

GUIA OCDE
PARA COMBATIR
LA COLUSION ENTRE OFERENTES EN LICITACIONES DE
ABASTECIMIENTO PÚBLICO¹

1. En 2008, el Grupo de Trabajo N° 3 del Comité de Competencia de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) emprendió la tarea de revisar el material existente sobre colusión entre oferentes en licitaciones (*bid rigging*) que a ese momento habían producido los países miembros y observadores y de desarrollar una guía o lista corta de factores pro-competencia y anti-colusión que los funcionarios de las áreas de abastecimiento deberían considerar, con el objetivo de maximizar una efectiva competencia en una licitación pública. Esta Guía OCDE tiene dos propósitos principales: primero, brindar ayuda a los funcionarios de las áreas de abastecimiento para reducir los riesgos de colusión entre oferentes en las licitaciones por medio de una mayor atención en el diseño del proceso licitatorio y, segundo, colaborar con dichos funcionarios en la detección de patrones de colusión entre oferentes durante dichos procesos.

2. La presente Guía OCDE incluye 2 listas cortas (*checklists*) separadas, una relativa al diseño y otra a la gestión del proceso licitatorio. Dichas guías no pretenden ser exhaustivas ni se refieren a tipos específicos de productos o servicios, sino más bien, apuntan a ofrecer a los funcionarios de las áreas de abastecimiento un marco general para lidiar con aquellos escenarios e instancias en que más frecuentemente puede verificarse una colusión entre oferentes.

I. Introducción

3. La colusión entre oferentes en licitaciones (*'bid rigging'* o *'collusive tendering'*) se produce cuando empresas, que en ausencia de dicha colusión habrían competido sin compartir información entre sí, se ponen de acuerdo para elevar los precios o disminuir la calidad de los productos o servicios a ser proveídos a adquirentes interesados en obtener dichos productos o servicios mediante un proceso competitivo. 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 permitirá el ahorro de recursos o su liberación para ser usados en la adquisición de otros

¹ Aprobada por el Comité de Competencia de la OCDE como “Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement”, documento DAF/COMP(2009)1, de 24.02.2009, descargable desde: <http://www.oecd.org/competition/bidrigging> La presente versión en castellano y con adaptaciones menores para Chile, fue preparada por la División de Estudios de la Fiscalía Nacional Económica y no constituye una traducción oficial de dicho documento.

bienes o servicios. El proceso competitivo permite lograr precios menores o mejoras en la calidad e innovación, sólo cuando las empresas compiten efectivamente (esto es, fijan sus precios y demás condiciones de manera honesta y en forma independiente entre competidoras). La colusión entre oferentes puede causar mucho daño cuando ella se produce en licitaciones para el abastecimiento público². En estos casos, los acuerdos colusorios extraen recursos de manera ilegítima de los compradores –y, en último término, de los contribuyentes, hacen disminuir la confianza pública en el proceso competitivo, y socavan los beneficios de un mercado competitivo.

4. La colusión entre oferentes en licitaciones es una práctica ilegal en todos los países miembros de la OCDE y puede ser investigada y sancionada según sus respectivas normas de defensa de la competencia. En varios países OCDE esta práctica es constitutiva de un ilícito penal, sancionado con penas privativas de libertad.

II. Formas frecuentes de colusión entre oferentes en licitaciones

5. La colusión entre oferentes en licitaciones puede ejecutarse de diversas formas; todas ellas obstaculizan o menoscaban los esfuerzos de los compradores – muchas veces entidades centrales y regionales de la administración pública – orientados a obtener productos y servicios al menor precio posible. Frecuentemente, las empresas competidoras se ponen de acuerdo anticipadamente sobre cuál de ellas presentará la oferta ganadora respecto de un contrato cuya adjudicación está sujeta a una licitación. El objetivo común de un acuerdo colusorio entre los oferentes de una licitación es elevar el monto de la oferta ganadora, incrementando consecuentemente el provecho ilegítimo que será luego distribuido entre los oferentes coludidos.

6. Los esquemas colusorios suelen incluir mecanismos de asignación y distribución del excedente ilegítimo que se obtiene como resultado del precio más elevado que se ha conseguido gracias al acuerdo colusorio. Por ejemplo, los competidores que consintieron en no presentar ofertas o bien en presentar ofertas destinadas al fracaso pueden ser beneficiarios de subcontratos de productos o servicios por parte del oferente adjudicatario, con el objeto de repartirse la utilidad adicional proveniente del precio más elevado determinado en forma concertada. Sin embargo, esquemas de acuerdos colusorios de larga duración pueden emplear métodos mucho más elaborados para determinar a los ganadores de las licitaciones, y para supervisar, asignar y distribuir las ganancias de los acuerdos colusorios, a lo largo de los meses o años que pueden llegar a mantenerse. Los acuerdos colusorios entre oferentes pueden también incluir pagos en dinero por parte del adjudicatario designado a uno o más de los miembros del pacto.

