrán presentar proposiciones las empresas que, habiéndolo solicitado, sean seleccionadas.**

Debe prestarse especial atención a que el número de empresas invitadas sea suficiente para garantizar una competencia efectiva entre los licitadores (el número de empresas invitadas, en la medida de lo posible, no deberá ser inferior a 5).

4. Procedimiento con negociación (Art. 166-171 LCSP)



¿EN QUÉ CONSISTE?

El procedimiento con negociación es aquel en el que el **contrato recae en un licitador tras un proceso de negociación con uno o varios candidatos.** Se trata de un procedimiento extraordinario.



¿REQUIERE PUBLICIDAD?

El procedimiento con negociación no requiere siempre de publicidad, si bien, en aquellos casos en los que se opte por esta figura sin publicidad, **se aconseja una aplicación comedida.**

■ FASE 2: SELECCIÓN

TABLA COMPARATIVA RESUMEN DEL PROCEDIMIENTO CON NEGOCIACIÓN Y DEL NEGOCIADO SIN PUBLICIDAD

	OBRAS, SERVICIOS, SUMINISTROS, CONCESIÓN DE OBRAS Y CONCESIÓN DE SERVICIOS	
MODALIDAD CONTRACTUAL	Procedimiento de licitación con negociación	Procedimiento negociado sin publicidad
CUANDO CONCURREN	Supuestos previstos en el artículo 167 Letras a) a f)	Supuestos previstos en el artículo 168 Letras a) a e)
ANUNCIO OBLIGATORIO	SI En el perfil de contratante siempre y en DOUE los contratos sometidos a regulación armonizada	NO
TRAMITACIÓN	Prevista en el artículo 169. Número mínimo de invitados al procedimiento : 3 (artículo 168.2), salvo causas justificadas previstas	Prevista en el artículo 170. Se remite a la tramitación del 169, salvo en lo concerniente a la publicidad



¿CUÁNDO SE PUEDE SELECCIONAR UN PROCEDIMIENTO CON NEGOCIACIÓN SIN PUBLICIDAD?

Existen diversos casos en los que se puede seleccionar un procedimiento con negociación, si bien **los más habituales** son los siguientes:

Licitaciones desiertas

En aquellos casos en los que no se han presentado ofertas en el marco de un procedimiento abierto, puede ser adecuado plantear la posibilidad de aplicar un procedimiento con negociación, recogiendo los requerimientos de los posibles licitadores para que el contrato pueda producirse.

Circunstancias sobrevenidas

El recurso a un procedimiento con negociación puede deberse a la existencia de circunstancias sobrevenidas. No obstante cabe señalar que las circunstancias han de ser realmente excepcionales e imprevisibles, ya que existen otros procedimientos para supuestos en circunstancias imprevisibles como la tramitación de urgencia.



RECOMENDACIONES PARA LA APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO CON NEGOCIACIÓN

- Se han de **admitir en el procedimiento a aquellas empresas que no habiendo sido invitadas, lo soliciten**
- Se deben establecer **protocolos internos** para la pre-selección de candidatos que garanticen la igualdad de trato
- Los distintos **aspectos de la negociación deben documentarse en el expediente**, en aras de lograr la mayor transparencia posible
- Cuando el procedimiento se desarrolle en fases sucesivas, deberá asegurarse que en la fase final el **número de ofertas garantice la competencia efectiva**.

■ FASE 2: SELECCIÓN

5. Diálogo competitivo (Art. 172 y sig. LCSP)



**¿EN QUÉ CONSISTE Y
CUÁNDO SE DEBE UTILIZAR?**

El **diálogo competitivo es otro de los procedimientos extraordinarios** cuya utilización está sujeta a la concurrencia de determinadas circunstancias. El ente público dirige un intercambio de opiniones con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, con el fin de **desarrollar un procedimiento de licitación que se ajuste a las necesidades de ambas partes.**

Este procedimiento, similar al procedimiento con negociación, se reserva para el caso de **contratos particularmente complejos** (por ejemplo, la realización de obras de infraestructuras complejas). Este procedimiento sustituye la colaboración público privada, que ya no será de aplicación.

El procedimiento ha de ser flexible y garantizar la competencia a través del número mínimo de empresas a participar que no deberá ser inferior a 3, siempre que sea posible. Cuando el procedimiento se desarrolle en fases sucesivas, deberá garantizarse que en la fase final el **número de ofertas garantice la competencia efectiva.**

Volver

6. Procedimiento de asociación para la innovación (Art. 177 y sig. LCSP)



**¿EN QUÉ CONSISTE Y
CUÁNDO SE DEBE UTILIZAR?**

Se puede utilizar la presente modalidad de contratación **cuando las obras, productos o servicios innovadores necesarios para la entidad contratante no estén disponibles en el mercado.** El órgano de contratación podrá decidir **crear una asociación** con uno o varios socios que efectúen por separado las actividades de investigación y desarrollo necesarias.

El procedimiento de asociación para la innovación tendrá los siguientes pasos:



El procedimiento ha de ser flexible y garantizar la competencia a través del número mínimo de empresas a participar que no deberá ser inferior a 3, siempre que sea posible. Cuando el procedimiento se desarrolle en fases sucesivas, deberá asegurarse que en la fase final el **número de ofertas a garantice la competencia efectiva.**

Volver

■ FASE 2: SELECCIÓN

7. Contratos menores (Art. 118 LCSP)



¿QUÉ ES UN CONTRATO MENOR?

Se consideran contratos menores, los contratos de valor estimado inferior a:

- **40.000 euros**, cuando se trate de contratos de obras
- **15.000 euros**, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios

Su **duración no podrá ser superior a un año** ni ser objeto de prórroga.



¿CÓMO SE TRAMITA?

La tramitación de un expediente de contratación como contrato menor **solo requiere el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato**, así como la **aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente**.

Su **tramitación resulta muy sencilla y ágil para los órganos de contratación**.

Además, en el contrato menor de obras el expediente de contratación deberá incluir el presupuesto de las obras y en su caso el proyecto de obra.



¿QUÉ RIESGOS CONLLEVA LA TRAMITACIÓN DE CONTRATOS MENORES?

No obstante lo anterior, **demasiado frecuentemente se ha tendido a utilizar esta tramitación para la contratación de prestaciones que debieran haberse realizado mediante otro tipo de procedimientos** que garantizaban la igualdad de acceso y la concurrencia. En este sentido, no ha sido infrecuente la realización de fraccionamientos de contrato cuya suma alcanzaba los umbrales en los cuales era preceptiva la convocatoria de licitaciones mediante procedimientos abiertos.

Por ello, la **LCSP ha establecido ciertas cautelas** con el objeto de que situaciones similares no vuelvan a producirse. Así, en el expediente deberá justificarse que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra mencionada anteriormente.

El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla. Además, dichos contratos **deberán ser objeto de publicación de manera agrupada y trimestral** en el perfil del contratante con el siguiente contenido:

- Objeto
- Duración
- Importe de adjudicación
- Adjudicatario

La **LCSP establece una excepción por razón de cuantía a la obligación de publicar los contratos menores**. Así, aquellos cuyo importe **no exceda de 5.000 euros IVA incluido** y se paguen a través de la caja fija o similares, no deberán publicarse.

■ FASE 2: SELECCIÓN

8. Tramitación de urgencia



¿CUÁNDO SE JUSTIFICA LA APLICACIÓN DE LA TRAMITACIÓN DE URGENCIA?

Solo puede aplicarse la tramitación de urgencia en aquellas situaciones en las que el plazo de tramitación ordinaria conlleve la vulneración y el detrimento del interés público. La principal consecuencia es que **los plazos de tramitación se reducen a la mitad de los del procedimiento ordinario.**

La aplicación de esta modalidad de procedimiento de contratación requiere de su justificación exhaustiva, pudiendo valorarse la posibilidad de mantener ciertos plazos como el de presentación de ofertas de acuerdo con los plazos que corresponderían en el procedimiento ordinario en aras de no establecer barreras a la competencia y libre concurrencia.

Volver

9. El acuerdo marco y los sistemas dinámicos de contratación (Art. 219-222 LCSP)



¿EN QUÉ CONSISTEN?

Los acuerdos marco y los sistemas dinámicos de contratación forman **parte de los mecanismos disponibles para la racionalización técnica de la contratación** entre Administración y contratistas cuando ésta se extiende a lo largo de un período determinado, durante el cual previsiblemente existirán **prestaciones continuadas.**

Con los acuerdos marco se busca la estabilidad en las condiciones contractuales.

En los sistemas dinámicos, cualquier oferente o licitador interesado que cumpla los requisitos puede participar una vez iniciado el contrato, mientras que en los acuerdos marco, una vez definidos, no se permite la incorporación de nuevas empresas durante el plazo de vigencia del contrato.

La aplicación de estas modalidades excepcionales exige la justificación de las mismas en el expediente de contratación: razones, plazo de duración del acuerdo y eventual ampliación de la duración (en principio fijada por cuatro años y excepcionalmente podría ampliarse).

Los contratos concretos que se celebren al final de la duración del contrato no deberán hacerse por un periodo de tiempo superior que suponga extender de facto los efectos del contrato marco de referencia.

En el caso de que parcialmente o totalmente el acuerdo marco se declare desierto o el número de empresas resulte reducido, deberá seleccionarse otro procedimiento de contratación.

Volver

FASE 3: DISEÑO

Diseño de los pliegos del contrato

Los pliegos de condiciones de los contratos son los **documentos que determinan el acceso a la concurrencia por parte de los potenciales licitadores**, así como las **principales variables** del contrato.

Por ello, los entes públicos responsables de su elaboración deben tratar de diseñar unos pliegos exhaustivos y detallados, que garanticen la no discriminación y la libre concurrencia.

Los **aspectos del diseño de los pliegos más relevantes** a efectos de la competencia son los siguientes:

1. Acceso a la licitación
2. Criterios de adjudicación
3. Duración de los contratos

1. Acceso a la licitación

Las personas naturales o jurídicas que quieran contratar con el sector público **tienen que acreditar que tienen plena capacidad de obrar, que no están incursas en alguna prohibición de contratar, y que tienen la solvencia económica y financiera, y técnica o profesional requerida** o, en los casos que así lo exige la LCSP, **que se encuentran debidamente clasificadas** (Art. 74 LCSP).

En relación con el acceso a la contratación han de tenerse en cuenta los siguientes aspectos, que se desarrollan a continuación:

- a) Prohibiciones de contratar
- b) Exigencia de solvencia y clasificación de los licitadores
- c) Exigencia de una determinada forma jurídica
- d) Discriminación por razones de territorio
- e) Requisitos técnicos y económicos innecesarios o excesivos
- f) Exigencia de certificaciones de calidad

■ FASE 3: DISEÑO

A | PROHIBICIÓN DE CONTRATAR

Para poder presentarse a la licitación **los operadores económicos deben poder probar que no están sancionados con la prohibición de contratar (Art 343 LCSP).**

Asimismo, la Administración licitadora podrá consultar en el Registro oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público si los operadores económicos se encuentran incurso en la prohibición de contratar (Art. 73.2 de la LCSP).

B | EXIGENCIA DE SOLVENCIA Y CLASIFICACIÓN DE LOS LICITADORES

Para celebrar contratos con el sector público es **necesario que los operadores económicos acrediten unas condiciones mínimas de solvencia económica y financiera, y profesional o técnica**, que son determinadas de manera discrecional por el órgano de contratación o, en aquellos casos que lo exija la LCSP, será necesario que acrediten la clasificación correspondiente (artículo 77 a 82 y 86 a 95 LCSP).

