

# EAPC - Aprofundim en matèria de contractació del sector públic



## Col·lusió en la contractació pública: Comunicació 2021/C 91/01 de la Comissió Europea

19-04-2021

### 1. Introducció

La col·lusió en la contractació pública fa referència als acords il·legals entre operadors econòmics (licitadors/contractistes) destinats a **falsejar la competència** en els procediments d'adjudicació. Les pràctiques col·lusòries el que fan és menystenir els beneficis d'un mercat de la contractació pública just, transparent, basat en la competència i orientat a la inversió, ja que restringeixen l'accés d'empreses a aquest mercat i limiten les possibilitats d'elecció dels compradors públics. La col·lusió és, per tant, un important factor de risc per a l'**eficiència de la despesa pública**.

Els acords entre operadors econòmics amb fins de col·lusió poden adoptar diverses formes:

- Fixar prèviament el contingut de les seves ofertes, sobretot el preu, amb la finalitat d'influir en el resultat del procediment.
- Abstenir-se de presentar una oferta.
- Repartir-se el mercat basant-se en la ubicació geogràfica, els poders adjudicadors o l'objecte de la contractació pública.
- Establir sistemes de rotació respecte dels procediments d'adjudicació.

L'objectiu final de totes aquestes pràctiques és permetre que un licitador predeterminat obtingui un contracte, mentre que es crea l'aparença que el procediment és realment competitiu.

En el dret de la Unió Europea (UE), les conductes col·lusòries entre operadors econòmics s'estableixen en l'article 101 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea (TFUE), que prohibeix explícitament els acords i les pràctiques concertades que tinguin per objecte o efecte impedir, restringir o falsejar el joc de la competència dins del mercat interior. D'acord amb l'article 57.4.d de la Directiva 2014/24/UE, sobre contractació pública, l'article 38.7.e de la Directiva 2014/23/UE, relativa a l'adjudicació dels contractes de concessió, i l'article 80.1 de la Directiva 2014/25/UE, dels sectors exclosos, els indicis prou plausibles de conducta col·lusòria han passat a ser, de forma explícita, un **motiu facultatiu per excloure un operador econòmic** d'un procediment d'adjudicació.

### 2. Consells per combatre la col·lusió

En data 18 de març de 2021, s'ha publicat la [Comunicació 2021/C 91/01 relativa a les eines per combatre la col·lusió en la contractació pública i a les orientacions sobre com aplicar el motiu d'exclusió connex](#).

En aquesta Comunicació, la Comissió Europea (d'ara endavant, la Comissió) destaca el paper important que les autoritats de competència nacionals (l'Autoritat Catalana de la Competència – l'ACCO– en el cas de Catalunya) tenen a l'hora de sancionar conductes col·lusòries, però posa especial èmfasi en la importància de **detectar aquestes pràctiques abans d'haver adjudicat el contracte** i, per això, la Comunicació s'adreça als òrgans de contractació amb l'objectiu de facilitar-los instruments per poder evitar, detectar i abordar aquestes pràctiques. Tot l'esforç que els responsables de contractació destinen a garantir una veritable competència i la millor relació qualitat-preu en les compres públiques, decau si els participants en la licitació pública col·ludeixen per determinar quin d'ells obtindrà el contracte. **Els òrgans de contractació**, com a responsables de les compres públiques, tenen un **paper essencial** a l'hora de minimitzar el risc de la col·lusió en la contractació pública i, malgrat les dificultats que la Comissió reconeix que tenen per poder actuar en aquests casos, els insta a fer un esforç addicional per garantir que el diner públic es gasti adequadament. A aquest efecte, en l'annex de la Comunicació es facilita als òrgans de contractació un seguit de consells i indicadors d'alerta, classificats en funció de la fase en la qual es troba el procediment d'adjudicació:

#### **Fase de disseny dels procediments d'adjudicació:**

- Dissenyar l'**estratègia general de contractació** de manera que **faciliti la màxima participació**, tant de les empreses nacionals com de les estrangeres, per augmentar la competència i minimitzar el risc de col·lusió.
- La preparació del contracte requereix un **estudi exhaustiu previ del mercat** per veure què pot oferir i a quin preu.
- **Evitar**, en la mesura que es pugui, un **disseny repetitiu o previsible** de les licitacions.
- **Planificar i iniciar els procediments amb prou anticipació** per disposar de temps per poder avaluar correctament les ofertes i abordar els possibles casos de col·lusió.
- Recórrer, en la mesura que es pugui, a les **compres centralitzades**, que poden oferir garanties addicionals quant a la disponibilitat de recursos i de coneixements tècnics necessaris per detectar aquestes pràctiques.
- En dissenyar i dur a terme el procediment d'adjudicació, cal **incentivar la màxima participació** dels operadors econòmics mitjançant especificacions tècniques clares i raonables; escollir criteris de selecció proporcionals i basats en la qualitat; sempre que sigui possible, apostar per solucions innovadores, i atorgar temps suficient als licitadors per poder preparar les seves ofertes, entre d'altres.
- Utilitzar mètodes per **conscienciar i dissuadir** els operadors econòmics d'aquestes pràctiques, com poden ser: incloure clàusules que exigeixin una declaració en què s'indiqui que l'oferta s'ha preparat de manera independent o que estableixin sancions o la possibilitat de rescindir el contracte o la reclamació de danys i perjudicis; establir clàusules sobre l'obligació de comunicar de manera immediata si té o no la intenció de subcontractar, i no facilitar als licitadors durant el procediment d'adjudicació més informació que l'estrictament necessària, en aquest sentit, cal evitar revelar informació sobre, per exemple, qui ha presentat oferta, per quin preu, etc.

#### **Fase de valoració de l'oferta:**

- **Examinar detingudament les ofertes** presentades per detectar indicis que han estat preparades per la mateixa persona o de manera coordinada entre els diferents licitadors.
- **Prestar una atenció especial** a les ofertes que estan molt per sota dels criteris mínims exigits, incompletes o presentades per licitadors clarament no aptes.

- **Estudiar detingudament els preus** que ofereixen els licitadors, especialment preus que no tenen sentit perquè són excessivament alts o baixos.
- Comprovar si les ofertes rebudes responen a un **patró de licitació**.
- Demanar informació sobre la intenció del licitador de **subcontractar** o no la prestació.
- Prestar una especial atenció a les ofertes presentades per **consorcis d'operadors econòmics** (per exemple, UTE), o per **operadors econòmics que estan associats** d'alguna manera (per exemple, empreses d'un mateix grup), quan l'opció de l'oferta conjunta no obeeix a una decisió empresarial legítima o hi ha indicis que no han estat preparades de manera totalment independents.
- Estudiar de manera especial les ofertes presentades per **empreses excloses en altres ocasions** per pràctiques col·lusòries o declarades culpables per l'autoritat competent.

### Com reaccionar davant sospites de col·lusió:

- Si l'òrgan de contractació arriba a la conclusió que hi ha indicis suficients, el dret de la UE els atorga el dret a considerar l'exclusió del procediment d'adjudicació dels licitadors implicats, si bé recorda que cal **avaluar detingudament els indicis i documentar les conclusions**; valorar la **naturalesa i la gravetat dels fets**, les possibles **explicacions dels licitadors** i la **situació del mercat**, i excloure només els licitadors que són una **amença real**.
- Utilitzar totes les possibilitats que ofereixen tant el dret de la UE com el dret nacional per permetre als licitadors que **proporcionin aclariments** sobre les seves ofertes, sense evidenciar les sospites sobre possibles pràctiques col·lusòries.
- Posar-se en contacte amb l'autoritat nacional de competència o qualsevol altre òrgan competent intern per **demanar assessorament** i atenció especialitzada.
- Si finalment l'òrgan de contractació decideix excloure un licitador per aquest motiu, cal **informar-ne l'autoritat nacional de la competència** o l'autoritat central de contractació pública, perquè puguin fer el seguiment del cas i mantenir un registre de l'ús d'aquest motiu d'exclusió.

