

01-023

STUDY OF COLLUSION IN BIDDING AND INTEREST FOR PROJECT MANAGER

González-Cruz, M^a Carmen ¹; Ballesteros Pérez, Pablo ²; Fuentes BARGUES, José Luis ¹;
López Colomer, Antonio ³

¹Universitat Politècnica de València, ²Universidad de Talca, ³Dinámica Construcción S.A.

This communication shows an analysis of the collusion phenomenon and concepts related with collusion, the impact of this phenomenon in tenders, and how its implementation is carried out, and a study of the consequences in those areas where it can incur. The methodology was, through case studies from literature, legislation and case law, and other studies to attempt to obtain standardized behavior in order to prevent or minimize the effects of the collusive agreements patterns, allowing conclusions to give some recommendations/ guidelines for project managers to help them study, analyze and minimize the risk of collusive agreements which can adversely affect the development of the project

Keywords: *tender; auction; collusion; bidder*

ESTUDIO DE LA COLUSIÓN EN LICITACIÓN PÚBLICA Y SU INTERÉS PARA EL DIRECTOR DE PROYECTOS

En la presente comunicación se realiza un análisis del fenómeno de la colusión y otros conceptos afines, las implicaciones que conlleva su realización, y el estudio de sus consecuencias en los ámbitos en los que puede incurrir. La metodología que se ha seguido es, a través de casos estudio de la bibliografía existente, de la legislación y jurisprudencia al respecto, así como de los intentos por obtener patrones normalizados de comportamiento que permitan evitar, prevenir o minimizar los efectos de los acuerdos colusivos, lo que ha permitido extraer conclusiones para dar unas recomendaciones/indicaciones a los directores de proyectos que les ayude a estudiar, analizar y minimizar el riesgo sobre acuerdos colusivos que puedan afectar al correcto desarrollo del proyecto.

Palabras clave: *licitación; subasta; colusión; ofertante*

Correspondencia: María Carmen González Cruz mcgonzal@dpi.upv.es

1. Introducción

Se define el término “Colusión” como un pacto ilícito en daño de un tercero. (DRAE). Esta definición, aplicable a cualquier ámbito, en este trabajo se centra en el concepto económico de la colusión, y más concretamente, en el campo de la adjudicación de contratos con la administración pública, donde este fenómeno resulta de mayor extensión en los países desarrollados.

Los entes, organismos y entidades del sector público, han de recurrir con frecuencia a los servicios de empresas privadas, para proveerse de múltiples bienes y servicios, para la construcción de infraestructuras de uso público o para la gestión de algún servicio de titularidad pública. Con la finalidad de hacer un buen uso del dinero público, es de vital importancia que los órganos de contratación estén en disposición de garantizar una competencia legítima entre los ofertantes que participan en una licitación, ya que, de este modo, es más probable que paguen un precio inferior por un determinado bien o servicio, y/u obtengan una calidad superior que en el caso en el que esta competencia no se produzca o se vea alterada por alguna falsedad en el proceso de adjudicación y licitación. Para tratar de alcanzar esta situación de competencia legítima, tanto la normativa española como la comunitaria en materia de contratación pública establecen un conjunto de principios, técnicas e instrumentos para su cumplimiento.

A pesar de que los organismos públicos disponen de herramientas para tratar de asegurar la libre competencia en las licitaciones públicas, uno de los principales elementos negativos que puede incidir en los procesos de licitación y que no está contemplado expresamente en la normativa de contratación pública es el riesgo de que se produzcan acuerdos colusorios entre las empresas que participan en dichas licitaciones, y se desvirtúen, por tanto, los resultados finales de la Adjudicación. (Autoridad catalana de la competencia, 2010)

2. Conceptos

Aunque hasta ahora se ha introducido únicamente la definición de colusión y su vertiente económica, se deben distinguir diversos conceptos que afectan en cierta medida a la libre competencia:

Oligopolio, que designa lo que a menudo ha sido calificado como “competencia imperfecta”, en el que una cantidad limitada de empresas se dirige a una gran cantidad de clientes. En las economías modernas es habitual ver como algunas empresas absorben a sus competidoras con el fin de ejercer un monopolio “de facto” en una determinada rama de la actividad económica. Puesto que esto supone un coste muy elevado, a veces pueden producirse acuerdos entre diversas firmas competidoras en un mismo mercado. Los oligopolios se caracterizan, generalmente, por la disminución de las luchas comerciales, por la homogenización de los productos y por precios más altos y producciones menores lo que hace más difícil la elección a los consumidores, de productos o servicios similares. Aunque la existencia de un pequeño número de empresas en la disputa del mercado, no tiene por qué afectar a la libre competencia en este sector, veremos más adelante que la presencia en una licitación de un número reducido de ofertantes es un factor favorecedor de la colusión.

