



ABRIL 2013

Oficina de Asuntos Monopolísticos
Departamento de Justicia
Estado Libre Asociado de Puerto Rico

**GUÍA PARA PREVENIR Y
ATACAR LA COLUSIÓN
ENTRE PROPONENTES EN
LAS LICITACIONES DE
CONTRATACIÓN PÚBLICA**

***“Protegiendo la competencia y los
consumidores”.***

Mensaje del Secretario

Estimado servidor público:

La sana administración de los recursos del gobierno es un asunto que compete a todos los que tenemos el honor de laborar dentro del sistema público. Todos estamos llamados a procurar el mejor manejo de los fondos que las entidades del estado tienen disponibles para concretar su obra y brindar sus servicios. En este contexto, los procedimientos de licitaciones y requerimientos de propuestas públicas juegan un papel central. Son estos los métodos que frecuentemente utilizan las instrumentalidades del gobierno para adquirir los productos o servicios que beneficiarán a la ciudadanía. Los desembolsos que se efectúan cada año por las agencias, municipios, y corporaciones públicas del Estado Libre Asociado de Puerto Rico mediante esos procedimientos, son sustanciales. Por ende, la manipulación fraudulenta de los procesos de subastas del estado, por parte de las empresas licitadoras, puede representar una pérdida considerable de fondos públicos.

Ante esa realidad, el Departamento de Justicia -a través de la Oficina de Asuntos Monopolísticos- tomó la iniciativa de desarrollar la “Guía para Prevenir y Atacar la Colusión entre Proponentes en las Licitaciones de Contratación Pública”. Con la publicación de esta Guía demostramos sensibilidad al reconocer que el tema de las prácticas anticompetitivas en general, y la manipulación de licitaciones públicas en particular, son asuntos poco conocidos que requieren mayor divulgación y discusión pública. Además, fortalecemos la competencia y el conocimiento de los funcionarios públicos brindándoles herramientas para poder prevenir, identificar, y atacar posibles esquemas de competencia injusta. Finalmente, esta Guía evidencia el compromiso del Departamento de Justicia de erradicar la impunidad y hacer cumplir la ley en toda su extensión.

Estoy seguro de que esta nueva iniciativa será de gran provecho para todas las entidades públicas, promoverá la competencia justa, y redundará en beneficios para los consumidores.

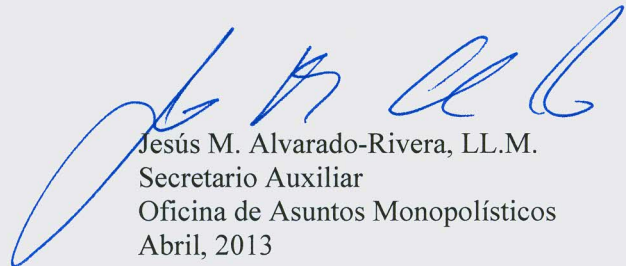


Luis Sánchez Betances
Secretario
Departamento de Justicia
Abril, 2013

Mensaje del Secretario Auxiliar:

Con mucha satisfacción la Oficina de Asuntos Monopolísticos del Departamento de Justicia del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, presenta esta “Guía para Prevenir y Atacar la Colusión entre Proponentes en las Licitaciones de Contratación Pública”. La misma es parte de varios esfuerzos coordinados por la Oficina que van dirigidos a diseminar el conocimiento sobre el derecho de la justa competencia, desmitificar su naturaleza, y promover un mercado más competitivo. La competencia libre y justa permite el desarrollo de economías eficientes, innovadoras, y en constante crecimiento. Asimismo, incentiva que las empresas brinden a los consumidores mejores productos y servicios, de mayor calidad y menor precio. Todo ello es altamente relevante en un mercado de dimensiones relativamente conservadoras, como lo es Puerto Rico.

Las consecuencias de un mercado anticompetitivo pueden tocar muy de cerca también al erario público. En particular, durante los procedimientos de licitaciones públicas el Estado puede sufrir pérdidas sistemáticas de sus fondos si es víctima de ataques a la competencia, a través de prácticas colusorias de empresarios. Por ello, en cumplimiento con su deber ministerial de mantener al público informado y fomentar el cumplimiento de la ley, la Oficina de Asuntos Monopolísticos brinda esta Guía para que los funcionarios públicos puedan identificar y ayudar a combatir actividades colusorias anticompetitivas en sus subastas. Asimismo, la Oficina queda en la mejor disposición para colaborar con otras entidades gubernamentales en vías de asegurar la erradicación de conductas que restrinjan la libre y justa competencia. A esos fines, continuaremos laborando con esmero, protegiendo la competencia y los consumidores.



Jesús M. Alvarado-Rivera, LL.M.
Secretario Auxiliar
Oficina de Asuntos Monopolísticos
Abril, 2013

Esta Guía solo tiene el propósito de brindar información básica a entidades públicas sobre la manipulación ilegal de procedimientos de subastas y su relación con las leyes de competencia justa. La Guía no constituye un resumen completo de la legislación y jurisprudencia vigente, ni afecta de forma alguna la regulación de los procedimientos de subastas en el Estado Libre Asociado de Puerto Rico. La Guía tampoco crea o afecta derechos sustantivos o procesales.

Todos los derechos reservados.

©

Tabla de Contenido

| | Página |
|--|--------|
| I. Introducción..... | 4-5 |
| II. ¿A quién va dirigida esta guía?..... | 5 |
| III. ¿Cuál es el objetivo de la guía?..... | 5 |
| IV. ¿De qué forma pueden ayudar las entidades del sector público a fomentar la competencia en los procesos de contratación pública? | 5 |
| V. ¿Qué es la colusión en la contratación pública o <i>bid rigging</i> ?..... | 5 |
| VI. ¿Por qué es perjudicial la colusión entre licitadores? | 6 |
| VII. ¿Qué normas sancionan la colusión entre proponentes en una licitación pública? | 6 |
| VIII. Factores que pueden facilitar la colusión | 6 |
| IX. ¿Qué características del mercado facilitan la existencia de colusión?..... | 6 |
| X. ¿Qué formas puede tomar la colusión en la contratación pública?..... | 7 |
| XI. ¿Cómo pueden detectar las agencias, municipios y corporaciones públicas si ha existido colusión entre los licitadores?..... | 8-9 |
| XII. ¿Qué medidas específicas pueden adoptar las agencias, municipios y corporaciones públicas?..... | 10-13 |
| XIII. Lista de cotejo para el diseño del proceso de abastecimiento orientado a reducir los riesgos de colusión entre proponentes en licitaciones | 13-18 |
| XIV. Lista de cotejo para la detección de colusión entre proponentes en licitaciones | 19-22 |
| XV. Pasos que deben seguir los funcionarios a cargo de la licitación si identifican o sospechan de un acuerdo colusorio entre proponentes en una licitación..... | 22 |

I. INTRODUCCIÓN:

Los organismos que forman parte del sector público, en ocasiones, deben recurrir a los servicios que ofrecen las compañías privadas, por ejemplo, en aquellos casos en que las administraciones públicas optan por la gestión indirecta de un servicio cuando sea necesaria la construcción de una infraestructura de uso público o cuando tengan que proveerse de bienes o servicios para el ejercicio de su actividad. Esta demanda del sector público se canaliza a través de la contratación pública mediante procesos de licitación o requerimiento de propuestas que garantizan el cumplimiento de los principios de libertad de acceso a las subastas, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, utilización eficiente de los fondos públicos y salvaguardia de la libre competencia.

Con la finalidad de hacer buen uso de los fondos públicos, es de vital importancia que los órganos de contratación (agencias del gobierno, municipios y corporaciones públicas) estén en disposición de garantizar una competencia legítima entre los ofertantes que participan en una licitación ya que, de esta manera, es más probable que paguen un precio inferior por un determinado bien o servicio y, a su vez, obtengan una calidad superior.