¿ Cuándo será obligatoria la clasificación?

La clasificación solo será obligatoria para las obras cuyo valor estimado sea igual o superior a 500.000,00 euros y voluntaria en el resto de contratos. La presentación del certificado de empresa clasificada sustituye el deber de presentar la documentación acreditativa de la solvencia por otros medios.

¿Cómo se puede acreditar la solvencia?

Para acreditar la solvencia necesaria el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrá efectivamente de esa solvencia y medios.

La nueva LCSP establece la posibilidad de probar la solvencia aportando el volumen anual de negocios (referido al mejor de los ejercicios de los 3 últimos). La solvencia técnica de los contratos de obra podrá probarse con la relación de trabajos realizados en los últimos 5 años. Para las empresas de nueva creación (antigüedad menor a 5 años) y contratos de menos de 500.000 euros, no se podrá exigir relación de obras ejecutadas. En los contratos NO sujetos a armonización, se podrán admitir otros medios de acreditación siempre que se justifiquen en el expediente de contratación.

Tal y como vienen señalando las diferentes autoridades de competencia así como los tribunales de contratación, la solvencia es subjetiva de cada contrato, no existe una regla general de solvencia a exigir toda vez que el objeto y prestación a contratar es diferente, por lo que debe ser determinada caso por caso y adecuarse a las prestaciones a realizar.

Si el anuncio de licitación y los pliegos no concretan un mínimo de solvencia se aplicarán subsidiariamente los requisitos mínimos establecidos en el art. 87.3 LCSP.

Es imprescindible que la solvencia esté claramente determinada y que se establezca el mínimo exigible, no determinar un mínimo sería como no exigir solvencia para el acceso. En aquellos casos donde se exija una clasificación habrá de incluirse la clasificación mínima exigible, que podrá acreditarse mediante el correspondiente certificado, simplificando la preparación de la documentación.

■ FASE 3: DISEÑO

El órgano de contratación dispone de libertad de elección de criterios, pero dicha libertad significa discrecionalidad técnica, en ningún caso arbitrariedad, por lo que la solvencia exigida debe estar convenientemente justificada.

Caso 3

Contrato para la prestación del servicio de mantenimiento de equipamiento de electromedicina en los centros públicos de salud. La experiencia solicitada para acreditar la solvencia técnica se refería al mantenimiento de hospitales, es decir, a un objeto más genérico que el del contrato. Así, el requerimiento de experiencia no se encontraba estrictamente vinculado al objeto del contrato que es el mantenimiento de equipos electromédicos.

Conclusión:

Los requisitos mínimos de solvencia exigidos han de estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo.

Con el objeto de favorecer la competencia y obtener el mayor número de ofertas en las licitaciones sería **recomendable que los órganos de contratación opten por una pluralidad de criterios de solvencia alternativos en lugar de por un único criterio excluyente**, posibilidad que ofrece la normativa de contratación.

Los criterios de solvencia exigidos por el órgano de contratación deberán ser justificados, razonables, no discriminatorios y proporcionales a la dimensión y objeto del contrato.

En cualquier caso, a la hora de determinar la solvencia **se debe tener presente que no debe suponer un obstáculo para la participación de las pequeñas y medianas empresas.**

¿Qué hacer en los casos en los que no sea posible realizar una descripción precisa de la solvencia?

Cuando sea necesario establecer requisitos referidos a la presentación de certificados de organismos concretos o referirse a marcas, fabricaciones, servicios ofrecidos por un empresario determinado o patentes, porque **no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa, dichas referencias deben ir acompañadas de la mención “o equivalente” para evitar la discriminación entre licitadores.**

¿Deben los pliegos de una misma entidad del sector público exigir requisitos de solvencia similares?

Es conveniente que los órganos de contratación de una misma Administración exijan requisitos de solvencia similares para contratos sustancialmente iguales entre sí, para evitar tratamientos desiguales entre empresas difícilmente justificables.

FASE 3: DISEÑO

Caso 4

Anulación de los criterios mínimos de solvencia exigidos en los Pliegos de prescripción técnica correspondientes al contrato de gestión de los **sistemas de información y control de circulación de una ciudad**.

- Se exigen aspectos que no se refieren a las características del licitador sino a prescripciones técnicas del producto.
- Se exige que el licitador sea fabricante y disponga de medios de investigación y desarrollo, lo que se califica como desproporcionado, toda vez que para realizar las prestaciones sería suficiente con ser comercializador.
- Se califica dicho requisito como contrario a la libre competencia porque restringe el acceso a la licitación de los comercializadores no fabricantes.
- Se requiere disponer de un "respaldo técnico suficiente" en número, sin establecer un umbral al no especificarse los medios concretos a los que se refiere, lo cual es contrario al principio de igualdad de trato pues las empresas no conocen de la misma forma los requisitos de acceso y además facilita la actuación arbitraria del poder adjudicador.
- Se anula igualmente por infracción del principio de igualdad de trato, la falta de admisión de medios alternativos a los certificados ISO 9001 y 14001.

La vaguedad o no adecuación **en definición de la solvencia exigida puede llevar aparejada la nulidad de los pliegos** y, por tanto, de la licitación, con el consiguiente perjuicio en términos de eficiencia y sobrecoste que ello supone para las entidades contratantes y para los ciudadanos.

Caso 5

Existencia de solvencia individual de empresa que concurre en una UTE

Una empresa pública convocó un concurso público para la licitación, por procedimiento abierto, de la contratación de los servicios de ingeniería para un proyecto tecnológico de rehabilitación de un edificio.

El pliego admitía la posibilidad de que se presentasen UTEs, pero no permitía la acumulación de la solvencia de cada una de las empresas componentes de la UTE a los efectos de la determinación de la solvencia mínima requerida, exigiéndose la concurrencia de la total solvencia en todas y cada una de ellas.

C | EXIGENCIA DE UNA DETERMINADA FORMA JURÍDICA

De acuerdo con la normativa, está **prohibido que el acceso a la licitación esté condicionado a que las entidades participantes cuenten con una forma jurídica determinada**, ya que ello puede eliminar las posibilidades de participación de ciertos operadores que pudieran ofrecer satisfactoriamente la prestación requerida.

Existen determinadas excepciones a la norma general en las que la normativa exige la constitución o adopción de una determinada forma jurídica una vez adjudicado el contrato. No obstante, dichas excepciones son casos aislados y han de estar previstas en la normativa (como es el caso de los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y empresas de inserción).

■ FASE 3: DISEÑO

Caso 6

Existencia de una forma jurídica determinada

A propósito de contratos de asistencia médica y otros servicios análogos, se analizan unos pliegos en los que se detalla como objeto del contrato la prestación de dicho servicio, y se restringe la posibilidad de participación a los licitadores cuya naturaleza jurídica sea la de “mancomunidad de servicios médicos de empresas”.

Ello limita innecesariamente la competencia, al descartar la posibilidad de que se presenten a la licitación otros oferentes con distinta forma jurídica que, sin embargo, son capaces de acreditar su solvencia para el desempeño de esta función.

D | DISCRIMINACIÓN POR RAZONES DE TERRITORIO

Está prohibida toda referencia a cláusulas de las que pudieran derivarse diferencias de trato en función de la nacionalidad, lengua, domicilio o territorio del adjudicatario, incluso de manera indirecta, como por ejemplo, la preferencia por experiencias vinculadas a un ámbito geográfico, o la exigencia de ubicación de instalaciones de los posibles adjudicatarios en el territorio de referencia.

Caso 7

En un contrato para la elaboración del PGOU de un Ayuntamiento, se requería que el Director del equipo de la empresa adjudicataria conociera las normas de la CAPV en materia de urbanismo y medioambiente, y elevaba esta condición a requisito de solvencia en la fase de selección cualitativa.

Sin embargo, para acreditar ese conocimiento y, en definitiva, la solvencia de las empresas licitadoras, no puede exigirse haber realizado trabajos de planeamiento en exclusiva en municipios de la CAPV.

La diversidad normativa ligada a la Comunidad Autónoma o incluso al municipio sobre el que se actúa es una característica consustancial al derecho urbanístico y la exigencia de una experiencia específica ligada a ella podría imposibilitar el libre acceso a las licitaciones en esta actividad administrativa.

El órgano de contratación impide el acceso a la licitación de empresas que sí pueden acreditar experiencia en la elaboración de trabajos de planificación relacionados con el objeto del contrato pero en ámbitos territoriales distintos.

Caso 8

Servicio de recogida y custodia de animales en un municipio.

Anulación del criterio de adjudicación y, por ende, de todo el proceso de adjudicación, por el cual se otorgaba la máxima puntuación a los albergues ubicados en dicho municipio. El sistema de reparto de puntuación del criterio atribuía una gran ventaja a quien lo cumpliera respecto a quien ofrecieran un albergue situado a más de 32 kilómetros, que no obtenía ningún punto.

El criterio de adjudicación beneficiaba de forma injustificada y desproporcionada a los licitadores que disponían de un albergue para animales en el municipio y perjudicaba a quienes disponían de albergues en otras localidades y sin embargo podían cumplir las prescripciones de los pliegos, por lo que se procedió a la anulación del criterio.

Adicionalmente, hay que reseñar que el criterio permite conocer de antemano la puntuación que se otorgará a los posibles licitadores, puesto que el poder adjudicador puede conocer “a priori” quienes están ubicados en el propio municipio y quienes en otras localidades, de forma que puede modular de antemano y de forma arbitraria la puntuación que otorgará a los licitadores capacitados para ejecutar el contrato.

■ FASE 3: DISEÑO

E | REQUISITOS TÉCNICOS Y ECONÓMICOS INNECESARIOS O EXCESIVOS

En relación con los bienes objeto del contrato, está **prohibida, toda referencia a tipologías, marcas o especificaciones técnicas como determinantes del acceso a la licitación.**

Igualmente deben **evitarse exigencias que supongan una carga económica desproporcionada, como la contratación de seguros de responsabilidad civil de cuantía excesiva en relación con el objeto del contrato.**

Caso 9**Medios técnicos desproporcionados**

Contrato para el proyecto, producción y montaje de un centro de interpretación.

Se solicitaba como requisito técnico que la empresa contara con un equipo formado por un historiador, un especialista en temas locales y otro en sistemas especiales expositivos, un arquitecto, un diseñador gráfico, un arqueólogo, un museólogo, un diseñador de sistemas audiovisuales y un técnico en iluminación. La exigencia de contar con este equipo tan complejo puede constituir una barrera de entrada insuperable para empresas capaces, sin embargo, de llevar a cabo esta actividad de manera satisfactoria.

Caso 10**Requisitos excesivos**

Contrato de suministro de material eléctrico a un Ayuntamiento.

Los términos de las prescripciones técnicas hacen referencia a unos productos o bienes de una marca concreta, lo que se constata al comparar los términos o especificaciones que se recogen en el Pliego de bases técnicas y los del catálogo de los productos o bienes señalados por la pericia ofrecida por la entidad recurrente.

Esa coincidencia hace que se infrinja el principio de la libre competencia.



■ FASE 3: DISEÑO

F | EXIGENCIA DE CERTIFICACIONES DE CALIDAD

La LCSP establece que las Administraciones Públicas que decidan **exigir certificados de calidad** en sus pliegos de contratación pública deben aceptar la certificación emitida por cualquier entidad de **certificación acreditada por la Entidad Nacional de Acreditación**, o por cualquiera de los organismos de acreditación con los que ésta tiene suscritos acuerdos de reconocimiento mutuo (At 93 LCSP).

