

**DERECHO DE LA COMPETENCIA Y CONTRATOS PÚBLICOS: MEDIDAS DE
LUCHA CONTRA LAS PRÁCTICAS ILÍCITAS EN EL LIBRE MERCADO.**

Borja Colón de Carvajal Fibla

Diputación Provincial de Castellón

Jefe de Planificación – Cooperación Económica Local.

<http://borjacolon.blogspot.com.es>

<http://dooid.me/borjacolon>



Este obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 3.0 España.

ÍNDICE.

I.- Introducción, pág 5.

II.- Prácticas ilícitas en la contratación pública, pág 6.

a) Concepto, pág 6.

b) Factores que facilitan la colusión, pág 6.

c) Formas de colusión y técnicas para alcanzarla, pág 7.

d) Instrumentos de detección de conductas colusorias, pág 9.

III.- Cómo diseñar un procedimiento más competitivo, pág 12.

a) La elección del procedimiento de adjudicación, pág 12.

b) La determinación de la solvencia del empresario, pág 13.

c) La fijación de los criterios de valoración de las ofertas, pág 15.

d) Otras cuestiones importantes del procedimiento, pág 18.

Conclusión, pág 20.

I.- INTRODUCCIÓN.

En 2008, el Comité de Competencia de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) emprendió la tarea de revisar el material existente sobre colusión entre oferentes en licitaciones públicas con el fin de desarrollar una guía o lista corta de factores pro-competencia y anti-colusión que los empleados públicos de las áreas de contratación deberían tener en cuenta con el objetivo de maximizar una efectiva competencia en las licitaciones públicas¹.

Sobre la base de dichos trabajos, en nuestro país, la Comisión Nacional de la Competencia publicó en el año 2011, su propia "*Guía sobre contratación pública y competencia*", en la que ésta expresamente defendía que la salvaguarda de la libre competencia era un principio inspirador de la normativa de contratación pública, estando presente de forma indirecta en el resto de principios que la informaban, incluyendo los de libertad de acceso a las licitaciones, la publicidad y transparencia de los procedimientos y los de no discriminación e igualdad de trato de los candidatos.

No ha de extrañar, pues, el interés de la citada CNC en acometer una iniciativa orientada a mejorar la aplicación de estos principios en una doble vertiente: primero, destacando los aspectos del proceso de contratación pública en que pueden introducirse restricciones injustificadas a la competencia y, segundo, previniendo posibles conductas colusorias de los licitadores en estos procesos, a la luz de la categorización de tales conductas como infracciones del Derecho de la Competencia.

Nosotros pretendemos ahora con esta sencilla guía, además de enfrentarnos a la problemática de las prácticas ilícitas en la contratación pública desde un punto de vista teórico y conceptual, desarrollar una serie de pautas para que los empleados públicos que ejercen sus funciones en el seno de órganos de contratación puedan establecer mecanismos correctores y, en su caso, de denuncia o autoevaluación, respecto a las licitaciones celebradas por dichos órganos.

¹ Finalmente, la citada guía se aprobó por el Comité de Competencia de la OCDE: "*Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement*", documento DAF/COMP (2009) 1, de 24 de febrero de 2009.

II.- PRÁCTICAS ILÍCITAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

a) Concepto.

En primer lugar, diremos que la colusión entre oferentes en licitaciones públicas o *bid rigging* se produce cuando empresas, que en ausencia de dicha colusión habrían competido sin compartir información entre sí, se ponen de acuerdo para elevar los precios o disminuir la calidad de los productos o servicios que van a ser adquiridos por Administraciones públicas en procesos competitivos².

Efectivamente, los poderes públicos recurren a procesos de licitación competitivos para alcanzar la mejor relación calidad/precio atendido al presupuesto disponible. Alcanzar precios menores y/o mejores productos resulta deseable ya que permitirá el ahorro de recursos y, a su vez, su liberación para ser usados en la adquisición de otros bienes o servicios. El proceso competitivo permite, entonces, lograr precios menores o mejoras en la calidad e innovación, solo cuando las empresas compiten efectivamente, esto es, fijan sus precios y demás condiciones de manera honesta y de forma independiente entre competidores.