Cártel. En un cártel, las empresas tratan de obtener el máximo beneficio posible, y, generalmente, la diferencia de beneficio que se obtiene con respecto al previsto si no hubiera existido el acuerdo, se reparte entre los productores que cooperan. Existen ejemplos muy conocidos a nivel mundial, como la OPEP, que controla el comportamiento del mercado. (Ruiz-Caro, 2001). Las principales actuaciones que un cártel suele acometer para “controlar” un mercado, son fijar los precios, limitar la oferta disponible y tratar de obtener

mayores beneficios posibles del mercado. Aunque el concepto de cártel está más orientado a un mercado de producción, se puede considerar que la colusión es el resultado de las actividades de un Cártel empresarial.

Colusión administración-empresa. Dentro de la definición de colusión como pacto ilícito para perjudicar a un tercero, al restringirse al ámbito de la contratación pública, se debe hacer la distinción entre un acuerdo producido entre empresas en perjuicio de la administración, y el que se puede producir por el acuerdo entre empresas y funcionarios administrativos en perjuicio igualmente de la administración. Este término, también llamado corrupción política, afecta negativamente al desarrollo económico. En el sector privado, la corrupción incrementa los costes de las actividades empresariales, y también genera grandes distorsiones económicas en el sector público, al desviarse inversiones públicas y no resultar acordes los costes de estas inversiones con los productos o los servicios prestados según los precios de un mercado competitivo. En países con un alto índice de corrupción, es más habitual encontrarse en la situación en la que la colusión se produce por un acuerdo entre una empresa y un funcionario público, donde la empresa resulta favorecida en la adjudicación pública a cambio de un soborno. El índice de percepción de la corrupción, elaborado por la organización internacional "Transparencia Internacional", mide en una escala de 0 a 10 los niveles de corrupción del sector público en un país determinado. De los últimos datos publicados en 2011 se obtiene que los países con mayor índice de corrupción son Asiáticos, Africanos y de América del Sur, y apenas son 25 los que obtienen una nota igual o superior a 7, entre los que no se encuentra España.

Colusión. Es la situación que se produce cuando existe un acuerdo entre empresas que concurren a una licitación con el objeto de alterar la competencia en beneficio propio. En los países con una legislación más desarrollada y un mayor control de los funcionarios públicos, es la forma más común de colusión, y es sobre la que se va a incidir en este texto.

3. Regulación en la contratación en la Administraciones Públicas

3.1 Introducción

Probablemente el hecho de que en las licitaciones públicas los criterios de adjudicación sean fijados y publicitados, sin posibilidad de modificaciones posteriores resulta favorecedor para, conocidos dichos criterios, sea más viable que se produzcan acuerdos para alterar el funcionamiento normal del proceso de adjudicación. En una adjudicación privada, la posibilidad de modificación de los criterios de contratación por razones subjetivas hace que, salvo que se controle la práctica totalidad de la oferta (monopolios o cárteles), hace que dicho tipo de acuerdos puedan resultar menos efectivos, ante la posibilidad real de que las ofertas presentadas sean rechazadas por la simple sospecha de una alteración injustificada de los precios. Por tanto, ante el hecho de que la mayor parte de estos acuerdos se producen en licitaciones públicas, y que muchos de los proyectos gestionados por los directores de proyectos se mueven en este ámbito, en este punto se recogen las normas comunes de contratación en la administración pública española, para poder conocer mejor los mecanismos que rigen este tipo de licitaciones y entender cómo se relacionan estas normas con las actuaciones colusivas de las empresas que optan a ellas.

Para el análisis de todos los aspectos relacionados con la contratación pública, se ha tenido en cuenta la Ley 30/2007 de 30 de octubre de contratos del sector público, en vigor desde el 1 de Mayo de 2008 y modificada por los reales decretos 817/2009 y 30/2011.

3.2 Aspectos básicos

Los contratos públicos, que regulan la compra de bienes y suministros, la contratación y gestión de servicios y el encargo de obras por parte de cualquier ente, entidad u organismo

del sector público, están regulados en España por normativa a distintos niveles. En este capítulo se toman como referencia las directivas europeas 2004/17/CE y 2004/18/CE.

La propia legislación Española define qué organismos tienen, o no, la consideración de Administración Pública y por tanto a que organismos afecta la aplicación de esta normativa.

3.3 Procedimientos de contratación

El procedimiento de contratación depende de la cuantía del contrato, y se distinguen tres casos, a saber, contratos menores, los cuales ofrecen mayor facilidad para ser objeto de acuerdos colusivos entre personal de la propia administración y las empresas, y aunque por su pequeña cuantía individualmente pueden no suponer un gran perjuicio para las administraciones, el mantenimiento prolongado de acuerdos colusivos en este ámbito puede ser de bastante importancia. Otros tipos de contratos son los ordinarios y los sujetos a regulación armonizada. Los expedientes pueden ser de dos tipos, de tramitación ordinaria y de tramitación abreviada, dividida esta última también en otros dos, Urgente y de Emergencia.

En muchos casos, la lentitud de la burocracia, así como la necesidad de ejecución de algunos de los contratos a licitación, hacen que los expedientes de tramitación abreviada se usen de manera más habitual de la que debiera. Este tipo de tramitaciones facilita, por sus características, la consecución de acuerdos colusivos por parte de las empresas.