Además, en los **pliegos no debe mencionarse ninguna entidad de certificación concreta**.

Los órganos de contratación reconocerán los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea, y también aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de garantía de la calidad que presenten los empresarios.

G | DIVISIÓN EN LOTES

El Art. 99. 3 LSCP establece la obligación de dividir en lotes el objeto del contrato siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan.

Esta obligación de carácter general tiene, no obstante, excepciones cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras.

En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes:

- Cuando la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. En estos casos, el órgano de contratación deberá solicitar **informe previo a la autoridad de defensa** de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.
- Cuando la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificulte su correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien por la propia naturaleza del objeto del contrato. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente.

Además, el párrafo 4º del artículo 99 permite limitar el número de lotes a los que un licitador puede presentar oferta y también permite limitar el número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador. Estas medidas deben ser excepcionales y siempre han de estar precedidas de la debida justificación.

■ FASE 3: DISEÑO

2. Criterios de adjudicación



¿QUÉ SON LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN?

Los criterios de adjudicación son aquellos que se emplean para valorar las diversas ofertas de los licitadores a fin de adjudicar el contrato. Los mismos deben de **guardar relación con el objeto del contrato, ser objetivos, publicarse y recogerse junto con su ponderación en los pliegos**, así como los **criterios de desempate** entre ofertas conforme a criterios objetivos y **la ponderación de las mejoras en las ofertas (Art. 145 a 147 LCSP)**.

Tanto la propia LCSP como la jurisprudencia y doctrina establecen claramente que la **solvencia es el elemento que mide la aptitud de las empresas**, mientras que los **criterios de adjudicación han de medir las características de la oferta**.

En el expediente debe quedar constancia de la justificación de la elección de las fórmulas de valoración.



¿CUÁL ES EL CRITERIO PREFERENTE DE ADJUDICACIÓN?

La adjudicación se realizará preferentemente utilizando una **pluralidad de criterios** en base a la **mejor relación calidad-precio**, concepto que sustituye el anterior de oferta económicamente más ventajosa.

Siempre que sea posible deberá darse preponderancia a las características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante la aplicación de fórmulas.

La mejor relación **calidad-precio debe realizarse con arreglo a criterios económicos y cualitativos**.



¿QUÉ SON LOS CRITERIOS CUALITATIVOS?

Los órganos de contratación deben asegurarse de que los criterios de adjudicación permitan obtener prestaciones de gran calidad mediante la inclusión de los **criterios cualitativos**, medioambientales, sociales e innovadores, pero estos deberán estar vinculados al objeto del contrato. Esta nueva forma de entender la contratación como herramienta para conseguir otras políticas públicas va a obligar a que tanto los órganos de contratación como los licitadores introduzcan cambios a la hora de diseñar y de presentar sus ofertas para ajustarse a dichas prescripciones cualitativas.

La LCSP recoge, entre otros, aspectos como: la calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal, las características sociales, medioambientales e innovadoras, la reducción de la emisión de gases efecto invernadero, las medidas de ahorro y eficiencia energética, el fomento de la integración de personas con discapacidad, la inserción socio laboral, y los planes de igualdad de género.

FASE 3: DISEÑO



¿QUÉ DEBE INCLUIR EL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN EN RELACIÓN CON LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN?

Para que los licitadores conozcan con suficiente anterioridad los criterios de adjudicación, **el expediente de contratación debe contener la constancia de la justificación de la elección de las fórmulas de valoración.**

- Deben estar vinculados al objeto del contrato
- Deben ser objetivos
- Deben garantizar la competencia efectiva
- Deben publicarse previamente
- Se limita la inclusión de mejoras como criterio de adjudicación, con un máximo de valoración del 2,5 por ciento de la puntuación total
- Criterios de desempate de ofertas conforme a criterios sociales

Caso 11

Criterio de adjudicación "marca" recogido en los pliegos del Acuerdo marco para la selección de empresas suministradoras de equipamiento informático, tramitado por una Universidad pública."

*No hay relación alguna entre los tres subcriterios citados y la identificación de la oferta económicamente más ventajosa. **El hecho de que se trate de una marca o producto ampliamente aceptada en el mercado nada dice de la identificación de los aspectos ventajosos de la oferta para la mejor satisfacción de las necesidades de la Administración**, que es precisamente lo que pretenden los criterios de adjudicación; que la marca (o el producto) sea muy vendida no le añade objetivamente ningún valor técnico, calidad o funcionalidad beneficiosa para la universidad y es además, contrario a la libre competencia y discriminatorio, por ejemplo, para las marcas especializadas en un segmento de compradores muy concreto o reducido respecto al total del mercado, para las que acaban de ingresar en el mercado o han ampliado su ámbito recientemente (a veces con propuestas innovadoras), o para las que actúan en un ámbito geográfico reducido, las cuales pueden presentar las proposiciones objetivamente más ventajosas en razón de su precio y prestaciones.*

OBJETIVOS Y CUESTIONES A EVITAR O TENER EN CUENTA EN RELACIÓN CON LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

GARANTÍA DE LA IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN ENTRE LICITADORES	PONDERACIÓN ADECUADA DE LAS VARIABLES BÁSICAS	PRECISIÓN EN LA DEFINICIÓN DE CRITERIOS	OTROS ASPECTOS A EVITAR
1. Valoración de la experiencia	4. Ponderación inadecuada de los criterios de valoración	8. Definición deficiente de los criterios de valoración	9. Insuficiente transparencia
2. Valoración del cumplimiento satisfactorio de otros contratos	5. Reflejo inadecuado del impacto del precio o tarifa		10. Conocimiento ex ante del umbral de anomalía de las ofertas
3. Derechos de preferencia y tanteo	6. Establecimiento de límites de precio, tarifas u otros		11. Puntuación de elementos ya tenidos en cuenta al valorar la solvencia
	7. Excesivo peso de criterios poco relevantes o que imponen costes adicionales		



■ FASE 3: DISEÑO

Garantía de la igualdad de trato y de no discriminación entre licitadores

1| VALORACIÓN DE LA EXPERIENCIA



¿PUEDE CONSIDERARSE LA EXPERIENCIA UN CRITERIO DE ADJUDICACIÓN?

La experiencia de los licitadores no puede ser considerada como un parámetro puntuable a efectos de obtener la adjudicación.

Debe entenderse que **todas las empresas que acrediten la solvencia requerida están igualmente capacitadas para ejecutar el contrato** y, en consecuencia, la adjudicación debe realizarse en función de otros criterios.

Caso 12

En una licitación de obras promovida por diversas Administraciones Públicas, los criterios de adjudicación incluyen la experiencia en la realización de obras similares, la posesión de la certificación ISO 14001 y la realización de inversiones en proyectos socio-culturales en el ámbito municipal donde se va realizar la obra.

Los dos primeros criterios cualifican la solvencia de la empresa licitadora, y por tanto no pueden utilizarse como criterios de adjudicación.

Caso 13

Servicio de seguridad y servicios auxiliares para diversos edificios.

Se analiza el criterio de adjudicación recogido en los pliegos consistente en incremento del seguro de responsabilidad sobre el mínimo.

La cuantía del seguro de responsabilidad civil de la empresa, que incluirá los derivados de los riesgos profesionales, es un medio de prueba para la acreditación de un criterio de selección cualitativa, en concreto de la solvencia económica y financiera que, como tal, está vinculado, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión pero no resulta pertinente su elección como criterio para identificar la oferta económicamente más ventajosa.

Volver

2| VALORACIÓN DEL CUMPLIMIENTO SATISFACTORIO DE OTROS CONTRATOS



¿ES LA SATISFACCIÓN DE UN CONTRATO UN CRITERIO DE ADJUDICACIÓN?

El grado de satisfacción de la Administración con la ejecución de un contrato por parte de un licitador no puede utilizarse a efectos de la adjudicación del nuevo contrato, en la medida en que contribuye a discriminar contra nuevos entrantes.

Si se pretende premiar el correcto desempeño de contratos anteriores, o bien minimizar el riesgo de una prestación no idónea del servicio, deberían preverse y ejercerse otros mecanismos que no impliquen ventajas en futuras licitaciones.

Volver

■ FASE 3: DISEÑO

3| DERECHOS DE PREFERENCIA Y TANTEO



**¿DISTORSIONAN LA
COMPETENCIA LOS
DERECHOS DE PREFERENCIA
O TANTEO?**



**EXCEPCIÓN: LA NORMATIVA
RECOGE EL DERECHO DE
PREFERENCIA PARA EL
TRANSPORTE DE VIAJEROS**

Los **derechos de preferencia y tanteo** quedan prohibidos ya que atribuyen ventajas al vigente titular de un contrato, pudiéndolas el mismo, ejecutarlas o no, a su voluntad. En concreto, podría por ejemplo, atribuir una mayor ponderación a la oferta de un licitador con este tipo de derecho, sobre el resto de licitadores, perjudicando al resto de competidores.

La normativa referida al transporte de viajeros tanto estatal como autonómica ha recogido tradicionalmente el derecho de preferencia a favor de los incumbentes (Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres. BOE nº 182, de 31 de julio 1987).

El artículo 74 de la LOTT **sigue manteniendo un derecho de preferencia a favor de las empresas concesionarias en caso de empate en las licitaciones** en orden a la adjudicación de los servicios:

Cuando el objeto de un nuevo contrato sea la gestión de un servicio que ya se venía prestando con anterioridad, se adjudicará al anterior contratista siempre que éste hubiese cumplido satisfactoriamente el anterior contrato y que la valoración atribuida a su oferta sea la misma que la mejor del resto de las presentadas.

Caso 14

Una asociación prestaba un servicio de transporte regular de uso especial para estudiantes en los recorridos Vitoria Gasteiz-Bilbao, Vitoria Gasteiz - Leioa, con una frecuencia de paso extensa y flexible. La Administración denegó a los transportistas contratados por la Asociación la autorización administrativa especial para desarrollar esta actividad debido a: (i) la aplicación del derecho de preferencia a favor de la empresa que tenía la concesión del servicio de transporte regular de uso general entre las dos capitales; y (ii) la falta de acreditación en la solicitud de autorización del requisito de grupo homogéneo y específico en todos los recorridos.

Se resolvió que la existencia de una competencia, al titular de la concesión del transporte regular de uso general, que básicamente se puede desarrollar a través del transporte regular de uso especial, no sólo es conveniente para permitir a otras empresas poder acceder y prestar servicios en el mercado, sino que es imprescindible.

Los derechos de preferencia constituyen figuras muy controvertidas desde la perspectiva de la normativa de competencia porque suponen una quiebra de los principios de igualdad de acceso al mercado y de libertad de empresa. Este tipo de restricciones son especialmente perniciosas para la competencia, pues operan en mercados en los que se otorgan derechos exclusivos de explotación de concesiones administrativas, lo que supone que se otorgan monopolios a los concesionarios.

Caso 15

En el marco de una concesión interurbana de autocares, los derechos de preferencia y tanteo a favor de un concesionario no se refieren a las licitaciones que puedan convocarse una vez vencida la concesión vigente, sino a la adjudicación de otros servicios que pueden suministrarse "en paralelo" a dicha concesión.

Este es el caso, por ejemplo, de los derechos de preferencia establecidos para los concesionarios de servicios de transporte general interurbano regular de viajeros, en relación con transportes de uso especial, como el escolar.

Esta vinculación dificulta el acceso a estos servicios de transporte de uso especial para operadores que no sean concesionarios del transporte interurbano.

