

ESTUDIO SOBRE EL COMBATE A LA COLUSIÓN EN COMPRAS PÚBLICAS EN AMÉRICA LATINA.

JUNIO 2014



ACERCA DEL CIDAC

El Centro de Investigación para el Desarrollo A.C. (CIDAC) es un think tank independiente, sin fines de lucro, que realiza investigaciones y presenta propuestas viables para el desarrollo de México en el mediano y largo plazo. Su objetivo es contribuir, mediante propuestas de políticas públicas, al fortalecimiento del Estado de Derecho y a la creación de condiciones que propicien el desarrollo económico y social del país, así como enriquecer la opinión pública y aportar elementos de juicio aprovechables en los procesos de toma de decisión de la sociedad.

El CIDAC cuenta con un patronato responsable de la supervisión de la administración del Centro y de la aprobación de las áreas generales de estudio. Sin embargo, las conclusiones de los diversos estudios, así como sus publicaciones, son responsabilidad exclusiva de los profesionales de la institución.

INVESTIGADORES

AITOR ORTIZ ROMERO es abogado y economista por la Universidad de Zaragoza (España). Cuenta con dos maestrías, una en Estudios Económicos Europeos por el Colegio de Europa (Bélgica) y otra en Derecho Internacional por la Universidad de Georgetown (Washington). Aitor se desempeñó como abogado en Bruselas en el despacho Garrigues S.L.P. en el departamento de Competencia y Derecho Europeo. Posteriormente, trabajó para la agencia de competencia de Estados Unidos (Federal Trade Commission) en la oficina de asuntos internacionales facilitando asistencia técnica a agencias de competencia de América Latina. Cuando se trasladó a México, fungió como consultor en asuntos de competencia para la Comisión Federal de Competencia, para el Banco Mundial y para el Banco Interamericano de Desarrollo antes de incorporarse a CIDAC como Director del equipo de competencia.

ADRIANA HERNANDEZ SEGURA es abogada por la Universidad Nacional Autónoma de México y candidata a la Maestría en Derecho en la misma Universidad. Se desempeñó como abogada en el Departamento de Asuntos Jurídicos de Huawei Technologies de México S.A. de C.V. para la región de México, Centro América y el Caribe. Trabajó para la Comisión Federal de Competencia Económica de México en el área de la Secretaría Ejecutiva. Colabora con el Seminario de Derecho Económico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y es Investigadora en el equipo de competencia económica del CIDAC.

México 2014

D.R. 2014, Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C. (CIDAC)
Jaime Balmes No. 11 Edificio D, 2o. piso Col. Los Morales Polanco, 11510 México, D.F. T. +52 (55) 59851010

www.cidac.org

Diseño por Gabriela Esquinca Ozorno

Usted puede descargar, copiar o imprimir este documento para su propio uso y puede incluir extractos en sus propios documentos, presentaciones, blogs, sitios web y materiales docentes, siempre y cuando se dé el adecuado reconocimiento al autor y CIDAC como fuente de la información.

RESUMEN EJECUTIVO



El pasado mes de febrero de 2014, el CIDAC fue cordialmente invitado por el Centro Regional de Competencia para América Latina (en lo sucesivo CRCAL) a participar en un proyecto que consistía en el desarrollo de un estudio que analice la legislación en materia de compras públicas en América Latina a la luz de las mejores prácticas internacionales.

El objeto de este estudio, en palabras del CRCAL, consistía en *“Analizar las legislaciones de compras públicas de los países latinoamericanos del CRCAL y escoger algún estándar que refleje las mejores prácticas internacionales que eviten la colusión en los procedimientos de compras públicas, utilizando ejemplos concretos que ayuden a ilustrar como reducir y/o evitar esta práctica.”*

Durante los tres meses en los que se desarrolló el estudio se analizaron las leyes, reglamentos y decretos de catorce (14) jurisdicciones de América Latina en materia de compras públicas. Asimismo se contactó a diversas agencias de competencia de la región para tener una visión más detallada de cuáles eran las fortalezas y debilidades de los marcos normativos y cómo la experiencia de estas agencias y de las entidades de gobierno había ayudado a mitigar el riesgo de la colusión en los procedimientos de compras públicas.

El análisis sirvió, por un lado, para identificar los mecanismos que existen en las legislaciones para combatir la colusión. Y, por otro lado, para extraer conclusiones de carácter regional, ya que debido a los similares marcos normativos que muchas veces comparten estos países, se han podido establecer convergencias y divergencias que afectan a la mayor parte de la región.

Para completar el análisis legislativo, se incluyen en este estudio ejemplos reales sobre cómo las autoridades de competencia con ayuda de las unidades de compras de gobierno pudieron detectar y sancionar este tipo de conductas de manera satisfactoria. Por último, tomando como base los manuales emitidos por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en lo sucesivo OCDE) y a la luz de las conclusiones del estudio, se han incluido recomendaciones para las áreas de compras públicas de las entidades gubernamentales y para las autoridades de competencia sobre cómo aumentar su eficacia en la lucha contra la colusión.

Por último, desde el CIDAC nos gustaría agradecer a las agencias de competencia que conforman el CRCAL por los insumos aportados y por toda la ayuda prestada durante el desarrollo del estudio. En especial a: Miguel Flores Bernés, Jovany Morales, María Paula Molina, Regina Vargas, María Elena Bertrand, Hazel Orozco, Claudia del Águila, Alexandra Gutiérrez, Jimena Solar y Mario Ybar, así como a sus respectivos equipos y de forma especial a Diego Petrecolla por su revisión exhaustiva y comentarios.

TABLA DE CONTENIDOS

01.

RESUMEN EJECUTIVO

02.

INTRODUCCIÓN

03.

METODOLOGÍA

Argentina
Brasil
Chile
Colombia
Costa Rica
Ecuador
El Salvador
Guatemala
Honduras
México
Nicaragua
Panama
Perú
República Dominicana

04.

CASOS PRÁCTICOS

05.

DECÁLOGO PARA ENTIDADES PÚBLICAS

06.

DECÁLOGO PARA LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA

07.

CONCLUSIONES

Anexo 1: Cuestionario
Anexo 2: Lineamientos de la OCDE
Anexo 3: Certificados de determinación independiente de la oferta de Estados Unidos y Canadá



Las compras gubernamentales llegan a representar una cantidad muy importante del gasto público. Se estima que entre el treinta por ciento (30%) y el cuarenta por ciento (40%) del gasto total del sector público se destina a las compras públicas, representando el 17% del PIB promedio de los países de la OCDE¹. En los países de América Latina las compras públicas representan entre el cinco (5%) y quince por ciento (15%) del PIB². Por ende, dada la magnitud de recursos destinados, es importante garantizar que los gobiernos adjudiquen contratos mediante procedimientos que aseguren el mejor aprovechamiento de los recursos públicos.

La literatura internacional de la materia señala que el objetivo primario de cualquier sistema de compras gubernamentales consiste en adquirir bienes y servicios en las mejores condiciones de maximización del valor del dinero público, es decir, la obtención del mayor rendimiento posible de los recursos utilizados para llevar a cabo las funciones del Estado. Para ello, es necesario llevar a cabo procedimientos que garanticen y protejan la competencia en cualquier procedimiento de compra pública.

La experiencia internacional en materia de compras públicas confirma la necesidad de promover medidas que garanticen procesos competitivos en compras públicas. Instituciones internacionales como el Banco Mundial, la Red Internacional de Competencia Económica (RICE) y, particularmente, la OCDE han dedicado esfuerzos y recursos para fomentar la competencia y la libre concurrencia en las compras públicas.

La colusión o “*bid rigging*” ocurre cuando las empresas que se esperaba que compitieran en los concursos o licitaciones de compras públicas, secretamente se coordinan o ponen de acuerdo para simular condiciones de competencia frente a la entidad contratante al tiempo que fijan precios, disminuyen la calidad de los productos que ofertan o se dividen el mercado a través de la adjudicación pactada de contratos de licitación. En este sentido, la competencia es una manera de generar menores precios y mayor calidad, pero esto se conseguirá únicamente si las empresas compiten de verdad, es decir, si establecen sus términos y condiciones honesta e independientemente³.

La colusión es un problema ya que al elevar los precios (o disminuir la calidad) de los servicios o productos los conspiradores extraen ilícitamente recursos del Estado y de los ciudadanos quienes aportan el financiamiento gubernamental vía sus impuestos, además, disminuyen la confianza en el proceso competitivo. El Banco Mundial aseguró recientemente que la colusión entre competidores puede llegar a incrementar el costo de los bienes y servicios licitados hasta en un cincuenta por ciento (50%) de su valor dependiendo del sector y del país analizado⁴. La OCDE incluso estimó que para el caso de Chile, asumiendo que solo el 1% de las compras gubernamentales están afectadas por problemas de colusión, la cuantía afectada podría llegar a ser de USD 40 millones anuales⁵.



La OCDE ha elaborado importantes informes que recogen las mejores prácticas internacionales⁶ y las Recomendaciones a los gobiernos para mejorar sus prácticas y legislaciones en compras públicas⁷. Estos documentos han servido de guía, como se detallará más adelante, para el desarrollo de este estudio y para elaborar las recomendaciones a funcionarios públicos.

La OCDE ha trabajado con diversos países de Latinoamérica como por ejemplo México, Brasil y Chile para mejorar sus sistemas de compras públicas. En México, se propusieron mejoras legislativas y administrativas para varios estados e instituciones gubernamentales (i.e., caso del Estado de México y de las instituciones de salud Instituto Mexicano del Seguro Social e Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado)⁸. En Brasil la colaboración con la OCDE ha ayudado a este país a detectar y condenar un mayor número de casos de colusión en compras públicas, mejorar la preparación de sus servidores públicos en esta materia y desarrollar métodos de análisis más efectivos⁹. En Chile, la colaboración entre ambas partes se tradujo en la formación de un Comité Anti-Colusión entre Oferentes en Licitaciones de Abastecimiento Público, la publicación de una Directiva de Contratación Pública, la implementación de cursos de capacitación a servidores públicos y la organización de varias actividades de promoción de la competencia¹⁰.

1. ¿POR QUÉ HACER UN ESTUDIO SOBRE LA COLUSIÓN EN COMPRAS PÚBLICAS EN AMÉRICA LATINA?

Porque ciertas similitudes entre los países de la región y los problemas que comparten ameritan un análisis comparativo de los marcos legislativos para ver cómo cada país ha regulado esta materia y cómo unos pueden tomar las técnicas legislativas adoptadas por otros.

Quizás una de las características más presentes y negativas en la región y que influye en el diseño legislativo e institucional, es el problema de la corrupción y el nepotismo. En muchos países estos problemas son vistos como los más serios y prioritarios a resolver. El hecho de que en los procedimientos de compras públicas las órdenes de compra sean normalmente por cuantías muy altas en relación a los bajos salarios de los servidores públicos, incrementa la posibilidad de que el funcionario quiera ganar el equivalente al salario de diez (10) o veinte (20) años en tan solo una operación.

La corrupción afecta al proceso de compra competitivo cuando el servidor público acepta sobornos o cualquier otra compensación a cambio de diseñar las bases de la licitación, los criterios de evaluación o alterar el resultado del proceso para favorecer a un proveedor en particular. Por ello, muchas legislaciones se enfocan en prohibir este tipo de conductas e imponen fuertes sanciones a los funcionarios que las cometan. Como veremos en el estudio, la preocupación que ha generado este problema ha llevado a muchas jurisdicciones a imponer fuertes obligaciones de transparencia y de rendición de cuentas a cargo de las entidades contratantes.



Mientras que estas obligaciones atienden un objetivo muy loable (reducir la corrupción), pueden tener un efecto negativo en el nivel de competencia de los procedimientos. El exceso de transparencia en los procesos puede facilitar la colusión entre los oferentes. Por ejemplo publicitar el nombre de los oferentes, sus ofertas o determinados precios de referencia puede incrementar el riesgo de colusión a la vez que reduce las posibilidades de corrupción. Por ende, hay una relación muy estrecha entre las políticas de colusión y corrupción y el presente estudio puede ayudar a identificar las diferentes formas de equilibrarlas a fin de que una no perjudique a la otra.

Otro problema que afecta a la mayoría de países en la región es la falta de capacitación de los funcionarios encargados de llevar a cabo las licitaciones en temas de competencia. Muchos procedimientos de adquisiciones públicas se llevan a cabo en pequeños municipios o por agencias gubernamentales de pequeño tamaño donde el personal encargado de ello no tiene la formación suficiente para diseñar un procedimiento eficiente y que ayude a prevenir la colusión.

En ocasiones los países no cuentan con los recursos económicos o los recursos humanos para capacitar a sus funcionarios. Sin embargo, hay acciones que podrían ayudar a resolver este problema como por ejemplo establecer por ley un contacto más estrecho entre las entidades licitantes y las agencias de competencia. Asimismo, fijar criterios claros e idénticos aplicables a todas las entidades de gobierno lograría suplir la falta de capacitación. En este sentido, son pocas las jurisdicciones que requieren un estudio de mercado previo al diseño de las bases de la licitación, pero aún menos son las que establecen qué criterios deberían seguirse para elaborar esos estudios. Establecer por ley ciertas pautas para elaborar los estudios resultaría muy útil para los funcionarios de los municipios o agencias de pequeño tamaño donde es muy difícil llegar a través de una capacitación in situ.

Una característica que afecta a muchas jurisdicciones, excepto a las más grandes, Argentina, Brasil, Chile y México es la juventud tanto de las legislaciones de competencia como de los reguladores. Esto puede afectar a la aplicación de la ley de competencia en estos supuestos. El análisis muestra que en aquellos países donde la normativa de competencia es todavía muy joven, ésta no ha tenido un gran impacto sobre la legislación de compras públicas y por tanto no se prevén grandes sanciones (o ninguna) por colusión en la ley de compras públicas, o no se ha establecido la obligatoriedad de cumplir con la legislación en materia de competencia o no se han introducido elementos que prevengan la formación de acuerdos colusorios (i.e., no favorecer las reuniones físicas entre oferentes, sanciones, terceros observadores.). El presente trabajo puede ofrecer elementos de estudio interesantes para estas jurisdicciones.



Por todo lo anterior, esta investigación pretende ayudar a combatir las colusiones en las compras públicas en la región, de dos formas: (i) mediante el análisis de las legislaciones contrastándolas con las mejores prácticas, lo que nos permitirá poner de relieve qué áreas de las leyes representan una fortaleza y cuáles todavía tienen margen de mejora y (ii) por otro lado, el análisis comparativo de leyes puede servir de referente para algunas legislaciones para el caso de que deseen incorporar algunas de las recomendaciones que se incluyen al final de este estudio.

2. OBJETIVOS

Los objetivos principales del presente estudio podrían resumirse en los siguientes cuatro puntos:

- 1.- Proporcionar un mapa de las legislaciones en materia de compras públicas para toda la región de América Latina¹¹. Como mencionaremos más adelante, el estudio evalúa únicamente la normativa nacional o federal junto con sus reglamentos. Sin embargo, la práctica administrativa, contratos y normativa de menor nivel no entran dentro del alcance de este proyecto.
- 2.- Hacer del conocimiento de todas las jurisdicciones, las estrategias o mecanismos adoptados por los demás países para limitar problemas como corrupción o colusión en los procedimientos de compras públicas.
- 3.- Concienciar a los servidores públicos de la importancia de la colaboración entre agencias de competencia y entidades gubernamentales encargadas de las compras públicas en la lucha contra la colusión. Para ello se utilizarán ejemplos reales donde los servidores públicos trabajaron de manera conjunta para detectar y sancionar estas conductas.
- 4.- Proveer herramientas tanto a funcionarios de las autoridades de competencia como a los de las unidades de compras para prevenir y combatir la colusión en estos procedimientos. Estas herramientas abarcan varias fases del procedimiento, desde la planeación del diseño de las bases, el llamado a concursar, la recepción de información, los mecanismos de evaluación, adjudicación, medios de defensa de los oferentes y la implementación del contrato.

BIBLIOGRAFÍA

1. Latin American Competition Forum, Session 1: Criteria for Setting Fines for Competition Law Infringements. OECD. p. 3. <http://www10.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2013/12980a02.pdf>
2. Increasing Competition by reducing Bid Rigging in Latin America. OECD. <http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/38960560.pdf>
3. Fighting Bid Rigging in Public Procurement in Mexico. OECD. p. 17. <http://www.oecd.org/regreform/sectors/49390114.pdf>
4. Curbing Fraud, Corruption and Collusion in the Roads Sector. World Bank, Integrity Vice Presidency. June 2011. pag. 14.
5. Supra nota 2
6. Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Compras Públicas. OCDE. 2009. <http://www.oecd.org/daf/competition/cartelsandanti-competitiveagreements/42761715.pdf>
7. Recommendation on Fighting Bid Rigging in Public Procurement. OCDE. Julio 2012.
8. Véase documentación relacionada en la página web de la OCDE <http://www.oecd.org/daf/competition/fightingbidrigginggovernmentcontractsmexico-oecdpartnership.htm>
9. Latin American Competition Forum, Septiembre 2009, Santiago (Chile). OCDE <http://www.oecd.org/competition/latinamerica/2009%20Latin%20American%20Competition%20Forum.pdf>
10. Ibídem.
11. El estudio cubre únicamente los países que están representados en el CRCAL, con excepción de los Estados Unidos de América.

El estudio se divide en varias secciones. La primera, la cual acabamos de exponer, es una parte introductoria donde se pone de manifiesto el problema que pretende analizar y la metodología utilizada para ello. La segunda parte, que abarca el núcleo central del estudio, corresponde al análisis país por país de la normativa de compras públicas. La tercera parte completa lo anterior con ejemplos reales de colusión en procedimientos de licitación. Por último, la cuarta parte recoge recomendaciones para los funcionarios de las autoridades de competencia y de los entes públicos para prevenir y detectar problemas de colusión y las conclusiones finales.

El presente estudio tuvo una duración de tres meses, durante los cuales fue preciso recopilar la información relevante, diseñar los indicadores de evaluación, implementar la metodología, contactar a las agencias de competencia de la región y elaborar el reporte de resultados.

En cuanto al análisis material de leyes, el estudio abarcó la evaluación de leyes nacionales o federales junto con sus reglamentos en materia de compras públicas de bienes y servicios, y cuando éstas fueron insuficientes para completar los indicadores de evaluación, se acudió a la normativa de menor nivel jerárquico (i.e., decretos, criterios técnicos). Sin embargo, quedaron fuera del estudio aquellas normas de menor rango, las prácticas administrativas, los códigos de conducta y otra información relevante, así como la normativa relacionada con licitaciones de obras públicas o normativa aprobada al efecto de algún evento especial (i.e., en el caso de Brasil las leyes aprobadas para la Copa del Mundo 2014 y los Juegos Olímpicos 2016).

Estas limitaciones temporales y de fondo han dificultado el análisis en ciertas áreas debido a la discrecionalidad que la ley otorga a las entidades licitantes para hacer o no hacer algo. La falta de contacto con las unidades de compras públicas de cada país ha hecho imposible poder ofrecer respuestas más completas a algunas preguntas.

1. ANÁLISIS CUANTITATIVO

El análisis de la legislación de compras de cada país inició con una evaluación cuantitativa. Este análisis se obtiene como resultado de responder a un cuestionario de 33 preguntas que buscan identificar las disposiciones de la normativa que cumplen con los criterios del cuestionario respecto del fomento a la competencia y combate a las prácticas colusivas así como disposiciones que son barreras a la competencia y facilitan actos colusorios. El análisis cuantitativo únicamente arroja resultados que muestran en cantidad, cuántas disposiciones cumplen con los parámetros del cuestionario, y en cierta medida califican su acercamiento o no a las mejores prácticas. No obstante, esos resultados tienen que leerse en conjunto con los obtenidos del análisis cualitativo para tener una visión mucho más precisa de una legislación en particular.

METODOLOGÍA 01.

El cuestionario se elaboró con base en los estudios realizados por el Instituto Mexicano para la Competitividad¹⁴ (en lo sucesivo IMCO) y por la OCDE¹³. Siguiendo estos estudios, se elaboraron 33 preguntas que cuantifican la existencia de disposiciones que, conforme a los parámetros del cuestionario, fomentan la competencia, prevén actos colusorios, evalúan el grado de transparencia y el grado de discrecionalidad de las autoridades. Eso sí, siempre desde un punto de vista de competencia económica. En el Anexo I se encuentra el cuestionario elaborado para el presente trabajo de investigación así como las posibles respuestas a cada pregunta y la valoración de éstas en términos cuantitativos.

En la valoración de las respuestas se ha utilizado un sistema binario con puntuación de unos y ceros. La decisión de otorgar esta valoración deriva de una adaptación del modelo Qualitative Comparative Analysis (QCA) utilizado en análisis de ciencias políticas y sociología¹⁴. El modelo QCA es un modelo adecuado para muestras de entre 10 y 50 observaciones donde cada variable puede tener la valoración de uno o cero y se pueden subsumir conclusiones basadas en diferentes causas. El análisis QCA es capaz de arrojar resultados más ambiciosos que los del presente estudio. Por ejemplo, el análisis QCA permitiría a priori poder subsumir la falta o existencia de competencia en los procedimientos de compras públicas, basándonos en las preguntas formuladas. No obstante, para el presente estudio, se utilizó el modelo QCA para codificar las respuestas, extraer tendencias entre los diferentes países, y para obtener conclusiones de impacto regional limitando la discrecionalidad en la valoración de las respuestas lo máximo posible.

Las preguntas se eligieron en función de su relevancia para identificar en las legislaciones la existencia de disposiciones que concuerden con las mejores prácticas en compras gubernamentales, a la luz de las directrices de la OCDE en la materia. En otras palabras, las preguntas buscan identificar los elementos que la OCDE considera como positivos para reducir la colusión o negativos dado su potencial para favorecer acuerdos colusorios. El resultado del cuestionario no arroja información sobre lo bien o mal que está diseñada una ley de compras públicas. No existe una ley modelo de compras públicas orientada a temas de competencia con una validación internacional sobre la cual podamos contrastar resultados.

Las preguntas han sido clasificadas en cuatro áreas, estas son, (i) favorece la competencia, (ii) previene actos colusorios, (iii) el nivel de transparencia y su impacto en la competencia y (iv) la discrecionalidad de las autoridades. Esta clasificación ayudó a identificar en qué áreas la ley nacional se acerca a las recomendaciones de la OCDE y en qué áreas existe una mayor distancia con las mejores prácticas internacionales en materia de competencia.

01. METODOLOGÍA

Una ley de compras públicas tiene la tarea de atender distintas políticas (i.e., Transparencia, corrupción, rendición de cuentas, competencia económica, fomento de las pequeñas y medianas empresas, innovación, mecanismos de defensa, etcétera.) con objetivos diferentes que a veces se contraponen y deben equilibrarse. Por ello, el análisis realizado conlleva que sea prácticamente imposible que una legislación pueda obtener resultados muy altos en todas las categorías, y no por ello, los resultados dejan de ser óptimos. Por ejemplo un exceso de transparencia en el procedimiento puede responder a una política pública de reducir los problemas de corrupción en las entidades licitantes, pero puede tener un efecto negativo en términos de competencia y por ende no obtener una puntuación positiva.

Esta evaluación cuantitativa nos permite sacar conclusiones de alcance regional en base a un análisis comparativo entre legislaciones aplicando la misma metodología. No obstante, para identificar los elementos más relevantes hay que acudir al análisis cualitativo que se explica a continuación.

2. ANÁLISIS CUALITATIVO

El análisis cualitativo de cada uno de los países contiene de manera detallada, la explicación de los elementos positivos y negativos de las disposiciones estudiadas, desde una óptica de política de competencia que dictan las mejores prácticas internacionales. Para ello, se simuló un análisis FODA¹⁵ (SWOT en sus siglas en inglés) de las principales características de la ley. Ello conlleva evaluar las fortalezas, las debilidades, los elementos que pueden representar una amenaza y los que pueden considerarse como una oportunidad de obtener una ventaja, todos ellos, siempre desde un punto de vista de la lucha contra la colusión en compras públicas.

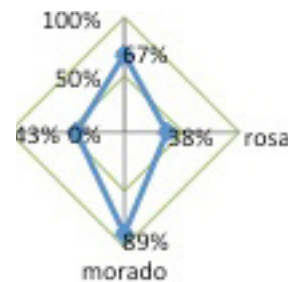
Una vez más, estos elementos se contrastaron contra las mejores prácticas establecidas por la OCDE en sus directrices. Es en esta parte del estudio donde se pueden observar las diferentes opciones legislativas elegidas por las 14 jurisdicciones para regular una determinada figura jurídica o para implementar una política pública. En este sentido, podemos observar las diferentes maneras de regular las subastas en reversa, las compras consolidadas, la subcontratación o incluso cómo otorgar preferencias a los productos nacionales afectando y sin afectar a la competencia en los procesos de licitación.

Hacer esta comparación de legislaciones resulta muy interesante no solo porque permite identificar las áreas de mejora en cada país, sino porque además permite a cualquier jurisdicción extrapolar, si lo estima conveniente, la solución a un mismo problema dada en otro país al suyo propio.

ARGENTINA

RESULTADOS CUESTIONARIO

Ranking por países
Azul: 2º de 14
Rosa: 7º de 14
Morado: 1º de 14
Amarillo: 8º de 14



COMENTARIOS POR AREAS

FAVORECE LA COMPETENCIA

La normativa Argentina cuenta con numerosos elementos que introducen mayor competencia en los procedimientos de compras públicas. Cuenta con procedimientos competitivos y de carácter internacional, con sistemas similares a las subastas en reserva, permite las compras consolidadas entre entidades públicas y no establece preferencias a PYMES o productos nacionales. Quizás un elemento de mejora podría ser una mayor participación de la autoridad de competencia en la evaluación de los pliegos o frente a posibles conductas ilícitas.

PREVIENE ACTOS COLUSORIOS

En esta área hay elementos positivos como el uso de tecnologías y procedimientos remotos que sí previenen actos colusorios, pero tienen más peso situaciones como la facilidad para presentar ofertas conjuntas sin evaluación previa de la autoridad o la aparente connivencia de las autoridades para mantener reuniones entre los oferentes y éstas o entre los propios oferentes para discutir los términos de la convocatoria. La falta de requerimiento de un Certificado de Determinación de Oferta Independiente o la laxas sanciones por colusión también determinan el resultado de esta área.

TRANSPARENCIA

Muy buenos resultados en el área de transparencia. Argentina por un lado, hace pública la información relevante sobre proveedores y procedimientos sin favorecer por ello conductas colusorias. Por otro lado, para permitir la adjudicación directa, la subcontratación o determinados cambios en la convocatoria tienen que estar motivados y justificados. Por último, la normativa también permite presentar inconformidades tanto a la preselección de oferentes, como al proceso de evaluación.

DISCRECIONALIDAD DE LAS ENTIDADES

La falta de estudios económicos previos a la elaboración de los pliegos y bases así como cualquier guía para saber cómo determinar el precio de referencia o las condiciones de mercado lastran el resultado en esta área. Como elementos positivos podemos destacar la imposibilidad de las autoridades de fraccionar contratos o de incluir cláusulas que restrinjan la competencia.

EVALUACION CUALITATIVA

Argentina, a nivel federal, a pesar de aparecer en dos áreas con una puntuación ligeramente inferior a la media, tiene una legislación en materia de compras públicas con suficientes elementos para prevenir la colusión en procedimientos de licitación. No obstante, debido a la redacción de algunos artículos o a la falta de regulación de algunos elementos que son muy interesantes desde una perspectiva de competencia, el análisis cuantitativo puede parecer más bajo de lo que la realidad refleja.

A continuación, el análisis cualitativo de la normativa Argentina en la materia destacará, basándose en la metodología FODA, cuáles son las áreas que favorecen esta lucha contra la colusión y cuáles pueden suponer un riesgo o una desventaja.

En Argentina, las adquisiciones públicas de bienes y servicios se rigen por el Decreto 1023/2001 que establece el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. Este régimen está a su vez desarrollado por el Decreto 893/2012¹⁶ que promulga el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. Además, la Ley 24.156 sobre la Administración Financiera y de los sistemas de Control del Sector Público Nacional establece el marco legal del cual derivan las normas anteriores.

En el análisis que se presenta a continuación se han evaluado tanto el Decreto 1023/2001 como el Decreto 893/2012. Como ya se ha manifestado en el inicio de este estudio, las prácticas administrativas de las entidades públicas no han sido analizadas, como tampoco han podido ser estudiados los esfuerzos de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en este ámbito. Sí se incluyen, no obstante, comentarios provistos por dicha agencia al cuestionario que aparece en el Anexo I.

1.FORTALEZAS

- Argentina establece el procedimiento de licitación pública como regla general para las adquisiciones. Asimismo, la legislación prevé la posibilidad de hacer licitaciones internacionales, lo que amplía el número de posibles oferentes en un procedimiento y por ende, introduce mayor competencia. Además de la licitación pública, también existen las subastas públicas (similar a un procedimiento restringido o por invitación), la licitación abreviada y la adjudicación directa. La adjudicación directa, cuya característica principal es la ausencia de competencia, solo se usa en determinados casos que están tasados por ley y cuando no se puedan utilizar ninguno de los anteriores. Por todo ello, el sistema de procedimientos de compras públicas en Argentina está muy en línea con las mejores prácticas internacionales. No obstante, para garantizar unos niveles de competencia óptimos se debería favorecer y utilizar las licitaciones públicas internacionales.

- A diferencia de otros países, Argentina parece no otorgar preferencias a los productos o productores nacionales en detrimento de los homólogos extranjeros. Esta política favorece la obtención de precios más competitivos. No obstante, para poder reservar a PYMES o empresas de carácter social la posibilidad de participar y obtener algún contrato, el artículo 29 del Decreto 893/2012 establece un procedimiento especial para llevar a cabo adjudicaciones simples con efectores (oferentes) de desarrollo local y economía social. Este procedimiento busca cumplir con ciertas políticas públicas, que no responden necesariamente a objetivos de eficiencia económica, sin distorsionar otros procedimientos competitivos mediante el establecimiento de posibles márgenes de preferencia para estas empresas, como hacen otros países. El hecho de dedicar recursos específicos para este procedimiento especial en lugar de otorgar preferencias o discriminaciones positivas en todas las licitaciones podría ser tenido en cuenta por otras legislaciones como alternativa para fomentar aún más la competencia.

- El artículo 215 del Decreto 893/2012 permite explícitamente las compras consolidadas de las entidades públicas. De conformidad con las mejores prácticas internacionales, las compras consolidadas de gobierno reducen sustancialmente los acuerdos colusorios entre competidores. Esto es, mediante la consolidación de procedimientos, se reduce el número de contratos y se aumenta su cuantía, de esta forma, se dificulta un posible reparto de contratos entre los oferentes, haciendo que éstos tengan que competir por un solo contrato y ofrezcan sus mejores precios ya que las pérdidas por no ser los ganadores aumenta. Recoger este mecanismo en la ley puede no ser suficiente ya que no es de extrañar que en muchas ocasiones haya dificultades en la práctica para que las entidades decidan llevar a cabo conjuntamente estos procedimientos (ej. falta de comunicación, necesidades en distintos marcos temporales, rendición de cuenta, etc.). Sin embargo, si se consigue que las entidades públicas licitaran de manera conjunta sus necesidades de un bien o servicio dificultarían los esquemas de colusión entre los oferentes y obtendrían precios mucho más competitivos.

- El uso de la tecnología y los procesos remotos también posicionan a Argentina en línea con las mejores prácticas internacionales ya que reducen el contacto entre oferentes y entre éstos y la entidad licitante. El artículo 21 Decreto 1023/2001 fomenta el uso de firmas electrónicas y documentos electrónicos para cualquier licitación. El hecho de que este artículo no especifique que sea obligatorio presentar la documentación en este formato, podría considerarse como una limitación al uso de la tecnología. Sin embargo, la penetración de internet en determinadas zonas de Argentina podría impedir a ciertas empresas presentar sus ofertas si fuera obligatorio recurrir a internet para ello. Además, el hecho de que la Administración admita como medio válido de comunicación el correo electrónico es indicativo del peso que las entidades públicas quieren darle a los sistemas electrónicos.

- La prohibición de la subcontratación establecida en el artículo 13.b del decreto 1023/2001 es el siguiente elemento de análisis y se reconoce como una fortaleza no por establecer un sistema o procedimiento, sino por imponer una prohibición. La subcontratación puede ser el resultado de un

acuerdo colusorio en el que dos empresas pueden acordar que una gane un concurso por un precio más alto del que habría ofertado en una situación competitiva y a cambio ésta subcontrata a la otra para proveer parte de los bienes o servicios. Las situaciones donde este mecanismo tiene efectos positivos son limitados, aunque pueden existir, por ejemplo, para permitir a una PYME obtener parte de un contrato al que no podría haber accedido de otra manera. Por ello, la forma de regular esta figura en el marco regulatorio es óptima, una prohibición expresa que se podría llegar a utilizar solo con autorización expresa de la entidad licitante. De esta forma, se puede analizar ex ante si la subcontratación puede tener efectos competitivos o se intenta utilizar con otros fines.

- El área de transparencia contiene casi todos los elementos positivos para garantizar la integridad del sistema, proveer la información necesaria sobre compañías y procedimientos y a la vez, asegurarse de que no facilita información que posibilite la formación de acuerdos colusorios.

2. OPORTUNIDADES

- Establecer un mayor contacto con la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia beneficiaría a las entidades públicas en la lucha contra la colusión. El decreto 893/2012 establece que los objetivos del régimen de contratación pública son garantizar la transparencia y evitar la corrupción, pero no hay mención alguna de colusión. Sería recomendable requerir mediante ley o decreto que las entidades públicas contactaran a la autoridad de competencia en cuanto tuvieran alguna sospecha de colusión en un procedimiento.

- Introducir en los pliegos de las bases o en los contratos cláusulas de cumplimiento de la ley de competencia. Estas cláusulas tienen como objetivo principal comunicar a los posibles oferentes la importancia de cumplir con esta ley y no incurrir en prácticas anticompetitivas. Además, en caso de incumplimiento por este motivo, se facilita la apertura de un procedimiento de investigación tanto por la violación de la ley de competencia como por la violación de la normativa de contratación pública. Cabe destacar que en la normativa actual no existe algún artículo que busca garantizar la competencia en las licitaciones. Así, el artículo 45 del Decreto 893/2012 establece que los requisitos técnicos de los pliegos deberán redactarse de tal forma que garanticen la igualdad entre los oferentes y no tengan por efecto la creación de obstáculos injustificados a la competencia en las contrataciones públicas. Del mismo modo, el Artículo 23 no permite modificar los pliegos de un concurso cuando se declare desierto si estamos en un procedimiento de adjudicación directa. Estos artículos, si bien ayudan a garantizar la competencia, se centran en las conductas de los funcionarios públicos y sobre todo en evitar posibles corrupciones por parte de éstos. Las cláusulas de cumplimiento de la ley de competencia están dirigidas a las empresas partícipes de los procedimientos y recaen sobre éstas las consecuencias de posibles incumplimientos.

- En relación con el punto anterior, y para garantizar que los oferentes conocen sus obligaciones, sería muy positivo que las entidades públicas de Argentina solicitaran a todos los licitadores un Certificado de Determinación de Oferta Independiente y una Declaración de integridad. El primero busca dar a conocer las obligaciones que los oferentes tienen de respetar la ley de competencia y las consecuencias de su incumplimiento a la vez que facilita procesar a una compañía si incurre en prácticas monopólicas. El segundo tiene objetivos similares pero para temas de corrupción. Si bien para efectos de este estudio el más importante sería el Certificado de Determinación de Oferta Independiente, muchas veces corrupción y colusión van de la mano, por tanto, una mejor manera de luchar contra la colusión sería limitando ambos problemas.

3. DEBILIDADES

- Las subastas en reversa constituyen un instrumento muy valioso para (i) conseguir precios más competitivos e (ii) introducir un elemento disruptivo que puede causar el desmantelamiento de un esquema de colusión. En Argentina, en virtud del artículo 220 del Decreto 893/2012 parece que para la adquisición de bienes estandarizados sí se permiten las subastas en reversa. Sin embargo, no es posible asegurar lo mismo que para el resto de procedimiento. A esos efectos, el artículo 70 parece permitir un sistema similar a las subastas en reserva mediante el cual los oferentes pueden realizar descuentos sobre algún renglón o sobre la totalidad. Sin embargo no queda claro si este descuento se ofrece antes o después de ser el adjudicatario del contrato. Tampoco hay información sobre cómo opera este procedimiento, es decir, si se mantienen las ofertas y los nombres de los oferentes confidenciales, si hay un tiempo determinado, etc. Por ello, podría ser muy positivo extender las subastas en reversa para la adquisición de bienes no estandarizados.
- Limitaciones a las PYMES. En este mismo artículo 70 mencionado anteriormente se establecen algunas restricciones a las PYMES. Según este artículo, la autoridad podrá decidir si las PYMES pueden presentar ofertas o no a partes del renglón y si lo hacen existen límites en su participación (entre el 20 y el 35% del total del renglón). Esta política podría estar limitando la posibilidad de obtener precios más competitivos. Quizás este artículo esté buscando minimizar el riesgo de que una empresa no pueda cumplir con un contrato. Sin embargo, existen otras alternativas como solicitar mayores garantías o imponer mayores sanciones, que podrían minimizar ese riesgo sin afectar a los precios del procedimiento.
- Una de las grandes debilidades de la normativa Argentina es la falta de requerimiento de estudios de mercado previos a la elaboración de los pliegos de la licitación. Los estudios de mercado constituyen una parte fundamental del proceso de licitación. Un estudio exhaustivo y detallado del mercado,

permitirá a la entidad pública conocer los posibles oferentes, qué precios podrían ser competitivos, las características de los bienes y servicios y en general toda la información necesaria para diseñar una licitación adecuada tanto para la entidad como para los posibles oferentes. Además de requerir los estudios de mercado, sería recomendable establecer parámetros claros o incluso guías sobre cómo hacer un estudio de mercado para que todas las entidades públicas pudieran obtener toda la información que necesitan del mercado.

- Observaciones a las propuestas técnicas. El artículo 150 del Decreto 893/2012 otorga la posibilidad a todos los oferentes de ver las ofertas técnicas del resto de competidores durante dos días después de la apertura para interponer las impugnaciones que estimen oportunas. Si bien esta práctica responde a objetivos de transparencia, puede facilitar coordinaciones posteriores entre los oferentes o sistemas de monitoreo de un esquema de colusión ya existente. En los procedimientos de compras públicas, no solo el precio es el factor a concertar. En ocasiones los competidores se pueden poner de acuerdo para fijar otras variables como servicios complementarios, garantías, calidad de los productos, etc. Por ello, es bueno limitar al máximo los contactos entre ellos y vigilar qué información se les facilita antes de que termine completamente el procedimiento.

- En relación con el punto anterior se encuentran los artículos 32 y 41 del Decreto 893/2012 donde parecen fomentarse las reuniones entre oferentes. El art. 41 incluso fomenta el debate entre los interesados acerca del contenido del pliego de bases y condiciones. Esta práctica puede llegar a ser muy dañina en términos de competencia. Por un lado, los oferentes tienen la oportunidad de conocerse e intercambiar información acerca de la licitación. Por otro lado, pueden intentar persuadir a la entidad licitante para que modifique los pliegos a favor de sus intereses. En definitiva, este tipo de reuniones formales o informales constituyen un alto riesgo para la formación de acuerdos colusorios.

4. AMENAZAS

- Se permiten las ofertas conjuntas sin presentar una justificación o una aprobación previa. Las ofertas conjuntas pueden representar un gran riesgo de colusión. Esta es la mejor manera de dividirse los beneficios de una licitación entre dos empresas en lugar de competir entre ellas. No obstante, también pueden ser positivos al permitir a empresas extranjeras participar en los procedimientos, así como PYMES que no tendrían la capacidad de presentarse de manera individual. Por ello, la mejor manera de evitar problemas colusorios es mediante la exigencia de notificación previa de la oferta conjunta y la aprobación explícita por parte de la entidad licitante. En Argentina, el artículo 67 del Decreto 893/2012 parece permitir la presentación de ofertas como parte de un grupo, pero no requiere ni la notificación ex ante ni la aprobación explícita, el único límite es la presentación de una sola oferta por cada oferente.

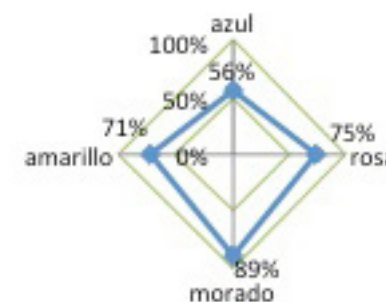
METODOLOGÍA 01.

- Existen sanciones para las conductas colusorias, pero son escasas. El artículo. 131 b,3.4 del Decreto 893/2012 prevé la suspensión por conductas colusorias pero no se prevén sanciones monetarias o penales. Si bien las multas pueden derivar de los procedimientos abiertos por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, tendría un mayor carácter disuasorio incorporarlas como sanción tipificada en la normativa de compras públicas.

- Además de las posibles sanciones, la normativa también recoge posibles situaciones de inelegibilidad. En concreto, el artículo 86.f establece los criterios de inelegibilidad. Por un lado, tenemos la concertación en procedimientos, lo cual es muy positivo. Pero por otro lado, también es causa de inelegibilidad el haber sido condenado por abuso de posición dominante. Este último caso debería tratarse con mucha cautela porque puede eliminar a un oferente muy competitivo de una licitación por haber sido sancionado por una conducta anticompetitiva en otro sector.

- Procedimiento de precio máximo. De conformidad con el artículo 224 del Decreto 893/2012, la oficina nacional de contrataciones podrá optar por el procedimiento de adquisición de precio máximo. Este procedimiento establece un precio máximo al que las entidades públicas podrán adquirir los bienes o servicios que necesiten de cualquier proveedor siempre que éste hubiere cotizado para participar en esta modalidad y no hubiera superado el precio máximo fijado por la autoridad. Esta modalidad tiene los elementos para favorecer y facilitar los acuerdos colusorios entre competidores: (i) para fijar este precio se tiene en cuenta las ofertas de los proveedores, y no un estudio de mercado objetivo, (ii) se permite el abastecimiento múltiple de cualquier proveedor cuyo precio no supere el fijado por la autoridad y (iii) los proveedores tienen muchos incentivos para cotizar precios supra competitivos con el objetivo de obtener un precio final superior al que se pagaría en condiciones de competencia. Aunque algunos oferentes quedarían fuera del procedimiento, las ganancias supra competitivas pueden ser suficientes como para establecer mecanismos de compensación entre los competidores para que todos salgan ganando.

01. METODOLOGÍA



BRASIL

RESULTADOS CUESTIONARIO

Ranking por países
Azul: 3º de 14
Rosa: 1º de 14
Morado: 1º de 14
Amarillo: 4º de 14

COMENTARIOS POR AREAS

FAVORECE LA COMPETENCIA

El marco legal contiene varios elementos que puede favorecer la competencia entre oferentes como el establecimiento de procedimientos competitivos, subastas en reversa o permitir las compras consolidadas de entidades públicas. Por el contrario, las limitaciones a las empresas extranjeras a participar, la discriminación a favor de productos nacionales o la falta de un canal oficial de comunicación entre las entidades públicas y la autoridad de competencia conllevan que esta área tenga cierto margen de mejora.

PREVIENE ACTOS COLUSORIOS

La normativa vigente limita al máximo el contacto físico entre oferentes evitando de este modo intercambios de información que pudieran llevar a colusión. Asimismo, utiliza medios tecnológicos que garantizan el anonimato de los oferentes y de las ofertas. Prevé fuertes sanciones para aquellos que incurrir en prácticas colusorias y la regulación de figuras como las ofertas conjuntas cuyos efectos pueden ser anticompetitivos ofrecen fuertes contrapesos.

TRANSPARENCIA

Existe un gran equilibrio entre el grado de transparencia que ofrece y la limitación de esa información para evitar que se use con fines fraudulentos. El portal de Comprasnet ofrece gran cantidad de información. Se prevén mecanismos de rendición de cuentas y de presentación de inconformidades. Quizás el único exceso de información sea la publicación del precio máximo de reserva que eventualmente puede favorecer acuerdos colusorios.

DISCRECIONALIDAD DE LAS ENTIDADES

La discrecionalidad de las entidades públicas se ha limitado en muchos casos por ley, como por ejemplo, en la imposibilidad de modificar los criterios de evaluación o en la prohibición de incluir cláusulas en los contratos que impidan la competencia. Sin embargo, quedan otros puntos donde la discrecionalidad puede acabar restando competitividad a la licitación o incluso provocar problemas colusorios, como por ejemplo en la elaboración de estudios de mercado o mediante el abastecimiento simultáneo.

EVALUACIÓN CUALITATIVA

Brasil es uno de los países de América Latina con mayores elementos en su marco normativo enfocados a luchar contra la colusión y la corrupción en los procedimientos de compras públicas.

El marco legal vigente está encabezado por la Ley N° 8.666 de 21 de junio de 1993 sobre compras públicas de Brasil¹⁷. Esta ley, y sus posteriores modificaciones, establecen las normas aplicables a los procedimientos de adquisiciones públicas de bienes y servicios en Brasil, a todos los niveles administrativos. Además de esta ley, Brasil ha adoptado otras leyes y decretos que complementan a la anterior, entre ellas, caben destacar la Ley 10.520/2002 mediante la cual se introdujo la figura de la subasta en reversa; la Ley 12.462/2011 que establece procedimientos especiales para las adquisiciones llevadas a cabo con motivo de la Copa del Mundo de 2014 y los Juegos Olímpicos de 2016; y el Decreto 7.174/2010 que establece reglas especiales para la adquisición de productos tecnológicos.

El análisis que aparece a continuación evalúa solo la Ley 8.666/1993. Sin embargo, se harán referencias a elementos que recogen el resto de normativa y que pueden ser de utilidad para luchar contra la colusión en los procedimientos de compras públicas.

A raíz de las preguntas formuladas en el cuestionario que se encuentra en el Anexo I y luego de un análisis detallado de la ley vigente, se va a simular un análisis FODA¹⁸ (SWOT en sus siglas en inglés) de las principales características de la ley. Ello conlleva evaluar los elementos positivos, los negativos, los que pueden representar una amenaza y los que pueden considerarse como una oportunidad de obtener una ventaja, todos ellos, siempre desde un punto de vista de la lucha contra la colusión en compras públicas.

1. FORTALEZAS

- En Brasil, las licitaciones públicas, y en concreto los procedimientos competitivos, son la norma general para la adquisición de bienes y servicios por parte de las entidades públicas. El artículo 22 de la ley establece cinco modalidades diferentes de licitaciones, que aplican en función del valor de la contratación. La adjudicación directa también es posible en Brasil, pero está limitada a los supuestos tasados que recoge la ley, aunque el número de supuestos es más amplio de lo deseado, (el artículo 24 recoge 33 supuestos diferentes donde no es necesario llevar a cabo una licitación). Dentro de las modalidades de licitación también existe la posibilidad de llevar a cabo **licitaciones internacionales** fomentando así la máxima participación de oferentes en los procedimientos. Sin embargo, esta modalidad solo se utiliza de manera amplia cuando el procedimiento elegido es *Concorrença* o en otras palabras, procedimiento competitivo, y el valor del contrato supera los 370.000-400.000 dólares, por ello muchas empresas extranjeras solo tienen opción de presentar sus ofertas mediante consorcios con empresas domésticas.

- Un mecanismo de gran utilidad para evitar la colusión entre competidores son las **subastas a la inversa o en reversa**. La ley 8666/1993 no preveía este tipo de subastas, pero a través de la Ley 10.520/2002 se introdujo esta figura en el sistema de compras públicas de Brasil. Este tipo de subastas elimina el contacto entre oferentes dado que todo el procedimiento se lleva a cabo por medios electrónicos y por tanto disminuye el riesgo de acordar los precios de las ofertas. Desde el 2002 se ha incrementado el uso de este tipo de subastas, actuando de manera muy positiva en la lucha contra la colusión. El sistema de pujas en Brasil recoge de una manera muy acertada el equilibrio entre transparencia y lucha contra la colusión. Durante la subasta, los pujantes solo conocen la puja mínima sin conocer el historial de pujas o los oferentes¹⁹. Sin embargo, una vez cerrada la puja, todo el historial de pujas y la identidad de los oferentes aparece en el portal de internet Comprasnet, de tal forma que se garantice un sistema de rendición de cuentas al mismo tiempo que se evita que los oferentes puedan formar esquemas de colusión o de monitoreo de ese esquema.

- Otra fortaleza de la ley 8.666/1993 y que garantiza que los procedimientos maximicen la competencia es la **prohibición** de que los funcionarios encargados de elaborar los pliegos de condiciones de las licitaciones incluyan **cláusulas que impidan o dificulten la competencia**. Esta prohibición se puede traducir en una mayor participación de empresas en el procedimiento y en la eliminación de trabas a aquellas que puedan ser más competitivas. Por ejemplo, esta limitación impediría requerir un determinado número de años de experiencia en un sector para poder presentarse a una licitación u obtener mayor puntuación por esta experiencia, cuando ésta no esté debidamente justificada. Por ende, no se le estaría otorgando un beneficio a los operadores ya existentes o tradicionales en el mercado por el mero hecho de serlos.

- Uno de los principales canales de intercambio de información entre posibles oferentes es mediante la **celebración de reuniones** donde los interesados y la entidad convocante están físicamente presentes en el mismo lugar. Para evitar este contacto y el posible intercambio de información sobre precios o posturas entre competidores, Brasil implantó el portal de compras, Comprasnet, donde se pone a disposición de cualquier interesado la información necesaria para participar en una licitación de manera online. Comprasnet garantiza que todos los documentos necesarios para presentar una oferta estén en línea, se facilita también información sobre proveedores, se evitan los contactos físicos entre oferentes y proporciona un buen equilibrio entre un nivel de transparencia alto y un riesgo de colusión menor.

- El sistema de evaluación de las propuestas ofrece garantías de respeto al debido proceso y fomento de la competencia. Por un lado, los artículos 44 y 45 de la Ley 8.666/1993 establecen que la evaluación de las propuestas se hará conforme a los criterios expuestos en la invitación de la licitación y no se podrán usar otros criterios. Por otro lado, las evaluaciones las lleva a cabo un comité elegido al efecto y distinto de la entidad que elaboró y publicó los pliegos. Esta fijación en los criterios de

evaluación, reduce drásticamente la discrecionalidad de la autoridad para entregar un proyecto a una empresa que no sea la que más se ajuste a los criterios de selección iniciales. Aquí es donde se puede ver de manera más directa los riesgos que la corrupción puede causar en un sistema competitivo y cómo puede fomentar la colusión.