3.4 Procedimientos de adjudicación

Existen 4 procedimientos de adjudicación de contratos. Los más habituales son el abierto y el restringido. El negociado y el diálogo competitivo solo pueden utilizarse en determinados supuestos autorizados expresamente. En los concursos de proyectos, se sigue un procedimiento diferenciado. El tipo de procedimiento de adjudicación puede ser de gran importancia para restringir la posibilidad de verse afectado por acuerdos colusivos.

3.5 Requisitos empresariales

Cualquier persona física o jurídica no puede, sin más, contratar con el sector público, puesto que se tienen que cumplir con una serie de requisitos. La inclusión de este tipo de requisitos, tanto técnicos como financieros, puede afectar de manera decisiva en el número de empresas que pueden presentarse a la licitación, y por tanto, incidir en la posibilidad de verse afectado por acuerdos entre empresas.

3.6 Licitación y adjudicación, formalización y ejecución del contrato

Son las últimas fases del proceso de contratación. Los contratos se adjudicarán a la oferta económicamente más ventajosa, pudiendo utilizar para su determinación uno o más criterios. Estos criterios adicionales pueden ser determinantes a la hora de evitar que las empresas puedan realizar acuerdos que modifiquen los precios que podría determinar la libre competencia.

4. El fenómeno de la colusión en la literatura científica

Es en el ámbito de la economía donde se han encontrado multitud de trabajos en los que se cita el término colusión, especialmente ligado a los cárteles empresariales, que son una especie de “acuerdo marco” colusorio. Puesto que el presente estudio trata de centrarse en el análisis de los acuerdos colusivos, se ha excluido toda la literatura generalista hallada.

Tras la recopilación de documentación al respecto, y el análisis de la misma, se puede englobar la información obtenida en varios campos:

4.1 Guías para la detección y prevención de la colusión

Las guías publicadas por las diversas administraciones públicas son algunos de los elementos más útiles para comprender el concepto de la colusión, su alcance y su repercusión en el ámbito de la adjudicación de contratos públicos. Introducen las tipologías más comunes de colusión en el ámbito de las licitaciones, muestran una serie de indicadores del riesgo de una posible colusión y proponen herramientas para minimizar las posibilidades de colusión en las empresas que se presentan a una licitación pública.

4.1.1 Formas de comportamiento colusivo

A este respecto, las guías publicadas por la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), introducen guías básicas para la lucha contra la colusión en la contratación pública. Capobianco y Danger, (2009) exponen las formas más comunes de ejecutar los acuerdos colusivos para facilitar la obtención del contrato a la empresa acordada. Estas formas son las siguientes:

Ofertas de resguardo: diseñadas para simular una competencia auténtica, y, por este motivo, se dificulta su detección. Generalmente suelen ser ofertas más elevadas que las del ganador designado o bien con términos no aceptables para el órgano de contratación. Suele ser el método más habitual, especialmente en el sector de la construcción. (Khumalo, Nqojela y Njisane, 2010).

Eliminación de ofertas: es una estrategia que adoptan las empresas que coluden, consistente en que una o más de estas compañías acepten abstenerse de presentar oferta, retirar una oferta presentada o presentar una oferta conjunta cuando la podrían haber formulado por separado. Es una práctica complementaria a las ofertas de resguardo, en el que el objetivo es igualmente simular una competencia real hasta el momento de la adjudicación del contrato.

Asignación de mercados: los competidores se reparten el mercado por áreas geográficas o por carteras de clientes, de manera que sus competidores no presentarán ofertas en los ámbitos no asignados. Éste tipo de acuerdos colusivos suele presentarse en contratos de bienes y/o servicios muy afectados en sus costes por los gastos de transporte. Se han encontrado casos publicados, relativos a diversos Estados de EEUU, entre los años 1994 y 1998 (Bajari y Ye, 2001), o en contratos de repavimentación de firmes en la prefectura de Osaka durante abril de 2002 y marzo de 2006 (Ishii, 2008)

Rotación de ofertas: las empresas que suelen coincidir en procesos de licitación, acuerdan cual es la empresa seleccionada para adjudicarse la licitación por “turnos”. Este esquema para obtener la adjudicación de los contratos públicos se complementa con el de ofertas de resguardo para la simulación de un mercado competitivo. Las empresas diseñan sistemas para tratar que sus acuerdos colusivos no sean detectados por las autoridades, utilizando, en ocasiones, sofisticados sistemas matemáticos para evitar ser identificados por los algoritmos diseñados para su detección (Bajari y Summers, 2002).

4.1.2 Indicadores de colusión

A este respecto, se pueden encontrar listados de indicadores en multitud de guías estatales, como las de la autoridad de la competencia Holandesa (Netherlands Competition Authority, 2010), o Nueva Zelanda (Commerce Comision, 2010), de otras autoridades gubernamentales, como estados de Estados Unidos de América, (Oregon state Bar Antitrust, 2004), e incluso de autoridades españolas, (Agencia de defensa de la competencia de Andalucía, 2010) (Autoridad catalana de la competencia, 2010).