La colusión entre oferentes en licitaciones públicas genera, además, un efecto negativo multiplicador porque extrae recursos de manera ilegítima de las Administraciones públicas –y, en último término, de los contribuyentes–, hace disminuir la confianza pública en el proceso de contratación, y socava los beneficios de un mercado competitivo.

b) Factores que facilitan la colusión.

Debemos tener en cuenta, no obstante, que 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 en el acuerdo que lo incumplan. La existencia de este conjunto de condiciones depende a su vez, principalmente, de cuestiones fundamentales como son las características de los mercados en que se desarrolla la contratación pública y del diseño del proceso de contratación. Respecto a los mercados, la colusión tiende a ser más factible en cuatro circunstancias muy concretas, a saber:

² Somos conscientes, no obstante, que no solo contratan las Administraciones públicas, sino todos aquellos entes, organismos o entidades previstos en el art. 3 del TRLCSP, pero utilizaremos exclusivamente la referencia a éstas por ser, a nuestro juicio, las más representativas de todos ellos.

1. Cuando el mercado puede considerarse estable porque existen barreras de entrada que dificultan o impiden la inclusión de nuevos competidores, y no parece probable que se produzcan modificaciones importantes de las condiciones de demanda.
2. Cuando el producto o servicio que ofrecen las empresas es relativamente homogéneo, lo que facilita la consecución de acuerdos respecto al precio ofertado.
3. Cuando los productos o servicios objeto de licitación no cuentan con sustitutivos cercanos, de manera que los órganos de contratación pueden tener pocas alternativas cuando los empresarios alcanzan un acuerdo.
4. Cuando existen vínculos contractuales o estructurales entre las empresas participantes en el mercado que pueden facilitar la coordinación y el seguimiento del comportamiento de todas ellas.

Por otro lado, y respecto establecimiento de diferentes modelos o fórmulas de licitación que pueden potenciar la utilización de prácticas ilícitas por los empresarios, nos remitimos al epígrafe concreto de la presente guía.

c) Formas de colusión y técnicas para alcanzarla:

La colusión entre oferentes en licitaciones públicas puede practicarse de diversas formas; todas ellas obstaculizan o menoscaban los esfuerzos de las Administraciones públicas por obtener productos y servicios al menor precio posible y de mayor calidad. Las empresas competidoras pueden ponerse de acuerdo anticipadamente sobre cuál de ellas presentará la oferta ganadora respecto de un contrato cuya adjudicación está sujeta a licitación. El objetivo común de un acuerdo colusorio entre empresarios es elevar el importe de la oferta ganadora, incrementando consecuentemente el provecho ilegítimo que será luego distribuido entre los oferentes coludidos. El acuerdo en cuestión, que permite la manipulación fraudulenta de las posturas, puede recaer sobre uno o más de los siguientes aspectos:

1. **Fijación de Precios:** Los miembros del acuerdo han escogido previamente cuál de los empresarios se adjudicará el contrato y a qué precio, hecho lo cual, el resto de los participantes se limita a presentar ofertas por encima de dicho

importe, encaminadas a ser eliminadas del proceso. Para que este acuerdo resulte sostenible en el tiempo, los beneficios económicos obtenidos por el empresario ganador deben ser repartidos de alguna forma con los demás miembros del acuerdo.

2. **Reparto de Mercados:** En este caso, los tipos de clientes o diferentes mercados geográficos son repartidos entre los miembros del acuerdo, para lo cual, estos establecen presentar ofertas elevadas -destinadas al fracaso- en aquellos mercados que han sido asignados por el acuerdo a otro de los miembros de éste.
3. **Cobro por Posturas:** El acuerdo establece un mecanismo de cobro de una "comisión" para efectuar ofertas y cada miembro suma el importe de dicho pago a la oferta que individualmente realiza. Los fondos acumulados por el acuerdo son más tarde distribuidos entre sus miembros por algún mecanismo.
4. **Reparto del Botín:** El proponente ganador se compromete a compensar a los perdedores por los costes incurridos en presentar sus ofertas. Para que ello sea así, la postura de cada empresa debe elevarse en el importe de dichos costes, según lo acordado.

