

# Oportunidades de mejora en la contratación pública desde la perspectiva de la competencia

Jordi Faus



## La perspectiva de la competencia

- Derecho de la competencia
  - Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia
  - Ley 3/1991 de Competencia Desleal
  - TFUE y normativa comunitaria aplicable.
  
- Normativa sobre contratación pública
  - RDL 3/2011 Contratos Sector Público
  - TFUE y normativa comunitaria aplicable.



## Derecho de la competencia

- Prohíbe concertaciones cuyo objeto o efecto real o potencial sea impedir, restringir o falsear la competencia.
- Prohíbe abusos de posición dominante.
- Prohíbe actos de competencia desleal (v.g., venta a pérdida).



## Legislación sobre contratación pública

- La salvaguarda de la libre competencia como uno de los objetivos esenciales de la Ley.
- Igualdad de los licitadores, y no "creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia".
- La defensa de la competencia como instrumento de política económica.



## La defensa de la competencia y la política económica (1/3)

### USA

Las normas anti-trust son la Carta Magna de la libertad de empresa. Son tan importantes para preservar la libertad económica y nuestro sistema de mercado como lo es la “Bill of Rights” para proteger nuestras libertades individuales.

*US Supreme Court, US vs. Topco Associates, 1972*

### UE

Las normas de anti-trust protegen la competencia como instrumento que reporta un beneficio a la economía y preservan la libertad económica individual como parte de los fundamentos de libertad política garantizados en un sistema democrático.

*TJCE, Sugar, 11 Diciembre 1973*



## La defensa de la competencia y la política económica (2/3)

- Proteger la estructura competitiva del mercado (no un competidor individual frente a sus competidores).
- Asegurar beneficios para consumidores.
- En la UE, integrar mercados nacionales.
- ... pero con algunas salvedades



## La defensa de la competencia y la política económica (3/3), las salvedades:

- Concertaciones que
  - contribuyan a mejorar la producción, distribución o fomentar progreso técnico o económico,
  - reserven a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante.
  - no impongan restricciones no indispensable.
  - no permitan eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos.
  
- LCSP habla de "obstáculos injustificados".



## **1ª Conclusion:**

- Entorno jurídico con muchos matices.
- Necesidad de un análisis jurídico, pero también económico de los escenarios.
- Valorar las situaciones por referencia al mercado y su entorno competitivo (cfr. objetivos inmediados de una parte).





## Oportunidades de mejora

- Normativa sobre contratación pública
  - Antes del inicio del procedimiento.
  - La definición del objeto del contrato.
  - La elección del tipo de procedimiento.
  - La experiencia previa como criterio.
  - Cuestiones territoriales.
  - Las cláusulas de limitación de descuentos.
  
- Derecho de la competencia
  - ¿Cómo detectar concertaciones?
  - ¿Cómo reaccionar ante concertaciones?



## **Normativa sobre contratación pública. Los obstáculos "justificados"**

- Aplicados sin discriminación.
- Motivados por referencia a razones imperiosas de interés general.
- Adecuados para lograr el objetivo legítimo que persiguen, y ...
- Que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

TJUE, C-158/03 de 27 Octubre 2005.

TACRC, 955/2015 de 19 Octubre.

TSJ Extremadura, 3 Marzo 2016.



## **Antes del inicio del procedimiento: las consultas preliminares (1/2)**

- Art. 40 Directiva 2014/24 = Antes de iniciar un procedimiento, se pueden realizar consultas del mercado para preparar la contratación e informar a los operadores económicos acerca de planes y requisitos de contratación.
- Asegurar que no tiene por efecto falsear la competencia, tomando medidas adecuadas (Art. 41).



## Antes del inicio del procedimiento: las consultas preliminares (1/2)

Muy Sres. nuestros,

Nuestra compañía ha tenido conocimiento de que el [REDACTED] ha llevado a cabo un procedimiento de consulta preliminar del mercado en relación con el [REDACTED] en su Comunidad Autónoma.

