



Financiado por
la Unión Europea



GOBIERNO
DE ESPAÑA



Plan de
Recuperación,
Transformación
y Resiliencia



La Rioja

PRÁCTICAS COLUSORIAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA



Consejería de Hacienda y Administración Pública
Dirección General de Fondos Europeos
y Oficina de la Rioja en Bruselas



Financiado por
la Unión Europea



Plan de Recuperación,
Transformación
y Resiliencia



La Rioja

Introducción

A nivel comunitario, el marco jurídico que regula el tratamiento de las medidas antifraude se inscribe fundamentalmente en la necesidad de llevar a cabo una buena gestión financiera (artículo 317 del Tratado de Funcionamiento de la UE), en la protección de los intereses financieros de la UE (artículo 325 del Tratado) y en la responsabilidad compartida, tanto por la Comisión Europea como por los Estados Miembros, de asegurar que sus actuaciones se orientan hacia el cumplimiento de ambos objetivos.

En particular, el citado artículo 325 del TFUE estipula que se deberá combatir el fraude y otras actividades ilegales que pudieran causar algún perjuicio en este sentido y el artículo 59 (punto 2.b) del Reglamento Financiero (UE, EURATOM) N° 966/2012 establece expresamente la obligación de los EEMM de prevenir estas situaciones e implantar sistemas de gestión y control adecuados. Estos sistemas, a su vez, deberán ser supervisados por la Comisión Europea.

El Convenio de 1995 establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la UE, relativa a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas define “fraude”, en materia de gastos, como cualquier acto u omisión relacionado con:

- La **utilización o la presentación de declaraciones o de documentos falsos, inexactos o incompletos**, lo que tiene como efecto la percepción o la retención indebida de fondos procedentes del presupuesto general de las Comunidades Europeas o de los presupuestos administrados por, o en nombre de las Comunidades Europeas.
- La **no divulgación de información en violación de una obligación específica**, con el mismo efecto.
- La **desviación de tales fondos para fines distintos** de aquellos para los que fueron concedidos en un principio.



Financiado por
la Unión Europea



Plan de Recuperación,
Transformación
y Resiliencia



La Rioja

La participación del Gobierno de La Rioja en la gestión de diversos fondos europeos exige la adopción de diversas medidas para evitar el fraude con vistas a proteger los intereses financieros de la Unión Europea. En este sentido, el presente Plan pretende servir al deseo del Gobierno de La Rioja de promover medidas de control del fraude en la gestión de fondos europeos. En este sentido, la presente guía, ligada con las medidas antifraude previstas en el **Plan antifraude del Gobierno de La Rioja** en materia de fondos europeos aprobado por el Consejo de Gobierno de 26 de octubre de 2022, tiene por objeto orientar los gestores de fondos europeos, titulares de órgano de contratación y personal integrante de la mesa de contratación acerca de las prácticas colusorias en contratación pública.

Esta guía pretende servir para identificar posibles prácticas colusorias y orientar acerca del procedimiento a seguir en caso de detectarlas. Se ha adaptado a las novedades introducidas en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23 UE y 2014/24 UE de 26 de febrero de 2014, operadas por la Ley 31/2022, de 23 de diciembre.



Financiado por
la Unión Europea



Plan de Recuperación,
Transformación
y Resiliencia



La Rioja

¿Cuáles son las posibles prácticas colusorias en las licitaciones públicas?

La Comisión Nacional de Mercados y Competencia (en adelante CNMC) considera que constituyen indicios de conductas colusorias en la contratación pública, entre otros, los siguientes:

- 1. La existencia de un reducido número de licitadores u ofertas económicas presentadas, teniendo en cuenta los antecedentes y las empresas activas en un determinado mercado;
- 2. La presentación de ofertas económicas por un licitador con diferencias sustanciales en precios o condiciones técnicas con respecto a licitaciones previas de similar o idéntico contenido del mismo licitador, cuando tales diferencias no tengan justificación aparente en cambios de las condiciones del mercado o de los métodos de producción o distribución del licitador o en las novedades del contrato licitado;
- 3. La existencia de ofertas con idénticos o similares importes en sus ofertas económicas o técnicas sin aparente justificación presentadas por empresas no vinculadas por una relación de control, directa o indirecta análoga a la del artículo. 42 Código de Comercio para los grupos de sociedades;
- 4. La existencia de conductas de alguno o varios de los licitadores que puedan ser indicativas de su falta de interés en resultar adjudicatarias, como la negativa a subsanar defectos formales, a completar la documentación presentada, o a justificar las ofertas con valores anormales o desproporcionados, o la presentación de ofertas económicas o técnicas en condiciones sustancialmente peores que las habituales en el mercado;
- 5. La repetición a lo largo del tiempo de una misma empresa como adjudicataria de una misma licitación, de los mismos lotes en una licitación, aún a pesar de la existencia de potenciales competidores con capacidad para ofertar en dicha licitación, en los mismos territorios, o con una rotación apreciable entre las empresas adjudicatarias;



Financiado por
la Unión Europea



Plan de Recuperación,
Transformación
y Resiliencia



La Rioja

- 6. La previsión de la subcontratación de una parte del objeto del contrato por parte de la empresa adjudicataria a una tercera empresa competidora, sin que existan razones técnicas que lo justifiquen;
- 7. La presentación de una oferta económica entre empresas competidoras agrupadas en una unión temporal de empresas que, teniendo en cuenta los antecedentes, las características técnicas y económicas de la licitación, la solvencia económica o técnica de las empresas afectadas o el mercado de que se trate, no tengan una justificación adecuada.

Tradicionalmente, se distinguen las siguientes modalidades básicas:

- **Ofertas de resguardo (Cover Bidding) también conocidas con el nombre de ofertas complementarias, de cortesía o simbólicas.** Se trata de ofertas diseñadas para simular una competencia auténtica y, por este motivo, se dificulta su detección. Estas ofertas son ofertas más elevadas u ofertas inaceptables.
- **Eliminación de ofertas (Bid Supresión).** En este caso, la estrategia que adoptan las empresas que intentan coludir consiste en el hecho que una o más de una de estas compañías acepten abstenerse, retirara o presentar una oferta conjunta.
- **Asignación de mercados (Market Allocation).** Los competidores, o bien, se reparten el mercado por áreas geográficas, o bien, acuerdan asignarse carteras de clientes.
- **Rotación de ofertas (Bid Rotation).** Las empresas que coinciden en distintos procesos de licitación pueden decidir “repartirse” por tumos cuál de ellas será la ganadora pudiendo ser una rotación simple donde cada una de las empresas gana el mismo número de contratos o rotación según igualdad de ingresos o según dimensiones.

Estas circunstancias constituyen banderas rojas a efectos de aplicación del Plan antifraude del Gobierno de La Rioja en materia de fondos europeos. Por lo que es fundamental detectar estas posibles situaciones y darles un adecuado tratamiento jurídico.



Financiado por
la Unión Europea



Plan de Recuperación,
Transformación
y Resiliencia



La Rioja

Principios básicos

- En contratación pública rige el principio de “oferta única”; pero dicho principio no se considera vulnerado por el hecho de que dos empresas de un mismo grupo concurren a una misma licitación. |
- Se prohíbe que dos empresas (sean o no del mismo grupo empresarial) coordinen sus ofertas (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de mayo del 2018).

¿Quién puede detectar las prácticas colusorias?

La mesa de contratación o el órgano de contratación.



Financiado por
la Unión Europea



Plan de Recuperación,
Transformación
y Resiliencia



La Rioja

¿Cómo se prueban? Importancia de la prueba por indicio

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de mayo del 2018 (as. C 531/2016), que cuando un poder adjudicador tenga conocimiento de elementos objetivos que pongan en duda el carácter autónomo e independiente de las ofertas presentadas por ciertos adjudicadores, está obligado a evaluar si dichas ofertas son efectivamente autónomas e independientes; para ello, podrá requerir toda la información que considere relevante a efectos de prueba. Si el poder adjudicador llega a la conclusión de que las ofertas están coordinadas o concertadas, con el propósito de obtener ventajas injustificadas respecto a los otros licitadores, procederá la exclusión de ambos licitadores.