■ FASE 3: DISEÑO

Ponderación adecuada de las variables básicas

Los **elementos** que se tienen en cuenta para valorar las ofertas, así como el **peso que se confiere a cada uno de ellos dentro del total de valoración**, deben reflejar la importancia y prioridad de los elementos competitivos básicos. **De ser posible la ponderación debería reflejar un equilibrio entre el precio y el resto de criterios.**

4| PONDERACIÓN INADECUADA DE LOS DISTINTOS CRITERIOS DE VALORACIÓN; EN PARTICULAR, DE LA VARIABLE PRECIO



¿CÓMO DEBEN PONDERARSE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN?

La ponderación de los distintos criterios de adjudicación ha de hacerse previa justificación en el expediente, basándose en su relación con el objetivo final del contrato y en los criterios de coste-eficacia relacionados con el ciclo de vida de los productos o servicios.

[Volver](#)

5| REFLEJO INADECUADO DEL IMPACTO DEL PRECIO O TARIFA OFERTADOS EN EL PRESUPUESTO SELECCIONADO COMO BASE DEL PROYECTO



¿CÓMO INFLUYEN LAS PUNTUACIONES Y PONDERACIÓN DEL PRECIO DE LAS OFERTAS?

La **puntuación atribuida al precio o tarifa de las distintas ofertas debe ser proporcional** a su elasticidad en aras de absorber el impacto de este parámetro a la hora de decidir la adjudicación del contrato.

En este sentido, si la máxima puntuación por este concepto no se otorga a la oferta de precio o tarifa más bajas, sino a aquella cuyo nivel de precio o tarifa se aproxima más a la media aritmética de las ofertas presentadas, se está desaprovechando la oportunidad de conseguir ofertas más agresivas (esto es, por un precio inferior), al tiempo que se fomenta el riesgo de alineamiento de las ofertas por encima del precio competitivo (ya que se situarían en la media).

Caso 16

En un contrato de consultoría para la redacción de un estudio técnico para la construcción de una carretera, los pliegos disponían que en la oferta económica se otorgara mayor puntuación a las ofertas que más se aproximaran a la media aritmética de todas las ofertas admitidas. Se consideró que tal práctica era contraria a las Directivas europeas de contratación, ya que conduce a que ofertas más caras reciban mejor puntuación que otras más económicas, por encontrarse más cerca de la media.

Caso 17

En el marco de un procedimiento de contratación, algunas ofertas quedan fuera por ser consideradas muy bajas con respecto de la media del resto de ofertas. Dicho sistema de puntuación supone una valoración ineficiente de la variable precio es, inaceptable, principalmente por ser contrario al principio de la oferta económicamente más ventajosa. Cuando se valora el precio de la prestación, la ventaja económica se identifica con los precios más bajos, es decir, con las rebajas que se proponen los oferentes respecto al precio máximo.

El principio de igualdad impide atribuir la misma puntuación a ofertas disparmente ventajosas, aunque ambas hayan superado un determinado porcentaje de descuento respecto al importe de licitación.

Únicamente podrán quedar fuera ofertas con un precio desproporcionadamente bajo en aquellos casos en los que excedan los límites previstos en los pliegos a tales efectos.

[Volver](#)



■ FASE 3: DISEÑO

6| ESTABLECIMIENTO DE LÍMITES A LOS PRECIOS, TARIFAS U OTRAS CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DEL SERVICIO**¿PUEDEN ESTABLECERSE LÍMITES A LAS OFERTAS ECONÓMICAS?**

De acuerdo con la normativa **pueden establecerse umbrales para evitar la presentación de ofertas anormalmente bajas**, si bien se debe evitar dar un valor absoluto a estos efectos, para que no existan interferencias en los incentivos a ofertar en precios, ya que la revelación de esta información puede restringir la competencia severamente.

En cualquier caso, **los límites han de ser objetivos y estar contemplados en los pliegos correspondientes.**

Caso 18

En los pliegos de licitación del servicio de transporte regular se establecieron topes máximos a las mejoras en los parámetros de tarifa y número de frecuencias.

Esto impide que los licitadores puedan aumentar su puntuación superando en su oferta dichos topes, es decir, agotando fácilmente el recorrido de mejora que podría alcanzarse en ausencia de ellos.

Caso 19

Las normas y condiciones generales para la contratación de obras, servicios y suministros de un organismo público, establecen entre los posibles criterios de adjudicación de la licitación el del precio del contrato, atribuyendo una ponderación de 100 puntos a la oferta más económica.

A todas y cada una de las ofertas restantes, se les otorga como mínimo 30 puntos, incluso a la oferta más cara.

Este incremento generalizado de 30 puntos en la ponderación del precio supone una valoración inadecuada del precio ya que aminora la ponderación real de la oferta económicamente más eficiente y, además, desincentiva la presentación de bajas importantes del precio ofertado por los licitadores.



Volver

■ FASE 3: DISEÑO

7) EXCESIVO PESO DE CRITERIOS ESCASAMENTE RELEVANTES PARA LA EJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN, O QUE IMPONEN COSTES ADICIONALES A LOS LICITADORES EN RELACIÓN CON EL VIGENTE TITULAR DEL CONTRATO



¿PUEDE UTILIZARSE
CUALQUIER CRITERIO DE
VALORACIÓN?

No se debe limitar el acceso a nuevos entrantes y licitadores mediante el establecimiento de criterios poco relevantes para la ejecución de la prestación, que además supongan una carga económica para los propios licitadores. En caso de que dichas condiciones puedan ser consideradas imprescindibles, deberían establecerse como condiciones especiales de ejecución en los propios pliegos.



¿QUÉ OCURRE EN LOS
CASOS EN LOS QUE HAYA
DE GARANTIZARSE LA
CONTINUIDAD LABORAL DE
LA PLANTILLA?

En el caso de los contratos de concesión de servicios públicos, en particular, la exigencia a los licitadores de garantizar la continuidad de determinadas condiciones laborales o de organización asociadas a la gestión del contrato por el vigente contratista, reducen el margen de auto-organización de los nuevos entrantes y dificultan la realización de posibles ahorros de costes, además de imponerles una carga adicional que no afecta al vigente titular del contrato. Por ello, en aras de asegurar la continuidad laboral de los trabajadores, **pueden establecerse condiciones especiales de ejecución del contrato, no considerándolo como un criterio puntuable a efectos de la adjudicación.**

Caso 20

Recurso especial en materia de contratación interpuesto por una empresa de seguridad contra el pliego de prescripciones técnicas del contrato para la prestación del servicio de vigilancia y servicios auxiliares, en el que se establecía la obligación de respetar en materia retributiva y de condiciones de trabajo, como mínimo, el Convenio Colectivo sectorial que fuera de aplicación por razón de la actividad.

De acuerdo con la legislación laboral, es posible que el adjudicatario deba sujetarse en determinadas materias a un convenio colectivo distinto del sectorial. Ese sería el caso de una licitadora que disponga de un convenio de empresa, que tiene prioridad aplicativa en ciertas materias sobre el convenio sectorial (art. 84 del ET) o el de otra licitadora que, en el marco del procedimiento de descuelgue regulado en el art. 82 del ET, está habilitada para inaplicar determinadas materias del convenio sectorial. Ambas medidas fueron introducidas por el Capítulo III de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral con el objetivo de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa.

Ello conlleva que una estipulación contractual que pretende imponer un determinado contenido a unas relaciones legal y legítimamente configuradas entre el empresario y el trabajador al amparo del ET, sea contraria al principio de libertad de pactos regulado en el art. 25 de TRLCSP, que tiene como límite el respeto al ordenamiento jurídico.



■ FASE 3: DISEÑO

Precisión en la definición de los criterios

Los **criterios de valoración deben reflejar claramente los objetivos específicos** cuya satisfacción se pretende puntuar, evitándose en particular la vaguedad de su enunciado, o la confusión de los medios con los fines.

Caso 21

Los criterios de adjudicación no pueden ser tan vagos o genéricos que no vinculen en absoluto al órgano que adjudica el contrato, pues ello facilita que el poder adjudicador pueda actuar de forma arbitraria y contraria al principio de igualdad de trato. El criterio debatido está en esa situación, provocando que, por un lado, los licitadores no puedan preparar adecuadamente su oferta y, por otro, que sea imposible para este Órgano controlar la discrecionalidad técnica de la Administración por no existir en los Pliegos límites previos a los que se sujete su ejercicio.

8| DEFINICIÓN DEFICIENTE DE LOS CRITERIOS DE VALORACIÓN



¿DEBEN DEFINIRSE EXHAUSTIVAMENTE LOS CRITERIOS DE VALORACIÓN?

Los criterios deben ser definidos adecuadamente por el órgano adjudicador, explicando claramente el objetivo perseguido con cada uno de ellos. Tras realizar la definición del criterio en base a unos objetivos ha de darse libertad al licitador para organizarse de la manera que estime oportuno.

En el caso de que los criterios de puntuación incorporen juicios de valor, deberán describirse subcriterios de manera exhaustiva e informar de la puntuación que se atribuirá a cada uno de ellos.

Caso 22

Una Administración convocó concurso abierto para la contratación de un servicio de inspecciones en 48 puentes. En el pliego se incluían cuatro criterios de valoración: oferta económica, programa de realización de los trabajos, mejoras y reducción de plazo. Los pliegos no precisaban qué se entendía por "mejoras" y por "programa de realización de los trabajos", con lo que suponían criterios de valoración imprecisos.

Una Administración convocó concurso para la contratación de un servicio de difusión en los medios de comunicación de una campaña sin especificar en los pliegos los criterios de valoración.

Los pliegos de un concurso para la adjudicación de un convenio urbanístico previo a la ordenación de terrenos para la implantación de una gran superficie comercial definía los siguientes criterios de adjudicación: la localización de los terrenos, las características de la superficie comercial a construir y la aportación económica de los licitadores. Los pliegos no contenían ninguna concreción adicional respecto de la forma de evaluación de dichos criterios, no estableciendo límites a la discrecionalidad del órgano de administración, necesarios para evitar la indefensión de los licitadores.

Otros aspectos a evitar

9| INSUFICIENTE TRANSPARENCIA EN EL SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE PUNTUACIÓN A LOS CRITERIOS DE VALORACIÓN



¿DEBE HABER TRANSPARENCIA EN RELACIÓN CON EL SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE PUNTUACIÓN?

En términos generales, debe **explicarse a los licitadores el mecanismo y los parámetros que determinan las puntuaciones**, para limitar posibles excesos de discrecionalidad por parte del órgano adjudicador.

Así mismo, en general es preferible evitar que las puntuaciones se limiten a la posibilidad de obtener solo dos evaluaciones, la mínima, a la que se atribuiría por ejemplo 0 puntos, y una máxima, valorada con la cifra que se decida seleccionar, debiendo permitirse un recorrido de puntuación intermedia entre dichos valores extremos.

Volver

10| CONOCIMIENTO EX ANTE DEL UMBRAL DE ANORMALIDAD DE LAS OFERTAS



¿PUEDEN INCLUIRSE LÍMITES O UMBRALES MÁXIMOS A PARTIR DE LOS CUALES LAS OFERTAS SE CONSIDERAN ANORMALMENTE BAJAS?

Los pliegos deben incluir los mecanismos para identificar ofertas anormales o desproporcionadas. En este sentido, aunque los pliegos establezcan el mecanismo para identificar dichas ofertas abusivas, no deben establecer el “umbral máximo de competencia” en términos absolutos, ya que el conocimiento previo de dicho límite podría restringir severamente la competencia.