2. OPORTUNIDADES

- La **participación de un testigo o un tercero** durante todo el procedimiento que pueda monitorear la legalidad del mismo es una herramienta muy útil para detectar indicios de colusión o corrupción (la corrupción es a veces un elemento fundamental para poder crear y mantener esquemas de colusión). En Brasil, la ley no prevé la participación de un tercero. Sin embargo, el Portal de Transparencia permite a cualquier ciudadano seguir un procedimiento de su interés y presentar si es necesario las inconformidades correspondientes, consiguiendo que todos los ciudadanos sean potenciales testigos de los procedimientos. Además, el sistema Comprasnet permite a cualquier funcionario público denunciar a la autoridad de competencia, CADE, cualquier comportamiento sospechoso. CADE ha dedicado cuantiosos recursos económicos y humanos a la capacitación de funcionarios públicos sobre el riesgo de colusión en los procedimientos de compras públicas. Por ello, la inversión en capacitación y divulgación es una clara oportunidad para que Brasil continúe en la lucha contra la colusión en compras públicas.
- Una de las sugerencias de la OCDE a los gobiernos para luchar contra la colusión en compras públicas es que las entidades públicas exijan un **Certificado de Oferta Independiente** a los oferentes. Este certificado requiere a los oferentes declarar que no han intercambiado información con otros competidores (y si lo han hecho que lo expongan) y que solo han utilizado información propia para elaborar su oferta (ver en Anexo III ejemplo de este tipo de certificados). La firma de este certificado tiene un doble propósito: (i) por un lado informa al oferente qué es la colusión y cuáles son los riesgos de llevar a cabo actos colusorios, y por otro lado, (ii) en caso de colusión, facilita los trámites procesales y de obtención de prueba en un procedimiento de investigación. Por el momento muy pocos países en el mundo requieren de estos certificados, pero en Brasil la instrucción normativa 2/2009 lo estableció, quedando pendiente su posible incorporación en una norma de carácter jerárquico superior como es la ley.
- Además del Certificado de oferta Independiente, muchos países requieren a los oferentes un certificado de integridad, con un objetivo muy similar al anterior pero esta vez para evitar actos de corrupción. Si bien Brasil no exige aportar este tipo de certificados de integridad en su ley de compras públicas, aparece como una oportunidad muy buena para completar la lucha contra la corrupción y la colusión el plantear su inclusión de manera sistemática en los procedimientos que lancen las entidades públicas.

- De conformidad con las mejores prácticas internacionales, las entidades públicas deberían poder **consolidar las compras de gobierno** con el objetivo de reducir el número de procedimientos, convocarlos por una mayor cuantía y dificultar de esta forma que los posibles oferentes acuerden repartirse las diferentes licitaciones. Si las entidades públicas licitaran de manera conjunta sus necesidades de un bien o servicio dificultarían los esquemas de colusión entre los oferentes y obtendrían precios mucho más competitivos. No es de extrañar que en muchas ocasiones haya dificultades en la práctica (ej. falta de comunicación, necesidades en distintos marcos temporales, rendición de cuenta, etc.) para que las entidades decidan llevar a cabo conjuntamente estos procedimientos. En Brasil se permiten este tipo de compras consolidadas, pero queda a la discreción de las autoridades recurrir a esta posibilidad. Por ello, una vez más, este método para adquirir bienes representa una clara oportunidad para reducir posibles problemas de colusión en los mercados.

- La autoridad de competencia de Brasil, CADE, ha invertido muchos recursos en formar e informar a los funcionarios encargados de compras públicas de los problemas derivados de la colusión. Este esfuerzo es imprescindible para detectar y evitar acuerdos colusorios dado que estos funcionarios son los primeros en tramitar la información de las empresas. Brasil podría beneficiarse en gran medida, si se requiriera por ley a las entidades públicas a **contactar a la autoridad de competencia** a la primera sospecha de colusión. Como hemos indicado antes, ahora los funcionarios lo están haciendo por voluntad a través del Portal de Transparencia. No obstante, introducir una obligación de comunicación entre agencias en la ley, podría reforzar este esfuerzo de colaboración y traería a la luz un mayor número de casos sospechosos.

3. DEBILIDADES

- A pesar de utilizar sistemas competitivos como regla principal para la adquisición de bienes y servicios, Brasil está infrautilizando la posibilidad de acudir a licitaciones internacionales. De conformidad con los lineamientos de la OCDE, el sistema ideal para aumentar el número de empresas participantes y reducir posibles problemas de competencia sería recurrir a licitaciones internacionales como norma general. La participación de empresas internacionales puede, por un lado, introducir ofertas más competitivas y, por otro lado, si existe algún tipo de esquema de colusión nacional, la presencia de una empresa ajena a ese acuerdo, podría romper esta tendencia e introducir más competencia en ese mercado. En Brasil, las licitaciones internacionales se permiten, pero no es lo más habitual, solo en aquellos casos en que el contrato supera un determinado umbral (370.000 – 400.000 dólares). Cuando esta opción no es posible, el único recurso que les queda a las empresas extranjeras es formar un consorcio con empresas locales para poder presentarse a las licitaciones. Además, las empresas nacionales son las que representan el consorcio y adquieren la mayoría de las obligaciones.

- Otro elemento que resta competitividad a los procedimientos de compras públicas y también permite que empresas brasileñas fijen los precios de sus ofertas ex ante es la **discriminación positiva que existe en la ley hacia empresas y productos nacionales**. La Ley 8.666/1993 establece que en caso de empate entre dos ofertas, se otorgará preferencia a aquella en la que los bienes y servicios sean producidos en el país o producidos por empresas brasileñas. En algunos casos esta preferencia por productos nacionales puede llegar a representar un 25% más en el precio que sus equivalentes extranjeros. El Decreto 7.174/2010 también introdujo reglas de preferencia para productos tecnológicos. La discriminación positiva para PYMES o productos nacionales se puede entender desde un punto de vista de política pública, pero esto conlleva obtener ofertas menos competitivas y en muchos casos fomentar acuerdos colusorios entre empresas. La razón de estos posibles acuerdos colusorios radica en que dichas empresas nacionales, sabedoras del margen de preferencia con el que cuentan, pueden acordar entre ellas presentar ofertas más altas que las posibles empresas extranjeras. Siempre teniendo en cuenta no sobrepasar el margen de preferencia del 25%, pero presentando un precio superior al que estarían dispuestas a ofertar si se tuvieran que enfrentar a la presión competitiva de las empresas extranjeras.

- **Publicar el precio máximo o precio de referencia** (reserva) puede tener efectos anticompetitivos. El precio máximo o precio de referencia, aunque tenga un reflejo en un estudio de mercado o en la media de varias cotizaciones de empresa en el mercado, puede ser contraproducente para obtener el precio más competitivo. En primer lugar, publicar este precio facilita a los oferentes un punto de referencia para elaborar su oferta, no tanto en basada en sus costos, sino orientada a obtener el máximo beneficio que le permita ese límite. En segundo lugar, el precio máximo permite a los oferentes acordar qué precios debería ofertar cada uno para ofrecer precios supra competitivos pero sin ser eliminados de la licitación. Por último, si este sistema es recurrente en el tiempo, puede ocurrir que a la larga los precios de referencia sean excesivamente altos por la información obtenida del mercado. Elaborar un precio máximo a partir de un estudio de mercado exhaustivo es esencial para que la entidad pública pueda asegurarse que las ofertas que recibe son competitivas. No obstante, ese precio debería ser confidencial.

- **Los estudios de mercado** constituyen una parte fundamental del proceso de licitación. Un estudio exhaustivo y detallado del mercado, permitirá a la entidad pública conocer los posibles oferentes, qué precios podrían ser competitivos, las características de los bienes y servicios y en general toda la información necesaria para diseñar una licitación interesante tanto para la entidad como para los posibles oferentes. La ley en Brasil, no recoge una obligación explícita de realizar un estudio de mercado, aunque el artículo 15 sí obliga a que el precio máximo de referencia sea el resultado de un análisis de mercado extenso. El hecho de requerir este estudio es positivo, sin embargo, la ley no establece pauta alguna para realizar el estudio de mercado ni qué información debe contener, por tanto, es imposible

saber si está cumpliendo su propósito. El Tribunal de Cuentas estableció que al menos era necesario recoger 3 propuestas del mercado para poder establecer el precio máximo de referencia²⁰. Por ello, sería recomendable establecer parámetros claros o incluso guías sobre cómo hacer un estudio de mercado para que todas las entidades públicas pudieran obtener toda la información que necesitan del mercado.

4. AMENAZAS

- La **subcontratación** puede ser origen de conductas colusorias o más bien, pueden ser el resultado de un acuerdo colusorio. En este sentido, dos empresas pueden acordar que una gane un concurso por un precio más alto del que habría ofertado en una situación competitiva y a cambio ésta subcontrata a la otra para proveer parte de los bienes o servicios. En Brasil, el artículo 72 permite la subcontratación en determinados casos hasta el límite que autorice la administración. Además, el artículo 78 - VI establece como causa de terminación de un contrato, el haber llevado a cabo una subcontratación no autorizada ni en el pliego ni en el contrato. En este sentido, Brasil ha establecido unos límites muy claros en la ley a través de los cuales permite, por un lado, que empresas pequeñas puedan participar en licitaciones que no podrían participar de otra manera, y por otro, haber requerido fuertes medidas de control para evitar un uso inadecuado de esta figura. Sin embargo, la subcontratación es un foco rojo que puede convertirse en fuente de problemas colusorios.

- **El abastecimiento simultáneo o asignación múltiple** de contratos es el mecanismo mediante el cual una entidad pública puede abastecerse de un bien o servicio a través de varios oferentes lanzando una única licitación. Este sistema, igual que otros sistemas de división entre oferentes como las compras conjuntas, la subcontratación o el fraccionamiento de contratos pueden facilitar esquemas de colusión. Sin embargo, a veces este sistema es el único recurso para poder garantizar el suministro sin tener que convocar nuevas licitaciones y demorar el procedimiento de abastecimiento. Brasil no contempla en su ley el procedimiento de abastecimiento simultáneo. No obstante, este sí se permite dependiendo del bien o servicio a adquirir, del tipo de licitación y de las reglas del procedimiento. La falta de claridad en la ley quizás podría convertirse en una amenaza si las empresas interpretan que es un recurso habitual de las entidades públicas. En otras palabras, si las empresas empiezan a notar que la administración tiende a recurrir a varios proveedores aun cuando solo se solicite uno inicialmente, éstas podrían establecer esquemas de colaboración entre ellas para “repartirse” el mercado de las licitaciones.

METODOLOGÍA 01.

• **Las ofertas conjuntas** (consorcio) pueden representar un gran riesgo de colusión. Esta es la mejor manera de dividirse los beneficios de una licitación entre dos empresas en lugar de competir entre ellas. No obstante, también pueden ser positivos al permitir a empresas extranjeras participar en los procedimientos, así como PYMES que no tendrían la capacidad de presentarse de manera individual. Por ello, la mejor manera de evitar problemas colusorios es mediante la exigencia de notificación previa del consorcio u oferta conjunta y la aprobación explícita por parte de la entidad licitante. La ley en Brasil no parece dejar muy claro cuál es el procedimiento a seguir. El artículo 33 de la ley parece dejar la discrecionalidad a la administración de la aceptación o no de un consorcio dependiendo de la complejidad del objeto del contrato. Sería muy positivo incorporar algún elemento en la ley que definiera cuándo se permiten este tipo de consorcios y que tanto la notificación previa como la autorización de la entidad licitante sean requisitos obligatorios.

01. METODOLOGÍA



CHILE



RESULTADOS CUESTIONARIO

Ranking por países

Azul: 4° de 14

Rosa: 7° de 14

Morado: 5° de 14

Amarillo: 8° de 14

COMENTARIOS POR AREAS

FAVORECE LA COMPETENCIA

Los procedimientos de contratación, por regla general deben ser mediante licitación pública, sin embargo existen casos de excepción, ya sea por el monto de la contratación o bien por el tipo de contratación de que se trate. No se permiten las licitaciones internacionales sin que existan tratados internacionales. No establece subastas a la inversa. No hay obligatoriedad en la relación y cooperación con la autoridad de competencia. Se permiten las compras conjuntas mediante convenios marco. No se dan preferencias a micro, pequeñas y medianas empresas.

PREVIENE ACTOS COLUSORIOS

No regula la presentación de ofertas conjuntas y no queda claro si las permite o no. Requiere la reunión física con los participantes a fin de recabar información necesaria para la elaboración de las bases. No solicita de un tercero que vigile el procedimiento de compras, ni requiere que se publiquen borradores de las bases de licitación. Se promueve el uso de tecnologías. No requiere de la presentación de un Certificado de Determinación de Oferta Independiente. No impone sanciones por actos colusorios. Regula la subcontratación.

TRANSPARENCIA

Las consultas se realizan por medios electrónicos y no en reuniones presenciales. Existe un Registro de proveedores, pero tiene un costo. Obliga a que se publiquen las convocatorias de licitación y el plan anual de compras públicas incluyendo el presupuesto y la estimación de bienes, servicios y valor estimado de compras. La adjudicación directa procede en los casos que señala la ley. Prevé medios de impugnación. No obliga a la entidad a revelar el precio máximo del contrato.

DISCRECIONALIDAD DE LAS ENTIDADES

Las convocatorias pueden mencionar marcas para guiar a los proveedores. De manera previa a la elaboración de las bases se recopila información del mercado con ayuda de los posibles participantes. Obliga a la realización de consultas de información al mercado, pero no estudios del mercado. Prohíbe el fraccionamiento de contratos. No requiere la emisión de una Declaración de Integridad. Pueden modificarse los criterios de evaluación siempre que sea antes de la presentación de las ofertas y siempre que las conozcan los participantes. No regula el abastecimiento simultáneo.

EVALUACIÓN CUALITATIVA

El marco legal vigente que regula las compras públicas en Chile, se conforma por la Ley No. 19.886 que contiene la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de suministro y prestación de servicios, así como el Decreto 250 que contiene el Reglamento de la Ley 19. 886 de Bases sobre Contratos Administrativos de suministro y prestación de servicios²².

El análisis que aparece a continuación evalúa la legislación arriba indicada. No obstante, en algunos casos se harán referencias al trabajo que se realiza para combatir las colusiones y que se recoge en manuales, investigaciones, estudios y trabajos.

A raíz de las preguntas formuladas en el cuestionario que se encuentra en el Anexo I y luego de un análisis detallado de la ley vigente, se va a simular un análisis FODA²³ (SWOT en sus siglas en inglés) de las principales características de la ley. Ello conlleva evaluar los elementos positivos, los negativos, los que pueden representar una amenaza y los que pueden considerarse como una oportunidad de obtener una ventaja, todos ellos, siempre desde un punto de vista de la lucha contra la colusión en compras públicas.

La evaluación cualitativa se hace en comparación con las mejores prácticas, tomando de la evaluación cuantitativa.

1. FORTALEZAS

- Las mejores prácticas señalan que el propósito de realizar licitaciones públicas es garantizar el acceso y las mismas oportunidades a todos los participantes, no obstante, cuando se llevan a cabo otros procedimientos que se adaptan mejor al tipo de compra, los mismos deben estar claramente determinados en la legislación²⁴. En ese contexto, **la legislación de Chile establece los montos bajo los que deberá comprarse mediante licitación pública y los casos de excepción**. Adicionalmente, la legislación de Chile obliga a la entidad contratante a emitir resoluciones fundadas en las que autoricen la procedencia de contrataciones directas, y resoluciones que autoricen la procedencia de licitaciones privadas.
- La legislación de compras de Chile **permite que varias entidades contratantes unifiquen sus demandas de bienes o servicios mediante convenios marco**. Las mejores prácticas señalan que la unificación de las demandas optimiza los costos de compra, brinda a las entidades poder para disminuir los precios y facilita la rendición de cuentas. Los convenios marco garantizan a las entidades la disponibilidad de los bienes o servicios que necesiten de una manera más ágil y rápida. Es necesario

que la ley identifique claramente los casos en que procede el uso de convenios marco evitando así restringir la competencia al momento de elegir el procedimiento de compra. En este orden de ideas, la legislación chilena señala que todos los Convenios Marco se incorporen a un “Catálogo de Convenios Marco” que incluya descripción de los bienes y servicios, las condiciones de contratación y los proveedores a quienes se les adjudicó el convenio marco. La legislación establece que los convenios marco tienen un periodo de vigencia determinado impidiendo que los proveedores mantengan poder de mercado sobre un bien o servicio determinados. Además, la ley exige la evaluación previa de la oportunidad y conveniencia de suscribir convenios marco. La selección de los proveedores se lleva a cabo mediante licitación pública en el que se publican las bases y criterios de evaluación, y se evalúa entre otras cosas el precio, condiciones comerciales, experiencia, calidad técnica, etcétera. No obstante, la legislación de compras carece de directrices que ayuden a identificar el tipo de bienes y servicios que son susceptibles de adquirirse por ese medio, en este sentido, las mejores prácticas sugieren que se trate de bienes de adquisición recurrente.

- **La ley no otorga ventajas competitivas a micro, pequeñas o medianas empresas, ni otorga preferencias por razón de contenido nacional**. En algunos casos, y sobre todo en América Latina se cree que la maximización del valor de los recursos al momento de la compra también tiene que ver con el impacto que esa compra tiene sobre el sistema social y económico, por ejemplo en las políticas o programas de desarrollo social o de desarrollo de una economía local como son los programas para impulsar a las micro, pequeñas y medianas empresas o a empresas de producción local. Las entidades contratantes, en ocasión de “maximizar el valor de compra” prefieren pagar más caro un producto o servicio siempre que la compra favorezca a un determinado sector o programa social. Por otra parte, como ya se ha señalado a lo largo del estudio, los países desarrollados incluyendo Estados Unidos y ahora también Chile o Perú, favorecen la competencia abierta por las ventajas que traen al mercado nacional en razón de que ayuda a sus empresas a entrar a mercados internacionales y vender sus productos²⁶.
- El uso de medios electrónicos reduce los costos administrativos y la necesidad de realizar actos presenciales como juntas de aclaraciones en las que se corre el riesgo de facilitar la comunicación entre competidores²⁷. La legislación de Chile obliga a todos los organismos públicos a cotizar, licitar, contratar, adjudicar, solicitar el despacho y, en general, **desarrollar todos sus procesos de adquisición y contratación de bienes, servicios y obras usando únicamente los sistemas electrónicos**, incluyendo la publicación de las convocatorias a contratación; de la misma forma prohíbe la realización de reuniones de aclaraciones o juntas de aclaraciones de las bases de licitación por medios distintos al electrónico.
- Las compras públicas pueden estudiarse en tres fases, la primera que corresponde al plan y diseño de la compra, la segunda en la que se lleva a cabo la convocatoria y adjudicación del contrato y la tercera

relativa a la ejecución del contrato. La subcontratación se ejecuta en la tercera fase de las compras públicas pero se regula desde la primera. El ordenamiento que regula las compras públicas en Chile **permite la subcontratación siempre que no lo prohíba la ley por tratarse de personas inhabilitadas o incompatibles para contratar, o no lo prohíban las bases de licitación.** Las mejores prácticas señalan que una de las modalidades comunes para realizar actos colusorios es a través de la subcontratación, por tanto es necesario que la legislación restrinja las opciones de la subcontratación requiriendo principalmente que los participantes anuncien desde el inicio su intención de llevar a cabo la subcontratación y obligando a que la entidad contratante emita una autorización previa.

- La legislación de Chile prevé la publicación de la convocatoria de licitación o “llamado” en los Sistemas de Información y permite a la entidad contratante publicar el llamado en diarios o medios de circulación nacional, internacional o regional. El contenido de la convocatoria y las bases contiene entre otra información: (i) la relacionada con los bienes o servicios requeridos incluyendo sus especificaciones, (ii) criterios de evaluación no discriminatorios, (iii) garantías solicitadas y términos de pago y ejecución del contrato, e (iv) información del contacto. **Estos elementos corresponden con las mejores prácticas en el sentido de brindar la información básica requerida en la convocatoria y bases.**

- De conformidad con las mejores prácticas, corresponde a los particulares el derecho de impugnar los actos o resoluciones dictadas por las entidades contratantes durante el procedimiento de compras. Los medios de impugnación deberán resolverse por autoridades distintas a las entidades contratantes. La legislación de Chile prevé el recurso de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos y su procedimiento se resuelve ante el Tribunal de Contratación Pública integrado por tres abogados designados por el Presidente y ajenos al sistema de compras públicas, contra la resolución procede el recurso de reclamación que resolverá la Corte de Apelaciones.

- Otro de los aciertos en la legislación de Chile consiste en prohibir fragmentar o fraccionar las contrataciones con el propósito de variar el procedimiento de contratación. En este sentido, el Parlamento Europeo coincide en señalar que la fragmentación de los contratos tiene como consecuencia la inadecuada elección del procedimiento de compra, por lo que no deberá abusarse de los mecanismos de excepción como fraccionamiento de contratos, casos de urgencia, etcétera²⁸.

- Las mejores prácticas coinciden en la necesidad de que se identifique y clasifique la información sensible relacionada con el presupuesto disponible para las compras públicas. En este sentido señalan que si bien es necesario rendir cuentas sobre el destino de los recursos y la disposición de los mismos, esas obligaciones no deben convertirse en información que facilite prácticas anticompetitivas en perjuicio del proceso competitivo de compras²⁹. La legislación de Chile obliga a la entidad a publicar su Plan Anual de compras incluyendo los bienes, servicios y el valor estimado de compras, no obstante

esa disposición **no las obliga a seguir el Plan forzosamente ni tampoco a revelar el precio máximo que está dispuesta a pagar, esta situación permite a la entidad reservar esa información para uso interno evitando que los participantes elaboren sus ofertas en relación al precio.**

2. OPORTUNIDADES

- Uno de los retos para casi todas las legislaciones analizadas en el presente estudio es el de **incorporar disposiciones que promuevan la comunicación y la cooperación entre a las autoridades de competencia y las entidades contratantes**, a fin de que promuevan el mejoramiento de estrategias para prevenir y castigar actos colusorios, combinen experiencias, reciban opiniones respecto de los documentos elaborados y supervisen conjuntamente el procedimiento de compras. La legislación de Chile no establece disposiciones de cooperación y ayuda mutua con la autoridad de competencia.

- Las mejores prácticas señalan que los criterios de evaluación no deben modificarse y siempre deberán hacerse públicos desde la publicación de la convocatoria. En este sentido, la legislación de Chile si bien establece que **los criterios de evaluación son los que se publican en las bases**, la normativa, permite que las bases puedan modificarse siempre que se haga de forma oportuna.

3. DEBILIDADES

- **La falta de exigencias en la ley para que los participantes presenten ofertas conjuntas** puede facilitar la comisión de prácticas colusorias. Es recomendable que la ley prevea condiciones bajo las que se permita la presentación de ofertas conjuntas, como es la notificación ex ante y autorización previa de la autoridad, la justificación para llevar a cabo la oferta conjunta y las ventajas que se ofrecen mediante la oferta en conjunto en comparación con las ofertas individuales.

- Los procedimientos de contratación determinan el grado de competencia que tendrá la compra, por esta razón las mejores prácticas coinciden en que las licitaciones abiertas son el mecanismo que asegura una competencia plena porque permite a proveedores nacionales e internacionales acercarse a competir, caso contrario al que se da en las contrataciones restringidas como son las contrataciones directas o selectivas. La legislación de Chile, permite la participación de actores extranjeros, cuando **existan Tratados o Convenios Internacionales celebrados**. No obstante, la posibilidad de que se lleven a cabo licitaciones públicas abiertas no se encuentra contemplada en la legislación chilena, esta situación limita la participación de un mayor número de proveedores en los procedimientos de contratación.

- Independientemente de las sanciones impuestas en la legislación de competencia de Chile, el ordenamiento de compras públicas de Chile **no prevé sanciones por actos colusorios**. Los mecanismos para hacer cumplir una ley son las sanciones que la misma ley dispone. En este sentido, una ley debería establecer sanciones rigurosas y que impacten en el comportamiento de los proveedores a fin de disuadir un comportamiento anticompetitivo. Las mejores prácticas sugieren que las sanciones sean de diferentes tipos civiles, penales, administrativas y económicas a fin de evitar que los proveedores calculen el daño y prefieran asumir un tipo de sanción a cumplir con la ley.

- En los procesos de contratación podrán aplicarse modalidades que permitan una mejor adaptación al proceso de compra. En este sentido, las subastas a la inversa traen beneficios a la entidad contratante respecto de la maximización del recurso, pues normalmente se aplica sobre bienes o servicios que tienen características muy parecidas y la diferencia entre los proveedores se centra en el precio de las ofertas. La OCDE señala mecanismos para evitar que el uso de las subastas produzca actos colusorios³⁰. Chile no contempla las subastas a la inversa dentro de su legislación.

4. AMENAZAS

- Para hacer eficiente los procesos de contratación es necesario contar con un registro de proveedores que contenga información actualizada y clasificada de los proveedores que pretenden vender a las entidades del gobierno. En este sentido, la legislación de Chile sí prevé la existencia de un registro de contratistas que será público y al que pueden tener acceso los contratistas. No obstante, **el reglamento establece preferencias por los proveedores inscritos en el registro y los obliga al pago de una tarifa anual o semestral que ayuda a financiar el costo de operación del registro**, aunque señala, que la tarifa no impedirá o limitará el libre e igualitario acceso de los contratistas al registro; esta condición representa una amenaza a la competencia porque aunque se trate de tarifas mínimas, son costos adicionales a la entrada de nuevos competidores.

- El establecimiento de márgenes máximos de precios puede facilitar la colusión y distrae a los participantes del objetivo principal de la competencia, que es el ofrecimiento de productos o servicios a precio y calidad justos en el mercado³¹. La legislación de Chile **no obliga a la entidad a revelar el precio máximo que está dispuesta a pagar pero tampoco se lo prohíbe expresamente**.

- El abastecimiento simultáneo puede ser un recurso útil cuando la regulación fija las condiciones bajo las que deberá de emplearse porque permite a las micro, pequeñas y medianas empresas ser ganadoras de una parte del contrato, situación que no se cumpliría tratándose de proyectos muy grandes

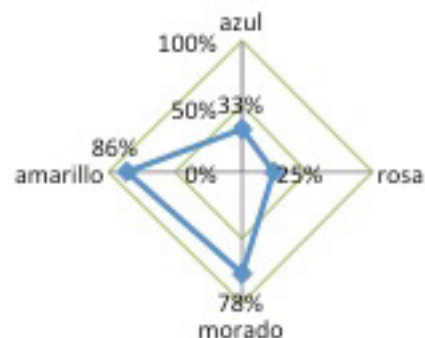
en los que su tamaño es una limitación; adicionalmente el abastecimiento simultáneo garantiza a la entidad que siempre se cumplirá con el contrato porque existe pluralidad de proveedores del mismo. Por otra parte, el abastecimiento simultáneo no regulado o mal regulado conduce a facilitar prácticas colusorias porque los participantes pueden acordar fijar determinados precios para ganar la licitación, reduciendo la competencia en el mercado, es así que las mejores prácticas convienen en que la conveniencia del uso de este mecanismo se determine en función del tamaño del contrato y de la pluralidad de características que diferencian a un proveedor de otro. La legislación de Chile **no regula el abastecimiento simultáneo, esta figura no se encuentra en la ley**.

- Los estudios de mercado permiten a las entidades contratantes estructurar un adecuado proceso de compra y maximizar el valor de los recursos. La legislación de Chile **no prevé la elaboración de estudios de mercado realizados internamente por la entidad, sino procesos formales de consultas o reuniones con proveedores**, mediante llamados públicos y abiertos, con el objeto de obtener información acerca de los precios, características de los bienes o servicios requeridos, tiempos de preparación de las ofertas, o cualquier otra que requieran para la confección de las bases. No obstante, la OCDE ha considerado que el riesgo de este tipo de sondeos en que muchas veces no se recaba información imparcial o de una variedad importante de proveedores.

COLOMBIA

RESULTADOS CUESTIONARIO

Ranking por países
Azul: 8° de 14
Rosa: 13° de 14
Morado: 5° de 14
Amarillo: 1° de 14



COMENTARIOS POR AREAS

FAVORECE LA COMPETENCIA

El marco legal de Colombia contempla el uso de ofertas subsecuentes o a la inversa y permite las compras consolidadas entre las agencias gubernamentales. Las limitaciones para que proveedores internacionales participen en las licitaciones, la discriminación a favor de las empresas pequeñas y medianas, y la falta de exigencia de cláusulas de competencia en los contratos ofrecen oportunidades de mejora en la legislación chilena.

PREVIENE ACTOS COLUSORIOS

La ley previene la colusión considerablemente al utilizar herramientas tecnológicas como el SECOP en donde se llevan a cabo las contrataciones de forma electrónica. Además, contempla sanciones administrativas y penales para los individuos y empresas que incurran en prácticas anticompetitivas. Las áreas de oportunidad para prevenir la colusión incluyen la incorporación de la figura de testigos o terceros como observador de la licitación y restringir aún más las oportunidades de contacto entre los oferentes.

TRANSPARENCIA

En términos de transparencia Colombia tiene un buen equilibrio entre el uso de herramientas como el sitio de internet, el Registro Único de Proveedores y la publicación de las convocatorias de licitación pública. Las áreas en donde podría mejorar serían en evitar publicar los presupuestos destinados a adquisiciones o licitaciones pues elevan el riesgo de colusión y el establecimiento de precios supra competitivos por parte de los proveedores.

DISCRECIONALIDAD DE LAS ENTIDADES

La discrecionalidad de las entidades se ha limitado estableciendo requisitos claros y que favorecen la competencia en cada proceso de licitación en la legislación, impidiendo que se hagan modificaciones en los criterios de evaluación de la licitación, y conociendo a fondo el mercado al cual se destinarán las compras. Una manera de mejorar la competencia y evitar la discrecionalidad podría ser que la ley exigiera a los licitadores presentar una Declaración de Determinación de oferta independiente para no llevar a cabo prácticas colusorias.

EVALUACIÓN CUALITATIVA

Colombia es un país que tiene elementos positivos en su legislación para combatir la colusión en compras públicas. Particularmente, durante los últimos años ha ratificado una serie de leyes y decretos que han contribuido a la regulación y prevención de la colusión.

El marco legal en materia de compras públicas está conformado por la Ley 80 de 1993 conocida como el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la Ley 1150 de 2007 que introdujo temas de transparencia y eficiencia, el Decreto 734 de 2012, la Ley 1508 de 2012 que reguló temas de contratación público-privada, el Decreto 1510 de 2013 sobre estudios de mercado y compras consolidadas, la Ley 1474 de 2011 conocido como el Estatuto Anticorrupción, el Decreto 4170 de 2011 que estableció la Agencia Nacional de Contratación Pública.

A partir de las preguntas del cuestionario del Anexo I y el análisis de la legislación vigente se lleva a cabo un análisis FODA de las principales características de la ley. Esto implica analizar y clasificar los elementos positivos, los negativos, los que pueden representar una amenaza y los que pueden considerarse como una oportunidad de obtener una ventaja, todos ellos, siempre desde un punto de vista de la lucha contra la colusión en compras públicas.

1.FORTALEZAS

- La legislación penal y administrativa colombiana contempla sanciones, tanto penales como económicas, efectivas para desincentivar la colusión. La Ley 1340 de 2009 incrementó considerablemente las multas a las que pueden ser acreedoras las empresas e individuos que incurran en prácticas no competitivas. Además, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) ha instalado una unidad de seguimiento en contra de la colusión para investigar los casos de posible colusión más a fondo³².
- **La colaboración entre la autoridad de competencia y las dependencias encargadas de las compras públicas se ha incrementado** considerablemente, especialmente a partir de la aprobación de la Ley 1470 en 2011 en donde se estableció la Agencia Nacional de Contratación Pública (ANCP). La ANCP es una organización dedicada a mejorar la comunicación y ampliar la coordinación entre las dependencias. La SIC, junto con la OCDE, ha organizado dos sesiones de entrenamiento para oficiales encargados de compras públicas en 2012 y 2013. Durante estas sesiones se proporcionó entrenamiento para poder detectar prácticas colusorias, conocimiento de la ley anti corrupción y las mejores prácticas internacionales en materia de colusión. Además, la SIC publicó el documento “Lineamientos para combatir la Colusión” que contiene herramientas para detectar y evitar la colusión en el proceso de compras públicas.
- Los **estudios de mercado** son positivos ya que permiten conocer las características clave del mercado

y conocer el sector relativo al proceso de contratación. La Ley 1510 de 2013 establece que los estudios de mercado se deben llevar a cabo durante la etapa de planeación de la licitación para conocer la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional y técnica del sector. Esto es favorable ya que al conocer los aspectos clave del sector es más fácil detectar prácticas de colusión, en caso de que se presenten.

- **Las subastas a la inversa o en reversa** son distintas a una licitación tradicional pues los competidores reducen el precio inicial de la subasta. Este tipo de subastas pueden reducir el costo de los contratos de adjudicación considerablemente por lo que es un acierto que la legislación colombiana contemple esta modalidad. El artículo 38 de la ley 1510 establece que después de la apertura de las ofertas, las empresas pueden iniciar la puja conforme al procedimiento que se publicará en los pliegos de condiciones. Además, la puja puede ser a través del sistema electrónico lo que reduce el riesgo de que los competidores se conozcan y puedan entablar esquemas de colusión.

2. OPORTUNIDAD

- Si bien la SIC emite opiniones y recomendaciones a las instituciones gubernamentales sobre sus reglas y prácticas en temas de compras públicas y competencia, estas **opiniones no son vinculantes**. Es recomendable que la SIC tuviera la capacidad de que sus decisiones fueran vinculantes y que pudiera emitir opiniones sobre la legislación vigente y propuesta.

- La legislación y la SIC no exigen a las empresas licitadoras a presentar un **Certificado de Determinación de Oferta Independiente**. Tampoco hacen explícito las posibles sanciones a las que pueden ser sujetos los licitadores si incurrían en prácticas colusorias. Los Certificados de Determinación de Oferta Independiente favorecen la competencia en las licitaciones pues exigen a los competidores a aceptar explícitamente que no han llevado a cabo conductas que afecten la competencia. También informan a las empresas licitadoras de la ilegalidad de la colusión e introducen multas o castigos adicionales en caso de colusión³⁴. Este tipo de mecanismos han traído buenos resultados internacionales por lo que sería positivo si Colombia contemplara incluirlos en su legislación.

3. DEBILIDAD

- **La participación de empresas internacionales es limitada** porque la Ley 80 de 1993 limita la participación de empresas internacionales a aquellas empresas cuyos países de origen cuenten con tratados o convenios con Colombia. Además, la Ley 816 de 2003 estableció que el gobierno debe favorecer la industria nacional y debe de tener preferencia por las empresas colombianas vis a vis empresas foráneas. Al impedir la participación de empresas internacionales se limitan los potenciales proveedores y competidores para las licitaciones.

- La legislación colombiana, específicamente los artículos 4 a 7 de la Ley 1510 obliga a las agencias a publicar sus presupuestos y planes anuales de compras públicas, la modalidad de contratación, el precio estimado del contrato y la fecha estimada de la compra. Este requisito es sensible pues ofrece información valiosa que favorece la creación de esquemas de colusión. Por ejemplo, al conocer el **precio máximo** elimina los incentivos de presentar precios competitivos para obtener el contrato.

- Durante el proceso de licitación se prevé la ocurrencia de **audiencias presenciales obligatorias** para aclarar los términos de asignación de riesgos y adjudicación³⁵. Estas juntas o audiencias pueden fomentar la colusión pues reúnen a los oferentes en un mismo lugar y dan detalles sobre sus precios y estructura de costos u otra información que compromete la competencia. Una alternativa a estas juntas es hacerlas de manera virtual para así evitar el contacto entre las empresas.

4. AMENAZAS

- Si bien el artículo 2 de la Ley 1150 establece que la regla general son las licitaciones públicas, en realidad, la **mayoría de los contratos son designados a través de la contratación directa** y otros procedimientos distintos a las licitaciones públicas³⁶. La flexibilidad que otorgan los distintos métodos de adjudicación es importante, sobre todo cuando se trata de compras de bienes muy específicos o contratos pequeños, sin embargo, las licitaciones públicas deben de ser el método principal pues comparadas con las contrataciones directas las primeras fomentan una mayor competencia.

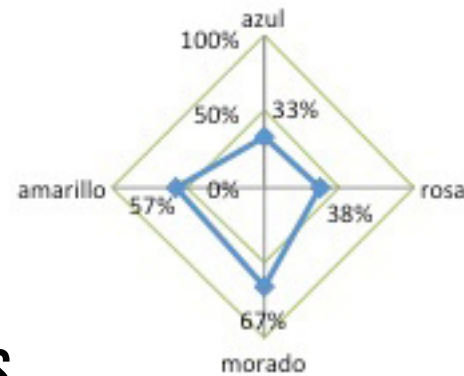
- Las **compras consolidadas** pueden servir para prevenir la colusión al consolidar (agrupar) compras en un solo contrato de mayor escala que lo vuelven más atractivo para las empresas quienes buscarán obtenerlo (y competirán para ganar). La Ley 1510 de 2013 considera la posibilidad de que las dependencias y entidades se puedan agrupar para adquirir conjuntamente bienes y servicios siempre y cuando estos resulten en mejores condiciones de precios y calidad para la licitación. Sin embargo, a pesar de las bondades que traen las compras consolidadas, existe el riesgo de que al consolidar las compras, y hacer contratos tan grandes, se puede limitar la participación de empresas (sobre todo las más pequeñas). Por lo que es vital que la ANCP y las agencias gubernamentales lleven a cabo estudios para saber cuándo es conveniente sugerir que se consoliden las compras y cuando puede perjudicar la competencia³⁷.

- La ley contempla la **subcontratación y la contratación conjunta** de bienes y servicios. Sin embargo, no establece parámetros como porcentajes, rubros y autorizaciones. Por un lado, la subcontratación y la contratación conjunta puede ser positiva ya que puede fomentar que los proveedores se junten y presenten una propuesta más competitiva creando economías de escala y reduciendo riesgos compartiendo costos. No obstante, la falta de especificaciones en los mecanismos de contratación conjunta y subcontratación es riesgosa ya que al no establecer parámetros claros pueden propiciar que las empresas formen esquemas de división de mercado creando una licitación poco competitiva.

COSTA RICA

RESULTADOS CUESTIONARIO

Ranking por países
Azul: 8° de 14
Rosa: 7° de 14
Morado: 9° de 14
Amarillo: 7° de 14



COMENTARIOS POR AREAS

FAVORECE LA COMPETENCIA

La legislación prevé la celebración de licitaciones públicas e incluso permite las licitaciones internacionales siempre que estén cubiertas por tratados comerciales internacionales. Regula las subastas a la inversa. No hay obligación de incluir cláusulas de competencia en los contratos de adjudicación. No se requiere opiniones a la autoridad de competencia ni se establece comunicación con ella de manera obligatoria. No prevé las compras consolidadas. Otorga preferencias a empresas nacionales.

PREVIENE ACTOS COLUSORIOS

Permite las ofertas conjuntas. Prevé el uso de tecnología en los procedimientos. Regula las subcontrataciones. Prevé reuniones entre participantes y la entidad contratante incluso para la elaboración de las bases finales. No prevé terceros observadores del procedimiento de contratación. No requiere de la presentación del certificado de determinación de oferta independiente. No prevé sanciones por colusión.

TRANSPARENCIA

Prevé el uso de un Registro de los proveedores. Obliga a que se publiciten las convocatorias. Prevé mecanismos de defensa. No obliga a las entidades a publicar el precio máximo que deben pagar en las contrataciones. Obliga a la entidad a publicar las convocatorias de participación. Obliga a publicar el Plan de contrataciones con el presupuesto destinado para cada contratación. Prevé las contrataciones directas.

DISCRECIONALIDAD DE LAS ENTIDADES

Prohíbe expresamente requisitos que otorguen preferencias a algún participante. Prevé la elaboración de estudios de mercado pero no establece los elementos que deberá contener. No requiere declaración de integridad. Los criterios de evaluación son los que se publican en la convocatoria. No prevé el abastecimiento simultáneo.

EVALUACIÓN CUALITATIVA

El marco legal vigente que regula las compras públicas en Costa Rica, se conforma por la Ley de Contratación Administrativa (Ley 7494) así como por el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (Decreto 33411)³⁹.

El análisis que aparece a continuación evalúa la legislación arriba señalada. No obstante, se harán algunas referencias al trabajo que se realiza para combatir las colusiones y que se recoge en manuales, investigaciones, estudios y trabajos.

A raíz de las preguntas formuladas en el cuestionario que se encuentra en el Anexo I y luego de un análisis detallado de la ley vigente, se va a simular un análisis FODA⁴⁰ (SWOT en sus siglas en inglés) de las principales características de la ley. Ello conlleva evaluar los elementos positivos, los negativos, los que pueden representar una amenaza y los que pueden considerarse como una oportunidad de obtener una ventaja, todos ellos, siempre desde un punto de vista de la lucha contra la colusión en compras públicas.

1. FORTALEZAS

- La legislación de compras públicas de Costa Rica **prevé el uso de licitaciones públicas siempre que el monto de la contratación corresponda al umbral que señala la ley**. Prevé además el uso de otros procedimientos de contratación como la licitación abreviada o contratación directa. Al respecto las mejores prácticas coinciden en que los procedimientos de contratación abiertos garantizan el acceso y las mismas oportunidades a todos los participantes, no obstante, cuando se llevan a cabo otros procedimientos que se adaptan mejor al tipo de compra, los mismos deben estar claramente determinados en la legislación, y deberán también preverse los mecanismos para evitar que se fraccionen los contratos con la finalidad de entrar en un monto diverso al de licitación pública⁴¹.

- La competencia en las compras públicas inicia con la eliminación de barreras a la entrada de nuevos participantes sean nacionales o internacionales. La conveniencia del uso de licitaciones internacionales abiertas radica en que dificulta la comisión de prácticas colusorias al aumentar el número de ofertas. Las contrataciones abiertas permiten a la entidad emplear de una mejor forma los recursos. **Costa Rica permite las licitaciones internacionales pero únicamente son posibles si existe un tratado de integración económica de libre comercio** o algún instrumento internacional celebrado, en este contexto si bien abren la competencia, es necesario plantear una mayor apertura con procedimientos que no estén condicionados a la existencia de tratados internacionales.

- El incremento en el uso de tecnologías ayuda a hacer más eficiente la forma en que se llevan a cabo las compras públicas, a mejorar las políticas de transparencia y a minimizar el contacto físico entre oferentes⁴².

METODOLOGÍA 01.

Al respecto, **Costa Rica prevé el uso de tecnología** para la publicidad de los planes de compra; registro de proveedores que contendrá información de los mismos y de las sanciones impuestas; las invitaciones a participar, objeciones, modificaciones y aclaraciones, recibir ofertas y sus aclaraciones, realizar prevenciones para que se subsanen defectos formales trascendentes, así como recibir la subsanación, comunicar los actos finales del procedimiento como la adjudicación, declaratoria de desierta, fase recursiva, así como la formalización contractual y su aprobación interna o refrendo, orden de compra o pedido.

- **La legislación autoriza el empleo de subcontrataciones siempre que los participantes presenten desde el inicio su intención de subcontratar** y un listado de los posibles subcontratistas, además limita la subcontratación hasta el 50% del monto adjudicado pero no los libera de responsabilidad. De conformidad con las mejores prácticas, las subcontrataciones pueden ser el resultado de prácticas colusorias en las que los participantes que en un inicio participaban dentro de un concurso, terminaron declinando sus ofertas o presentando ofertas evidentemente improcedentes y después aparecieron como subcontratistas del proveedor ganador. Por tanto, se recomienda que las subcontrataciones se condicionen a la existencia de motivos que lo justifiquen, así como a la autorización escrita y previa de la autoridad, adicionalmente las subcontrataciones deberán limitarse a ciertos rubros del contrato y preferentemente los subcontratistas deberán tener características distintas al contratista principal.

- **La legislación de Costa Rica prevé el recurso de objeción contra el cartel o convocatoria, el recurso de apelación o revocatoria contra los actos de adjudicación**, en todo caso resuelve una autoridad distinta a la entidad contratante. Los participantes deberán gozar de mecanismos que les permitan atacar cualquier acción de la entidad contratante que vaya en contra de las disposiciones de la ley o que sea arbitraria e infundada, en este sentido, las mejores prácticas sugieren que los mecanismos de defensa sean viables, oportunos, eficientes, que la ley establezca un procedimiento para atacar los actos de autoridad y que la autoridad que resuelva no sea la que haya cometido el acto porque el procedimiento pierde objetividad.

- La legislación costarricense **prohíbe que se fraccionen o fragmenten las adquisiciones de bienes y servicios**. Al respecto, tal y como lo mencionan las mejores prácticas, deberá de evitarse la modificación discrecional o de cualquier tipo a las contrataciones con la finalidad de llevar a cabo procedimientos distintos a los de concurso abierto.

01. METODOLOGÍA

2. OPORTUNIDADES

- Las mejores prácticas recomiendan que se requiera a los participantes los **Certificados de Determinación de Oferta Independiente así como la Declaración de Integridad** para advertir a los participantes de las conductas que se consideran violatorias a la ley y sus consecuencias. Al respecto la legislación que se estudia no requiere estos documentos.

- **La legislación no prevé la comunicación o colaboración entre la entidad contratante y la autoridad de competencia**. Las mejores prácticas sugieren la conveniencia de la comunicación entre ellas porque produce mejoras en sus sistemas internos de revisión de documentación, así como mejoras en la reglamentación y la supervisión de los procedimientos que aseguren procedimientos de compra competitivos.

3. DEBILIDADES

- **La ley no prevé el uso de compras consolidadas**. De conformidad con las mejores prácticas internacionales, las compras consolidadas de gobierno reducen sustancialmente los acuerdos colusorios entre competidores. Esto es, mediante la consolidación de procedimientos, se reduce el número de contratos y se aumenta su cuantía, de esta forma, se dificulta un posible reparto de contratos entre los oferentes, haciendo que éstos tengan que competir por un solo contrato y ofrezcan sus mejores precios ya que las pérdidas por no ser los ganadores aumenta. Recoger este mecanismo en la ley puede no ser suficiente ya que no es de extrañar que en muchas ocasiones haya dificultades en la práctica para que las entidades decidan llevar a cabo conjuntamente estos procedimientos (ej. falta de comunicación, necesidades en distintos marcos temporales, rendición de cuenta, etc.). Sin embargo, si se consigue que las entidades públicas licitaran de manera conjunta sus necesidades de un bien o servicio dificultarían los esquemas de colusión entre los oferentes y obtendrían precios mucho más competitivos.

- La preferencia en una licitación por productos nacionales o de contenido nacional, así como por empresas de cierto sector o a partes de la población puede limitar la competencia en el procedimiento. En ocasiones, cuando se trata de países en vías de desarrollo, es necesario que existan este tipo de preferencias para integrar a ciertos competidores (ej. Pymes), siempre que no se conviertan en medidas proteccionistas. Además, estas medidas deben ser temporales y condicionadas a que se permitan dentro de un ámbito de competencia. **Al respecto la legislación señala que se beneficiará a empresas costarricenses sobre empresas extranjeras**, siempre que no exista un Tratado internacional que contemple el trato nacional a las empresas extranjeras para las compras públicas. Por otra parte, las micro, pequeñas y medianas empresas están beneficiadas sobre empresas extranjeras e incluso existe una regulación especial para en materia de compras públicas para ellas.

4. AMENAZAS

- **La legislación de compras públicas de Costa Rica permite la realización de subastas a la baja cuando se trate de adquirir productos genéricos (suministros, equipos o bienes de uso común cuya fabricación atienda a reglas estandarizadas) no obstante facilita la colusión porque es un procedimiento presencial, se revela la postura de los participantes y a discreción de la autoridad, el precio base estimado podrá informarse también.** En el cartel de la convocatoria deberá indicarse el uso de subasta a la baja y discrecionalmente también podrá señalarse el precio base estimado. El procedimiento se lleva a cabo de forma presencial, los participantes se reúnen todos en el mismo lugar y al mismo tiempo, a todos se les hace de su conocimiento las ofertas base de los otros participantes, identificándolos, la formulación de las pujas se hace oralmente y en presencia de todos los participantes. No se señala un límite de tiempo para llevar a cabo la puja. En este sentido, las mejores prácticas señalan que la información revelada durante una subasta presencial y pública facilita las “colusiones en subasta” o “in-auction collusion” porque durante la presentación de ofertas los participantes tienen el tiempo suficiente para comunicarse y llegar a acuerdos colusorios. Sugiere además el uso de medios electrónicos a fin de evitar cualquier comunicación entre ellos o bien sugiere que si las subastas se hacen de forma presencial sea mediante sobre escrito y que ninguno de los participantes conozca la propuesta final del otro ni su identidad.

- **La legislación de Costa Rica permite la presentación de ofertas conjuntas y de ofertas en consorcio pero no condiciona su uso.** La ley señala que tratándose de las primeras se presentarán siempre que el “objeto de la contratación lo permita” y cada participante responde solidariamente por la totalidad del contrato. Cuando no pueda diferenciarse la ejecución de cada parte, la autoridad deberá establecer en la convocatoria la posibilidad de llevar a cabo ofertas conjuntas. Tratándose de las segundas, se permite para que los participantes reúnan o completen los requisitos de la convocatoria y a discreción de la autoridad podrá requerirles que presenten condiciones de capacidad y solvencia técnica y financiera. Las mejores prácticas señalan que las ofertas conjuntas reportan muchos beneficios pero también son medios usados para llevar a cabo acuerdos colusorios entre competidores, por esta razón su uso debe estar regulado y limitado al cumplimiento de ciertas condiciones. En este sentido es recomendable que se requiera a los participantes motivar y justificar la viabilidad de las ofertas conjuntas en comparación con las individuales, que requieran autorización previa de la autoridad, que se trate de empresas con distintas características y recursos financieros, técnicos y productivos y que se trate de contratos en los que resulta más viable la compra a través de ofertas en consorcio.

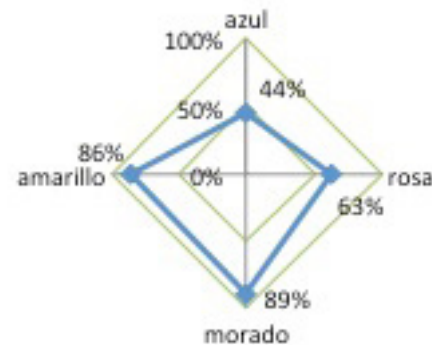
- La legislación prevé la elaboración de un estudio de impacto ambiental previo al inicio del procedimiento de contratación y también la realización de estudios que comprueben que los objetivos de la contratación serán alcanzados.

No obstante, **la ley no refiere nada respecto de los elementos relacionados con el mercado que deberá contener el estudio.** Las mejores prácticas sugieren que los estudios de mercado se realicen en cualquier caso previo a los procedimientos de contratación y que contengan la información de quiénes son los proveedores del mercado, cuáles son las características del mercado, cuáles son los bienes y servicios, cuáles son los precios del mercado, y si el mercado es competitivo o no. Toda esa información sirve a la entidad contratante para que diseñe el procedimiento de compra.

