



COMUNICACIÓN DE INDICIOS DE COLUSIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La colusión en la contratación pública

Entendemos por **colusión** cualquier acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, entre empresas competidoras, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia. Las conductas colusorias tienen un enorme impacto en el mercado donde se producen, ya que suponen un falseamiento de la competencia. Las consecuencias más habituales de la colusión suelen ser el incremento de precios y/o la reducción de la calidad, cantidad y/o variedad de la oferta, así como un desincentivo a la innovación.

En el ámbito de la **contratación pública**, son habituales cuatro modalidades de colusión (o **bid rigging**) que se pueden presentar de forma autónoma o combinada: ofertas de cobertura (proposiciones que pretenden simular competencia pero que efectivamente no tiene vocación de resultar ganadoras), eliminación de ofertas, reparto de licitaciones o lotes de una misma licitación (por zonas geográficas o por órganos de contratación) o rotación de ofertas¹. Estas prácticas anticompetitivas afectan muy significativamente a los procesos de licitación pública, tanto cuantitativa como cualitativamente, en perjuicio de las entidades públicas licitadoras, de los presupuestos públicos y, en última instancia, de todos los ciudadanos y contribuyentes. Además, el falseamiento de la libre competencia menoscaba la competitividad empresarial del país en su conjunto.

La Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (en adelante, LDC) sanciona como una **infracción muy grave** las conductas colusorias (artículos 1 y 62 LDC), siguiendo el marco del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Por lo tanto, se trata de prácticas prohibidas e ilícitas, de manera que es obligación de todos aquellos que tengan conocimiento de ello comunicarlo a la autoridad de competencia.

Precisamente, porque la libre competencia es uno de los principios troncales de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP), el falseamiento de la competencia en los actos de preparación y adjudicación de los contratos públicos comporta la **nulidad de los actos mencionados y del contrato** (artículos 39 y 42 LCSP).

1 Recomendamos la lectura de la Guía de la ACCO para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública:

<http://acco.gencat.cat/ca/detall/article/Guia-per-a-la-prevencio-i-deteccio-de-la-collusio-en-la-contractacio-publica-00001>

Atendiendo al impacto de las prácticas colusorias en la contratación pública y la ilegalidad de estas conductas, la LCSP exige a los órganos de contratación que velen en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguardia de la libre competencia (artículos 1 y 132.3 LCSP). Igualmente, la LCSP obliga a los órganos y mesas de contratación, las juntas consultivas de contratación pública y los tribunales de recursos de contratación a **comunicar cualquier indicio de colusión a las autoridades de competencia**.

Así pues, el objeto de este documento es exponer los diferentes mecanismos mediante los cuales las administraciones públicas catalanas tienen que notificar a la Autoridad Catalana de la Competencia (en adelante, ACCO) los indicios de colusión que puedan identificar en un procedimiento de contratación. El documento es especialmente pertinente dada la modificación del artículo 150.1 LCSP a través de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2023 (vigente desde el 1 de enero).

Procedimientos para comunicar indicios de colusión en la contratación pública

La LCSP prevé dos procedimientos diferentes por los cuales los órganos de contratación (y también las mesas y juntas consultivas) tienen que comunicar los indicios de colusión que adviertan durante un procedimiento de contratación.

(a) Procedimiento del artículo 132.3 LCSP

El artículo 132.3 LCSP obliga a los órganos de contratación y a las juntas consultivas de contratación (así como a los órganos competentes para resolver el recurso especial del artículo 44 LCSP) a notificar a la autoridad de competencia cualquier hecho del que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que pueda constituir una infracción de competencia y, particularmente, cualquier indicio de colusión.

Podemos decir que se trata de una obligación general, aplicable a todos los tipos de contratos y procedimientos de licitación (independientemente de su importe), y que compele a todo el sector público a notificar a la ACCO cualquier indicio de una posible infracción de la normativa de defensa de la competencia.

Recibida esta notificación y atendiendo a los elementos de juicio conocidos, entra dentro de las funciones de la autoridad de competencia investigar las circunstancias del caso concreto y, eventualmente, incoar un expediente sancionador si se observan indicios racionales de conductas prohibidas por la LDC (artículo 49.1 LDC).