² En los países OCDE, el abastecimiento público implica aproximadamente el 15% del PIB. En muchos países no miembros de la OCDE, dicha fracción es aún superior. Véase OECD, *Bribery in Procurement, Methods, Actors and Counter-Measures*, 2007.

Estos ‘pagos compensatorios’ suelen estar asociados con empresas que presentan posturas encubiertas (más elevadas)³.

7. Si bien individuos y empresas pueden acordar implementar diversos esquemas de acuerdos colusorios, generalmente desarrollan una o más estrategias comúnmente conocidas. Estas estrategias no son excluyentes entre sí. Por ejemplo, las posturas encubiertas pueden utilizarse conjuntamente con un esquema de rotación del ganador. Estas estrategias, a su vez, se manifiestan en patrones o señas que los funcionarios de las áreas de abastecimiento pueden identificar y así ayudar a la detección de estos acuerdos colusorios.

- Posturas encubiertas. Las posturas encubiertas (*cover bidding*) (también conocidas como posturas de cortesía, simbólicas, simuladas o complementarias), constituyen la forma más frecuente en que los acuerdos colusorios entre oferentes son llevados a cabo. Se está frente a una postura encubierta cuando individuos o empresas han acordado presentar ofertas que contienen, a lo menos, alguna de las siguientes características: (1) un competidor acuerda presentar una oferta que es más elevada que la oferta del ganador previamente determinado por el acuerdo, (2) un competidor presenta una oferta que es conocida y manifiestamente demasiado elevada para ser aceptada, o (3) un competidor presenta una oferta que contiene entre sus condiciones generales términos conocida y claramente inaceptables para el comprador. Los integrantes del acuerdo colusorio siguen este esquema para dar la apariencia de una competencia genuina.
- Supresión o retiro de posturas. El retiro o la supresión de posturas implica acuerdos entre los competidores en el sentido de que una o más empresas consienten en no presentar ofertas o bien en retirar la oferta previamente presentada, en ambos casos, con la finalidad de que el ganador previamente designado sea el escogido por el adquirente. En esencia, en esta figura la empresa no presenta una oferta a la evaluación final del adquirente.
- Rotación del ganador. En los esquemas de rotación del ganador, las empresas del pacto presentan ofertas pero han previamente acordado ir rotando en la posición de adjudicatario o ganador (es decir, la mejor propuesta). Son varias las maneras en que los acuerdos de rotación del ganador son implementados. Por ejemplo, los miembros del acuerdo pueden decidir asignar contratos por montos aproximadamente iguales a cada firma o bien asignar volúmenes de negocio que correspondan al tamaño de cada empresa.
- Acuerdos de reparto de mercados o de clientes. Los competidores se reparten el mercado y acuerdan no competir por determinados clientes o en determinadas

³ En la mayoría de los casos, estos ‘pagos compensatorios’ serán encubiertos por el uso fraudulento de facturas por supuestos trabajos subcontratados. En los hechos, dichos trabajos no existieron y la factura es falsa. La utilización fraudulenta de contratos de consultoría puede también perseguir este propósito.

áreas geográficas. Empresas competidoras pueden, por ejemplo, repartirse clientes determinados o tipos de clientes entre diferentes empresas y así, empresas competidoras no presentarán ofertas (o sólo presentarán posturas simbólicas) respecto de aquellos contratos licitados por determinada clase de clientes potenciales que ha sido asignada a otra empresa en específico. Como contrapartida, dicho competidor no presentará una oferta competitiva respecto de un grupo determinado de clientes asignado a otras empresas del pacto.