ECUADOR

RESULTADOS CUESTIONARIO

Ranking por países
Azul: 4º de 14
Rosa: 3º de 14
Morado: 1º de 14
Amarillo: 1º de 14



COMENTARIOS POR AREAS

FAVORECE LA COMPETENCIA

Se prevén las licitaciones internacionales en casos donde no exista capacidad o experiencia nacional y en casos en que existan tratados internacionales o financiamiento internacional. Prevé diversos tipos de subasta a la inversa. No requiere cláusulas de competencia en los contratos. No se regula la relación entre la autoridad de competencia y las entidades contratantes. Se permiten las compras conjuntas. Otorga preferencia a bienes, obras y servicios ecuatorianos, así como a micro, pequeñas y medianas empresas.

PREVIENE ACTOS COLUSORIOS

Permite las ofertas en asociación. No es clara la forma en que deberán resolverse las dudas o consultas respecto a los pliegos. Cualquier persona puede denunciar actos de corrupción en los procedimientos de compras, pero no hay un correlativo sobre actos colusorios. Regula el uso de tecnologías para resguardar la información de los proveedores. No requiere el Certificado de Determinación de Oferta Independiente. No son claras las sanciones por colusión. La subcontratación se limita a un porcentaje del contrato y se permite siempre que se trate de ciertas actividades y si lo autorizan los pliegos.

TRANSPARENCIA

No es clara la confidencialidad de la identidad de quienes participan en las juntas de aclaraciones. Se obliga a la publicación de las convocatorias de todas las licitaciones, además a publicar el plan y presupuesto anual destinado a compras públicas pero no las obliga a revelar los precios de los contratos. Las adjudicaciones directas se permiten dependiendo del monto del contrato y siempre deberán justificarse.

DISCRECIONALIDAD DE LAS ENTIDADES

Se prohíbe establecer requerimientos en las bases que afecten el trato igualitario entre los participantes. Se obliga a realizar un estudio de mercado previo a la licitación. Se prohíbe el fraccionamiento de contratos. No requiere la Declaración de Integridad. Los criterios de evaluación no pueden modificarse una vez publicados. Prohíbe el abastecimiento simultáneo.

EVALUACIÓN CUALITATIVA

El marco legal vigente que regula las compras públicas en Ecuador, se conforma por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública R.O. 395 y el Decreto 1700 que contiene el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.⁴⁴

El análisis que aparece a continuación evalúa la legislación anteriormente mencionada. No obstante, se harán referencias al trabajo que se realiza para combatir las colusiones y que se recoge en manuales, investigaciones, estudios y trabajos.

A raíz de las preguntas formuladas en el cuestionario que se encuentra en el Anexo I y luego de un análisis detallado de la ley vigente, se va a simular un análisis FODA⁴⁵ (SWOT en sus siglas en inglés) de las principales características de la ley. Ello conlleva evaluar los elementos positivos, los negativos, los que pueden representar una amenaza y los que pueden considerarse como una oportunidad de obtener una ventaja, todos ellos, siempre desde un punto de vista de la lucha contra la colusión en compras públicas.

1. FORTALEZAS

- La **realización de subastas a través de medios electrónicos** está teniendo actualmente un uso más generalizado. Este tipo de subastas, permite mejorar las ofertas iniciales sin permitir que los oferentes puedan establecer contacto entre ellos o incluso que sepan la identidad y puja de cada oferente. Por tanto, se reduce al mínimo la posibilidad de generar un esquema de colusión. Ecuador ordena en su legislación la modernización de herramientas que **permitan el uso de subastas electrónicas**. Señala dos tipos de subastas, a la Inversa Corporativa y Subastas a la Inversa Institucionales, ambas recaen sobre bienes genéricos que no estén dentro del Catálogo Electrónico, de lo contrario la compra se lleva a cabo mediante contratación directa por convenios marco. La puja se realizará de forma pública o mediante sistema electrónico y se publicará el resultado de la subasta para que se realice una auditoría sobre el procedimiento.

- **Permite las compras consolidadas o conjuntas** siempre que se demuestre que mediante ese procedimiento se logran mejores condiciones de contratación. De conformidad con las mejores prácticas internacionales, las compras consolidadas de gobierno reducen sustancialmente los acuerdos colusorios entre competidores. Esto es, mediante la consolidación de procedimientos, se reduce el número de contratos y se aumenta su cuantía, de esta forma, se dificulta un posible reparto de contratos entre los oferentes, haciendo que éstos tengan que competir por un solo contrato y ofrezcan sus mejores precios ya que las pérdidas por no ser los ganadores aumenta. Recoger este mecanismo en la ley puede

METODOLOGÍA 01.

no ser suficiente ya que no es de extrañar que en muchas ocasiones haya dificultades en la práctica para que las entidades decidan llevar a cabo conjuntamente estos procedimientos (ej. falta de comunicación, necesidades en distintos marcos temporales, rendición de cuenta, etc.). Sin embargo, si se consigue que las entidades públicas licitaran de manera conjunta sus necesidades de un bien o servicio dificultarían los esquemas de colusión entre los oferentes y obtendrían precios mucho más competitivos.

- **La implementación de plataformas electrónicas que cubran todas las etapas de las compras públicas es el escenario ideal que plantean las mejores prácticas porque promueve la eficiencia y competencia** en procedimientos que aumentan su transparencia al tiempo que reducen costos administrativos, pero su uso no debe constituir una barrera a la competencia. De esta manera, la legislación de Ecuador promueve el uso paulatino y constante de medios electrónicos a través de los cuales lleva a cabo la notificación oficial de actos o resoluciones como los son las convocatorias, bases de licitación, la publicación del Catálogo Electrónico de bienes que deberán adquirirse por Convenios Marco, se realizan subastas inversas electrónicas, es posible presentar ofertas, contiene el Registro Único de Proveedores, contiene el estado de todas las contrataciones públicas, y en general es el único medio que se usa para llevar a cabo todo procedimiento electrónico relacionado con las compras públicas.

- Como lo hemos mencionado a lo largo del presente trabajo, los **estudios de mercado** son una herramienta que beneficia a las entidades al momento de diseñar el procedimiento de compras, la información recabada para la elaboración de esos estudios debe ser veraz y consistente con la realidad del mercado en el que se pretende comprar, por esta razón, las legislaciones deben prever que los estudios cumplan con ciertos parámetros o contenido. En este sentido, Ecuador obliga a las entidades a llevar a cabo estudios de mercado que deberán estar previamente aprobados por otras instancias. Además en la elaboración del estudio participan la entidad contratante, funcionarios, consultores y contratistas, todos ellos responsables solidarios de la validez de los resultados del estudio. Adicionalmente señala que el estudio debe contener especificaciones técnicas y presupuestarias, así como desagregación tecnológica y compra de inclusión (referida a pymes y contenido nacional).

- Ecuador **prohíbe el fraccionamiento de los contratos** previendo sanciones civiles, penales y la remoción del cargo a los funcionarios que hayan tomado la decisión; no obstante, menciona que no hay fraccionamiento cuando se prevenga la existencia de dos o más etapas diferenciadas de un proyecto y que cada una de estas etapas esté coordinada con las restantes garantizando la unidad del proyecto.

- Las mejores prácticas sugieren la publicación temprana de los criterios de evaluación bajo los que se someterá la calificación de las ofertas. Este factor evalúa la transparencia y el nivel de competencia, la primera al asegurar a los participantes la forma en que sus propuestas serán evaluadas y la segunda en un nivel más detallado para verificar si los criterios favorecen o no la competencia. Ecuador publica los criterios de evaluación en los pliegos de la convocatoria.

01. METODOLOGÍA

2. OPORTUNIDADES

- Ecuador permite las licitaciones internacionales en los casos en que existan Tratados Internacionales o Convenios Internacionales que lo prevengan, así como en situaciones donde no exista capacidad o experiencia nacional. Sin embargo, la legislación no amplía esta posibilidad de licitaciones internacionales a los casos en que no existan tratados internacionales.

- La OCDE⁴⁶ sugiere que los funcionarios deberán de estar atentos a todos los factores que puedan facilitar la colusión, esto es desde el diseño del procedimiento y hasta la ejecución completa del contrato. En este sentido recomienda que se lleven a cabo diversos actos para reducir las posibilidades de colusión, entre ellos requerir el Certificado de Determinación de Oferta Independiente que requiera a los participantes el tipo de información, que en su caso compartieron con otros participantes, con la intención de prever actos colusorios y desestimar las ofertas que presenten esas características. De la misma forma es conveniente que se requiera un Certificado de Integridad o Declaración de Integridad que previene oportunamente a los participantes de no cometer actos de corrupción y las penas a las que se someten en caso de desacato a la norma. **Al respecto Ecuador no prevé la presentación de ninguno de estos certificados.**

3. DEBILIDADES

- **La legislación de compras de Ecuador establece que se preferirá a bienes, obras y servicios ecuatorianos**, así como a actores de economía popular y solidaria y micro, pequeñas y medianas empresas, para lo que se aplicarán medidas como márgenes de preferencia, reserva de mercado y subcontratación preferente entre otros. La discriminación positiva para PYMES o productos nacionales se puede entender desde un punto de vista de política pública, pero esto conlleva obtener ofertas menos competitivas y en muchos casos fomentar acuerdos colusorios entre empresas ya que al saber que cuentan con un margen de precios más favorables pueden aumentar sus ofertas de manera artificial.

- Como se ha mencionado ya a lo largo del presente estudio, la existencia de mecanismos de reclamación y defensa de los derechos de los participantes en una licitación, controlan los actos de autoridad y brindan seguridad jurídica a los participantes de una licitación, en este orden de ideas, las mejores prácticas sugieren que se garantice dentro de las legislaciones de compras públicas el empleo de dichos mecanismos y que la autoridad que resuelva los procedimientos sea distinta a la que licita. La legislación de Ecuador señala que **los oferentes que se consideren afectados pueden recurrir a las reclamaciones, pero estas se presentan ante la entidad contratante** y su resolución podrá ser atacada mediante el recurso de reposición que resuelve la misma entidad contratante.

- La legislación de Ecuador **prohíbe el establecimiento de condiciones que afecten el trato igualitario de los participantes, pero exceptúa de esa prohibición los casos de justificación funcional y los restringe a la industria nacional.** Al respecto, las mejores prácticas sugieren la implementación de disposiciones que prohíban cualquier tipo de discriminación entre los participantes, buscando ante todo que esa prohibición asegure a los participantes el acceso al procedimiento de compra.
- La implementación de estrategias para prever, combatir y sancionar las prácticas colusivas debe complementarse con la cooperación entre las entidades contratantes y la autoridad de competencia, buscando de esa relación el desarrollo de políticas de compras públicas que incluyan medidas para prevenir las colusiones, así como también la capacitación constante del personal de ambas entidades buscando el entendimiento e integración de sus funciones. El intercambio de experiencias y conocimientos puede llevarlos a una positiva relación que propicie la revisión y recomendación para mejorar sus procedimientos internos así como sus legislaciones. Al respecto, **la legislación de Ecuador no prevé la comunicación ni cooperación entre entidades contratantes y la autoridad de competencia.**
- Las mejores prácticas sugieren que se condicione el uso de subcontrataciones a los casos en que se obtenga autorización escrita y previa de la entidad contratante, que los subcontratistas puedan contratar con el gobierno, que no estén sancionados o multados⁴⁷. La legislación de Ecuador señala que se permite la subcontratación cuando los subcontratistas estén registrados en el Registro Únicos de Proveedores y que la subcontratación no supere el treinta por ciento (30%) del monto del contrato, **pero no requiere justificación ni autorización previa.**

4. AMENAZAS

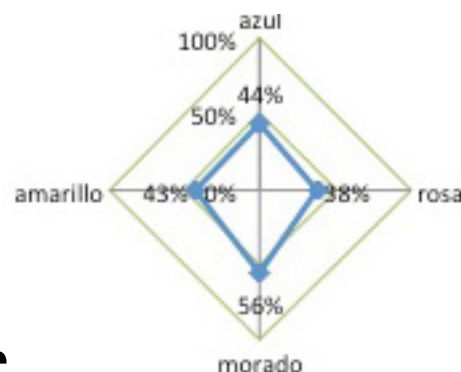
- Un factor difícil de evaluar es el grado de transparencia que deben tener los procedimientos de compras públicas en función de su impacto positivo o negativo sobre la compra, sobre todo cuando los gobiernos tienen la obligación de rendir cuentas del manejo de los recursos públicos. Las mejores prácticas sugieren que se limite la información sobre la suficiencia del presupuesto y únicamente se informe sobre presupuestos para proyectos, metas por dependencia o programas, pero no sobre contratos porque facilita actos de colusión que buscan vender al gobierno a precios que llegan a su límite presupuestario⁴⁸. En este caso, la legislación obliga a **revelar el plan anual destinado a las compras públicas, incluyendo el presupuesto estimado para la compra de bienes, servicios u obras**, e incluso obliga a la ejecución de este plan. Por tanto el nivel de información que se hace pública puede facilitar a los oferentes datos de gran relevancia para formar un acuerdo colusorio.

- En un estudio elaborado por la Naciones Unidas se establece que el uso de bases de datos electrónicos promueve la competencia y transparencia en los procesos de contratación, además facilita la creación de bases de datos que ayuden a evaluar si los precios ofertados coinciden con el mercado⁴⁹. Las mejores prácticas también coinciden en los beneficios que trae la existencia de un Registro de Proveedores, sin embargo, sugieren que su uso no se convierta en una barrera a la competencia. En este sentido la legislación de Ecuador prevé la existencia de un Registro de Proveedores, así como del Registro Público Electrónico de Contratos y el Registro de Incumplimientos, todos contenidos en el sitio de contrataciones de Ecuador (www.compraspublicas.gov.ec). Sin embargo esto también crea accidentalmente una barrera legal al obligar la inscripción de los proveedores y establece que para participar en cualquier mecanismo electrónico del portal deberá contar con la inscripción en el Registro. La función de los registros es clasificar y resguardar la información confidencial. Además, los registros son una herramienta que ayuda a las entidades a contar con un historial de contrataciones. El problema es que esto presenta una limitación debido a que el registro es indispensable para poder participar en una licitación.
- Las mejores prácticas indican que la legislación deberá ser clara y exhaustiva al señalar los casos en que proceden contratos directos a fin de impedir la toma de decisiones basada en discrecionalidades por parte de las entidades contratantes y se promueva el uso del procedimiento más conveniente de compra sin perjudicar la competencia en el mercado⁵⁰. La legislación que se analiza permite compras directas sujetándolas a la condición de que el monto de la contratación no rebase cierta cantidad, pero no las condiciona a situaciones de conveniencia por razón de que exista un solo oferente, de emergencia, urgencia, o seguridad nacional para las que establece el procedimiento de Régimen Especial en los que se aplican disposiciones distintas y que dicta el Presidente de la República de Ecuador.
- En apoyo a lo que se ha mencionado en el presente estudio, los mecanismos para hacer cumplir la ley son las sanciones que la misma ley dispone. Deberán de establecerse sanciones rigurosas y que impacten en el comportamiento de los proveedores a fin de disuadir un comportamiento anticompetitivo. Las mejores prácticas sugieren que las sanciones sean de diferentes tipos civiles, penales, administrativas y económicas a fin de evitar que los proveedores calculen el daño y prefieran asumir un tipo de sanción a cumplir con la ley. Al respecto, la legislación de compras públicas de **Ecuador no establece sanciones por concepto de colusión.**
- La legislación de Ecuador permite que en cualquier proceso contractual se **puedan presentar ofertas conjuntas siempre que presenten su constitución y la promesa de constituirse.** La OCDE señala que las ofertas conjuntas deben regularse para que no se conviertan en instrumentos que fomenten la colusión. Dentro de los requisitos que sugiere es la justificación de los beneficios que brinda la propuesta conjunta, ya sea porque se trate de un contrato en el que se vinculan dos mercados distintos y los proveedores no podrían llevar a cabo el contrato de forma independiente o bien porque se combina la fuerza de trabajo que de otra forma es difícil cumplir si solo uno provee el servicio o producto.

EL SALVADOR

RESULTADOS CUESTIONARIO

Ranking por países
Azul: 4º de 14
Rosa: 7º de 14
Morado: 13º de 14
Amarillo: 13º de 14



COMENTARIOS POR AREAS

FAVORECE LA COMPETENCIA

Prevé las licitaciones públicas así como concursos públicos. Permite la realización de licitaciones y concursos internacionales abiertos como regla general. Permite las compras consolidadas. Prevé comunicación con la Superintendencia de Competencia pero sólo en casos específicos. No regula las subastas a la inversa. No hay mención respecto de cláusulas de competencia en los contratos. No prevé la cooperación con la autoridad de competencia. Establece preferencias para micro, pequeñas y medianas empresas.

PREVIENE ACTOS COLUSORIOS

Prevé las consultas por escrito. Obliga al uso de tecnologías. No prevé sanciones por concepto de colusiones. Reglamenta las subcontrataciones. Permite las ofertas conjuntas. No prevé la participación de terceros observadores. Requiere la declaración de veracidad de la información presentada pero no el certificado de determinación de oferta independiente o declaración de integridad.

TRANSPARENCIA

Prevé el uso de registros con la información de proveedores y en su caso de las sanciones impuestas. No obliga a la entidad a revelar el precio máximo de contratación. Obliga a que se publiquen las consultas resueltas respecto de las bases. Obliga a publicitar las convocatorias de participación. Restringe las contrataciones directas. Prevé mecanismos de defensa pero los limita a que se presenten una vez adjudicado el contrato o declarada desierta la licitación. Los mecanismos de defensa se resuelven ante la misma entidad contratante.

DISCRECIONALIDAD DE LAS ENTIDADES

No hay mención sobre requisitos adicionales para participar. Prohíbe el fraccionamiento de los contratos. Las condiciones de evaluación son las que se publican en la bases. No obliga a que se lleven a cabo estudios de mercado. No prevé el abastecimiento simultáneo.

EVALUACIÓN CUALITATIVA

El marco legal vigente que regula las compras públicas en El Salvador, se conforma por la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, así como por el Reglamento de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública⁵¹.

El análisis que aparece a continuación evalúa la legislación arriba señalada. No obstante, se harán referencias al trabajo que se realiza para combatir las colusiones y que se recoge en manuales, investigaciones, estudios y trabajos.

A raíz de las preguntas formuladas en el cuestionario que se encuentra en el Anexo I y luego de un análisis detallado de la ley vigente, se va a simular un análisis FODA⁵² (SWOT en sus siglas en inglés) de las principales características de la ley. Ello conlleva evaluar los elementos positivos, los negativos, los que pueden representar una amenaza y los que pueden considerarse como una oportunidad de obtener una ventaja, todos ellos, siempre desde un punto de vista de la lucha contra la colusión en compras públicas.

1.FORTALEZAS

- La legislación del Salvador establece que el procedimiento de contratación se determinará en base en los umbrales que dispone la ley. La **licitación pública** o concurso público se realiza respecto de bienes y servicios vinculados al patrimonio y construcción de obras y el concurso público para servicios de consultoría. La legislación prevé dos formas más de contratación: la libre gestión y la contratación directa. Las mejores prácticas sugieren se contrate mediante procedimientos abiertos porque no se limita la participación de proveedores, no obstante en los casos en que la mejor vía para contratar sea a través de procedimientos cerrados como la contratación directa, la legislación debe asegurar que el empleo de esos medios sea limitado a casos en concreto, prohibiendo además el fraccionamiento de contratos que causen la aplicación de procedimientos distintos al abierto⁵³.

- **Prevé el uso del Sistema Electrónico de Compras Públicas** que consiste en un sistema informático centralizado accesible a través de internet, para el intercambio de información entre proveedores y la entidad contratante, así como la publicidad de información que legalmente deba publicarse. Su implementación es de forma gradual. Al respecto, las mejores prácticas convienen en que el uso de tecnologías ayuda a que los procedimientos de compras sean más eficientes, transparentes y a que las comunicaciones entre la entidad contratante y los participantes se den sin necesidad de que se reúnan físicamente, evitando así cualquier facilidad para que se lleven a cabo actos colusorios.

- La legislación del Salvador **prevé las subcontrataciones siempre que se autoricen previamente por escrito o bien cuando así lo establezcan las bases o las cláusulas de contrato.** Además, limita la subcontratación a prestaciones complementarias o accesorias de la construcción, obra o servicios; no obstante, permite que en casos de emergencia o fuerza mayor se subcontrate previo acuerdo razonado de la autoridad correspondiente. Las mejores prácticas señalan la conveniencia de condicionarlas al anuncio inicial de su intención de llevarla cabo y obligando a que la entidad contratante emita una autorización previa y escrita⁵⁴.

- El uso de los Registros de Proveedores permiten a las entidades consultar el historial de cada proveedor, llevar un control sobre las sanciones impuestas y el comportamiento de cada proveedor, el Registro ayuda a los funcionarios a eficientar sus procedimientos de selección y de evaluación de la idoneidad de los participantes⁵⁵. Al respecto la legislación que se estudia **prevé que la falta de inscripción en el Registro no será obstáculo para participar en las convocatorias de contratación,** y señala que el Registro contendrá información de contratistas, proveedores, ofertantes y documentos del proceso de compras que para uso de las instituciones contratantes.

- **Prohíbe expresamente el fraccionamiento de los contratos y sanciona a los funcionarios que llegaran a hacerlo.** El fraccionamiento de contratos causa un grave daño al proceso de competencia pues modifica un procedimiento de contratación que pudo haber sido abierto y lo transforma en una contratación cerrada o restringida.

2. OPORTUNIDADES

- Un procedimiento de contratación competitivo, de conformidad con las mejores prácticas, es el que permite la entrada de nuevos competidores sean nacionales que extranjeros brindándoles a ambos un trato equitativo durante todo el procedimiento de contratación⁵⁶, entendiendo como tal las mismas condiciones para contratar y ser evaluados. **El Salvador permite la realización de procedimientos de contratación internacionales cuando estén cubiertos por Tratados Internacionales, y permite además licitaciones o concursos internacionales abiertos siempre que sea conveniente para El Salvador,** no obstante, no existe referencia en la legislación sobre la forma en que deberá comprobarse si es conveniente o no para El Salvador el uso de licitaciones o concursos internacionales abiertos, lo cual puede constituir una barrera legal al uso de este procedimiento.

- **La legislación del Salvador permite que se realicen compras consolidadas siempre que resulten más ventajosas competitivamente, se obtengan mejores precios, y logren economías de escala y mejores beneficios,** prevé un procedimiento a seguir para llevarlas a cabo con el nombramiento

de una autoridad que lleve a cabo el procedimiento, pero no menciona los bienes susceptibles a ser adquiridos bajo esta modalidad. De conformidad con las mejores prácticas, las compras consolidadas resultan beneficiosas al aumentan la demanda sobre cierto tipo de bienes y servicios produciendo que disminuya el precio de los mismos. Adicionalmente, beneficia la rendición de cuentas, disminuye actos de corrupción porque la compra está a cargo de una sola entidad, obstaculiza actos colusorios porque hay un margen más alto de demanda y no siempre lo cubre una sola empresa, y reduce los costos del procedimiento de compra porque se lleva a cabo solo un procedimiento de contratación⁵⁷.

- De conformidad con las mejores prácticas, los medios que debe usar la ley para constreñir a los participantes al cumplimiento de la misma es a través de sanciones viables, fuertes y variadas. Las sanciones deberán ir acompañadas de un procedimiento que deje claro a los participantes la inminente acción que se tomará en caso de la realización de prácticas colusorias. Adicionalmente las mejores prácticas también convienen en la necesidad de que exista comunicación entre la autoridad de competencia con las entidades contratantes a efecto de prevenir, perseguir y castigar cualquier tipo de conducta anticompetitiva. Al respecto, la legislación del Salvador establece que el funcionario o cualquier persona que tenga conocimiento de la celebración de acuerdos entre ofertantes, adjudicatarios o contratistas que restrinjan el libre comercio está **obligado a notificarlo a la Superintendencia de Competencia, además prevé la inhabilitación hasta por dos años por la comisión de actos colusorios.**

- Las comunicaciones entre la autoridad de competencia y las entidades contratantes beneficia los procesos de competencia y el actuar de los funcionarios por el intercambio de experiencias e inquietudes que ambos pueden tener respecto de las contrataciones públicas. Además la autoridad de competencia puede funcionar como un observador tercero y orientador sobre las estrategias para la prevención, persecución y sanción de prácticas colusorias al tiempo que la entidad contratante pueda apoyarse en la autoridad de competencia para capacitar a su personal en materia de competencia. Al respecto, la legislación del Salvador **no prevé comunicaciones entre la entidad contratante y la autoridad de competencia** respecto de opiniones a los documentos del procedimiento de compras.

- **No requiere la presentación del Certificado de Determinación de Oferta Independiente ni de la Declaración de Integridad,** ambos dirigidos a advertir a los participantes sobre las prohibiciones de llevar a cabo actos colusorios, contrarios a la competencia o de corrupción para dirigir la adjudicación de los contratos a un sentido en particular.

- **Restringe la publicidad de las convocatorias al sitio electrónico de compras públicas y al menos en uno de los periódicos de mayor circulación.** En el caso que fuera internacional prevé que su publicación será en periódicos de circulación internacional. La publicidad de las convocatorias promueve la transparencia y competencia porque son el llamado a los participantes para que presenten sus ofertas y se les haga saber los términos de la compra. De esta forma evita que la autoridad realice

convocatorias discrecionales, arbitrarias o contrarias a la ley, una de las formas de evitar la competencia es restringir los alcances en la publicidad de las convocatorias, por ejemplo publicitar en diarios altamente especializados o que no son los de mayor venta, en los Diarios Oficiales del gobierno o en diarios de las industrias, porque no hay una difusión pública del todo sino que va dirigida al sector privilegiado que compra esos diarios⁵⁸.

3. DEBILIDADES

- La legislación de compras públicas del Salvador prevé un **mecanismo escrito de consultas y respuestas entre la entidad contratante y los participantes**. Cada oferente puede únicamente comunicarse por escrito con la autoridad y la respuesta de la autoridad será igualmente por escrito con notificación a todos los interesados. No obstante, no hay mención sobre si se revela la identidad del participante que realiza la consulta. Al respecto las mejores prácticas convienen en que deben de garantizarse a los participantes su derecho de llevar a cabo solicitudes de aclaraciones o consultas, pero estas consultas no deben facilitar la colusión entre los mismos participantes mediante la reunión en un sitio o bien revelando sus identidades.
- Las subastas a la inversa pueden facilitar la comisión de prácticas colusorias cuando los participantes conocen las ofertas de sus pares y la autoridad facilita la reunión de todos, no obstante las subastas a la inversa también pueden reportar diversos beneficios respecto de las compras de bienes o servicios homogéneos sobre los que el precio es el factor que determina la diferencia entre un proveedor y otro. En estos casos, las subastas a la inversa controladas o con un procedimiento claro que impida la comunicación entre los participantes ya sea porque la subasta se realiza por medios electrónicos o bien porque se presentan las ofertas en sobres cerrados, son una forma eficiente de obtener mejores precios sobre determinado bien. **El Salvador no prevé las subastas a la inversa o reversa.**
- La **legislación establece preferencias a empresas nacionales**. Se reservará el 12% del presupuesto anual para contratación pública, siempre que se garantice la calidad de los bienes y servicios. Además se preferirá contratar con las micro, pequeñas y medianas empresas y en caso de empate en la calificación de las ofertas se dará preferencia a la empresa nacional sobre los bienes o productos extranjeros. Al respecto las mejores prácticas sugieren evitar cualquier preferencia hacia algún sector en particular porque restringe la competencia.
- **Obligación de que las entidades elaboren su plan de compras anual, y revelar el valor estimado de lo que se va a comprar**. Al respecto las mejores prácticas sugieren que no se revelen precios de referencia o límites máximos del valor del contrato porque los participantes tienden a ofertar al precio máximo esperando obtener la mayor cantidad de dinero por sus productos o servicios.

- Prevé el uso del recurso de revisión contra actos administrativos que afecten derechos o intereses de los ofertantes o contratistas, pero limita su uso a los actos de adjudicación o a los que declaren desierto el procedimiento. La autoridad que resuelve es la misma que la que dictó el acto recurrido. Sería muy positivo ampliar los recursos de revisión a las fases intermedias del procedimiento y que estos recursos fueran revisados por una autoridad distinta a la que adopta el acto.
- No prevé la realización de estudios de mercado previos al diseño del procedimiento de licitación. Como lo mencionamos en otras partes del estudio, los estudios de mercado son medios por lo que las entidades contratantes conocen mejor el mercado objetivo, saben cuáles son los proveedores, los productos que se ofertan, los precios del mercado y conocen si existen condiciones de competencia en el mercado.

4. AMENAZAS

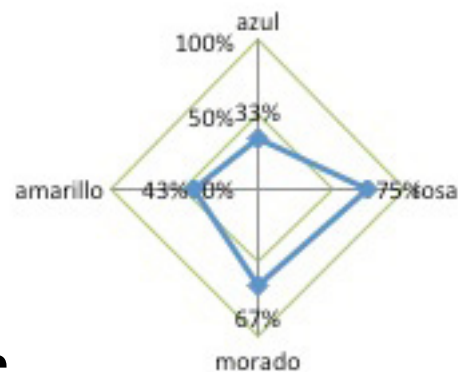
El abastecimiento simultáneo consiste en que la entidad contratante se pueda abastecer de bienes o servicios a través de varios oferentes mediante la adjudicación de un solo contrato a todos ellos. Este mecanismo puede facilitar la comisión de conductas colusorias porque los proveedores tienen la posibilidad de ofertar distintos márgenes de precios, no obstante, en algunas ocasiones el abastecimiento simultáneo es el único recurso para poder garantizar el suministro sin tener que convocar nuevas licitaciones y demorar la adjudicación. **La legislación del Salvador no prevé el abastecimiento simultáneo.**

- La legislación **no es precisa en señalar si en las bases de licitación o de concurso deba incluirse el precio máximo a pagar o presupuesto destinado a una licitación en particular**. En este sentido, como lo hemos referido anteriormente, las mejores prácticas coinciden en que el establecimiento de precios de referencia modifica el comportamiento de los participantes que no compiten por calidad y precio sino que se enfocan a señalar en sus ofertas los precios máximos de referencia.

GUATEMALA

RESULTADOS CUESTIONARIO

Ranking por países
Azul: 8° de 14
Rosa: 1° de 14
Morado: 9° de 14
Amarillo: 8° de 14



COMENTARIOS POR AREAS

FAVORECE LA COMPETENCIA

Los factores que impiden la competencia en el procedimiento de compras públicas de Guatemala son, además de la falta de una regulación especializada en competencia, la imposición de requisitos adicionales para que empresas extranjeras participen en licitaciones y el no aprovechamiento de los beneficios que pueden brindar figuras como subastas a la inversa, compras consolidadas, ofertas conjuntas y abastecimiento simultáneo.

PREVIENE ACTOS COLUSORIOS

La legislación de compras públicas previene los actos colusorios con medidas que prohíben la presentación de ofertas conjuntas, prohíben reuniones presenciales, e imponen sanciones por actos colusorios, no obstante la falta de casos de colusión en Guatemala revela fallas en la eficacia de la legislación, mismas que se analizan.

TRANSPARENCIA

El uso de sistemas electrónicos en la difusión del proceso de compras y comunicación entre los participantes con la entidad contratante, brinda transparencia al procedimiento y evita la comunicación directa entre participantes, no obstante, se requiere más restricción respecto a la información que se revela tanto a los participantes como al público en general.

DISCRECIONALIDAD DE LAS ENTIDADES

Es recomendable que el diseño del procedimiento de compra inicie con la elaboración de un estudio de mercado del bien que se pretende adquirir, y consecuentemente elegir el medio adecuado para adquirir el bien, fomentando la competencia entre los participantes y disminuyendo las posibilidades de colusión entre ellos.

EVALUACIÓN CUALITATIVA

El Decreto número 57-92 que contiene la Ley de Contrataciones del Estado, así como el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establecen en sus artículos 25 y 11 respectivamente, que una vez determinada la existencia de colusión, se rechazarán las ofertas presentadas, se retirará el registro de precalificación y se sancionará conforme a las demás leyes que así lo dispongan. Estos artículos claramente castigan los acuerdos entre participantes y van en línea con las mejores prácticas. Sin embargo, ni la ley de Contrataciones del Estado ni el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establecen el procedimiento para investigar las colusiones, tampoco se refieren a ninguna autoridad competente para resolver sobre la existencia de las colusiones, ni señalan leyes específicas que sancionen las colusiones o prácticas anticompetitivas.

La ley de Contrataciones del Estado no se apoya en otra ley especializada y competente en la materia de libre competencia. La carencia de facultades para conocer sobre los temas de competencia por parte de las autoridades responsables de la observancia de la Ley de Contrataciones del Estado dificulta la aplicación de cualquier artículo que requiera un procedimiento especializado en competencia económica. Adicionalmente existen normas relacionadas con la competencia y que se encuentran dispersas en distintas legislaciones de Guatemala, por ejemplo en el Código Penal⁵⁹, en el Código de Comercio⁶⁰, y en la Ley de Contrataciones del Estado que establecen principios generales de la competencia, como la prohibición de monopolios y colusiones, pero no van más allá de la simple mención de lo que recoge el artículo 130⁶¹ de la Constitución Política de la República de Guatemala. Hay un vacío legal que impide armonizar las ramas del derecho con el derecho de competencia, y entre esas ramas del derecho que no han logrado desarrollarse en materia de competencia económica se encuentra el Derecho Público y específicamente las compras públicas.

El presente estudio pretende analizar la legislación de compras públicas de Guatemala partiendo de los reactivos evaluados en el análisis cuantitativo. La finalidad es conocer la calidad de la legislación en comparación con las mejores prácticas internacionales para evitar la colusión en los procedimientos de compras públicas.

El marco legal vigente que regula las compras públicas en Guatemala, se conforma por el Decreto número 57-92 que contiene la Ley de Contrataciones del Estado, y el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado⁶². El análisis que aparece a continuación evalúa ambos ordenamientos. No obstante, se harán referencias al trabajo que se realiza para combatir las colusiones y que se recoge en manuales, investigaciones, estudios y trabajos.

A raíz de las preguntas formuladas en el cuestionario que se encuentra en el Anexo I y luego de un

análisis detallado de la ley vigente, se va a simular un análisis FODA⁶³ (SWOT en sus siglas en inglés) de las principales características de la ley. Ello conlleva evaluar los elementos positivos, los negativos, los que pueden representar una amenaza y los que pueden considerarse como una oportunidad de obtener una ventaja, todos ellos, siempre desde un punto de vista de la lucha contra la colusión en compras públicas.

1. FORTALEZAS

- **Permite las compras consolidadas a través del sistema de contrato abierto** como medio para que diversas entidades adquieran los bienes de uso general y constante. La ley establece un procedimiento detallado que inicia con la evaluación de la procedencia de contratar bajo esta modalidad. Una vez aprobada la modalidad se procede a convocar a concurso público el contrato abierto con las bases que todas las entidades diseñaron. La legislación también señala la forma en que deberá adjudicarse el contrato abierto y los medios de impugnación que proceden en contra de la adjudicación. Las compras consolidadas, como se menciona en otras partes del estudio, son un medio óptimo para la adquisición de ciertos bienes o servicios que son de uso recurrente por las entidades y que si se llevaran a cabo por separado aumentarían los costos del procedimiento de compra y obtendrían precios más altos en comparación del precio de una compra conjunta.

- De acuerdo con las mejores prácticas, la división de un contrato en múltiples contratos pequeños puede distorsionar la competencia al dirigir el procedimiento en beneficio de una empresa en particular por tanto deberá prohibirse el fraccionamiento de contratos. En ese tenor, la legislación de Guatemala coincide también en **prohibir explícitamente el fraccionamiento de contratos**.

- La ley señala que una vez publicadas las bases de licitación, mismas que contienen los criterios de evaluación, la entidad contratante podrá hacer modificaciones siempre que no se hubieren presentado las ofertas. Las modificaciones deberán publicarse y deberán mediar ocho días hábiles para la presentación de las ofertas. Al respecto las mejores prácticas señalan que **los criterios de evaluación deben ser conocidos por todos los concursantes desde el momento en que se convoca y no pueden modificarse**⁶⁴.

2. OPORTUNIDADES

- Un procedimiento de compra transparente garantiza la comunicación entre las entidades contratantes y los participantes con la finalidad de que les resuelvan dudas o consultas relacionadas con los documentos de la licitación. Así la legislación de Guatemala señala que los requerimientos de aclaraciones

que hagan los participantes sobre el contenido de los documentos de licitación, cotización, contrato abierto y compras por excepción deberán enviarse a través del sitio electrónico GUATECOMPRAS, igualmente por ese medio se dará respuesta y se publicará el documento con todas las aclaraciones hechas. No obstante, **las mejores prácticas sugieren que se dicten medidas restrictivas sobre el tipo de información que se revela** en el procedimiento de compras porque puede comprometer el procedimiento y facilitar la colusión entre competidores, por tanto la identidad, monto de ofertas, y condiciones de las propuestas de cada participante deberá mantenerse reservada.⁶⁵

- **La comunicación obligatoria por ley, entre las entidades contratantes y las autoridades de competencia** puede beneficiar los procedimientos de contratación al diseñar estrategias que permitan identificar oportunamente prácticas anticompetitivas así como implementar mecanismos de capacitación y retroalimentación entre ambas. Esto incluye la emisión de opiniones a los documentos que integrarán un procedimiento de compras públicas o la supervisión del procedimiento de compras. En este momento, la legislación no prevé estas comunicaciones porque Guatemala carece de autoridades en materia de competencia económica.

- Una de las sugerencias de la OCDE en el combate a la colusión en compras públicas es que las entidades públicas **requieran la presentación de un Certificado de Oferta independiente** a los participantes. El certificado consiste en una manifestación de haber elaborado la oferta de manera individual o, en caso contrario, de los alcances del intercambio de información entre ellos. La firma del certificado tiene como propósitos: (i) Informar al oferente los alcances de la colusión, (ii) facilitar los trámites procesales y de obtención de prueba en un procedimiento de investigación. Adicionalmente las mejores prácticas sugieren también la presentación del **Certificado de Integridad** que consiste en la manifestación de no haber incurrido, estar incurriendo o tener la intención de incurrir en casos de corrupción para favorecerse o favorecer a alguien más en el procedimiento de compra.

- **El abastecimiento simultáneo o asignación múltiple** de contratos es el mecanismo mediante el cual una entidad pública puede abastecerse de un bien o servicio a través de varios oferentes lanzando una única licitación. Este sistema, igual que otros sistemas de división entre oferentes como las compras conjuntas, la subcontratación o el fraccionamiento de contratos pueden facilitar esquemas de colusión. Sin embargo, a veces este sistema es el único recurso para poder garantizar el suministro sin tener que convocar nuevas licitaciones y demorar el procedimiento de abastecimiento. **La legislación de Guatemala no contempla en su ley el procedimiento de abastecimiento simultáneo**. Si bien este hecho en sí mismo no favorece ni impide la colusión, habrá que atender a la práctica administrativa para saber si se está permitiendo, y en este caso, qué requisitos se le están exigiendo a las empresas para minimizar los riesgos de colusión.

3. DEBILIDADES

- La prohibición de propuestas conjuntas elimina la oportunidad de obtener mejores precios y calidad a través de ofertas que integren las cualidades de diversos proveedores y demuestren ofrecer más beneficios que lo que puede ofrecerse a través de propuestas independientes. La ley **prohíbe ofertas conjuntas**, y obliga a cada persona jurídica o individual a presentar solo una propuesta. Si bien las ofertas conjuntas pueden ser habitualmente una fuente de problemas colusorios, la OCDE menciona que no es recomendable prohibirlas completamente aunque sí restringir su uso a través de la imposición del cumplimiento de condiciones por parte de los oferentes, como justificar la razón y beneficios que brinda su propuesta conjunta, ya sea porque se trate de un contrato en el que se vinculan dos mercados distintos y los proveedores no podrían llevar a cabo el contrato de forma independiente o bien porque se combina la fuerza de trabajo que de otra forma es difícil cumplir si solo uno provee el servicio o producto.⁶⁶
- Permitir la realización de licitaciones internacionales es un gran avance en cualquier legislación de compras públicas, así también en la de Guatemala, no obstante las **barreras legales al uso de licitaciones internacionales** son una de las debilidades que presenta la legislación de Guatemala, pues impone condiciones excesivas en los casos en que empresas extranjeras intenten participar en procedimientos de compra. La legislación exige que el contrato estipule la necesidad de contratar con empresas extranjeras, que las empresas extranjeras cuenten con un registro provisional correspondiente, que el financiamiento del proyecto sea total o parcialmente con dinero externo y antes de firmar el contrato, contar con la inscripción definitiva en el registro. Podrán llevarse a cabo también compras públicas internacionales bajo Tratados Internacionales, en cuyo caso, no existen condiciones de discriminación entre nacionales y extranjeros.
- La OCDE ha sugerido que la modalidad de subastas a la inversa es un recurso que favorece una mejor toma de decisión siempre que eviten ser subastas presenciales o abiertas con duración prolongada de tiempo porque facilita las oportunidades de establecer contacto entre competidores. Recomienda además que las ofertas se entreguen por escrito para reducir el tiempo y facilidad de comunicación entre los competidores. Las ventajas que prometen las subastas a la inversa se dan sobre todo en la compra de bienes y servicios con iguales características en los que el precio es el factor que hace la diferencia. **Guatemala no prevé el uso de subastas a la inversa.**
- **El favorecimiento a productos de contenido nacional** crea una barrera legal a la competencia porque no se permite la entrada igualitaria a competidores extranjeros, en este sentido la legislación de Guatemala prevé que tratándose de productos importados el 15% de precio de los mismos deberá ser menor al del nacional, incluyendo fletes, aduana, y todos los cargos.

4. AMENAZAS

- La legislación de compras de Guatemala **señala como medio de contratación la licitación pública. Sin embargo, impone excesivas barreras legales para su aplicación**, esto constituye una amenaza no solo a la competencia, sino también a la transparencia del procedimiento. La legislación establece que se comprará mediante licitación pública cuando el monto de la compra exceda las cantidades establecidas en la ley para los casos de cotización o compra directa, además el tipo de contratación deberá estar fuera de los casos de excepción que señala la ley y su reglamento. No obstante, a pesar de que la ley limita los montos de contratación y prohíbe el fraccionamiento de contratos, no obliga a las entidades a la realización de estudios de mercado y tampoco limita claramente los bienes o servicios específicos que son casos de excepción para el uso de licitaciones públicas.
- El exceso de transparencia en el procedimiento de compras públicas puede facilitar la comisión de prácticas colusorias. Revelar los precios de referencia y el presupuesto no benefician el procedimiento de compra sino más bien afecta negativamente el comportamiento de los participantes al momento de determinar sus precios que tenderán a proponer los límites máximos del presupuesto destinado. En este sentido, la legislación de Guatemala obliga a las entidades a asegurar que existe disponibilidad presupuestaria y a publicar el Programa Anual de Compras que contiene el detalle de los recursos que cada institución dedicará a adquisiciones. Respecto de los precios de referencia, la ley no obliga ni prohíbe expresamente su revelación.
- La realización de estudios de mercado ofrece a la entidad contratante conocer las condiciones que ofrece el mercado de determinado bien o servicio incluyendo cuántos proveedores hay, los precios, las características de calidad y las condiciones de competencia del mismo. Todos estos elementos ayudan a la autoridad a diseñar el procedimiento de compras seleccionando el modelo que más se ajuste al tipo de mercado en donde quiere comprar. La falta de un estudio de este tipo afecta la toma de una decisión informada al momento de diseñar la compra pero sobre todo al momento de emplear los recursos. En este sentido la legislación de Guatemala no prevé la obligación de llevar a cabo estudios de mercado ni el contenido mínimo que deben tener.
- La legislación de Guatemala **castiga actos de colusión**. El establecimiento de castigos o sanciones relevantes en los casos en que se realicen actos colusorios no solamente debe estar inserto en la legislación de compras públicas sino que debe armonizarse con las legislaciones administrativas, civiles, penales y de competencia económica para crear un sistema de coerción eficaz. En este sentido, es positiva la forma en que la ley de compras de Guatemala impone como sanciones expresas el rechazo de la oferta y la cancelación de registros, señalando que también las sanciones de las leyes especiales de la materia serán aplicadas.

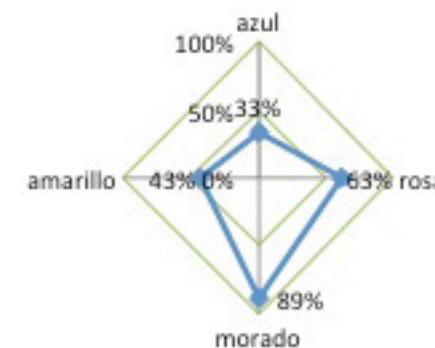
METODOLOGÍA 01.

Sin embargo y a pesar que es un avance considerable, carece de armonización con las leyes especiales en materia de competencia y carece también de un procedimiento para identificar las colusiones y aplicar las sanciones correspondientes.

- Como se ha señalado a lo largo del presente estudio, el uso de tecnologías de la información, beneficia no sólo a la entidad contratante sino también a los proveedores que pretendan participar en una licitación toda vez que disminuye los costos que anteriormente se imponían por concepto de adquisición de bases o traslado a las oficinas de las entidades contratantes. Además garantiza una mayor competencia y transparencia en el procedimiento de compras. **La legislación de Guatemala prevé el envío y publicación de documentación e información a través del portal GUATECOMPRAS, no obstante, esta situación no garantiza el empleo adecuado de la información contenida en el sitio, toda vez que la legislación no hace mención a la clasificación de información confidencial.**

- Las disposiciones de la ley **limitan el uso de subcontrataciones** a los casos en que se obtenga la autorización escrita y previa de la entidad contratante, no obstante condiciona su participación a que los subcontratistas se encuentren registrados de precalificados y no estar comprendidos en las prohibiciones para contratar con las entidades del gobierno. Cabe mencionar que de conformidad con la OCDE, una de las modalidades comunes para realizar actos colusorios es a través de la subcontratación, por tanto es necesario que la legislación condicione su uso al anuncio inicial de su intención de llevarla cabo y obligando a que la entidad contratante emita una autorización previa y escrita.⁶⁷

01. METODOLOGÍA



HONDURAS

RESULTADOS CUESTIONARIO

Ranking por países
Azul: 8° de 14
Rosa: 3° de 14
Morado: 1° de 14
Amarillo: 8° de 14

COMENTARIOS POR AREAS

FAVORECE LA COMPETENCIA

Las licitaciones públicas internacionales deberán estar previamente justificadas o deberá existir un tratado internacional. No regula la subasta a la inversa. La supervisión por parte de terceros se regula únicamente para el control en la ejecución del contrato. No se regula la cooperación entre las entidades contratantes y la autoridad de competencia. Se prevén sanciones administrativas, económicas y penales en casos de colusión y corrupción. Se dan preferencias al contenido nacional o empresas nacionales sobre las extranjeras.

PREVIENE ACTOS COLUSORIOS

Requiere que se acredite el consorcio mediante documentación en la que se señalen los alcances del mismo. Prevé la celebración de reuniones para solventar dudas o aclaraciones respecto del pliego de condiciones. Se regula el uso paulatino de tecnologías a través del sitio web HonduCompras. No requiere el Certificado de Determinación de Oferta Independiente. No son claras las sanciones por actos colusorios.

TRANSPARENCIA

Las actas de las reuniones de aclaraciones se hacen del conocimiento de los participantes sin revelar sus identidades. No hay claridad respecto a la confidencialidad de la información del Registro de Proveedores y Contratistas. Las adjudicaciones directas recaen sobre ciertos bienes y previa autorización del Presidente del país.

DISCRECIONALIDAD DE LAS ENTIDADES

Prohíbe el establecimiento de requisitos en el pliego de condiciones que limiten la concurrencia. Obliga a la realización de estudios de mercado anuales. Prohíbe el fraccionamiento de los contratos. En los casos en que no se mencionen los criterios de evaluación, se decidirá en función del precio más bajo. Regula el abastecimiento simultáneo.

EVALUACIÓN CUALITATIVA

El marco legal vigente que regula las compras públicas en Honduras, se conforma por el Decreto 74-2001 que contiene la Ley de Contratación del Estado y el Acuerdo Ejecutivo número 055-2002 que contiene el Reglamento de la Ley de Contratación del Estado.⁶⁸

El análisis que aparece a continuación evalúa las legislaciones arriba mencionadas. No obstante, se harán referencias al trabajo que se realiza para combatir las colusiones y que se recoge en manuales, investigaciones, estudios y trabajos.

A raíz de las preguntas formuladas en el cuestionario que se encuentra en el Anexo I y luego de un análisis detallado de la ley vigente, se va a simular un análisis FODA⁶⁹ (SWOT en sus siglas en inglés) de las principales características de la ley. Ello conlleva evaluar los elementos positivos, los negativos, los que pueden representar una amenaza y los que pueden considerarse como una oportunidad de obtener una ventaja, todos ellos, siempre desde un punto de vista de la lucha contra la colusión en compras públicas.

1. FORTALEZAS

- **Prevé el uso de licitaciones públicas internacionales.** La legislación de Honduras permite el uso de licitaciones internacionales en los casos que existan tratados internacionales o cuando se requieran técnicas especiales o existan razones que justifiquen la participación de contratistas extranjeros. El mejor uso de los recursos y la integridad en los procedimientos tienen mucha relación con el método que se emplea para realizar una compra pública. Por ello, otorgar igualdad de oportunidades a las compras y acceso al mercado internacional impactan positivamente en las opciones de compra que tiene la entidad contratante y en la mejor elección de bienes o servicios en función de precio y calidad.⁷⁰

- Como hemos señalado a lo largo del presente estudio, la incorporación de tecnologías permite a las entidades contratantes hacer más eficientes los procedimientos de compras y reducir el contacto entre oferentes, lo que reduce la posibilidad de colusión. La legislación de compras públicas de Honduras ordena la **incorporación paulatina del uso de tecnologías con la finalidad de automatizar y publicar los procedimientos de compras**, adicionalmente establece que serán electrónicos los Registros de Proveedores y Contratistas y cuenta con un sitio oficial en internet llamado HONDU-COMPRAS.

- En armonía con las mejores prácticas, la legislación de Honduras **condiciona el uso de subcontrataciones** aprovechando así los beneficios que le ofrece. Prevé que la subcontratación pueda llevarse

a cabo siempre que el contrato no disponga lo contrario, que la naturaleza del mismo lo permita, que no exceda del cuarenta por ciento del valor del contrato, que exista autorización previa y escrita de la autoridad, que el subcontratista no esté dentro de las prohibiciones y que el contratista principal no pierda la responsabilidad sobre la totalidad del contrato. Las mejores prácticas sostienen que es necesaria la evaluación sobre la conveniencia o no de la subcontratación, y que esa evaluación recaiga principalmente en los participantes que deberán justificar la necesidad de la subcontratación.

