

Las directrices de la OCDE en materia de lucha contra el *bid rigging*

I. Los objetivos de las directrices para con las Administraciones públicas

1) Recomendaciones y guías

Las Directrices pretenden, por una parte, ayudar a las diferentes autoridades de la Administración pública a detectar y combatir el amaño de licitaciones.

La OCDE insiste en que los órganos de contratación deben conocer las diversas formas en que puede presentarse la colusión en una licitación. Se mencionan estrategias comunes que deben llamar la atención de la Administración, tales como el hecho de que empresas competidoras se abstengan de presentar ofertas en determinadas licitaciones, o que el mercado esté aparentemente dividido entre empresas, en función de, por ejemplo, la región o la entidad contratante.

Además, se recomienda prestar atención al comportamiento de las adjudicatarias más allá de la licitación, a lo largo de la ejecución del contrato: por ejemplo, si una compañía es la proveedora o subcontratista de la adjudicataria, esto puede considerarse un mecanismo de compensación entre empresas para repartirse los beneficios del contrato.

Por otra parte, aparte de recomendaciones para la detección de las conductas cuando ya se han consumado, las Directrices proveen a los órganos de contratación de diferentes herramientas para, de manera activa, prevenir la colusión entre licitadores. En este sentido, la OCDE ha incluido en su guía una *tender design checklist*: una lista de recomendaciones a seguir a la hora de confeccionar la licitación.

Así pues, se considera que, con carácter previo a una convocatoria, los órganos de contratación deben realizar un minucioso estudio sobre las características del mercado objeto de la licitación; se analizarían, entre otros factores, si el mercado está demasiado concentrado, si existen barreras de entrada significativas, o si las empresas que operan en él han participado en conductas colusorias en el pasado.

Al analizar las guías desde un prisma más crítico, esta última propuesta llama la atención; pues parece trasladar una suerte de presunción desfavorable a las empresas sancionadas en el pasado.

En la medida en que, por ejemplo, una antigua cartelista ya haya rendido cuentas ante la autoridad de competencia, y haya cumplido una eventual prohibición de contratar, parece excesivo mantenerla bajo un nivel adicional de vigilancia en cada licitación. En este sentido, el pago de la sanción y la implementación de un programa de *compliance* eficaz deberían impedir el sometimiento de una empresa a una vigilancia especial.

Asimismo, a la hora de redactar los pliegos, la Administración debe evitar que la demanda sea predecible, que las licitaciones sean repetitivas, y que el precio del contrato tenga un peso excesivo en la puntuación global.

Desde un punto de vista doctrinal, esta última consideración no resulta sorprendente. La tesis se alinea con una de las grandes reivindicaciones de los expertos en contratación pública durante los últimos años, pues numerosos profesionales consideran que el sistema actual está demasiado centrado en el precio del contrato, y que dedicar un alto porcentaje de la puntuación al precio puede conducir a que los licitadores, buscando ofertar la propuesta más barata, desatendan la calidad del servicio que ofrecen. Las Directrices nos muestran que esta configuración también puede fomentar la manipulación de las licitaciones, pues el precio es uno de los criterios más sencillos respecto del cual las empresas pueden ponerse de acuerdo.

Otro de los argumentos principales de estas Directrices es que se debe fomentar la participación en las licitaciones. Para ello, se recomienda variar las empresas invitadas a licitar si se opta por procedimientos que no sean abiertos, y evitar exigir requisitos de solvencia o garantías desproporcionadas que estén al alcance de muy pocas empresas. Además, se recomienda la división en lotes de los contratos, sin limitar en exceso cuántos lotes puede ejecutar un mismo adjudicatario, para prevenir el reparto entre empresas.

Por último, podemos destacar que las Directrices incurren en ciertas contradicciones en cuanto a la información que ha de proporcionarse a los licitadores. Por una parte, consideran que debe garantizarse la máxima transparencia en ciertos aspectos, como las prestaciones del contrato, el proceso de selección, y los mecanismos para seleccionar al adjudicatario. Por otra parte, sin embargo, valoran que debería otorgarse la mínima información posible antes de anunciar un contrato derivado de un acuerdo marco, y afirman que el órgano de contratación debe mantener un “punto de vista equilibrado” en lo relativo al nivel de detalle de la explicación en los pliegos sobre el mecanismo en que se decidirá al ganador.

2) Qué cabe esperar de su implementación

Con todo, los puntos que acabamos de destacar demuestran que, aunque las Directrices prevean una batería muy amplia de acciones a tomar, no todas son necesariamente compatibles entre sí.

En función del objeto del contrato, sería tan arriesgado rebajar los requisitos de solvencia como ilusorio esperar que los licitadores no puedan predecir con bastante acierto cuál va a ser el contenido de los pliegos.