Nuestra empresa, que presta servicios de estas características [REDACTED], aplaude esta iniciativa, prevista en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo; por considerar que estos procesos de consulta preliminar pueden ayudar a una mejor configuración del objeto del contrato.

Por otro lado, manifestamos nuestra sorpresa por el hecho de no haber sido convocados a participar en dicho procedimiento de consulta, lo cual supone una manifiesta diferencia de trato respecto de otras compañías competidoras de [REDACTED] que sí han sido llamadas a participar en la consulta preliminar de forma individual y directa. Por este motivo, entendemos que en este caso se ha producido una vulneración de los principios de no discriminación y transparencia.

En base a todo ello, solicitamos que se nos facilite acceso a información pertinente intercambiada en el marco de la participación de otras compañías competidoras en ese proceso, y que se abra una nueva consulta preliminar en la cual podamos participar todas las empresas que operamos en este sector en España, en las mismas condiciones.

Atentamente,



## La definición del objeto del contrato (1/2)

- La adecuación a las necesidades del órgano de contratación frente a la protección de la competencia.
- La agrupación de todas las presentaciones posibles de un medicamento en un sólo lote (TACP Madrid 18 Enero 2017).
- La compra de sueros sólo en envases de vidrio (TACP Madrid 16 Noviembre 2016).



## La definición del objeto del contrato (2/2)

- Al definir la prestación objeto del contrato, se deben usar referencias técnicas elaboradas por organismos de homologación o normalización, o basarse en exigencias funcionales.
- No es lícito hacerlo mediante la mención de características técnicas que excluyan a todas las demás capaces de cumplir igual función.



## La elección del tipo de procedimiento

- ¿Negociado sin publicidad porque el órgano de contratación entiende que un único empresario o profesional está habilitado para prestar el servicio?
- No se justifica (TACRC 151/2016 de 16 febrero)



## El arraigo territorial (1/3)

### *"2. CONDICIONES DEL SUMINISTRO.*

*La ortopedia adjudicataria del contrato debe estar ubicada en Madrid capital y disponer de taller propio. Tanto la fabricación del producto como las posibles modificaciones que sea necesario realizar deberán realizarse en el mismo establecimiento en que se tomen las medidas y se atienda al paciente".*

- "No es posible dar una respuesta general a la admisión o no de un supuesto de arraigo territorial, debe acudir a las prestaciones propias de cada contrato." (TACRC, 955/2015 de 19 de Octubre).





## El arraigo territorial (2/3)

- Se reconoce como restricción pero puede estar justificada. A la vista del objeto del contrato,
  - ¿Es esencial?
  - ¿Es necesario?
  - ¿Es conveniente?
  - ¿Es accesorio?
  - ¿Es innecesario?
  
- ¿Existe un interés general objetivo que lo justifique?



## El arraigo territorial (3/3)

- "La exigencia contenida en la cláusula 2 del Pliego de Prescripciones Técnicas, no puede configurarse como un elemento esencial e incluso necesario a los efectos de una adecuada prestación del suministro objeto del contrato y conculca los principios que han de regir la contratación pública, por lo que debe ser estimada esta alegación"

TACRC, 955/2015 de 19 de Octubre



## La experiencia previa (1/3)

Se recurre, entre otros aspectos del pliego, el criterio de solvencia consistente en acreditar que la empresa licitadora tiene **adjudicado en la actualidad** un contrato de servicios energéticos de **al menos 8.000 puntos de luz.**

- Los requisitos mínimos de solvencia deben
  - Estar relacionados con el objeto.
  - Ser proporcionales cuantitativamente
  - No deben discriminar.



## La experiencia previa (2/3)

- “El número de puntos de luz es (...) necesario para asegurar que el licitador tiene los conocimientos y la experiencia necesaria para ejecutar el contrato”.
- “Además, el número de puntos de luz (...) es ligerísimamente inferior al previsto en el contrato, por lo que no se aprecia que se trate un requisito que limite la concurrencia”.