En los procesos de licitación pública se produce la sustitución de la competencia en el mercado por una competencia “por el mercado” ya que las empresas rivalizan para obtener

el derecho a explotar unos servicios o actividades durante un periodo de tiempo determinado de una manera exclusiva. En estos casos la competencia se produce en el momento de la licitación del contrato administrativo. Una vez adjudicada la oferta, la competencia por el mercado desaparece hasta la próxima licitación. Por ello es especialmente importante que el procedimiento de licitación sea lo más competitivo posible, ya que en el caso de que se introduzcan elementos de distorsión, sus consecuencias persistirán durante toda la vida del contrato público. Algunas variables que permiten ponderar la probabilidad real de colusión en un determinado mercado son las que se indican a continuación (Autoridad catalana de la competencia, 2010):

Interacción repetida: para que la conducta colusoria sea llevada a cabo, es necesario que las empresas potencialmente involucradas interactúen repetidamente en el tiempo. De hecho, es habitual que un mismo grupo de empresas con el mismo objeto social (Constructoras, empresas de servicios determinados...), presente ofertas en las mismas licitaciones, y por tanto establezcan una relación profesional que pueda convertirse en una relación de cooperación.

Concentración de la oferta: la probabilidad de manipulación de ofertas aumenta en aquellos mercados en el que existen pocas empresas. Cuanto menos sean éstas, es más fácil coordinar sus comportamientos, vigilar el cumplimiento de los acuerdos y obtener ganancias mayores si estas se han de repartir entre las empresas que coluden.

Competencia actual: si la competencia actual es elevada, es poco probable que la colusión tenga éxito, porque es más probable que los competidores que no forman parte de los acuerdos, puedan desestabilizarlos.

Homogeneidad de los productos: la homogeneidad de los productos favorece la colusión. Si existen diferencias relevantes, la empresa más competitiva pierde interés en alcanzar acuerdos con las competidoras, puesto que tiene mayor probabilidad de resultar adjudicataria por méritos propios.

Asociaciones empresariales o industriales: las asociaciones crean entornos de reunión y coordinación para todos sus miembros y pueden favorecer el intercambio de información relevante para la preparación de licitaciones. Dado que la interacción repetida puede favorecer la colusión, las reuniones de empresas que comparten un mercado crean un entorno propicio para crear y mantener estos acuerdos.

Vínculos estructurales entre empresas: las relaciones entre empresas favorecen la colusión, puesto que la presencia cruzada de sus miembros puede contribuir a incrementar los incentivos para maximizar beneficios y además facilitan el control de los acuerdos.

Contactos multi-mercado: las empresas que coinciden en licitaciones de ámbitos de mercado diferentes tienen más facilidad para llegar a acuerdos colusorios, dado que tienen intereses similares y los beneficios de una hipotética colusión serían mayores.

Barreras de entrada: cuando el acceso a un determinado mercado es difícil, las empresas que operan en él se tienen mutuamente identificadas y puede ser más fácil llegar a un acuerdo que las incorpore a todas.

4.1.3 Métodos para evitar la colusión

Se han identificado ciertos mecanismos para minimizar los riesgos de colusión antes de la adjudicación del contrato. Muchos de estos instrumentos comportan efectos tanto positivos como negativos para la competencia y el riesgo de colusión, y ha de ser el órgano correspondiente quien evalúe el punto de equilibrio teniendo en cuenta los riesgos. Se ha realizado un análisis a través de su implementación en la legislación española. (Autoridad catalana de la competencia, 2010).

Acuerdos marco: solo pueden concurrir las empresas que sean parte en el acuerdo previo con el órgano de contratación. Está regulado por el RDL 3/2011 Arts. 196 y ss. Del análisis de este sistema, se identifica como ventaja el que la participación será de, al menos 3 empresas, pero por contra, el acuerdo se cierra por hasta 4 años, lo que puede facilitar la colusión.

Procedimiento restringido: este procedimiento implica la participación de, al menos 5 empresas, pero los invitados son conocidos y la competencia se produce únicamente entre ellos. Es más fácil coludir.

Procedimiento negociado: tiene a su favor, la participación de, al menos 3 empresas en la fase final, pero puede facilitar el reparto de mercado o la rotación de ofertas.

Fraccionamiento en lotes: por un lado facilita el acceso a las pymes y aumenta el número de licitadores, pero por otro, las empresas colusorias se pueden repartir los lotes.

Pluralidad de criterios de contratación: dificulta acuerdos colusorios, pero puede restringir la competencia.

Subasta electrónica: el procedimiento iterativo mejora el precio, pero no evita acuerdos previos.

Establecimiento de plazos de contrato cortos: más procesos de licitación implica más competencia, pero facilita acuerdos de rotación de ofertas.