- La legislación de compras de Honduras **ordena a las entidades a no revelar la identidad de los participantes que realizaron consultas aclaratorias.** La legislación además recoge las mejores prácticas obligando a los proveedores a realizar consultas por medios escritos en el rango de tiempo establecido en las bases de licitación. El documento que da respuesta a las aclaraciones debe ser notificado a todos los proveedores participantes y se agregará al expediente de la contratación.

- Honduras **promueve el uso electrónico del Registro de Proveedores y Contratistas** que integra información de los proveedores sobre su existencia, personalidad jurídica, solvencia económica, financiera, técnica y profesional, además clasificará la información de los proveedores por especialidades. El Registro no tiene costo para los interesados, y la **falta de inscripción al Registro no es impedimento para presentar ofertas**, no obstante la adjudicación del contrato no se podrá ejecutar siempre que no cuente con su inscripción. Las mejores prácticas hacen énfasis en recomendar que se evite usar al Registro como medio para obstaculizar la entrada de competidores⁷¹. En el caso de Honduras, si bien no se obstaculiza el procedimiento si se condiciona la firma del contrato a su inscripción previa. Además del Registro de Proveedores, **existe también el Registro de Contratos en el que se relacionan los contratos firmados, el estatus de ejecución, así como las sanciones y multas impuestas.**

- La legislación de Honduras **prevé la obligación de contar con estudios de mercado**, que se realizarán de forma anual para verificar el comportamiento de precios y que servirá a las entidades para preparar sus proyectos de presupuesto. De la misma forma requiere la elaboración de estudios de mercado previos a cualquier convocatoria de contratación que contenga especificaciones generales y técnicas en función de las necesidades a satisfacer.

- En armonía con las mejores prácticas, la legislación de Honduras **prohíbe que en el pliego de condiciones se establezcan restricciones** o se requiera el cumplimiento de requisitos que no sean técnicamente indispensables, ordena no limitar la concurrencia de nuevos oferentes. Estas disposiciones evitan discrecionalidades por parte de las entidades y garantizan el acceso igualitario a los proveedores.

2. OPORTUNIDADES.

- La legislación **establece sanción administrativa por la comisión de actos colusorios**. Desechará la propuesta y declarará fracasada la licitación, sin perjuicio de las responsabilidades legales correspondientes en los casos en que se compruebe el acuerdo malicioso entre dos o más oferentes o entre oferentes y funcionarios. La OCDE considera que un ordenamiento legal asegura su cumplimiento al establecer sanciones penales, administrativas y económicas expresas porque disuaden a los participantes de cometer actos colusorios, por tanto es muy importante que se asegure el cumplimiento de la ley mediante el establecimiento de dichas sanciones y el procedimiento de ejecución de las mismas.⁷²
- Las mejores prácticas recomiendan que se documente todo el procedimiento de compras y que los registros puedan ser auditados o supervisados por un tercero. Otra medida que pudiera funcionar implica la supervisión de terceros en el desarrollo de todo el procedimiento de compras, desde la elaboración del estudio hasta la ejecución total del contrato. En ambos casos la vigilancia del procedimiento corresponde a un tercero ajeno que brinda una opinión imparcial. Al respecto Honduras prevé la **existencia de supervisores que pueden emitir opiniones**. Sin embargo, los supervisores desarrollan su trabajo al momento de la adjudicación del contrato y sería recomendable que pudieran supervisar todas las etapas del proceso.
- Como lo mencionamos anteriormente, la OCDE recomienda que en afán de combatir las prácticas colusorias, se requiera a los participantes la presentación de un Certificado de Oferta independiente y de un Certificado de Integridad. El primero con la finalidad de Informar al oferente de las consecuencias de los actos colusorios y facilitar los trámites procesales y de obtención de prueba en una eventual investigación y el segundo como medio para disuadir la práctica de actos de corrupción en cualquier etapa del procedimiento de compras. **Honduras no prevé el requerimiento de ninguno de los certificados.**

3. DEBILIDADES

- **La legislación de Honduras dispone que dará preferencia a las empresas nacionales sobre las extranjeras.** La preferencia consiste en aumentar, a la oferta del licitante extranjero un porcentaje adicional ya sea por los impuestos a la importación, o bien un porcentaje de 15% o 7.5% por ser extranjeros. Al respecto las mejores prácticas convienen en sugerir que las disposiciones que favorecen a ciertos sectores no deben ser por motivos de discriminación o proteccionismo sino por motivos

transitorios de crecimiento e impulso de las empresas locales internas.

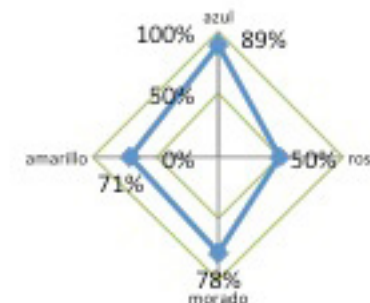
- La publicidad de las convocatorias promueve la transparencia y competencia en el procedimiento de compras.⁷³ La transparencia dificulta que dentro del procedimiento se tomen decisiones discriminatorias, discrecionales, arbitrarias o contrarias a la ley. A lo largo de todo el procedimiento de compra se deberán cumplir grados de transparencia, como es el caso de la publicación de las bases y convocatoria. La OCDE señala que una de las formas de evitar la competencia es restringir los alcances en la publicidad de las convocatorias, por ejemplo publicitar en diarios altamente especializados o que no son los de mayor venta, en los Diarios Oficiales del gobierno o en diarios de las industrias, porque no hay una difusión pública del todo sino que va dirigida al sector privilegiado que compra esos diarios.⁷⁴ En este sentido, la legislación de Honduras **restringe la publicidad de las invitaciones a licitar** mencionando que se harán en el Diario Oficial La Gaceta y al menos otro diario más de circulación nacional, además establece que se detendrá la publicación de las invitaciones con por lo menos 15 días antes a la fecha límite de la presentación de ofertas.
- La comunicación y cooperación de las entidades contratantes con la autoridad de competencia fomenta el mejoramiento de políticas de compras públicas que coincidan con la implementación de mediad para prevenir y atacar actos anticompetitivos. Adicionalmente benefician los procedimientos de contratación al diseñar estrategias para identificar oportunamente prácticas anticompetitivas así como implementar mecanismos de capacitación y retroalimentación entre ambas incluyendo la emisión de opiniones a los documentos que integrarán un procedimiento de compras públicas o la supervisión del procedimiento de compras. En este momento, **la legislación de Honduras no prevé estas comunicaciones con autoridades que tengan un mayor conocimiento de la materia de competencia económica.**
- **Honduras no prevé las subastas a la inversa.** Las subastas a la inversa son un medio que se utiliza en los casos en que la compra es sobre bienes y servicios de iguales características técnicas y de calidad, en donde el precio es casi la única variable que diferente un proveedor de otro. Las subastas a la inversa consisten en la puja a la baja sobre el precio inicialmente ofertado por los participantes. Las mejores prácticas recomiendan que se solicite la justificación y autorización previa para recurrir a esta modalidad, que se limite el tiempo para presentar la oferta y que las ofertas se entreguen por medios electrónicos o sobres cerrados guardando la confidencialidad de la oferta e identidad de los participantes.

4. AMENAZAS.

- **Permite la presentación de ofertas conjuntas debiendo acreditar el tipo de acuerdo entre ambos pero no requiere la justificación de su viabilidad**, sus obligaciones y responsabilidad solidaria frente a la entidad contratante. El factor determinante para admitir propuestas conjuntas es la viabilidad y conveniencia comparada con una oferta independiente, porque detrás de una oferta en consorcio puede esconderse el acuerdo entre competidores para fijar precios de venta o condiciones de mercado que afectan el procedimiento de compra pública.

- Como hemos mencionado a lo largo del desarrollo del presente estudio, la revelación de cierta información puede resultar contraria a los fines de la competencia e incidir de manera negativa en el comportamiento de los participantes fomentando actos colusorios entre ellos. En este sentido, la legislación de Honduras **no es exacta en prohibir a la entidad contratante a publicar el presupuesto anual destinado a las compras públicas, así como tampoco rangos de precios o estimaciones de precios de los contratos, dicho margen de discrecionalidad es una amenaza que afecta directamente el comportamiento de los participantes y deja abierta la posibilidad de llevar a cabo actos de corrupción que favorezcan prácticas anticompetitivas o actos de corrupción que estén dirigidos a coadyuvar en la comisión de las prácticas anticompetitivas.**

- De conformidad con las mejores prácticas, los criterios de evaluación deben ser conocidos por los participantes desde la convocatoria porque brinda transparencia y seguridad de que todos se someten a las mismas condiciones de calificación de sus propuestas, en este sentido, la legislación de Honduras establece que **en caso que no se señalen los criterios de evaluación, éstos consistirán en adjudicar el contrato al precio más bajo**, siempre que cumpla las condiciones de participación. Estas condiciones representan una amenaza al proceso de competencia y transparencia cuando no se limitan a productos y servicios homogéneos o estándares, ya que pasan por alto otras características a evaluar como es la calidad, cantidad, conveniencia de los productos, eficiencias, fechas de entrega, etcétera. Podría ser una herramienta usada para que se realicen actos discrecionales.



MÉXICO

RESULTADOS CUESTIONARIO

Ranking por países
 Azul: 1° de 14
 Rosa: 5° de 14
 Morado: 5° de 14
 Amarillo: 4° de 14

COMENTARIOS POR AREAS

FAVORECE LA COMPETENCIA

El marco legal contiene varios elementos que favorecen la competencia entre oferentes, como el establecimiento de procedimientos competitivos, ofertas subsecuentes de descuentos (subastas en reversa) o permitir las compras consolidadas de entidades públicas. Por el contrario, la discriminación a favor de productos nacionales o a favor de pequeñas y medianas empresas, son elementos que podrían restar competitividad a los procedimientos.

PREVIENE ACTOS COLUSORIOS

La normativa en adquisiciones prevé la participación de terceros ajenos a los participantes (testigos sociales), así como el uso de medios electrónicos para los procedimientos de contratación. Sin embargo la ley no consigue evitar al máximo el contacto físico entre proveedores ni garantizan la confidencialidad de los mismos lo que puede favorecer acuerdos colusorios; tampoco la ley prevé sanciones específicas por prácticas anticompetitivas, lo cual podrían tener un efecto negativo.

TRANSPARENCIA

La legislación contiene disposiciones que buscan incrementar la transparencia en los procedimientos con el objetivo de acotar actos de corrupción (CompraNet). A su vez prevé mecanismos de rendición de cuentas y la posibilidad de presentar inconformidades. Sin embargo, la falta de limitaciones en la divulgación de esa información (se publican los nombres de los proveedores), así como la obligación de publicar los programas anuales de adquisiciones, eventualmente puede favorecer acuerdos colusorios.

DISCRECIONALIDAD DE LAS ENTIDADES

La discrecionalidad de las entidades públicas se ha limitado en muchos casos por ley, como por ejemplo, en la imposibilidad de modificar los criterios de evaluación o en la prohibición de realizar actos que restrinjan la participación de empresas. La legislación recoge elementos interesantes como la obligación de llevar a cabo estudios de mercado, establecer qué elementos deben contener estos estudios o la prohibición de fraccionar los contratos.

EVALUACIÓN CUALITATIVA

México ha hecho importantes avances en su normatividad enfocados a luchar contra la colusión y la corrupción en los procedimientos de compras públicas.

Actualmente el marco legal en la materia está formado por la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público -reformada el 16 de enero de 2012 y el Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público. Así como diferentes lineamientos expedidos por la Secretaría de la Función Pública; la Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas (publicada el 11 de junio de 2012); la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos; la Ley Federal de Competencia Económica (cuya última reforma sustancial fue la de 10 de mayo de 2011); Código Penal Federal; y por último la Nueva Ley Federal de Competencia Económica (publicada el 23 de mayo de 2014).

Estas leyes contienen las normas aplicables a los procedimientos de adquisiciones públicas de bienes y servicios en México a nivel federal, que permiten el combate a la corrupción y a la colusión. Se aclara que tratándose de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y la Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas, éstas solo aplican en el ámbito Estatal y Municipal cuando se involucran fondos federales. Cabe mencionar que México, al tratarse de un estado federal, cuenta con estados que tienen sus propias leyes de compras públicas, y en muchos casos estas legislaciones estatales están muy lejos de las mejores prácticas internacionales. Para ver un ejemplo de esto, se invita al lector a consultar el estudio realizado por la actual Presidenta de la Comisión Federal de Competencia Económica, Alejandra Palacios, sobre la calidad regulatoria de los estados en compras públicas.⁷⁵

A partir de las preguntas formuladas en el cuestionario que se encuentra en el Anexo I y luego de un análisis detallado de la ley vigente, a continuación se presenta un análisis de las principales características de la ley basado en la metodología FODA. En dicho análisis se evalúan los elementos positivos, negativos, los que representan una amenaza y los que son una oportunidad para la lucha contra la colusión en las compras públicas.

1. FORTALEZAS

- En México las licitaciones públicas son la norma general para la adquisición de bienes y servicios por parte de las dependencias y entidades públicas. El artículo 26 de la ley establece tres procedimientos para la contratación; Licitación Pública, Invitación a Cuando Menos Tres Personas, o Adjudicación Directa. Los procedimientos diversos a la licitación como la **invitación a cuando menos**

tres personas y la adjudicación directa, aplican cuando se den circunstancias previstas en el artículo 41 de la Ley de Adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público (al menos 20 supuestos que justifican que no se lleve a cabo la licitación pública), pero sujetos a los montos máximos que se establezcan en el presupuesto de egresos de la Federación, aunque podría parecer que el número de supuestos es más amplio de lo deseado.

- Otro acierto importante es que la legislación prohíbe la **inclusión de requisitos que limiten la libre participación**. El artículo 20 de la Ley establece los requisitos y el procedimiento necesario para llevar a cabo las licitaciones cuidando que se garantice la competencia en el proceso. Sin embargo, la legislación mantiene flexibilidad en el tipo de licitaciones que pueden utilizar siempre y cuando no restrinjan la libre participación. Por ejemplo, las dependencias podrán utilizar el abastecimiento simultáneo (cuando esté estipulado en la convocatoria) de tal forma que se puedan distribuir entre dos o más proveedores las partidas de bienes y esto logre una licitación más eficiente.

- Uno de los principales canales de intercambio de información entre posibles oferentes es mediante la celebración de reuniones donde los interesados y la entidad convocante están físicamente presentes en el mismo lugar. Para transparentar los procedimientos de contratación, en un primer momento y para evitar este contacto y el posible intercambio de información sobre precios o posturas entre competidores México implantó el portal de compras **CompraNet**, donde se pone a disposición de cualquier interesado la información necesaria para participar en los procedimientos de contratación y garantiza que todos los documentos necesarios para presentar una oferta estén en línea⁷⁶. Además cuando la licitación es electrónica se evitan los contactos físicos entre los oferentes y proporciona una buena combinación de incrementar transparencia y reducir el riesgo de colusión.

- El sistema de **evaluación de las propuestas** ofrece garantías de respeto al debido proceso y fomento de la competencia. Por un lado, los artículos 29 y 36 de la ley establecen que la evaluación de las propuestas se hará conforme a lo establecido en la convocatoria y no se permiten modificaciones. Sin embargo es pertinente considerar la imparcialidad respecto a que en los procesos de contratación la Ley no prevé la separación entre la convocante y quien evalúa las propuestas.

- La legislación permite las **compras consolidadas** que han favorecido a que las agencias del gobierno puedan adquirir bienes y servicios conjuntamente. Como consecuencia de las compras consolidadas se alcanzan mejores precios y mejor calidad en la licitación de bienes. Además, la legislación exige que el procedimiento de contratación bajo esta modalidad esté detallado previamente.

- La ley solicita que los licitantes presenten una **Declaración de Integridad** en la que se comprometen a no adoptar conductas de colusión o corrupción y que les puedan otorgar una ventaja en la evaluación de las licitaciones. Este mecanismo es positivo ya que transmite el mensaje a los licitadores

que las conductas y prácticas de colusión no serán toleradas y constituyen una falla grave. Este instrumento tiene un efecto disuasivo.

2. OPORTUNIDADES

- La legislación estipula que la coordinación entre la autoridad de competencia y las agencias debe de ser continua y constante ya que es clave para detectar y evitar acuerdos colusorios. Los funcionarios de compras públicas son los primeros en tramitar la información de las empresas y los que tienen contacto con ellas. En este sentido, es muy importante **incrementar la colaboración entre la autoridad de competencia** y las dependencias y entidades públicas para denunciar los actos colusorios.

- La **investigación de mercados** es una práctica positiva que ha contribuido a disminuir la colusión ya que ha permitido una mayor comprensión de los actores, empresas y el comportamiento y características del mercado (previo a las licitaciones). A pesar de que la Ley y el Reglamento establecen varios requisitos para este tipo de estudios, todavía existe cierta discrecionalidad en las condiciones de los estudios. De acuerdo al artículo 28 del Reglamento de la Ley de Adquisiciones, para llevar a cabo los estudios de mercado, las entidades públicas deben usar por lo menos dos de las siguientes fuentes: la información disponible en CompraNet, la información obtenida de organismos, cámaras y proveedores del ramo o la información obtenida de internet, vía telefónica u otra fuente. Esta falta de especificidad de las fuentes demuestra como existe un margen de maniobra que puede crear heterogeneidad en la rigidez de los estudios de mercado. En la práctica algunos de estos estudios pueden ser incluso una simple hoja con datos generales del mercado.

3. DEBILIDAD

- A pesar de utilizar sistemas competitivos como regla principal para la adquisición de bienes y servicios, México no aprovecha al máximo la posibilidad de acudir a **licitaciones internacionales**. Desde un punto de vista de competencia, el sistema ideal, de conformidad con los lineamientos de la OCDE, sería recurrir a licitaciones internacionales como norma general para poder ampliar el número de empresas participantes. La participación de empresas internacionales puede, por un lado, introducir ofertas más competitivas y, por otro lado, si existe algún tipo de esquema de colusión nacional, la presencia de una empresa ajena a ese acuerdo, podría romper esta tendencia e introducir más competencia en ese mercado. En México, la Ley únicamente permite la participación de empresas internacionales cuyos países de origen cuenten con un tratado de libre comercio con un capítulo de compras gubernamentales con México o en caso de que una licitación de carácter nacional haya sido declarada desierta y se estipule que se pueden presentar licitaciones de actores internacionales.

- Otro elemento que resta competitividad a los procedimientos de compras públicas y que también permite que empresas mexicanas fijen los precios de sus ofertas *ex ante* es la **discriminación positiva** que existe en la Ley hacia empresas y productos nacionales. La Ley establece que en caso de empate se otorgará preferencia a aquella en la que los bienes y servicios sean producidos en el país o por empresas mexicanas. La discriminación a favor de las empresas y productos nacionales puede ser desfavorable ya que por un lado desincentiva la participación de empresas extranjeras y esto a su vez, puede generar un sobre precio producto de la falta de competencia internacional. Además, la ley cuenta con reglas de preferencia para productos tecnológicos. Por otro lado, discriminación positiva para pequeñas y medianas empresas, para empresas con personal con capacidades diferentes o productores nacionales se puede entender desde un punto de vista de política pública, pero esto conlleva obtener ofertas menos competitivas y en muchos casos fomentar acuerdos colusorios entre empresas.

- La publicación de los **precios máximos de referencia y de los planes y programas de adquisiciones** con precios estimados pueden ser contraproducentes para obtener el precio más competitivo. Publicar los precios facilita a los oferentes un punto de referencia para elaborar su oferta, que podría no estar basada en sus costos, sino orientada a obtener el máximo beneficio que le permita ese límite. Al conocer los precios máximos que está dispuesto a ofrecer una instancia gubernamental, las empresas disminuyen sus incentivos de ofrecer precios competitivos.

4. AMENAZAS

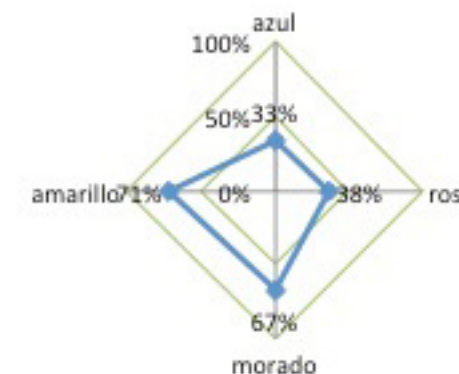
- La ley permite la **subcontratación** pero omite detalles importantes como los límites de porcentajes del valor del contrato o las declaraciones de responsabilidad de los subcontratistas, controles de transparencia y que limiten la colusión. Al no establecer estos límites, la legislación deja la puerta abierta a que los oferentes establezcan esquemas de colusión en donde aquella empresa que es subcontratada a cambio de obtener la subcontratación se abstenga de presentar una oferta de licitación.

- A pesar de que el portal **CompraNet** reúne mucha información sobre el proceso de licitación, así como las características de las empresas para evitar el contacto (y por ende la posible colusión) de las empresas, el hecho de que la ley mantenga la posibilidad de convocar a **juntas de aclaraciones** es un riesgo considerable. Si bien las juntas buscan especificar características de la convocatoria, también crean la oportunidad y el contexto para que los distintos actores interesados en presentar propuestas se conozcan y puedan llegar a acuerdos no competitivos.

METODOLOGÍA 01.

• Un mecanismo de gran utilidad para evitar la colusión entre competidores –ya que se evita su contacto físico- son las **ofertas subsecuentes de descuentos** en licitaciones electrónicas (subastas a la inversa⁷⁷). Este tipo de ofertas tienden a disminuir los costos de las compras públicas tanto en situación donde existe un acuerdo entre las empresas como en las situaciones en las que no. En el supuesto donde sí exista un cartel, las empresas involucradas, después de la oferta inicial, y tras las dudas de saber si las empresas partícipes del cartel van a mantener su posición o van a romper el acuerdo, comienzan a disminuir sus precios ante los beneficios que pueden obtener de ganar la licitación. México si prevé la celebración de este tipo de subastas, lo cual es muy positivo sin embargo, esta modalidad tiene dos aspectos que pueden limitar su gran efecto anti colusorio: (i) se excluye esta modalidad de subasta cuando participen pequeñas y medianas empresas y (ii) la ley no establece los lineamientos de las ofertas de forma clara, como por ejemplo el hecho que no se puedan revelar los montos de las pujas, al menos hasta después del evento⁷⁸.

01. METODOLOGÍA



NICARAGUA

RESULTADOS CUESTIONARIO

Ranking por países
Azul: 8° de 14
Rosa: 7° de 14
Morado: 9° de 14
Amarillo: 4° de 14

COMENTARIOS POR AREAS

FAVORECE LA COMPETENCIA

Permite licitaciones internacionales siempre que existan tratados de libre comercio o acuerdos comerciales internacionales que lo estipulen, las compras se regulan por dichos tratados. Prevé subastas a la baja pero en algunos casos se trata de pujas presenciales. No regula la comunicación o cooperación con la autoridad de competencia. Reserva licitaciones para micro, pequeñas y medianas empresas. Preferencia a subcontratistas mipymes y se aplican criterios que favorecen a mipymes.

PREVIENE ACTOS COLUSORIOS

Prevé las proposiciones conjuntas si es en contrataciones menores. Permite reuniones presenciales con proveedores en las que se aclara y homologa el pliego de bases y condiciones. No requiere de un tercero observador del proceso de compra. Regula el uso de medios electrónicos para la presentación de documentos e información. No requiere el Certificado de Determinación de Oferta Independiente. No hay sanciones por colusiones. Regula y limita la subcontratación pero se da preferencia a subcontratistas mipymes.

TRANSPARENCIA

Se distribuye el acta de aclaraciones y homologación, pero no hay claridad de la información que se incluirá en el acta. El portal de Internet clasifica y mantiene reservada la información confidencial de los proveedores. Obliga a la autoridad a publicar las convocatorias de licitación. Requiere la publicación del presupuesto anual destinado a compras públicas con estimaciones de los montos a adquirir por bienes o servicios en particular. Restringe la adjudicación directa. Requiere la publicación del valor estimado referencial de la contratación.

DISCRECIONALIDAD DE LAS ENTIDADES

Prohíbe la elaboración de bases discriminatorias. Requiere un estudio de mercado previo al inicio del procedimiento de compras. Restringe el fraccionamiento de contratos. No requiere la Declaración de Integridad. Regula el abastecimiento simultáneo y prohíbe modificaciones a los criterios de evaluación.

EVALUACIÓN CUALITATIVA

El marco legal vigente que regula las compras públicas en Nicaragua, se conforma por la ley No. 737, aprobada el 19 de octubre de 2010 que contiene la “Ley de Contrataciones Administrativas del sector Público” y por el “Reglamento General a la Ley No. 737 Ley de Contrataciones Administrativas del sector público” aprobado mediante Decreto 75-2010, el 13 de diciembre de 2010.

El análisis que aparece a continuación evalúa la legislación arriba citada. No obstante, se harán referencias al trabajo que se realiza para combatir las colusiones y que se recoge en manuales, investigaciones, estudios y trabajos.

A raíz de las preguntas formuladas en el cuestionario que se encuentra en el Anexo I y luego de un análisis detallado de la ley vigente, se va a simular un análisis FODA (SWOT en sus siglas en inglés) de las principales características de la ley. Ello conlleva evaluar los elementos positivos, los negativos, los que pueden representar una amenaza y los que pueden considerarse como una oportunidad de obtener una ventaja, todos ellos, siempre desde un punto de vista de la lucha contra la colusión en compras públicas.

1.FORTALEZAS

- **La legislación de Nicaragua promueve la competencia a través del procedimiento de licitación pública** mediante el cual la entidad contratante llama públicamente a los interesados para que formulen propuestas de entre las cuales seleccionará y aceptará la mejor oferta. Además de la licitación pública la ley señala otras modalidades como la licitación selectiva, la contratación simplificada, las contrataciones menores y las contrataciones por concurso. La forma de determinar el procedimiento aplicable es en función de la cuantía del contrato o las circunstancias contractuales. En este sentido, si bien es cierto que las licitaciones públicas favorecen la competencia, también lo es que en algunas ocasiones el mejor empleo de los recursos se favorezca a través de otros medios de contratación. La ley de Nicaragua señala que el uso de un medio u otro depende del monto del contrato. El establecimiento de montos de cuantía ayuda a garantizar la maximización del valor del dinero buscando la mejor calidad y precio de los bienes, es así que la ley respalda la determinación de los montos con disposiciones que restringen el fraccionamiento de contratos, así como imponiendo la **obligación de realizar estudios de mercado** en los que se reflejen los cambios del mercado que afectan directamente en la determinación del monto de la contratación.

- Escoger un modelo que se adecúe de la mejor forma a determinada compra de bienes o servicios es una de los puntos clave para prevenir actos de colusión. En el caso de Nicaragua, la legislación

señala diversos modelos para la contratación de bienes como lo son entre otros la subasta a la baja que se emplea tratándose bienes o servicios estandarizados y de común utilización. **La subasta a la baja o a la inversa implica un acto de puja verbal y presencial o electrónico.** Si bien, la legislación de Nicaragua aún permite subastas presenciales, también ordena que la realización de las subastas por medios electrónicos se implemente gradualmente conforme el avance tecnológico lo permita.

- La legislación **permite las compras consolidadas requiere que se determine su factibilidad, oportunidad, utilidad y conveniencia y señala el procedimiento para llevarlas a cabo.** Como se ha mencionado a lo largo del presente estudio, las mejores prácticas indican que las compras consolidadas benefician el proceso de compra porque disminuyen los costos administrativos, aumentan la demanda al tiempo que reducen los precios y facilitan la rendición de cuentas.⁸¹

- **La subcontratación está permitida siempre que la entidad contratante otorgue autorización previa, escrita y motivada,** que los subcontratantes extranjeros se comprometan a realizar la transferencia de tecnología en los casos que sea aplicable, que los subcontratistas no estén inhabilitados, y que la subcontratación promueva la participación de las micro, pequeñas y medianas empresas preferentemente. En un estudio elaborado por la OCDE, señala que toda la información brindada por los proveedores deberá ser verificada y confirmada previamente por la entidad contratante comparándola con las bases de datos oficiales que se tengan, como por ejemplo el registro de proveedores inhabilitados o sancionados, así como el registro con la información histórica de los proveedores, los contratos adjudicados, las ofertas planteadas, etcétera. La verificación de los subcontratistas también deberá llevarse a cabo para evitar que se use como medio de colusión⁸². La subcontratación que promueve la participación de micro, pequeñas y medianas empresas resulta menos propensa a la colusión porque procura que el tamaño y capacidad de producción de la empresa contratante y de la subcontratante sean distintas o tengan una diferencia considerable, es así que cuando el contratista y el subcontratista son empresas del mismo tamaño y ambas participaron en el proceso de selección, es mayor la sospecha de colusión entre ellas.

- La legislación de Nicaragua prevé las adjudicaciones directas mediante un procedimiento que llama **“contratación simplificada” y que procede en los casos expresamente mencionados en la ley** como son por ejemplo contrataciones que realice con fines exclusivamente policiales, contrataciones con fines exclusivamente militares, por situaciones de emergencia o calamidad, o contratación por trabajos artísticos de ley, obliga a la entidad a justificar la procedencia de este tipo de contratación imponiéndole responsabilidades por su decisión. Las mejores prácticas coinciden con estos criterios impulsando la necesidad de una justificación y delimitación de los casos en que procederá la adjudicación directa buscando que los mismos sean por razones que impidan la realización de una licitación pública.

METODOLOGÍA 01.

- La elaboración de estudios de mercado permite un mejor diseño del procedimiento de contratación en el que no se favorezca a ningún proveedor potencial ni se requieran especificaciones o condiciones que solo un mínimo grupo puede cumplir. Por su parte, la legislación de Nicaragua **prevé la obligación de contar con estudios de mercado previo al inicio del proceso de contratación**, en los que se evalúe el impacto ambiental, diseños, especificaciones generales, especificaciones técnicas, costos de un eventual contrato que incluya precio, fletes, seguros, comisiones, intereses, tributos, derechos, primas, etc. Adicionalmente la ley estipula que cualquier condición o requisito adicional que las entidades requieran en las bases deberá estar justificado técnicamente en los estudios.

- A lo largo del presente trabajo hemos mencionado que el fraccionamiento de los contratos perjudica gravemente la competencia y transparencia en los procesos porque es un medio usado por las entidades para llevar a cabo procesos de compra restringidos con la intención de contratar con proveedores específicos. No obstante, el fraccionamiento de los contratos, en países de América Latina que están en proceso de desarrollo puede resultar benéfico si se regula su uso. En este sentido la UNCDF⁸³ señala que la combinación de varios contratos pequeños en uno solo también puede provocar el incremento de precios sobre todo cuando se trata de países en donde la mayoría de las empresas tiene capacidad para cumplir con contratos pequeños y el costo de contratar con empresas grandes de otros países o de ciudades distantes eleva el precio de la contratación; por esta razón, el fraccionamiento es benéfico siempre que se justifique su oportunidad y conveniencia en razón de la capacidad de las empresas del país contratante. En este sentido, la legislación de Nicaragua prohíbe el **fraccionamiento salvo ciertos casos** en que por el presupuesto o financiamiento la contratación deba programarse en etapas, se contrate con el mismo proveedor pero los objetos del contrato sean diferentes, para fomentar la participación de las micro, pequeñas y medianas empresas. No obstante, sí permite las adjudicaciones parciales cuando lo establecen las bases de licitación y lo recomiende previamente el Comité de Evaluación, presentando el análisis de su recomendación.

- La principal forma de garantizar la transparencia y asegurar a los participantes que sus propuestas serán calificadas de igual forma para todos, es mediante la publicación de los criterios de evaluación al momento de lanzar la convocatoria de la compra. Los criterios de selección deben decidirse al momento del diseño del procedimiento de compra y deberán ser claros. En este sentido, la legislación de Nicaragua **prevé la prohibición a la modificación de los criterios de evaluación que se publicaron en las bases, de lo contrario la contratación estará afectada de nulidad.**

01. METODOLOGÍA

2. OPORTUNIDADES

- La OCDE señala que los gobiernos de todo el mundo llevan a cabo esfuerzos para incrementar la eficiencia en los procedimientos de contratación porque reconocen que las entidades contratantes necesitan herramientas adecuadas que les permitan llevar a cabo una mejor gestión y toma de decisiones informada, en este sentido algunos países están invirtiendo en sistemas de tecnología de la información para promover la transparencia, eficiencia, facilidad de comunicación e intercambio de información en el desarrollo de las compras públicas⁸⁴. Por su parte, la legislación de Nicaragua prevé el uso de tecnología en diversas etapas del procedimiento, dejando opción a que se pueda hacer **también de forma escrita hasta que el sistema electrónico sustituya todo el procedimiento de compras** de forma segura y eficiente.

- Las mejores prácticas sugieren que la ley requiera a los participantes la presentación del Certificado de Determinación de Oferta Independiente y el Certificado de Integridad, ambos con la intención de recordar a los participantes sus obligaciones al cumplimiento de la ley así como las sanciones en los casos en que cometan actos de corrupción o de colusión. La legislación de Nicaragua no requiere el **Certificado de Determinación de Oferta Independiente** ni el **Certificado o Declaración de Integridad**.

- Nicaragua **no prevé la comunicación entre entidades contratantes y la autoridad en materia de competencia económica**. La cooperación y comunicación fomenta la implementación de mecanismos para combatir las prácticas colusorias, ofrece la posibilidad de contar con una revisión especializada de documentos y de la vigilancia y supervisión del proceso de compra.

3. DEBILIDADES

- Como hemos explicado a lo largo del presente estudio, la competencia en las compras públicas se refleja en la promoción de licitaciones abiertas en la que se convoca la participación de proveedores nacionales e internacionales. Los procesos de compra abiertos dificulta la comisión de prácticas colusorias porque los costos de colusión se elevan, además la posibilidad de llegar a un acuerdo entre todos los competidores se dificulta por la cantidad de proveedores que tiene la oportunidad de participar. Las contrataciones abiertas permiten una mejor utilización de los recursos al presentarse la competencia real de calidad y precio. **La legislación de Nicaragua prevé como casos excluidos de la aplicación de la ley de compras públicas, la celebración de licitaciones internacionales.** Considera como materias excluidas de la ley la contratación mediante Tratados Internacionales o con Fondos Internacionales.

- Una de las características de todo sistema jurídico es su coercibilidad, un mecanismo que obliga a los particulares al cumplimiento de la ley a través de la imposición de sanciones. En este sentido, las mejores prácticas sugieren que la ley de compras establezca diversos tipos de sanciones (tanto económicas como administrativas, penales o civiles) dirigidas a disuadir a los participantes de la comisión de prácticas colusorias. La falta de estas sanciones o la suavidad de las mismas no provoca ninguna amenaza a los participantes ya que éstos pueden voluntariamente optar por ser sancionados sin que esa situación modifique su comportamiento o los obligue al cumplimiento de la ley. Las mejores prácticas sugieren la aplicación de sanciones que tengan mayor acción disuasiva sobre los participantes, como exhibir sus conductas no competitivas, o bien imponer sanciones de alcance regional con apoyo de otras agencias de competencia en países de la región. Al respecto, la legislación de Nicaragua **no prevé sanciones por colusión dentro de la legislación de compras públicas.**

- Nicaragua **fomenta la discriminación positiva a micro, pequeñas y medianas empresas.** Se aplicarán criterios para favorecer a las mipymes, como topes máximos, preferencia en la subcontratación, división de acuerdos por zonas geográficas, limitación temporal de acuerdos, y otras que eviten la concentración en un solo proveedor. Si bien hemos dicho que en países en vías de desarrollo pueden ser medidas convenientes, también es cierto que deben ser medidas temporales y que preparen a las mipymes para competir en un ámbito internacional. Puede representar una amenaza la permanencia de estas medidas, sobre todo porque se favorece en todos los rubros y no hay disposiciones que establezcan la revisión y retiro de este favorecimiento.

- La ley en Nicaragua obliga a las entidades contratantes a **publicar el Programa Anual de Contrataciones y a publicar el valor estimado o referencial del contrato a licitar**, excepto para obras complejas o tecnológicas. Las mejores prácticas sugieren seleccionar la información sensible que no deberá revelarse, como por ejemplo los precios de referencia de los contratos así como especificaciones de los bienes y servicios a comprar porque esta información no beneficia el procedimiento de compra sino más bien incide negativamente en el comportamiento de los participantes. Si los oferentes conocen de antemano el precio que está dispuesto a pagar la entidad contratante, existe el riesgo de que éstos se pongan de acuerdo para determinar sus ofertas muy cerca del límite máximo del presupuesto sin importar su capacidad para ofrecer precios más competitivos.

4. AMENAZAS

- La legislación de compras públicas **prevé que en todas las licitaciones públicas se lleven a cabo reuniones de homologación en las que participen los proveedores y la entidad contratante.** Se elaborará un acta con los acuerdos o aclaraciones y se difundirá a todos los participantes. Las mejores prácticas convienen en evitar reuniones presenciales y continuas que revelen la identidad de los proveedores porque facilita la colusión entre ellos tiempo antes de la presentación de sus propuestas.

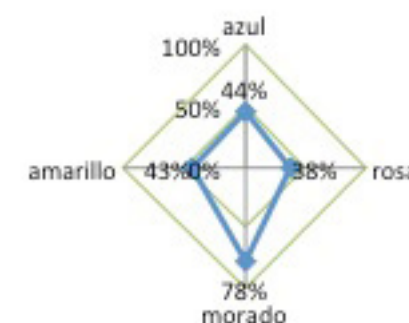
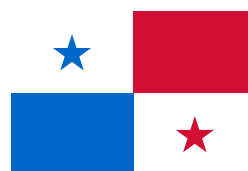
- La integración de información de los proveedores, incluyendo registros de proveedores sancionados, es una herramienta que ayuda a las entidades en la toma de decisiones y en el conocimiento de los movimientos de un mercado en particular. Por esta razón, las mejores prácticas concuerdan en que se cuente con Registros de Proveedores, pero que su uso no represente una barrera a la entrada de competidores ya sea condicionando la participación de los proveedores a su obligación de estar inscritos en el registro o bien la firma del contrato adjudicado a estar inscrito en el registro, y que la información revelada al público no sea sensible al proceso de compra. La legislación de Nicaragua prevé la existencia del “Registro de Información del Sistema de Administración de Contrataciones del Sector Público” que contiene información de las contrataciones, los procesos de contratación el historial de los proveedores y las sanciones impuestas. El público en general puede consultar el Registro manteniendo reservada la información confidencial. No obstante lo anterior, la ley **obliga a los participantes a inscribirse en el registro y condiciona la firma del contrato con empresas extranjeras a la obtención de la inscripción en el registro.**

- Los procedimientos de compra gubernamentales son competitivos en la medida que las autoridades diseñen un adecuado procedimiento de compra y los participantes reconozcan los riesgos de coludirse. Es así que la OCDE⁸⁵ señala que el primer paso lo debe dar la entidad contratante en las condiciones, convocatoria o bases de licitación, ahí deberá procurar que todos los participantes tengan iguales oportunidades para concursar, la autoridad es la primera responsable en diseñar bases que no beneficien a sectores o personas en particular. Al respecto, la legislación de Nicaragua prohíbe expresamente elaborar bases discriminatorias enumerando las condiciones que no deberán contener las bases y dispone que en virtud de una compra pública sostenible podrán establecerse condiciones que favorezcan a ciertos sectores. En este sentido es muy positivo que la ley **prohíba el establecimiento de condiciones discriminatorias** pero puede ser un riesgo enumerar de forma exhaustiva dichas condiciones (sería más recomendable una lista ejemplificativa) y permitir la inclusión de privilegios a ciertos sectores.

METODOLOGÍA 01.

• La OCDE⁸⁶ señala que las ofertas conjuntas deben regularse y permitirse bajo algunas condiciones como la justificación de su conveniencia y viabilidad, ya sea porque el contrato es muy costoso o bien porque se requiere de un mínimo de empresas que lo lleven a cabo. Es preferible que las empresas que participan tengan capacidades económicas, técnicas y financieras distintas entre ellas y que les sea imposible llevar a cabo el contrato por sí solas, o bien, que la propuesta sea más atractiva económicamente y en eficiencias por la combinación de dos o más participantes de distinta capacidad técnica y financiera. Al respecto, **Nicaragua permite las ofertas conjuntas en todas las licitaciones únicamente requiriendo que se acredite la relación de consorcio** que regule los términos de su relación frente a la entidad contratante. Adicionalmente, establece que cada participante responde solidariamente ante la entidad licitante. Sin embargo, no requiere la autorización previa, situación que facilita actos de colusión entre las empresas, al no justificar los acuerdos entre ellos para participar en conjunto ni tampoco demostrar la conveniencia de una participación conjunta sobre una participación independiente. Representa una amenaza en los casos en que las participaciones conjuntas sean presentadas por empresas competidoras y con el mismo tamaño y capacidades técnicas y financieras que por sí solas puedan hacer frente al contrato sin que tengan la necesidad de combinarse y presentar una oferta conjunta, pero que extrañamente decidan combinarse y presentar una oferta conjunta que derive en la fijación de precios, desplazamiento de competidores o boicot.

01. METODOLOGÍA



PANAMÁ

RESULTADOS CUESTIONARIO

Ranking por países
Azul: 4° de 14
Rosa: 8° de 14
Morado: 5° de 14
Amarillo: 7° de 14

COMENTARIOS POR AREAS

FAVORECE LA COMPETENCIA

Las ventajas competitivas a la producción local o a empresas nacionales limitan las opciones de compra. Las barreras legales a la competencia también se reflejan en el no aprovechamiento de figuras como “compras consolidadas” que benefician en precio y costos a las entidades contratantes de un solo producto o servicio. La falta de comunicación entre las entidades contratantes y la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (ACODECO), disminuye el éxito de una política de compras públicas que favorezca la competencia.

PREVIENE ACTOS COLUSORIOS

La legislación de compras públicas se beneficiaría si evitara la realización de reuniones físicas previas a la presentación de las ofertas, como por ejemplo usando tecnologías, y regulando las figuras en las que participen conjuntamente los proveedores. Resulta conveniente también implementar acciones de vigilancia por terceros como auditores internos o externos durante el proceso de la compra o bien solicitar opiniones a la ACODECO previamente a la compra pública.

TRANSPARENCIA

La transparencia en los procesos de contratación pública combate actos de corrupción y evita la difusión descontrolada de información que facilite la coordinación de posturas entre los participantes de una licitación. La inclusión del uso de sistemas electrónicos es un acierto que fortalece el buen gobierno, agiliza los procedimientos y mantiene una comunicación igualitaria, óptima y eficiente entre las entidades contratantes, los concursantes y el público en general.

DISCRECIONALIDAD DE LAS ENTIDADES

Los criterios de evaluación en los procesos de licitación juegan un papel muy importante, deben estructurarse buscando la competencia entre los oferentes. La posibilidad de que se conozcan los criterios de evaluación antes de presentar una oferta, da certidumbre a los oferentes, sin embargo, la discrecionalidad que puede existir en las evaluaciones de proyectos de cuantías mayores, deberá regularse en los casos en que el propio mercado muestre poca competencia.

EVALUACIÓN CUALITATIVA

Panamá fue sede, en septiembre del 2013, del “Foro Latinoamericano y del Caribe: Prevención y Lucha Contra la Corrupción y Colusión en las Contrataciones Públicas”, en el cual expresó, a través de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (ACODECO), que han implementado las recomendaciones de la OECD para la detección de prácticas colusorias en los procedimientos de compras públicas. No obstante, a la fecha de celebración del Foro, la ACODECO había abierto únicamente una investigación por restricciones a la competencia en la contratación del excedente de energía generada no contratada, que culminó con el cierre de la investigación por no existir elementos que comprobaran la práctica colusoria⁸⁷.

El marco legal vigente que regula las compras públicas en Panamá, se conforma por el Texto Único de la Ley 22 del 27 de junio de 2006, con las reformas aprobadas por la ley 35 de 2006, Ley 2 de 2007, Ley 21 de 2008, Ley 41 de 2008, Ley 69 de 2009, Ley 80 de 2009, Ley 12 de 2010, Ley 30 de 2010, Ley 66 de 2010 y Ley 48 de 2011 y por el Decreto Ejecutivo N° 366 del Ministerio de Economía y Finanzas de fecha 28 de diciembre de 2006 por el cual se reglamenta la Ley 22 de junio de 2006 que regula la Contratación Pública y dicta otra disposición⁸⁸.

El análisis que aparece a continuación evalúa el Texto Único de la Ley 22 del 27 de junio de 2006, así como el Decreto Ejecutivo N° 366. No obstante, se harán referencias al trabajo que se realiza para combatir las colusiones y que se recoge en manuales, investigaciones, estudios y trabajos.

A raíz de las preguntas formuladas en el cuestionario que se encuentra en el Anexo I y luego de un análisis detallado de la ley vigente, se va a simular un análisis FODA⁸⁹ (SWOT en sus siglas en inglés) de las principales características de la ley. Ello conlleva evaluar los elementos positivos, los negativos, los que pueden representar una amenaza y los que pueden considerarse como una oportunidad de obtener una ventaja, todos ellos, siempre desde un punto de vista de la lucha contra la colusión en compras públicas.

1.FORTALEZAS

- Panamá promueve la entrada de competidores al sistema de compras públicas. Las compras públicas por regla general, deben celebrarse mediante **actos públicos en los que participen empresas nacionales e internacionales**, sin importar la existencia de convenios, tratados o acuerdos comerciales internacionales. Entre los procedimientos para llevar a cabo las licitaciones están las licitaciones públicas, licitaciones abreviadas, licitaciones por mejor valor, licitaciones por convenio marco o contrataciones menores que tienen umbrales establecidos. (Artículo 2 del Texto Único de la Ley 22 del

27 de junio de 2006).

- El único requisito exigible es el de inscribirse en el “Registro de Proponentes” cuando el monto de la contratación exceda treinta mil balboas (B/. 30,000.00), o bien cuando se trate de proponentes a los que se les adjudicó un contrato. El registro no requiere de mayores esfuerzos que hacerlo electrónicamente o bien de forma personal acudiendo al Registro de Proponentes⁹⁰.

- El llamamiento público de las entidades contratantes a todas las personas interesadas en participar en una contratación es también un punto clave que muestra la disposición y apertura a la competencia en los procedimientos de compras públicas, en este sentido, **la legislación panameña obliga que se publiquen todas las convocatorias y contrataciones que haga el Estado**, sin importar el monto de las mismas, la difusión será mediante el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “Panama-Compra”, así como en los tableros informativos de las instituciones respectivas. El Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra” es de acceso público y difunde toda la información relacionada con los actos públicos de contratación, i.e., información de los proveedores, los procesos de licitación, la calendarización de la ejecución de los contratos, pagos, etcétera.

- **Garantiza la confidencialidad de la identidad y propuestas de los participantes.** Una de las prácticas ejemplares que se aplican en Panamá, es la subasta electrónica, un mecanismo adecuado que ayuda a evitar la colusión entre participantes, porque no los reúne físicamente y no se revelan sus posturas en la licitación. Los beneficios de tener un sistema de subastas electrónicas son: i) reducir los costos del procedimiento de compras públicas, ii) evita el contacto directo ya sea entre competidores que entre los participantes y los funcionarios públicos, ya que el procedimiento se lleva de forma electrónica y anónima, iii) promueve la transparencia porque permite a los participantes monitorear el procedimiento⁹¹.

- La competencia igualitaria entre los participantes no depende únicamente de la actuación de los mismos antes de la presentación de las propuestas, también la entidad contratante es responsable de que se tomen las decisiones adecuadas para encauzar la competencia en los procesos de compra a través del establecimiento de un sistema de evaluación igualitario, que implica la difusión anticipada de los criterios de evaluación. En este sentido, la legislación de Panamá no solo obliga a la entidad contratante a publicar los criterios de evaluación y sus modificaciones antes de que se entreguen las propuestas de los participantes, sino también le prohíbe modificar los criterios de evaluación una vez entregadas las propuestas, limitando de esta forma posibles esquemas de disminuyan la competencia.

- Otra de las fortalezas en la legislación panameña se refiere a los mecanismos de defensa que están a disposición de los particulares para que presenten inconformidades y se encuentran regulados por el artículo 127 de La Ley 22 de 27 de junio de 2006. La acción de reclamo se interpone ante la Direc-

ción General de Contrataciones Públicas cuando no se ha realizado la adjudicación, o ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas después de adjudicado el contrato (artículo 130 de la Ley 22 de junio de 2006). La existencia de estos mecanismos **evita la toma de decisiones basadas en discrecionalidades y evalúa a las autoridades.**

2. OPORTUNIDADES

- Una oportunidad de mejora que se recomienda atender dentro de la legislación, **es propiciar la comunicación, cooperación y el intercambio de experiencias entre las entidades contratantes y la ACODECO.** La finalidad de esta recomendación es elevar los esfuerzos para combatir la colusión en los procedimientos de compras públicas, pues es a través de la constante recomendación, opinión, y capacitación profesional por parte de la autoridad de competencia, que será posible diseñar una mejor estrategia en las compras, no sólo para emitir opinión previo a la emisión de la convocatoria o pliegos, sino también para opinar respecto de los participantes que compiten y sobre la decisión de adjudicación.

- Otro elemento que representa un área de oportunidad es el relacionado con el modo de evaluar los casos en que exista empate entre dos competidores. El art. 30 del Decreto Ejecutivo N° 366, establece que **en los casos en que exista empate, y entre los participantes se encuentre una micro, pequeña o mediana empresa, a ésta se le adjudicará el contrato,** sin que para tal adjudicación sea necesario corroborar temas de eficiencia, calidad o precio. Esta disposición representa una ventaja a favor de ciertas empresas y no garantiza la libre competencia que en principio supone la legislación panameña. Es un área de oportunidad para que Panamá favorezca la competencia en los procesos de licitación y promueva el crecimiento de su economía y del mercado, a través de las empresas que mejor se desarrollen, favoreciendo además el mejor empleo de sus recursos en las compras públicas. En un estudio elaborado en el 2013 por la Fundación para el Desarrollo de las Naciones Unidas se explica que una de las mayores críticas de los gobiernos, respecto del modelo estándar de las mejores prácticas en compras públicas, es la imposibilidad que tienen en lograr avances sociales, económicos o ambientales a través del favorecimiento a empresas locales o grupos específicos como las micro, pequeñas y medianas empresas. No obstante, indica el estudio, se trata de una solución momentánea que trae pocos beneficios comparados con los que pueden obtener favoreciendo la competencia, permitir el acceso de empresas internacionales propicia no sólo el desarrollo del mercado interno sino el crecimiento de las mismas empresas internas para competir con las internacionales y beneficia al gobierno en el mejor empleo de sus recursos.