¿QUÉ CRITERIOS DEBEN SEGUIRSE PARA CONSIDERAR UNA OFERTA DESPROPORCIONADA?

En aras de identificar las ofertas anormales, los órganos de contratación deben seguir los siguientes criterios:

- Cuando el único criterio de adjudicación sea el precio, se determinará el umbral de anormalidad por referencia al conjunto de ofertas válidas recibidas y de acuerdo con los parámetros establecidos reglamentariamente
- Cuando exista una pluralidad de criterios, se atenderá a lo establecido en los pliegos, que contendrán la definición de los mecanismos para considerar anormal o desproporcionada una oferta

Volver

■ FASE 3: DISEÑO

Caso 23

Contrato para la prestación del servicio de control horario de aparcamientos en las zona de estacionamiento limitado de un municipio.

El Pliego de cláusulas económico-administrativas establece los criterios valorables en cifras o porcentajes, con un máximo de 55 puntos, y la puntuación de los criterios que dependen de un juicio de valor, con un máximo de 45 puntos.

En relación a las ofertas económicas desproporcionadas o temerarias, el pliego considera en esa situación aquellas ofertas cuyo porcentaje de baja sea superior a un 10% sobre el tipo de licitación.

El órgano de recursos especiales anuló el Pliego por infracción de las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación, ya que el umbral de temeridad se expresaba en referencia a un valor absoluto como es el tipo de licitación.

11| DIFERENCIA ENTRE CRITERIOS DE VALORACIÓN Y CRITERIOS DE SOLVENCIA



¿CÓMO EVITAR SOLAPAMIENTO ENTRE CRITERIOS UTILIZADOS PARA VALORAR LA SOLVENCIA Y CRITERIOS PARA VALORAR LA OFERTA?

En ocasiones es difícil determinar si criterios que ya se tuvieron en cuenta a la hora de valorar la solvencia de una entidad, están siendo nuevamente utilizados como criterios de valoración.

La LCSP prohíbe esta práctica. Es necesario prestar atención a las características valoradas en relación con el contenido de la oferta para evitar el solapamiento. Por ello, las características de calidad relevantes deben estar relacionadas con el contenido de la oferta y reflejar elementos funcionales relacionados con los objetivos de calidad perseguidos.

3. Duración de los contratos (Art. 29 LCSP)



¿CUÁL ES LA DURACIÓN IDÓNEA DE UN CONTRATO PÚBLICO?

La duración de cada contrato dependerá de diversos factores. Se deberá tener en cuenta **la naturaleza de la prestación del servicio**, sus **características de financiación y el periodo de amortización** correspondiente a las inversiones realizadas para determinar la duración idónea del contrato.

Establecer plazos demasiado largos dificultará la entrada para nuevos operadores durante la vigencia del contrato, si bien, el establecimiento de plazos demasiado cortos puede dificultar la entrada de nuevos operadores que necesiten hacer inversiones que no puedan ser amortizadas en el plazo de ejecución.



¿QUÉ REQUISITOS HAN DE CUMPLIRSE PARA PODER PRORROGAR UN CONTRATO PÚBLICO?

Las **prórrogas han de contemplarse en los pliegos** correspondientes.

Como novedad la LCSP señala que la **prórroga** se acordará por el órgano de contratación y será **obligatoria** para el empresario, siempre que su **preaviso se produzca al menos con dos meses de antelación**.

Cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo que garantice la continuidad de la prestación debido **a acontecimientos imprevisibles, se podrá prorrogar** el contrato originario por un **periodo máximo de nueve meses**, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario.

■ FASE 3: DISEÑO

**¿CÓMO PUEDEN REDUCIRSE
LOS RIESGOS ASOCIADOS
A LAS PRÓRROGAS
CONTRACTUALES?**

- Los contratos deben someterse a concurrencia periódicamente
- No deben darse prórrogas sobrevenidas o en casos de acontecimientos imprevisibles, salvo excepciones
- Solo debe recurrirse a la prórroga de manera excepcional
- Los plazos contractuales han de estar directamente relacionados con el periodo de amortización de las inversiones necesarias para la ejecución contractual
- El plazo máximo contractual no debe ser agotado necesariamente

Caso 24

El TSJ determinó que era ilegal la prórroga por diez años de la concesión vigente de un servicio público municipal de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria, concedida en base a que el incumplimiento contractual o impago por parte de la Administración habría modificado el equilibrio económico de la concesión, por las siguientes razones:

- Esa posibilidad no se encontraba originalmente prevista en los pliegos del contrato.
- La LCSP solo permite prorrogar el contrato para restablecer el equilibrio económico de la concesión bajo determinadas circunstancias como consecuencia de modificaciones operadas por la voluntad y actuación de la Administración.

[Volver](#)

FASE 4: DESARROLLO

Desarrollo del procedimiento de licitación pública

Igualdad en el acceso a la información



LA IGUALDAD EN EL ACCESO A LA INFORMACIÓN EVITA ASIMETRÍAS, FAVORITISMOS Y CORRUPCIÓN

Los **pliegos deben incluir toda la información técnica disponible** que sea procedente, con el objetivo de que los licitadores conozcan toda la información disponible a la hora de preparar la oferta y ejecutar el contrato.

Las asimetrías en el acceso a la información pueden crear diferencias entre licitadores, beneficiando a aquel que conozca en mayor profundidad los requerimientos del contrato en cuestión.

La nueva LCSP hace especial hincapié en **la igualdad en el acceso a la información como medida para combatir el fraude, la corrupción y prevenir posibles conflictos de intereses que pudieran distorsionar la competencia (Art 64 LCSP)**.

Exigencias innecesarias y subsanación de errores



LAS EXIGENCIAS ADMINISTRATIVAS NO DEBEN IMPONER A LOS OPERADORES CARGAS EXCESIVAS

Deben evitarse cargas administrativas que obstaculicen la competencia, mediante la imposición de procedimientos y tramitaciones, así como requisitos que pudieran evitarse.

La nueva ley simplifica la presentación de la documentación administrativa previa y de solvencia con una declaración responsable mediante el formulario del Documento Europeo Único (DEU) (Art. 140 LCSP).

En este sentido, la LCSP establece que las prescripciones técnicas proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia (Art 126 LCSP).

La normativa establece un **plazo para la subsanación de errores** relacionados con la documentación administrativa.

No es subsanable la acreditación de aquello que al momento de concluir tal plazo no existe, o bien de elementos que se refieren al contenido de las proposiciones de las empresas.

■ FASE 4: DESARROLLO

Efectividad de la publicidad y transparencia de los distintos trámites del procedimiento



EL ACCESO DE PLATAFORMAS DE CONTRATACIÓN VIRTUALES PERMITE AMPLIAR EL ÁMBITO DE LOS LICITADORES POTENCIALES

La **transparencia es esencial** en la contratación del sector público. Por una parte, disminuye el riesgo de corrupción. La corrupción se ha demostrado como una gran lacra de nuestra sociedad que ha afectado a multitud de contrataciones realizadas por instituciones del sector público y, por ello, la LCSP ha introducido, además del principio de integridad ya mencionado, medidas para intentar neutralizarla. Por otra parte, la **transparencia es imprescindible para que puedan garantizarse otros principios esenciales en las licitaciones, como la igualdad de acceso y no discriminación.**

La nueva LCSP establece que los órganos de contratación difundirán a través de internet su perfil de contratante en el que se agrupa la información y documentos relativos a su actividad contractual (Art.63 LCSP).

Si bien, la difusión del perfil del contratante no excluye la posible utilización de otros medios de publicidad adicionales.



FASE 5: EJECUCIÓN

FASE 5: EJECUCIÓN

Ejecución del contrato público

Modificaciones sobrevenidas y prestaciones complementarias

En el marco de la ejecución de un contrato público pueden darse determinadas causas que alteren su naturaleza y por tanto, necesariamente se den variaciones, si bien estas causas deben ser debidamente justificadas para no desvirtuar el carácter competitivo de la licitación.



**¿CUÁNDO PUEDE
MODIFICARSE EL
CONTRATO POR UNA CAUSA
SOBREVENIDA?**

Las modificaciones sobrevenidas solo pueden justificarse por razones de interés público surgidas como consecuencia de **causas imprevisibles, debiendo estar debidamente justificada y argumentada su procedencia** en el expediente de contratación. Es por tanto una medida excepcional **y no pueden afectar a las condiciones normales del contrato**. Dichas modificaciones no podrán en ningún caso afectar a las condiciones esenciales del contrato público. El artículo 204 de la LCSP se ocupa de las modificaciones previstas en los pliegos y el 205 de las modificaciones no previstas.

Caso 25

La Comisión Europea adjudicó a una empresa varios lotes para el suministro de zumo de frutas y confituras destinadas a las poblaciones de Armenia y de Azerbaiyán, recibiendo esta empresa, como pago, una serie de cantidades de frutas retiradas del mercado. Con posterioridad a la adjudicación, se permitió que el pago se produjera de forma distinta a la inicialmente prevista, modificándose así el contrato. En vista de esta decisión, otra empresa licitadora que no resultó adjudicataria, interpuso recurso, alegando que se habían vulnerado los principios de igualdad de trato y transparencia, entre otras cuestiones.

El Tribunal de Justicia afirma que la entidad adjudicadora no está autorizada a alterar el sistema general de la licitación modificando unilateralmente una de sus condiciones esenciales ya que, si ello hubiese figurado en el anuncio de licitación, habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente. En consecuencia, puede considerarse que las modificaciones sobrevenidas no resultan compatibles con el derecho comunitario a menos que la modificación no afecte a ninguna condición esencial o importante de la licitación, o que la posibilidad de efectuar una modificación, y los tipos de modificación permitidos, estén previstos de forma clara y precisa en la documentación de la licitación.

■ FASE 5: EJECUCIÓN



¿A QUIÉN SE OTORGA LA MODIFICACIÓN SOBREVENIDA?



MEDIDAS QUE VELAN POR EL PRINCIPIO DE COMPETENCIA

Si bien la modificación sobrevenida **se otorga al adjudicatario inicial**, debe justificarse fehacientemente en el expediente de contratación dicha modificación, explicando porqué el objetivo del contrato no puede alcanzarse a través de una nueva licitación.

Los pliegos podrán contener medidas complementarias para disminuir los efectos negativos sobre la competencia:

- Incluir expresamente en los pliegos previsiones que determinen qué elementos pueden modificarse a posteriori
- Se debe prestar especial atención a los supuestos calificados como causas imprevisibles en el diseño de los pliegos, tratando de no incluir circunstancias que sean previsibles
- Cuando se modifiquen los precios de manera sustancial será conveniente realizar un análisis de mercado



MEDIDAS DE SEGUIMIENTO ASOCIADAS A LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES

- Realizar **un seguimiento del número de contratos modificados** sobre el total de los contratos licitados por cada entidad pública en aras de determinar la frecuencia con la que los entes públicos recurren a esta figura excepcional.
- Realizar **un seguimiento de la variación del presupuesto inicial con respecto del precio final pagado** en los contratos que hayan sido objeto de modificación en aras de conocer la desviación económica.



¿QUÉ SON LAS PRESTACIONES COMPLEMENTARIAS?

Las prestaciones complementarias son **prestaciones que se adjudican mediante un procedimiento negociado al adjudicatario de la prestación principal**. Debe ser una medida excepcional y su procedencia debe quedar debidamente justificada en el expediente de contratación correspondiente.