La Ley Núm. 77 de 25 de junio de 1964, según enmendada, 10 LPRA §257 et seq., "Ley para prohibir las prácticas monopolísticas y proteger la justa y libre competencia en los negocios y el comercio", crea la Oficina de Asuntos Monopolísticos (OAM) y establece que será la dependencia gubernamental, adscrita como Secretaría Auxiliar del Departamento de Justicia, que pondrá en vigor y fiscalizará las disposiciones de la ley antes mencionada, entre otras. La Ley prohíbe todas aquellas prácticas que interrumpan y/o distorsionen la competencia en Puerto Rico, además requiere a la OAM investigar y procesar estas conductas. Estas prácticas incluyen acuerdos anti-competitivos tales como la fijación de precios (*price-fixing*) y la colusión entre proponentes en las licitaciones durante la contratación pública (*bid rigging*). Dichas prácticas eliminan la competencia y pueden tener como consecuencia precios no competitivos y gastos excesivos por el gobierno. Ello también da lugar a la entrega de bienes y servicios de mala calidad, entre otras ineficiencias.

Así, la colusión entre proponentes en las licitaciones o requerimientos de propuestas es una infracción que se produce cuando dos o más empresas acuerdan entre ellas el resultado de un proceso de licitación o presentación de oferta, decidiendo por adelantado qué empresa presentará la oferta, cuál presentará la oferta más económica o cuál debe ser el precio de la oferta o licitación. Este tipo de manipulación fraudulenta de licitaciones está estrictamente prohibida por las normas del derecho de competencia.

De igual modo, se entiende que incurren en conductas fraudulentas en la licitación aquellas compañías que se ponen de acuerdo para elevar los precios o disminuir la calidad de los productos o servicios a ser provistos a adquirentes interesados en obtener dichos productos o servicios mediante un proceso competitivo. Los organismos públicos y privados frecuentemente recurren a procesos de licitación competitiva para alcanzar la mejor relación precio/calidad atendido el presupuesto disponible (*best value for money*). Alcanzar precios menores, y/o mejores productos, resulta deseable ya que permitiría el ahorro de recursos o su liberación para ser usados en la adquisición de otros bienes y servicios. El proceso competitivo permite lograr precios menores o mejoras en la calidad e innovación, sólo cuando las empresas compiten efectivamente; esto es, establecen sus precios y demás condiciones de manera honesta y en forma independiente. La manipulación fraudulenta de licitaciones puede causar mucho daño cuando

ella se produce en licitaciones para el abastecimiento público. En estos casos, los acuerdos de esta clase extraen recursos de manera ilegítima de los compradores y, en último término, de los contribuyentes; hacen disminuir la confianza pública en el proceso de compras; y socavan los beneficios de un mercado competitivo. Esta es una práctica ilegal y puede ser investigada y sancionada conforme a la legislación vigente.

El propósito de la OAM con esta iniciativa es ayudar a las entidades gubernamentales en la prevención y la disuasión del fraude que derriba el proceso de oferta competitiva. En ese sentido, los abogados de la OAM están disponibles para proporcionar el entrenamiento necesario a los funcionarios, auditores y el personal en general del estado para identificar aquellas prácticas y/o conductas que podrían representar violaciones criminales de competencia justa. De ser necesario, también estamos disponibles para ayudar en la revisión de propuestas y contratos. Si las violaciones ocurren, en la OAM estamos listos para investigar y procesar aquellos casos que así lo ameriten.

II. ¿A QUIÉN VA DIRIGIDA ESTA GUÍA?

Esta *Guía para Prevenir y Atacar la Colusión entre Proponentes en las Licitaciones de Contratación Pública* va dirigida a todas las agencias gubernamentales del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, sus municipios y corporaciones públicas que, para el cumplimiento de sus finalidades, deben recurrir a las compañías del sector privado mediante licitaciones públicas o requerimientos de propuestas.

III. ¿CUÁL ES EL OBJETIVO DE LA GUÍA?

La Guía ha sido elaborada por la OAM con la intención de proveer una herramienta para promover una justa competencia durante los procesos de licitación pública. La OAM busca poner al alcance de las agencias del gobierno, municipios y corporaciones públicas un conjunto de herramientas con la intención de asistirles y conseguir una mayor competencia en sus procedimientos de compras, incrementando el bienestar social.

IV. ¿DE QUÉ FORMA PUEDEN AYUDAR LAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO A FOMENTAR LA COMPETENCIA EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA?

Básicamente a través de dos formas:

- Desarrollando procedimientos de contratación que ni en su diseño, ni en su desarrollo, ni posteriormente en la ejecución del contrato introduzcan restricciones injustificadas a la competencia.
- Ayudando a prevenir y combatir potenciales actuaciones ilícitas de colusión de las compañías proponentes en el proceso de contratación, esto es, las actuaciones de colusión entre proponentes (*bid rigging*).

V. ¿QUÉ ES LA COLUSIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA O *BID RIGGING*?

Una de las características esenciales de los procesos de licitación exitosos radica en el hecho de que los ofertantes preparen y presenten sus ofertas de forma totalmente independiente. No obstante, en ocasiones, los licitadores se ponen de acuerdo con el objetivo de evitar competir entre ellos y así obtener un contrato más beneficioso que aquél que habría obtenido si hubieran competido de forma efectiva. Pueden ponerse de acuerdo para, por ejemplo, fijar precios o cualquier otra condición comercial, o para repartirse el mercado. Haciendo uso de esta estrategia, la compañía ganadora de la licitación obtiene un beneficio extraordinario, y en ocasiones, puede incluso compensar al resto de las compañías que han participado de forma fraudulenta en la licitación pública.

VI. ¿POR QUÉ ES PERJUDICIAL LA COLUSIÓN ENTRE LICITADORES?

Estos acuerdos afectan negativamente tanto a la competencia en los mercados de los bienes y servicios licitados, como a la gestión y utilización que las agencias, municipios y corporaciones públicas hacen de los recursos públicos. Los ciudadanos se ven doblemente perjudicados: como consumidores al reducirse o eliminarse la competencia en el mercado, y como contribuyentes, al generarse un mayor costo en la contratación pública. Según distintas estimaciones, los precios de los bienes y servicios contratados en las licitaciones donde ha existido colusión pueden incrementarse en más de un 20%.

VII. ¿QUÉ NORMAS SANCIONAN LA COLUSIÓN ENTRE PROPONENTES EN UNA LICITACIÓN PÚBLICA?

Ley Núm. 77, supra, prohíbe todas aquellas prácticas que interrumpan y/o distorsionen la competencia en Puerto Rico, además requiere a la OAM investigar y procesar estas conductas. A esos efectos, dispone que "[t]odo contrato, combinación en forma de trust o en otra forma, o conspiración para restringir irrazonablemente los negocios o el comercio en el Estado Libre Asociado de Puerto Rico o en cualquier sector de éste,... se declaran ilegales y toda persona que haga tales contratos o se comprometa en tales combinaciones o conspiraciones incurrirá en delito menos grave". Estas prácticas incluyen acuerdos anti-competitivos tales como la fijación de precios (*price-fixing*) y la colusión de licitadores (*bid rigging*).

VIII. FACTORES QUE PUEDEN FACILITAR LA COLUSIÓN

El éxito en los intentos de colusión es más probable cuando las compañías son capaces: de acordar objetivos y medios comunes para alcanzarlos; de verificar la implantación de lo acordado; y de sancionar a los participantes que incumplan el acuerdo.

La existencia de este conjunto de condiciones depende a su vez, principalmente, de las características de los mercados en que se desarrolla la contratación pública y del diseño del proceso de contratación.

IX. ¿QUÉ CARACTERÍSTICAS DEL MERCADO FACILITAN LA EXISTENCIA DE COLUSIÓN?

Respecto al mercado, la colusión tiende a ser más factible cuando:

- El mercado puede considerarse estable, porque, por ejemplo, existen barreras de entrada que dificultan o impiden el ingreso de nuevos competidores, y no parece probable que se produzcan modificaciones importantes de las condiciones de demanda, o innovaciones tecnológicas significativas en el producto en cuestión. Todo ello propicia no sólo la realización de acuerdos sino también la posibilidad de extender su duración a lo largo de mayores periodos de tiempo.
- El producto o servicio que ofrecen las empresas es relativamente homogéneo, lo que facilita la consecución de acuerdos respecto al precio ofertado.
- Los productos o servicios objeto de la contratación pública no cuentan con sustitutos cercanos, de manera que los organismos públicos pueden tener pocas alternativas cuando los licitadores alcanzan un acuerdo.
- Existen vínculos contractuales o estructurales entre las empresas participantes en el mercado que pueden facilitar la coordinación y el seguimiento del comportamiento de todas ellas.