Prescripciones técnicas y de solvencia que fomenten la igualdad: se incrementa la competencia, pero puede no resultar adecuado para el objeto de contratación.

Garantías provisionales: disminuye el riesgo de eliminación de ofertas, pero dificulta la participación.

Publicidad y transparencia: aumenta el número de participantes, pero con mayor información aumenta el riesgo de colusión.

Utilización de medios electrónicos: incentiva la participación, pero promueve el contacto entre empresas competidoras.

Constitución de UTEs: facilita el concurso de pymes, pero las UTEs pueden ser contrarias a la competencia.

Clasificación empresarial: simplifica los trámites de participación, pero una excesiva compartimentación de la oferta restringe la competencia.

Subcontratación: facilita la entrada de Pymes, pero puede encubrir un reparto de beneficios contractuales.

4.1.4 Indicios de colusión

Detectar acuerdos colusorios no resulta sencillo. Las empresas son conscientes de que han de tomar medidas para mantener sus pactos ocultos. Pero hay ciertos elementos que pueden resultar ser un indicio de la existencia de comportamientos colusivos, como la identificación de los mismos errores de cálculos en los documentos presentados por diferentes licitadores, o encontrar mucha similitud en los formatos de la documentación presentada por diferentes empresas. En el análisis de los precios, pueden ser indicios, el identificar grandes diferencias entre la oferta ganadora y el resto, o un mismo proveedor ofreciendo precios muy diferentes en relación a otras ofertas en contratos similares, o detectar una variación de precios en un suministro, por ejemplo, comparado con otros del mismo proveedor en mercados cercanos.

También se pueden identificar indicios en los comportamientos de las empresas licitadoras, como por ejemplo, la detección de encuentros de licitadores previos a las presentaciones de

ofertas, empresas presentando ofertas al mismo tiempo, una empresa que presenta diversas ofertas y retira todas menos una cuando se conocen el resto de licitadores, empresas que aun sabiendo que no cumplen requisitos se presentan a una licitación o la identificación de ofertas manifiestamente inaceptables.

Para tener mejores herramientas de detección, resultaría adecuado incorporar los datos en un documento electrónico para configurar una base de datos que permitiera identificar patrones de comportamiento recurrente en los procesos de adjudicación que pudieran constituir indicios de una posible colusión. Una vez analizados los datos de las licitaciones, se podrían buscar elementos que indicaran una posible colusión, como pueden ser los siguientes (Autoridad catalana de la competencia, 2010): a) aumentos idénticos en los precios que no pueden explicarse por un aumento similar en costes con respecto a licitaciones anteriores; b) la desaparición inesperada de descuentos en relación con licitaciones anteriores; c) la entrada de un nuevo competidor asociada a una variación drástica en los precios del resto de ofertas con respecto a licitaciones anteriores o d) la repetición sistemática de un ganador en una misma zona (reparto de mercado), entre otros.

Por último, se han analizado los estudios matemáticos en relación a la colusión. Éstos tratan de encontrar parámetros comunes en los diversos casos de colusión analizados para poder encontrar un modelo que pueda aplicarse a otros casos con el fin de detectar posibles comportamientos colusivos y evitarlos. Cabe referenciar el trabajo de Abrantes-Metz, et al, (2005), que refleja que, tras el colapso del cártel formado por varias empresas para el suministro de pescado congelado al ejército de los Estados Unidos, el precio medio de adjudicación disminuyó en un 16%, mientras que la desviación estándar aumentó en un 263%. Justificaciones teóricas y empíricas demuestran que existe una disminución de la varianza mientras se mantienen los acuerdos colusivos, y ésta incrementa cuando por intervención de algún agente exterior resulta más difícil coordinar los precios de las ofertas, o cuando existen otro tipo de problemas que afectan al cártel. Otros estudios previos, (Athey, 2004), también sugieren una correlación entre la disminución de la varianza y un probable acuerdo colusivo, lo que hace patente que es complejo tratar de analizar comportamientos colusivos mientras el acuerdo se encuentra todavía vigente, puesto que cada acuerdo puede hacer variar el comportamiento del mercado según sean los parámetros modificados por este, y además resulta muy complejo extrapolar los resultados de un tipo de industria a otro. Tan solo el análisis de los datos en acuerdos probados y concluidos puede ofrecer más alternativas al estudio del comportamiento del mercado en estos casos, lo que se considera interesante para futuras investigaciones en este ámbito.

5. Una visión práctica para el Director de proyectos

Es posible considerar como un riesgo potencial para los proyectos la posibilidad de que algunos de los agentes implicados en estos proyectos realicen acuerdos colusivos en beneficio propio y en perjuicio de la optimización de los costes del proyecto en alguna de sus fases, y bajo este enfoque, será el Director del Proyecto quien asuma la responsabilidad de utilizar las herramientas a su alcance para, en la medida de lo posible, actuar, tanto en el momento de la planificación como en el del control de la ejecución del proyecto, en pro de evitar que estas actuaciones afecten negativamente a los costes del proyecto.

