CONTRATACIÓN PÚBLICA Y COMPETENCIA

Durante los últimos años, las instituciones públicas a nivel nacional e internacional han experimentado una preocupación cada vez mayor por las consecuencias que para los mercados tienen las actuaciones colusorias de quienes participan en ellos, y en concreto, aquellas conductas que se generan en el marco de los procedimientos de contratación pública. La Comisión Nacional de la Competencia acaba de publicar una guía sobre contratación pública y competencia que pretende facilitar la detección por las Administraciones Públicas de conductas colusorias en los procedimientos de contratación en los que demanden bienes o servicios. Por su parte, la OCDE ha elaborado diversos documentos subrayando la necesidad de reforzar las normas de competencia para evitar conductas colusorias en los mercados vinculados a la contratación pública, y la Unión Europea ha lanzado una iniciativa en diversos frentes – las Directrices de interpretación del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Libro Verde sobre contratación Pública, entre otros -, con objeto de identificar, reducir y evitar las conductas anticompetitivas en el marco de los procedimientos públicos de contratación.

Grupo de Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P.

La **competencia** en los mercados en general y en los de bienes y servicios demandados por el **sector público** en particular, es una cuestión de gran importancia y ello no sólo por la necesidad de asegurar la transparencia y la accesibilidad a los mismos por los distintos licitadores, sino porque a mayor competencia, menor precio y por tanto mayor eficiencia en la utilización de los fondos públicos con que los compradores – autoridades públicas – operan.

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo abogados, S.L.P.

La **persistencia de conductas anticompetitivas** en los procedimientos de **contratación pública** a pesar de las numerosas normas vigentes en la materia ha hecho saltar las alarmas de las instituciones públicas a nivel interno e internacional, preocupadas ahora por poner freno a tales conductas y a sus consecuencias mediante un reforzamiento de la legislación sobre competencia, complementado con otros instrumentos tales como **recomendaciones** para diseñar los procedimientos de contratación, **orientaciones** para prevenir actuaciones colusorias e incluso **indicadores para la detección** de conductas anticompetitivas.

La **OCDE** ha puesto el acento, los últimos años, sobre los riesgos y las consecuencias negativas que para el mercado tienen las acciones colusorias desarrolladas en los procedimientos públicos¹ y ha sugerido reforzar la legislación sobre competencia y educar a los poderes públicos a todos los niveles para ayudarles a identificar los signos de conductas anticompetitivas desde un primer momento.

En el marco comunitario, la toma de conciencia de la importancia de asegurar una **competencia efectiva en la contratación pública** y de su repercusión en numerosas políticas comunitarias ha determinado una regulación cada vez mayor - en envergadura e intensidad-, de las "Compras Públicas" en el contexto del mercado interior y en su accesibilidad por empresas de terceros Estados. En los últimos meses se han publicado dos documentos que ponen de manifiesto la preocupación comunitaria por la materia:

- La Comunicación de la Comisión "**Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea² a los acuerdos de cooperación horizontal** (2011/C 11/01)".

1 Entre otros documentos: Regulating Market Activities by the Public Sector (2004).

Competition in Bidding Markets (2006).

Competition Policy and Concessions (2007).

2 En adelante "Tratado".

- El “**Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente**”, publicado el 27 de enero de 2011, en relación con el cual se ha abierto una consulta pública con objeto de modernizar la regulación de las compras públicas y proceder a su adaptación a la Estrategia Europea 2020, que hace especial hincapié en que las políticas de contratación pública deben garantizar el uso eficiente de los fondos públicos.

Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2011/C 11/01).

Las directrices contienen una serie de principios aplicables a la **evaluación de conformidad** con el artículo 101 del Tratado de los acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas relativas a la cooperación horizontal, entendiéndose por tal los **acuerdos entre competidores reales o potenciales**. Ello no obstante, las directrices también son aplicables a los acuerdos de cooperación horizontal entre no competidores cuando se trate de empresas activas en los mismos mercados de productos en mercados geográficamente distintos sin ser competidores potenciales y a los acuerdos de cooperación vertical (es decir, entre empresas situadas a niveles distintos de las cadenas de producción o distribución).

Tales directrices definen los **principios** que deben tomarse en consideración a los efectos de asegurar la compatibilidad de un acuerdo de cooperación con el artículo 101 del Tratado, principios que analizan los problemas de competencia y los efectos restrictivos de la misma que pueden derivarse de la adopción de acuerdos de carácter horizontal – y en ocasiones también de naturaleza vertical – en cada supuesto específico, distinguiendo entre acuerdos de investigación y desarrollo, acuerdos de producción, de compra, de comercialización o de estandarización, dedicando un apartado específico a cada una de estas modalidades.

Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE.

El objetivo de la consulta es presentar, a principios de 2012, propuestas legislativas orientadas a simplificar y modernizar las normas sobre contratación pública y mejorar la utilización de los contratos públicos, e **incrementar la eficiencia del gasto público**, lo que obliga a adoptar mecanismos que generan la competencia más fuerte posible, garantizar a los licitadores la oportunidad de competir en condiciones equitativas y evitar los falseamientos de la competencia. El Libro Verde se plantea además abordar una cuestión importante que hasta ahora no ha sido tratada suficientemente como es la **prevención de la corrupción y el favoritismo en la contratación pública y la lucha contra ellos**.

La Comisión Europea insiste en la necesidad de asegurar una competencia leal y efectiva, partiendo de que en ocasiones los compradores públicos operan en **mercados de estructura anticompetitiva** de modo que las decisiones de contratación, aunque se tomen de forma plenamente conforme a las directivas, no tienen en cuenta las estructuras del mercado, lo que conlleva el **riesgo de consolidar o incluso agravar estructuras contrarias a la competencia**, como ocurre en los contratos de alto valor en los sectores en los que las autoridades públicas son los principales clientes, y la demanda privada no es suficiente para compensar la repercusión de las compras de las autoridades públicas en el mercado.

Por ello, para determinados contratos que solo puedan ser ejecutados por un operador o por un número reducido de ellos y con objeto de **evitar la consolidación de estructuras oligopolísticas**, el Libro Verde propone que los poderes adjudicadores conozcan la estructura de los mercados y que adapten los contratos al mismo, por ejemplo reduciendo el volumen o la duración de los contratos, o dividiendo los contratos en lotes, con objeto de maximizar la competencia³.

³ Sugiere también otros instrumentos como la reducción del nivel de exigencia de los criterios de selección, lo que incrementa normalmente el número de ofertas válidas.

Ello no obstante, la adopción de tales medidas exige el buen conocimiento por el poder adjudicador del mercado en el que opera, lo que se alcanza mediante estudios sobre la estructura y forma del mercado al que se dirige antes de la contratación efectiva.

Comportamientos anticompetitivos

Como cuestión conexas se aborda, en el Libro Verde, el problema de los comportamientos anticompetitivos en los mercados de contratación pública, especialmente propensos a prácticas de colusión (**manipulación de las licitaciones, reparto de los mercados...**)

Desde esta perspectiva, la Comisión plantea si, aunque existen normas y principios que orientan a los agentes de contratación sobre como detectar e impedir prácticas colusorias, basta con la orientación para combatir la colusión en los mercados de contratación o si se hace preciso **adoptar instrumentos legislativos específicos como:**

- Medidas más estrictas de exclusión en caso de colusión en un procedimiento de licitación.
- La utilización de certificados de determinación de ofertas independientes.
- La obligación de los contratadores de consultar a las autoridades de la competencia en los casos de pautas sospechosas en las ofertas.

Lucha contra el favoritismo y la corrupción

El Libro Verde parte de que **los mercados de contratación pública**, y en especial los proyectos de obras de gran envergadura son "**blanco de potenciales sobornos, y de conductas favoritistas**" que, aunque no impliquen necesariamente una conducta corrupta, si ponen en peligro la integridad del proceso de contratación.

Aun cuando muchos Estados miembros disponen en su legislación interna de mecanismos específicamente destinados a **prevenir y combatir la corrupción y el favoritismo**, plantea la conveniencia de introducir en la legislación de la Unión Europea sobre contratación pública determinadas salvaguardias como una mayor transparencia en la apertura de las ofertas o la publicación obligatoria de los informes que documenten el proceso de contratación y plantea incluso el desarrollo de herramientas específicas como un teléfono gratuito o sistemas de notificación del fraude basados en internet, para animar a los participantes u otras personas a proporcionar información sobre las faltas o irregularidades que se detecten.

Así las cosas, puede concluirse que la preocupación de las instancias nacionales e internacionales por la pervivencia de prácticas anticompetitivas y actuaciones colusorias en el marco de la contratación pública dará lugar, antes o después, a una **reforma sustancial de las normas en la materia**, cada vez **más estrictas**; y se dotará a los poderes públicos de **instrumentos** aun hoy desconocidos para **la detección y la represión** de tales conductas.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S.L.P. esta integrado por Juan Santamaría Pastor, Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Alejandro Hernández del Castillo y Pilar Cuesta de Loño.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma jlpalma@gomezacebo-pombo.com o al Departamento de Derecho Administrativo, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel: 915 829 415)