¿QUÉ RIESGOS CONLLEVA LA ADJUDICACIÓN COMPLEMENTARIA?

Las **prestaciones complementarias pueden ser utilizadas de manera abusiva**, incrementando de manera fraudulenta el presupuesto de ejecución de un contrato o recurriendo a las mismas en casos que no sean imprevisibles.

Por este motivo, es importante que los entes públicos presten atención a la conducta de los licitadores, identificando aquellos casos en los que este tipo de prácticas se utilicen de forma sistemática.

■ FASE 5: EJECUCIÓN

Caso 26

En un expediente relativo a unas obras complementarias en un edificio, adjudicadas mediante procedimiento negociado sin publicidad, la Administración justifica las mismas como consecuencia de la necesidad de acometer la realización de nuevas instalaciones como medida de seguridad adicional para el edificio, así como por la necesidad de instalar aparatos de voz y megafonía. En el expediente no figura ninguna explicación sobre la razón por la que estas actuaciones deban considerarse como resultado de circunstancias imprevistas, como exige la LCSP, por lo que debían y podían haberse tramitado mediante procedimientos de licitación ordinarios con la debida publicidad.

Modificación de precios



¿QUÉ RIESGOS CONLLEVA LA MODIFICACIÓN DE PRECIOS?

Realizar una correcta estimación de precios es muy importante para evitar modificaciones posteriores, por lo que es **necesario tener en cuenta el valor real de los bienes y servicios objeto de contratación**. No obstante, pueden darse alteraciones del precio del contrato. En caso de que, por el contrario, se considere que un contrato no puede estar sujeto a revisión de precio, esto debe hacerse constar en el pliego. **Las fórmulas de revisión de precios han de diseñarse de forma que ayuden a mantener** el equilibrio financiero del contrato y velando porque no se produzcan nuevas modificaciones.

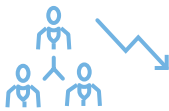
Subcontratación



¿QUÉ BENEFICIOS TIENE LA SUBCONTRATACIÓN?

La subcontratación **permite una mayor flexibilidad al adjudicatario del contrato. Siempre debe recogerse en el pliego** la posibilidad de subcontratar y debe además establecerse el límite máximo para ello.

La subcontratación facilita la participación de las PYME a través de esta figura.



¿QUÉ RIESGOS CONLLEVA LA SUBCONTRATACIÓN?

La subcontratación **puede distorsionar la competencia**, ya que ciertos licitadores pueden decidir no acudir a la oferta pública y preferir participar como subcontratistas del adjudicatario final.

Asimismo, licitadores que no cumplen los requisitos para presentarse a una oferta pública podrían terminar siendo subcontratados, distorsionando el procedimiento competitivo.

Se ha de valorar si las circunstancias existentes del mercado garantizan el acceso de las PYMEs a las licitaciones a los contratos públicos, sin reducir de manera ostensible la competencia efectiva en el proceso de licitación.

Índice



PRÓLOGO



1. **OBJETIVO** de la guía y papel de la Administración como garante de la competencia



2. **5 FASES** en el procedimiento de contratación pública



3. **LA COLUSIÓN**



4. **ANEXO I:** Test para la detección de la colusión



BIBLIOGRAFÍA

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.



¿A QUIÉN Y CÓMO PERJUDICA LA COLUSIÓN?

Los acuerdos entre licitadores distorsionan la competencia, **perjudicando** por un lado, a la **Administración pública** en su papel de gestora del interés y recursos públicos y a los **ciudadanos** en última instancia, al generarse un sobrecoste en la contratación pública.

Según distintas estimaciones, los precios de los bienes y servicios contratados en las licitaciones donde ha existido colusión pueden incrementarse en más de un 20%.



¿QUÉ MEDIDAS CASTIGAN LA COLUSIÓN?

La colusión entre empresas podría **conllevar multas de hasta el 10% de la cifra total de negocios de la empresa** o de hasta **10 millones de euros**. También se prevén sanciones adicionales a Directivos y hasta la **inhabilitación o prohibición para contratar con las Administraciones Públicas** por un periodo de 3 a 5 años. Además, el nuevo Capítulo VI de la Ley de Defensa de la Competencia, regula la acción de indemnización por daños y perjuicios por ilícitos de competencia.

En caso de considerarse ilícito penal, el Código Penal prevé penas de prisión de **1 a 3 años**.



LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR CON LA ADMINISTRACIÓN

Los operadores económicos pueden ser sancionados con la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas como consecuencia de haber incurrido en "falseamiento de la libre competencia" (Art. 71-73 LCSP).

La prohibición de contratar deberá ser declarada directamente por los órganos de contratación en base a la resolución administrativa sancionadora de la autoridad de la competencia correspondiente, en la que se detalle el alcance y duración de la medida. En caso de que no se pronuncie la autoridad de la competencia correspondiente, podrá hacerlo el Ministro de Hacienda y Función Pública a propuesta de la Junta consultiva de contratación, produciendo los mismos efectos.

Cuando la persona incurso en la causa de prohibición acredite haber puesto remedio a las causas que se le imputan, bien por haber realizado el pago de la multa correspondiente o, bien cuando acredite haber adoptado medidas que garanticen no incurrir de nuevo en dichas causas en el futuro, no procederá declarar la prohibición de contratar.

El plazo máximo para la aplicación de esta medida será de 3 años, si bien se podrá ampliar a 5 en los casos en los que haya causas penales. La prescripción para iniciar el procedimiento de prohibición de contratar es de tres años contados desde la firmeza de la resolución sancionadora.

El alcance y duración de la prohibición de contratar deberá inscribirse en el Registro Oficial de Licitadores y empresas Clasificadas del Sector Público.



¿QUÉ FACTORES FACILITAN LA COLUSIÓN?

Existen factores internos y externos que facilitan la colusión.

Factores internos

El éxito en los intentos de colusión es más probable cuando las empresas son capaces de acordar objetivos y medios comunes para alcanzarlos, de verificar la aplicación de lo acordado y de sancionar a los participantes que incumplan el acuerdo.

Factores externos

Respecto al mercado, la colusión tiende a ser más factible cuando:

- El mercado es estable, los operadores económicos se conocen y no hay modificaciones sustanciales de las condiciones de contratación o innovaciones tecnológicas importantes
- Los operadores del mercado ofrecen un producto o servicio similar
- No existen sustitutos o alternativas
- Los operadores económicos del mercado están vinculados, ya sea contractual o estructuralmente, lo que facilita la relación entre los mismos





**¿QUÉ CARACTERÍSTICAS
DEL DISEÑO DE LA
LICITACIÓN PUEDEN
DIFICULTAR O FAVORECER
LA COLUSIÓN?**

Las Administraciones públicas deben tener en cuenta ciertos factores a la hora de diseñar el procedimiento de licitación, con el objetivo de dificultar la colusión entre oferentes.

- **Número de licitadores:** Será más difícil que existan conductas colusorias entre oferentes cuando el número de los mismos sea mayor, ya que habrá una mayor incertidumbre de entre los mismos respecto al número e identidad de los mismos.
- **Número de contratos:** El número de contratos puede facilitar o dificultar el acceso de los licitadores al procedimiento. En aras a dificultar la colusión, se puede considerar la posibilidad de adicionar contratos con otros organismos adjudicadores, en particular cuando los contratos sean de igual objeto, tamaño reducido, similares características y de licitación repetida. La adición de contratos de diferentes órganos adjudicadores puede reducir la previsibilidad de las licitaciones y así dificultar su reparto por parte de las empresas.
- **Número de lotes:** La división de un contrato en distintos lotes puede influir en los licitadores, contribuyendo a que los mismos se organicen entre ellos mediante conductas colusorias que permitan que cada uno acceda a un lote. Por ello, no debe haber el mismo número de lotes que de licitadores. Asimismo, debe evitarse que los lotes sean del mismo tamaño.
- **Previsibilidad de los requisitos:** No variar el tamaño de los contratos y la estructura temporal de los calendarios contribuye a su predictibilidad, por lo que influye negativamente en las posibilidades de repartir el mercado entre licitadores.
- **Transparencia del procedimiento:** La transparencia y publicidad del procedimiento debe estar equilibrada en aras de no facilitar conductas colusorias. En este sentido, si bien es cierto que cierta información sobre licitaciones anteriores es pública, el órgano adjudicador deberá valorar si la información relacionada con licitaciones o contratos anteriores puede distorsionar la competencia y decidir, en ese caso, no hacerla pública.
- **Comunicación entre licitadores:** La comunicación entre licitadores puede favorecer la existencia de conductas colusorias. Por ello, en aquellos casos en los que la normativa prevé que el órgano adjudicador mantenga reuniones preliminares con operadores económicos, dichas reuniones han de ser mantenidas de forma individual y confidencial. Asimismo, la presentación de ofertas ha de hacerse mediante medios no presenciales y evitar en la medida de lo posible la comunicación entre distintos oferentes. En los casos en los que existen vínculos entre ellos se ha de prestar especial atención.
- **Limitar la adjudicación:** En aras de evitar conductas colusorias puede limitarse el número de contratos o lotes máximo a adjudicar a cada licitador, siempre y cuando se trate de una medida excepcional y esté justificada.

En cualquier caso, la concurrencia de estas características no garantiza que no exista riesgo de colusión. Por tanto, en los casos en los que se identifiquen indicadores o elementos a tener en cuenta, habrá que realizar un análisis detallado para determinar la colusión.



¿CUÁLES SON LAS CONDUCTAS COLUSORIAS MÁS COMUNES?

La colusión suele tener dos objetivos, la fijación del precio o presupuesto ofertado y/o el reparto del mercado, si bien las empresas pueden también optar por pactar otras condiciones específicas de los pliegos (los plazos de ejecución, las características técnicas, etc.).

1. Acuerdo de fijación de precios

Con el fin de alcanzar un precio superior al que se derivaría de una licitación competitiva, los licitadores pueden, entre otras opciones, acordar los descuentos ofertados, fijar precios mínimos de participación, o aplicar una misma fórmula de cálculo de precio.

Caso 27

En el seno de una asociación empresarial de transportes se acordaron los precios de los servicios y se repartieron los itinerarios, estableciendo además un sistema para ejercer un boicot a las empresas rebeldes al cumplimiento de dichos acuerdos.

Las pautas llevadas a cabo por las empresas sancionadas afectaban a diferentes segmentos del mercado de transporte y obedecían a la existencia de un plan único de actuación conjunta en el que podía identificarse perfectamente un mismo patrón, cuyo objetivo era la fijación de tarifas y el reparto de los servicios de transporte en los mercados en los que se actuaba.



Caso 28

Sanción por fijación de precios a siete empresas fabricantes de absorbentes de incontinencia urinaria para adultos y a una federación de empresarios por una infracción única y continuada.

Desde al menos 1996 al 2014, fijaron los precios de los absorbentes financiados por la Administración que se compran en las farmacias para los pacientes no hospitalizados.

Llegaron a acuerdos y fijaron los precios de venta a los distribuidores mayoristas de este producto comercializado a través de las farmacias.

El alcance de la conducta que se sancionó fue significativo, ya que la cuota de mercado conjunta de las entidades infractoras en el mercado relevante era del 95%.

2. Acuerdo de reparto de mercado

Las empresas licitadoras pueden tratar de acordar el reparto de mercados geográficos o de clientes. Es habitual que este reparto de licitaciones se realice en base a las cuotas de mercado pre-existentes.