X. ¿QUÉ FORMAS PUEDE TOMAR LA COLUSIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA?

Las formas que puede adoptar la colusión en la contratación pública son muy diversas pero se distinguen, principalmente, cuatro modalidades básicas que se pueden presentar de forma autónoma o combinada.

1. **Posturas encubiertas (*Cover o complementary bidding*):** También conocidas por el nombre de ofertas complementarias, de cortesía o simbólicas. Se trata de ofertas diseñadas para simular una competencia auténtica, lo cual dificulta su detección. Estas ofertas contienen, como mínimo, alguno de estos elementos:
 - Ofertas más elevadas: los competidores aceptan presentar unas ofertas más altas que las que presentará el ganador designado.
 - Ofertas inaceptables: los competidores presentan ofertas que contienen términos que son inaceptables para el órgano de contratación, ya sean de tipo técnico o económico.
2. **Eliminación de ofertas (*bid suppression*):** En este caso, la estrategia que adoptan las empresas que intentan defraudar a la entidad gubernamental consiste en el hecho que una o más de estas compañías acepten lo siguiente:
 - Abstenerse de presentar una oferta en el proceso de licitación.
 - Retirar una oferta presentada de manera que se adjudique la licitación al ganador designado en el acuerdo.
 - Presentar una oferta conjunta cuando la podrían haber formulado por separado.
3. **Asignación de mercados (*market allocation*):** Los competidores se reparten el mercado por áreas geográficas, o bien acuerdan asignarse carteras de clientes. Por ejemplo, las compañías se asignan una cartera de clientes de manera que sus competidores no harán ofertas (o presentarán ofertas simbólicas) cuando estos clientes soliciten un servicio mediante licitación. A cambio, el competidor en cuestión no presentará ofertas a aquellos grupos de clientes que han estado asignados a otras compañías que también forman parte del acuerdo.
4. **Rotación de ofertas:** Las compañías que coinciden en distintos procesos de licitación pueden decidir “repartirse” por turnos cuál de ellas será la ganadora. La forma como se implementa esta estrategia puede variar ya que existen distintos tipos de rotaciones:
 - Rotación simple: cada una de las empresas gana el mismo número de contratos.
 - Rotación según la igualdad de ingresos: cada una de las empresas obtiene los mismos ingresos a largo plazo.
 - Rotación según dimensión: cada una de las empresas obtiene un volumen de ingresos proporcional a su dimensión.

Casi todos los esquemas de colusión en la contratación pública tienen un elemento en común: un acuerdo entre algunos licitadores en el cual predeterminan quien habrá de resultar el licitador ganador y limitan o eliminan la competencia entre los licitadores proponentes.

De igual forma los acuerdos de subcontratación comúnmente son parte del esquema de la colusión en la contratación pública. Los competidores que acuerdan no someter propuesta alguna o someter una propuesta intencionalmente perdedora, frecuentemente reciben subcontratos o contratos de suministro por parte del licitador ganador. En algunos esquemas, un licitador que ha presentado una propuesta baja aceptará retirar su oferta a favor del licitante que le sigue en precio bajo, a cambio de un subcontrato lucrativo que divide los beneficios obtenidos ilegalmente entre ellos.

XI. ¿CÓMO PUEDEN DETECTAR LAS AGENCIAS, MUNICIPIOS Y CORPORACIONES PÚBLICAS SI HA EXISTIDO COLUSIÓN ENTRE LOS LICITADORES?

Existen diversos indicadores que, si bien no deben ser tomados como una condición necesaria ni suficiente para demostrar el falseamiento del proceso de licitación, proporcionan sin embargo información que puede ayudar a los organismos a decidir cuando deben proceder a realizar una investigación detallada.

En la interpretación de estos indicadores debe tenerse en cuenta que, en general, su fiabilidad y capacidad para revelar la existencia de acuerdos colusorios es mayor si su análisis se realiza de forma sistemática, comparando los resultados y las prácticas observadas a lo largo del tiempo o en licitaciones similares. El esfuerzo dirigido a la detección de patrones de conductas sospechosas mantenidos durante determinados periodos de tiempo es, en este sentido, más útil que los intentos de identificación de problemas en una única operación específica.

1. Indicadores a tener en cuenta en la presentación y en la adjudicación de las ofertas

- El número de empresas que presentan ofertas es más reducido de lo habitual.
- Algunas empresas no acuden a una licitación a la que normalmente se hubieran presentado, mientras siguen acudiendo a licitaciones de similares características ante otros organismos de adjudicación.
- Algunas empresas se presentan siempre a pesar de que nunca resultan ganadoras. Es posible que estas compañías obtengan a cambio de la presentación de posturas encubiertas algún tipo de compensación por parte de la empresa favorecida en la subasta.
- Varias empresas presentan una oferta conjunta a pesar de que, al menos una de ellas, podrían haberlo hecho de manera individual.
- Presentación de ofertas por parte de varias empresas vinculadas o de un mismo grupo. Si bien esta situación puede estar permitida por la normativa, la pertenencia a un mismo grupo empresarial puede facilitar la coordinación de sus estrategias.
- La empresa que presenta la mejor oferta ante un organismo adjudicador es frecuentemente la misma, lo que probablemente sea debido a un acuerdo colusorio previo de reparto de mercado.
- Algunas empresas sólo obtienen ofertas ganadoras en determinadas áreas geográficas, aunque se presenten en varias.
- Los licitadores parecen turnarse a lo largo del tiempo en la presentación de la oferta ganadora.
- La empresa adjudicataria de la licitación repetidamente subcontrata la realización de parte del contrato con otras empresas que no resultaron ganadoras del concurso o subasta correspondientes.

2. Indicadores relacionados con los precios

Los precios presentados en una licitación también pueden ser indicativos de la existencia de acuerdos colusorios, sobre todo cuando reflejan aumento respecto a licitaciones similares anteriores no justificados por un incremento de costos, o cuando algunos de los precios ofertados son muy superiores al de la oferta ganadora.

En general, conviene examinar con atención los patrones de oferta de precios que presentan alguna o varias de las siguientes características:

- Aumentos repentinos e idénticos de precios por los licitadores, no justificados por incrementos de costos.
- Las empresas realizan unas estimaciones de costos de determinadas partidas idénticos y/o poco realistas.
- Diferencias significativas en los precios que una misma empresa oferta para un contrato similar ante diferentes órganos adjudicadores o ante entidades privadas.
- Reducciones significativas en los precios ofertados tras la aparición de un nuevo oferente en las licitaciones pueden revelar la existencia previa de un acuerdo entre competidores.
- Alzas generales en los precios de todas las ofertas respecto a licitaciones previas, sin aumentos de costos o cualquier otra justificación aparente.
- Presentación de ofertas con precios superiores al presupuesto máximo de adjudicación. Las empresas podrían haber llegado a un acuerdo para que se declare desierta la licitación y forzar al órgano adjudicador a incrementar su presupuesto máximo.

Aunque estos indicadores se centran en el análisis de los precios, también es posible detectar un acuerdo prestando atención a otras características del contrato que condicionen su adjudicación, tales como plazos de ejecución idénticos, modificaciones coordinadas de características ofertadas previamente, similitud en las características técnicas de las ofertas, etc.

3. Indicadores en la documentación o en el comportamiento de las empresas

En muchas ocasiones la detección de comportamientos colusorios no requiere la utilización de técnicas complejas. Determinadas consultas o comentarios que de forma informal realicen las propias empresas licitadoras a los órganos adjudicadores, o la presencia de características inusuales en las propuestas, pueden ofrecer indicios de posible colusión entre empresas competidoras a tener en cuenta por dichos órganos.

a. Características inusuales de las propuestas y en su presentación, por ejemplo:

- Errores de cálculo, fallos ortográficos o problemas formales de presentación de la oferta que se repiten en varias propuestas.
- La presencia de borrones o tachaduras en todas las ofertas podría ser indicativo de un acuerdo de última hora.
- Ofertas de diferentes licitadores presentadas con tipografía o papelería idénticas.
- Ofertas enviadas desde una misma dirección de correo, número de fax, o dirección de email.

b. Declaraciones de los proponentes:

- Referencias habladas o escritas sobre la posible existencia de un acuerdo.
- Rechazo sistemático a ofertar en determinadas áreas o a ciertos órganos de contratación.
- Preguntas o inquietudes sobre las posibles consecuencias de la existencia de acuerdo.
- Uso por parte de varios proponentes de terminología similar al explicar, por ejemplo, elevaciones de los precios.

c. Otros comportamientos sospechosos:

- Una empresa solicita los documentos de la convocatoria para sí y para algún competidor, o bien presenta su propuesta y la de otra empresa a la vez.
- Una empresa presenta una propuesta que no tendría capacidad de ejecutar.
- Únicamente una empresa ha buscado la información relevante de costos y precios para presentar una oferta.