Además de la prueba directa, para probar la concertación lo más usual será recurrir a la prueba por indicios (también denominadas “red flags” o banderas rojas), siendo necesario que se acumulen diversos indicios.

La prueba indiciaria permite considerar acreditados determinados hechos sobre los que no existe una prueba directa, a partir de considerar probados otros hechos relacionados de los que cabalmente pueda deducirse la certeza de aquéllos.

Requisitos de la prueba indiciaria:

- a). Que los hechos considerados “indicios” o red flags estén plenamente acreditados.
- b). Que los indicios sean plurales o excepcionalmente puede tratarse de un único indicio pero de singular potencia acreditativa.
- c). Que sean concomitantes al hecho que se pretende probar.
- d). Cuando sean varios indicios, debe existir una relación entre los indicios de manera que se refuercen entre sí.
- e). En cuanto a la inferencia, es necesario que sea razonable, desde la perspectiva de las reglas de la lógica y de la experiencia. En este sentido, los indicios deben operar como un “enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”, como ha declarado el Tribunal Supremo (STS 1015/1995, entre otras)

Por ello, será fundamental **reunir todos los indicios que acrediten la posible concertación entre licitadores.**



Financiado por
la Unión Europea



Plan de Recuperación,
Transformación
y Resiliencia



La Rioja

¿Qué hacer si se detectan prácticas colusorias?

En los contratos sujetos a regulación armonizada (artículo 150.1 LCSP)

1. REMISIÓN A LA CNMC

El órgano de contratación, de oficio o a instancia de la mesa de contratación, los trasladará con carácter previo a la adjudicación del contrato a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Debe incluirse :

- explicación detallada sobre los indicios detectados y sobre las razones para considerar su carácter presuntamente colusorio
- expediente de contratación, incluida la totalidad de las ofertas presentadas por todos los licitadores, sin perjuicio del deber de confidencialidad previsto en el art. 133 LCSP

Principio de confidencialidad:

- la remisión supondrá la inmediata suspensión de la licitación, la cual no será notificada a los licitadores ni tampoco será objeto de publicación.
- el órgano de contratación deberá mantener en todo momento la debida confidencialidad de estas actuaciones.

2. POSIBILIDAD DE QUE LA CNMC REQUIERA DOCUMENTACIÓN ADICIONAL

Recibido el expediente, la CNMC puede solicitar documentación adicional al órgano de contratación que deberá ser remitida en un plazo máximo de 3 días hábiles.



Financiado por
la Unión Europea



Plan de Recuperación,
Transformación
y Resiliencia



La Rioja

3. INFORME DE LA CNMC

En el plazo de 20 días hábiles desde la recepción completa de la documentación la CNMC emite un informe sobre el carácter fundado o no de tales indicios.

Resultado del informe:

- **No hay indicios fundados de conductas colusorias**, el órgano de contratación dictará resolución alzando la suspensión, que tampoco será objeto de notificación ni publicación, y continuará con la tramitación del procedimiento de contratación sin la exclusión de ningún licitador por este motivo.
- **Existen indicios fundados de conducta colusoria**, el órgano de contratación notificará y publicará la suspensión y remitirá a los licitadores afectados la documentación necesaria para que en un plazo de diez días hábiles aleguen cuanto tengan por conveniente en defensa de sus derechos.

El órgano de contratación cuidará de que los licitadores afectados reciban toda la documentación necesaria para el ejercicio de su derecho, pero sin revelar aspectos de las ofertas del resto de licitadores, si ya se hubiesen presentado, y con respeto al deber de confidencialidad previsto en el artículo 133 de esta ley.

Una vez evacuado este trámite, el órgano de contratación podrá recabar de la CNMC los informes que juzgue necesarios para resolver, que deberán ser emitidos en el plazo improrrogable de 3 días hábiles.