En este apartado se aplican los resultados obtenidos del análisis para elaborar una serie de recomendaciones prácticas (a integrar en el ámbito de las herramientas, metodologías para la dirección del proyecto) que sirvan como salvaguardas para prevenir o mitigar el impacto de este riesgo en los proyectos. Aunque dichas recomendaciones son aplicables a la gestión de los proyectos independientemente de la posición en la que se encuentre el Director de Proyectos, y dado que según la posición del mismo, se debe hacer más hincapié en la planificación y las metodologías para dificultar dichos acuerdos, o bien para el control y la

minimización de sus efectos en las fases ejecutivas, sería conveniente dar las pautas para los diferentes enfoques de la dirección del proyecto (desde el punto de vista de la Administración, desde el un promotor privado y desde el punto de vista del contratista), pero en esta comunicación, se presenta dicha perspectiva desde el punto de vista de la Administración Pública.

5.1 Dirección de proyectos desde la Administración

Para tratar de afrontar el fenómeno de la colusión en la contratación pública, se propone al director de proyectos, una serie de medidas, distribuidas en tres fases, con objeto de minimizar las posibilidades de que acuerdos colusivos puedan afectar negativamente a los costes de los proyectos

5.1.1. Fase 1: Análisis de datos históricos

Crear y mantener una base de datos históricos de los proyectos, parametrizada por sus elementos comunes, puede resultar interesante para detectar desviaciones en las medias, que den indicios de que algo fuera de lo normal puede estar sucediendo en una licitación concreta. A este respecto podemos identificar dos tipos de parámetros a analizar en un conjunto de proyectos similares. Por un lado, los parámetros específicos de la tipología de proyecto en cuestión, como, por ejemplo, si el caso fuese proyectos de pavimentación, estos parámetros podrían ser la superficie a asfaltar, el precio por Tm de asfalto según su tipo, la repercusión en los precios de la distancia existente desde la base de las empresas licitantes al lugar de ejecución de la obra. Igualmente podemos tomar cualquier otro ejemplo, especialmente en los contratos de suministro de materiales, donde el material suministrado generalmente suele ser bastante homogéneo, y son unos pocos parámetros los que marcan las diferencias en los precios finales de las ofertas. Por otro lado, podemos identificar indicios de comportamientos colusivos en las ofertas realizadas, parametrizando los indicadores más comunes de colusión, que ya identificamos en la primera parte de este trabajo, para observar cómo evolucionan los precios según exista variación en alguno de estos parámetros.

Otra medida que se puede adoptar en esta fase de análisis de datos históricos es desarrollar un modelo matemático que simule el comportamiento de los precios de las adjudicaciones incluyendo estos parámetros. Como se ha podido ver en alguno de los ejemplos estudiados en la literatura existente, aunque es difícil encontrar un modelo generalista para detectar “anomalías” que indiquen la posible presencia de acuerdos colusivos en las licitaciones, cuando un modelo se crea a partir de una tipología específica de proyectos y licitaciones, puede dar resultados muy ajustados a la realidad. Más aún si en dicha tipología de proyectos se han documentado casos probados de colusión, con lo que, además de modelizar el comportamiento “normal” del mercado, tenemos una guía de cómo reacciona el modelo ante un comportamiento “anormal” provocado por la presencia de acuerdos colusivos.

Aunque esta primera fase de análisis del histórico de licitaciones y desarrollo de un modelo de simulación del comportamiento de los precios de adjudicación es costosa, y requiere el empleo de una gran cantidad de recursos, a medio y largo plazo, puede resultar beneficioso, ya que salvaguarda del riesgo que supone la posibilidad de que los precios de adjudicación se vean afectados por acuerdos colusivos que perjudiquen a la administración.

5.1.2. Fase 2: Diseño de la Licitación

Con independencia del tamaño de la administración o del tipo de trabajo a someter a licitación, la ley que regula la contratación pública facilita una serie de mecanismos para adaptar las condiciones y “reglas” de la licitación a las necesidades puntuales en cada caso.

Los directores de proyectos en las administraciones, tienen la capacidad de utilizar estas herramientas para diseñar licitaciones que dificulten, en la medida de lo posible, la consecución de acuerdos colusivos. Por tanto, a continuación se muestra cuadro resumen de las posibilidades que tiene un Director de proyectos en el diseño de una licitación, así como de los indicadores que deberá observar para tratar de detectar si las herramientas resultan efectivas como método disuasorio de acuerdos colusivos. (ver tabla 1)