- La tendencia de Panamá de favorecer la libre competencia es una oportunidad que puede aprovechar para impulsar la **realización de estudios de mercado integrales** en los que se logre identificar pro-

ductos, proveedores y otros elementos relevantes del mercado. Entre estos últimos podemos destacar el movimiento de los precios, el comportamiento de los proveedores, si existieron licitaciones previas, similares o iguales. Realizar consultas a la ACODECO para que proporcione información u opinión sobre el tipo de licitación sería también una alternativa muy positiva.

- La flexibilidad de la ley respecto a los documentos que podrá requerir la entidad contratante⁹³ es también una oportunidad para que se incorporen el **Certificado de Oferta Independiente y la Declaración o Certificado de Integridad.** El primero como una manifestación en la que los participantes acepten expresamente que la presentación de su oferta está diseñada de forma independiente, que no se acordaron precios, no compartieron información, no intentaron convencer a otros participantes de realizar un acuerdo de colusión, y en general no han intervenido otros participantes, y el segundo como la manifestación de no cometer actos de corrupción en el procedimiento. Los dos documentos son figuras con las que se notifica, desde la convocatoria, a los participantes, la sujeción a las leyes de competencia, las de compras públicas y las leyes penales en los casos en que cometan algún tipo de acto en contradicción a los certificados presentados; además pueden emplearse también como medios para detectar conductas sospechosas ya sea por la preocupación manifiesta de tener que firmar un documento con esas características, o porque en los mismos documentos manifiesten que los precios son “estándar” o de la “industria” o bien se refieren a clientes o áreas geográficas que pertenecen a algún participante⁹⁴.

3. DEBILIDADES

- **No aprovechamiento de figuras como “compras consolidadas” o “conjuntas”.** Este mecanismo de compra reduce los costos que conlleva la celebración de varios contratos, ya que al ser varias las entidades demandantes, se pueden unir para llevar a cabo solo un procedimiento a través de una sola entidad convocante, otra de las ventajas de las compras consolidadas es que el precio sólo puede disminuir al aumentar la demanda del producto o servicio. En respuesta a la demanda masiva de productos o servicios, la legislación panameña emplea los “convenios marco” que son acuerdos temporales (de máximo dos años que pueden prorrogarse por un año más, de conformidad con el artículo 46 del Texto Único de la Ley 22 del 27 de junio de 2006) respecto de productos o servicios de uso masivo y cotidiano con uno o más proponentes en el que se estipula el precio y condiciones, bajo las que, las entidades contratantes deberán adquirir dichos bienes a través de una orden de compra o un documento análogo. Todos los convenios marco se encuentran dentro del “Catálogo Electrónico de Productos y Servicios” y las entidades están obligadas a revisar el Catálogo antes de solicitar la selección de contratista para la compra de un producto o servicio, (en el caso de los convenios marco no aplica el criterio de división de materia, o fraccionamiento). Los riesgos que se presentan al emplear un “contrato marco” son: i) definir el momento en que se fijará el precio -considerando que el precio

será inamovible por al menos un año y las condiciones del mercado pueden cambiar- y ii) si son varios los proveedores de un solo producto o servicio, la fijación del precio puede ser el resultado de la colusión entre los proveedores⁹⁵.

- **La falta de coacción en la ley de compras, frente a los actos anticompetitivos dentro de los procedimientos de contratación.** El artículo 23 del Texto Único de la Ley 22 del 27 de junio de 2006, señala como conducta imputable el que comete el servidor público que divide la materia de contratación para impedir que la cuantía sea la indicada para la celebración de una licitación y se adjudique a determinado proveedor en contravención de la competencia. En ese caso se sanciona tanto a la entidad contratante como al servidor público. Sin embargo respecto de colusiones entre participantes, la ley no hace mención a sanción alguna. Es conveniente incluir dentro de los pliegos de la convocatoria las sanciones en los casos en que se compruebe que existió colusión, y que las sanciones sean significativas para lograr disuadir a los participantes de coludirse entre ellos, las sanciones pueden ser por ejemplo la inhabilitación, el resarcimiento de daños y perjuicios, penas privativas de libertad, etcétera, de otra forma, los participantes no ven una sanción real en la ley y no se sienten obligados a conducirse de cierta forma.

- Las mejores prácticas concuerdan en que la subcontratación debe evitarse y es indicio de la existencia de colusión entre participantes. Por esta razón, **la falta de regulación clara respecto de la subcontratación, es una debilidad en la legislación de compras de Panamá.** Las subcontrataciones pueden permitirse siempre que se notifique desde el inicio la intención de algún participante de subcontratar. De esa manera, la ley evita la colusión entre participantes durante el procedimiento, en el que cualquiera puede retirarse de la licitación y aparecer como subcontratista del participante ganador. Otra de las maneras en que deben prepararse los funcionarios que diseñan la compra es conocer previamente las condiciones del mercado, estar conscientes del tipo de actos colusorios que pueden presentarse. La legislación panameña permite la subcontratación siempre que el contrato no lo prohíba o se entienda que no es posible subcontratar. Estas condiciones no son suficientes y pueden ser aprovechadas por los participantes que no se ven restringidos a la realización de prácticas colusorias. Es importante aclarar que las subcontrataciones no son, por sí mismas, prácticas colusorias pero pueden ser mecanismos que, de no estar regulados adecuadamente, faciliten las colusiones y reflejen comportamientos extraños. Por ejemplo, la subcontratación continua de participantes que constantemente pierden licitaciones, la aparición de un subcontratista que desiste de su oferta aparentemente exitosa, etcétera.⁹⁶

- El **exceso de transparencia en reuniones previas** es una debilidad porque permite a los posibles participantes conocerse personalmente al inicio del procedimiento de compra. Dicha situación facilita actos de colusión entre ellos. La legislación panameña establece la celebración de audiencias públicas presenciales entre los funcionarios que participan en la licitación y los posibles participantes

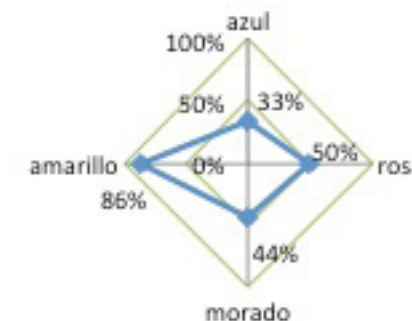
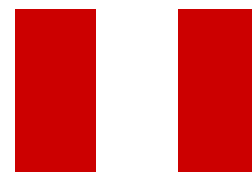
para que se resuelvan dudas, consultas u opiniones respecto de la compra. La reunión puede durar cinco días en casos extraordinarios, pero idealmente dura todo un día. De la reunión se elabora un acta que incluirá los datos de los participantes con las respuestas a todas las dudas planteadas. Todos los participantes deben manifestar en el acta su conformidad con las condiciones pactadas y firmar el acta que formará parte del expediente. Por último la autoridad deberá poner el acta a disposición de todos los proponentes interesados. Adicionalmente, la legislación dispone que de cada acto público de selección de contratistas que se realice, se levantará un acta que indicará los datos de los oferentes, su propuesta, si son admitidas o si son rechazadas. El contacto entre participantes y la revelación de información como propuestas y nombres, facilita la colusión entre ellos, por tanto, es necesario evitar reunirlos en periodos de tiempo continuos y prolongados. Se podrían emplear mecanismos como reuniones electrónicas o solicitud de aclaraciones de forma electrónica que sean consultadas por todos los interesados a través de internet, sin que la información contenida en el acta revele quiénes son los posibles participantes ni sus nombres o información de contacto. Dicha información será únicamente de utilidad a la entidad contratante.

- **Exceso de transparencia en la publicación de la partida presupuestaria y el precio de referencia de la licitación.** En un mercado donde existe libertad de competencia y transparencia se identifica la información sensible para evitar que la misma se use como medio para la realización de prácticas colusorias. Las empresas no necesitan conocer el presupuesto ni los precios de referencia destinados a las compras de determinado bien o servicio, pues los precios del mercado no se miden por el presupuesto sino por las leyes de oferta y demanda. En este sentido, cuando se pone a disposición de las empresas la información relativa al presupuesto con el que cuenta la entidad contratante para adquirir bienes, los participantes pueden aprovecharse para coludirse y ofertar sus productos o servicios al precio máximo disponible por la entidad contratante simulando que compiten en el mercado. La legislación de compras de Panamá tiene como fortaleza la transparencia en sus procedimientos pero esa transparencia en exceso la lleva a facilitar la práctica de conductas colusorias, por tanto, debe replantearse qué información es sensible y puede perjudicar el proceso de competencia en caso de que se revele. Revelar los precios de referencia y el presupuesto no producen ningún tipo de beneficio al procedimiento de compra, de hecho se trata de una herramienta que deberá usar internamente la entidad contratante para evaluar las ofertas, pues divulgar el precio de referencia afecta el comportamiento de los participantes al momento de determinar sus precios.

4. AMENAZAS

- La falta de **regulación que limite la presentación de propuestas conjuntas**, es sin duda una amenaza considerable y que afecta directamente el proceso de competencia al facilitar la colusión entre los proveedores. De conformidad con la OCDE⁹⁷, las ofertas conjuntas pueden constituir un mecanismo de colusión, pero no siempre son dañinas, en algunos casos favorecen la compra, sobre todo cuando se trata de mercados concentrados y en donde los participantes que se unen tienen funciones distintas dentro del mercado. El artículo 5 del Texto Único de la Ley 22 del 27 de junio del 2006 establece que se podrán presentar propuestas conjuntas y que las partes se obligan solidariamente al cumplimiento de todas las partes del contrato. Se permite la participación de consorcios accidentales, pero no requieren de la aprobación de la Autoridad de competencia. Al no existir controles, se facilita la colusión de competidores, por tanto, para mitigar esta amenaza se sugiere incluir los siguientes criterios que justifiquen la autorización de ofertas conjuntas: i) La propuesta conjunta la presentan participantes que tengan diferencias respecto de sus capacidades económicas, financieras y técnicas. Es decir, empresas que se complementan y no empresas que podrían acudir de manera individual a la licitación, ii) que la propuesta de oferta conjunta se encuentre justificada y refleje los beneficios en comparación con propuestas independientes, iv) que una vez presentada reciba la autorización oficial por parte de la autoridad, así como la opinión favorable de la ACODECO, v) que la oferta conjunta se presente únicamente cuando en los pliegos se autorice esa modalidad.

- La falta de regulación de figuras como el **abastecimiento simultáneo o asignación múltiple representa una amenaza** porque este mecanismo debe emplearse bajo ciertas condiciones y no de forma discrecional. Si bien, la legislación panameña no contempla esta figura, es recomendable que se incluya y que la misma se regule para que su empleo no restrinja la competencia. El abastecimiento simultáneo por sí solo, (como es el caso de las ofertas conjuntas, subastas a la inversa, o las subcontrataciones), no tiene efectos necesariamente anticompetitivos. Pero si es empleado de manera correcta, sus beneficios radican en la posibilidad de adquirir los mismos productos o servicios a diferentes precios, la inclusión de micro, pequeñas y medianas empresas así como la garantía de la entidad contratante de contar con proveedores que puedan abastecerlo en caso de incumplimiento de cualquier otro. Por el contrario, las consecuencias negativas del abastecimiento simultáneo son fomentar la colusión de los participantes respecto de los precios propuestos para que éstos coincidan con los precios de referencia, y reducir los niveles de competencia entre los participantes porque tienden a ponerse de acuerdo para ganar conjuntamente el contrato.



PERÚ

RESULTADOS CUESTIONARIO

Ranking por países
Azul: 8° de 14
Rosa: 5° de 14
Morado: 14° de 14
Amarillo: 1° de 14

COMENTARIOS POR AREAS

FAVORECE LA COMPETENCIA

Permite las licitaciones internacionales siempre que exista un tratado o un acuerdo internacional. Permite y regula las subastas a la inversa. No prevé, dentro de la ley, comunicación con la autoridad de competencia durante todo el procedimiento de contratación. Las compras consolidadas son sobre bienes previamente establecidos en la ley. No favorece abiertamente a las micro, pequeñas y medianas empresas, sino que se incentiva su inclusión en las licitaciones en general.

PREVIENE ACTOS COLUSORIOS

No restringe las ofertas conjuntas. Prevé el uso de medios electrónicos para consultas o solicitudes de aclaraciones de las bases, sin embargo revela la identidad de los consultantes. No se publican borradores de las bases definitivas. No requiere la presentación de certificados de oferta independiente. Se imponen sanciones pecuniarias, administrativas y penales por actos colusorios y se restringe la subcontratación.

TRANSPARENCIA

Existe un registro con la información de los proveedores pero no hay claridad de la información reservada o confidencial. Se revela el plan anual de contrataciones con los bienes o servicios que se pretende contratar y el valor referencial destinado para la compra, en cada base de licitación se revela el valor referencial del contrato que se licitará. Las adjudicaciones directas no se restringen adecuadamente. Prevé medios de impugnación pero establece límites respecto del momento para presentarla.

DISCRECIONALIDAD DE LAS ENTIDADES

Prevé la realización de estudios de mercado previo al lanzamiento de la convocatoria. Impone la obligación de pagar por el derecho a participar en una licitación. Prohíbe el fraccionamiento de las licitaciones. No requiere el Certificado de Integridad. No regula el abastecimiento simultáneo. Obliga a que los criterios de evaluación no se modifiquen una vez publicados.

EVALUACIÓN CUALITATIVA

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) encargado de vigilar el cumplimiento de la ley y de promover las mejores prácticas en compras públicas, suscribió el 29 de enero de 2013 un Convenio de Cooperación Interinstitucional que fortalece lazos de colaboración con el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (IN-DECOPI), con el objeto de crear mecanismos de supervisión en la contratación pública, para detectar y prevenir oportunamente las prácticas colusorias en los procesos de contratación de bienes, servicios y obras convocados por cualquier entidad del Perú, además promueve la capacitación en materia de competencia económica.⁹⁸

El marco legal vigente que regula las compras públicas en Perú, se conforma por el Decreto Legislativo No 1017 que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, así como la Ley que modifica el Decreto Legislativo 1017 que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, el DS. No. 184-2008-EF que contiene el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El análisis que aparece a continuación evalúa la legislación arriba señalada. No obstante, se harán referencias al trabajo que se realiza para combatir las colusiones y que se recoge en manuales, investigaciones, estudios y trabajos.⁹⁹

A raíz de las preguntas formuladas en el cuestionario que se encuentra en el Anexo I y luego de un análisis detallado de la ley vigente, se va a simular un análisis FODA¹⁰⁰ (SWOT en sus siglas en inglés) de las principales características de la ley. Ello conlleva evaluar los elementos positivos, los negativos, los que pueden representar una amenaza y los que pueden considerarse como una oportunidad de obtener una ventaja, todos ellos, siempre desde un punto de vista de la lucha contra la colusión en compras públicas.

1. FORTALEZAS

- **La legislación peruana establece como una de las modalidades de contratación, las subastas a la inversa, mismas que pueden llevarse a cabo de forma presencial o electrónica.** La legislación indica cuáles son los bienes susceptibles de adquirirse bajo esta modalidad y requiere de la aprobación previa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) para que autorice determinados bienes y servicios. Las subastas a la inversa que se llevan a cabo de forma presencial no son abiertas totalmente pues, a pesar que sí se reúnen los participantes, cada uno entrega su oferta en sobre cerrado a la autoridad. Por otra parte, la legislación señala que en las subastas electrónicas los participantes deberán enviar su propuesta en el momento indicado a través del sistema electrónico SAECE y una vez finalizado el tiempo para realizar la subasta a la inversa, se registrarán todos los

resultados por orden de prelación de los postores y se elaborará un acta con el detalle de la subasta y los resultados obtenidos. Estas medidas que señala la legislación evitan la colusión entre los participantes porque restringen las posibilidades de comunicación entre ellos. En este contexto, la OCDE señala que deberán evitarse las subastas presenciales o abiertas con duración prolongada de tiempo porque los participantes observan el comportamiento de sus competidores y tienen mayores oportunidades de establecer contacto entre ellos, por tanto no sólo deberá de reducirse el tiempo de las subastas a la inversa presenciales sino también limitar la difusión de información relacionada con la identidad de los postores y sus propuestas. Recomienda al mismo tiempo que, como lo hace la legislación de Perú, se requiera a los participantes la entrega de una única oferta final por escrito porque reduce el tiempo y facilidad de comunicación entre los competidores¹⁰¹.

- El combate a las prácticas colusivas tiene mejor alcance cuando la ley establece el procedimiento para atacarlas y ordena la ejecución de sanciones severas en caso de demostrar su existencia. La legislación de Perú es sin duda ejemplo del avance que se está logrando en materia de competencia económica, **pues en su capítulo de sanciones prevé sanciones por la comisión de “prácticas restrictivas de la libre competencia” y relaciona a la autoridad de competencia en cuanto a la necesidad de que exista un pronunciamiento previo que acredite la práctica.** Respecto a las sanciones, la ley prevé una sanción administrativa de inhabilitación para contratar con el Estado que va de uno a tres años, señalando que la sanción impuesta es sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que se causen. No obstante, el reglamento omite señalar la imposición expresa de sanciones establecidas en la legislación de competencia económica, así como las sanciones económicas o penales, en este sentido y considerando que los actores de una práctica colusoria miden los riesgos en función de las sanciones impuestas, pueden no sentirse obligados a cumplir con la legislación porque las sanciones no representan un daño considerable a su negocio¹⁰².

- Las mejores prácticas sugieren que cuando se **permita al contratista subcontratar parte de sus obligaciones del contrato se restrinja esa libertad a fin de evitar actos colusorios y se le requiera demostrar los beneficios de la subcontratación en precio, calidad o eficiencias.** En el caso de Perú, la legislación permite las subcontrataciones siempre que exista autorización previa de la autoridad, se limiten a un porcentaje del valor del contrato, exista la obligación solidaria de cumplimiento del contrato, los subcontratistas no se encuentren inhabilitados y que de preferencia se trate de subcontratistas pequeñas y medianas empresas.

- La legislación de Perú prohíbe el **fraccionamiento de los contratos.** De esta forma, se consigue combatir posibles actos de colusión y de comportamientos ilícitos por parte de la autoridad (ej. corrupción). El fraccionamiento de los contratos lo pueden utilizar las entidades licitantes para evitar acudir a un determinado procedimiento de compra, como es la licitación pública, y poder llevar a cabo una adjudicación directa. Esto ocurre cuando el procedimiento de compras viene predetermina-

METODOLOGÍA 01.

do por el volumen del contrato, el fraccionamiento posibilita tener un volumen menor y por tanto observar menores garantías en el procedimiento. Por tanto, esta prohibición ayuda a que este tipo de conductas no tengan lugar.

- Las mejores prácticas¹⁰³ sugieren que **los criterios de evaluación se den a conocer desde el momento de la convocatoria** con el objeto de notificar a los participantes el método sobre el que serán calificadas sus propuestas, en este contexto la legislación de Perú ordena que no podrá modificarse en ningún momento los criterios de evaluación contenidos en las bases integradas y publicadas en el SEACE.

2. OPORTUNIDADES

- La OCDE señala que en algunos casos los proveedores tienen la posibilidad de participar en la elaboración de las especificaciones del bien o servicio a contratar, a través de consultas que realiza la entidad contratante sobre el estado del mercado. La preocupación gira en torno a si la información presentada por esos proveedores vicia el estudio y no recoja la información de una porción importante del sector¹⁰⁴. La legislación de Perú establece que deberá realizarse, antes de la convocatoria, un **"estudio de posibilidades que ofrece el mercado" con la información actualizada y disponible de últimas cotizaciones, y usando por lo menos dos fuentes.**

- La promoción a una competencia abierta y de inclusión de varios competidores al proceso de compras públicas se garantiza mediante la realización de **licitación abierta**, que permiten a cualquier proveedor nacional e internacional participar en un procedimiento de compras sin que sea condición de participación la existencia de tratados comerciales internacionales. A diferencia de los procesos de contratación cerrados, las licitaciones abiertas no restringen la competencia¹⁰⁵. En la legislación que se estudia únicamente se permiten las licitaciones internacionales bajo la cobertura de tratados.

- La OCDE recomienda que se mantenga una constante comunicación y cooperación con las distintas entidades especializadas en materia de colusión y corrupción con la finalidad de implementar estrategias integrales, asegurar su implementación y facilitar la persecución de cualquier práctica colusoria. Los beneficios que aporta la comunicación entre agencias son infinitos. En ese contexto sería muy positivo **asegurar en la legislación de la materia, la comunicación y constante intercambio de información entre las entidades contratantes y las autoridades de competencia.**¹⁰⁶

01. METODOLOGÍA

- Las mejores prácticas reconocen la importancia que tiene la **supervisión y auditoría externa sobre los procesos de contratación** porque identifica y minimiza actos fraudulentos, de corrupción y podemos decir también contrarios a la competencia. En países como Suiza o Finlandia se llevan a cabo auditorías externas. Algunos casos en los que puede considerarse la realización de auditorías son por el monto del contrato o su complejidad, la compra de bienes o servicios no usuales, etcétera¹⁰⁷. La legislación de Perú prevé la figura de un supervisor pero sólo en el momento de la ejecución de una obra ya contratada.

- Entre la documentación que se recomienda solicitar a los participantes, **está el Certificado de Oferta Independiente** que implica el reconocimiento personal de cada participante de manifestar que su propuesta no fue acordada con ningún otro participante, o si se comunicó algo, señala la información intercambiada.

- **Falta de precisión en señalar la información que deberá mantenerse en confidencialidad.** La legislación no prevé claramente la clasificación de la información en razón de los efectos adversos que puede ocasionar si se revela, como por ejemplo la información contenida en los Registros y que puede consultarse por los participantes, la información de las consultas o aclaraciones, la información de las ofertas o propuestas realizadas por los demás participantes, etcétera.

3. DEBILIDADES

- **La legislación de compras que se analiza, prevé como medio de impugnación la apelación, pero únicamente puede presentarse después que se otorga la "Buena Pro" (adjudicación), y su resolución corresponde a la entidad contratante o al Tribunal de Contrataciones.** Las mejores prácticas señalan que la ley deberá asegurar la existencia de mecanismos de defensa, que sean resueltos por una autoridad distinta a la entidad contratante, con la finalidad de lograr resoluciones objetivas separando a la autoridad que resuelve de la que lleva a cabo el acto impugnado.

- La imposición de costos adicionales, por ínfimos que sean representan barreras a la entrada y son un factor que perjudica la competencia. Este es el caso de la obligación que impone el Reglamento a los participantes de **pagar el costo del derecho de participación** en el procedimiento de contratación. Este costo, por pequeño que sea, puede restringir la competencia.

- Las compras consolidadas son un mecanismo de compra que reduce los costos de la celebración de varios contratos, facilita la compra al unificar todos los contratos en uno solo, y dificulta la colusión porque los oferentes tienen más incentivos a ganar la licitación. Adicionalmente, el precio sólo puede

disminuir al aumentar la demanda del producto o servicio. La legislación de Perú prevé el uso de compras consolidadas siempre que recaigan sobre los bienes y servicios que están previamente estipuladas en un decreto, no obstante **no señala si existen características comunes que deben cumplir los bienes o servicios sujetos a compras consolidadas.**

- La OCDE sugiere que debe condicionarse la presentación de ofertas conjuntas con la justificación de la razón y beneficios que brinda su propuesta conjunta, ya sea porque se trate de un contrato en el que se vinculan dos mercados distintos y los proveedores no podrían llevar a cabo el contrato de forma independiente o bien porque se combina la fuerza de trabajo que de otra forma es difícil cumplir si solo uno provee el servicio o producto¹⁰⁸. En ese tenor, la legislación de Perú **no impone ninguna restricción ni condición a la presentación de ofertas en consorcio** lo que puede facilitar la comisión de prácticas colusorias.

- La legislación de Perú va de la mano con políticas de transparencia en el procedimiento de compras, no obstante es preciso puntualizar que el exceso de transparencia en ocasiones afecta los procesos de compra. En la legislación que se estudia **se ordena que el Plan Anual de Contrataciones indique los bienes, obras y servicios que se contratarán en el año fiscal, así como el valor referencial destinado a cada uno y en cada convocatoria ordena igualmente publicar el "valor referencial" de cada ítem o de la contratación.** El Plan deberá estar disponible públicamente en el sistema electrónico de contrataciones del Estado. Las mejores prácticas sugieren que se limite la información sobre la suficiencia del presupuesto y únicamente se informe sobre presupuestos para proyectos, metas por dependencia o programas, pero no sobre contratos porque facilita actos de colusión¹⁰⁹.

- **Permite las adjudicaciones selectivas o directas, exigiendo únicamente la justificación por motivos del presupuesto** que se tiene en relación con el valor de la contratación. La OCDE señala que si bien en ocasiones la mejor vía para contratar no es la licitación pública, deberán especificarse claramente los casos de excepción por ejemplo si los proveedores potenciales son reducidos y alguno de ellos tiene poder de mercado o por motivos de seguridad nacional.

4. AMENAZAS

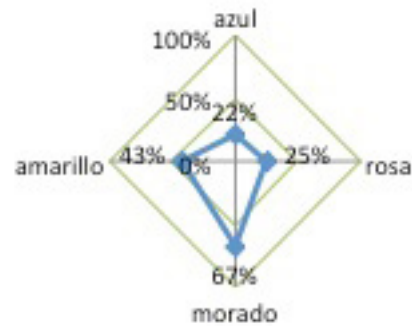
- Los procedimientos de compras pueden ser confusos en cuanto a requerimiento de documentos e información. Las mejores prácticas coinciden en que debe otorgarse a los participantes la aclaración de dudas, procurando que la respuesta sea rápida y clara para que no cause un atraso en la elaboración de sus propuestas. Además deberá circularse la consulta y su respuesta a todos los participantes para asegurar un trato igualitario. La respuesta no debe contener información sensible que perjudique el procedimiento de compras ni facilite actos colusorios¹¹¹. En el caso de la legislación de Perú, las

consultas sobre las bases y sus respuestas se realizarán de forma electrónica, igualmente la presentación de propuestas y el registro de contrataciones. No obstante, el pliego absolutorio que contesta las aclaraciones **revela la identidad del participante que realiza la consulta**, esta circunstancia afecta el procedimiento competitivo de compra porque facilita información que permite la comunicación entre participantes al identificarlos unos a otros en el pliego.

- La legislación peruana establece que existen sectores donde el **Estado tiene interés para que crezca la participación de pequeñas y medianas empresas, esos sectores son en los que exista efectivamente una oferta competitiva.** No hay una preferencia a la contratación de micro, pequeñas y medianas empresas, sino que las integra en el proceso de contrataciones en general. En este sentido, la legislación prevé que si bien el fraccionamiento está prohibido, será posible contratar por etapas, tramos, paquetes o lotes siempre que la naturaleza lo permita para propiciar la participación de micro, pequeñas y medianas empresas si es que existe oferta competitiva en esos mercados. Adicionalmente el Reglamento de la ley indica que se propiciará la participación de la mipymes siempre que los servicios o bienes que ofrezcan sean de calidad y sus costos sean razonables. Las mejores prácticas señalan que no debe favorecerse a un sector social o de empresas porque aunque parece una vía de solución inmediata, no resuelve problemas de desarrollo económico a largo plazo pues impide que la competencia incentive el mejoramiento de las industrias y las posibilidades de que compitan en otros mercados.

- Las condiciones que establece la ley para regular el uso del Registro Nacional de Proveedores constituyen una amenaza al proceso de competencia, toda vez que **obligan a cualquier interesado en participar en un concurso, a inscribirse en el Registro** Nacional de Participantes, para lo cual deberá además cubrir el costo de inscripción.¹¹² Es una amenaza porque el Registro no debe convertirse en una barrera a la entrada de competidores.

REPÚBLICA DOMINICANA



RESULTADOS CUESTIONARIO

Ranking por países
Azul: 14° de 14
Rosa: 13° de 14
Morado: 8° de 14
Amarillo: 8° de 14

COMENTARIOS POR AREAS

FAVORECE LA COMPETENCIA

La celebración de licitaciones públicas internacionales es un procedimiento de excepción. Se favorece al contenido nacional y a las micro, pequeñas y medianas empresas nacionales. No se aprovechan los beneficios de las compras consolidadas, ni de la relación con la autoridad de competencia y se arriesga el uso de subastas a la inversa.

PREVIENE ACTOS COLUSORIOS

Establece sanciones administrativas, pecuniarias y penales en casos de colusión. También requiere la autorización previa para que el proveedor pueda subcontratar. No exige requisitos para que se formen consorcios, se celebran audiencias presenciales, se publican los proyectos de bases para recibir comentarios de los posibles participantes, no se exige el certificado de oferta independiente ni la participación de terceros observadores en los procedimientos de compras.

TRANSPARENCIA

Se favorece en exceso la transparencia y se descuida el resguardo de información que debe ser confidencial. Se fomenta el debate presencial, entre los posibles participantes, para la elaboración definitiva de las bases. Se publica el programa anual de compras públicas incluyendo el presupuesto destinado, y en algunos casos se revelan los rangos de precios para concursar.

DISCRECIONALIDAD DE LAS ENTIDADES

Deberán reforzarse disposiciones que reduzcan el margen de discrecionalidad de las autoridades. No se requieren estudios del mercado previos a la licitación. No queda claro si se pueden o no realizar modificaciones a los criterios de evaluación, no se exige la declaración de integridad y no se aprovecha la figura del abastecimiento simultáneo.

EVALUACIÓN CUALITATIVA

El marco legal vigente que regula las compras públicas en República Dominicana, se conforma por la Ley No. 340-06 sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones con modificaciones del Ley 449-06, así como el Reglamento de la Ley sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones.¹¹³

El análisis que aparece a continuación evalúa la Ley No. 340-06 sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones con modificaciones del Ley 449-06, así como el Reglamento de la Ley sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones. No obstante, se harán referencias al trabajo que se realiza para combatir las colusiones y que se recoge en manuales, investigaciones, estudios y trabajos.

A raíz de las preguntas formuladas en el cuestionario que se encuentra en el Anexo I y luego de un análisis detallado de la ley vigente, se va a simular un análisis FODA¹¹⁴ (SWOT en sus siglas en inglés) de las principales características de la ley. Ello conlleva evaluar los elementos positivos, los negativos, los que pueden representar una amenaza y los que pueden considerarse como una oportunidad de obtener una ventaja, todos ellos, siempre desde un punto de vista de la lucha contra la colusión en compras públicas.

1. FORTALEZAS

- Un elemento que fortalece a la legislación de compras de República Dominicana es que **obliga a la realización de subastas a la inversa a través de medios electrónicos**. La OCDE señala que la información revelada durante una subasta presencial y pública facilita la llamada “colusión en subasta” o “*in-auction collusion*” porque durante la presentación de ofertas hay tiempo para que los participantes se comuniquen y lleguen a acuerdos colusorios¹¹⁵. Esta situación disminuye en los casos en que la subasta se lleva a cabo por medios electrónicos pues ninguno de los proponentes se comunica con otro y todas las ofertas de mejor precio se realizan de forma simultánea, el reglamento a la ley de compras además establece que para el caso de subastas a la inversa no se revelará la identidad de los participantes, ni el número de los participantes ni los montos de sus ofertas iniciales.
- De conformidad con las mejores prácticas, la ley deberá establecer sanciones y procedimientos de penalización que disuadan a los particulares de cometer actos de colusión en los procesos de licitación¹¹⁶. **La legislación de República Dominicana establece sanciones por la comisión de actos colusorios**. La ley castiga con inhabilitación de uno a cinco años o de forma permanente y sin per-

juicio de las responsabilidades civiles y penales correspondientes a quien lleve a cabo actos de colusión en la presentación de la oferta.

- Si bien las subcontrataciones pueden ser un medio para la comisión de actos colusorios, también es cierto que bien empleadas favorecen la inclusión de participantes con características distintas, por esta razón las legislaciones deben permitir las subcontrataciones siempre que cumplan con ciertas condiciones como la necesidad de una autorización previa para subcontratar y la justificación de la conveniencia de la subcontratación¹¹⁷. La legislación de República Dominicana requiere de la **autorización previa de la entidad contratante para que se pueda subcontratar**.

- De conformidad con la OCDE, existen situaciones en las que los procedimientos de contratación más convenientes no son necesariamente a través de licitaciones públicas, sino a través de contrataciones directas claramente identificadas por la ley, por ejemplo si los proveedores potenciales son reducidos y alguno de ellos tiene poder de mercado, o por motivos de seguridad nacional. **La legislación de República Dominicana establece que las adquisiciones directas son casos de excepción establecidos en la ley** y que pueden darse por la existencia de un único proveedor, por situaciones de urgencia o emergencia nacional, situaciones de seguridad nacional, etcétera. Las mejores prácticas señalan que el tipo de procedimiento de compra que se pretende realizar siempre tendrá un impacto en los niveles de corrupción y colusión; en el caso de adjudicaciones directas las posibilidades de actos de corrupción y colusión se elevan ya que son casos de excepción que no se sujetan a condiciones de competencia ni de transparencia normales, por lo que la ley debe ser exhaustiva en señalar los casos específicos en que deberá llevarse a cabo la adjudicación directa.

- En un estudio realizado por la UNODC,¹¹⁹ se explica que los actos de corrupción que afectan a la competencia pueden derivar de amplios márgenes de discreción a favor de la entidad contratante. En proyectos muy grandes, por ejemplo de infraestructura, mismos que pueden tardar muchos años en concretarse, algunos funcionarios, antes de diseñar el procedimiento de contratación, aceptan sobornos para contratar con ciertos proveedores y como consecuencia fraccionan el contrato en varios y los adecuan a las características de cada uno. Deberá evitarse una regulación que permita la aplicación discrecional de este mecanismo. La legislación de República Dominicana **prohíbe expresamente el fraccionamiento de contratos**.

2. OPORTUNIDADES.

- La legislación de compras de República Dominicana **permite la participación de empresas nacionales y extranjeras**. La legislación ordena que las contrataciones sean a través del procedimiento

de licitaciones públicas y aunque su aplicación depende de los umbrales del valor de la contratación y del tipo de compra, la ley permite que esas licitaciones públicas sean internacionales bajo ciertas condiciones como: (i) la existencia previa de un tratado comercial, (ii) que los oferentes nacionales no tengan suficiente capacidad de proveer los bienes o ejecutar las obras, o (iii) que se haya declarado desierta la licitación pública nacional. No obstante, la ley no prevé licitaciones públicas abiertas que permitan la participación de nacionales y extranjeros sin que sea necesaria la existencia de Tratados o Convenios Internacionales. De conformidad con la OCDE¹²⁰, las compras públicas y abiertas son más eficientes y reducen las posibilidades de colusión al aumentar el número de participantes, toda vez que la posibilidad y el costo para coludirse es más alto.

- **Es conveniente que las entidades contratantes y la autoridad de competencia se comuniquen e intercambien experiencias** a fin de mejorar sus procedimientos y prevenir o castigar de una mejor forma la comisión de actos colusorios. Bélgica y Estados Unidos por ejemplo han recurrido al consejo de comisiones para tomar decisiones de proyectos grandes o de mucha importancia, esas decisiones a veces se toman en conjunto basadas en actos de apoyo mutuo.¹²¹

- La OCDE señala que requerir el **Certificado de Determinación de Oferta Independiente**¹²² en el que los participantes manifiestan por escrito haber determinado el precio de su oferta solos y sin la influencia de otros participantes, es un recordatorio de lo que estipula la ley al respecto de las colusiones y sus consecuencias, así como una prueba en caso de que se compruebe su comisión. Por otra parte, el **Certificado de Integridad** sirve para que los participantes se comprometan a no llevar a cabo actos de corrupción durante el procedimiento, y de la misma forma les recuerda las disposiciones legales a las que se sujetan. República Dominicana **no requiere ninguno de estos certificados**.

- Fomentar el desarrollo de empresas locales es uno de los objetivos de todos los países de América Latina. La legislación de compras públicas de República Dominicana **favorece a micro, pequeñas y medianas** (mipymes) empresas reservando el veinte por ciento (20%) del presupuesto de cada entidad contratante a compras públicas que fomenten el desarrollo y competitividad de mipymes y un ochenta por ciento (80%) en la posibilidad de presentar ofertas parciales. Además difundirá en el Consejo Nacional PROMIPYMES el presupuesto y oportunidades para que participen en las contrataciones públicas, a fin de garantizar a las mipymes su crecimiento en el mercado. Al respecto la UNCITRAL considera que estas políticas “socio-económicas” constituyen excepciones que se aplican al principio de libre competencia y su implementación puede ocasionar mayores costos a corto y largo plazo pero al mismo tiempo **son medidas que sirven de forma transitoria, no permanente**, para garantizar e impulsar la entrada de proveedores locales que están en crecimiento, así como la preparación de una apertura al mercado internacional. En ningún caso estas medidas deberán implementarse como formas de proteccionismo sino como vías para la apertura del mercado.

- El uso de tecnologías electrónicas para hacer más eficientes los procedimientos de contratación brinda mayor transparencia y control en el intercambio de información, desde la publicación de la convocatoria, envío de propuestas, desahogo de aclaraciones, subastas a la inversa, adjudicación, hasta el monitoreo del cumplimiento de los contratos. **La legislación de República Dominicana prevé que por medios electrónicos se publique, difunda, gestione la contratación**, los procedimientos de pago, las notificaciones, la digitalización de documentos, el expediente digital, el envío de ofertas, presentación de informes, documentos, comunicaciones, recursos administrativos entre otras. Estas medidas favorecen procedimientos más competitivos porque se restringe la información y los acercamientos presenciales entre competidores.

3. DEBILIDADES

- Las mejores prácticas sugieren que los elementos que debe contener la convocatoria son: (i) información relacionada con los bienes o servicios requeridos incluyendo sus especificaciones, (ii) criterios de evaluación no discriminatorios, (iii) garantías solicitadas y términos de pago y ejecución del contrato; y, (iv) información del contacto de la entidad contratante¹²⁴. La legislación de República Dominicana contempla únicamente el primer y último punto, y **deja a discreción de la entidad los criterios de evaluación y las condiciones del contrato**; la falta de información puede causar una mala decisión al momento de la compra, por la falta de certeza sobre los criterios de evaluación de las propuestas y de las oportunidades reales de los participantes a cumplir con las garantías o condiciones del contrato. Esta situación de no conocer los criterios de evaluación puede ser un mecanismo empleado por funcionarios públicos para favorecer a algún participante en la adjudicación del contrato.

- **Prevé la realización de reuniones entre la autoridad y los posibles licitantes, con el propósito de debatir los proyectos del pliego de condiciones**, facilitando de este modo, posibles esquemas de colusión entre los oferentes. Como lo hemos mencionado en otras partes del presente estudio, las solicitudes de aclaraciones o consultas son un derecho que debe garantizarse a los participantes de una licitación, pero seguirá ciertas formalidades para no convertirse en un medio que facilite la comunicación entre los participantes ya sea reuniéndolos en un sitio o bien revelando sus identidades. La legislación de República Dominicana establece la posibilidad de llevar a cabo audiencias, incluso se repartirá a todos un acta que contenga las preguntas y respuestas formuladas.

- **La legislación no prevé la necesidad de llevar a cabo estudios de mercado**, no obstante, existe el Sistema de Información de Precios que informa a las entidades contratantes sobre los valores de mercado de los bienes y servicios de uso común, y los precios en que se adquirieron los bienes por parte de las entidades. Es una debilidad porque no hay un estudio integral del mercado donde se pretende comprar, no se sabe cuántos proveedores hay, quiénes son, cuáles son las condiciones de competencia del mercado, si alguno tiene poder sustancial, si existen bienes o servicios accesibles, etcétera.

4. AMENAZAS

- Las mejores prácticas coinciden en señalar que si bien es conveniente contar con un registro de proveedores, es fácil que su uso se convierta en un obstáculo a la entrada de nuevos competidores. La legislación que se analiza prevé la existencia del “Registro de Proveedores del Estado” que administra la información de todos los interesados en proveer bienes o servicios al gobierno, clasificando a los proveedores por actividad; Adicionalmente prevé un registro especial de proveedores y consultores incumplidos, en el que se registran las sanciones impuestas. Por otra parte, la legislación establece que **para participar en una licitación, es necesario estar inscrito en el Registro de Proveedores**, o bien, presentar la solicitud de inscripción al momento de realizar la propuesta. La propuesta se resolverá en la etapa de subsanación de la oferta técnica, pero en todos los casos, en que se trate de sorteo de obras, comparación de precios, subasta inversa y compras menores, es necesario contar con la inscripción previa en el Registro de Proveedores del Estado y tratándose de empresas extranjeras, la suscripción del contrato adjudicado no se realizará hasta que no cuenten con la inscripción al Registro. Estas condiciones constituyen una barrera legal a la competencia al condicionar excesivamente la participación y adjudicación de los participantes.

- Los mecanismos de defensa de los particulares garantizan el control y acatamiento de las leyes por parte de las entidades contratantes. En un estudio realizado por el IMCO, señala que cualquier sistema de compras debe permitir a los participantes impugnar o presentar inconformidades y recursos, para lo cual es imprescindible que la autoridad ante la que se presenta la inconformidad sea distinta a la que licita¹²⁵. En este orden de ideas, la legislación de República Dominicana **prevé mecanismos de defensa consistentes en el recurso de impugnación, sin embargo se resuelven por la misma entidad contratante** y su resolución puede atacarse por la vía de la apelación que resuelve el Órgano Rector que pertenece al Sistema de Contrataciones de Bienes, Obras, Servicios y Concesiones. En el caso que existan controversias no resueltas en esa primera instancia, las resolverá el Tribunal de lo Contencioso Administrativo; también prevé un mecanismo para que cualquier persona denuncie violaciones a la legislación de compras, que inicia con la denuncia ante el Órgano Rector, al que le corresponde dar seguimiento hasta la resolución de la investigación.

- La legislación de República Dominicana **no prohíbe expresamente revelar precios de referencia de los contratos**, lo que constituye una amenaza considerable al procedimiento de compras porque las entidades no están impedidas para revelar ese tipo de información sensible y que puede favorecer actos colusorios o anticompetitivos¹²⁶.

- Las mejores prácticas convienen en prohibir el “abastecimiento simultáneo”¹²⁷, es decir la adjudicación de un mismo contrato a distintos proveedores. Estas prácticas sugieren que una vez sabida la

posibilidad de que se les adjudique un mismo contrato a todos fomenta los acuerdos sobre rangos de precios a ofertar. La no prohibición expresa de este tipo de figuras puede convertirse en un acto de discrecionalidad. República Dominicana **no prohíbe expresamente el abastecimiento simultáneo.**

- Como se desarrolló anteriormente, las mejores prácticas convienen en que se condicione la presentación de ofertas conjuntas a la autorización previa por parte de la autoridad, a la justificación de su viabilidad y conveniencia, a la posibilidad de llevarlas a cabo dependiendo del tipo de contrato, todo esto con la finalidad de evitar que este mecanismo sea producto del acuerdo entre varios competidores que se ponen de acuerdo para presentar una oferta y adjudicarse el contrato a un precio más elevado que el que resultaría de una oferta independiente. Al respecto, la legislación de República Dominicana **prevé la formación de consorcios temporales para efectos de la participación en compras públicas, pero no exige requisitos de justificación previa ni el permiso previo de alguna autoridad.**

- La legislación de República Dominicana **obliga a publicar los planes y programas de contratación de bienes y servicios** junto con el detalle de las obras a ejecutarse, los bienes a adquirirse y los servicios a contratarse en el año **incluyendo el presupuesto estimado y el cronograma de implementación.** Al respecto las mejores prácticas señalan que debe evitarse la difusión de información que revele el límite del presupuesto disponible para cada contrato, así como el tipo de contratos que se celebrarán porque toda esa información puede usarse por los proveedores como medios para acomodar sus propuestas al precio máximo del presupuesto, o bien a coludirse con suficiente tiempo para planear sus posturas en las licitaciones.

BIBLIOGRAFÍA

12. Guía práctica de compras públicas. Recomendaciones para comprar bien a nivel estatal. IMCO. http://imco.org.mx/wp-content/uploads/2013/7/Guia_de_compras_publicas_011012.pdf
13. Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas. OCDE. 2009 <http://www.oecd.org/competition/cartels/42761715.pdf>
14. Gerring, J., Social Science Methodology, A critical Framework, p. 207, Boston University, CUP.
15. Método de planeación estratégica creado por Albert Humphrey para empresas que consiste en analizar las Fuerzas, Oportunidades, Debilidades y Amenazas que engloba cualquier nuevo proyecto o negocio con el objetivo de establecer las metas del mismo.
16. Es importante mencionar que Argentina, al ser un país federal, cuenta con provincias que tienen su propia legislación en materia de compras públicas. Esta característica dificulta que se puedan extraer conclusiones de carácter general para todo el país.
17. Ley Nº 8666, de 21 de Junio de 1993, disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm
18. Método de planeación estratégica creado por Albert Humphrey para empresas que consiste en analizar las Fuerzas, Oportunidades, Debilidades y Amenazas que engloba cualquier nuevo proyecto o negocio con el objetivo de establecer las metas del mismo.
19. Ver Dimitri Szerman. Public Procurement Auctions in Brazil, The London School of Economics and Science, July 2012, p. 20. Disponible en http://etheses.lse.ac.uk/681/1/Szerman_Public_procurement_auctions.pdf
20. Alexander Ribeiro Motta, Public Procurement In Brazil Federal Government: A Perspective From The Agents Responsible For Its Regulation And Operation, p. 6. Disponible en <http://www.ippa.org/IPPC4/Proceedings/01ComparativeProcurement/Paper1-4.pdf>
21. Ver The International Comparative Legal Guide to: Public Procurement 2012, Global Legal Group, capítulo 6, Brasil. Disponible en http://intranet.tfts.com.br/public/Arquivo_17-01-2012_16-58-17.pdf
22. Normativa en materia de compras públicas de Chile: http://www.chilecompra.cl/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=10&Itemid=548
23. Método de planeación estratégica creado por Albert Humphrey, para empresas, que consiste en analizar las Fuerzas, Oportunidades, Debilidades y Amenazas que engloba cualquier nuevo proyecto o negocio con el objetivo de establecer las metas del mismo.
24. Guidebook on anti-corruption in public procurement and the management of public finances. Good practices in ensuring compliance with article 9 of the United Nations Convention against Corruption. UNODC. United Nations, September 2013. pp. 16 y 17. www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/Guidebook_on_anti-corruption_in_public_procurement_and_the_management_of_public_finances.pdf
25. Guía práctica de compras públicas. Recomendaciones para comprar bien a nivel estatal. Instituto Mexicano para la Competitividad, A.C., 2012. p. 66.
26. Procurement for local Development. A Guide to best practice in local government procurement in least developed countries. United Nations Capital Development Fund. 2013. pp. 6 a 9. <http://www.unctf.org/en/node/2288>
27. Fighting Cartels in Public Procurement. Policy Brief. OECD. October, 2008. p. 4. www.oecd.org/competition/cartels/41505296.pdf
28. Political and other forms of corruption in the attribution of public procurement contracts and allocation of EU funds: extent of the phenomenon and overview of practices. European Parliament. 2013. p. 43.
29. IMCO, op. cit., nota 25, p.75
30. Collusion and Corruption in public procurement. Global Forum on Competition. Policy Roundtables. OECD. 2010, p. 27. www.oecd.org/competition/cartels/46235884.pdf

31. *Ibidem*, p. 308.
32. A Secretariat Report in Colombian Procurement Laws and Practices. OCDE. 2014, p. 16. http://www.oecd.org/daf/competition/Booklet_SIC%20Procurement%20Report_16X23_REV_web.pdf
33. Artículo 38 de la Ley 1510 de 2013, disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=53776>
34. OCDE, op. cit., nota 32, p.48.
35. *Ibidem*, p.39.
36. *Ibidem*, p.23.
37. *Ibidem*, p.39.
38. Artículo 2, disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=53776>
39. Leyes y Reglamentos en materia de Compras Públicas de Costa Rica: <http://www.mer-link.co.cr/index.jsp>
40. Método de planeación estratégica creado por Albert Humphrey, para empresas, que consiste en analizar las Fuerzas, Oportunidades, Debilidades y Amenazas que engloba cualquier nuevo proyecto o negocio con el objetivo de establecer las metas del mismo.
41. Guidebook on anti-corruption in public procurement and the management of public finances. Good practices in ensuring compliance with article 9 of the United Nations Convention against Corruption. UNODC. United Nations. 2013. pp. 16 y 17. www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/Guidebook_on_anti-corruption_in_public_procurement_and_the_management_of_public_finances.pdf
42. Fighting Cartels in Public Procurement. OECD. Policy Brief. October, 2008. p. 4. www.oecd.org/competition/cartels/41505296.pdf
43. *Ibidem*, p. 3.
44. Normativa en materia de compras públicas de Ecuador: <http://portal.compraspublicas.gob.ec/incop/transparencia/>
45. Método de planeación estratégica creado por Albert Humphrey, para empresas, que consiste en analizar las Fuerzas, Oportunidades, Debilidades y Amenazas que engloba cualquier nuevo proyecto o negocio con el objetivo de establecer las metas del mismo.
46. Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas. OECD. Febrero, 2009. p. 10. <http://www.oecd.org/daf/competition/cartelsandanti-competitiveagreements/42761715.pdf>
47. *Ibidem*, pp. 1 y 2.
48. Guía práctica de compras públicas. Recomendaciones para comprar bien a nivel estatal. IMCO. Instituto Mexicano para la Competitividad A.C., México, 2012. p. 75.
49. Guidebook on anti-corruption in public procurement and the management of public finances. Good practices in ensuring compliance with article 9 of the United Nations Convention against Corruption. UNODC. United Nations, September 2013. p. 27. www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/Guidebook_on_anti-corruption_in_public_procurement_and_the_management_of_public_finances.pdf
50. Collusion and Corruption in public procurement. Global Forum on Competition. Policy Roundtables. OECD. February, 2010 p. 28. www.oecd.org/competition/cartels/46235884.pdf
51. Asamblea Legislativa de El Salvador. Centro de Documentación Legislativa: <http://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indice-legislativo/buscador-de-documentos-legislativos/ley-de-adquisiciones-y-contrataciones-de-la-administracion-publica>
52. Método de planeación estratégica creado por Albert Humphrey, para empresas, que consiste en analizar las Fuerzas, Oportunidades, Debilidades y Amenazas que engloba cualquier nuevo proyecto o negocio con el objetivo de establecer las metas del mismo.
53. Fighting Bribery in Public Procurement in Asia and the Pacific. Proceedings of the 7th Regional Seminar on making international anti-corruption standards operations. ADB/OECD. Asian Development Bank. Organisation for Economic Co-Operation and Development. 2007. p. 62

54. Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas. OCDE. Febrero, 2009. pp. 1 y 2. <http://www.oecd.org/daf/competition/cartelsandanti-competitiveagreements/42761715.pdf>
55. Guidebook on anti-corruption in public procurement and the management of public finances. Good practices in ensuring compliance with article 9 of the United Nations Convention against Corruption. UNODC. United Nations, September 2013. p. 27. www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/Guidebook_on_anti-corruption_in_public_procurement_and_the_management_of_public_finances.pdf
56. Procurement for local development. A guide to best practice in local government procurement in least developed countries. UNCDF. United Nations Capital Development Fund. 2013. p. 8. <http://www.uncdf.org/en/node/2288>
57. Competencia en las compras públicas: Evaluación de la calidad de la normatividad estatal en México. IMCO. Septiembre, 2011. p. 22.
58. Principles for Integrity in Public Procurement. Organisation for Economic Co-Operation and Development. OECD. 2009. p. 91.
59. Artículos 340 Quien, con propósitos ilícitos, realizare actos con evidente perjuicio para la economía nacional, absorbiendo la producción de uno o más ramos industriales, o de una misma actividad comercial o agropecuaria, o se aprovechar exclusivamente de ellos a través de algún privilegio, o utilizando cualquier otro medio, o efectuare maniobras o convenios, aunque se disimularen con la constitución de varias empresas, para vender géneros a determinados precios en evidente perjuicio de la economía nacional o de particulares, será sancionado con prisión de seis meses a cinco años y multa de quinientos a diez mil quetzales.
Artículo 341.- Se consideran, también, actos de monopolio contrarios a la economía pública y al interés social: 1o. El acaparamiento o sustracción al consumo de artículos de primera necesidad, con el propósito de provocar el alza de los precios en el mercado interno. 2o. Todo acto o procedimiento que impida o se proponga impedir la libre concurrencia en la producción o en el comercio. 3o. Los convenios o pactos celebrados sin previa autorización gubernativa, encaminados a limitar la producción o elaboración de algún artículo, con el propósito de establecer o sostener privilegios y lucrar con ellos. 4o. La venta de bienes de cualquier naturaleza, por debajo del precio de costo, que tenga por objeto impedir la libre concurrencia en el mercado interno. 5o. La exportación de artículos de primera necesidad sin permiso de la autoridad competente, cuando se requiera, si con ello puede producirse escasez o carestía. El responsable de algunos de los hechos enumerados anteriormente, será sancionado con prisión de seis meses a tres años y multa de doscientos a cinco mil quetzales.
60. Artículo 361. (Prohibición de Monopolios). Todas las empresas, tienen la obligación de contratar con cualquiera que solicite los productos o servicios que prestan, observando igualdad de trato entre las diversas categorías de consumidores.
61. Artículo 130. Prohibición de monopolios. Se prohíben los monopolios y privilegios. El Estado, limitará el funcionamiento de las empresas que absorban o tiendan a absorber, en perjuicio de la economía nacional, la producción en uno o más ramos industriales o de una misma actividad comercial o agropecuaria. Las leyes determinarán lo relativo a esta materia. El Estado protegerá la economía de mercado e impedirá las asociaciones que tiendan a restringir la libertad del mercado o a perjudicar a los consumidores.
62. Base legal y normativa en materia de compras públicas de Guatemala: <http://www.guatecompras.gt/info/legislacion.aspx>
63. Método de planeación estratégica creado por Albert Humphrey, para empresas, que consiste en analizar las Fuerzas, Oportunidades, Debilidades y Amenazas que engloba cualquier nuevo proyecto o negocio con el objetivo de establecer las metas del mismo.
64. Guía práctica de compras públicas. Recomendaciones para comprar bien a nivel estatal. Instituto Mexicano para la Competitividad A.C. IMCO. 2012. p. 45.