(b) Procedimiento del artículo 150.1 LCSP

La nueva redacción del artículo 150.1 LCSP prevé la obligación de los órganos de contratación de comunicar a la autoridad de competencia los indicios fundados de colusión en procedimientos de licitación de contratos sujetos a regulación armonizada o cuando tales indicios concurren entre empresas agrupadas en una unión temporal (artículo 69.2 LCSP). En estos supuestos, hay que efectuar la referida comunicación en cualquier momento antes de adjudicar el contrato.

El envío tiene que incluir una explicación detallada de los indicios, las razones para considerarlos colusorios, copia del expediente en cuestión, así como cualquier otro elemento de juicio del que se disponga y que pueda ayudar a la ACCO a conformar su juicio.

Paralelamente, **el órgano de contratación tiene que suspender inmediatamente la licitación, si bien no lo tiene que notificar a los licitadores ni tampoco lo tiene que hacer público.**

Enviada la información, la autoridad de competencia dispone de un plazo de 20 días hábiles para concluir si realmente existen indicios de colusión o no, con tres escenarios resultantes diferentes:

- 1.** Si la autoridad de competencia concluye en su informe que **efectivamente existen indicios fundados de colusión**, el órgano de contratación tiene que notificar la suspensión del procedimiento y abrir un proceso contradictorio (de alegaciones) con las empresas presuntamente infractoras, para finalmente resolver si las excluye (en caso de confirmar el carácter fundado de los indicios) o levantar la suspensión del procedimiento de licitación (si no se aprecia tal carácter).
- 2.** Si el informe de la autoridad de competencia concluye que **no existen indicios fundados de colusión**, el órgano de contratación dictará resolución levantando la suspensión de la licitación, **hecho que no se notificará a los licitadores ni se hará público**. En este supuesto, no se excluirá a ningún licitador y el proceso de licitación seguirá su curso.
- 3.** Finalmente, puede suceder que la autoridad de competencia **no emita su informe** en el plazo de 20 días hábiles, ya que el propio artículo 150.1 LCSP prevé que este se pueda emitir hasta la adjudicación del contrato en cuestión. En este supuesto, el órgano de contratación puede optar entre continuar con la licitación (levantando la suspensión) o bien abrir el proceso contradictorio antes mencionado. Hay que recordar que, si finalmente se emite el informe de la autoridad de competencia, el órgano de contratación no podrá posteriormente acordar la exclusión de ningún licitador si la autoridad ha concluido que no existen indicios fundados de colusión. Por el contrario, si el órgano ya ha resuelto la exclusión de algún licitador y el informe de la autoridad posterior concluye que los indicios de colusión no tienen carácter fundado, el órgano de contratación podrá revocar la resolución si lo considera procedente, siempre y cuando no se haya adjudicado todavía el contrato.

Consideraciones relevantes a tener en cuenta

Presentados brevemente los procedimientos previstos en los artículos 132.3 y 150.1 LCSP, la ACCO considera pertinente resaltar un conjunto de apreciaciones, a tener especialmente en cuenta.