XII. ¿QUÉ MEDIDAS ESPECÍFICAS PUEDEN ADOPTAR LAS AGENCIAS, MUNICIPIOS Y CORPORACIONES PÚBLICAS?

El papel del personal de los órganos contratantes en la prevención y detección de acuerdos colusorios en los procesos de adjudicación de contratos públicos es crucial. El impacto de la eficacia de su función sobre este aspecto requiere una atención especial a dos vías de actuación: las medidas encaminadas a facilitar su acceso a la información sobre mercados, productos y proveedores relacionados con el objeto de los contratos públicos de su competencia, y la determinación de directrices de actuación, especialmente en el caso de las agrupaciones de empresas, o en casos de presencia de indicios o sospechas fundadas de existencia de acuerdo colusorio.

En los procesos de licitación pública se produce una competencia por un mercado particular, ya que las empresas rivalizan para obtener el derecho a explotar unos servicios o actividades de manera exclusiva durante un periodo de tiempo determinado. En estos casos, la competencia se produce en el momento de la licitación del contrato administrativo en el que concurren diversos empresarios con diferentes ofertas de precio, calidad y características. Una vez efectuada la adjudicación al licitador con la oferta más ventajosa, la competencia por el mercado desaparece hasta la próxima licitación.

Por este motivo, es especialmente relevante que el procedimiento de licitación sea el más competitivo posible ya que, en caso de que se introduzcan elementos de distorsión, sus consecuencias persistirán durante toda la vida del contrato público.

1. Prevención de la colusión en la contratación pública

La prevención en la licitación pública se debería hacer durante la fase de diseño del procedimiento de adjudicación. Para poder minimizar el riesgo de colusión, será de gran utilidad disponer de información detallada sobre el mercado en el que se inserta la contratación pública ya que, según la tendencia a la colusión de los sujetos que operan en el mercado en cuestión, habrá que ser más o menos sofisticado en el diseño de la correspondiente licitación.

- Paso 1: Identificación de mercados sujetos a contratación pública

El objeto del contrato da una primera indicación de cuál es el mercado sujeto a contratación pública. Por ejemplo, si se trata de un contrato de servicios se puede pensar, por ejemplo, en el mercado de los servicios de limpieza, de seguridad o de informática; un contrato de suministros puede estar relacionado con el mercado de material de oficina. Los contratos de obras o de concesión de obras públicas requieren los servicios de empresas constructoras especializadas en infraestructuras y los contratos de gestión de servicios públicos pueden adoptar la forma de concesión administrativa, concierto, sociedad de economía mixta o gestión interesada en mercados como el del transporte urbano.

A causa de las funciones intrínsecas de cada entidad pública o unidad administrativa con perfil de contratante, éstas tendrán unas necesidades concretas de contratación pública que les requerirán llevar a cabo un tipo de contrato u otro.

- Paso 2: Valoración de la probabilidad de colusión en los mercados sujetos a contratación pública

Una vez identificados los mercados más habituales para cada uno de los órganos de contratación, el siguiente paso es caracterizar la estructura y funcionamiento del mercado de referencia teniendo en cuenta un conjunto de variables que tendrían que permitir ponderar la probabilidad real de colusión. A continuación, se identifican estas variables y se proponen medidas concretas que pueden aplicar los órganos de contratación con el fin de valorar la propensión a la colusión de los agentes que forman parte de estos mercados.

- Interacción repetida:** para que una conducta colusoria sea llevada a cabo es necesario que las empresas que potencialmente pueden estar involucradas en el acuerdo interaccionen repetidamente en el tiempo. Expresado en sentido contrario, si las empresas sólo compiten en un único momento en el tiempo, la cooperación futura no será factible. Esta condición de teoría económica, que es aplicable a cualquier mercado, también se puede trasladar al ámbito de las licitaciones públicas. De hecho, es habitual que un mismo grupo de empresas que comparten objeto social -por ejemplo, constructoras, empresas de limpieza, empresas de seguridad- presenten ofertas en las mismas licitaciones y que, por lo tanto, establezcan una relación profesional, primero como competidores, que si las condiciones son favorables, puede convertirse en una relación de cooperación.
- Concentración de la oferta:** la probabilidad de manipulación de las ofertas en los procesos de licitación aumenta en aquellos mercados con pocas empresas. Existen, principalmente, tres factores que explican esta situación:
 - las ganancias obtenidas por la colusión serán mayores cuando se tengan que repartir entre un número menor de empresas,
 - cuanto menos empresas participen en el mercado, más fácil será coordinar sus comportamientos y la probabilidad de que una de estas empresas pueda tener intereses divergentes en el presente o futuro también disminuye y, finalmente,
 - el costo de vigilar el cumplimiento del acuerdo será directamente proporcional al número de empresas que se tienen que controlar.
- Competencia actual:** si la competencia actual es elevada, es difícil que la colusión tenga éxito ya que los competidores que no forman parte de los acuerdos pueden desestabilizarlos fácilmente si ofrecen una alternativa viable y real con precios más reducidos.
- Homogeneidad de los productos:** en principio, la homogeneidad de los productos favorece la colusión. Por el contrario, si existen diferencias relevantes entre los productos, la empresa más competitiva tendrá menos incentivos para manipular los resultados de las licitaciones ya que es más probable que sea la ganadora por méritos empresariales propios y, por lo tanto, sin necesitar la cooperación del resto de licitadores.
- Asociaciones empresariales o industriales:** es un factor que puede facilitar la coordinación entre las empresas ya que las asociaciones crean entornos de reunión y coordinación para todos sus miembros que pueden generar intercambio de información relevante para la preparación de licitaciones.

f. **Vínculos estructurales entre empresas:** las relaciones entre empresas pueden favorecer la colusión, principalmente, por los siguientes motivos:

- i. las participaciones cruzadas entre empresas y la presencia cruzada de sus miembros puede contribuir a incrementar los incentivos de las empresas para maximizar los beneficios conjuntamente, y
- ii. facilitarán el control de los acuerdos.

g. **Contactos multimercado:** las empresas que coincidan en licitaciones de ámbitos diferentes tienen más facilidad para llegar a un acuerdo colusorio, ya que tienen intereses similares y los beneficios de una hipotética colusión serían mayores. Asimismo, el castigo por un incumplimiento del pacto colusorio comportaría efectos más notables, circunstancia que lo convertiría en un pacto más estable.

h. **Barreras a la entrada:** cuando el acceso a un determinado mercado es difícil, las empresas que operan en el mismo se tendrán mutuamente identificadas, de manera que les será más fácil llegar a un acuerdo que las incorpore todas. Adicionalmente, la existencia o no de barreras a la entrada repercute directamente en el grado de concentración del mercado que al mismo tiempo modifica las probabilidades de colusión.