A la vista de los informes obrantes en el procedimiento, de las alegaciones y pruebas de los licitadores afectados y de las medidas que en su caso estos acrediten haber adoptado para evitar futuras infracciones, el órgano de contratación resolverá de forma motivada lo que proceda en el plazo de 10 días hábiles.



Financiado por
la Unión Europea



Plan de Recuperación,
Transformación
y Resiliencia



La Rioja

A la vista de los informes obrantes en el procedimiento, de las alegaciones y pruebas de los licitadores afectados y de las medidas que en su caso estos acrediten haber adoptado para evitar futuras infracciones, el órgano de contratación resolverá de forma motivada lo que proceda en el plazo de 10 días hábiles.

Contenido de la Resolución del Órgano de Contratación:

- Existen indicios fundados de conductas colusorias: procede excluir del procedimiento de contratación a los licitadores responsables de dicha conducta y lo notificará a todos los licitadores, alzando la suspensión y continuando el procedimiento de contratación con los licitadores restantes, si los hubiere.
- No existen indicios fundados de conducta colusoria, alzará la suspensión y continuará la tramitación del procedimiento de contratación sin la exclusión de ningún licitador por este motivo.

Si no se recibe informe en el plazo de 20 días hábiles, el órgano de contratación podrá acordar continuar con la tramitación del procedimiento o procedimiento contradictorio.

Iniciado el procedimiento contradictorio, si el órgano de contratación recibiera el informe de la autoridad de competencia antes de haber dictado su resolución, no procederá acordar la exclusión de ningún licitador cuando dicho informe no concluya que existen indicios fundados de conducta colusoria.



Financiado por
la Unión Europea



Plan de Recuperación,
Transformación
y Resiliencia



La Rioja

Igualmente, si el órgano de contratación recibiera el informe en el mencionado sentido una vez dictada la resolución que acuerde la exclusión de algún licitador, podrá revocar dicha resolución si así lo considera procedente siempre que aún no se hubiera adjudicado el contrato.

El órgano de contratación comunicará la resolución de adjudicación del contrato a la CNMC Comisión Nacional por medios electrónicos el mismo día en que se acuerde. Esta comunicación hará decaer cualquier solicitud de informe que no hubiera sido atendida hasta esa fecha, no pudiendo las autoridades de competencia emitir el informe a partir de ese momento.

En los contratos no sujetos a regulación armonizada

No se regula un procedimiento específico en la LCSP, pero si el órgano de contratación o la mesa de contratación consideran que los indicios de colisión son fundados, se recomienda conferir trámite de audiencia a los licitadores afectados de cara a que no se produzca indefensión.

En todo caso, será fundamental que exista un trámite de audiencia, solicitando información suplementaria de esos licitadores, con el fin de determinar si sus ofertas son efectivamente autónomas e independientes (STJUE (Sala Cuarta) de 19 de mayo de 2009. Asunto C-538/07. Assitur Srl. ECLI: EU: C: 2009:317)



Financiado por
la Unión Europea



Plan de Recuperación,
Transformación
y Resiliencia



La Rioja

Documentación de consulta

Comunicación de la Comisión Europea relativa a las herramientas para combatir la colisión en la contratación pública y orientaciones acerca de cómo aplicar el motivo de exclusión conexo. «DOUE»núm.91, de 18 de marzo de 2021.

Guía de la OCDE “Directrices para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas”.

INFORME ANUAL DE SUPERVISIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA MÓDULO III: LAS PRÁCTICAS COLUSORIAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. Oirescon. Octubre de 2022.

<https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informe-anual-supervision-2022/ias2022-modulo3.pdf>

Sentencias y doctrina:

- STJUE (Sala Cuarta) de 19 de mayo de 2009. Asunto C-538/07. Assitur Srl. ECLI: EU:C:2009:317)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de mayo del 2018 (as. C 531/2016)
- Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 950/2015, de 16 de octubre del 2015. Recurso nº 1016/2015
- Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 659/2019. Recurso nº 414/2019