Si bien individuos y empresas pueden acordar implementar diversos esquemas de acuerdos colusorios, generalmente desarrollan una o más técnicas comúnmente conocidas. Estas estrategias no son excluyentes entre sí, pudiendo diferenciar, entre otras, las siguientes:

1. **Ofertas encubiertas:** Constituyen la forma más frecuente en que los acuerdos colusorios entre oferentes son llevados a cabo. Nos encontramos ante una oferta encubierta cuando individuos o empresas han acordado presentar ofertas que contienen, al menos, alguna de las siguientes características: (1) un competidor acuerda presentar una oferta que es más elevada que la oferta del ganador previamente determinado por el acuerdo, (2) un competidor presenta una oferta que es conocida y manifiestamente demasiado elevada para ser aceptada, o (3) un competidor presenta una oferta que contiene entre sus condiciones generales términos claramente inaceptables para el la Administración contratante.

2. **Supresión o retiro de ofertas:** Implica acuerdos entre los competidores en el sentido de que una o más empresas acuerdan presentar ofertas o bien retirar la oferta previamente presentada, en ambos casos, con la finalidad de que el ganador previamente designado sea el escogido por la Administración Pública contratante.
3. **Rotación del ganador:** Los miembros del acuerdo pueden coordinarse para ganar por turnos las licitaciones a través, habitualmente, de la utilización de ofertas 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.

d) Instrumentos de detección de conductas colusorias:

Fruto del proceso de acercamiento entre las autoridades de competencia y las autoridades encargadas de la contratación pública, se pueden identificar instrumentos específicos que contribuyen a la labor de detección y de obtención de pruebas para identificar conductas colusorias en licitaciones públicas. Estos instrumentos son, principalmente, los *checklists*, elaborados en distintos formatos, pero generalmente breves, destinados a ser utilizados por los funcionarios que participan en los procesos de contratación pública y que contienen indicadores que constituyen verdaderas luces de alerta al describir circunstancias que se apartan de la normalidad. En la interpretación de estos indicadores debe tenerse en cuenta que, en general, su fiabilidad y capacidad para revelar la existencia de acuerdos colusorios es mayor si su análisis se realiza de forma sistemática, comparando los resultados y las prácticas observadas a lo largo del tiempo o en licitaciones similares. El esfuerzo dirigido a la detección de patrones de conductas sospechosas mantenidos durante determinados períodos de tiempo es, en este sentido, más útil que los intentos de identificación de problemas en una única operación específica.

Existen diversos indicadores que, si bien no deben ser tomados como una condición necesaria ni suficiente para demostrar el falseamiento del proceso de licitación, proporcionan sin embargo información que puede ayudar a los poderes públicos a decidir cuándo deben proceder a realizar una investigación detallada. Distinguiremos tres tipos de indicadores clave³:

³ Tomando, por ser la más exhaustiva, la Guía de la División Antitrust del Departamento de Justicia de los EE. UU. El documento en cuestión, titulado: "*Price Fixing, Bid rigging, and Market Allocation Schemes: What They Are and What to Look For*", puede consultarse en la siguiente dirección: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/211578.htm>

1. Son indicadores de situación anormal respecto de las ofertas:

- a) El que una misma empresa siempre gane una específica licitación. Más sospechoso resulta si otra u otras empresas continuamente presentan a dicha licitación ofertas que fracasan;
- b) Son siempre los mismos proveedores los que se presentan al proceso de licitación y las empresas parecen irse turnando en presentar la mejor propuesta y en adjudicarse la licitación;
- c) Algunas de las ofertas son mucho más elevadas que los precios de licitación, que ofertas previas de las mismas empresas, o que la estimación de costes calculada;
- d) Una misma empresa presenta oferta en una licitación substancialmente superior a las presentadas en otras licitaciones, sin que existan diferencias de costes aparentes que justifiquen la disparidad de éstas;
- e) El adjudicatario subcontrata parte del trabajo con competidores que presentaron ofertas que fracasaron en el mismo proceso de adjudicación;
- f) El oferente que se perfila como ganador de la licitación retira su oferta y, una vez adjudicada a un nuevo ganador, más caro, el primero es subcontratado por el segundo;