| VARIABLES | EFFECTOS SOBRE PROBABILIDAD DE COLUSIÓN | MEDIDAS |
|---|--|---|
| Interacción repetida | +interacción repetida → +probabilidad colusión | Especial atención a aquellas empresas que coinciden en múltiples licitaciones |
| Concentración de la oferta | +concentración → +probabilidad de colusión | Especial atención en aquellas licitaciones en que concurren pocos licitadores |
| Competencia actual | +competencia → -probabilidad de colusión | Cuanto mayor sea la sensación de que los licitadores compiten activamente, incluso en ámbitos ajenos a la licitación, menor tendría que ser la preocupación sobre la existencia real de colusión |
| Homogeneidad de los Productos | +homogeneidad → + probabilidad de colusión | Cuanto menor sea la variedad de los productos a adquirir (+homogéneos) mayores deberán ser las precauciones respecto a la colusión |
| Pertenencia a asociaciones empresariales o industriales | +pertenencia asociación → +probabilidad colusión | Cuanto mayor sea el nombre de licitadores que pertenecen a una misma asociación, más exhaustivo deberá ser el análisis de su comportamiento |
| Vínculos estructurales entre empresas | +vínculos → +probabilidad de colusión | En aquellos casos en que se conozcan vínculos empresariales entre diversas empresas licitadoras se debe vigilar que su comportamiento sea competitivo |
| Contactos multimercado | +contactos → +probabilidad de colusión | Si se tiene conocimiento que las empresas licitadoras se encuentran en otras licitaciones de otros ámbitos se debería intentar detectar un acuerdo que pueda afectar ambos ámbitos así como las empresas involucradas |
| Barreras a la entrada | +barreras → +probabilidad de colusión | Especial atención a aquellos mercados que estén especialmente cerrados por la existencia de barreras legales, económicas y técnicas |

- Paso 3: Pautas a seguir en el diseño del procedimiento de adjudicación para minimizar el riesgo de colusión en la contratación pública

Aunque la lista de cotejo que se propone en el paso anterior es válido para obtener una primera aproximación del riesgo real de colusión en una licitación pública, sólo se puede considerar como un ejercicio complementario útil para confirmar la intuición que pueda tener un órgano de contratación en relación con este aspecto. En ningún caso, se puede despreciar el conocimiento y la habilidad que han adquirido los órganos de contratación en su actuación continuada. Así pues, a partir de la conjunción de estos dos elementos, el órgano de contratación estará en disposición de valorar si el riesgo de colusión en una licitación pública es menor o mayor.

XIII. LISTA DE COTEJO PARA EL DISEÑO DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN ORIENTADO A REDUCIR LOS RIESGOS DE COLUSIÓN ENTRE PROPONENTES EN LICITACIONES

Existen varios pasos que las agencias, municipios y corporaciones públicas pueden incorporar para promover una competencia más efectiva en los procesos de licitación pública y reducir el riesgo de colusión entre proponentes durante la misma. Los funcionarios públicos a cargo de la licitación debieran considerar la adopción de las siguientes medidas:

1. Recopile información antes de diseñar el proceso de licitación

La mejor manera que tienen los funcionarios públicos a cargo de la licitación para diseñar un proceso de compras que esté dirigido a lograr el mejor uso del dinero, o a la mejor relación precio/calidad (*value for money*), consiste en recopilar información sobre la gama de productos y/o servicios disponibles en el mercado que podrían satisfacer los requerimientos de la agencia, así como información sobre los proveedores potenciales. Es necesario desarrollar habilidades en la materia, al interior del organismo, lo antes posible.

- Manténgase alerta sobre las características del mercado y sobre las recientes actividades o tendencias de la industria que puedan afectar la competencia en la licitación.
- Determine si el mercado en que se verificará el abastecimiento presenta o no las características que hacen más probable la colusión.
- Recopile información sobre potenciales proveedores, sus productos, sus precios y sus costos. Si es posible, compare los precios ofertados ante su entidad con precios de operaciones de abastecimiento ante entes privados.
- Recopile información sobre cambios de precios recientes. Infórmese sobre precios de los mismos productos en áreas geográficamente cercanas y sobre precios de productos que representen alternativas posibles.
- Recopile información sobre licitaciones anteriores para productos idénticos o similares.
- Tome contacto con otros compradores del sector público y clientes que hayan adquirido recientemente productos o servicios similares, para así mejorar su comprensión del mercado y de sus participantes.
- Si utiliza consultores externos para ayudarle en la estimación de precios o costos, hágalos firmar acuerdos de confidencialidad.

2. Diseñe el proceso de licitación de modo que se aumente la participación posible de proponentes en efectiva competencia

La competencia efectiva puede incrementarse si un número suficiente de proponentes creíbles está dispuesto a responder a la invitación para participar en la licitación, y estos proponentes tienen incentivos para competir por el contrato. Por ejemplo, la participación en la licitación puede ser facilitada si los funcionarios de las áreas de abastecimiento reducen los costos de presentar posturas, establecen requisitos de participación que no restringen la competencia injustificadamente, o diseñan mecanismos para incentivar a las pequeñas empresas a participar, aun cuando éstas no puedan presentar ofertas por todo el contrato.

- Evite restricciones innecesarias que puedan reducir el número de proponentes calificados. Especifique los requisitos mínimos que sean proporcionales al tamaño y contenido del contrato de abastecimiento. No especifique requisitos mínimos que creen un obstáculo a la participación, tales como controles al tamaño, composición o naturaleza de las compañías que están habilitadas para presentar propuestas.
- Tenga presente que requerir elevadas garantías pecuniarias de los proponentes, como condición para presentar una propuesta, puede inhibir la participación de pequeños proponentes que sin dicho requerimiento calificarían para ingresar al proceso licitatorio. De ser posible, asegúrese que los montos de las garantías sean sólo lo suficientemente elevados para lograr la finalidad de garantía. En la medida posible, califique a los proponentes durante el proceso de licitación para así evitar prácticas colusorias entre el grupo más reducido de compañías pre-calificadas y, por esta vía, estará incrementando la incertidumbre entre las empresas respecto de la cantidad e identidad de los postores. Evite que transcurra un período muy largo entre el momento de la calificación y el de la adjudicación, ya que esto puede facilitar la colusión.
- Disminuya los costos de preparación de las propuestas. Esto puede llevarse a efecto por diversas vías:
 - a. Optimizando procedimientos de licitaciones a lo largo del tiempo y respecto de productos (e.g. utilizando los mismos formularios, solicitando el mismo tipo de información, etc.)
 - b. Agrupando licitaciones (i.e., diferentes proyectos de abastecimiento), con el fin de repartir los costos fijos de preparar una licitación.
 - c. Elaborando y manteniendo nóminas oficiales de contratistas aprobados o certificados por organismos oficiales de acreditación.
 - d. Brindando un tiempo adecuado a las empresas para la preparación y presentación de una oferta. Por ejemplo, considere publicar los detalles de los proyectos con bastante anticipación, en publicaciones profesionales o de negocios, páginas web o revistas.
 - e. Utilizando un sistema electrónico de licitaciones, si está disponible.
- Cada vez que sea posible, permita la presentación de ofertas respecto de ciertos lotes u objetos dentro del contrato, o respecto de combinaciones de los mismos, en lugar de recibir solamente ofertas por el total del contrato. Por ejemplo, en contratos de gran envergadura, identifique áreas del contrato que podrían resultar atractivas y apropiadas para empresas pequeñas y medianas.

- No descalifique a proponentes para futuras licitaciones ni los remueva automáticamente de la nómina de contratistas por la circunstancia de no haber presentado una propuesta en una reciente licitación.
- Sea flexible en relación al número de empresas que invita a presentar propuestas. Por ejemplo, si inicia el proceso invitando a 5 compañías pero recibe ofertas sólo de 3, evalúe si acaso es posible obtener un resultado competitivo con las 3 compañías en competencia, en vez de insistir en reiniciar el proceso, ya que esto último pondría en evidencia que existe escasa competencia.

3. Defina sus exigencias claramente y evite introducir predictibilidad

El diseño de las especificaciones y los términos de referencia es una etapa del ciclo de abastecimiento público que resulta vulnerable al favoritismo, el fraude y la corrupción. Las especificaciones y los términos de referencia deben diseñarse de manera tal de evitar el favoritismo y deben ser claras, comprensivas y no discriminatorias. Como regla general, deben enfocarse en requerir un desempeño funcional, esto es, requerir lo que debe lograrse en lugar de como debe ejecutarse. Lo anterior motivará soluciones innovadoras y el mejor uso del dinero. La redacción de las bases de licitación incide en la cantidad y tipo de proponentes que son atraídos a la licitación y, de esta manera, influye en el éxito del proceso de selección. Mientras más claros los requisitos de las bases más fácil será su comprensión para los proponentes potenciales, y más confianza tendrán al momento de preparar y presentar sus propuestas. La claridad, sin embargo, no debe ser confundida con la predictibilidad. Calendarios de trabajo para abastecimiento más predecibles y cantidades constantes de compras o ventas pueden facilitar la colusión. En cambio, oportunidades de abastecimiento de mayor valor y menos frecuentes incrementan los incentivos de los proponentes para competir.

