

Nota de Apoyo

Instrumentos de detección de conductas anticompetitivas en licitaciones públicas

1. Como en el caso de cualquier acuerdo colusorio, una de las dificultades que enfrentan las autoridades de competencia es la detección oportuna de dichas conductas y la obtención de pruebas que permitan acreditar su realización y la condena de las mismas. Fruto del proceso de acercamiento entre las autoridades de competencia y aquellas encargadas del abastecimiento público que se constata en la experiencia extranjera, se pueden identificar instrumentos específicos que contribuyen a la labor de detección y de obtención de pruebas.

2. Esta nota se estructura en dos partes: En la primera de ellas (A) se describe cuál es el ilícito que se persigue y qué formas puede éste tomar; en la segunda (B) se exponen distintos instrumentos de detección que han sido implementados por las autoridades de competencia en colaboración con las autoridades de abastecimiento público. Estos instrumentos son, principalmente, las *checklists*, la supervisión permanente y los programas de inmunidad/clemencia.

A. “Bid Rigging”: ¿Qué es? ¿Qué formas puede adoptar?

3. En un sentido literal, “*bid*” es postura u oferta y “*to rig*” es manipular fraudulentamente. Así, podemos entender que *bid rigging* es la manipulación fraudulenta de posturas.

El sujeto pasivo de esta conducta puede ser una empresa privada o algún organismo público que forma parte del sistema de abastecimiento del Estado. El presente taller está orientado a esta última figura, que suele denominarse *bid rigging in public procurement*.

4. El acuerdo que permite la manipulación fraudulenta de las posturas, puede recaer sobre uno o más de los siguientes aspectos:

- **Fijación de Precios:** En este caso, los miembros del acuerdo han escogido previamente cuál de los proponentes se adjudicará la licitación y a qué precio, hecho lo cual, el resto de los participantes se limita a efectuar propuestas por sobre dicho monto, encaminadas a ser eliminadas del proceso. Para que este acuerdo resulte sostenible en el tiempo, los beneficios económicos obtenidos por el proponente ganador deben ser repartidos de alguna forma con los demás miembros del cártel. Esto puede hacerse, por ejemplo, cambiando en cada licitación la identidad del proponente ganador siguiendo alguna fórmula preestablecida, por ejemplo, respetando las participaciones de mercado de los distintos miembros del cártel.
- **Reparto de Mercados:** Aquí, son los tipos de clientes o diferentes mercados geográficos los que son repartidos entre los miembros del cártel y para hacerlo operativo, sus miembros acuerdan presentar propuestas elevadas (destinadas al fracaso) en aquellos mercados que han sido asignados, por el acuerdo, a otro de los miembros del cártel. Esta manipulación puede considerar además alguna forma de distribución de los beneficios si la demanda en diferentes mercados es variable.
- **Cobro por Posturas:** El cártel establece un mecanismo de cobro de una ‘comisión’ para efectuar propuestas y cada miembro suma el monto de dicho pago a la propuesta que individualmente realiza (elevándola). Los fondos acumulados por el cártel son más tarde distribuidos entre sus miembros por algún mecanismo.

- **Reparto del Botín:** Aquí el proponente ganador se compromete a compensar a los perdedores por los costos incurridos en presentar sus propuestas. Para que ello proceda, la postura de cada empresa debe elevarse en el monto de dichos costos, según lo acordado. Una variante de esta estrategia puede consistir en que el proponente ganador se compromete a subcontratar parte del trabajo con los proponentes perdedores, nuevamente, con el fin de compartir parte de los beneficios.

5. Los acuerdos recaídos en alguno(s) de los aspectos anteriores constituyen manipulaciones fraudulentas de las licitaciones. Estos se manifiestan en distintas formas o técnicas que utilizan las empresas. Entre las que se identifican más frecuentemente se encuentran las siguientes:

- **Supresión de Propuestas:** En los esquemas de supresión o limitación de propuestas, una o más empresas que normalmente habrían presentado una oferta o que en los hechos habían ya presentado una propuesta, acuerdan no presentarse a la licitación o bien retirar su postura previamente presentada, con la finalidad que el ganador designado por los miembros del cártel se adjudique la licitación. En algunos casos, los miembros del cártel pueden realizar impugnaciones si la licitación ha sido adjudicada a un proponente ajeno al cártel. Una vez que el ganador designado por el cártel se adjudica la licitación, éste compensa a los demás miembros del cártel por medio de pagos en efectivo o a través de subcontratos.
- **Propuestas Complementarias:** También conocidas como posturas ‘de protección’ o posturas ‘en la sombra’ implica la presentación de propuestas que no tienen ninguna posibilidad de resultar vencedoras, sea por los precios de las mismas o por otras condiciones no asociadas al precio. La presentación de estas propuestas tiene el único propósito de dar la apariencia de haber sido presentado un número mínimo de posturas para asegurar un proceso regular y legítimo, pero que en el fondo sólo está garantizando que el ganador designado por el cártel, se termine adjudicando la licitación.
- **Rotación del Ganador:** Todos los miembros del cártel presentan propuestas a cada licitación, pero las van presentando, en cada oportunidad, de modo tal que la empresa que resulte ganadora vaya rotando según un orden preestablecido.
- **Subcontratación:** Los acuerdos de subcontratación pueden esconder la intención de competidores que han accedido a no presentar propuestas, a retirar las ya presentadas o bien, a presentar propuestas destinadas a ser eliminadas. En efecto, la subcontratación de productos o servicios puede ser el mecanismo de contraprestación por esas acciones que ofrece el proponente ganador. Así, por ejemplo, la empresa con una propuesta más baja puede acordar retirar su propuesta en favor de la superior que le sigue, a cambio de un lucrativo subcontrato que les permitirá a ambas repartirse el precio más elevado ilegalmente obtenido.

B. “Bid Rigging”: Instrumentos que facilitan su detección

6. Fruto del proceso de acercamiento entre las autoridades de competencia y las autoridades encargadas del abastecimiento público que se constata en la experiencia extranjera, se pueden identificar instrumentos específicos que contribuyen a la labor de detección y de obtención de pruebas para obtener la condena de casos de *bid rigging*. Estos instrumentos son, principalmente, las *checklists*, los mecanismos de supervisión permanente y los programas de inmunidad/clemencia.

7. **Las llamadas ‘checklists’**, son instrumentos sencillos, de distintos formatos, pero generalmente breves, destinados a ser utilizados por los funcionarios que participan en los

procesos de abastecimiento público y que contienen indicadores que constituyen verdaderas luces de alerta al describir circunstancias que se apartan de la normalidad, referidas a distintos aspectos, tales como las posturas mismas, los precios de las posturas u otros comportamientos sospechosos.

Tomamos a continuación el ejemplo de la guía que la División Antitrust de la DOJ de EEUU preparó para los funcionarios que participan en procesos de abastecimiento público,¹ la que describimos en detalle:

La guía distingue indicadores de situaciones anormales respecto de (a) las posturas (b) los precios (c) otros comportamientos sospechosos.

(a) Son indicadores de situación anormal respecto de las posturas:

- El que una misma empresa siempre gane una específica licitación. Más sospechoso resulta si otra u otras empresas continuamente presentan a dicha licitación posturas que fracasan;
- Son siempre los mismos proveedores los que se presentan al proceso de licitación y las empresas parecen irse turnando en presentar la mejor propuesta y en adjudicarse la licitación;
- Algunas de las posturas son mucho más elevadas que los precios de lista publicados, que posturas previas de las mismas empresas, o que la estimación de costos calculada;
- Un número inferior que el número normal de competidores presenta posturas;
- Una misma empresa presenta posturas en una licitación substancialmente superiores a las presentadas en otra licitación, sin que existan diferencias de costos aparentes que justifiquen la disparidad de las posturas;
- Los precios de las posturas caen siempre que un nuevo o infrecuente oferente aparece en la licitación;
- El ganador de la subasta subcontrata parte del trabajo con competidores que presentaron posturas que fracasaron en el mismo proceso de abastecimiento;
- El oferente que se perfila como ganador de la licitación retira su propuesta y, una vez adjudicada a un nuevo ganador, más caro, el primero es subcontratado por el segundo;

(b) Son indicadores de situación anormal respecto de los precios:

- Precios idénticos o muy similares pueden indicar un acuerdo de precios, especialmente cuando:
 - o los precios se han mantenido idénticos por un período largo;
 - o anteriormente, los precios eran diferentes;
 - o los incrementos de precios no aparecen respaldados en aumentos de costos;
 - o los descuentos son eliminados, especialmente en mercados donde estos descuentos existieron tradicionalmente;
 - o los proveedores cobran más caro a los clientes locales que a los clientes distantes, pudiendo esto indicar que los precios locales han sido fijados;

(c) Constituyen otros comportamientos sospechosos:

- Las presentaciones escritas de las propuestas presentadas por los distintos oferentes contienen irregularidades (como cálculos u errores ortográficos idénticos) o similitud en la letra manuscrita, tipografía o papelería. Esto puede indicar que el ganador designado por el cártel pudo haber preparado algunas o todas las propuestas de los participantes perdedores;