2. Son indicadores de situación anormal respecto de los precios:

- a) Aumentos repentinos e idénticos de precios por los licitadores no justificados por incrementos de costes.
- b) Las empresas realizan unas estimaciones de costes de determinadas partidas idénticas y/o poco realistas.
- c) Diferencias significativas en los precios que una misma empresa oferta para un contrato similar ante diferentes Administraciones públicas.

- d) 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.
- e) Presentación de ofertas con precios superiores al presupuesto de licitación. 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.

3. Constituyen otros comportamientos sospechosos:

- a) Las presentaciones escritas de las ofertas presentadas por los distintos empresarios contienen irregularidades (como cálculos u errores ortográficos idénticos) o similitud en la letra manuscrita, tipografía o papelería;
- b) Las ofertas, en lo referido al precio, contienen borrones, u otras alteraciones físicas que puedan significar cambios de última hora;
- c) Una empresa adquiere los pliegos para sí y para uno de sus competidores, o bien, presenta su oferta y, acto seguido, la oferta de una empresa competidora;
- d) Una empresa presenta una oferta no obstante ser incapaz de ejecutar el contrato exitosamente;
- e) Una empresa prepara diversas ofertas para una misma licitación y presenta su oferta definitiva sólo una vez que determina o intenta determinar qué otras empresas están participando.

III.- CÓMO DISEÑAR UN PROCEDIMIENTO MÁS COMPETITIVO.

Como hemos dicho, en ocasiones, la elección por los órganos de contratación de un determinado procedimiento de adjudicación viene condicionada a que se den varios requisitos que impone la normativa de contratación pública respecto de los mismos. En otros casos, no obstante, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) permite aplicar los procedimientos que en él se regulan sin necesidad de que se cumpla requisito alguno. Es importante que dichos órganos tengan en cuenta que su elección puede condicionar la competencia de la licitación. Las siguientes recomendaciones van encaminadas a facilitar al órgano de contratación la elección de un procedimiento licitatorio que tenga en cuenta adecuadamente las consecuencias para la competencia derivadas de la adopción de las distintas modalidades previstas en por el citado TRLCSP.

a) La elección del procedimiento de adjudicación.

En principio, el procedimiento más favorecedor de la concurrencia, por ser más respetuoso con el principio de igualdad entre los licitadores, es el procedimiento abierto, regulado por los arts. 157 a 161 del TRLCSP, al que pueden presentarse todas aquellas empresas que reúnan los requisitos de aptitud exigidos por ésta. Para la selección de cualquier otro procedimiento, los órganos de contratación deben sopesar muy cuidadosamente el impacto sobre la competencia derivado de tal decisión, incluso si, con procedimientos alternativos, pudiera facilitarse la gestión y acortarse el período de tramitación.

En el procedimiento restringido, previsto en los arts. 162 a 168 del TRLCSP, sólo podrán presentar proposiciones las empresas que, habiéndolo solicitado, y en atención a su solvencia, establecida de acuerdo con criterios objetivos y justificados, sean seleccionadas. Se configura por el TRLCSP como un procedimiento ordinario. Cuando se utilice, y aunque la esencia del mismo es limitar el número de licitadores a aquellos de mayor solvencia, a la hora de decidir el número de empresas invitadas a participar se debe valorar el impacto sobre la competencia de tal decisión, evitando limitaciones innecesarias de la concurrencia. La limitación no tiene por qué situarse automáticamente en el mínimo legal de cinco empresas, siendo recomendable que tal decisión se justifique adecuadamente.