65. Principles for Integrity in Public Procurement. Organisation for Economic Co-Operation and Development. OECD. 2009. p. 23.
66. IMCO, op. cit., nota 64, p. 69.
67. Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas. OCDE. Febrero, 2009. pp. 1 y 2. <http://www.oecd.org/daf/competition/cartelsandanti-competitiveagreements/42761715.pdf>
68. Legislación hondureña en materia de compras públicas: <http://www.honducopras.gob.hn/Info/Normativa.aspx>
69. Método de planeación estratégica creado por Albert Humphrey, para empresas, que consiste en analizar las Fuerzas, Oportunidades, Debilidades y Amenazas que engloba cualquier nuevo proyecto o negocio con el objetivo de establecer las metas del mismo.
70. Political and other forms of corruption in the attribution of public procurement contracts and allocation of EU funds: extent of the phenomenon and overview of practices. European Parliament. European Union. September, 2013. p. 25.
71. Guidebook on anti-corruption in public procurement and the management of public finances. Good practices in ensuring compliance with article 9 of the United Nations Convention against Corruption. UNODC. United Nations, September 2013. p. 27. www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/Guidebook_on_anti-corruption_in_public_procurement_and_the_management_of_public_finances.pdf
72. Integrity in Public Procurement. Good Practice from A to Z. Organisation for Public Co-Operation and Development. OECD. 2007. p. 152.
73. UNODC, op. cit., nota 71, p. 8.
74. Principles for Integrity in Public Procurement. Organisation for Economic Co-Operation and Development. OECD Publishing, 2009. p. 91.
75. Competencia en compras públicas: Evaluación de la calidad de la normatividad estatal en México. IMCO. Septiembre, 2011.
76. CompraNet cuenta con un la información del Registro Único de Proveedores en el cual se clasifica a las empresas de acuerdo a su actividad, datos generales, nacionalidad e historial en materia de contrataciones y su cumplimiento. Además, contiene la información de los testigos sociales quienes participarán en las etapas de procedimientos de licitación pública y emitirán su testimonio final con observaciones y recomendaciones que será difundido en CompraNet.
77. No obstante los lineamientos permiten que la puja sea hacia ascendente o descendente.
78. La Ley prevé que su implementación se haga a partir de los lineamientos expedidos por la Secretaría de la Función Pública el 9 de septiembre de 2010.
79. Ordenamiento normativo de Nicaragua en materia de compras públicas: <http://www.nicaraguacompra.gob.ni/normativa>
80. Método de planeación estratégica creado por Albert Humphrey, para empresas, que consiste en analizar las Fuerzas, Oportunidades, Debilidades y Amenazas que engloba cualquier nuevo proyecto o negocio con el objetivo de establecer las metas del mismo.
81. Guía práctica de compras públicas. Recomendaciones para comprar bien a nivel estatal. IMCO. 2012. p. 66.
82. Principles for Integrity in Public Procurement. Organisation for Economic Co-Operation and Development. OECD, 2009. p. 36.
83. Procurement for local development. A guide to best practice in local government procurement in least developed countries. UNCDF. United Nations Capital Development Fund. 2013. p. 33. <http://www.uncdf.org/en/node/2288>
84. Integrity in Public Procurement. Good Practice from A to Z. OCDE. 2007. p. 15.
85. Collusion and Corruption in public procurement. Global Forum on Competition. Policy Roundtables. OECD. February, 2010 p.145. www.oecd.org/competition/cartels/46235884.pdf
86. Fighting Cartels in Public Procurement. OCDE. October, 2008. p.5. www.oecd.org/competition/cartels/41505296.pdf

87. ACODECO. “Usando la Lista de Verificación de la OCDE para lograr el Efecto Óptimo en la Detección de la Colusión: Lecciones de su aplicación Práctica en Panamá”. Presentación de Jovany Morales. Economista Departamento de Análisis y Estudios de Mercado. Septiembre 11, 2013, disponible en: <http://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0C-CUQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.autoridaddelconsumidor.gob.pa%2FForoCompetencia%2F-FORO-%2520Prevision%2FGovRisk%2520Forum%2520on%2520Corruption%2520and%2520Collusion%2520in%2520Public%2520Procurement%2520-%2520USB%2520Files%2FES-P%2520Presentations%2FDay%25202%2FDay2-10-00-Morales-ListadeVerificacionOCDE.pdf&ei=gQ6RU9XMOcMqgB4YCCQ&usq=AFQjCNGG4h18EquAwExYM6QkJFKevwasB-g&sig2=iioHMakNK4kjj8UPKlfq-Q&bvm=bv.68445247,d.b2k>. Panamá. Refiriéndose al documento “Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas” OCDE. Febrero, 2009. Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/42761715.pdf>
88. Texto Único de la Ley 22 de 27 de Junio de 2006 que regula la contratación pública. Disponible en <http://www.panamacompra.gob.pa/Portal/Leyes.aspx>
89. Método de planeación estratégica creado por Albert Humphrey, para empresas, que consiste en analizar las Fuerzas, Oportunidades, Debilidades y Amenazas que engloba cualquier nuevo proyecto o negocio con el objetivo de establecer las metas del mismo.
90. Portal del Registro de Proponentes del sitio web PanamaCompra: <https://www.panamacompra.gob.pa/Portal/RegistroProveedor.aspx>
91. Organisation for Economic Co-Operation and Development. OECD. Integrity in Public Procurement. Good Practice from A to Z. Paris, Francia. 2007. p. 73
92. Procurement for Local Development. A Guide to best practice in Local Government Procurement in least Developed Countries. UNCDF. New York, 2013. p. 9. <http://www.uncdf.org/en/node/2288>
93. Artículo 28 del Texto Único de la Ley 22 del 27 de junio de 2006.
94. Guía práctica de compras públicas. Recomendaciones para comprar bien a nivel estatal. IMCO. México. pp. 95 a 98.
95. *Ibidem*, p. 66.
96. Collusion and corruption in public procurement. Global Forum on Competition. Policy Roundtables. OECD. 2010. p. 460. www.oecd.org/competition/cartels/46235884.pdf
97. *Ibidem*, p. 247, y, Fighting Cartels in Public Procurement. OECD. October, 2008, p. 5. www.oecd.org/competition/cartels/41505296.pdf
98. Informe Anual 2013. Unidad de Cooperación y Asuntos Internacionales. OSCE. Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. Oficina de Planteamiento y Desarrollo. 2014.
99. Normatividad en materia de Contrataciones del Estado de Perú: http://mef.gob.pe/index.php?option=com_docman&Itemid=101048&lang=es
100. Método de planeación estratégica creado por Albert Humphrey, para empresas, que consiste en analizar las Fuerzas, Oportunidades, Debilidades y Amenazas que engloba cualquier nuevo proyecto o negocio con el objetivo de establecer las metas del mismo.
101. Collusion and Corruption in public procurement. Global Forum on Competition. Policy Roundtables. OECD. February, 2010 p. 27. www.oecd.org/competition/cartels/46235884.pdf
102. *Ibidem*, p. 13.
103. Guía práctica de compras públicas. Recomendaciones para comprar bien a nivel estatal. IMCO. 2012. p. 45.
104. Integrity in Public Procurement. Good Practice from A to Z. OECD. 2007. p. 35.
105. Political and other forms of corruption in the attribution of public procurement contracts and allocation of EU funds: extent of the phenomenon and overview of practices. European Parliament. European Union. September, 2013. p. 26.

106. OECD, op. cit., nota 101, p. 11.
107. OECD, op. cit., nota 104, p. 95.
108. IMCO, op. cit., nota 103, p. 69.
109. *Ibíd.*, p. 75.
110. Guidebook on anti-corruption in public procurement and the management of public finances. Good practices in ensuring compliance with article 9 of the United Nations Convention against Corruption. UNODC. United Nations, September 2013. p. 6.
www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/Guidebook_on_anti-corruption_in_public_procurement_and_the_management_of_public_finances.pdf
111. *Ibíd.*, p. 20.
112. *Ibíd.* p. 27.
113. Leyes y Decretos en materia de compras públicas de República Dominicana:
<http://dgcp.gob.do/index.php/sobre-la-dgcp/politicas-normas-y-procedimientos/leyes-y-decretos>
114. Método de planeación estratégica creado por Albert Humphrey, para empresas, que consiste en analizar las Fuerzas, Oportunidades, Debilidades y Amenazas que engloba cualquier nuevo proyecto o negocio con el objetivo de establecer las metas del mismo.
115. Collusion and Corruption in public procurement. Global Forum on Competition. Policy Roundtables. OECD. February, 2010 p. 26. www.oecd.org/competition/cartels/46235884.pdf
116. *Ibíd.*, p. 13.
117. Competencia en las compras públicas: Evaluación de la calidad de la normatividad estatal en México. IMCO. México, Septiembre, 2011. pp. 6 y 27.
118. Guidebook on anti-corruption in public procurement and the management of public finances. Good practices in ensuring compliance with article 9 of the United Nations Convention against Corruption. UNODC. United Nations, September 2013. p. 6.
www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/Guidebook_on_anti-corruption_in_public_procurement_and_the_management_of_public_finances.pdf
119. *Idem.*
120. Fighting Cartels in Public Procurement. OCDE. October, 2008. p. 4.
www.oecd.org/competition/cartels/41505296.pdf
121. Integrity in Public Procurement. Good Practice from A to Z. OCDE. 2007. p. 119.
122. OECD, op. cit., nota 115, p. 12.
123. Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement. UNCITRAL. United Nations Commission on International Trade Law. 2012. p. 7.
124. Principles for Integrity in Public Procurement. OECD. 2009. p. 64.
125. Guía práctica de compras públicas. Recomendaciones para comprar bien a nivel estatal. IMCO. 2012. p. 81.
126. OECD, op. cit., nota 115, p. 247.
127. IMCO, op. cit., nota 125, p. 67.

COLOMBIA

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO (SIC)

En contra de

Constructora M.P. y M.L. Ingenieros, integrantes del Consorcio Vial Colombiano y a su representante legal, Jaime Alberto Marín Morales, Horacio Vega Cárdenas y Jorge Díaz Murcia, integrantes del Consorcio Oriente.

CONDUCTA

Acuerdo entre los oferentes de una licitación convocada en 2007 por el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, que comprendía la reconstrucción y pavimentación de la vía Fuente de Oro-San José de Guaviare, Colombia.

Las empresas arriba mencionadas presentaron ofertas con múltiples similitudes entre ellas. Estas ofertas fueron sometidas a una revisión interna por parte de la autoridad contratante y por parte del SIC, concluyendo que las empresas investigadas se habían coludido para obtener la adjudicación de la obra.

La SIC impuso una sanción a estas empresas por realización de prácticas colusorias en noviembre de 2011. Esta fue la primera sanción por colusión en licitación pública y fue también el resultado del primer trabajo de la “Unidad Especializada para la Colusión en la Contratación Pública” creada en Colombia a finales del 2010. La imposición de la sanción y la creación de una unidad especial responden al interés de la SIC de iniciar una estrategia de abogacía de la competencia para prevenir este tipo de actos.¹²⁸

ELEMENTOS QUE FACILITARON LA IDENTIFICACIÓN DE LA PRÁCTICA COLUSORIA¹²⁹:

i. Las partes se conocían personalmente y participaban conjuntamente en otras licitaciones.

Los representantes del Consorcio Oriente y del Consorcio Vial Colombiano se conocían personalmente y era frecuente encontrar participaciones conjuntas en diversos procesos de licitación.

ii. Coincidencias en la forma y fondo de la presentación de las ofertas.

-Los derechos de participación del Consorcio Oriente y del Consorcio Vial Colombiano se pagaron

con cheques que provenían de la misma chequera y cuenta bancaria, además los números de cheques eran consecutivos.

-Los textos del acuerdo eran idénticos en estructura, redacción, formato, texto, letra y fechas de celebración.

-Las pólizas de seguro fueron expedidas por la misma compañía aseguradora, fechas de expedición y vencimiento idénticas. Igualmente los cupos de crédito se expidieron para ambas empresas el mismo día, en la misma sucursal, en el mismo banco y con la misma cantidad.

-Identidad en los errores ortográficos en las propuestas presentadas.

iii. Observaciones hechas por otro competidor al proceso de licitación del FONADE.

Posteriormente a la audiencia pública de presentación del informe final de evaluación jurídico-técnico, el FONADE recibió de Concreto S.A., (tercer competidor habilitado para participar en la licitación), observaciones en las que indicaba que las propuestas de Consorcio Vial Colombiano y Consorcio Oriente evidenciaban coincidencias que podían indicar la existencia de conductas anti-competitivas.

CONSECUENCIAS DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS ADOPTADAS Y AVANCES.

Antes del año 2011, la actuación de la SIC sobre el tema de colusiones en procesos de licitación difícilmente registraba dos investigaciones al año que no resultaban en la imposición de sanciones. A partir de las medidas preventivas que comenzaron a implementarse, se realizaron los siguientes avances:

• Regulación de sanciones penales, económicas y administrativas.

En Mayo de 2011, antes que se dictara resolución en el caso de nuestro ejemplo, pero con al menos 30 casos pendientes de resolución (todas las investigaciones iniciadas en 2011), la Cámara de Representantes de Colombia aprobó el Estatuto Anticorrupción, que contemplaba, entre otras medidas, una sanción penal en los casos en que se acreditara la colusión en licitaciones públicas, con pena de seis a doce años de prisión, multa pecuniaria de doscientos a mil salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar nuevamente con entidades estatales por un periodo de ocho años.

• Corrupción como facilitador de actos colusorios.

Otro de los temas que empezó a preocupar a las autoridades colombianas está relacionado con los sobornos que las empresas hacen a los funcionarios públicos con la finalidad de acceder al proceso de contratación pública.

Los casos de corrupción en Colombia corresponden a la Procuraduría, la Contraloría y la Fiscalía, pero cuando el acuerdo entre un funcionario público y una empresa se da para evitar la competencia en una licitación, ese acto de corrupción no parece tener una respuesta sancionadora por parte de la SIC¹³⁰. Esta situación probablemente se debe a la poca comunicación entre las autoridades contratantes y la Superintendencia.

Los estudios realizados en relación con las colusiones, muestran que la corrupción tiene muchas formas de presentarse y su aparición es contraria a la competencia cuando se presenta en los procedimientos de compras públicas¹³¹. Algunas de las formas de la corrupción son:

1. Apropiación ilícita de los recursos del Estado.
2. Preferencia para otorgar concesiones o empleos públicos.
3. Favorecimiento a quienes poseen la riqueza.
4. Concesión de favores a cambio de apoyo electoral.
5. Constreñimiento por parte de un funcionario público a un privado para dar o prometer utilidad indebida.

MÉXICO

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA (COFECO)

En contra de

Eli Lily, Compañía de México S.A. de C.V., Laboratorios Cryohparma, Probiomed, Fresenius Kabi, Baxter S.A. de C.V. y Laboratorios Pisa

CONDUCTA:

Acuerdo entre competidores para establecer, concretar y coordinar posturas en licitaciones públicas celebradas por el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) para la compra de insulina humana y, por otro lado, acuerdo entre tres empresas farmacéuticas (una de ellas coincide o está involucrada en el caso de la insulina) que se coludieron en la compra de sueros y soluciones electrolíticas. El periodo en las que fueron investigadas estas conductas anticompetitivas comprende del 1 de enero de 2002 hasta el 9 de marzo de 2009. En dicho periodo se celebraron un promedio de 248 licitaciones.¹³³

Las empresas multadas por incurrir en prácticas de colusión en materia de insulina humana fueron Eli Lily y Compañía de México S.A. de C.V., Laboratorios Cryohparma, Probiomed, y Laboratorios Pisa. Las empresas sancionadas por incurrir en prácticas monopólicas absolutas en la provisión de sueros y soluciones electrolíticas son Laboratorios Pisa S.A. de C.V., Fresenius Kabi México y Baxter S.A. de C.V. La cuantía total de las multas ascendieron a MXN 21,547,500 (USD 1,662,000) para cada empresa. Además de las empresas, la Comisión Federal de Competencia (COFECO) sancionó a las personas físicas que participaron directamente en esta colusión con una multa superior a los MXN 846.000 pesos (USD 65.000).

MODALIDAD DE LAS LICITACIONES:

Las licitaciones se celebraron a sobre cerrado y a precio más bajo en las que cada agente hace una oferta de precio sin conocer el resto de las ofertas y aquel con la oferta de precio más bajo gana y suministra el contrato. Los productos ofertados-- la insulina humana y los electrolitos y sueros--, son medicamentos “genéricos intercambiables”, de ahí que si la oferta del participante cumple con los requisitos técnicos, lo único que la define como ganadora es su precio. La naturaleza de las licitaciones --a sobre cerrado- y el tipo de productos determinaban que el precio era el único factor de diferencia entre los actores.

Las bases de licitación presentaban características que favorecían o ayudaban a que los competidores incurrieran en prácticas colusorias. Por ello, a raíz de las investigaciones, varias de estas características fueron modificadas para evitar que se repitieran dichas conductas.

CONDUCTAS QUE AYUDARON A IDENTIFICAR LA PRÁCTICA

i. Propuestas idénticas

Las empresas presentaban propuestas idénticas y se asignaban entre ellas mismas los contratos. Estas prácticas eliminaron la rivalidad entre los oferentes y, por ende, incrementaban los precios para el IMSS. Las empresas coludidas tomaban turnos como ganadores y perdedores. El IMSS se percató de estas conductas e identificó patrones de comportamiento en los resultados del conjunto de licitaciones en este periodo y el probable establecimiento, concertación o coordinación de posturas de los participantes. De hecho, durante la investigación realizada por la COFECO, se descubrió que las posturas de las empresas no presentaban cambios a lo largo de este periodo a pesar de que conocían con qué precios y posturas habían ganado en licitaciones anteriores sus competidores. Consistentemente, los ganadores ofrecían un precio entre MXN 154.9 y 155 y los perdedores ofrecían un precio entre MXN 157.5 y 158. Esta dinámica se repite durante el periodo comprendido entre los años 2003 y 2006 lo que permitía la rotación de ganadores entre las 4 empresas. Las ofertas presentadas por los distintos licitadores contenían características que indicaban que podían haber sido elaboradas bajo acuerdos colusorios.¹³⁵

ii. Contacto entre competidores

Otro elemento que fue clave para constatar la práctica colusoria fue la constante comunicación entre los responsables durante el periodo de 2003-2006. Uno de los principales foros de reunión de los actores era la Comisión de Abasto de la Cámara Nacional de la Industria Farmacéutica (CANIFARMA) en la cual participaban todos los involucrados. Además de ser afiliados, formaban parte de una comisión de trabajo al interior de la CANIFARMA llamada la “Comisión de Abasto al Sector Público” la cual provee a sus afiliados el acceso a una base de datos con los fallos licitatorios y se facilita el acceso a documentos que contienen números telefónicos de empleados de las empresas.¹³⁶

iii. Comparación con precios internacionales

La comparación de los precios ofertados con los precios internacionales de la insulina humana estaban muy por encima según lo reportado por la Guía Internacional de Precios de Medicamentos.

iv. Cambio de comportamiento ante un nuevo oferente

Otro elemento que sirvió para la identificación de la práctica fue el cambio en el comportamiento de las empresas en 2006 ante la entrada de Dimesa como nuevo participante. Cuando entra esta nueva

empresa al proceso de licitación se observa que Eli Lilly, Cryopharma, Pisa y Probiomed reducen sus posturas un 64% para poder competir con los precios mucho más bajos que ofrecía Dimesa¹³⁷. El patrón de comportamiento de las empresas es muy distinto entre 2003 y 2006 (periodo de colusión) y en el periodo posterior a 2006 (donde la entrada de un nuevo actor modificó el comportamiento de las empresas).

CARACTERÍSTICAS QUE FACILITARON LA PRÁCTICA COLUSORIA:

i. Producto homogéneo

La insulina es un bien homogéneo. De acuerdo al IMSS, existen tres tipos de insulina humana que varían en su velocidad de acción al comienzo del efecto y duración. Los tres tipos de insulina son: de acción intermedia NHP, de acción rápida regular y de acción intermedia lenta. Los productos son estandarizados y fácilmente sustituibles al ser medicamentos genéricos intercambiables.¹³⁸

iii. Demanda prácticamente inelástica

La insulina humana es un producto médico necesario y con escasos sustituto, por lo que su demanda es constante y con poca variación ante un aumento o disminución del precio.

iv. Mercado con pocos competidores

Dentro del Catálogo de Medicamentos Genéricos Intercambiables (CMGI) del Consejo de Salubridad General (CSG) están registrados 10 laboratorios que producen insulina humana, insulina zinc o insulina isófona que son: Antibióticos de México, Aventis Pharma, Cryopharma, Eli Lilly, Lemery, Novo Nordisk, Pisa, Probiomed, Proquigama y Sanofi-Aventis.¹³⁹

v. Licitaciones frecuentes y asignación múltiple de contratos

Entre 2003 y 2006 el IMSS realizó en promedio 146 licitaciones lo cual favoreció a la rotación de ganadores, el intercambio de información y a la colusión entre las empresas. La frecuencia de las licitaciones era demasiado alta.

La posibilidad de asignar un contrato entre varios concursantes que participaron de forma individual en la misma licitación y designar a varios actores como ganadores de una misma licitación en caso de que existan 2 o 3 propuestas cuya diferencia no supere el 1.5% de la propuesta económica más baja hacía que las empresas se pusieran de acuerdo para repartirse o dividirse la licitación.¹⁴⁰

vi. Barrera competidores internacionales

Las licitaciones eran exclusivamente para oferentes nacionales registrados en el CMGI.

vii. Intercambio de información entre participantes

Los agentes tuvieron la posibilidad de conocer las posturas de los otros oferentes. Durante la etapa de revisión de ofertas, el IMSS registra un acta formal (acta de apertura) que puede ser consultada por los participantes con todas las ofertas de los agentes. Además, existía evidencia de comunicación continua durante los periodos de las licitaciones entre quienes decidían las posturas de cada empresa.

viii. Reglas de licitación estables en el tiempo

Lo procesos de licitación del IMSS no han tenido cambios sustanciales en sus reglas de operación por lo que los postores que conocían la dinámica de las licitaciones de subastas a sobre cerrado, lo cual da ventaja para diseñar estrategias acordes para el proceso.¹⁴¹

ix. Precios de referencia

El IMSS consideraba un precio de referencia.¹⁴²

CONSECUENCIAS

Además de las sanciones antes mencionadas a los agentes económicos, se adoptaron las siguientes medidas que ayudaron a combatir mejor la colusión en los procedimientos de compras públicas:

1. Reformas a la Ley de Competencia (LFCE) de 2011 y al Código Penal. Entre los cambios destacan la inclusión de sanciones económicas de hasta 10% de los ingresos, sanciones individuales penales y la introducción de las visitas de verificación sorpresivas que facilitan la obtención de información relevante para la investigación.
2. Reforma a la Ley de Adquisiciones en 2009. Entre los cambios destaca la inclusión de mecanismos como la “subasta inversa” que permite a los licitantes ofrecer descuentos adicionales después de que hayan sido abiertas sus ofertas iniciales (y por tanto se haya determinado la oferta provisional ganadora) para mejorar su oferta, si así lo desean.
3. Consolidación de adquisiciones de medicamentos genéricos dentro de una sola división de compras, en lugar de que cada delegación local del IMSS comprara por separado como ocurría anteriormente.
4. El IMSS introdujo mejoras en sus procedimientos de compras públicas a través de acciones como una mayor coordinación con la COFECO y la Secretaría de la Función Pública, la revisión de estudios de mercado, monitoreo y capacitación a funcionario públicos.
5. Nueva ley de competencia eleva sanciones penales.

PERU

INDECOPI
en contra de
Praxair Perú S.R.L., Aga S.A., y Messer Gases del Perú S.A.

CONDUCTA:

Acuerdo entre competidores con el objeto de dividirse el mercado de las licitaciones convocadas por el Seguro Social de Salud (EsSalud) para la adquisición, a nivel nacional, de oxígeno medicinal líquido y gaseoso, en el periodo comprendido de enero 1999 a junio de 2004.¹⁴³

EsSalud, como institución pública que presta servicios de salud, demanda el 68% de la producción nacional del oxígeno medicinal que se usa en tratamientos de oxigenoterapia asistencial, nebulizaciones y equipos médicos (máquinas de anestesia, aspirador de secreciones y otros).

Las tres empresas más grandes del mercado concertaban el monto de sus propuestas económicas para repartirse geográficamente el mercado de suministro de oxígeno medicinal en todo el territorio de Perú.

Praxair, AGA y Messer son las tres principales empresas productoras de gases tanto industriales como medicinales de Perú con más del 80 por ciento de las ventas. La cuarta empresa más grande de este rubro es Indura que comenzó a participar en las licitaciones públicas para EsSalud a partir de 2004 y tiene una participación del cuatro por ciento.

• CARACTERÍSTICAS QUE FACILITARON LA PRÁCTICA COLUSORIA:

i. Mercado oligopólico.

En el periodo en que se realizaron las prácticas se observó que el mercado de licitaciones públicas para la adquisición de oxígeno medicinal era oligopólico, existían 3 vendedores.

ii. Productos homogéneos.

La no existencia de diferencias significativas entre los productos que ofertaban los competidores, facilitó, sin que representara un costo importante para ellos, la coordinación sobre las cantidades a producir del producto, y la cotización de los mismos. Incluso la división del mercado de forma geográfica con la idea de que para todos los competidores representaría más o menos la misma afectación.

iii. Productos preestablecidos en las bases de licitación.

El oxígeno requerido por EsSalud en los pliegos de la licitación exige un nivel de pureza superior al 95 por ciento y que fuera producido por una técnica en particular. Estas especificaciones dejaban fuera a empresas como Penta Gas S.A., Oxitec, Caxamarca Gas, LTI SAC que producen oxígeno con un grado de pureza menor al 95 por ciento y con una técnica diferente a la requerida.¹⁴⁴

iv. Demanda inelástica.

El oxígeno medicinal como producto necesario y sin sustitutos crea una demanda constante y con poca variación frente al incremento de los precios, incluso, en el caso del oxígeno medicinal, se requería que los vendedores garantizaran hasta el 30% adicional del requerido.

v. Acto de publicar las consultas de los postores.

En el procedimiento interno que realizó EsSalud, se envió un acta al correo de todos los participantes con las preguntas de las consultas y sus respectivas respuestas, mencionando quién formuló qué pregunta aún antes de enviar la propuesta final. En este punto de la licitación, los participantes se enteraron de quiénes eran sus competidores.

vi. Acto público de presentación de propuestas y de la buena pro.

En el procedimiento interno que realizó EsSalud, el acto público de presentación de propuestas consistió en reunir a todos los competidores en un solo lugar y publicar los puntajes técnicos y económicos de cada postor, las causas de la descalificación de propuestas y las razones por las que gana algún postor.

vii. Las licitaciones de 1999 al 2001 abarcaron la demanda nacional.

Se trató de licitaciones que demandaban el abastecimiento nacional del oxígeno medicinal, por lo que se eliminó la posibilidad de que participaran en la licitación, proveedores medianos o pequeños, pues la capacidad para satisfacer la demanda nacional únicamente la tenían proveedores como Praxair, Aga y Messer.

viii. Se otorgaron puntajes adicionales a participantes con experiencia en dicho suministro.

Las empresas participantes debían no solamente presentar su propuesta técnica sino también soporlarla con facturas o contratos para acreditar su experiencia y que dichos documentos superaran el valor de suministro de los productos requeridos en la licitación.

A partir del 2003 se eliminó esa forma de evaluación y también se modificaron las licitaciones que abarcaban el suministro nacional, lo cual tuvo un efecto muy positivo pues aparecieron más competidores medianos y pequeños que pudieron participar en la licitación, y además la evaluación se dirigió hacia la capacidad productiva y volúmenes de oxígeno requerido por cada producto.

Es importante observar que la simple modificación de las condiciones impuestas en la convocatoria de licitación, tiró barreras importantes para la entrada de nuevos competidores y posibilitó el descubrimiento de los actos colusorios de Praxair, Aga y Messer.

CONSECUENCIAS DEL CASO: 145

En el 2003 se formó una Comisión Investigadora Multipartidaria de EsSalud, con la finalidad de investigar las acciones administrativas, operativas, económicas y financieras desde 1999 hasta 2003.

Dentro del documento emitido por la Comisión Investigadora se mencionan las siguientes observaciones respecto a las problemáticas encontradas en los procesos de selección convocados por EsSalud:

1. Problemas relacionados con la elaboración de las especificaciones técnicas en las bases.
2. En el 2002, de 445 ítems de la compra de medicamentos, se presentaron 220 impugnaciones relativas a especificaciones técnicas.
3. La designación de las personas que conforman el Comité de evaluación muestra que existen ciertos funcionarios que constantemente son designados para integrar estos Comités lo que puede poner en riesgo la imparcialidad en los procesos de compra pública.

Por otra parte, en el Foro Latinoamericano de competencia de la OCDE se propuso fortalecer la cooperación en la investigación de prácticas anticompetitivas con impacto transfronterizo en Sudamérica.¹⁴⁶ La propuesta surgió a raíz de la investigación del mercado de oxígeno líquido llevada a cabo en 7 países de América Latina (Panamá, Chile, Argentina, Brasil, Colombia, México y Perú) donde quedó evidenciada la poca o casi nula coordinación que existe entre las agencias de competencia de la región.

En este sentido, INDECOPI ha firmado convenios de colaboración con 3 de los 7 países previamente mencionados (Chile, Colombia y Panamá) para fortalecer los mecanismos de cooperación y aumentar la eficacia en las investigaciones.¹⁴⁷

BIBLIOGRAFÍA

128. GUTIÉRREZ R, Juan David. Derecho y Política de Libre Competencia en América Latina. La colusión en licitaciones públicas sería tipificada como delito en Colombia. Nota periodística. Mayo 8, 2011. <http://lalibrecompetencia.com/2011/05/08/la-colusion-en-licitaciones-publicas-seria-tipificada-como-delito-en-colombia/>
129. Resolución Número 64400 de 2011. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Superintendencia de Industria y Comercio.
130. Collusion and Corruption in Public Procurement. Policy Roundtables. Contribución de Colombia. OECD, 2010. Informe Nacional de Competitividad. Ruta a la prosperidad colectiva. 2010-2011. Consejo Privado de Competitividad. Colombia. p. 156.
131. Expediente número IO-03-2006. Resolución Baxter, S.A. de C.V. y otros. Comisión Federal de Competencia. p. 2. http://www.cfc.gob.mx/docs/pdf/resolucion_final_medicamentos.pdf
132. *Ibidem*, pag.110.
133. Ver Sesión de la CFC del 8 de diciembre de 2011, disponible en: <http://www.crcal.org/eventos/01-07-13/PROBIOMED.pdf> pag.34
134. *Ibidem*, pag.79
135. *Ibidem*, pag.42.
136. *Ibidem*, pag.53
137. *Ibidem*, pag. 80
138. Expediente número IO-03-2006. Op. cit., nota 132. p. 24. http://www.cfc.gob.mx/docs/pdf/resolucion_final_medicamentos.pdf
139. Ver Sesión de la CFC del 8 de diciembre de 2011, disponible en: <http://www.crcal.org/eventos/01-07-13/PROBIOMED.pdf> p. 33
140. *Ibidem*, pag.33
141. Expediente número IO-03-2006, op. cit., nota 132. p. 51.
142. Informe N° 005-2008-INDECOPI/ST-CLC. Instituto Nacional de defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de Perú. Enero 23 de 2008.
143. FERNÁNDEZ-BACA Jorge, Experiencias de Política Antimonopólica en el Perú. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. Lima, enero 2011. p.133
144. Informe de la Comisión Investigadora. Congreso de Perú. <http://www2.congreso.gob.pe/sicr/apoycomisiones/informes.nsf/0F1683791EB39A2005256AFF00789023/95D568976A73580705256E3800541FEF?OpenDocument>
146. Foro Latinoamericano de Competencia, OCDE, Aportación de Perú. Agosto, 19 de 2013.
147. Lecciones aprendidas a raíz de los casos de oxígeno líquido en AL: Recomendaciones para mejorar la cooperación en las investigaciones de carteles-COMPAL- UNCTAD. Competencia y Protección al Consumidor en América Latina. Ginebra, Marzo 2013.

DECÁLOGO DE SUGERENCIAS PARA LAS ÁREAS DE COMPRAS GUBERNAMENTALES EN ENTIDADES PÚBLICAS

1. Llevar a cabo estudios de mercado exhaustivos que les permitan contar con información sobre proveedores, precios, productos, canales de distribución e incluso el nivel de competencia en el mercado. Incluso puede recabar información sobre licitaciones anteriores en la misma región o en otra para productos iguales o similares.
2. Diseñar el proceso de licitación teniendo en cuenta lo siguiente: (i) maximizar la participación de licitadores (ej., licitaciones internacionales, no requerir garantías excesivas, definir los criterios con claridad), (ii) no establecer ventajas para ninguna empresa (ej. Requerir años de experiencia en el país, contenido nacional, licencias muy específicas) y (iii) reducir al máximo la comunicación entre oferentes (ej. No requerir juntas presenciales, no facilitar información sobre proveedores y sus ofertas, utilizar medios electrónicos y remotos para las propuestas).
3. Establecer vías de comunicación con otras entidades de gobierno para llevar a cabo conjuntamente las licitaciones. Las compras consolidadas de gobierno reportan muchos beneficios a las entidades que las usan, entre ellos, precios más competitivos.
4. En caso de duda respecto a los pliegos, las bases de licitación o incluso algún oferente acudir a la autoridad de competencia para obtener de ésta una evaluación en materia de competencia sobre estos puntos.
5. Examinar a detalle la información recibida por parte de los oferentes y sospechar de cualquier anomalía. Los servidores públicos son el primer filtro para detectar conductas anticompetitivas. Toda la información, desde sobres con idénticos remitentes, hasta una misma serie de sellos utilizados por todos los oferentes pueden ser indicativos de que las ofertas no han sido elaboradas de manera independiente. De igual forma, ofertas idénticas o diferencias entre éstas con un mismo porcentaje de variación pueden indicar conductas colusorias.
6. Proveer capacitación al personal acerca de los riesgos de la colusión y como evitarla. Establecer convenios de colaboración con la autoridad de competencia para llevar a cabo programas de capacitación periódicos.

7. Revisar periódicamente el historial de ofertas y buscar patrones sospechosos. Por ejemplo, que un proveedor gane de manera recurrente todas las licitaciones en una zona y otros proveedores en otras zonas, que varios proveedores ganen siempre alternativamente las licitaciones o que un proveedor siempre renuncie a presentar ofertas o se retire, etc.
8. Establecer sanciones elevadas por violación a la ley de compras públicas a aquellos proveedores que incurran en prácticas anticompetitivas.
9. Solicitar a los participantes un Certificado de Determinación de Oferta Independiente y una Declaración de Integridad.
10. Reportar a los superiores los actos y/o actitudes sospechosas, no solo de los participantes, sino también de los servidores públicos encargados del diseño, evaluación y adjudicación de las licitaciones.

DECÁLOGO DE SUGERENCIAS PARA LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA

1. Establecer canales de comunicación con las entidades gubernamentales encargadas de las compras públicas para que éstas puedan comunicarles anomalías en los procedimientos o sospechas de conductas anticompetitivas a la mayor brevedad.
2. Analizar las denuncias locales y enmarcarlas en un contexto más amplio (ej. regional o nacional) para comprobar si una práctica aislada puede formar parte de un esquema de colusión mayor.
3. Suscribir convenios de colaboración con entidades públicas para ofrecer cursos de capacitación a funcionarios públicos sobre prevención y combate a la colusión.
4. Utilizar métodos de inteligencia de mercados para detectar posibles sectores y entidades donde pueden ocurrir estos problemas. En la actualidad existen programas econométricos que permiten detectar anomalías en bases de datos que pueden tener como origen acuerdos colusorios.
5. Desarrollar una estrategia de abogacía a través de la cual se propongan cambios legislativos a nivel nacional, regional o local, cuando el marco normativo favorezca la formación y mantenimiento de acuerdos colusorios o supongan una barrera a la entrada de nuevos competidores.
6. Otorgar un papel primordial a la lucha contra la colusión en compras públicas en la parte de enforcement de la autoridad de competencia. El incremento en el número de investigaciones por esta práctica así como la imposición de sanciones severas tiene un gran efecto disuasorio entre las empresas.
7. Dar seguimiento a las acciones tanto de abogacía como de aplicación de la ley para ver los efectos conseguidos en el mercado relevante. La evaluación ex-post de las acciones de la autoridad pueden servir de gran ayuda para mitigar el riesgo de colusión o para sancionar a las empresas reincidentes.

8. Cuando la ley no lo prevea, sería muy positivo que la autoridad de competencia elaborara guías internas o lineamientos para los funcionarios de compras públicas sobre cómo elaborar estudios de mercado para el diseño de las bases de la licitación. Este tipo de manuales permiten llegar a un mayor número de funcionarios públicos que las capacitaciones presenciales y sirven de referencia para futuros funcionarios.
9. Asistir a las áreas de compras públicas de las entidades gubernamentales para elaborar y requerir a los participantes un Certificado de Determinación de Oferta Independiente.
10. Cuando no exista un registro al efecto, tanto las entidades gubernamentales como las autoridades de competencia debería cruzar datos sobre aquellas empresas que o bien han sido sancionadas por conductas anticompetitivas o bien se les ha prohibido participar en procedimiento de licitación por haber incurrido en sanciones a la ley de compras públicas por conductas relacionadas con la competencia.

CONCLUSIONES

En el presente estudio evaluamos las leyes y disposiciones reglamentarias de ámbito nacional o federal en materia de compras públicas de los países que se muestran en el cuadro C.1. El estudio se desarrolló bajo la óptica de competencia económica, para lo cual tomamos como modelo a seguir las mejores prácticas internacionales que aplican diversos países de la OCDE y que contribuyen a que los procesos de compras públicas se lleven a cabo en condiciones de competencia económica.¹⁴⁸



Cuadro C.1. Países a los que aplicamos la evaluación de sus legislaciones de ámbito federal o nacional en materia de compras públicas.

La evaluación por áreas analizó cuatro indicadores (azul, rosa, morado y amarillo) a partir de un cuestionario conformado por treinta y tres (33) preguntas, contenidas en el Anexo 1 del presente documento. Las respuestas asignadas a cada país se explican y justifican en el análisis cualitativo de cada uno. El análisis cualitativo expone las fortalezas de la legislación analizada, las áreas de oportunidad, debilidades y amenazas que encontramos en comparación con las mejores prácticas.

A partir de la evaluación cuantitativa y de la evaluación cualitativa de cada país, obtuvimos dos tipos de resultados:

1. El que nos muestra la existencia o no de ciertas disposiciones en la ley conforme a los parámetros del cuestionario. (Análisis cuantitativo)
2. El que nos muestra la calidad de las disposiciones en comparación con las mejores prácticas internacionales. (Análisis cualitativo)

Estos dos resultados deben leerse en conjunto para obtener un resultado integral de la existencia de barreras legales a la competencia en comparación con las mejores prácticas internacionales. De lo contrario, si el lector lee únicamente los resultados del análisis cuantitativo separados del cualitativo puede caer en el error de suponer que la legislación cumple con las mejores prácticas internacionales por el sólo hecho de contar con disposiciones similares. Debemos observar el análisis cualitativo para conocer la calidad de las legislaciones analizadas dado que nos muestra el grado en que las disposiciones existentes se acercan o alejan realmente de las mejores prácticas internacionales.

Con base en lo anterior, a continuación presentamos nuestros resultados por indicador:

INDICADOR AZUL. FOMENTO Y PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA.

Los resultados del análisis cuantitativo que se muestran en el cuadro C.2., revelan mayormente tres debilidades que comparten la mayoría de las legislaciones:

1. Las legislaciones no cuentan con disposiciones que fomenten la entrada de nuevos competidores a los procedimientos de contratación pública a través de licitaciones internacionales y licitaciones internacionales abiertas.
2. Las legislaciones no cuentan con disposiciones que fomenten la comunicación entre las entidades contratantes y la autoridad de competencia.
3. Las legislaciones contienen disposiciones que dan preferencia a sectores o tipos de empresas en específico.

En este sentido, de las catorce (14) legislaciones once (11) contienen disposiciones que otorgan preferencias y favorecen a sectores o tipos de empresa en específico. Por otra parte, las catorce (14) legislaciones establecen el uso de licitaciones públicas, pero sólo ocho (8) regulan el uso de licitaciones públicas internacionales y únicamente tres (3) prevén el uso de licitaciones públicas abiertas. Brasil prevé licitaciones internacionales bajo cobertura de tratados pero crea una limitación al no regular las licitaciones internacionales abiertas. Ecuador prevé las licitaciones públicas pero no regula las internacionales ni las internacionales abiertas.

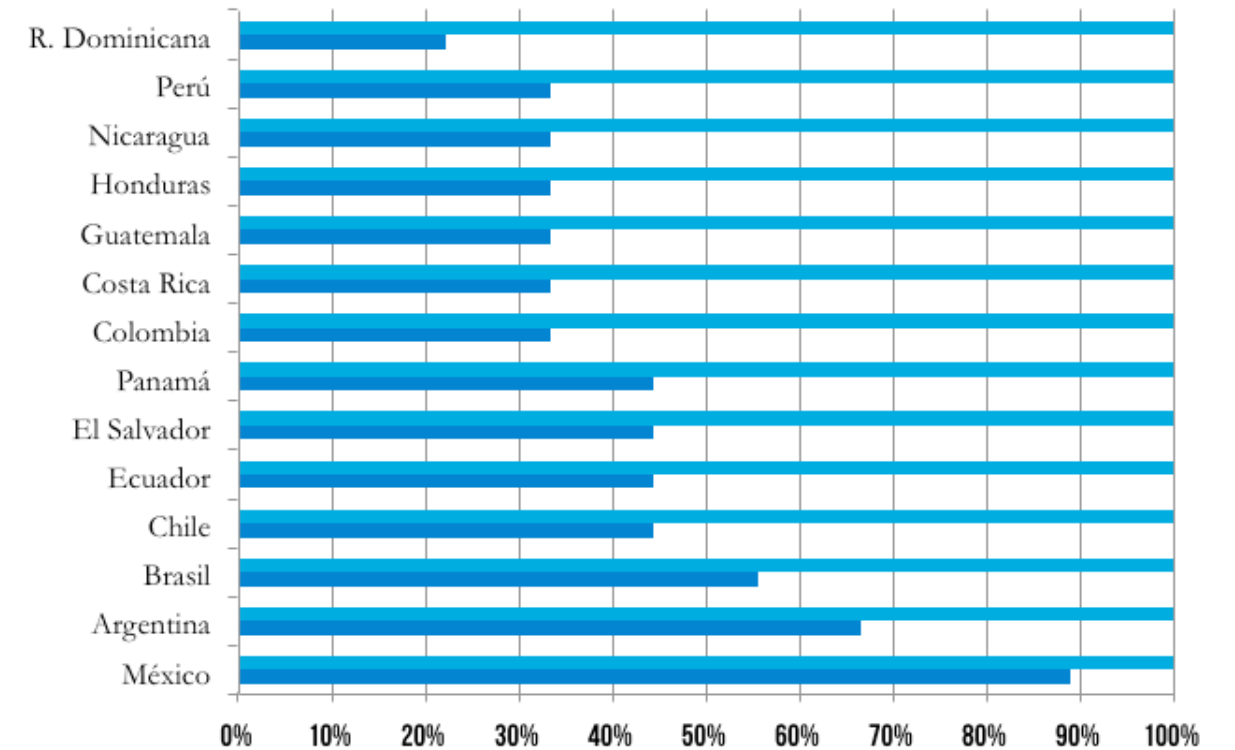
Cuatro (4) países obligan a que se informe a la autoridad de competencia sobre las sospechas por actos colusorios y únicamente México prevé como obligación solicitar la opinión de la autoridad de competencia respecto de los documentos del procedimiento de licitación incluyendo las bases y la opinión favorable hacia los participantes.

En menor medida, también se observa que algunas legislaciones no recogen en sus legislaciones disposiciones para aprovechar los beneficios de las compras consolidadas ni de las subastas a la inversa. Concretamente, cinco (5) países no prevén las compras consolidadas o previéndolas no establecen claramente los bienes o servicios que cubren ni requieren de autorizaciones previas o estudios de mercado. Además, cuatro (4) países no prevén el uso de subastas a la inversa o previéndolas, el exceso de transparencia en el procedimiento puede facilitar actos colusorios.



Cuadro C.2. Evaluación comparativa entre países. Grado en que las legislaciones de compras públicas establecen disposiciones que fomentan la competencia por reactivo evaluado.

El siguiente cuadro (C.3) muestra, en comparación con las mejores prácticas, que México obtuvo el porcentaje más alto respecto al análisis cuantitativo del indicador azul. Esto es, la existencia en el marco normativo de disposiciones que reflejarían las mejores prácticas internacionales. Le siguen Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, Panamá, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Perú y República Dominicana.



Cuadro C.3 Evaluación comparativa entre países. Porcentajes que muestran únicamente la existencia de disposiciones sugeridas por las mejores prácticas internacionales sobre la promoción a la competencia.

En nuestro análisis cualitativo identificamos que los principales problemas que imperan en la mayoría de las legislaciones son los siguientes:

1. **Barreras a la entrada de competidores extranjeros o competidores locales.** En el diseño del procedimiento de licitación solo seis (6) países llevan a cabo estudios de mercado con lineamientos específicos que ayuden a la entidad contratante a elegir adecuadamente el procedimiento de compra. En relación con este punto, las mejores prácticas recomiendan la

elaboración de estudios de mercado que ayuden a la entidad a diseñar procedimientos competitivos. Adicionalmente once países dan preferencia a micro, pequeñas y medianas empresas (PYMES) o establecen presupuestos fijos para licitar únicamente con PYMES como es el caso de República Dominicana y Nicaragua, o dan preferencia a productos nacionales en casos de empate como Brasil, o permite incluso adjudicaciones directas si se trata de beneficiar a PYMES o economías sociales como es el caso de Argentina.

2. La regulación de subastas a la inversa no establecen condiciones suficientes que garanticen la confidencialidad de la información relacionada con la identidad de los participantes.

3. La falta de obligatoriedad en las comunicaciones con la autoridad de competencia es uno de los factores que ha podido mermar a muchas jurisdicciones en sus probabilidades de éxito de llevar a cabo procedimientos que investiguen y castiguen prácticas colusorias. Guatemala por ejemplo prevé expresamente en su legislación prohibiciones y castigos por la comisión de prácticas colusorias pero carece de una autoridad en materia de competencia económica y de una regulación que señale el procedimiento para perseguir las prácticas y castigarlas.

INDICADOR ROSA. PREVENCIÓN A LOS ACTOS COLUSORIOS.