Caso 29

Licitación para la prestación del servicio de comedores por medio de un procedimiento con dos fases: en la primera las empresas acreditan su capacidad para prestar el servicio y en la segunda deben competir por obtener el contrato de cada uno de los lotes. Las empresas sancionadas eran las únicas que habían superado la primera fase de la contratación y por tanto las únicas que podían competir por los lotes.

Las empresas sancionadas renunciaron a competir en todos los lotes para los que habían demostrado capacidad, por medio de una pauta orquestada de presentación de ofertas con el objetivo de conseguir un reparto de lotes. De esta forma durante todos los años investigados las empresas sancionadas llevaron a cabo una práctica que les garantizó la prestación del servicio en el mismo lote a cada una de ellas y a un precio alterado al alza por la concertación.

Caso 30

En las reuniones de una asociación se destaca que la normativa que regula el nuevo concurso era totalmente nueva, por lo que debía ser estudiada meticulosamente para no cometer errores. Se estudia el contenido de los nuevos textos de las cláusulas administrativas y se revisa la documentación necesaria a presentar en los sobres A, B y C. Se repasaron los itinerarios y se adjudicaron a cada empresa los suyos, recalando que los acuerdos de la asociación seguían vigentes.



¿QUÉ TIPO DE TÉCNICAS UTILIZAN LOS OPERADORES ECONÓMICOS PARA REALIZAR LA COLUSIÓN?

Las técnicas de colusión más comunes para imponer la oferta ganadora previamente acordada, generalmente utilizadas de manera simultánea, son las siguientes:

- **Posturas encubiertas:** los miembros del acuerdo designados previamente para no ganar la licitación presentan ofertas que no tienen ninguna posibilidad de salir vencedoras. De esta manera consiguen señalar la oferta ganadora y dar apariencia de legitimidad al proceso.
- **Supresión de propuestas:** una vez decidida la empresa que debe ser ganadora de la licitación, el resto de empresas se abstienen de presentar ofertas.
- **Rotación del ganador:** los miembros del acuerdo pueden coordinarse para ganar por turnos las licitaciones de un órgano de adjudicación, a través habitualmente de la utilización de posturas encubiertas. Al presentar la oferta ganadora de forma rotatoria, todas las empresas resultan adjudicatarias de algún contrato y, por tanto, en estos casos podría no ser necesario un reparto posterior de las ganancias.

Caso 31

La Comisión Europea sancionó en 2008 a nueve empresas de mudanzas internacionales belgas por colusión. Este cártel, que operó durante diecinueve años, manipulaba licitaciones públicas para conseguir una rotación del ganador a través de posturas encubiertas. Las empresas se repartían las ganancias a través de compensaciones a las que denominaban "comisiones", que entraban a formar parte del precio final y se distribuían entre las empresas perdedoras a través de facturas falsas.



¿QUÉ TÉCNICAS DE COMPENSACIÓN UTILIZAN LOS PARTICIPANTES DEL ACUERDO COLUSORIO?

Entre las técnicas más destacadas para compensar a las empresas participantes del acuerdo de colusión, por la adjudicataria, están:

- El **uso de facturas falsas** que no atienden a una corriente real de bienes o prestación de servicios
- La **subcontratación** por parte de la adjudicataria de alguna de las compañías participantes en el acuerdo de colusión que no haya resultado adjudicataria



¿CÓMO PUEDEN DETECTAR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS SI HA EXISTIDO COLUSIÓN ENTRE LOS LICITADORES?

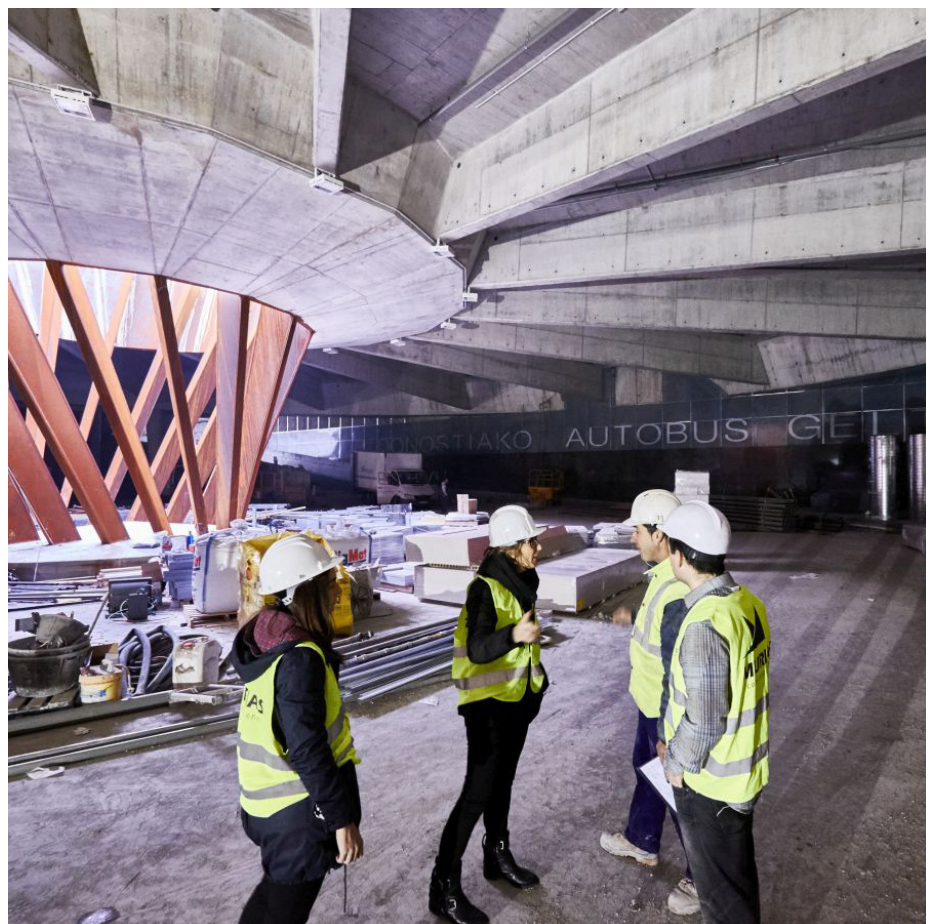
Existen diversos indicadores que permiten identificar conductas colusorias a las Administraciones públicas. Si bien dichos indicadores pueden ser indicativos de que se está produciendo algún tipo de conducta anómala, no tienen por qué ser indicativos de colusión, por lo que al identificar la concurrencia de los mismos, se requerirá un análisis más detallado de la situación.

Indicadores relacionados con la conducta de los licitadores

- 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, podría 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,** lo que probablemente sea debido a un acuerdo colusorio previo de reparto de mercado. 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 el precio

- **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 idénticas** 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.** Las empresas podrían haber llegado a un acuerdo para que se declare desierta la licitación y forzar al órgano adjudicador a incrementar su presupuesto máximo.



Indicadores relacionados con la documentación

- **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.

Indicadores relacionados con las declaraciones de los oferentes

- **Referencias habladas o escritas** sobre la posible existencia de un **acuerdo**.
- **Rechazo sistemático a ofertar en determinadas áreas o a ciertos órganos de contratación**.
- Preguntas o inquietudes sobre las posibles **consecuencias de la existencia de acuerdo**.
- Uso por parte de varios oferentes de **terminología similar** al explicar, por ejemplo, elevaciones de los precios.



¿QUÉ MEDIDAS PUEDE ADOPTAR LA ADMINISTRACIÓN ANTE LA COLUSIÓN?

El papel de la Administración es muy importante en la detección de acuerdos colusorios para lo que se desarrollan dos vías de actuación: (i) el impulso de medidas encaminadas a facilitar el acceso a la información y (ii) la determinación de directrices de actuación cuando se den indicadores de comportamientos colusorios.



¿CÓMO INFLUYE EL ACCESO A LA INFORMACIÓN EN LA COLUSIÓN?

El acceso a la información, cuando este es desigual entre los distintos licitadores puede incrementar la posibilidad de existencia de conductas colusorias entre los licitadores u oferentes.

Por ello, es importante que todos los oferentes tengan acceso a la misma información (principalmente aquella correspondiente a licitaciones anteriores con el mismo objeto).



¿CÓMO PUEDE LA ADMINISTRACIÓN PREVENIR LA COLUSIÓN?

La Administración puede prevenir la colusión de las siguientes maneras:

- Formar al personal de la Administración en técnicas de detección de conductas colusorias
- Registrar de forma sistemática información de licitaciones anteriores, con el mayor detalle posible, para poder hacer seguimiento e identificación de patrones, tendencias e indicadores sospechosos
- Informar acerca de cómo denunciar conductas o comportamientos sospechosos de colusión



CASO ESPECIAL: UTE Y AIE

La utilización de Uniones Temporales de Empresas (UTEs) o de Agrupaciones de Interés Económico (AIEs) 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 (Art 69 LCSP).**

No obstante, estas agrupaciones 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:

- a) La capacidad de participar individualmente en la licitación correspondiente de algunas de las empresas miembros de la AIE o UTE.
- b) 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 o AIE.
- c) Las empresas que forman la UTE o AIE concentran una parte importante de la actividad en el ámbito público o privado.
- d) Una UTE o AIE con cuota de mercado global elevada rechaza la participación en la agrupación de otras empresas que no disponen de capacidad para formar una UTE o AIE diferente y competitiva para una determinada licitación.
- e) Las empresas han intentado acudir al concurso mediante UTE o AIE previamente y no se les ha permitido. Cuando finalmente participan de forma individual pueden mantener la intención de actuar de forma coordinada. Esta situación ha sido objeto de investigación y posterior sanción por parte del TDC en diversas ocasiones.
- f) Las empresas acuden individualmente a la licitación y luego subcontratan la ejecución con una AIE 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.

Caso 32

La CNMC sancionó a cuatro empresas y a nueve de los directivos de estas empresas. Las conductas infractoras se llevaron a cabo, mayoritariamente, durante 15 años, desde julio de 1999 y hasta, al menos, octubre de 2014.

La CNMC acreditó que las cuatro empresas sancionadas se repartieron el mercado y acordaron precios y otras condiciones comerciales, y se intercambiaron información comercial sensible durante 15 años para el suministro de desvíos ferroviarios y otros elementos complementarios en las licitaciones convocadas por el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) y su antecesor GIF (Gestor de Infraestructuras Ferroviarias) que respondían a una estrategia global que tenía por objeto eliminar la competencia en las licitaciones de desvíos ferroviarios convocadas por las entidades de gestión GIF y ADIF.

La principal estrategia de las empresas consistió en optar, sin justificación y de forma permanente, por **emplear la figura de las Uniones Temporales de Empresas (UTE)**, que presentaban ofertas conjuntas, para participar en las licitaciones de suministro de desvíos ferroviarios del AVE y líneas convencionales celebradas por GIF/ADIF.

Las cuatro empresas sancionadas son empresas con un elevado volumen de negocio y capacidad acreditada para operar, habitualmente, de manera individual en el mercado.

Sin embargo, en los pocos casos en los que las empresas se presentaron de forma individual, también llegaron a acuerdos sobre las características de la oferta y sobre cómo repartirse los trabajos, en ocasiones, incluso antes de la celebración de la licitación.

Caso 33

El Consejo Vasco de la Competencia resolvió que la UTE entre dos operadores telefónicos carecía de justificación técnica al poder concurrir ambas empresas a la licitación de forma separada, así como ejecutar el contrato en el supuesto de resultar adjudicatarios y por otra parte no se deducía de dicha unión otros beneficios a favor del interés general ni sinergias que pudieran superar el conflicto de dichas conductas con la normativa de la competencia. Por el contrario, suponía una reducción en la competencia de los operadores en el mercado que pudo redundar en reducción de la eficiencia.