En el procedimiento negociado, previsto en los arts. 169 a 178, el contrato recae en el licitador elegido por la Administración pública contratante, previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o varios candidatos. Salvo en los casos en que se exige dar publicidad al anuncio de licitación, la regla general es que la Administración se ponga en contacto directamente con los candidatos que a su juicio cumplen los requisitos de capacidad y solvencia, y negocie las cuestiones técnicas y económicas del contrato con cada uno de ellos. El procedimiento negociado es un procedimiento extraordinario, que sólo puede utilizarse cuando se den las circunstancias que la Ley determina taxativamente para ello. Incluso cuando sea posible utilizarlo, las menores garantías desde el punto de vista competitivo de este procedimiento aconsejan una aplicación comedida del mismo⁴.

Finalmente, en el diálogo competitivo, regulado en los arts. 179 a 183 del TRLCSP y cuya utilización está sujeta a la concurrencia de determinadas circunstancias, la Administración Pública dirige un intercambio de opiniones con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar soluciones que satisfagan sus necesidades. Este procedimiento, a caballo entre el procedimiento restringido y el negociado, se reserva para el caso de contratos particularmente complejos, siendo obligatorio su uso en el caso de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. Para favorecer la competencia en este procedimiento se debe ser flexible con el número de empresas invitadas a participar que, siempre que sea posible, debería superar el mínimo legal de tres, de cara a garantizar una competencia efectiva.

b) La determinación de la solvencia del empresario.

La elección de los elementos que van a determinar las exigencias mínimas de aptitud de los empresarios que quieren participar en una licitación pública es muy importante, todo ello de cara a que éstas no se conviertan en potentes barreras de entrada a nuevos licitadores que, en última instancia, pudieran reportar a la Administración pública mejores prestaciones y, además, a precios más bajos.

Debemos decir, por otro lado, que la aptitud de empresario, a los efectos del TRLCSP, vendrá determinada por cuatro elementos fundamentales: la capacidad de

⁴ Téngase en cuenta que el Informe 11/2004 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado estableció como doctrina que *"la utilización del procedimiento negociado tiene carácter excepcional y solo procede cuando concurren las causas taxativamente previstas en la ley, que son de interpretación estricta y han de justificarse debidamente en el expediente"*.

obrar, la habilitación profesional o empresarial, el no estar incurso en prohibiciones de contratar y, probablemente lo más importante, el disponer de la suficiente solvencia económico-financiera, técnico y profesional o, en su caso, la correspondiente clasificación.

La solvencia económico-financiera y técnico-profesional del licitador debe estar vinculada al objeto del contrato y ser proporcional al mismo ya que, una solvencia excesivamente exigente puede elevar sustancialmente las barreras de entrada a los potenciales licitadores. Al mismo tiempo, debemos decir que no es posible ampliar el ámbito objetivo de clasificación a supuestos distintos de los previstos por la Ley, es decir, para contratos de importes inferiores, siendo esta la postura mantenida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (en adelante, JCCAE), entre otros, en su Informe 23/1996, de 5 de junio. Así pues, los requisitos exigidos tendrán a la vez el carácter de máximos y de mínimos, es decir, sólo pueden licitar las empresas que los reúnan pero, en contrapartida, todas las que los reúnan pueden hacerlo.

Por otra parte, 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.

En relación al hecho de supeditar el acceso a la licitación a que las entidades participantes cuenten con una forma jurídica determinada, como por ejemplo algún tipo de sociedad mercantil, mancomunidad, condición de asociación de utilidad pública o sin ánimo de lucro, etc., debemos decir que dicha postura no respeta en absoluto el espíritu de la Ley ya que con ello se eliminan las posibilidades de participación de operadores que, en ausencia de esa limitación, estarían en condiciones de ofrecer satisfactoriamente la prestación requerida. De la misma manera, la exigencia por parte de la Administración de que los oferentes se presenten bajo la forma UTE restringe las posibilidades de decisión de las empresas y, de hecho, puede aumentar innecesariamente el riesgo de coordinación anticompetitiva de la conducta de los miembros de la UTE.

Asimismo, la propia JCCAE ha despreciado en innumerables ocasiones la posibilidad de incluir como criterios de solvencia la 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 referencia⁵.

En relación con los bienes objeto del contrato, está prohibida, salvo en los supuestos de excepción contemplados legalmente, 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.