Tabla 1. Indicadores para el diseño de la licitación

| Herramienta | Ventajas | Inconvenientes |
|--|---|--|
| Acuerdos Marco | Se realizan acuerdos por un tiempo determinado, lo que resulta muy adecuado para pequeños proyectos recurrentes en el tiempo. Se presentan un mínimo de 3 empresas. | Contratos muy largos pueden incitar a las empresas a llegar a acuerdos para no quedar sin contratos durante tanto tiempo. |
| Procedimientos restringidos | Las empresas concurrentes son seleccionadas previamente por la administración. Han de participar un mínimo de 5 empresas. | El hecho de que el número de empresas a licitar sea limitado y el nombre de estas sea público hace que resulte más fácil coludir. |
| Procedimientos negociados | Las empresas concurrentes son seleccionadas previamente por la administración y las condiciones del contrato son negociadas con ellas. El procedimiento puede ser sin publicidad. | Al ser un procedimiento muy restrictivo, el número de empresas suele ser menor y resulta más fácil que acuerden un reparto de mercado o una rotación de ofertas. |
| Fraccionamientos por lotes | Puede optimizar costes y aumentar el número de licitadores al permitir acceso a pymes y empresas especializadas. | Puede facilitar los acuerdos colusorios al realizar las empresas un reparto en la adjudicación de los lotes. |
| Aumento de los criterios de contratación | Un aumento del número de criterios permite ponderarlos y obtener una mayor adaptabilidad a las necesidades del proyecto. | Demasiados criterios pueden restringir el número de empresas que cumplan y facilitar la posibilidad de acuerdos entre estas. |
| Subastas electrónicas | El procedimiento iterativo incita a una mejora en el precio de las ofertas. | No evita la consecución de acuerdos previos. |
| Establecimiento de plazos de contrato cortos | Al haber mayor cantidad de licitaciones, se facilita la inclusión de mayor cantidad de empresas ofertantes. | Pueden facilitar acuerdos de rotación de ofertas. |
| Ajuste de prescripciones técnicas y de solvencia | Ponderar adecuadamente requisitos técnicos y de solvencia puede permitir el acceso a más licitantes. | Solo puede ser aplicado a licitaciones muy determinadas en que estos requisitos puedan ser suficientemente flexibles. |
| Aumento de garantías provisionales | Minimiza el riesgo de acuerdos con ofertas de cobertura, ya que se reduce el riesgo de eliminación de ofertas por el coste que ello supone. | Aumentar las cantidades de las garantías puede limitar el acceso a algunas empresas. |
| Aumento de la publicidad y la transparencia | Al aumentar la publicidad y dar a conocer los criterios de adjudicación puede aumentar el número de empresas interesadas en licitar | Con mayor información para las empresas aumenta el riesgo de colusión entre ellas. |
| Utilización de medios electrónicos | Facilitar los trámites para licitar incentiva a un mayor número de empresas a presentar ofertas. | Se puede promover el contacto entre empresas competidoras. |
| Fomentar la constitución de UTEs | Facilita el concurso de pymes asociadas, y por tanto la competencia. | Las empresas con mayor probabilidad de ser adjudicatarias coludir formando una UTE para repartirse el contrato. |
| Requerir clasificación empresarial | Simplifica los trámites de participación a las empresas que tienen la clasificación requerida. | Restringe la competencia a las empresas poseedoras de las clasificaciones requeridas. |
| Permitir la subcontratación | Facilita la entrada de pymes que pueden no tengan capacidad suficiente para ejecutar el contrato sin subcontratar. | Posibilita los acuerdos colusorios pudiendo ser alguna empresa potencialmente licitante, subcontratista de la adjudicataria. |

5.1.3. Fase 3: Vigilancia de las ofertas

Como complemento a lo anterior, resulta conveniente monitorizar las ofertas recibidas para tratar de detectar indicios de acuerdos colusivos que hayan superado las trabas impuestas

por los requisitos de la licitación. En la tabla 2, se muestran los elementos que pueden resultar indicativos de acuerdos colusivos, y que merecerían una atención especial por parte del director de proyectos.

Tabla 2. Indicadores para la vigilancia de las ofertas

| Dónde buscar | Qué buscar |
|---------------------------------|---|
| En los documentos | <ul style="list-style-type: none"> • Errores tipográficos o de cálculo en ofertas de varios licitantes diferentes. • Similitudes en el formato de la oferta presentada por varios licitantes diferentes. |
| En los precios | <ul style="list-style-type: none"> • Grandes diferencias entre la oferta ganadora y el resto. • Precios muy diferentes de un mismo proveedor en ofertas de diferentes licitantes. • Precios de suministro muy diferentes del mismo proveedor en otras ofertas del mismo licitante o en mercados cercanos o similares.. |
| En las afirmaciones | <ul style="list-style-type: none"> • Proponer precios estándar de mercado o hacer referencia a ofertas de otros competidores. |
| En los comportamientos | <ul style="list-style-type: none"> • Encuentros injustificados de licitadores previos a la presentación de las ofertas. • Empresas presentando ofertas al mismo tiempo. • Empresas que presentan diversas ofertas y retiran todas menos una, una vez conocidos el resto de licitadores. • Empresas que presentan oferta a sabiendas de no cumplir los requisitos. • Ofertas manifiestamente inaceptables. |
| En otras licitaciones similares | <ul style="list-style-type: none"> • Aumentos idénticos en los precios que no pueden explicarse por aumentos similares en costes con respecto a licitaciones similares o cercanas en el tiempo. • Desaparición inesperada de descuentos en precios respecto a licitaciones similares o cercanas en el tiempo. • Entradas de nuevos competidores que provocan variaciones drásticas en los precios respecto a licitaciones similares o cercanas en el tiempo. • Repetición sistemática de un ganador en una misma zona o un patrón de repetición en el tiempo. |