## La experiencia previa (3/3)

- "No se justifica en qué aspectos la solvencia mejora con exigir (...) ser adjudicatario de un contrato en ejecución. La ejecución actual no parece que añada nada a la experiencia (...) Ese inciso introduce un elemento que no puede considerarse proporcional al contrato. Así definido, este requisito de solvencia resulta desproporcionado y puede limitar la concurrencia".

TACRC403/2017 de 5 de mayo



## **Las limitaciones de descuentos**

### **Pliegos Terapias respiratorias domiciliarias del CatSalut, expediente TDR/15**

#### B-Oferta Económica

Los licitadores tendrán que hacer una oferta diferenciada para cada lote donde quieran concurrir, de acuerdo con el anexo 8.2.1 y 8.2.2.

La puntuación máxima se otorgará a aquellas ofertas que igualen o superen el 10% de reducción con respecto al precio de licitación de cada lote, (las ofertas con una reducción de un 10% o más, obtendrán la misma puntuación).



## 2ª Conclusion:

- La necesidad de afinar en la aplicación de los llamados "conceptos jurídicos indeterminados".
- Necesidad de un juicio valorativo sin automatismos.
- La motivación no como un trámite formal sino como un elemento esencial.



## **Normativa sobre competencia: la definición de las "concertaciones"**

- Acuerdos escritos (contrato, intercambio de e-mails) o incluso verbales.
- Prácticas concertada o actuaciones conscientemente paralelas.
- Los “pactos entre caballeros” o la participación en reunión ilegal entre competidores.





## **Normativa sobre competencia: la prueba de presunciones**

- Hechos acreditados.
- ¿Existe una explicación plausible distinta de la existencia de una concertación?.

## **Normativa sobre competencia: la ley exime, pero el apoyo administrativo no**

- Las concertaciones "auspiciadas" son ilegales.



## **Normativa sobre competencia: la CNMC (1/2)**

- Funciones consultivas a los órganos de contratación.
- Facultada para impugnar actos administrativos.
- Competente para sancionar conductas prohibidas.



## Normativa sobre competencia: la CNMC (2/2)



### NOTA DE PRENSA

#### **La CNMC intensifica su esfuerzo en la persecución de las irregularidades en los concursos públicos**

- Inicia una campaña para solicitar la colaboración de los órganos de la Administración Pública que realiza los contratos.
- La contratación pública alcanza el 15% del PIB de España.
- Se ha estimado que la falta de competencia en las licitaciones públicas impone sobrecostes de aproximadamente 40.000 millones de euros anuales.

**Madrid, 18 de enero de 2017.-**



## **El cártel de transporte balear de viajeros (CNMC 15 Marzo 2017)**

- Reparto de mercado de rutas escolares.
- Concertación de precios mediante comunicaciones muy detalladas de la asociación.
- Boicot a los órganos de contratación.



## **Infraestructuras ferroviarias (CNMC 30 Junio 2016) (1/2)**

- Reparto de mercado.
- Uso injustificado de UTE's.
- Intercambio de información sensible.
- Conducta injustificada (no asistencia a actos de apertura).



## Infraestructuras ferroviarias (CNMC 30 Junio 2016) (2/2)

### ➤ Sobre las UTE's:

- ¿Existe lógica empresarial y económica coherente?
- "solamente (...) para determinados contratos, y (...) cuando no sea posible que las empresas puedan concurrir a los mismos de manera individual ante su falta de capacidad".



## **Pañales absorbentes para adultos (CNMC 28 Septiembre 2016) (1/2)**

- Estrategia conjunta de recursos para evitar salida del canal farmacia.
- Fijación coordinada de precios.
- Precaución en el seno de asociaciones.



## Pañales absorbentes para adultos (CNMC 28 Septiembre 2016) (2/2)

- ¿Cómo reaccionar en situaciones de riesgo?
  - Abandonar de inmediato la reunión.
  - Dejar constancia escrita de la situación.
  - Contactar Depto. legal propio.
  
- Los "amigos" de hoy ...
  - Programas de clemencia.