Por último, el TRLCSP permite exigir que el licitador cumpla determinadas normas de garantía de calidad. De acuerdo con ésta, las Administraciones públicas que decidan exigir certificados de calidad en sus pliegos 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. Además, en dichos pliegos no debe mencionarse ninguna entidad de certificación concreta. El Texto Refundido establece, asimismo, que la exigencia de una determinada certificación de calidad para demostrar la solvencia de la empresa debe constituir una mera alternativa de acreditación, sin que ello implique la exclusión de posibilidades de acreditación por otros medios.

c) La fijación de los criterios de valoración de las ofertas.

Huelga decir, en primer lugar, que la enumeración de los criterios de valoración de las ofertas que realiza el art. 150.1 del TRLCSP (*"la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, etc."*) se hace exclusivamente a título enunciativo, no teniendo, por lo tanto, dicha enumeración, la consideración de *numerus clausus*⁶. Aunque si bien es cierto, *"difícilmente se podrían encontrar otros criterios que sean objetivos y que sirvan para valorar ofertas distintos de los que se enumeran..."*, según reconoce el Informe 4/1997, de 6 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid.

⁵ Entre otros, el Informe 9/2009, de 31 de marzo.

⁶ La no consideración de *numerus clausus* de esta enumeración de criterios ha sido puesta de manifiesto en los Informes 28/1995, de 24 de octubre; 11/1999, de 30 de junio, y 53/2008, de 29 de enero, de la JCCAE.

El primero de los puntos fundamentales a tener en cuenta para el establecimiento de los criterios de valoración de las ofertas es, sin lugar a dudas, algo que la Ley 30/2007 incorporó como novedad respecto al Texto Refundido del año 2000 y que vino a dar respuesta de forma contundente a los requerimientos de la jurisprudencia comunitaria en la materia⁷: la vinculación de los criterios de adjudicación al objeto mismo del contrato⁸. Así pues, los criterios de valoración deben estar directamente vinculados al objeto del contrato, esto es, estar referidos a la naturaleza y características de la prestación objeto del contrato o a sus condiciones de ejecución, a fin de identificar de un modo objetivo la oferta más ventajosa para el interés general.

Precisamente, por venir determinados en función de las características objetivas de cada contrato, los criterios de valoración de las ofertas no sólo operarán en orden a la selección de las ofertas, sino que también decidirán la previa inadmisión de aquellas que no cumplan con las especificaciones técnicas fijadas en el pliego, lo que podrá dar lugar a que se declare desierta la licitación cuando ninguna oferta se ajuste al mismo. De ahí que, con buen criterio, la LCSP nos imponga en su art. 93.4 la obligación de dejar constancia en el expediente de una justificación adecuada sobre la elección del procedimiento y de los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato.

Otro punto importantísimo que nos gustaría abordar es el de la utilización de la experiencia como criterio de adjudicación. En este punto debemos decir que, a la vista de las sucesivas regulaciones de dichos criterios (antes con el art. 86 del TRLCAP y ahora con el art. 150 del TRLCSP), la doctrina mayoritaria se ha esforzado en interpretar la misma en el sentido de no reconocer la posibilidad de que la experiencia operara como auténtico criterio de adjudicación en los contratos públicos. La jurisprudencia europea sobre este particular ha sido abundante, siendo decisiva la STJCE de 20 de septiembre de 1998 (Asunto C-32/87-*Beentjes*), que defendía la distinción entre las fases de solvencia de los licitadores y de adjudicación del contrato, concluyendo que *"el criterio de la experiencia específica para la obra a realizar es un criterio legítimo de capacidad técnica para verificar la*

⁷ En la terminología de la legislación anterior se exigía, no obstante, que se tratara de criterios objetivos, aunque también es utilizada en el artículo 150.2 del TRLCSP, ha sido puesta de manifiesto en el ámbito europeo por el legislador y la jurisprudencia comunitarios, siendo corolario de la misma el tratamiento no discriminatorio resultante de dichos criterios, con arreglo al principio de igualdad de trato o no discriminación.