5.1.4. Fase 4: Puesta en conocimiento al organismo competente

Ante la sospecha de que la licitación puede estar afectada por la conducta colusiva de dos o más empresas licitantes, el Director del proyecto debe ponerlo en conocimiento del órgano competente, suministrándole cuanta documentación, pruebas e indicios puedan resultar relevantes, desde el mismo momento de las sospechas de estas actividades. (RDL 3/2011, Disposición adicional vigesimotercera). A partir de este punto, es el organismo competente el responsable de continuar con la investigación, analizando la documentación aportada con el fin de valorar si existen razones para abrir un expediente sancionador. La detección de indicios no es suficiente para poder sancionar una conducta colusoria. Hay que reunir las pruebas suficientes para concluir que esta conducta se ha producido sin ninguna duda. Para facilitar la recogida de pruebas, los organismos disponen de programas de “clemencia” en la que cualquier persona física o empresa puede ser beneficiada de exenciones de las multas o reducciones de estas, si se denuncia la existencia de los acuerdos y aporta pruebas fehacientes de este hecho.

6. Conclusiones

Las guías para la detección y prevención de la colusión ofrecen una información muy completa para enfocar, dentro de la legalidad vigente, los procesos de licitación como las reglas que permiten, en la medida de lo posible, asegurar la libre competencia de las empresas que presentan oferta, y así obtener un precio de adjudicación acorde a las circunstancias del mercado, sin verse afectado por acuerdos entre ofertantes que eleven los precios de adjudicación en beneficio propio.

El estudio de los casos de colusión documentados en la bibliografía, ha servido para detectar los patrones anómalos en comparación con cómo hubiera sido el desarrollo de las licitaciones en una situación de competencia pura.

El estudio aporta una visión de la extensión global del fenómeno de la colusión, que abarca, tanto la práctica totalidad de los sectores productivos, como territorialmente todos los lugares del planeta.

Del análisis de las diversas teorías estadísticas que tratan de modelizar matemáticamente la evolución de las licitaciones en las que se han presentado variaciones por la existencia de acuerdos colusivos, se puede llegar a afirmar que, si bien alguno de los esquemas matemáticos propuestos se ajustan bastante a la realidad de los casos particulares, extrapolar dichos modelos a otros casos de licitaciones resulta realmente complicado, dada la variedad de parámetros que se manejan en una licitación y también la variedad de formas en que se pueden mostrar dichos acuerdos colusivos.

Todo el análisis realizado, sobre el fenómeno, la legislación de contratación pública española y la literatura existente, se ha focalizado sobre la función del Director de proyectos, para aportar medios y herramientas para prevenir, detectar y minimizar los efectos que los acuerdos colusivos puedan tener en los proyectos que éste dirige.

7. Referencias

- Abrantes-Metz, R., Froeb, L., Geweke, J. & C. Taylor. (2006) A variance screen for collusion. *International Journal of Industrial Organization*. Nº24, 467-486
- Athey, S. (2004). Collusion and price rigidity. *Review of Economic Studies*. 71 (2). 317-349
- Bajari, P. y Summers, G. (2002). Detecting Collusion in Procurement Auctions. *Antitrust Law Journal*. Nº70
- Bajari, P., Ye, L. (2001). Competition versus collusion in Procurement Auctions: Identification and Testing. Working Papers 01001, Stanford University, Department of Economics.
- Berasategui, J. (2007). La integración de la contratación pública en la Defensa de la Competencia. *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, ISSN 1575-2054, Nº 247, págs. 35-52
- Capobianco, A. y Danger, K. (2009) OECD Guidelines for fighting bid rigging in public procurement
- Ishii, R. Collusion in Repeated Procurement Auctions: A Study of a Paving Market in Japan. Discussion Paper Nº262. Center of Excellence Program. Osaka University, 2008.
- Khumalo, J. Nqojela, P. & Njisane, Y. (2010) Cover pricing in the construction industry: understanding the practice within a competition context
- Ruiz-Caro, A. (2001). El papel de la OPEP en el comportamiento del mercado petrolero internacional. Proyecto CEPAL/Comisión europea. "Promoción del uso eficiente de la energía en América Latina".

Legislación:

- Agencia de defensa de la competencia de Andalucía. Recomendaciones para facilitar el acceso y promover la competencia en el ámbito de la contratación pública Andaluza. 2010.
- Commerce Commission of New Zealand. Guidelines for procurers – How to recognize and deter bid rigging. 2010.
- Guía para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública. Autoridad catalana de la competencia.
- Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público.
- Oregon State Bar Antitrust, trade regulation and unfair business practices section. Bid rigging detection in government construction contracts.