



INFORME EN RELACIÓN CON LA SUPUESTA CREACIÓN DE UNA COMISIÓN ENTRE FEDINTRA Y LA AGENCIA PÚBLICA ANDALUZA DE EDUCACIÓN PARA LA CONFECCIÓN DE LOS FUTUROS CONCURSOS PÚBLICOS DE RUTAS ESCOLARES DE TRANSPORTE

Ref.: C28-2018

1. Antecedentes

El pasado 9 de noviembre de 2018, la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía (en adelante, ADCA) ha tenido conocimiento de un supuesto acuerdo para crear una comisión entre la Federación Independiente de Transportistas de Andalucía (FEDINTRA) y la Consejería de Educación a través de la Dirección General de la Agencia Pública Andaluza de Educación “*para la confección de los futuros concursos públicos de rutas escolares de transporte*”, según aparece recogido en la web de esa federación <http://fedintra.es/>.

2. Alcance y competencias

La ADCA tiene como fines generales promover y preservar el funcionamiento competitivo de los mercados, así como contribuir a mejorar su regulación económica, garantizando la existencia de una competencia efectiva en los mismos y protegiendo los intereses generales, especialmente de las personas consumidoras y usuarias, mediante el ejercicio de sus funciones en todo el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2.1 de la Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía.

A tal efecto, la ADCA resulta competente para conocer de las conductas anticompetitivas prohibidas por los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) cometidas por los operadores económicos, incluyéndose en el ámbito subjetivo de aplicación no sólo a las empresas, sino también a sus asociaciones o federaciones, así como a las propias Administraciones Públicas y/o entidades de derecho público cuando actúen en el mercado ejerciendo actividades económicas; y siempre y cuando las conductas desplieguen efectos exclusivos en el territorio de Andalucía.

En lo que respecta a las prohibiciones concretas tipificadas por la LDC, cabe resaltar, por guardar íntima relación con el asunto que nos ocupa, el **artículo 1 de la LDC**, que prohíbe las **conductas colusorias** entre dos o más operadores económicos que tenga por objeto o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, las que consistan, en la fijación de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio, en la limitación o



el control de la producción, la distribución o el desarrollo técnico las inversiones, o en el reparto de mercado, entre otras.

La ADCA, asimismo, tiene encomendada la labor de promover el funcionamiento competitivo de los mercados, así como contribuir a mejorar su regulación económica, tratando de garantizar la existencia de una competencia efectiva en los mismos, para proteger los intereses generales, especialmente de las personas consumidoras y usuarias. En este marco, se desarrollan funciones consultivas, emitiendo informes tanto de carácter preceptivo como facultativo, formulando recomendaciones a las Administraciones Públicas para promover o preservar la competencia e, incluso, puede impugnar ante la Jurisdicción contencioso-administrativa las disposiciones de rango inferior a la Ley y de los actos de las Administraciones Públicas sujetos al derecho administrativo de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados en los términos establecidos en el artículo 13.2 de la LDC.

3. Análisis de competencia de la cuestión objeto del presente informe

Con carácter previo, debe indicarse que la colusión en los procedimientos de licitación (en términos anglosajones, “*bid rigging*”) constituye una infracción del artículo 1 de la LDC, al tratarse de una modalidad más de cártel que, al igual que los cárteles de precios, supone una de las infracciones más grave de la normativa de competencia.

La colusión se produce cuando los diferentes operadores presentes en un mercado deciden colaborar o cooperar en el diseño de sus respuestas a un procedimiento de licitación. Dichos operadores, que deberían competir entre sí para obtener un contrato público ofreciendo las mejores condiciones a su disposición de forma independiente y autónoma, conspiran secretamente para aumentar los precios o para reducir la calidad de los bienes o servicios que ofrecen a los compradores públicos que buscan adquirir bienes o servicios a través del proceso público de licitación. Estos operadores persiguen maximizar sus beneficios de forma ilegítima y artificial, perjudicando claramente el objetivo de que las Administraciones lleven a cabo un gasto público eficiente en aras del interés general.

Sobre esta cuestión, la ADCA ya alertó en su documento de “Recomendaciones para facilitar el acceso y promover la competencia en el ámbito de la contratación pública andaluza” elaborado conjuntamente por la Agencia y la Comisión Consultiva de Contratación Pública en el año 2010¹, de los riesgos para la competencia que se podrían derivar del propio diseño de los procedimientos de licitación pública. Así, en dicho documento se proporcionan, entre otras muchas recomendaciones, una serie de pautas y de medidas específicas a los órganos de contratación con el objeto de prevenir y garantizar unos procedimientos de contratación pública libre de

¹ ADCA:

http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/Recomendaciones_ContratacionPublica.pdf



comportamientos colusorios. A tal efecto, se establece que las Administraciones deben adoptar todas las medidas pertinentes para intentar que la colusión entre oferentes no llegue a producirse, entre otras, las siguientes:

- En primer lugar, deberá incrementar en la medida de lo posible el nivel de incertidumbre en cuanto al número e identidad de los operadores a participar en el procedimiento de licitación.
- En segundo lugar, deberá limitar, tanto como sea posible, la comunicación entre licitadores durante el proceso de presentación de ofertas.
- En tercer lugar, deberán considerar qué información se revela a los licitadores, evitando comunicar datos sensibles que puedan dar lugar a colusión en el procedimiento en cuestión o en futuros procedimientos.

Por otra parte, ha de señalarse que la nueva 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 (en adelante, LCSP), del mismo modo que en la legislación de contratación anterior, establece la salvaguarda de la libre competencia como un objetivo que debe informar la aplicación de la Ley junto con otros principios directamente relacionados con este último, como el de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores y el principio de integridad.