Es por ello por lo que los órganos de contratación deberán examinar caso por caso cuál es la configuración óptima para cada contrato.

Como conclusión, para garantizar la eficacia en la detección y prevención de las conductas colusorias, las recomendaciones insisten en dos ideas principales: la formación de los funcionarios y la colaboración entre organismos. El objetivo de la Administración, en estos momentos, es afrontar la manipulación de licitaciones desde un enfoque multidisciplinar; en el que autoridad de competencia, órgano de contratación e incluso la fiscalía colaboren para detectar, prevenir y sancionar la colusión.

II. La importancia de estas recomendaciones en el ámbito del *compliance*

A pesar de que los órganos administrativos deben estar capacitados para detectar ciertos signos o patrones que indiquen una posible colusión (tales como la ausencia de ofertas de proveedores habituales, la presentación de ofertas conjuntas por parte de empresas que solían concurrir de forma independiente a la licitación -sin causa justificada-, y la presentación de ofertas incompletas, entre otras), lo cierto es que la primera línea de defensa ante estas prácticas debe provenir del seno de la propia empresa.

Se debe tener en cuenta que los riesgos en el ámbito de la manipulación de licitaciones, así como los beneficios que aportan las Directrices, son relevantes tanto para las entidades públicas como para las empresas privadas, y aún más desde la perspectiva del incumplimiento normativo que acarrea la puesta en práctica de estas actividades ilícitas.

1) La responsabilidad penal

Las empresas no deben poner el foco únicamente en la posible responsabilidad derivada de una vulneración del Derecho de la Competencia que traen consigo estas prácticas, sino que deben ir más allá, ya que la manipulación de licitaciones puede llevar consigo responsabilidad penal de la persona jurídica por la comisión de determinados delitos.

Esta situación puede incluso agravarse en el caso del cohecho, cuando un funcionario público tiene una intervención directa en la conducta colusoria, facilitando la comisión del ilícito y permitiendo el funcionamiento de la operativa de manipulación de licitaciones.

Está claro que las empresas no sólo deben hacer frente a una eventual multa y al daño reputacional aparejado, sino que pueden acabar siendo responsables penalmente por una serie de actuaciones que, en última instancia, se podrían haber evitado con un correcto programa de cumplimiento.

Se hace cada día más necesario contar con unas directrices claras que guíen el comportamiento interno de las empresas y que permitan llevar a cabo una toma de decisiones amparadas en un conocimiento real del riesgo.

2) Ejemplos prácticos de posibles incumplimientos

Acudir a una licitación con el apoyo de un asesor externo podría suponer, en principio, una ventaja. Sin embargo, si no se analiza el posible riesgo, nunca se planteará la posibilidad de que dicho asesor esté prestando esa misma ayuda técnica a otros competidores, y que, a la postre, eso derive en la aportación de documentación similar con una redacción aparentemente idéntica. La posición de la empresa es, desde esa perspectiva, compleja.

La formación de una UTE sin una causa aparentemente justificada por motivos técnicos, económicos o de eficiencia puede poner el foco sobre la empresa. Lo mismo sucede con la presentación de ofertas no competitivas o incoherentes.

Todas estas cuestiones deben ser objeto de revisión permanente, de definición y prevención en unas políticas internas claras, y de formación a los trabajadores, porque, de lo contrario, no sólo existirán estos riesgos, sino que, fruto de la ausencia de mitigación, irán poco a poco aumentando, inexorablemente.

III. Conclusiones

A modo de conclusión, debe incidirse en el carácter transversal de las Directrices. La OCDE aborda la manipulación de las licitaciones desde diferentes prismas, y destaca la importancia de contar con funcionarios formados. Se prevén medidas de control que abarcan todo el ciclo de vida del contrato, desde la preparación de los pliegos, pasando por el procedimiento de adjudicación, hasta, por ejemplo, las subcontrataciones que puedan llevarse a cabo durante la ejecución contractual.

Es importante tener en cuenta que estas Directrices son orientativas, y que no todas las medidas a las que se refieren son compatibles entre sí. No obstante, son una herramienta clave para que Administraciones y licitadores puedan identificar y prevenir las situaciones que generen problemas de manera más habitual.

Si bien seguir las Directrices no asegura a las empresas un pleno cumplimiento normativo, la conveniencia de tenerlas en cuenta y repasarlas tiene una incidencia mayúscula, no sólo de cara a evitar la posible responsabilidad penal de la persona jurídica, sino como herramienta de mitigación de otros riesgos.

Es conveniente contar con un programa integral de *compliance* que se adapte a las necesidades de cada compañía, y que tenga en cuenta, además de cualquier directriz, la realidad del día a día de las empresas y su entorno cambiante.