¹ El folleto de Bid Rigging (2005) de la División Antitrust de la DOJ, titulado: “Price Fixing, Bid rigging, and Market Allocation Schemes: What They Are and What to Look For”, puede verse acá: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/211578.htm>

- Las propuestas, en lo referido al precio ofertado, contiene borrones, u otras alteraciones físicas que puedan significar cambios de precio de último minuto;
- Una empresa adquiere las bases para sí y para uno de sus competidores, o bien, presenta su propuesta y, en el acto, la propuesta de una empresa competidora;
- Una empresa presenta una propuesta no obstante ser incapaz de ejecutar el contrato exitosamente (probablemente, se trata de una ‘propuesta complementaria’)
- Una empresa prepara diversas propuestas para una misma licitación y presenta su propuesta definitiva sólo una vez que determina o intenta determinar qué otras empresas están participando;

8. **Los mecanismos de supervisión permanente** se construyen a partir de un flujo periódico de información desde las áreas de abastecimiento público hacia las agencias de competencia. Existen desde mecanismos bastante sencillos hasta análisis complejos con soporte informático y análisis cuantitativos con herramientas estadísticas.

En Corea se puede identificar un buen ejemplo de un sistema de supervisión permanente cuya sofisticación se ha incrementado a través del tiempo.

En el año 2004, Corea daba cuenta de la existencia de un programa de supervisión comprensivo y sistemático sobre licitaciones públicas. El sistema consistía en la distribución periódica a las unidades de abastecimiento de los organismos públicos, de un formulario semejante al siguiente:

Nombre del organismo público de abastecimiento, año

Nombre de la licitación, servicio, construcción, ítem, y fecha de la misma	Precio esperado	Precio al que se adjudicó la licitación	Ganador del proceso de licitación y número de proponentes en competencia	Nombre de los proponentes en competencia y precios de sus propuestas	Método de adjudicación al ganador de la licitación	Cambios (si hubiere) en el método de adjudicación

A partir de la información recopilada con el formulario, la agencia de competencia evaluaba eventuales síntomas de manipulación fraudulenta de las propuestas, utilizando una base de datos que se había construido con información histórica. En los casos en que la evaluación y análisis arrojaban puntajes elevados que indicaban altas probabilidades de colusión, la agencia de competencia iniciaba una investigación sobre el caso.

En el año 2006, el sistema de supervisión permanente fue mejorado al crearse el sistema “BRIAS”, o “Bid Rigging Indicator Analysis System”. La introducción generalizada de un sistema electrónico de compras públicas, llevó a un estudio a partir del año 2004, sobre cómo mejorar el sistema de supervisión en materias de competencia. Este estudio concluyó con el desarrollo de un sistema informático (BRIAS) que permitió reemplazar el antiguo formulario, por la transmisión en línea de la información desde el portal de compras públicas a la agencia de competencia, a fin de analizar y evaluar la probabilidad de colusión de cada una de las licitaciones. Las licitaciones cuya probabilidad de ‘bid rigging’ se examinan son, en general, aquellas de gran escala ordenadas por instituciones públicas como el gobierno central, los gobiernos locales y las empresas públicas. El BRIAS asigna puntajes a la probabilidad de *bid rigging* ponderando cada uno de los ítems, tales como el precio adjudicado, el número de proponentes, los precios de las propuestas, el método de

adjudicación, el número de propuestas desestimadas, etc. Por ejemplo, estadísticamente se ha determinado que a mayores precios de adjudicación y a menor número de proponentes, las probabilidades de *bid rigging* aumentan. Si bien para obtener condenas ante los tribunales, se requiere de prueba adicional, al basarse en información estadística, el sistema ha podido servir de indicio sobre la probabilidad de manipulación fraudulenta.

9. Los programas de inmunidad/clemencia, al igual que para los cárteles en general, han desempeñado un importante papel en la detección de casos de *bid rigging*. Un buen diseño de estos programas y una adecuada implementación, han sido las principales herramientas que han permitido un notable incremento en la detección de casos de cárteles.

Para el caso de *bid rigging*, es importante, en el diseño, reforzar los incentivos para que los proponentes en colusión corran por ser el primero en auto-denunciarse. Algunos ajustes tales como beneficiar con no descalificar al favorecido con la inmunidad de futuros procesos de licitación pública, pueden resultar significativos en reforzar y coordinar dichos incentivos.

Salvo las indicaciones en sentido diverso, los contenidos generales de esta nota se encuentran en el documento OECD, DAF/COMP (2007)34, titulado: “Public Procurement, The Role of Competition Authorities in Promoting Competition (Roundtable Nro. 71)”, al que puede accederse en el siguiente URL: <http://www.oecd.org/dataoecd/25/48/39891049.pdf>.