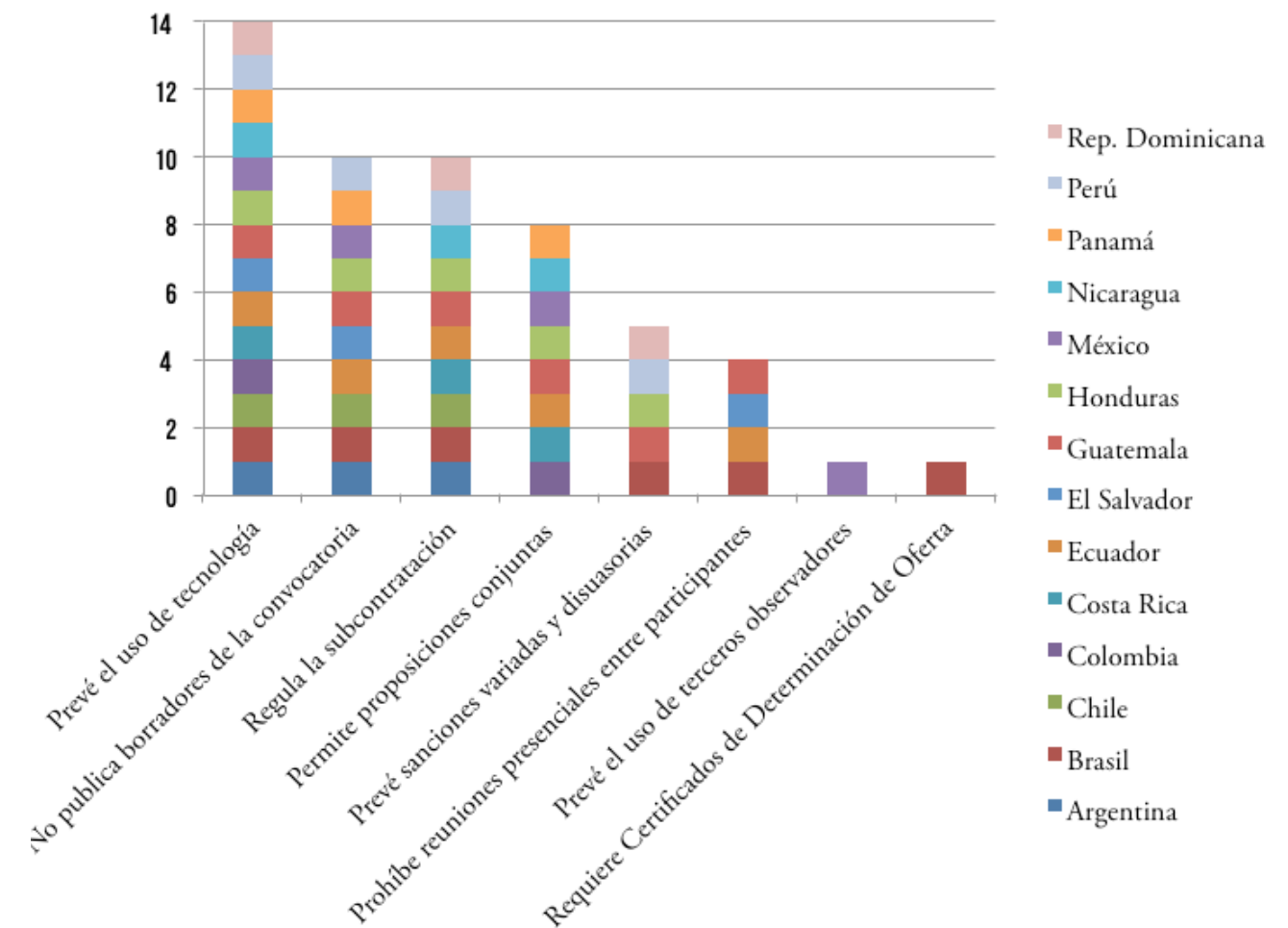
El cuadro (C.4) muestra los resultados del análisis cuantitativo que realizamos para conocer el grado en que las legislaciones de compras públicas previenen actos colusorios. Es necesario insistir en que deberá leerse la evaluación cualitativa de cada país para entender el alcance de cada uno de los reactivos evaluados y la calidad de la legislación estudiada de forma integral y en directa comparación con las mejores prácticas. Esto es así porque en algunas ocasiones, a pesar de que las legislaciones establecen disposiciones que coinciden con los parámetros del cuestionario aplicado, y por esta razón se evaluaron positivamente, no coinciden totalmente con las mejores prácticas internacionales y ahora explicaremos porqué.

Esta situación se presenta porque a pesar de que un país cuente con disposiciones evaluadas de forma positiva sobre el cuestionario aplicado en el análisis cuantitativo, intervienen otros factores dentro de la legislación que pueden modificar el sentido deseado de la norma. Por ejemplo, prever sanciones variadas para actos colusorios pero carecer del procedimiento para investigarlas y castigarlas; permitir las licitaciones públicas y licitaciones internacionales pero condicionar la participación a los oferentes que se encuentren inscritos en el Registro de Proveedores; contar con mecanismos de defensa a favor de los participantes pero subsanar el procedimiento ante la misma entidad contratante que dictó el acto impugnado; requerir estudios pero no especificar los requisitos mínimos para su elaboración;

contar con Registros de Proveedores pero convertirlos en barreras a la entrada; permitir las ofertas conjuntas sin restricción alguna, etcétera.

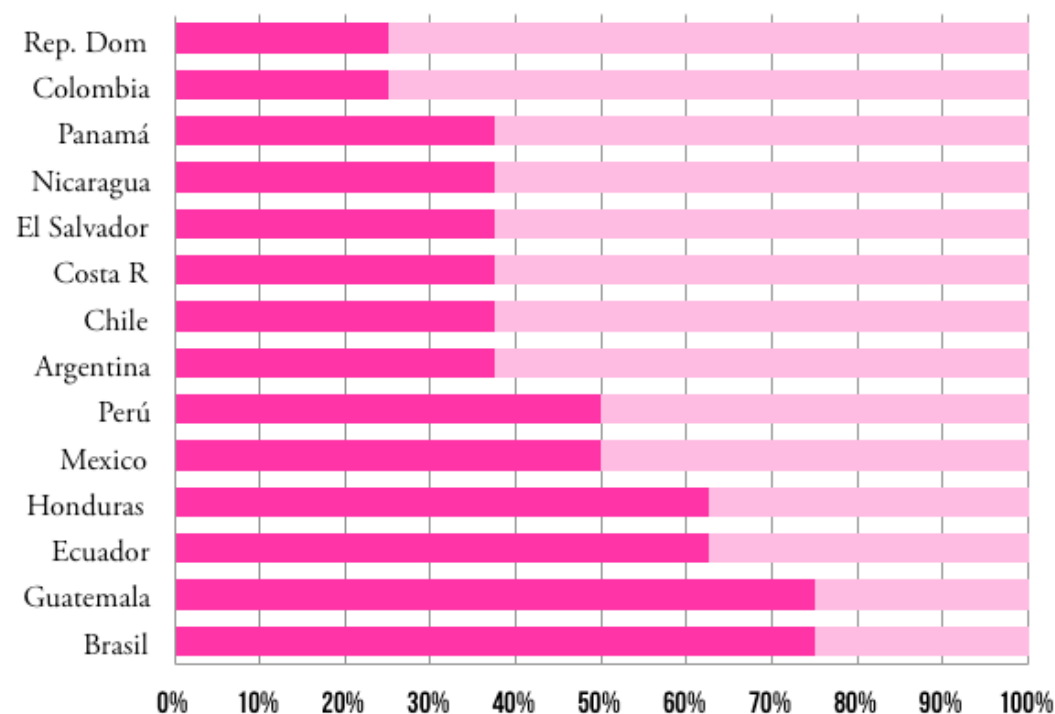
Los indicadores que en menor medida se cumplen son: (i) el uso de observadores ajenos que vigilen el procedimiento de contratación, este tipo de disposiciones previenen actos colusorios porque tanto funcionarios públicos como participantes se sienten observados y vigilados por un tercero que no tiene interés dentro del procedimiento y que por lo mismo es difícil persuadir para que forme parte de prácticas colusivas o contrarias a la competencia; (ii) el requisito de presentar el Certificado de Determinación de Oferta Independiente, este documento se requiere para advertir a los participantes de los actos prohibidos por la ley y las sanciones en que pueden incurrir; y (iii) la imposición de sanciones variadas y efectivamente disuasorias, únicamente cinco (5) países establecen expresamente sanciones por actos colusorios pero ninguno impone sanciones variadas o que representen un disuasivo efectivo en los participantes.

EXISTENCIA DE LAS DISPOSICIONES EN LA LEGISLACIÓN.



Cuadro C.4 Evaluación comparativa entre países. Grado en que las legislaciones establecen disposiciones que previenen actos colusorios por reactivo evaluado.

Como resultado de la evaluación, mostramos en el cuadro (C.5) los porcentajes obtenidos respecto de la existencia de disposiciones que previenen actos colusorios. Así, el promedio más alto, de la evaluación cuantitativa, en el indicador rosa es del 75% obtenido por Brasil y Guatemala, seguidos de Ecuador, Honduras, México, Perú, Argentina, Chile, Costa Rica, El Salvador Nicaragua, Panamá, Colombia y República Dominicana. Insistimos en que deberá llevarse a cabo la lectura de la evaluación cualitativa que muestra a detalle la calidad de la legislación en un estudio integral y en directa comparación con las mejores prácticas.



Cuadro C.5 Evaluación comparativa entre países. Porcentajes que muestran la existencia de disposiciones iguales o similares a las sugeridas por las mejores prácticas internacionales sobre la prevención a colusiones.

INDICADOR MORADO. TRANSPARENCIA COMO FACILITADOR DE ACTOS COLUSORIOS.

La mayoría de los países evaluados superan el 60% o 70% de cumplimiento con las mejores prácticas en este rubro. Casi todas las jurisdicciones cuentan con unos estándares de transparencia muy altos, ya sea por motivos de competencia, de anticorrupción o de rendición de cuentas. No obstante, el gran celo existente en garantizar la transparencia se traduce en ocasiones en problemas de competencia por un exceso de información hacia los participantes. Al respecto encontramos los siguientes elementos que facilitan actos colusorios:

a) Exceso de transparencia en la revelación del presupuesto anual de compras públicas.

Los resultados obtenidos en la evaluación cualitativa de cada país señalan que los catorce (14) países evaluados prevén dentro de sus legislaciones disposiciones que obligan a las entidades a revelar el plan anual de contrataciones y, en algunos casos, incluso los obligan a revelar los bienes y servicios a comprar, incluyendo el valor estimado de contratación. Por ejemplo, República Dominicana obliga a que se publique el presupuesto y programa de implementación; Perú obliga a que se publique el plan y valor referencial de los bienes y servicios; Panamá obliga a que se publique la partida presupuestaria, precios de referencia, presupuesto y estimaciones de montos a adquirir por bienes y servicios; México obliga a que se publiquen precios máximos de referencia, planes y programas; Guatemala obliga a publicar el programa anual de compras con los recursos que tiene cada entidad para compras; Ecuador obliga a publicar el plan y presupuesto anual de servicios y bienes y adicionalmente obliga a que se ejecute el Plan publicado; Costa Rica obliga a que se publique el plan anual de contrataciones con presupuesto para cada contratación; Colombia obliga a que se publique el presupuesto, planes anuales, modalidad de contratación, precio y fecha estimada de compra; Chile obliga a que se publique el plan anual, presupuesto, y estimaciones de bienes y valor estimado de compras; Brasil obliga a que se publique el precio máximo de reservas; Argentina obliga a que se publique el precio máximo cuando se trata de contratación por precio máximo.

b) Mecanismos de reclamación débiles.

Es una constante en la mayoría de las legislaciones excepto Chile, Costa Rica, Honduras, Nicaragua y Panamá, que la legislación prevea mecanismos de reclamación o quejas pero éstas sean resueltas por la entidad que contrata y no por otra diferente, o bien los sólo proceden después que se adjudicó el contrato, o las disposiciones son muy generales y no prevén con claridad el procedimiento para impugnar los actos de la entidad contratante.

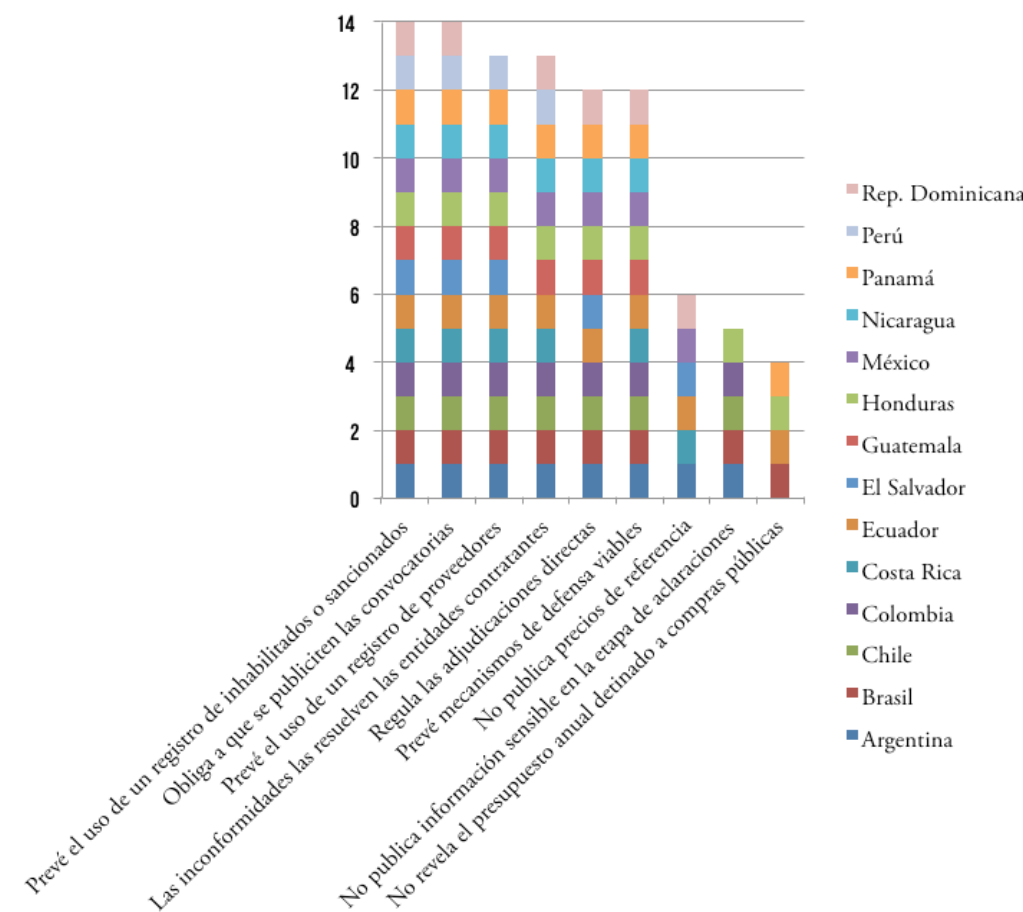
c) El uso del Registro de Proveedores como barrera.

A pesar de que todas las legislaciones prevén, como lo sugieren las mejores prácticas, el uso de un Registro que contenga la información de los proveedores, la mayoría de las legislaciones han condicionado la presentación de ofertas a la inscripción previa de los participantes en el registro como es el caso de Chile o Ecuador. En una mejor posición, El Salvador prevé que la inscripción al Registro de Proveedores no será un obstáculo para participar en las convocatorias de contratación. Por otra parte Honduras señala que la falta de inscripción al registro no es impedimento para presentar ofertas a pesar que la firma del contrato de adjudicación si está condicionada a la obtención de la inscripción al registro.

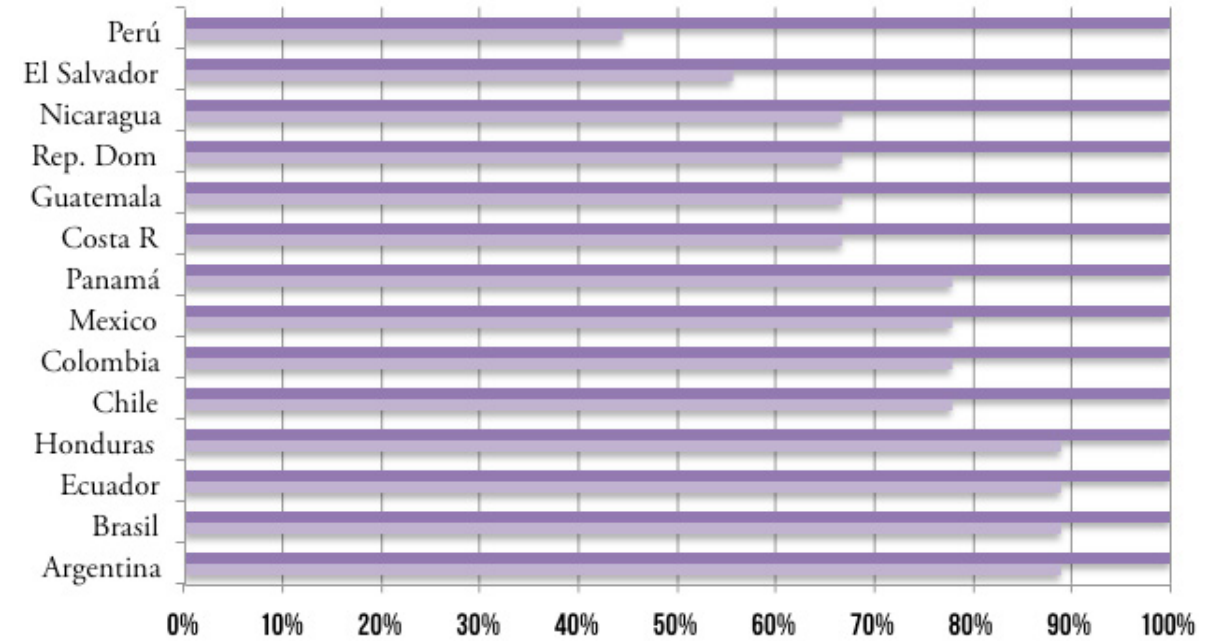
d) Facilita oportunidades de acercamiento entre competidores.

Todas las legislaciones prevén, como lo sugieren las mejores prácticas, procedimientos para resolver dudas o aclaraciones que pudieran tener los participantes respecto de las bases o convocatoria de compra. Si bien algunas legislaciones prohíben la realización de juntas presenciales, fomentando el uso de vías electrónicas o escritos cerrados, como Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala y Honduras, existen otras legislaciones que aún se arriesgan a facilitar ambientes en los que los participantes se conocen y tienen oportunidades incluso de debatir y llegar a acuerdos sobre los términos de las bases de la convocatoria. En este sentido encontramos a países como Ecuador que incluso no prevé la forma en que deberán formularse y subsanarse las aclaraciones, o México que mantiene como opción la posibilidad de llevar a cabo juntas de aclaraciones presenciales, Nicaragua que prevé reuniones de homologación en donde se llegan a “acuerdos” respecto de las bases, Panamá fomenta las reuniones presenciales que pueden durar hasta cinco días, Perú revela la identidad de los participantes que realizan una consulta, y República Dominicana que prevé la posibilidad de que se lleven a cabo en más de una ocasión las reuniones presenciales para debatir los proyectos del pliego de condiciones.

Los cuadros C.6 y C.7, revelan los resultados del análisis cuantitativo del indicador morado por pregunta y por porcentaje. Al respecto se observa que Argentina, Brasil, Ecuador y Honduras obtienen los mejores resultados.



Cuadro C.6 Evaluación comparativa entre países. Resultados del análisis cuantitativo por pregunta.



Cuadro C.7 Evaluación comparativa entre países. Porcentajes que muestran el grado de cumplimiento con la evaluación cuantitativa.

INDICADOR AMARILLO. DISCRECIONALIDAD COMO FACILITADOR DE ACTOS COLUSORIOS.

Los resultados del indicador amarillo muestran el grado en que la discrecionalidad facilita los actos colusorios. Al respecto encontramos las siguientes formas de discrecionalidad que afectan directamente a la competencia y que se presentan en la mayoría de las legislaciones:

a) No requieren Declaración de Integridad.

Excepto por México, ningún otro país requiere a los participantes que presenten la Declaración de Integridad.

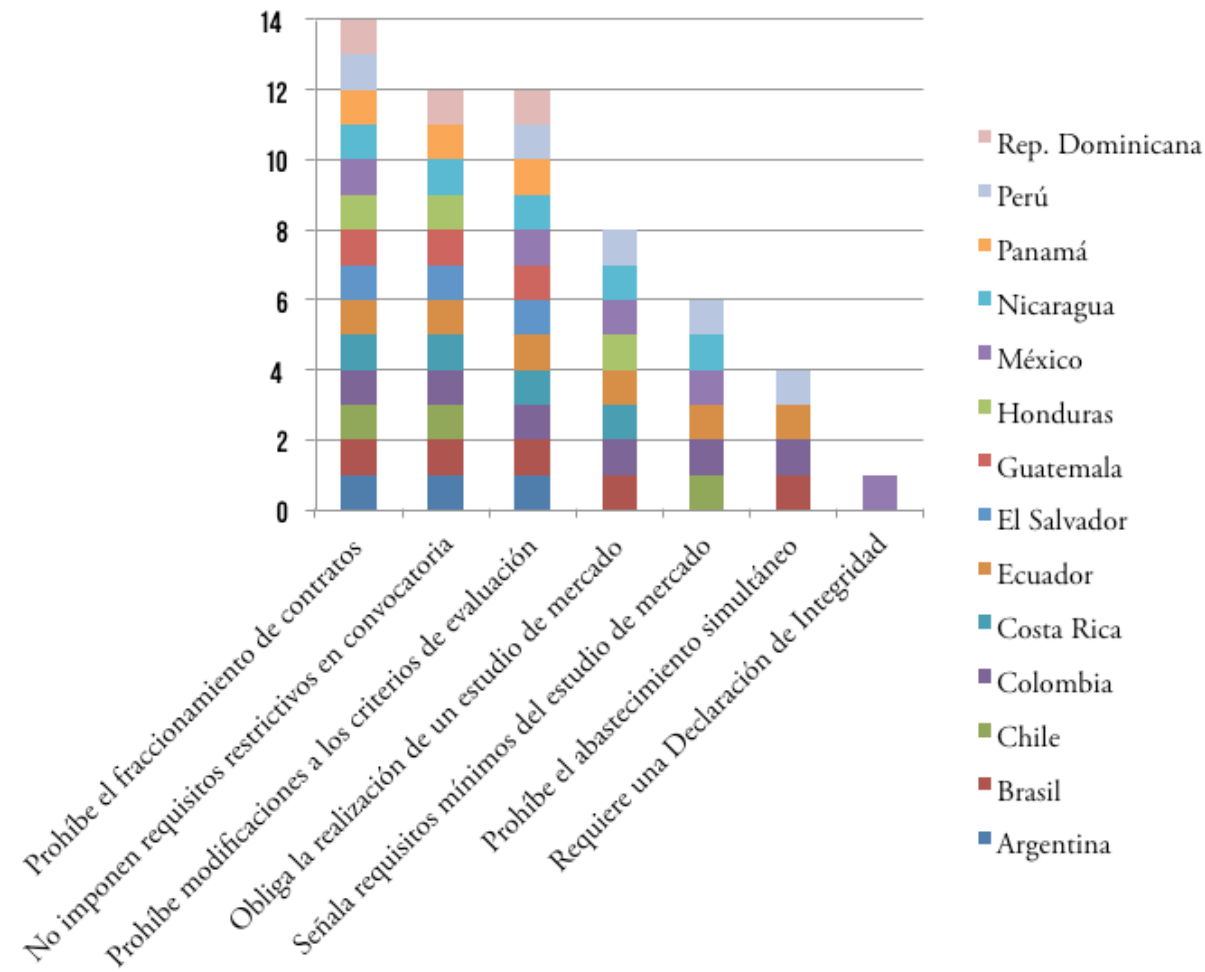
b) Falta de estudios de mercado dirigidos a conocer las condiciones del mercado.

De ocho (8) países que obligan a llevar a cabo estudios de mercado, sólo seis (6) señalan los lineamientos que deben cumplir. Sin embargo, los lineamientos de esos seis (6) no ayudan a las entidades a definir la situación competitiva del mercado. En otras palabras, no requieren que el estudio defina el tamaño del mercado, los proveedores existentes, productos o servicios

CONCLUSIONES

05.

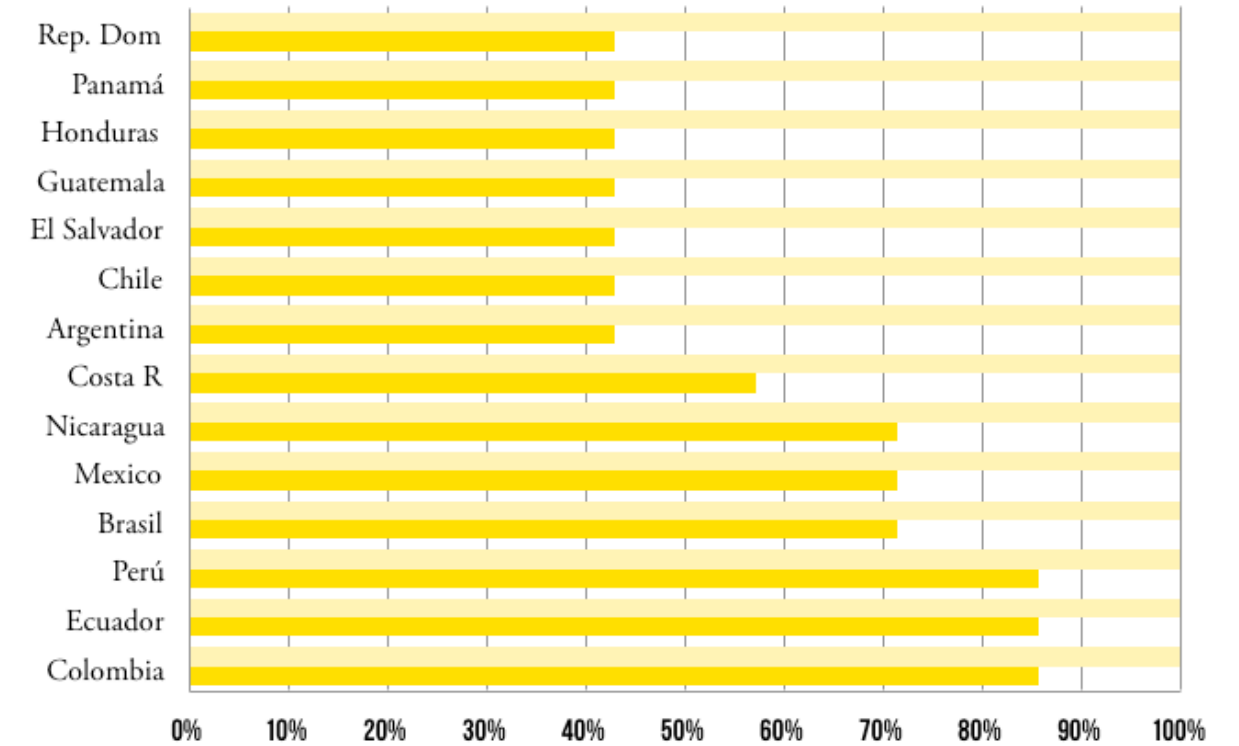
sustitutos, accesibilidad a los productos y servicios, demanda, oferta, o comportamiento de precios. Chile no prevé la realización de estudios de mercado por parte de la autoridad sino más bien “consultas al mercado” que son reuniones con los proveedores para obtener información sobre precios, productos, producción, etcétera; Colombia prevé que el estudio deberá determinar la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional y técnica del sector, pero no menciona nada respecto a la oferta, demanda, precios, etcétera; Ecuador prevé estudios de mercado que elaboran conjuntamente la entidad contratante, funcionarios, consultores y contratistas, y señala que el estudio debe contener especificaciones técnicas y presupuestarias, así como desagregación tecnológica y compra de inclusión; México no establece los parámetros que debe cumplir el estudio de mercado; Nicaragua prevé que los estudios de mercado reflejen “los cambios del mercado que afectan directamente en la determinación del monto de la contratación”; y Perú señala que deberá realizarse un “estudio de posibilidades que ofrece el mercado” con la información actualizada y disponible de últimas cotizaciones, usando por lo menos dos fuentes.



Cuadro C.8 Evaluación comparativa entre países. Resultados del análisis cuantitativo por pregunta

05.

CONCLUSIONES



Cuadro C.7 Evaluación comparativa entre países. Porcentajes que muestran el grado de cumplimiento con la evaluación cuantitativa.

CONCLUSIONES 05.

ANEXO 1: CUESTIONARIO

	POSIBLES VALORES	VALORES
¿La ley establece como regla general para la adquisición de bienes o servicios la realización de licitaciones públicas? El establecimiento de procedimientos competitivos es preferible a la adjudicación directa	SI: La ley establece como regla general la realización de licitaciones públicas y como excepción justificable algún otro tipo de procedimiento. También se considerará sí, cuando la determinación de licitación pública se haga en base a umbrales definidos en la ley o reglamento.	SI = 1
	NO: La ley no establece como regla general el procedimiento de licitaciones públicas o lo deja a elección de la autoridad.	NO = 0
¿La ley contempla las licitaciones internacionales? Las licitaciones internacionales pueden aumentar el número potencial de oferentes	SI: La ley contempla a las licitaciones internacionales abiertas dentro de uno de los modelos de licitación.	SI = 1
	NO: La ley no incluye las licitaciones internacionales abiertas dentro de los modelos de licitación.	NO = 0
¿La ley establece como regla general llevar a cabo licitaciones internacionales abiertas? Las licitaciones internacionales son preferibles a las nacionales por aumentar el número potencial de oferentes	SI: Se considerará sí, cuando la ley establezca como uno de los procedimientos generales, el de licitación internacional abierta, es decir, sin limitarlo o plantearlo como caso de excepción.	SI = 1
	NO: La ley no contempla las licitaciones abiertas, o contemplándolas, las considera como un procedimiento de excepción.	NO = 0
¿La ley permite subastas a la inversa o en reversa? Este tipo de procedimientos permite obtener precios más competitivos y dificulta la formación y monitoreo de esquemas de colusión ya que mantiene confidencial la identidad y propuestas de los participantes	SI: La ley permite a los licitantes ofrecer ofertas subsecuentes de descuentos después que han sido abiertas sus ofertas iniciales.	SI = 1
	NO: La ley no contempla esta figura de subastas a la inversa o establece limitaciones basadas en políticas industriales o sociales no relacionadas con una mayor eficiencia en los procedimientos (ej. no aplica para PYMES).	NO = 0
¿La ley obliga a incluir cláusulas de cumplimiento de la ley de competencia en los contratos de adjudicación y/o a la observancia de ésta durante el procedimiento?	SI: La ley requiere que en los contratos y/o en las bases de licitación existan cláusulas de respeto a la ley de competencia.	SI = 1
	NO: La ley no requiere incluir las cláusulas de competencia	NO = 0
¿La ley contempla la posibilidad de obtener la opinión de la autoridad de competencia, respecto a las bases, convocatoria y/o licitantes antes de emitir un fallo?	SI: La ley establece dentro del procedimiento de la licitación la posibilidad de contar con la opinión de la autoridad de competencia, antes de la emisión del fallo de la adjudicación, para todos o algunos casos.	SI = 1
	NO: La ley no dispone la necesidad de contar con la opinión de la autoridad de competencia antes de emitir el fallo de adjudicación en ningún caso.	NO = 0
¿La ley permite las compras consolidadas entre agencias del sector público? Mediante la consolidación de las compras, se pueden reducir los incentivos de los competidores para coludirse al existir menos procedimientos en los que participar	SI: La ley permite a las dependencias, adquirir conjuntamente bienes y servicios siempre que esto constituya lograr mejores condiciones de precio, calidad y oportunidad.	SI = 1
	NO: La ley no prevé esta figura o previéndola no establece claramente el procedimiento a seguir o bien, se trata de un procedimiento arbitrario que no ofrece garantías.	NO = 0

05. CONCLUSIONES

¿La ley prevé la obligación de la entidad licitante a dar parte a la autoridad de competencia respecto de sospechas por colusión para que ésta dé inicio a las investigaciones correspondientes? Los oferentes tendrán menos incentivos a coludirse si el riesgo de ser descubiertos aumenta. Por ello, una estrecha relación con la autoridad de competencia aumentará este riesgo	SI: La ley obliga a la autoridad a informar a la autoridad de competencia en los casos en que tenga sospechas respecto de actividades que puedan considerarse anticompetitivas para que inicie el procedimiento legal correspondiente.	SI = 1
	NO: La ley no obliga a la autoridad a informar a la autoridad de competencia sobre posibles conductas anticompetitivas o colusorias en el proceso de licitación o no establece nada al respecto.	NO = 0
¿La ley establece condiciones más favorables a las pequeñas y medianas empresas y/o a los productos y servicios de origen nacional para la participación y adjudicación de las licitaciones? El establecimiento de márgenes de preferencia a ciertos oferentes basados en políticas sociales o industriales que no tengan un reflejo en una mayor eficiencia resta competitividad a la licitación y facilita que las empresas favorecidas se coludan para presentar ofertas menos competitivas.	SI: La ley favorece a las pequeñas y medianas empresas y/o a los contenidos nacionales en las licitaciones. También se considerará que sí cuando se favorezca el contenido nacional o empresas nacionales sobre las extranjeras.	SI = 0
	NO: La ley no favorece a las pequeñas y medianas empresas ni a los productos y servicios nacionales.	NO = 1

CONCLUSIONES 05.

<p>¿La ley permite a los participantes presentar proposiciones conjuntas en casos justificados?</p> <p>Las proposiciones conjuntas pueden ser pro competitivas cuando permiten a empresas participar en una licitación que de otra manera no habrían podido, pero también puede tener efectos anticompetitivos porque reduce el número de participantes si dos empresas que podrían presentarse de manera separada lo hacen de manera conjunta.</p>	<p>SI: La ley prevé la posibilidad de presentar proposiciones conjuntas como una forma de unir a proveedores con distintas capacidades para que presenten una propuesta más competitiva. Es necesario la justificación previa y la aprobación por parte de la autoridad</p> <p>NO: La ley no lo prevé o previéndolo no requiere justificación y aprobación.</p>	<p>SI = 1</p> <p>NO = 0</p>
<p>¿La ley prevé juntas donde se reúnen físicamente la totalidad de los oferentes con la autoridad?</p> <p>Favorecer el encuentro entre posibles competidores aumenta el riesgo de posibles acuerdos colusorios. Es recomendable limitar o evitar estos encuentros.</p>	<p>SI: La ley prevé la realización de juntas o reuniones iniciales con el objeto de aclarar dudas o contestar las preguntas de los concursantes respecto de la convocatoria y/o bases de licitación. Las juntas implican la revelación de la información del contacto de los asistentes, las preguntas que cada uno realizó, y la posibilidad de colusión entre las partes. También se considera sí, cuando las reuniones se realizan con el objeto de discutir los proyectos finales de la convocatoria o bases de licitación.</p> <p>NO: La ley no requiere la presencia de los participantes y de la autoridad físicamente en un lugar en el mismo momento. Prevé únicamente el envío electrónico de preguntas iniciales que aclaren sus dudas respecto de la convocatoria.</p>	<p>SI = 0</p> <p>NO = 1</p>
<p>¿La ley prevé la participación de un tercero observador en la licitación?</p> <p>Favorecer la participación de terceras personas ajenas al procedimiento reduce la discrecionalidad de las autoridades y aumenta las posibilidades de detectar acuerdos colusorios o sistemas de monitoreo.</p>	<p>SI: Cuando la legislación establezca que el tercero es una persona ajena a las partes, no tiene intereses sobre ninguna, y que su función será de control participando en todas las etapas de la licitación y obligándolos a declarar respecto de los actos anticompetitivos o colusorios que identifiquen en la licitación.</p> <p>NO: Cuando la ley no requiere al tercero o cuando requiriéndolo no le exige la observancia sobre aspectos de competencia económica.</p>	<p>SI = 1</p> <p>NO = 0</p>
<p>¿La ley ordena que debe publicarse un borrador de la convocatoria antes de la publicación de la convocatoria definitiva?</p> <p>La publicación de borradores puede afectar al proceso competitivo de dos formas: (i) mediante la modificación de algunas cláusulas para favorecer a una empresa y (ii) el envío de comentarios al borrador y la divulgación de éstos puede favorecer el contacto entre competidores con el consiguiente riesgo de acuerdos.</p>	<p>SI: La ley obliga a la autoridad a emitir una convocatoria previa a la convocatoria final con prebases que señalan los bienes y servicios a licitar y detalles de la licitación.</p> <p>NO: La ley no obliga a la autoridad a emitir una convocatoria ni prebases de licitación.</p>	<p>SI = 0</p> <p>NO = 1</p>
<p>¿La ley prevé procedimientos a distancia con uso de tecnologías?</p> <p>El uso de nuevas tecnologías y procesos remotos limita el contacto entre competidores y los riesgos de que existan acuerdos colusorios.</p>	<p>SI: La ley prevé el uso de medios electrónicos para el envío de preguntas de aclaraciones, propuestas, documentos, etc. Esta respuesta es sí, siempre que el uso de medios electrónicos sea la regla general.</p> <p>NO: La ley no prevé el uso electrónico para el envío de información, o previéndolo, no es obligatorio o impone costos adicionales a los licitantes.</p>	<p>SI = 1</p> <p>NO = 0</p>

05. CONCLUSIONES

<p>¿La ley solicita que los licitantes presenten un Certificado de Determinación de Oferta Independiente?</p> <p>Este tipo de certificados informa a los oferentes de las sanciones por establecer esquemas de colusión y facilitan los procedimientos legales en caso de que alguno de los firmantes incurra en estas prácticas.</p>	<p>SI: La ley exige a los licitantes, tanto los que participan solos como los que participan conjuntamente, que presenten un certificado o documento que incluya toda la información sobre cualquier comunicación que hayan tenido con cualquier competidor respecto de la licitación y manifiesten que sus proposiciones no son colusoria. Se requiere la firma autógrafa del representante legal de la empresa.</p> <p>NO: La ley no requiere de los licitantes la presentación de un certificado con esas características o solicitándolo, no es necesaria la firma del representante legal.</p>	<p>SI = 1</p> <p>NO = 0</p>
<p>¿La ley prevé medidas sancionadoras de carácter penal, civil y/o administrativo ante actos de colusión además de las previstas en la ley de competencia?</p> <p>Un sistema de sanciones que incluya varias medidas punitivas por actos colusorios tendrá un efecto disuasorio mayor que aquellos sistemas que solo recogen sanciones por infracción de la ley de competencia</p>	<p>SI: Cuando la ley contempla al menos dos de los tres tipos de sanciones (ej. multa económica, imposibilidad de acudir nuevamente a una licitación, delito de falsedad documental, encarcelamiento.).</p> <p>NO: La ley no establece medidas sancionatorias por actos colusorios adicionales a las de la ley de competencia o solo contempla una sanción económica.</p>	<p>SI = 1</p> <p>NO = 0</p>
<p>¿La ley permite la subcontratación si se anuncia previamente y están justificadas?</p> <p>La subcontratación puede ser necesaria para poder llevar a cabo algunos proyectos debido a su amplitud. Sin embargo, puede ser el resultado de un acuerdo colusorio entre varios competidores, donde uno se retira de un procedimiento a cambio de que el ganador lo contrate posteriormente.</p>	<p>SI: La ley autoriza a los licitantes a subcontratar servicios, pero tiene que avisar a la autoridad con antelación y limita la subcontratación a porcentajes del valor del contrato, además de requerir de los subcontratistas declaraciones de responsabilidad solidaria y garantías de cumplimiento directamente con la autoridad adquirente.</p> <p>NO: La ley no permite la subcontratación del contrato o permitiéndola no la limita en porcentajes, características, ciertos mercados o ciertos rubros, ni tampoco exige de los subcontratistas responsabilidad solidaria ni garantías de cumplimiento.</p>	<p>SI = 1</p> <p>NO = 0</p>

CONCLUSIONES 05.

<p>¿La ley obliga a la autoridad a publicar información sobre las reuniones entre los oferentes y la autoridad? No solo las reuniones físicas entre competidores aumentan el riesgo de colusión. Divulgar información de esas reuniones, aunque sean bilaterales, pueden favorecer la formación de acuerdos.</p>	<p>SI: La ley obliga a la autoridad a hacer pública la lista de los participantes que asisten a las juntas de aclaraciones, sus preguntas, y las proposiciones que se reciben, las proposiciones que se aceptan o rechazan, la identidad de los licitantes y el monto de su oferta.</p> <p>NO: La ley obliga a la autoridad a clasificar como confidencial la identidad de los participantes en las reuniones, la información de sus ofertas, montos, preguntas y propuestas. Esta información solo se revela a los servidores públicos directamente involucrados en la toma de decisiones en la adjudicación del contrato.</p>	<p>SI = 0</p> <p>NO = 1</p>
<p>¿La ley prevé la necesidad de un sitio web que reúna la información de los proveedores de los procesos de licitación?</p>	<p>SI: La ley prevé el uso de un portal en internet que almacene toda la información de los proveedores, los procesos de licitación, la calendarización de la ejecución de los contratos y de los pagos, etc. Ese portal estará a disposición de los servidores públicos y respecto de algunos rubros podrá estar a disposición de los licitantes bajo los controles de confidencialidad respectivos.</p> <p>NO: La ley no prevé la existencia de un sitio web que almacene la información propia de la licitación y de los participantes, o previendo su existencia no regule nada respecto de la confidencialidad de la misma y el uso por parte de los servidores y del público en general o de los participantes.</p>	<p>SI = 1</p> <p>NO = 0</p>
<p>¿La Autoridad registra a los proveedores que fueron excluidos de participar en el procedimiento de contratación? La existencia de un registro donde aparezcan los proveedores que han sido apartados de una licitación por conductas anticompetitivas por un lado pone en alerta a otras entidades sobre posibles comportamientos y por otro lado, tiene un efecto disuasorio para cometer estas prácticas.</p>	<p>SI: La ley establece que existirá un registro con la información de los proveedores excluidos de participar en el procedimiento de contratación, junto con las razones por las que se excluyó.</p> <p>NO: La ley no lleva un registro de proveedores excluidos, o teniéndolo no registra los motivos por los que fueron excluidos.</p>	<p>SI = 1</p> <p>NO = 0</p>
<p>¿La Ley obliga la publicación de convocatorias de licitaciones públicas? La publicación de las licitaciones es imprescindible para que sean procedimientos competitivos y se aumente el número de participantes. Idealmente se debería publicar en un medio oficial del país y con tiempo suficiente para poder elaborar las propuestas</p>	<p>SI: La ley obliga a la autoridad a publicar las convocatorias de licitaciones públicas que se llevarán a cabo.</p> <p>NO: No, la ley no obliga a la autoridad a publicar la convocatoria de licitación.</p>	<p>SI = 1</p> <p>NO = 0</p>
<p>¿La ley obliga a la dependencia a revelar el presupuesto anual destinado para licitaciones? La publicación del anual y del número de licitaciones que se van a realizar facilita a las empresas poder repartirse ex ante los procedimientos y decidir cómo se van a presentar y qué ofertas van a elaborar</p>	<p>SI: La ley obliga a la autoridad a revelar el presupuesto destinado a las licitaciones anuales, incluyendo su programa de actividades anual respecto de las adquisiciones programadas.</p> <p>NO: La ley no obliga a la autoridad a publicar el presupuesto destinado a adquisiciones o licitaciones, ni el programa detallado a las licitaciones anuales, o bien, las obliga a publicar el programa anual, sin especificar el monto destinado a compras públicas.</p>	<p>SI = 0</p> <p>NO = 1</p>

05. CONCLUSIONES

<p>¿La ley obliga a la autoridad a motivar la adjudicación directa? El sistema de adjudicación directa debería ser una excepción y ser utilizada solo en casos tasados. Además, para evitar la discrecionalidad de las autoridades, debería exigirse una motivación para recurrir a este tipo de procedimiento.</p>	<p>SI: La ley obliga a la autoridad a justificar los casos de excepción en los que decida usar la adjudicación directa para la adquisición de bienes o servicios. También será sí, cuando no se contemple la adjudicación directa como un tipo de procedimiento de compra pública.</p> <p>NO: La ley no obliga a la autoridad a justificar su decisión de llevar a cabo la adjudicación directa, u obligándola no le pide más requisitos que la simple manifestación de necesitarla, o bien por temas económicos y no de eficiencia.</p>	<p>SI = 1</p> <p>NO = 0</p>
<p>¿La ley permite a los participantes presentar inconformidades o impugnaciones? Contar con un mecanismo a través del cual se pueda cuestionar las decisiones de la autoridad aumenta la rendición de cuentas de éstas, reduce su margen de discrecionalidad y garantiza que ninguna empresa ha recibido un trato de favor. El resultado es un procedimiento más competitivo.</p>	<p>SI: La ley permite a los licitantes presentar inconformidades en los casos que consideren que el procedimiento no se realizó bajo los términos establecidos en la convocatoria y en la ley.</p> <p>NO: La ley no permite a los participantes presentar inconformidades respecto del proceso de licitación, o permitiéndolo lo limita a hacerlo solo y exclusivamente una vez adjudicado el contrato o bien le produce al licitante algún señalamiento negativo por parte de la autoridad.</p>	<p>SI = 1</p> <p>NO = 0</p>
<p>¿La autoridad que resuelve las inconformidades por corrupción es distinta a la que licita? Corrupción y colusión están en muchas ocasiones interrelacionadas. Para que haya colusión tiene que haber en muchos casos complacencia o connivencia de las autoridades. Por tanto, establecer un sistema de denuncias independiente y que garantice la confidencialidad del denunciante es esencial para poder romper actuales esquemas de colusión y traer a la luz conductas sospechosas</p>	<p>SI: La autoridad que sigue las denuncias o inconformidades de corrupción es distinta a la que lleva a cabo la licitación, por lo que el procedimiento es imparcial.</p> <p>NO: La autoridad es la misma.</p>	<p>SI = 1</p> <p>NO = 0</p>
<p>¿La ley obliga a la autoridad a publicar el precio máximo que está dispuesto a pagar? Establecer un precio máximo de referencia manda una señal al mercado sobre qué precio se puede llegar a pagar. Si este precio está basado en estudios de mercado muy rigurosos puede ayudar a obtener un precio competitivo, pero si no es el caso, puede favorecer que las empresas acuerden tomar ese precio como su oferta, con independencia de la posibilidad de ofertar un precio menor</p>	<p>SI: La ley obliga a la dependencia a revelar, desde la convocatoria, el precio máximo que está dispuesto a pagar por la licitación que se convoca.</p> <p>NO: La ley no obliga a revelar el precio máximo a pagar desde la convocatoria, pero sí después de la entrega de las propuestas, siempre que no existan subastas a la inversa.</p>	<p>SI = 0</p> <p>NO = 1</p>

CONCLUSIONES 05.

<p>¿Los requisitos que debe contener la convocatoria imponen condiciones que restringen la competencia?</p> <p>Las bases de la licitación deben contener la información necesaria para poder realizar la oferta y no limitar o distorsionar la competencia introduciendo elementos adicionales. Por ejemplo, imponer condiciones como historial de contratos firmados con el gobierno, mínimo de años de creación de la empresa, empleo de personas discapacitadas o de un cierto número de mujeres, cumplimiento de normas oficiales del país local, y cualquier otro que no tenga relación directa con el bien o servicio y el precio, pueden afectar negativamente para la obtención de un precio competitivo</p>	<p>SI: La ley indica que las convocatorias además de los elementos como la forma de adjudicación, selección de proveedores y métodos de evaluación se podrán incluir otros requisitos a discreción de la autoridad.</p> <p>NO: La ley enumera los requisitos de las convocatorias y únicamente se restringen a los propios de las condiciones de compra, precio, evaluación y adjudicación del contrato. No deja a discreción de la autoridad la inserción de condiciones distintas o que limiten la participación de los competidores.</p>	<p>SI = 0</p> <p>NO = 1</p>
<p>¿La ley ordena la elaboración de estudios de mercado previos a la licitación?</p> <p>De conformidad con las prácticas internacionales es conveniente realizar estudios de mercado previos a la licitación para obtener información sobre todos los bienes y servicios disponibles en el mercado, los proveedores existentes, los precios, etc.</p>	<p>SI: La ley obliga a la autoridad a conocer el mercado de los bienes o servicios que se pretenden adquirir, previa la convocatoria de la licitación. Además obliga a que la autoridad realice un estudio de mercado y que el diseño de la licitación sea conforme a los resultados del estudio.</p> <p>NO: La ley no requiere un estudio de mercado previo o requiriéndolo, no es obligatorio utilizar sus conclusiones para el diseño de la licitación, o incluso esta decisión es discrecional de la autoridad.</p>	<p>SI = 1</p> <p>NO = 0</p>
<p>¿La Ley indica los requisitos mínimos que debe cubrir el estudio de mercado?</p> <p>Muchas veces los estudios de mercado no contienen un análisis excesivamente simple del mercado y no ofrecen la información relevante para poder diseñar adecuadamente la licitación. Incluso estos estudios incompletos pueden servir como justificación para llevar a cabo una adjudicación directa. Por ello, sería conveniente que todas las entidades de gobierno pudieran referirse a la ley o el reglamento para saber qué información recoger y cómo hacerlo.</p>	<p>SI: La ley establece que el estudio de mercado se realizará antes de la licitación, que deberá contener las condiciones que prevalecen en el mercado, número de proveedores, precios, la viabilidad de agrupar diversos bienes o servicios, determinar el tipo de licitación más competitivo, etc.</p> <p>NO: La ley no prevé los requisitos mínimos que debe contener el estudio, ni la finalidad del mismo, o previéndolos no obliga a la autoridad a seguirlos, o es opcional.</p>	<p>SI = 1</p> <p>NO = 0</p>
<p>¿La ley prohíbe el fraccionamiento de contratos, o solo lo permite en casos justificados y excepcionales?</p> <p>El fraccionamiento de contratos puede ser usado por la entidad pública para evitar superar los umbrales que determinan la utilización de un tipo u otro de procedimiento de licitación (ej. Licitación abierta o adjudicación directa). Por ello es un mecanismo que debe usarse solo en casos excepcionales.</p>	<p>SI: La ley prohíbe a la autoridad dividir un contrato entre múltiples proveedores o solo lo permite en casos de excepción (por ejemplo, cuando no exista otra manera de asegurar el suministro con un único proveedor).</p> <p>NO: La ley deja a discrecionalidad de la autoridad utilizar el fraccionamiento.</p>	<p>SI = 1</p> <p>NO = 0</p>
<p>¿La ley solicita a los participantes la emisión de una Declaración de Integridad sobre temas de corrupción?</p> <p>Corrupción y colusión están en muchas ocasiones interrelacionadas. Para que haya colusión tiene que haber en muchos casos complacencia o connivencia de las autoridades. Este tipo de certificados informa a los oferentes de las sanciones que pueden sufrir por incurrir en corrupción y facilitan los procedimientos legales en caso de que alguno de los firmantes incurra en estas prácticas.</p>	<p>SI: La ley exige que los licitantes, por medio de sus representantes legales presenten un documento en el que declaren su abstención a la realización de conductas de corrupción hacia los servidores públicos.</p> <p>NO: La ley no requiere este tipo de documento de los licitantes o requiriéndolo no es obligatoria la firma del representante legal.</p>	<p>SI = 1</p> <p>NO = 0</p>

05. CONCLUSIONES

<p>¿Se permite el abastecimiento simultáneo / asignación múltiple?</p> <p>El abastecimiento simultáneo puede ser positivo cuando un solo proveedor no puede abarcar la totalidad del contrato y en lugar de convocar un nuevo procedimiento, se autoriza al segundo o tercer oferente a ofrecer sus bienes o servicios. No obstante, si los participantes conocen esta posibilidad desde un principio, éstos tendrán incentivos a ponerse de acuerdo y aumentar sus ofertas para obtener contratos más rentables. Por ello, lo más conveniente es prohibir el abastecimiento simultáneo</p>	<p>SI: Cuando la ley permite que un mismo contrato se adjudique a varios oferentes para poder cumplir el objeto de la licitación.</p> <p>NO: Cuando la ley prohíba que un mismo contrato se adjudique a más de un oferente para cumplir el objeto de la licitación, siempre que la decisión se justifique. También será no en los casos que no se regule en la ley.</p>	<p>SI = 0</p> <p>NO = 1</p>
<p>¿La ley permite que existan modificaciones a los criterios de evaluación con suficiente anticipación?</p> <p>Las modificaciones en los criterios de evaluación pueden poner en desventaja a algún competidor y por tanto no deberían permitirse. De manera excepcional se podrían permitir si (i) se notifican con suficiente antelación a la presentación de propuestas, (ii) son públicos y (iii) no se hacen cambios al objeto de la licitación.</p>	<p>SI: la ley permite a la autoridad cambiar los criterios de evaluación aún después de entregada la propuesta por parte de los licitantes. También se considera sí, cuando el procedimiento de evaluación es discrecional, y no lo conocen las partes en ningún momento o se cambia el objeto de la licitación</p> <p>NO: La ley no permite a la autoridad cambiar los criterios de evaluación en ningún caso, siempre que la convocatoria haya sido publicada.</p>	<p>SI = 0</p> <p>NO = 1</p>

ANEXO 2: LINEAMIENTOS DE LA OCDE PARA COMBATIR LA COLUSION ENTRE OFERENTES EN CONTRATACIONES PÚBLICAS

1. INTRODUCCIÓN

La manipulación de licitaciones (o la colusión entre oferentes en licitaciones) se presenta cuando las compañías, que se esperaría que compitieran entre sí, conspiran secretamente para aumentar los precios o reducir la calidad de los bienes o servicios que ofrecen a los compradores que buscan adquirir bienes o servicios por medio de un proceso de licitación. Las instituciones públicas y privadas a menudo recurren a procesos de licitación competitiva para obtener un mayor valor por el dinero que invierten. Lo deseable en este caso es obtener precios bajos y mejores productos, pues esto se refleja en ahorro de recursos o liberación de los mismos para utilizarse en otros bienes y servicios. El proceso competitivo puede generar menores precios o mejor calidad así como innovación sólo cuando las empresas compiten de verdad (es decir, establecen sus términos y condiciones con honestidad e independencia). La manipulación de licitaciones puede resultar especialmente dañina si afecta las adquisiciones públicas¹⁴⁹. Este tipo de conspiraciones desvía recursos de los compradores y los contribuyentes, disminuye la confianza del público en el proceso competitivo y socava los beneficios de un mercado competitivo.