## El "check-list" de la CNMC

### 1. Reducido número de licitadores

Si a una licitación se presentan pocas, una o ninguna empresa de las muchas que podrían hacerlo, puede deberse a la existencia de un acuerdo de reparto del concurso entre los potenciales licitadores.

- Documento de forma adecuada su estrategia empresarial, a ser posible a medio plazo.
- Sea consistente.



## El "check-list" de la CNMC

### 2. Ofertas incoherentes de un mismo licitador

Una misma empresa licitadora presenta ofertas con diferencias sustanciales y no justificadas en precios o condiciones técnicas con respecto a licitaciones de similar o idéntico contenido.

- Justifique adecuadamente su oferta en base a elementos objetivos individuales (i.e. inversiones, personal necesario, costes financieros).



## El "check-list" de la CNMC

### 3. Similitudes sospechosas en las ofertas presentadas

Varios licitadores presentan ofertas con idénticos o cuasi-idénticos importes en su oferta económica y/o técnica sin aparente justificación.

- Evite contactos con competidores o documente de forma precisa su alcance y finalidad.



## El "check-list" de la CNMC

### 4. Sospechas de boicot

Los licitadores habituales se abstienen de presentar oferta alguna con vistas a lograr una modificación de las condiciones de licitación. Por ejemplo: conseguir que procedimientos abiertos sean declarados desiertos con el objeto de ir al procedimiento negociado.



## El "check-list" de la CNMC

### 5. Ofertas no competitivas

Las ofertas falsas, “de acompañamiento”, que claramente no pretenden ser adjudicatarias, y que para ello se sirven de sospechosos incumplimientos de las condiciones establecidas en los pliegos o de precios nada competitivos, pueden ser indicativas de una manipulación de la licitación previamente acordada con los competidores.



## El "check-list" de la CNMC

### **6. Patrones de comportamiento sospechoso entre las empresas licitadoras**

Una misma empresa resulta siempre la adjudicataria del mismo contrato, de los mismos lotes, del contrato, en los mismos territorios, o existe una rotación apreciable entre las empresas adjudicatarias.



## El "check-list" de la CNMC

### **7. Subcontratación no justificada entre empresas licitadoras**

La subcontratación por la adjudicataria a una tercera empresa participante en el concurso puede ser una compensación a cambio de no haber presentado una oferta competitiva y, por tanto, a cambio de no competir efectivamente en la licitación.

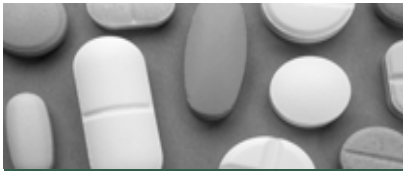


## El "check-list" de la CNMC

### **8. Ofertas presentadas por las mismas personas físicas**

Si las ofertas son presentadas por la misma persona física o jurídica en nombre de varias empresas licitadoras, sin relación alguna entre ellas, ello puede ser indicativo de un posible acuerdo para acudir conjuntamente sin rivalizar.





## El "check-list" de la CNMC

### **9. Ofertas económicas de idéntica redacción, formato o errores**

La utilización de idénticos formatos, expresiones o errores alfa-numéricos pueden indicar la coordinación de los competidores en la elaboración de las ofertas con fines manipuladores.



## El "check-list" de la CNMC

### **10. U.T.Es entre licitadores sin justificación aparente**

Una UTE creada por varias empresas capacitadas para competir individualmente, sin aparente justificación, puede ser indicio de manipulación de la licitación, especialmente si el número de licitadores es muy reducido.



### **3ª Conclusion:**

- **Materia sensible y muy compleja.**
- **Necesidad de formación continuada a distintos niveles.**
- **Prudencia, y ... Buena suerte.**



## ¿Qué hacer en caso de detectar concertaciones?

Si una licitación no supera esta lista ponte en contacto con nosotros. Investigaremos el caso de manera CONFIDENCIAL, ANÓNIMA y NO AFECTARÁ al proceso de licitación.

**+34 91 793 16 00**

**[buzoncolaboracion@cnmc.es](mailto:buzoncolaboracion@cnmc.es)**