### 3. Causa d'exclusió

La Comunicació també dona orientacions no vinculants als poders adjudicadors sobre com aplicar el motiu d'exclusió relatiu a la col·lusió. Ja hem vist que les directives de contractació pública del 2014 introdueixen per primera vegada de manera explícita la col·lusió com a motiu facultatiu per excloure un operador econòmic del procediment d'adjudicació (art. 57.4.d de la Directiva 2014/24/UE, article 38.7.e de la Directiva 2014/23/UE i article 80.1 de la Directiva 2014/25/UE). La Comissió considera que la possibilitat d'excloure un operador econòmic per sospita de col·lusió no està configurat a les directives com una sanció pel seu comportament, sinó com un mitjà per vetllar pel compliment dels principis d'igualtat de tracte i competència en el procediment d'adjudicació, així com per garantir la integritat, la fiabilitat i la idoneïtat del futur contractista per executar el contracte.

Hem vist que l'article 101 del TFUE prohibeix de manera explícita els acords i les pràctiques concertades que tinguin per objecte o efecte impedir, restringir o falsejar el joc de la competència; en canvi, l'article 57.4.d de la Directiva 2014/24/UE únicament fa referència als acords entre operadors econòmics. No obstant això, la Comissió entén que aquest s'ha d'interpretar en el sentit de l'article 101 del TFUE, i que els estats haurien de considerar que tant els acords com les pràctiques concertades en la contractació pública poden ser causa d'exclusió, ja sigui per col·lusió (art. 57.4.d) o com a cas de falta professional molt greu (art. 57.4.c), si bé en aquest cas darrer cas per considerar l'exclusió no és suficient amb els "indicis plausibles", sinó que cal demostrar, per mitjans apropiats, que l'operador econòmic ha comès una falta professional greu.

L'article 57.4 de la Directiva atorga als poders adjudicadors un ampli marge de discreció sobre l'exclusió o no d'un licitador del procediment d'adjudicació quan hi hagi indicis prou plausibles de col·lusió. No obstant això, la Comissió recorda certs límits establerts per la Directiva, al marge de les determinacions que els estats incorporin en transposar la Directiva:

- Es disposa que el licitador pugui demostrar la fiabilitat presentant proves que demostrin que ha adoptat mesures de compliment suficient per reparar les conseqüències negatives de la seva falta (**mesures d'autocorrecció**).
- El **principi de proporcionalitat** que l'òrgan de contractació ha d'aplicar tant a l'apreciació de la col·lusió com de les mesures d'autocorrecció presentades pel licitador, que implica una avaluació específica i individualitzada de l'operador econòmic, independent de qualsevol decisió adoptada abans per qualsevol altra autoritat, i que respecti el dret de l'operador econòmic a presentar mesures d'autocorrecció.
- La **decisió d'excloure** o no ha d'estar correctament **documentada** i degudament **motivada** i ha d'incloure una valoració de les mesures d'autocorrecció presentades per l'operador econòmic, si s'escau.

#### 4. Conclusió

La contractació pública representa un 14% del PIB de la UE i, per tant, la importància econòmica d'aquesta és del tot indiscutible. La Comissió assenyala en aquesta Comunicació que s'ha constatat que les pràctiques col·lusòries encareixen les licitacions públiques un 60%, en perjudici del principi de gestió eficient dels fons públics. En conseqüència, la tasca que s'encomana als òrgans de contractació de vetllar per evitar aquestes pràctiques és realment molt important, i els mecanismes o instruments que la Comissió posa a la seva disposició poden resultar cabdals per evitar aquestes pràctiques i aconseguir treure el màxim rendiment dels recursos econòmics destinats a les compres públiques, ja que, en definitiva, la col·lusió entre licitadors té com a conseqüència principal que els ciutadans no rebin el millor producte o servei públic al millor preu possible, en detriment de l'interès públic.



## **Rosa Maldonado Camats**

Responsable jurídica de regulació i assessorament en contractació de la Direcció General de Contractació Pública, Departament d'Economia i Hisenda