- Determine sus exigencias en la convocatoria de licitación lo más claramente posible. Las especificaciones deben ser revisadas de manera independiente, antes de la publicación de las bases, para asegurar que ellas pueden ser claramente comprendidas. Procure no dejar espacios a los proveedores para que éstos puedan definir términos claves una vez que la licitación es adjudicada.
- Utilice especificaciones sobre el desempeño e indique lo que se necesita efectivamente, en lugar de describir un producto.
- Evite el llamado a licitación mientras el contrato se encuentra en las primeras etapas de especificación: una definición comprensiva de la necesidad es clave para una contratación óptima. En circunstancias excepcionales en que lo anterior resulte inevitable, pida a los proponentes que coticen por unidad. Esta cotización podrá ser utilizada una vez que las cantidades requeridas sean conocidas.
- Determine sus especificaciones permitiendo productos sustitutos o con definiciones generales de desempeño y requisitos funcionales cuando sea posible. Fuentes de abastecimiento alternativas o innovadoras hacen más dificultosos los acuerdos colusorios.
- Evite introducir predictibilidad en sus procesos de contratación: considere agregar o desagregar contratos para así modificar el tamaño y la oportunidad de las licitaciones.
- Trabaje con otros compradores del sector público y desarrolle programas conjuntos de abastecimiento.
- Evite presentar contratos de valores idénticos que pueden ser fácilmente compartidos entre competidores.

4. Diseñe la licitación con miras a reducir efectivamente la comunicación entre proponentes

Al diseñar la licitación, los funcionarios a cargo del proceso de licitación deben poner atención a varios factores que pueden facilitar la colusión. La eficiencia del proceso de adquisiciones dependerá del modelo de subasta adoptado, pero también del diseño mismo de los requisitos de la licitación y de la gestión del proceso. Las exigencias de transparencia son indispensables para un proceso de abastecimiento saludable y para ayudar contra combatir la corrupción. El cumplimiento de dichas exigencias debe ser balanceado para así no difundir información más allá de los requerimientos legales y facilitar con ello la colusión. Lamentablemente, no existe una regla única sobre el diseño de una subasta o una licitación. Las licitaciones deben diseñarse para cada situación y, siempre que sea posible, considerando los siguientes principios:

- Invite a los proveedores interesados a dialogar con el organismo comprador sobre las especificaciones técnicas y administrativas de la actividad de abastecimiento. Sin embargo, evite hacer concurrir en conjunto a los potenciales proveedores sosteniendo reuniones regularmente programadas, previas a la licitación.
- Restrinja en lo posible las comunicaciones entre proponentes durante el proceso de licitación. Las subastas abiertas permiten la comunicación y señalización entre proponentes. La exigencia de que las ofertas deben ser presentadas en persona brinda la oportunidad para comunicaciones y negociaciones de último minuto entre las compañías. Esto puede ser evitado, por ejemplo, mediante el uso de sistemas electrónicos de licitaciones.
- Considere minuciosamente qué información es difundida a los proponentes al tiempo de la apertura de los sobres que contienen las ofertas.
- Al publicar los resultados de una licitación, considere minuciosamente qué información es publicada y evite difundir completamente información sensible, ya que esto puede facilitar el funcionamiento de esquemas colusorios en el futuro.
- Evalúe si el procedimiento de subasta o el requerimiento de propuestas pueden generar un resultado más eficiente.
- Utilice un precio de referencia máximo sólo si éste se basa en un profundo estudio de mercado y los funcionarios están seguros de que es un precio muy competitivo. No publique el precio de referencia, manténgalo confidencialmente en el expediente.
- Tenga cuidado al contratar consultores cercanos a la industria para llevar adelante el proceso de subasta, toda vez que pueden haber establecido relaciones de trabajo con determinados proponentes. En lugar de lo anterior, utilice las habilidades del consultor para describir claramente los criterios y especificaciones, y dirija internamente el proceso de compras o contratación.
- Siempre que sea posible, exija que las propuestas sean presentadas anónimamente (e.g., evalúe identificar a los proponentes con números o símbolos).
- No revele ni limite innecesariamente el número de proponentes en el proceso licitatorio.
- Exija a los proponentes que revelen toda comunicación que tengan con competidores, y su relación con otras empresas (matrices, subsidiarias, *joint ventures*). Es conveniente exigir a los proponentes la firma de una declaración jurada.
- Exija a los proponentes que indiquen anticipadamente si piensan utilizar subcontratistas, ya que la subcontratación puede ser un mecanismo para repartirse las utilidades mal habidas entre los miembros del pacto.

- No revele ni limite innecesariamente el número de proponentes en el proceso licitatorio.
- Exija a los proponentes que revelen toda comunicación que tengan con competidores, y su relación con otras empresas (matrices, subsidiarias, *joint ventures*). Es conveniente exigir a los proponentes la firma de una declaración jurada.
- Exija a los proponentes que indiquen anticipadamente si piensan utilizar subcontratistas, ya que la subcontratación puede ser un mecanismo para repartirse las utilidades mal habidas entre los miembros del pacto.
- Dado que las ofertas conjuntas pueden servir como mecanismo para repartirse las ganancias ilícitas entre los miembros del acuerdo colusorio, merecen especial supervisión. Particularmente cuando ellas son presentadas por compañías que han sido anteriormente investigadas por colusión por la OAM. Sea prudente aun cuando la colusión haya ocurrido en otros mercados y aun cuando las compañías involucradas no hayan tenido la capacidad para presentar ofertas por separado. Incluya en la convocatoria una advertencia sobre las sanciones aplicables para casos de colusión entre proponentes en licitaciones, tales como la eliminación del registro de proveedores del sector público por un determinado período, las sanciones por infringir lo expresado en la declaración jurada, la posibilidad del organismo comprador de pedir indemnización de perjuicios, además de las sanciones previstas en la Ley Núm. 77, supra.
- Advierta a los proponentes que toda pretensión de aumento del presupuesto, derivado de un incremento en los costos de los insumos, será minuciosamente investigada.
- Si durante el proceso de subasta recibe asistencia de consultores externos, asegúrese de que éstos tengan la formación adecuada, que firmen acuerdos de confidencialidad, y que se encuentran obligados a reportar toda conducta impropia de competidores de la cual tomen conocimiento, o de un eventual conflicto de intereses.

5. Elija cuidadosamente el criterio para evaluar las propuestas y adjudicar el contrato licitado

Todo criterio de selección afecta la intensidad y la efectividad de la competencia en el proceso licitatorio. La decisión sobre qué criterio de selección utilizar es importante no sólo para el proceso de abastecimiento actual, sino también para mantener un conjunto de proponentes potenciales serios con un interés continuo en participar en futuras convocatorias. Por tanto, es importante asegurar que la selección cualitativa y el criterio de adjudicación sean escogidos de una manera tal que proponentes serios, incluidas pequeñas y medianas compañías, no sean innecesariamente desincentivados a participar.

- Al diseñar la convocatoria a licitación, tenga en cuenta el impacto que su elección de criterios podrá tener en la competencia en el futuro.
- Siempre que las propuestas sean evaluadas a base de criterios distintos al precio (e.g., calidad de los productos, servicios post-venta, etc.), tales criterios deben ser descritos y ponderados adecuadamente y en forma anticipada para evitar impugnaciones posteriores a la adjudicación. Utilizados adecuadamente, tales criterios pueden premiar la innovación y las medidas de reducción de costos y, al mismo tiempo, promover precios competitivos. Con todo, en la medida en que la ponderación de los distintos criterios es comunicada con anticipación a la presentación de ofertas, puede incidir en la capacidad de los proponentes para coordinar sus posturas.
- Evite cualquier tratamiento preferente para determinada clase o tipo de proveedores.
- No sobrevalore la importancia de los registros de experiencia o desempeño. Siempre que sea posible, considere otra experiencia relevante.
- Evite repartir contratos entre proveedores con idénticas propuestas. Investigue las razones que hay detrás de las propuestas idénticas y, en caso de ser necesario, evalúe reiniciar el llamado a participar o adjudique el contrato solo a un proveedor.