Caso 34

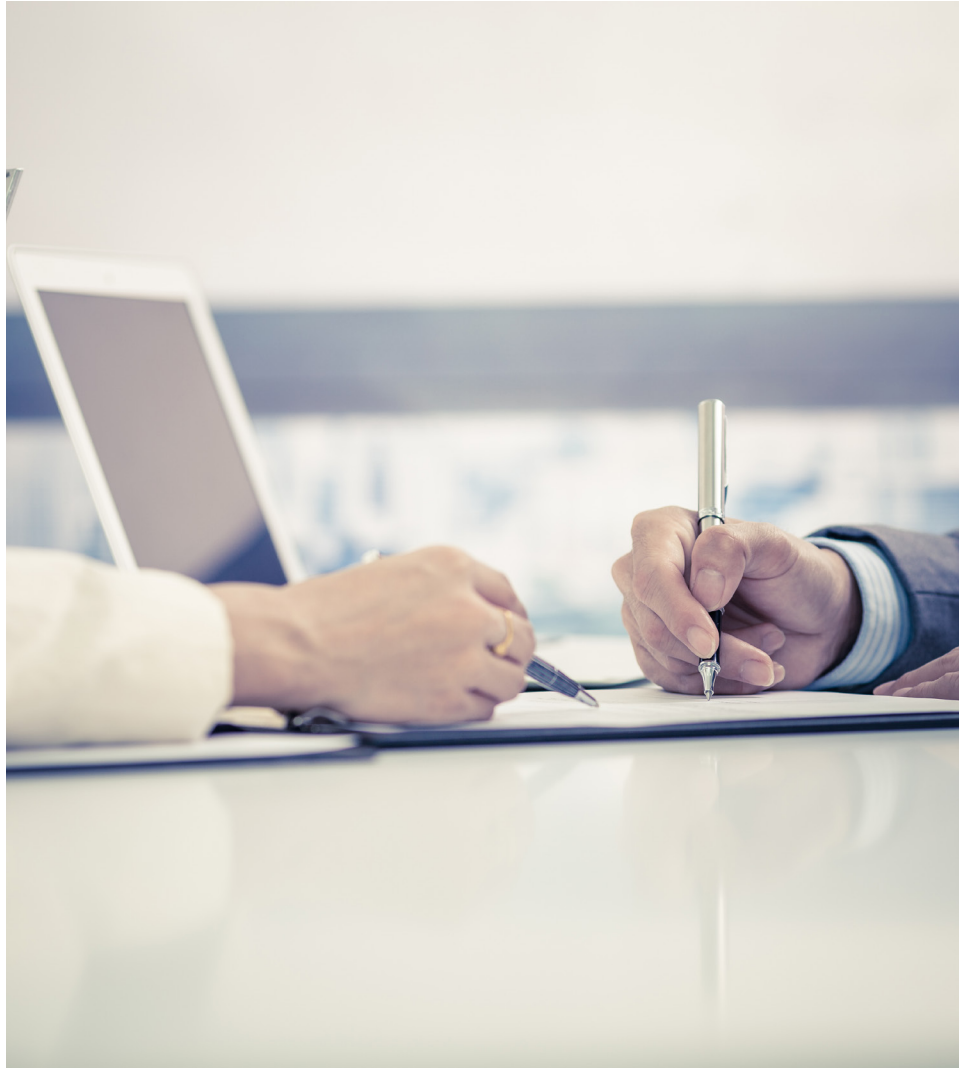
Una empresa de ambulancias denunció a una agrupación por cerrar el acceso al mercado público y privado, al repartirse la actividad entre sus socios. Ciertas cláusulas del acuerdo de la agrupación fueron consideradas anticompetitivas.

Un caso valorado de forma similar fue la constitución de una UTE entre 13 empresas de ambulancias para participar en concurso público. Esta agrupación incluía cláusulas dirigidas a repartirse el mercado público y privado.



CUESTIONES A TENER EN CUENTA EN LOS PLIEGOS

- Se recomienda el uso de procedimientos abiertos de licitación. Utilizar subastas electrónicas que permitan analizar el comportamiento de los oferentes.
- Se aconseja limitar la información facilitada a los licitadores en las distintas fases del procedimiento de adjudicación: informarles de su clasificación sin informarles de cuántos oferentes hay en cada fase, ni cuáles han quedado excluidos.
- Debe verificarse la vinculación jurídica entre los distintos oferentes.
- No se debe delegar la adjudicación final en el equipo que haya definido los criterios técnicos o pliegos de la oferta pública.
- Los oferentes deben ser informados de que cualquier conducta sospechosa será analizada y de las penas y sanciones aparejadas a la colusión, a modo de advertencia.





¿QUÉ PASOS HA DE SEGUIR LA ADMINISTRACIÓN EN CASO DE COLUSIÓN?

- **Poner el caso en conocimiento de la Autoridad de la Competencia competente.** En este sentido, la LCSP hace referencia a un procedimiento sumarísimo para los casos en los que haya indicios sólidos de colusión. En dichos casos, se pondrá en conocimiento de la mesa de contratación, que lo pondrá en conocimiento de la autoridad de la competencia correspondiente posteriormente.



Correo electrónico: **infocompetencia@avdc.eus**



Teléfono: **94-4032813**



Personalmente o por oficio: **LEA/AVC sita en la Calle Ercilla, nº 4, 2ª planta, 48009 Bilbao.**

El artículo 69.2 prevé la consulta de la mesa de contratación, o en su defecto del órgano de contratación, en el supuesto de apreciarse indicios de colusión en las uniones temporales de empresas.

El artículo 132 explicita que los órganos de contratación comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores que tengan por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación.

Al respecto, la LCSP hace referencia a un procedimiento sumarísimo de consulta mencionado en los artículos 69.2, referido a las uniones temporales de empresas, y en el artículo 132.3. Este procedimiento se regula en el artículo 150.1 para el que se prevé un desarrollo reglamentario.

El artículo 150.1 en su tercer párrafo establece:

“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 procedimiento de contratación, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, **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 competencia autonómica** correspondiente, **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. Si la remisión la realiza la mesa de contratación dará cuenta de ello al órgano de contratación.

Reglamentariamente se regulará el procedimiento al que se refiere el presente párrafo.”

Si la autoridad de competencia se pronunciase afirmativamente respecto a los indicios de colusión la adjudicación debe suspenderse hasta que la autoridad de competencia incoe expediente sancionador.



¿QUÉ ES EL PROGRAMA DE CLEMENCIA?

La LDC establece, en sus artículos 65 y 66, el programa de exención y de reducción de las multas, denominado programa de clemencia. Cualquier persona física o empresa puede ser beneficiaria de la exención de la multa o de su reducción si, habiendo participado en un cártel (acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto es la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados o la restricción de las importaciones o exportaciones), denuncia su existencia y aporta pruebas sustantivas para la investigación.

Índice



PRÓLOGO



1. **OBJETIVO** de la guía y papel de la Administración como garante de la competencia



2. **5 FASES** en el procedimiento de contratación pública



3. **LA COLUSIÓN**



4. **ANEXO I:**
test para la detección de la colusión



BIBLIOGRAFÍA

Test para la detección de la colusión

Los acuerdos de colusión entre licitadores suelen ser difíciles de detectar. Los licitadores implicados saben que su actuación es ilícita y, por tanto, intentan mantener dichos acuerdos en secreto. Sin embargo, existen ciertos comportamientos y señales de advertencia que pueden ayudar a los órganos de contratación a detectar o a tener sospechas de la posible existencia de colusión entre los mismos, por lo que se recomienda que estén muy atentos a estos indicadores:

OFERTAS	
Patrones y señales de advertencia en las ofertas presentadas por los licitadores	(marcar si aplica)
El mismo licitador presenta habitualmente la oferta más baja	
Los mismos licitadores ganan siempre por zonas geográficas	
Licitadores que no presentan oferta a licitaciones similares a otras a las que sí se presentan	
Licitadores que siempre se presentan pero nunca ganan	
Oferta conjunta entre licitadores que pueden ofertar en solitario	
Retirada inesperada de ofertas	
Rotación de los adjudicatarios	
Licitador ganador subcontrata a quienes no han sido adjudicatarios	

DOCUMENTACIÓN	
Patrones y señales de advertencia en las ofertas presentadas por los licitadores	(marcar si aplica)
Formatos idénticos (misma letra, modelo, etc.)	
Documentación remitida desde la misma dirección (de correo electrónico, fax, etc.)	
Estimaciones similares en el cálculo de costes	
Cambios en la documentación (tachaduras, borrones o correctores)	

PRECIOS	
Patrones y señales de advertencia en las ofertas presentadas por los licitadores	(marcar si aplica)
Aumentos repentinos e idénticos en intervalos de precios que no pueden explicarse por incrementos de costes	
Expectativas de descuentos o reembolsos que desaparecen inesperadamente	
Precios idénticos	
Grandes diferencias de precio entre la ganadora y el resto	
Oferta de un licitador mucho más alta para un contrato que para otro similar	
Reducción de precios ante entrada de nuevos licitadores	
Precios más altos en entregas locales que en destinos más alejados	
Subidas generales de precios sin justificación aparente	
Ofertas por encima del presupuesto máximo	

OTROS	
Patrones y señales de advertencia en las ofertas presentadas por los licitadores	(marcar si aplica)
Referencias habladas o escritas en torno al establecimiento de un acuerdo entre oferentes	
Encuentro de los licitadores con carácter previo a la presentación de una oferta	
Licitadores que se reúnen con regularidad en Asociaciones, Jornadas, etc.	

Índice



PRÓLOGO



1. **OBJETIVO** de la guía y papel de la Administración como garante de la competencia



2. **5 FASES** en el procedimiento de contratación pública



3. **LA COLUSIÓN**



4. **ANEXO I:** Test para la detección de la colusión



BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía

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

- COMISIÓN EUROPEA. *"Informe España 2017 de la Comisión Europea, Reflexiones sobre la debilidad de la contratación pública en España."*
- COMISIÓN EUROPEA. *"Guía Práctica sobre cómo evitar los errores más comunes en la contratación pública de proyectos financiados con cargo a Fondos Estructurales y de Inversión Europeos."* 2015.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE). *"Recomendación del Consejo de la OCDE para combatir la colusión en la contratación Pública"*. Julio 2012.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE). *"Guidelines for fighting bid rigging in public procurement"*. Febrero 2009.
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. *"Análisis de la Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia"*. Febrero de 2015
- AUTORITAT CATALANA DE LA COMPETENCIA. *"Guía para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública"*. Junio de 2010.
- AGENCIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ANDALUCÍA. CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, INNOVACIÓN Y CIENCIA JUNTA DE ANDALUCÍA. *"Recomendaciones para facilitar el acceso y promover la competencia en el ámbito de la contratación pública andaluza."* Diciembre 2010.
- COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *"Guía sobre Contratación Pública y Competencia"*. 2011
- ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES/ KONTRATUEN INGURUKO ERREKURTSOEN ADMINISTRAZIO ORGANOA. Comunidad Autónoma de Euskadi. Doctrina 2011 a 2018.
- COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA (CNMC). Resoluciones utilizadas en los ejemplos de la guía obtenidas de la página web de la CNMC, accesible en la siguiente dirección URL: <https://www.cnmc.es/>



Lehiaren Euskal Agintaritza
Autoridad Vasca de la Competencia