⁸ El art. 150.1 del TRLCSP es claro al respecto: *"...para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato tales como ..."*

aptitud de los empresarios"⁹. La JCCAE se ha ajustado también a esta interpretación, condicionada evidentemente por el impacto de la jurisprudencia comunitaria, considerando a la experiencia como un prerequisite para contratar con la Administración, dentro de la solvencia técnica de los arts. 76 a 79 del TRLCSP¹⁰.

Por otro lado, y en relación a las conocidas "mejoras" aplicables tradicionalmente a los contratos de obras y previstas por el TRLCSP en su art. 147, debemos decir, siguiendo las tesis mantenidas otra vez por la JCCAE, que dichas mejoras no pueden consistir en ejecutar mayor volumen de obra sobre la prevista en el proyecto, puesto que este tipo de contratos se refieren a la ejecución de un proyecto que define el objeto del contrato y que ya ha sido supervisado, aprobado y replanteado, por lo que solamente la obra contenida en éste es la que se licita y la que puede ejecutarse, de forma que no ha lugar a ejecución de obras distintas de las precisadas en el proyecto aprobado¹¹.

Atendiendo al plazo de ejecución de los contratos, debemos atender de nuevo a las directrices marcadas por la JCCAE, en este caso en su Informe 13/2004, según el cual, constituye un auténtico fraude el incumplimiento del plazo de ejecución del contrato cuando la reducción del mismo se consideró como un criterio de adjudicación.

Por lo que hace referencia a la cuestión de las bajas temerarias (ahora "*ofertas anormalmente bajas*") es preciso recordar si quiera una de las recomendaciones que formuló el Tribunal de Cuentas en su Informe número 760, aprobado por el Pleno del mismo el 26 de abril de 2007, relativo a la fiscalización de los criterios de adjudicación utilizados en los procedimientos de contratación de la Seguridad Social durante los ejercicios 2004 y 2005. Según el citado Tribunal, debería renunciarse al establecimiento de umbrales de saciedad en la valoración del criterio económico, puesto que a través de ellos se está penalizando a las ofertas más baratas de tal modo que, por debajo de ese determinado límite o umbral, aunque bajen el precio ofertado, no obtienen una mayor puntuación. Esta actuación supone renunciar *a priori* y de forma automática a la obtención de una posible mayor baja o economía en el contrato, al tiempo que no permite formular alegaciones por parte de los contratistas en justificación de su oferta a pesar de que, con carácter previo, ya han acreditado convenientemente su solvencia para la ejecución del contrato.

⁹ Pudiendo, asimismo, ser consultada la STJCE de 22 de junio de 1989.

¹⁰ Pueden consultarse, entre otros, los Informes 53/97, 13/98 y 51/2005.

¹¹ Informes de la JCCAE 29/1998 y 59/2009.

Finalmente, debemos decir que la transparencia en el sistema de atribución de puntuación de los criterios de valoración es crucial en las licitaciones públicas, en la medida en que, para limitar posibles excesos de discrecionalidad, debe explicarse el mecanismo y los parámetros que determinan la progresividad de las puntuaciones. Asimismo, 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 0 puntos, y una máxima, valorada con la cifra que se decida seleccionar, debiendo permitirse un recorrido de puntuación intermedia entre dichos valores extremos. Igualmente, para evaluar los parámetros económicos, es preferible seguir un sistema de progresión lineal entre la puntuación otorgada a cada oferta y el grado de mejora a este respecto que ésta conlleva. Tanto la JCCAE como la jurisprudencia más consolidada avalarían esta posición.

d) Otras cuestiones importantes del procedimiento.

De acuerdo con el TRLCSP, solo se justifica la tramitación de urgencia de los expedientes de contratación por la existencia de una necesidad inaplazable o cuando sea preciso acelerar la adjudicación por razones de interés público. La principal consecuencia de esta decisión es que los plazos de tramitación se reducen a la mitad de los del procedimiento ordinario. En determinados trámites, como el de presentación de las ofertas, este procedimiento puede conllevar un acortamiento de los plazos perjudicial para la competencia, al dificultar el acceso al mercado. Por ello, dada la excesiva vaguedad del criterio que permite utilizar esta tramitación, conviene aplicarla únicamente tras una justificación rigurosa de la manera en que concurren estas causas.