- 1. La ACCO como autoridad competente a la que informar.** De acuerdo con el artículo 154 del Estatuto de autonomía de Catalunya y la Ley 1/2009, de 12 de febrero, la ACCO, con carácter general, conoce de los ilícitos de competencia en Catalunya. Por consiguiente, la ACCO, generalmente, será la autoridad competente para investigar y/o informar sobre los indicios de colusión que afecten a los procedimientos de contratación de un órgano de contratación de Catalunya, bien se trate de la Administración de la Generalitat y su sector público o bien de un ente local.
- 2. Posible consulta previa informal a la ACCO.** Dada la dificultad que puede suponer la detección de posibles casos de colusión, con carácter previo a efectuar la preceptiva comunicación vía artículos 150.1 o 132.3 LCSP, puede efectuar una consulta a la ACCO con tal de esclarecer posibles dudas que pudieran existir. Una comunicación fluida y rápida entre los órganos y mesas de contratación y la ACCO es decisiva para una investigación eficaz de los posibles indicios de colusión, y evitar la destrucción de elementos probatorios. Podéis utilizar el canal de colaboración con la ACCO que se encuentra en su sitio web.
- 3. No publicidad ni notificación ni de las sospechas de colusión, ni de la comunicación a la autoridad de competencia, ni de la suspensión de la licitación.** El nuevo 150.1 LCSP advierte varias veces de la necesidad de no notificar a las empresas licitadoras ni de hacer pública la suspensión de la licitación, salvo cuando se abra el proceso contradictorio y las partes tengan que presentar alegaciones. Este “silencio” persigue el claro objetivo de no alertar a los presuntos infractores y que estos puedan destruir pruebas de la conducta colusoria que justamente se quiere demostrar. Además, no se puede descartar que la conducta colusoria afecte a otras licitaciones diferentes al procedimiento de contratación donde se han identificado inicialmente los indicios de colusión, motivo por el cual todavía podría ser más perjudicial la destrucción de pruebas, dificultando un eventual expediente sancionador por parte de la autoridad de competencia.

Por estos motivos, consideramos necesario remarcar la importancia de que el órgano de contratación no notifique ni haga pública la suspensión del procedimiento de licitación, ni lleve a cabo ningún tipo de actuación o comunicación, formal o informal, que pueda alertar a los licitadores de la apertura de este procedimiento sumarísimo con el fin de aclarar si hay indicios fundados de colusión.

- 4. Alcance del informe de la autoridad de competencia del artículo 150.1 LCSP.** Atendiendo a la literalidad del artículo 150.1, el informe de la autoridad de competencia en el seno de este procedimiento sumarísimo se limita a pronunciarse sobre el carácter fundado o no de los indicios de colusión comunicados por el órgano de contratación. La marcada brevedad del plazo (sólo 20 días) y la información limitada (únicamente las explicaciones del órgano de contratación y el expediente correspondiente) de la cual dispone la autoridad para pronunciarse, obligan a que el informe previsto por el artículo 150.1 se circunscriba sólo a pronunciarse sobre los indicios identificados por el órgano de contratación. En todo caso, corresponde al órgano de contratación la decisión de excluir o no a los licitadores, en el caso que el informe de la ACCO aprecie el carácter fundado de los indicios comunicados.

En definitiva, **este informe en ningún caso es asimilable a una resolución sancionadora de la autoridad de competencia, de manera que no compromete ni prejuzga el resultado de un eventual expediente sancionador.** En este sentido, el hecho de que el informe del proceso sumarísimo concluya que no hay indicios fundados de colusión, no impide que posteriormente la autoridad de competencia pueda abrir diligencias de instrucción o un expediente sancionador con el fin de obtener más información de la posible colusión (que podría abarcar también más licitaciones que la inicialmente identificada). Por este motivo, reiteramos la importancia de no publicar ni notificar la suspensión de la licitación cuando se inicie el procedimiento del 150.1 LCSP y evitar la destrucción de pruebas por parte de los presuntos infractores.

En conclusión, la LCSP remarca la colaboración de los órganos y mesas de contratación a la hora de identificar indicios de colusión en procedimientos de contratación y la necesidad de que estos indicios sean notificados a la autoridad de competencia es esencial, con el fin de velar por el cumplimiento del principio de libre competencia en toda licitación pública.

Al fin y al cabo, los órganos y mesas de contratación (junto con los tribunales de recursos de contratación y las juntas consultivas de contratación) son las unidades mejor posicionadas para detectar posibles infracciones de competencia en licitaciones públicas y es imperativa, por lo tanto, su especial implicación y diligencia. Tanto es así, que la inobservancia de estos deberes podría ser causa de una infracción disciplinaria del personal implicado, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional vigesimooctava de la LCSP.

Autoritat Catalana de la Competència
Via Laietana, 60, 5a planta
08003 Barcelona
Tel: 93 552 81 60
autoritat.competencia@gencat.cat
acco.gencat.cat