La coordinación de posturas en licitaciones es una práctica ilegal en todos los países miembros de la OCDE y puede investigarse y sancionarse de conformidad con la ley y las reglas de competencia. En una serie de países de la Organización, la manipulación de licitaciones también es un delito penal.

2. MODALIDADES COMUNES DE MANIPULACIÓN DE LICITACIONES

La manipulación de licitaciones puede tomar diferentes formas, aunque todas obstaculizan los esfuerzos de los compradores —que con frecuencia son gobiernos nacionales y locales— para obtener bienes y servicios al menor precio posible. A menudo, los competidores acuerdan con anticipación quién presentará la oferta ganadora para un contrato que se adjudicará por medio de un proceso de licitación. Un objetivo común en una conspiración para manipular licitaciones consiste en aumentar el monto de la oferta ganadora y, con ello, el monto de utilidades para el oferente ganador.

Los esquemas de manipulación de licitaciones incluyen mecanismos de reparto y distribución entre los oferentes coludidos de las utilidades extraordinarias que se obtienen como resultado del mayor precio contratado. Por ejemplo, los competidores que aceptan no presentar ofertas o presentar una

oferta perdedora podrían ser subcontratados o recibir contratos de prestación de servicios o suministro de bienes por parte del oferente ganador a fin de repartir entre ellos los frutos obtenidos ilegalmente de una licitación de mayor precio. Sin embargo, los convenios de manipulación de licitaciones establecidos desde hace tiempo pueden utilizar muchos métodos elaborados para la asignación de ganadores de contratos, el seguimiento y el reparto de las ganancias resultantes de la manipulación a lo largo de una serie de meses o años. La manipulación de licitaciones también puede incluir pagos por parte del licitador ganador a uno o más de los coludidos. Este pago de compensación se asocia también con las empresas que presentan ofertas complementarias (más altas).¹⁵⁰

Aunque las personas y empresas puedan acordar llevar a cabo esquemas de manipulación de licitaciones a través de varias formas, generalmente implementan al menos una de las estrategias más comunes. Estos esquemas no son mutuamente excluyentes. Por ejemplo, se puede utilizar la técnica de presentación de ofertas de - resguardo en conjunto con un esquema de rotación de ofertas. Estas estrategias pueden resultar a su vez en patrones que los funcionarios encargados de las adquisiciones públicas puedan detectar, y por lo tanto, contribuir en el desvelamiento de esquemas de manipulación de licitaciones.

- *Ofertas de resguardo.* Las ofertas de resguardo (también llamadas complementarias, de cortesía o simbólicas) son la manera más frecuente de implementar esquemas de manipulación de licitaciones. Las ofertas de resguardo se presentan cuando personas o empresas acuerdan presentar ofertas que contemplan por lo menos un elemento de entre los siguientes: (1) un competidor acepta presentar una oferta más alta que la del ganador designado; (2) un competidor presenta una oferta que se sabe demasiado alta para ser aceptada; o (3) un competidor presenta una oferta que contiene términos especiales que se sabe son inaceptables para el comprador. La presentación de ofertas de resguardo está diseñada para aparentar una competencia genuina.
- *Supresión de ofertas.* El esquema de supresión de ofertas involucra el establecimiento de acuerdos entre competidores en los que una o más compañías aceptan abstenerse o retirar una oferta presentada con anterioridad de manera que se adjudique la licitación al ganador designado. En pocas palabras, la supresión de ofertas significa que una compañía no presenta una oferta para su consideración definitiva.
- *Rotación de ofertas.* En los esquemas de rotación de ofertas las empresas coludidas siguen licitando, pero acuerdan tomar turnos para ganar (es decir, ser el oferente que califique con precio más bajo). La forma en que la rotación de ofertas se implementa puede variar. Por ejemplo, los conspiradores podrían decidir asignar a cada empresa valores monetarios aproximadamente iguales para un cierto tipo de contratos o asignar los volúmenes que correspondan al tamaño de cada compañía.
- *Asignación de mercado.* Los competidores se reparten el mercado o ciertas zonas geográficas y acu-

erdan asignarse ciertos clientes. Por ejemplo, las empresas competidoras asignan clientes o tipos de clientes específicos a diferentes empresas, de manera que los competidores no hagan ofertas (o sólo presenten una oferta de resguardo) en contratos que ofrezca un tipo de cliente potencial asignado a una empresa en particular. A cambio de esto, el competidor en cuestión no presentará ofertas competitivas para un grupo designado de clientes que corresponde a otras empresas según el acuerdo.

3. CARACTERÍSTICAS INDUSTRIALES, DE PRODUCTO Y DE SERVICIOS QUE FOMENTAN LA COLUSIÓN

Para que las empresas implementen con éxito un acuerdo de colusión, éstas deben coincidir en un conjunto de medidas comunes, dar seguimiento al cumplimiento del acuerdo por parte de otras empresas, y establecer una manera de sancionar a las compañías que incumplan el acuerdo. Aunque la colusión en la presentación de ofertas en licitaciones puede ocurrir en cualquier sector económico, existen algunos en los que esto es más probable debido a las características específicas de la industria o del producto involucrado. Tales características tienden a fomentar los esfuerzos de las empresas para manipular ofertas. Los indicadores de manipulación de ofertas, que se comentan más adelante, toman significancia cuando también se encuentran presentes algunos factores complementarios. En estos casos, los funcionarios encargados de las adquisiciones de gobierno deben prestar atención particular. Aunque se ha encontrado que existen diversas características industriales o de producto que contribuyen a la colusión, no es necesario que todas estén presentes para que las empresas logren manipular las licitaciones.

- *Número reducido de compañías.* Es más probable que se dé la manipulación de ofertas cuando sólo un número reducido de compañías proveen el bien o servicio en cuestión. Cuanto menor sea el número de vendedores, será más fácil llegar a un acuerdo en torno a la manipulación de licitaciones.
- *Participación baja o nula.* Cuando pocas empresas han entrado recientemente o tienen bajas probabilidades de entrar a un mercado porque la entrada es costosa, difícil o lenta, las compañías en este mercado quedan protegidas de la presión competitiva que representa la posible inclusión de nuevos participantes. La barrera de protección contribuye a fomentar los esfuerzos de manipulación de licitaciones.
- *Condiciones de mercado.* Los cambios significativos en las condiciones de la demanda o la oferta tienden a desestabilizar los acuerdos en vigor para manipular licitaciones. Un flujo constante y predecible de demanda por parte del sector público tiende a incrementar el riesgo de colusión. Al mismo tiempo, durante épocas de turbulencia económica o de incertidumbre, aumentan los incentivos a que los competidores manipulen las licitaciones, pues buscan reemplazar las utilidades perdidas con

ganancias derivadas de la colusión.

- *Asociaciones industriales.* Las asociaciones gremiales o industriales¹⁵¹ pueden servir como mecanismos pro competitivos que son legítimos a los miembros de un sector de negocios o de servicios para fomentar la aplicación de estándares, la innovación y la competencia. No obstante, cuando se utilizan para fines ilegales y anticompetitivos, los ejecutivos de las empresas usan estas asociaciones para reunirse y ocultar sus discusiones acerca de formas y medios para llegar a un acuerdo de manipulación de licitaciones e implementarlo.
- *Ofertas repetitivas.* Las compras repetidas aumentan las probabilidades de colusión. La frecuencia de presentación de ofertas ayuda a los miembros de un acuerdo de manipulación de licitaciones a asignar contratos entre ellos. Asimismo, los participantes del cartel pueden castigar a los miembros que hagan trampa al focalizar las licitaciones que se le asignaron a estos originalmente. Así, los contratos para la adquisición de bienes o servicios que tienen una frecuencia regular o recurrente podrían requerir de herramientas y vigilancia especiales para desalentar la colusión en la presentación de ofertas.
- *Productos o servicios idénticos o sencillos.* Cuando los productos o servicios que venden las personas o compañías son idénticos o muy similares, resulta más fácil que las empresas lleguen a un acuerdo en torno a una estructura de precios común.
- *Pocos o nulos sustitutos.* Cuando hay pocos o ningún sustituto adecuado de los productos o servicios que se está buscando adquirir, las personas o empresas que buscan manipular las licitaciones tienen la seguridad de saber que el comprador tiene pocas o ninguna opción y, por ende, es más probable que sus esfuerzos por elevar los precios tengan éxito.
- *Poco o ningún cambio tecnológico.* El déficit o la carencia franca de innovación en el producto o servicio en cuestión ayuda a que las empresas lleguen a un acuerdo y lo mantengan en el tiempo.

LISTA DE VERIFICACIÓN PARA EL DISEÑO DE UN PROCESO DE ADQUISICIÓN QUE REDUZCA LOS RIESGOS DE COLUSIÓN EN LA PRESENTACIÓN DE OFERTAS

Existe una gama de medidas que pueden tomar los organismos encargados de realizar adquisiciones para fomentar una competencia más eficaz en las compras públicas y reducir el riesgo de colusión en los procesos de adquisición. Los organismos encargados de las adquisiciones gubernamentales deberían considerar la posibilidad de adoptar las siguientes medidas:

1. CONTAR CON INFORMACIÓN ADECUADA ANTES DE DISEÑAR EL PROCESO DE LICITACIÓN

La mejor manera para que los funcionarios a cargo de las adquisiciones gubernamentales diseñen un proceso de compra para lograr el mayor nivel de valor por el dinero invertido, reside en obtener información sobre la gama de productos o servicios disponibles en el mercado que cumplan los requisitos del comprador, al igual que contar con información acerca de los posibles proveedores de estos productos. Desarrollar experiencia interna tan pronto como sea posible.

- Conocer las características del mercado en el cual se realizarán las compras, así como las actividades o tendencias de la industria más recientes que podrían tener impacto en la competencia por la oferta.
- Determinar si el mercado en el que se realizará la compra tiene características que hagan más probable la colusión.¹⁵²
- Recabar información sobre los posibles proveedores, sus productos, sus precios y sus costos. De ser posible, comparar los precios que se ofrecen en las adquisiciones B2B¹⁵³ (de negocio a negocio, por sus siglas en inglés).
- Recabar información acerca de cambios recientes en los precios. Informarse acerca de los precios en las zonas geográficas vecinas, así como acerca de los precios de posibles productos alternativos.
- Obtener información acerca de anteriores licitaciones para productos iguales o similares.
- Coordinarse con otros compradores del sector público y clientes que hayan comprado recientemente productos o servicios similares para mejorar su comprensión del mercado y sus participantes.
- Si se utilizan consultores externos para ayudar a estimar precios o costos, se debe tener la seguridad de que se firmó un acuerdo de confidencialidad.

2. DISEÑAR EL PROCESO DE LICITACIÓN PARA MAXIMIZAR LA PARTICIPACIÓN POTENCIAL DE LICITADORES QUE COMPITEN GENUINAMENTE

La competencia efectiva puede mejorarse si existe un número suficiente de licitadores con credibilidad, capaces de responder a la invitación a participar en la licitación y con incentivos para competir por el contrato. Por ejemplo, la participación en la licitación se puede facilitar si los funcionarios a

cargo de las adquisiciones reducen los costos de la presentación de ofertas, establecen requisitos de participación que no limiten injustificadamente la competencia, permiten la participación de empresas de otras regiones u otros países, o buscan formas para motivar la participación de compañías pequeñas, incluso aunque no estén en posibilidad de licitar la totalidad del contrato.

- Evitar restricciones innecesarias que reduzcan el número de licitadores calificados. Especificar requisitos mínimos que sean proporcionales con el tamaño y contenido del contrato licitado. No conviene especificar requisitos mínimos que creen obstáculos a la participación, tales como controles de tamaño, composición o naturaleza de las empresas que están en posibilidad de presentar una oferta.
- Nótese que requerir grandes sumas en garantía de los licitadores como condición para presentar ofertas podría impedir que empresas, que de otro modo calificarían para licitar, participaran en el proceso. De ser posible, debe ponerse atención al establecimiento de montos que sean lo suficientemente altos como para lograr la meta de requerir una garantía.
- Cuando sea posible, es deseable reducir las limitaciones a la participación extranjera en las compras gubernamentales.
- En la medida de lo posible, calificar a los licitadores durante el proceso de adquisición para evitar las prácticas de colusión entre el grupo calificado con antelación y aumentar el nivel de incertidumbre entre las empresas en cuanto al número y la identidad de los oferentes. Evitar que transcurran periodos largos entre la calificación y la adjudicación, pues esto podría facilitar la colusión.
- Reducir el costo de preparación de la licitación. Esto puede lograrse a través una serie de formas, al:
 - Racionalizar los procesos de licitación en términos de tiempo y de productos (por ejemplo, mediante la utilización de los mismos formatos de solicitud y el requerimiento del mismo tipo de información, etcétera).¹⁵⁴
 - Agrupar ofertas (es decir, distintos proyectos de adquisición) para repartir los costos fijos de preparar una oferta.
 - Mantener listas oficiales de contratistas aprobados o de certificación por parte de organismos oficiales.
 - Contemplar la asignación del tiempo adecuado para que las empresas preparen y presenten una oferta. Por ejemplo, cabría considerar la posibilidad de publicar detalles de proyectos avanzados utilizando publicaciones periódicas y profesionales, revistas y sitios Internet del sector.

– Utilizar un sistema de licitación electrónica si está disponible.

- Cuando sea posible, permitir las ofertas sobre ciertos lotes u objetos en el contrato o combinaciones de los mismos en lugar de ofertas sólo sobre el total del contrato.¹⁵⁵ Por ejemplo, en los contratos de mayor tamaño, buscar secciones en la licitación que sean atractivas y apropiadas para las empresas pequeñas y medianas.

- No descalificar a los participantes en futuras competencias o eliminarlos inmediatamente de una lista de licitadores si no presentan ofertas en licitaciones recientes.

- Tener flexibilidad con respecto al número de empresas de las que se requiere una oferta. Por ejemplo, si se parte de requerir cinco licitadores, pero se reciben ofertas sólo de tres empresas, cabría considerar la posibilidad de obtener un resultado competitivo de las tres en lugar de insistir en realizar el ejercicio de nuevo, lo que probablemente dejará más claro que la competencia es escasa.

3. DEFINIR LOS REQUISITOS CON CLARIDAD Y EVITAR LAS MEDIDAS PREDECIBLES

La redacción de especificaciones y términos de referencia es una etapa del ciclo de adquisiciones públicas vulnerable a los sesgos, al fraude y la corrupción. Las especificaciones y los términos de referencia deben diseñarse de tal forma que eviten sesgos, sean claros y generales, sin ser discriminatorios. Como regla general, deben centrarse en el desempeño funcional, específicamente en lo que se busca lograr, más que en cómo lograrlo. Esto motivará la presentación de soluciones innovadoras y la obtención de mayor valor por el dinero invertido. La redacción de los requisitos de una licitación afecta el número y tipo de proveedores que atrae el proceso y, por ende, incide sobre el éxito del proceso de selección. Cuanto más claros sean los requisitos, más sencilla será su comprensión para los participantes potenciales y más confianza tendrán cuando preparen y presenten ofertas. Sin embargo, la claridad no debe confundirse con la facilidad de predicción. La programación de adquisiciones predecible y las cantidades fijas compradas o vendidas pueden facilitar la colusión. Por otro lado, las oportunidades de adquisición de mayor valor y menor frecuencia aumentan los incentivos a competir entre los licitadores.

- Definir los requisitos tan claro como sea posible en la oferta de adquisición. Las especificaciones deberán verificarse independientemente antes de publicarse de manera definitiva a fin de garantizar que se comprendan de forma clara. Es importante asegurarse de no dejar margen para que los proveedores definan términos clave después de adjudicar la oferta.

- También es importante utilizar especificaciones de desempeño y establecer lo que se requiere, más que ofrecer la descripción del producto.

- Evitar iniciar el proceso de oferta mientras que un contrato se encuentre en las primeras etapas de especificación. En este sentido, se requiere una definición integral de la necesidad, que resulta clave para la calidad de la adquisición. En las raras circunstancias en las que es inevitable, se puede requerir a los licitadores que presenten propuestas por unidad. La tarifa resultante se puede aplicar una vez que se conozcan las cantidades.

- Definir las especificaciones dejando lugar para productos sustitutos o en términos de desempeño y requisitos funcionales cuando sea posible. Las fuentes alternativas o innovadoras de suministro dificultan las prácticas de colusión.

- Debe evitarse la facilidad de predicción en los requisitos del contrato, por lo que sería conveniente agregar o desagregar contratos de manera que se varíe el tamaño y la calendarización de las ofertas.

- Es conveniente trabajar con otros encargados de adquisiciones del sector público y realizar compras conjuntas.

- También vale la pena evitar la presentación de contratos con valores idénticos que se puedan compartir con facilidad entre competidores.

4. DISEÑAR EL PROCESO DE LICITACIÓN PARA REDUCIR EFICAZMENTE LA COMUNICACIÓN ENTRE OFERENTES

Al diseñar el proceso de licitación, los funcionarios a cargo de las adquisiciones deben estar conscientes de los diversos factores que pueden facilitar la colusión. La eficiencia del proceso de compra dependerá del modelo de licitación adoptado, pero también de cómo se diseñó y se llevó a cabo la oferta de adquisición. Los requisitos de transparencia son indispensables para que un procedimiento de adquisiciones sólido contribuya a la lucha contra la corrupción. Estos requisitos tendrán que cumplirse de manera equilibrada, para no facilitar la colusión al difundir información más allá de los requisitos legales. Desafortunadamente no existe una regla única para el diseño de una subasta o una oferta de adquisición. Las ofertas deben estar diseñadas para adaptarse a la situación y, donde sea posible, considerar lo siguiente:

- Invitar a los participantes interesados a dialogar con el área de adquisiciones sobre las especificaciones técnicas y administrativas de la oportunidad de compra. Sin embargo, es importante evitar reunir a proveedores potenciales mediante la organización periódica de reuniones previas a la presentación de ofertas.
- También es importante limitar tanto como sea posible la comunicación entre licitadores durante el proceso de presentación de ofertas. Las ofertas abiertas posibilitan la comunicación y el intercambio de señales entre licitadores. Requerir que las ofertas se presenten en persona ofrece oportunidades para comunicaciones de última hora y establecimiento de tratos entre empresas. Esto se puede evitar mediante el uso de la presentación electrónica de ofertas, por ejemplo.
- Es importante considerar atentamente qué información se revela a los oferentes al momento de abrir la licitación pública.
- Al publicar los resultados de una licitación, cabe considerar con atención el tipo de información que se publica y evitar revelar datos sensibles en términos de competencia, ya que esto puede facilitar la formación de esquemas de colusión o manipulación de ofertas en el futuro.
- Cuando existan inquietudes en torno a la colusión debido a las características del mercado o el producto, es importante utilizar, de ser posible, un sistema de subasta cerrada a mejor precio en lugar de una subasta invertida.
- También es importante considerar si se puede obtener un resultado más eficiente aplicando métodos de adquisición distintos de las ofertas en una etapa con base principalmente en el precio. Entre los demás tipos de procesos de adquisición se puede mencionar el de ofertas negociadas¹⁵⁷ y los acuerdos marco.¹⁵⁸
- El precio máximo de reserva sólo debe utilizarse si se basa en profundas investigaciones del mercado y los funcionarios están convencidos de su alto nivel de competitividad. El precio de reserva no debe publicarse, sino mantenerse en confidencialidad en el expediente o depositarlo en otra autoridad pública.
- Es importante prestar atención al empleo de consultores de la industria para llevar a cabo el proceso de licitación, pues podrían tener relaciones de trabajo con licitadores específicos. En lugar de ello, utilice la experiencia de los consultores para describir con claridad los criterios y especificaciones y lleve a cabo el proceso de adquisición internamente.

- Cuando sea posible, solicite la presentación anónima de ofertas (identificando a los licitadores mediante números o símbolos) y permita la presentación de ofertas por teléfono o correo postal.
- No revele o limite innecesariamente el número de licitadores en el proceso.
- Requiera que los licitadores revelen todas las comunicaciones con competidores. Considere requerir que los licitadores firmen un Certificado de Determinación Independiente de Ofertas.¹⁵⁹
- Requiera que los licitadores revelen con anticipación si tienen contemplado realizar subcontrataciones, lo que podría ser una manera de repartir las utilidades entre las partes coludidas.
- Debido a que las ofertas conjuntas pueden ser una manera de distribuir ganancias entre licitadores, es importante ser especialmente atento en lo relacionado con las ofertas conjuntas realizadas por empresas acusadas o sancionadas por colusión por parte de las autoridades de competencia. La precaución es importante incluso si la colusión se presentó en otros mercados e incluso si las empresas involucradas no tienen la capacidad de presentar ofertas separadas.
- En la oferta de adquisición conviene incluir una advertencia con respecto a las sanciones para la colusión en licitaciones que se aplican en su país, tales como la suspensión de la posibilidad de participar en licitaciones públicas durante un periodo dado, cualquier sanción si los conspiradores firmaron un Certificado de Determinación Independiente de Ofertas, la posibilidad de que el organismo a cargo de las adquisiciones busque el resarcimiento de los daños y cualquier sanción que aplique de conformidad con la ley de competencia.
- Indique a los licitadores que cualquier reclamo por aumento en el costo de los insumos que lleve a exceder el presupuesto será investigado en detalle.¹⁶⁰
- Si durante el proceso de adquisición recibe la ayuda de consultores externos, asegúrese que tienen la capacitación adecuada, que firmen acuerdos de confidencialidad y que se sujeten a requisitos de declaración si detectan conductas indebidas de los competidores o cualquier posible conflicto de interés.

5. ELEGIR CON CUIDADO LOS CRITERIOS PARA EVALUAR Y ADJUDICAR LA OFERTA

Todos los criterios de selección afectan la intensidad y la eficacia de la competencia en el proceso de adquisición. La decisión en torno a qué criterios de selección utilizar no sólo es importante para el

proyecto en vigor, sino también para mantener un grupo de licitadores potenciales con credibilidad con un interés continuo por presentar ofertas para proyectos futuros. Por ello también es importante garantizar que la selección cualitativa y los criterios de selección se elijan de manera que los licitadores con credibilidad, incluyendo las empresas pequeñas y medianas, no se vean desalentados innecesariamente.

- Al diseñar la oferta de adquisición, piense en el impacto que su selección de criterios puede tener en la competencia futura.
- Cuando se evalúen ofertas con base en criterios distintos del precio (como calidad del producto, servicios post-venta, etc.), es necesario describir los criterios y ponderarlos adecuadamente con anticipación, a fin de evitar cuestionamientos posteriores a la adjudicación. Si se utilizan correctamente, estos criterios recompensan la innovación y las medidas que racionalizan costos, a la vez que fomentan el establecimiento competitivo de precios. El grado al que se revelan con antelación los criterios de ponderación al cierre de la oferta puede afectar la capacidad de los licitadores para coordinar su oferta.
- Es importante evitar cualquier tipo de trato preferencial para cierta categoría o tipo de proveedor.
- No favorezca a los proveedores que ya prestan sus servicios.¹⁶¹ Las herramientas que garantizan tanto anonimato como sea posible a lo largo del proceso de adquisición podría servir para contrarrestar las ventajas de las empresas que ya trabajan con el área de adquisiciones.
- No haga énfasis excesivo en la importancia de los registros de desempeño. Cuando sea posible, considere experiencias relevantes adicionales.
- Evite dividir los contratos entre proveedores con ofertas idénticas. Investigue las razones de estas ofertas idénticas y, de ser necesario, considere repetir la invitación a presentar ofertas o adjudique el contrato a un solo proveedor.
- Investigue si los precios o las ofertas no parecen tener sentido, pero nunca discuta estos temas colectivamente con los licitadores.
- Cuando sea posible, dentro de los requisitos legales que rigen las notificaciones de adjudicación, mantenga en confidencialidad los términos y las condiciones de la oferta de cada empresa. Eduque a quienes están involucrados en el proceso de realización del contrato (como elaboración, estimaciones, etc.) acerca del significado de la confidencialidad estricta.
- Resérvese el derecho de no adjudicar el contrato si se sospecha que el resultado no será competitivo.

6. CREAR CONCIENCIA ENTRE SU PERSONAL ACERCA DE LOS RIESGOS DE LA COLUSIÓN EN LOS PROCESOS DE ADQUISICIÓN

La capacitación profesional es importante para fortalecer la conciencia de los funcionarios a cargo de las adquisiciones sobre temas de competencia en este sector. Los esfuerzos para combatir la colusión más eficazmente pueden apoyarse por medio de la recolección de información histórica sobre conductas en licitaciones, dando seguimiento constante a las actividades de presentación de ofertas y realizando análisis acerca de los datos relacionados con las ofertas. Esto ayuda a que los organismos encargados de las adquisiciones (y las autoridades de competencia) identifiquen situaciones problemáticas. Cabe destacar que la colusión en los procesos de adquisición puede no ser evidente a partir de los resultados de una sola oferta. A menudo, los esquemas de colusión sólo se revelan cuando se analizan los resultados de una serie de ofertas en un periodo dado.

- Implementar un programa periódico de capacitación sobre detección de manipulación de ofertas y carteles para el personal con ayuda del organismo de competencia o de consultores legales externos.
- Acumular información acerca de las características de ofertas anteriores (como datos sobre el producto adquirido, la oferta de cada participante y la identidad del ganador).
- Revise periódicamente el historial de ofertas de productos o servicios específicos y busque patrones sospechosos, especialmente en las industrias susceptibles de colusión.¹⁶²
- Adopte una política para analizar periódicamente las ofertas adjudicadas.
- Realice comparaciones entre listas de compañías que hayan presentado una declaración de interés y compañías que hayan presentado ofertas para identificar posibles tendencias como retiro de ofertas y uso de subcontrataciones.
- Programe entrevistas con proveedores que no presenten ya ofertas y con los que no hayan ganado.
- Establezca un mecanismo de quejas para que las empresas comuniquen sus inquietudes con respecto a la competencia. Por ejemplo, identifique claramente la persona o la oficina a la que deben presentarse las quejas (y proporcione los detalles para establecer contacto) y asegúrese de que se cuente con el nivel de confidencialidad adecuado.
- Utilice mecanismos de obtención de información sobre colusión en licitaciones de compañías y sus empleados, como el sistema de informantes (soplones). Considere la posibilidad de presentar sus

solicitudes en los medios para invitar a las compañías a proporcionar información a las autoridades sobre posibles casos de colusión.

- Manténgase informado acerca de la política de clemencia o inmunidad en su país,¹⁶³ de aplicarse, y revise sus políticas sobre la suspensión de la posibilidad de calificar para una oferta cuando se ha determinado la existencia de actividad colusoria, a fin de determinar si armoniza con la política de clemencia de su país.
- Establezca procedimientos internos que alienten o requieran que los funcionarios reporten declaraciones o conductas sospechosas a las autoridades de competencia así como al grupo de auditoría interna y al contralor del organismo de adquisiciones y considere el establecimiento de incentivos para fomentar que los funcionarios en efecto hagan estas declaraciones.
- Establezca relaciones de cooperación con la autoridad de competencia (establezca un mecanismo de comunicación, listando la información a proporcionar cuando los funcionarios de adquisiciones entren en contacto con los organismos de competencia, etcétera).

LISTA DE VERIFICACIÓN PARA DETECTAR COLUSIÓN EN LICITACIONES PARA ADQUISICIONES PÚBLICAS

Los acuerdos de colusión para la manipulación de licitaciones pueden ser muy difíciles de detectar, pues normalmente se negocian en secreto. Sin embargo, en las industrias donde la colusión es común, los proveedores y los compradores podrían estar al tanto de añejas conspiraciones para manipular ofertas en licitaciones. En la mayoría de las industrias resulta necesario buscar evidencia, tales como patrones extraños de presentación de ofertas o de precios o algo que el proveedor diga o haga. Manténgase en guardia a lo largo de todo el proceso de adquisición, al igual que durante su investigación preliminar del mercado.

1. BUSCAR PATRONES Y SEÑALES DE ADVERTENCIA CUANDO LAS EMPRESAS PRESENTAN OFERTAS

Ciertos patrones y prácticas de licitación parecen no corresponder a un mercado competitivo y apuntan hacia la posibilidad de que exista manipulación. Busque patrones poco usuales en las formas en las que las empresas licitan y la frecuencia con la que ganan o pierden ofertas de adquisición. También la subcontratación y las prácticas de proyectos conjuntos no reveladas pueden plantear sospechas.

- El mismo proveedor a menudo es el que presenta la oferta más baja.
- Las ofertas ganadoras tienen una ubicación geográfica. Algunas empresas presentan ofertas que ganan sólo en ciertas zonas geográficas.
- Los proveedores usuales no presentan ofertas en un concurso de adquisición en el que normalmente se esperaría que participaran, pero han seguido presentando ofertas en otros concursos.
- Algunos proveedores se retiran inesperadamente de la licitación.
- Algunas compañías siempre presentan ofertas pero nunca ganan.
- Parece que las compañías se turnan para ser el licitador ganador.
- Dos o más empresas presentan una oferta conjunta aun cuando al menos una de ella podría haber licitado independientemente.
- El licitador ganador repetidamente subcontrata trabajo con licitadores que no ganaron.
- El licitador ganador no acepta la adjudicación y se determina más tarde que está trabajando como subcontratista.
- Los competidores socializan con regularidad o programan reuniones antes de la fecha límite de presentación de ofertas.

2. BUSCAR SEÑALES DE ADVERTENCIA EN TODOS LOS DOCUMENTOS QUE SE PRESENTEN

Los diversos documentos que presentan las empresas en un proceso de licitación contienen señales que apuntan hacia una conspiración para manipularla. Aunque las empresas que participan en el acuerdo para manipular la licitación intentarán mantenerlo en secreto, el descuido, la culpa o la ostentación por parte de los conspiradores puede derivarse en señales que, en última instancia, llevan a descubrir la conspiración. Es importante comparar cuidadosamente todos los documentos en busca de evidencia que apunte a pruebas sobre la preparación de ofertas por la misma persona o que fueron preparadas en conjunto.

- La detección de errores idénticos en los documentos de presentación de oferta o las cartas presentadas por compañías diferentes, como las faltas de ortografía.

- Ofertas de compañías diferentes que presentan caligrafía o tipos de letra similares o que utilizan formatos o papelería idéntica.
- Documentos presentados por una compañía que hacen referencia directa a ofertas de competidores o que utilizan papel membretado o el número de fax de otro licitador.
- Ofertas de diferentes compañías que contienen errores de cálculo idénticos.
- Ofertas de diferentes compañías que contienen un número significativo de estimaciones idénticas del costo de ciertos artículos.
- Los paquetes de diferentes compañías presentan sellos postales o marcas postales similares.
- Los documentos de licitación de compañías diferentes presentan numerosos ajustes de último minuto, como el uso de corrector blanco u otras alteraciones físicas.
- Documentos de licitación presentados por compañías diferentes que contienen menos detalles de los necesarios o esperados, o que presenten otros indicios de no ser genuinos.
- Los competidores presentan ofertas idénticas o los precios presentados por los licitadores aumentan en incrementos regulares.

3. BUSCAR SEÑALES DE ADVERTENCIA Y PATRONES RELACIONADOS CON EL ESTABLECIMIENTO DE PRECIOS

Los precios presentados en una licitación se pueden utilizar como herramienta para descubrir casos de colusión. En este sentido, es importante buscar patrones que apunten a compañías que podrían estar coordinando sus esfuerzos, como en el caso de aumentos de precios que no tienen explicación en aumentos de costos. Cuando las ofertas perdedoras son mucho más altas que la ganadora, los conspiradores podrían estar utilizando un esquema de licitación de respaldo. Una práctica común en estos esquemas consiste en que el proveedor del precio de respaldo incrementa 10 por ciento o más a la oferta más baja. Los precios que superan la estimación de costos o las ofertas previas para concursos similares también podrían ser indicio de colusión. Los siguientes elementos pueden ser motivo de sospecha:

- Aumentos repentinos e idénticos en intervalos de precios por parte de licitadores que no pueden explicarse mediante incrementos en costos.

- Expectativas de descuentos o reembolsos que desaparecen inesperadamente.
- Los precios idénticos pueden plantear inquietudes, en especial cuando se cumple una de las siguientes condiciones:
 - Los precios de los proveedores fueron los mismos durante largo tiempo
 - Los precios de los proveedores eran distintos unos de otros,
 - Los proveedores aumentaron el precio sin que sea justificable por aumentos de costos, o
 - Los proveedores eliminaron descuentos, especialmente en un mercado donde usualmente se ofrecían.
- Se observa una gran diferencia entre el precio de una oferta ganadora y otras ofertas.
- La oferta de cierto proveedor es mucho más alta para un contrato específico que la del mismo proveedor para un contrato similar.
- Se observan reducciones significativas con respecto a los niveles anteriores de precios después de que un proveedor nuevo o que participa con poca frecuencia presenta una oferta, es decir, el nuevo proveedor podría haber entorpecido el funcionamiento de un cartel existente de manipulación de licitaciones.
- Los proveedores locales están ofreciendo precios más altos para las entregas locales que para las entregas a destinos más alejados.
- Las compañías locales y las no locales especifican costos de transporte similares.
- Sólo un licitador establece contacto con los mayoristas para obtener información sobre precios antes de presentar un concurso.
- Características inesperadas en licitaciones públicas en una subasta, por medios electrónicos o de otro tipo —como ofertas que contienen cifras poco usuales en renglones en los que se esperarían cifras redondeadas a centenas o miles— podrían ser indicio de que los licitadores están utilizando los concursos como vehículo de colusión al comunicarse información o destacar preferencias.

4. SIEMPRE BUSCAR AFIRMACIONES SOSPECHOSAS

Al trabajar con proveedores es importante prestar atención a afirmaciones sospechosas que apunten a que las compañías podrían haber llegado a un acuerdo o coordinado sus precios o sus prácticas de ventas.

- Referencias habladas o escritas en torno al establecimiento de un acuerdo entre oferentes.
- Afirmaciones en las que los licitadores justifican sus precios al revisar los -- precios que sugiere la industria -- los precios estándar en el mercado -- o -- escalas de precios de la industria--.
- Afirmaciones indicando que algunas empresas no venden en zonas específicas o a clientes específicos.
- Afirmaciones indicando que una zona o un cliente --pertenece a otro proveedor.
- Afirmaciones indicando conocimiento anticipado, no público, de los precios de un competidor o acerca de detalles o conocimiento previo del éxito o fracaso en una competencia para la que aún no se publican los resultados.
- Afirmaciones que apunte a que un proveedor presentó una oferta de cortesía, complementaria, simbólica o de respaldo.
- Uso de la misma terminología por parte de varios proveedores al explicar los incrementos de precios.
- Cuestionamientos o inquietudes acerca de Certificados de Determinación Independiente de Licitaciones o indicios de que, aunque firmados (o incluso entregados sin firmar), podrían no haber sido tomados en serio.
- Cartas de intención de licitadores que se rehúsan a cumplir ciertas condiciones de la licitación o hacen referencia a discusiones, tal vez en el seno de asociaciones gremiales o industriales.

5. SIEMPRE BUSCAR CONDUCTAS SOSPECHOSAS

Buscar referencias sobre reuniones o eventos en los que los proveedores podrían tener oportunidad de discutir precios o conductas que sugieran que una compañía está tomando medidas específicas que sólo benefician a otras empresas. Entre los tipos de conductas sospechosas se podrían mencionar los siguientes:

- Los proveedores se reúnen en privado antes de presentar ofertas, a veces cerca de la ubicación donde se presentarán.
- Los proveedores socializan con regularidad o parecen mantener reuniones periódicas.

- Una empresa solicita un paquete de licitación para sí misma y un competidor.
- Una empresa presenta su propia licitación y documentación, junto con la de un competidor.
- Una compañía sin posibilidad de cumplir el contrato con éxito presenta una licitación.
- Una empresa presenta varias ofertas en una licitación y elige qué oferta presentar después de determinar (o tratar de determinar) quién más está compitiendo.
- Varios licitantes presentan cuestionamientos similares ante el organismo de adquisiciones o entregan solicitudes o materiales similares.

6. ADVERTENCIA ACERCA DE LOS INDICADORES DE COLUSIÓN EN PROCESOS DE ADQUISICIÓN

Los indicadores de posible manipulación de los procesos de adquisición descritos arriba identifican toda una serie de patrones en la presentación de ofertas y el establecimiento de precios, así como de afirmaciones y conductas sospechosas. Sin embargo, no deberían considerarse como prueba de que las empresas están efectivamente manipulando una licitación. Por ejemplo, una empresa puede no haber presentado ofertas en una licitación específica porque estaba demasiado ocupada para realizar el trabajo que requiere la preparación de un concurso. Las ofertas altas podrían simplemente reflejar una evaluación distinta del costo de un proyecto. No obstante, cuando se detectan patrones sospechosos en la presentación de ofertas o el establecimiento de precios o cuando los representantes del organismo de adquisiciones escuchan afirmaciones extrañas u observan conductas peculiares, se requiere una investigación más profunda para descartar que se trate de un caso de manipulación. Un patrón regular de conductas sospechosas en un periodo dado es a menudo un mejor indicador de posible manipulación, que la evidencia que arroja una sola licitación. Es importante registrar con cuidado toda la información, de manera que sea posible establecer un patrón de conducta en un horizonte temporal.

7. MEDIDAS QUE DEBERÁN APLICAR LOS FUNCIONARIOS ENCARGADOS DE LAS ADQUISICIONES SI SE SOSPECHA COLUSIÓN

Si sospecha la manipulación en una licitación, existe una serie de pasos que deberá tomar a fin de contribuir a revelarla y detenerla.

CONCLUSIONES 05.

- Tenga un entendimiento funcional de la ley sobre colusión en procesos de adquisición en su jurisdicción.
- No discuta sus inquietudes con los participantes bajo sospecha.
- Guarde todos los documentos relacionados con la licitación, incluyendo la correspondencia, los sobres, etcétera.
- Mantenga un registro detallado de toda conducta y afirmaciones sospechosas, incluyendo fechas, personas involucradas y otras personas presentes y exactamente lo que ocurrió o se dijo. Deben tomarse notas durante el evento o mientras estén frescas en la memoria del funcionario, a fin de proporcionar una descripción precisa de lo que sucedió.
- Establezca contacto con la autoridad relevante de su jurisdicción en materia de competencia.
- Luego de consultar con su personal legal interno, considere la conveniencia de proceder con la licitación.

05. CONCLUSIONES

ANEXO 3: CERTIFICADOS DE DETERMINACIÓN INDEPENDIENTE DE LA OFERTA DE ESTADOS UNIDOS Y CANADÁ

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, ABRIL 1985

(a) El oferente certifica que:

(1) Los precios en esta oferta se han determinado de manera independiente, sin consulta, comunicación o acuerdo con ningún otro oferente o competidor, para efectos de restringir la competencia, respecto a:

- (i) los precios;
- (ii) la intención de presentar una oferta; o
- (iii) los métodos o factores utilizados para calcular los precios ofertados.

(2) Los precios en esta oferta no han sido ni serán compartidos de manera directa o indirecta por el oferente, con ningún otro oferente o competidor antes de la celebración de la sesión de apertura de ofertas (en el caso de una solicitud de ofertas en sobre cerrado y sellado) o la adjudicación del contrato (en el caso de una invitación restringida), a menos que la ley autorice lo contrario; y

(3) El oferente no ha inducido ni inducirá a nadie a presentar una oferta con la intención de restringir la competencia.

(b) Cada signatario mediante su firma certifica que:

(1) Es una persona dentro de la organización del oferente responsable de determinar los precios ofrecidos o propuestos, y que el signatario no ha participado ni participará en ninguna acción contraria a los párrafos (a)(1) a (a)(3); o

(2)(i) Ha sido autorizado, por escrito, para fungir como representante de las siguientes personas, en el entendido de que éstas no han participado ni participarán en ninguna acción contraria a los párrafos (a)(1) a (a)(3) de esta disposición _____ [nombre completo de las personas dentro de la organización del oferente, responsables de determinar los precios que se presentan en esta oferta o propuesta, y el nombre del cargo];

CONCLUSIONES 05.

(ii) Como representante autorizado, certifica que las personas indicadas en la sección (b)(2)(i) no han participado, ni participarán, en ninguna acción contraria a los párrafos (a)(1) a (a)(3) de esta disposición; y

(iii) Como representante, no ha participado personalmente, y no participará, en ninguna acción contraria a los párrafos (a)(1) a (a)(3) de esta disposición.

(c) En caso de que el oferente elimine o modifique el párrafo (a)(2) de esta disposición, el oferente deberá proporcionar junto con su oferta una declaración firmada en la cual estipule detalladamente las circunstancias de las comunicaciones con otros oferentes.

05. CONCLUSIONES

CERTIFICADO DE DETERMINACIÓN INDEPENDIENTE DE LA OFERTA (CANADÁ)

Yo, el suscrito, al presentar la oferta adjunta para la licitación o concurso (en lo sucesivo -- la oferta) a:

(Nombre del servidor público que recibe la oferta)

Para:

(Nombre y número de licitación y proyecto)

En respuesta a la convocatoria o solicitud (en lo sucesivo --la convocatoria) para la licitación realizada por:

(Nombre de la autoridad contratante)

Por este acto hago las siguientes afirmaciones que certifico son verdaderas y completas en todos los aspectos:

Certifico, a nombre de:

_____ que: (Razón social del concursante
[en lo sucesivo --Licitante])

1. He leído y entiendo los contenidos de este Certificado;
2. Entiendo que la presente oferta será descalificada si se comprueba que este Certificado contiene información falsa e incompleta;
3. Cuenta con la autorización del licitante para firmar este certificado y para presentar en su nombre la presente oferta;
4. Los signatarios de la presente oferta se encuentran debidamente autorizados por el licitante para determinar los términos de la oferta;
5. Para los efectos del presente certificado y de la oferta presentada, se entenderá por --competidor-- cualquier persona física o moral, que no sea el licitante, o filial de ésta, de quien:
a. se haya solicitado presentar una oferta en respuesta a esta convocatoria;

b. se esperaría la presentación de una oferta en respuesta a esta convocatoria, en razón de sus cualidades, habilidades o experiencia;

6. El licitante revela que (marque uno de los siguientes, según aplique):

a. ha determinado la presente oferta de manera independiente y sin consulta, comunicación, acuerdo o arreglo con ningún competidor;

b. ha celebrado consultas, comunicaciones, acuerdos o arreglos con uno o más competidores respecto a esta convocatoria y ha proporcionado los documentos relacionados, los detalles, incluyendo los nombres de los competidores y la naturaleza y razones para dichas consultas, comunicaciones, acuerdos o arreglos;

7. En particular, y sin limitar la generalidad de los párrafos (6)(a) o (6)(b) anteriores, no ha habido consulta, comunicación, acuerdo o arreglo con ningún competidor respecto a:

a. precios;

b. métodos, factores o fórmulas utilizados para calcular los precios;

c. la intención o decisión de presentar una oferta; o

d. la presentación de una oferta que no cumpla con las especificaciones de la convocatoria; a excepción de lo especificado en el párrafo (6)(b);

8. No ha habido consulta, comunicación, acuerdo o arreglo con ningún competidor respecto a la calidad, cantidad, especificaciones o detalles de la entrega de los productos o servicios materia de esta convocatoria, a excepción de lo específicamente autorizado por la autoridad contratante o lo dispuesto en el párrafo (6)(b) anterior;

9. Los términos de la presente oferta no han sido y no serán dados a conocer, de manera directa o indirecta, a ningún competidor, previamente a la fecha y hora de la celebración de la sesión de apertura de ofertas, o de la adjudicación del contrato, lo que suceda primero, a menos que la ley lo requiera o que haya sido determinado, de acuerdo con el párrafo (6)(b) anterior.

(Nombre y firma del representante legal del licitante)

(Cargo) (Fecha)

BIBLIOGRAFÍA

148. Guía práctica de compras públicas. Recomendaciones para comprar bien a nivel estatal. IMCO. http://imco.org.mx/wp-content/uploads/2013/7/Guia_de_compras_publicas_011012.pdf y Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas. OCDE, 2009. <http://www.oecd.org/competition/cartels/42761715.pdf>

149. En los países de la OCDE, las adquisiciones públicas representan cerca de 15 por ciento del PIB. En muchos países no miembros de la Organización, la cifra es incluso mayor. Véase OCDE, Bribery in Procurement, Methods, Actors and Counter-Measures, 2007.

150. En la mayoría de los casos, el pago de compensaciones se facilita con el uso de una factura fraudulenta para la subcontratación de trabajos. De hecho, ese trabajo no se realiza y la factura es falsa. El uso de contratos fraudulentos de consultoría también se puede aplicar para estos fines.

151. Las asociaciones gremiales o industriales están integradas por personas y empresas con intereses comerciales comunes que se unen para avanzar en sus metas profesionales o comerciales

152. Véase la sección de --Características industriales, de producto y de servicios que contribuyen a apoyar la colusión en el cuerpo del documento.

153. B2B (Business to Business) es un término utilizado comúnmente para describir las transacciones comerciales electrónicas entre empresas.

154. Sin embargo, la racionalización de la elaboración de la licitación no debería impedir que los funcionarios a cargo de las adquisiciones busquen mejoras continuas en el proceso de adquisiciones (el procedimiento elegido, las cantidades adquiridas, la calendarización, etc.).

155. Los funcionarios a cargo de las adquisiciones deberían también estar conscientes de que, si se implementa de la manera equivocada (como de una forma fácilmente predecible), la técnica de "reparto de contratos" podría ser una oportunidad para que los conspiradores asignen mejor sus contratos.

156. Por ejemplo, si los licitadores necesitan realizar una inspección local, evite reunirlos en la misma planta al mismo tiempo.

157. En las licitaciones negociadas, el adquirente presenta un plan general y el (los) oferente(s) trabajan los detalles con el comprador, llegando así a un precio.

158. En los acuerdos marco, el comprador pide a un número considerable de empresas, por ejemplo, 20, que presenten detalles de su capacidad en términos de factores cualitativos como experiencia, calificaciones de seguridad, etc., para luego elegir un número menor, como, por ejemplo, de cinco oferentes para formar parte de un marco. Los trabajos posteriores se asignan principalmente de acuerdo con las capacidades o pueden ser objeto de --mini licitaciones, en las que cada uno de los oferentes cotiza un precio para el trabajo.

159. Un Certificado de Determinación Independiente de Ofertas requiere que los licitadores revelen todos los datos materiales acerca de cualquier tipo de comunicación que hayan tenido con los competidores en relación con la invitación a presentar ofertas. A fin de desalentar las ofertas fraudulentas, no genuinas o que impliquen colusión y con ello eliminar la ineficiencia y el costo adicional para las adquisiciones, los funcionarios encargados de las compras gubernamentales podrían requerir una declaración de cada oferente en torno a que la licitación se presentó como genuina, sin colusión con otras empresas y con la intención de aceptar el contrato en caso de ser adjudicado. Debe prestarse atención a solicitar la firma de una persona con autoridad en términos de representación de la empresa, sumando penalizaciones adicionales en caso de realizar afirmaciones fraudulentas o imprecisas.

160. Los incrementos de costos durante la fase de ejecución de un contrato deben seguirse de cerca, pues pueden ser un frente para actos de corrupción y cohecho.

161. Las compañías que ya trabajan con el área de adquisiciones en cuestión son aquellas que suministran bienes o prestan servicios a la administración pública y cuyo contrato está a punto de vencer.

162. Véase la sección --Características industriales, de producto y de servicios que contribuyen a apoyar la colusión en el cuerpo del documento.

163. Estas políticas generalmente contemplan el otorgamiento de inmunidad en casos de procesos legales antimonopolio a la primera de las partes que lo solicite al amparo de la política que admite su participación en actividades específicas de cartel, incluyendo esquemas de manipulación de licitaciones y acepta colaborar en la investigación con la autoridad de competencia