La determinación de la duración idónea de un contrato resulta elemental para garantizar un nivel de competencia adecuado en las licitaciones públicas. De acuerdo con el TRLCSP, la duración de los contratos deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas. El establecimiento de plazos excesivamente largos, aunque se encuentren dentro de los límites legales, erige barreras de entrada para nuevos operadores, que ven imposibilitado su acceso al mercado durante todo el período de vigencia del contrato, pero, por otra parte, los intervalos de tiempo demasiado reducidos pueden dificultar la amortización de las inversiones necesarias para realizar la prestación objeto del contrato, lo que puede disuadir de la presentación de ofertas

y conferir así ventajas a los operadores ya instalados que no necesiten llevar a cabo dichas inversiones, y elevar los costes de gestión para los órganos de contratación.

Por último, debemos tener en cuenta que la subcontratación puede favorecer la participación de ciertas empresas en la contratación pública, en particular de las PYMEs. Sin embargo, en ocasiones, la ejecución del contrato por uno o varios operadores diferentes del adjudicatario original puede dar lugar a una reducción de la competencia efectiva en la fase de licitación, y ello incluso cuando se realiza por debajo del límite establecido en el TRLCSP. Ello es así cuando ciertas empresas que podrían acudir al proceso competitivo como licitadores, optan por no hacerlo -o por participar de forma menos agresiva de lo que podrían- prefiriendo actuar de subcontratistas, con la consiguiente relajación de las condiciones de competencia de la licitación. Por todo ello, a la hora de valorar el margen que se establece para la subcontratación de la prestación contratada, así como la imposición de dicha subcontratación al contratista, el órgano de contratación debe valorar si las circunstancias del mercado permiten alcanzar el objetivo de favorecer el acceso de las PYMEs a los contratos públicos sin reducir de manera ostensible la competencia efectiva en el proceso de licitación.

IV.- CONCLUSIÓN.

El papel del personal al servicio de los órganos de contratación en la prevención y detección de acuerdos colusorios en los procesos de adjudicación de contratos públicos es, como hemos visto, muy importante. Para potenciar efectivamente su función en estos procedimientos se requiere que los poderes públicos presten una atención especial a dos elementos clave: las medidas encaminadas a facilitar el acceso de dicho personal a la información sobre mercados, productos y proveedores relacionados con el objeto de los contratos públicos de su competencia, y la determinación de directrices de actuación, especialmente en el caso de las agrupaciones de empresas, y en casos de presencia de indicios o sospechas fundadas de existencia de acuerdo colusorio.

La probabilidad de colusión entre oferentes en licitaciones públicas se incrementa cuando existe información asimétrica, es decir, cuando las empresas oferentes tienen más información sobre la estructura y el funcionamiento del mercado que el propio órgano de adjudicación. Para prevenir o corregir este riesgo es importante facilitar y promover que el personal de estos órganos pueda recabar información sobre aspectos básicos de la contratación pública de su competencia, así como sobre cambios recientes en todos estos datos y tendencias del mercado que puedan afectar a las condiciones de competencia de la oferta.

Aunque es posible obtener esta información de muy diversas maneras, el acceso y la posibilidad de explotación de los datos relativos a anteriores licitaciones es una de las más importantes, por lo que una de las prioridades de actuación en este ámbito debe ser el registro y compilación sistemáticos de todos los datos relevantes: ofertas ganadoras, el precio u otras condiciones de adjudicación, oferentes que han participado en diferentes licitaciones y características de esas licitaciones. Por eso, entendemos que la creación y mantenimiento de esta base de datos pública y accesible es un elemento básico para la detección de la existencia de patrones de conductas sospechosas que pueden mantenerse a lo largo del tiempo, un análisis que, como se ha señalado anteriormente, es especialmente eficaz para la prevención de la colusión en la contratación pública.