Ello plantea que los órganos de contratación deben garantizar que el procedimiento de adjudicación establezca todas las condiciones necesarias para que no exista una competencia no falseada y no se menoscabe el principio de la libre competencia. En concreto, el artículo 132 en sus apartados 1 y 2 prevé que:

“1. Deberán dar a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad.

2. La contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios.”

Además, la LCSP incorpora otras medidas en el ámbito de defensa de la competencia, que persiguen su realización efectiva. Así, debe destacarse, la obligación de los órganos de contratación de velar en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia, debiendo notificar a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia (en el caso concreto que nos ocupa, a la ADCA), cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, los órganos de contratación deberán comunicar cualquier indicio de acuerdo, decisión o

recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación. Ello se contempla en el artículo 132.3 de la LCSP en los siguientes términos literales:

“3. Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia. Así, tanto ellos como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o, en su caso, los órganos consultivos o equivalentes en materia de contratación pública de las Comunidades Autónomas, y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 44 de esta Ley, notificarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia, cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación.”

Con este mismo objetivo, el artículo 150.1 de la LCSP determina que las mesas de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación trasladará, con carácter previo a la adjudicación del contrato, a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente (esto es, a la ADCA), la existencia de indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación, en el sentido definido en el artículo 1 de la LDC, a efectos de que a través de un procedimiento sumarísimo se pronuncie sobre aquellos. La remisión de dichos indicios tendrá efectos suspensivos en el procedimiento de contratación. Si la remisión la realiza la mesa de contratación dará cuenta de ello al órgano de contratación.

Asimismo, conviene hacer una consideración especial en relación con la regulación de las consultas preliminares del mercado para la planificación del procedimiento de licitación introducida como novedad en la actual LCSP, en el artículo 115.1. En dicho precepto se permite a los órganos de contratación la posibilidad de realizar estudios de mercado y dirigir consultas a los operadores económicos que estuvieran activos en el mismo, con el fin de preparar correctamente la licitación e informar a los operadores económicos acerca de los planes de contratación del órgano correspondiente y de los requisitos que exigirá para concurrir al procedimiento. Eso sí, este asesoramiento del que podrán valerse los órganos de contratación deberá ser utilizado, siempre y cuando ello no tenga el efecto de falsear la competencia o de vulnerar los principios de no discriminación y transparencia, conforme al art.115.2.

Según se establece en el mencionado artículo, los órganos de contratación podrán valerse del asesoramiento de terceros, que podrán ser expertos o autoridades

independientes, colegios profesionales, o, incluso, establece que con carácter excepcional por los operadores económicos activos en el mercado.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que, como puso de manifiesto la CNMC en el Informe IPN/CNMC/010/15 INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, de 16 de julio de 2015², **las consultas realizadas a operadores económicos presentes en el mercado pueden presentar problemas bajo la óptica de competencia.** Concretamente, se pone un especial énfasis en los importantes riesgos que para la competencia presentaría la consulta a asociaciones y organizaciones empresariales, citándose expresamente los siguientes: (i) **captura del órgano contratante de modo que la licitación diseñada se acomode a una información del mercado sesgada en beneficio de los operadores** (por ejemplo, a través de estimaciones sobrevaloradas de los costes de provisión que determinarían el presupuesto base de licitación); y (ii) **aumenta las posibilidades de coordinación y colusión entre operadores al ponerles en contacto y centralizar su interlocución en una organización representativa.**

4. Valoración

Por todo lo anteriormente expuesto, se insta a esa Agencia a que se abstenga de realizar cualquier tipo de actuación como, por ejemplo, la que se describe en la nota publicada en la web de FEDINTRA, consistente en la creación de una comisión para la confección de los futuros concursos públicos de rutas escolares de transporte o, incluso, de dirigir consultas a ninguno de los operadores económicos presentes y, menos aún a las federaciones o asociaciones empresariales activas en dicho mercado, so pena de incurrir una vulneración de los principios de igualdad de acceso a las licitaciones, no discriminación y de no falseamiento de la competencia.

Asimismo, debe recordarse que la Administración tiene el deber de salvaguardar el principio de la libre competencia durante todo el procedimiento de licitación pública y, en particular de evitar con su comportamiento un incremento de las posibilidades de una coordinación y colusión entre los operadores económicos, al ponerles en contacto y centralizar su interlocución en una organización representativa, lo que sería susceptible de infracción del artículo 1 de la LDC.

En cualquier caso, se recuerda a esa Agencia el deber de la mesa de contratación o de los órganos de contratación de comunicar a las autoridades de competencia (en el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la ADCA), incluso con carácter previo a la adjudicación del contrato, cuando tuvieran indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación, en el sentido definido en el artículo 1 de la LDC, a efectos de que a través de un procedimiento sumarísimo se pronuncie

² https://www.cnmc.es/sites/default/files/709299_6.pdf



sobre aquellos. La remisión de dichos indicios tendrá efectos suspensivos en el procedimiento de contratación

Todo ello, sin perjuicio de las actuaciones que se estimen convenientes llevar a cabo por parte de esta ADCA en el ejercicio de las funciones establecidas en la Ley 6/2007, de 26 de junio, con el fin de preservar la condiciones de competencia efectiva en los procedimientos de licitación pública tramitados por los órganos de contratación del sector público andaluz. Esto es, de la facultad de esta ADCA para examinar estos mismos hechos con arreglo a los preceptos de la LDC.

Sevilla, 16 de noviembre de 2018
El Director de Estudios, Análisis de Mercados
y Promoción de la Competencia