- Realice averiguaciones si los precios o las propuestas carecen de sentido, pero jamás discuta estas cuestiones con todos los proponentes reunidos.
- Eduque a quienes están involucrados en el proceso de contratación (e.g., preparación de los requisitos, estimaciones, etc.) sobre sus obligaciones de estricta reserva y confidencialidad.
- Resérvese el derecho de no adjudicar el contrato para el caso en que se sospeche que el resultado de la licitación no es competitivo.

6. Aumente la conciencia de los miembros de su equipo sobre los riesgos de colusión entre proponentes en las licitaciones

El adiestramiento de los funcionarios es significativo para mejorar su conocimiento sobre las consideraciones de competencia en el sector público. Los esfuerzos para combatir más eficazmente la colusión entre proponentes en licitaciones pueden mejorar con la compilación de información histórica sobre la conducta de los proponentes, a través de la fiscalización permanente de los movimientos de las compañías proponentes, y mediante el análisis de los datos de las licitaciones. Esto ayuda a que las agencias identifiquen circunstancias problemáticas. Debe hacerse presente que la colusión entre proponentes en las licitaciones podría no hacerse evidente con los resultados de una única licitación. De manera frecuente, un esquema colusorio se manifiesta sólo cuando se examinan los resultados de varias licitaciones durante un período de cierta extensión.

- Haga un programa regular de adiestramiento sobre detección de colusión entre proponentes para su equipo, con la colaboración de la OAM o consultores externos.
- Registre y compile la información sobre las características de licitaciones anteriores (e.g., los productos adquiridos, la propuesta presentada por cada participante y la identidad del ganador).
- Examine periódicamente la historia de licitaciones sobre productos o servicios específicos e intente identificar patrones sospechosos, especialmente en industrias susceptibles de colusión.
- Adopte como política permanente el escrutinio selectivo de licitaciones.
- Efectúe comparaciones entre las listas de compañías que han presentado declaraciones de interés y las que han presentado propuestas, para identificar posibles tendencias, tales como retiro de propuestas o la utilización de subcontratos.
- Entreviste a antiguos proveedores que ya no presentan propuestas y también a proveedores que siempre pierden.
- Establezca un mecanismo de recepción de reclamos para que las compañías presenten sus inquietudes referentes a competencia. Por ejemplo, identifique claramente la persona o la oficina donde deben ser presentados estos reclamos (y provea los detalles del contacto) y asegure al reclamante un nivel adecuado de confidencialidad.
- Utilice mecanismos tales como un sistema de recompensas a la denuncia para recopilar información sobre colusión desde las propias compañías y de sus empleados. Considere lanzar campañas por los medios invitando a las empresas a denunciar ante las autoridades potenciales casos de colusión.
- Implemente procedimientos internos que faciliten u obliguen a los funcionarios a denunciar declaraciones o comportamientos sospechosos tanto ante la OAM como al grupo de auditoría interna, y considere establecer incentivos para que los funcionarios efectivamente hagan lo anterior.
- Establezca relaciones de cooperación con la OAM (e.g., establezca un mecanismo de comunicación expedita, elabore un índice de la información a entregarse por los funcionarios de subastas ante la OAM, etc.).

XIV. LISTA DE COTEJO PARA LA DETECCIÓN DE COLUSIÓN ENTRE PROPONENTES EN LICITACIONES

Los pactos colusorios en licitaciones pueden resultar muy difíciles de descubrir toda vez que son típicamente negociados en secreto. En aquellas industrias en donde la colusión es común, sin embargo, los proveedores y compradores pueden estar al tanto de esquemas colusorios que han funcionado por largo tiempo. En la mayoría de las industrias, es necesario identificar elementos claves tales como presentación extraordinaria de propuestas o patrones de precios, o algo que el proveedor dice o hace. Se debe estar alerta durante todo el proceso de la licitación, así como durante los estudios preliminares del mercado que realice.

1. Busque señales y patrones de advertencia cuando las compañías están presentando sus propuestas en las licitaciones

Algunas prácticas y patrones de las ofertas presentadas parecen contrarias a un mercado competitivo y sugieren que un acuerdo colusorio puede existir. Busque patrones extraños en la manera en que las compañías presentan sus propuestas y en la frecuencia con que ellas ganan o pierden licitaciones. La subcontratación y otras prácticas de colaboración entre proponentes también pueden levantar sospechas. Algunas señales pueden ser:

- Un mismo proveedor es el que frecuentemente presenta la mejor oferta (la del precio más bajo).
- Existe un reparto geográfico de las adjudicaciones de licitaciones. Algunas empresas presentan ofertas ganadoras sólo en determinadas áreas geográficas.
- Proveedores habituales no presentan ofertas a una licitación en la que normalmente se habrían presentado, en tanto que en otras licitaciones, siguen presentando ofertas.
- Algunos proveedores se retiran de la licitación inesperadamente.
- Algunas compañías constantemente presentan ofertas a las licitaciones pero nunca se las adjudican.
- Cada compañía parece turnarse en adjudicarse la licitación.
- Dos o más compañías presentan una postura conjunta, pese a que al menos una de ellas podría haberlo hecho separadamente.
- Quien se adjudica la licitación una y otra vez, repetidamente subcontrata el trabajo de proponentes que fracasaron en la licitación.
- Quien se adjudica la licitación desiste del contrato y, posteriormente, aparece como subcontratista.
- Los competidores de manera regular socializan o celebran reuniones con escasa antelación antes del cierre de la licitación.

2. Busque señales de advertencia entre la documentación presentada

En el conjunto de documentos que las compañías presentan pueden encontrarse signos reveladores de un esquema colusorio entre proponentes. A pesar que las compañías que son parte de un acuerdo colusorio intentarán mantenerlo en secreto, sus descuidos, equivocaciones ocasionales, desconfianza con otros miembros del acuerdo, o sentimientos de culpa, pueden brindar las claves que, en último término, conducirán a su detección. Para lo anterior, efectúe una minuciosa comparación de los documentos presentados para ver si contienen indicios de que las ofertas fueron preparadas por la misma persona, o bien, en conjunto.

- Las mismas irregularidades, tales como errores de ortografía, en documentos o cartas propuestas de distintos proveedores.
- Las presentaciones escritas de las propuestas presentadas por distintas compañías contienen correcciones semejantes, similitud en la tipografía o idéntica papelería o formatos.
- Los documentos presentados por una de las compañías hacen referencia expresa a las propuestas de otros competidores, o utilizan el membrete o fax de otro de los proponentes.
- Ofertas de diferentes compañías contienen los mismos errores de cálculo.
- Ofertas de diferentes compañías contienen un número considerable de estimaciones idénticas sobre los costos de algunas partidas.
- Los sobres de las ofertas de las distintas empresas tienen sellos postales o marcas similares.
- Los documentos de las ofertas de distintas compañías contienen numerosos ajustes de último minuto, como el uso de corrector líquido u otras alteraciones físicas.
- Los documentos de las propuestas presentados por distintas compañías contienen menos especificaciones de lo esperado o contienen otras indicaciones que permiten considerarlas no genuinas o auténticas.
- Diferentes competidores presentan ofertas iguales o los precios ofrecidos por los participantes se incrementan en una proporción idéntica.

3. Busque señales y patrones de advertencia relacionados con el precio

Los precios de las propuestas pueden ser utilizados para ayudar a descubrir un acuerdo colusorio. Busque patrones que sugieran que las compañías puedan estar coordinando sus esfuerzos para justificar, por ejemplo, incrementos de precios que no pueden ser explicados con aumentos de costos. Cuando las propuestas perdedoras son mucho más elevadas que la propuesta ganadora, los miembros del acuerdo colusorio pueden estar usando un esquema de posturas encubiertas. Una práctica común en esquemas de posturas encubiertas consiste en que los proveedores de ofertas simbólicas adicionan un 10% o más al precio de la oferta más baja. Los precios de las ofertas que son superiores a los cálculos de costos estimados, o superiores a ofertas anteriores presentadas en licitaciones similares por las mismas compañías, pueden también indicar colusión. Así, las siguientes circunstancias pueden resultar sospechosas:

- Repentinos incrementos en precios o repentinos incrementos en los rangos de precios de manera más o menos simultánea y en una cuantía similar, que no pueden ser explicados con aumentos de costos.
- Descuentos o rebajas que eran esperados son eliminados repentinamente.
- Los precios idénticos pueden suscitar sospechas, especialmente cuando se da alguna de las siguientes circunstancias:
 - a. Los precios de los proveedores se habían mantenido sin variación por largo tiempo.
 - b. Anteriormente, los precios de los proveedores eran diferentes entre sí.
 - c. Los proveedores elevaron el precio sin tener justificación por aumento de costos.
 - d. Los proveedores eliminaron los descuentos, especialmente en un mercado donde tradicionalmente existían.

- Diferencias significativas entre el precio de la propuesta ganadora y el precio de las otras propuestas.
- Cierta oferta de un proveedor es mucho más alta para un contrato particular que para otro semejante.
- Cambios significativos de los niveles de precio tradicionales ante la entrada de un nuevo proponente o ante la reaparición de un proponente poco frecuente (e.g., un nuevo proveedor puede haber desestabilizado un acuerdo colusorio existente).
- Compañías locales y no locales determinan costos de transporte similares.
- Sólo uno de los proponentes contacta a los mayoristas para obtener información de precios antes de las presentaciones de ofertas a la licitación.
- Algunas características inesperadas de las propuestas presentadas a una licitación, tales como ofertas que incluyen números inusuales cuando uno normalmente esperaría un número redondo de cientos o miles, pueden indicar que los proponentes están utilizando las ofertas en sí mismas como un vehículo para coludirse mediante la comunicación de información o señalización de las preferencias.

4. Preste atención a declaraciones sospechosas en todo momento

Cuando trabaje con los proveedores preste mucha atención a declaraciones sospechosas que puedan indicar que las compañías pudieran haber alcanzado un acuerdo o encontrarse coordinadas respecto de sus precios o prácticas de venta.

- Referencias verbales o escritas que hagan los proveedores a acuerdos entre proponentes.
- Declaraciones de los proveedores justificando sus precios como “precios sugeridos por la industria”, “precios estándar del mercado” o “lista de precios de la industria”.
- Declaraciones que indiquen que ciertas empresas no venden en un área particular o a determinados clientes.
- Declaraciones que indiquen que un área o cliente “pertenece” a otro proveedor.
- Afirmaciones que impliquen por parte de un participante un conocimiento anterior a la licitación respecto de información no pública sobre precios de los competidores u otros detalles de sus ofertas, o conocimiento anterior sobre el éxito o fracaso de una compañía en una licitación cuyos resultados aún no han sido publicados.
- Afirmaciones que indiquen que un proveedor presentó una postura encubierta, complementaria, simbólica o “de cortesía”.
- El uso de explicaciones semejantes por parte de varios proveedores al justificar las alzas de precios.
- Preguntas o inquietudes respecto de las declaraciones juradas de determinación independiente de las ofertas, o indicios de que a pesar de haber sido firmadas, dichas declaraciones no han sido hechas seriamente.
- Cartas de los proponentes rehusando cumplir con ciertas condiciones de los requisitos o en que se refieran a determinadas discusiones entre los proponentes, quizás en el seno de una asociación colectiva.

5. Busque comportamientos sospechosos en todo momento

Busque referencias en relación a reuniones o eventos en los cuales los proveedores puedan tener oportunidad de discutir precios o mostrar un comportamiento que sugiera que una compañía se encuentra adoptando acciones que sólo benefician a sus competidores. Algunas de las formas de comportamiento sospechoso en que podría incurrirse son las siguientes:

- Los proveedores se reúnen privadamente antes de presentarse a las licitaciones, a veces en las cercanías del lugar donde las propuestas deben ser presentadas.
- Los proveedores de manera regular socializan entre sí o parecen sostener reuniones en forma permanente.
- Una compañía adquiere los requisitos de la licitación para ella y para un competidor.
- Una compañía presenta su oferta y simultáneamente la de un competidor.
- Una compañía presenta una oferta a una licitación en circunstancias que es incapaz de cumplir con el contrato exitosamente.
- Una compañía presenta múltiples ofertas a una licitación y elige qué oferta mantener en definitiva sólo una vez que determina (o intenta determinar) qué otra empresa se encuentra participando en la licitación.
- Varios proponentes formulan consultas similares al organismo comprador o presentan solicitudes o materiales similares.

6. Prevención respecto de los indicadores de pactos colusorios en una licitación

Los indicadores ya descritos sobre un posible acuerdo colusorio en una licitación, identifican numerosos patrones de las propuestas y de los precios, asimismo como declaraciones y comportamientos sospechosos. No obstante, éstos no necesariamente demuestran que las compañías están involucradas en acuerdos colusorios. A modo de ejemplo, una compañía podría no presentarse a una determinada licitación pública porque está muy ocupada en otros negocios, o bien, posturas elevadas podrían sólo reflejar una evaluación distinta del costo de un proyecto. De manera que, cuando se detectan patrones en las ofertas y en los precios, o bien, cuando los funcionarios a cargo de la licitación escuchan extrañas declaraciones u observan comportamientos peculiares, se hace necesaria una investigación para determinar si el acuerdo colusorio se está o no produciendo. Un patrón constante de conductas sospechosas a través de un período considerable es con frecuencia un mejor indicador de una posible colusión que la evidencia obtenida de una sola licitación. Conserve un adecuado registro de toda la información, de tal manera que sea posible identificar un patrón de conducta a través del tiempo.

XV. PASOS QUE DEBEN SEGUIR LOS FUNCIONARIOS A CARGO DE LA LICITACIÓN SI IDENTIFICAN O SOSPECHAN DE UN ACUERDO COLUSORIO ENTRE PROPONENTES EN UNA LICITACIÓN

Si usted sospecha que un pacto colusorio puede estar ocurriendo, hay varios pasos que usted debe seguir para poder descubrir esta práctica ilegal y conseguir poner fin al mismo.

- Guarde un registro detallado de todas aquellas conductas y declaraciones sospechosas, indicando las fechas en que ellas se produjeron, quiénes aparecen involucrados en ellos y quién más presenció la conducta o declaración, indicando con precisión qué fue lo ocurrido o lo que se dijo. Estos registros o notas deben hacerse en el momento mismo en que ocurre el evento o inmediatamente después mientras permanece fresco en la memoria del funcionario para así proveer una descripción adecuada de lo ocurrido.
- Contacte a la OAM para recibir asesoramiento e informe sus sospechas.
- Luego de asesorarse, decida frente a estos antecedentes, si seguir o no adelante con la licitación.
- Contribuir a la posterior investigación respetando las siguientes pautas:
 - a. Guardar toda la documentación referida a la licitación (convocatorias, ofertas, sobres, registros de comunicaciones, correspondencia, etc.).
 - b. Registrar todas las conductas y declaraciones relevantes, con objeto de proporcionar información detallada de todas aquellas circunstancias que parecen confirmar las sospechas.
 - c. No discutir ni comentar las sospechas con las empresas involucradas.

En la Oficina de Asuntos Monopolísticos (OAM) del Departamento de Justicia estamos comprometidos a ofrecer nuestra experiencia y recursos para ayudar a prevenir y disuadir el fraude en el proceso de licitación pública. En ese sentido, los abogados de la OAM están disponibles para proporcionar entrenamiento en la detección de violaciones a las leyes vigentes y ayudar en la revisión de las licitaciones y/o contratos, según sea necesario. Si la violación ocurre, estamos preparados para investigar y procesar las conductas violatorias.



Puede contactar la Oficina de Asuntos Monopolísticos a los siguientes teléfonos y direcciones:

Teléfonos: (787) 721-2900 Ext. 2601
(787) 721-3224; (787) 721-3220
Fax: (787) 721-3223

Dirección Física

Departamento de Justicia
Oficina de Asuntos Monopolísticos
Edificio Principal, Piso 6
600 Calle Olimpo, Esq. Axtmayer
Pda. 11 1/2, Miramar, San Juan, Puerto Rico

Dirección Postal

G.P.O. BOX 9020192
San Juan, Puerto Rico
00902-0192