III. Características de la industria, productos y servicios que contribuyen a que se produzcan acuerdos colusorios entre oferentes

8. Para que las empresas puedan implementar un acuerdo colusorio exitoso, ellas deben convenir un curso de acción común para implementar dicho acuerdo, supervisar si las empresas se mantienen unidas en el cumplimiento del mismo y establecer mecanismos de sanción para las empresas que lo incumplen. Si bien la colusión entre oferentes en licitaciones puede ocurrir en cualquier sector económico, en algunos sectores es más probable que ésta tenga lugar dadas ciertas características de la industria o del producto en cuestión. Tales características pueden contribuir a facilitar los esfuerzos de manipulación de las licitaciones por las empresas. Los indicadores o señales de colusión entre oferentes en licitaciones que se enumeran a continuación, pueden adquirir mayor sentido cuando otros factores facilitadores se encuentran también presentes. En tales escenarios, los funcionarios de las áreas de abastecimiento deben prestar particular atención. Si bien varias características de industrias o de productos han sido identificadas como facilitadoras de la colusión, no todas ellas deben concurrir necesariamente para que las compañías manipulen licitaciones con éxito.

- *Pequeño número de empresas:* La colusión entre oferentes en licitaciones será más probable cuando un pequeño número de empresas proveen el bien o servicio. Mientras más pequeño el número de empresas vendedoras, más fácil será para ellas juntarse y llegar a acuerdos sobre cómo manipular la licitación.
- *Escasa o nula entrada:* Cuando en el tiempo reciente no ha existido y es poco probable que exista nueva entrada de empresas al mercado, por ser ella costosa, dificultosa o lenta, las empresas que ya están en ese mercado se encuentran protegidas de las presiones competitivas de potenciales nuevos entrantes. Las barreras que protegen de nuevos entrantes contribuyen a la colusión entre las empresas establecidas.
- *Condiciones de mercado estable:* Cambios importantes en las condiciones de demanda u oferta tienden a desestabilizar los acuerdos colusorios. En cambio, un flujo constante y predecible de demanda proviniendo del sector público tiende a incrementar los riesgos de colusión. Al mismo tiempo, en períodos de trastornos económicos o incertidumbre, los incentivos que los competidores tienen para manipular licitaciones se incrementan en la búsqueda por sustituir pérdidas de negocios por ganancias colusorias.

- *Asociaciones industriales:* Las asociaciones industriales⁴ pueden propender a fines legítimos y al desarrollo de mecanismos pro-competitivos por los miembros de un sector del comercio, industria o servicios, para la promoción de estándares, innovación y competencia. Sin embargo, cuando se desvían de sus fines legítimos hacia propósitos ilegales y anticompetitivos, tales asociaciones han proveído el espacio ideal para que los ejecutivos de las empresas se junten y oculten sus discusiones sobre las formas en que un acuerdo colusorio podrá ser implementado.
- *Licitaciones repetidas:* Las compras repetidas incrementan las posibilidades de colusión. Las licitaciones frecuentes ayudan a los miembros del pacto colusorio, a asignarse contratos entre ellos. Adicionalmente, los miembros del pacto ilícito pueden castigar a un incumplidor que se desvía del mismo privándolo de los contratos originalmente asignados a él. Por lo tanto, aquellos contratos por bienes o servicios que son regulares y periódicos pueden requerir herramientas especiales y supervisión para desincentivar la colusión entre oferentes.
- *Productos o servicios idénticos o simples:* Cuando los productos o servicios que las empresas venden son idénticos o muy similares, es más fácil para las empresas alcanzar un acuerdo sobre una estructura común de precios.
- *Pocos sustitutos, si es que los hay:* Cuando son pocos los productos o servicios alternativos que pueden reemplazar a aquel que se está adquiriendo, los individuos o las compañías que desean manipular la licitación se sienten más seguras sabiendo que el comprador cuenta con pocas opciones y que, por ende, es más probable que sus esfuerzos para elevar precios prosperen.
- *Ausencia de cambios tecnológicos significativos:* La ausencia de innovación en el producto o servicio ayuda a las empresas a alcanzar un acuerdo y a mantenerlo a través del tiempo.

⁴ Las asociaciones industriales o comerciales [conocidas en Chile como Asociaciones Gremiales] son un conjunto de individuos y empresas con intereses comerciales comunes, que se reúnen para el desarrollo de sus objetivos comerciales y profesionales.

A. CHECKLIST PARA EL DISEÑO DEL PROCESO DE ABASTECIMIENTO ORIENTADO A REDUCIR LOS RIESGOS DE COLUSION ENTRE OFERENTES EN LICITACIONES

1. Existen varios pasos que los organismos de abastecimiento pueden adoptar para fomentar una competencia más efectiva en el abastecimiento público y reducir el riesgo de colusión entre oferentes en licitaciones. Las unidades de abastecimiento debieran considerar la adopción de las siguientes medidas:

I. Recabe información antes de diseñar el proceso licitatorio

2. La mejor manera que tienen los funcionarios de las áreas de abastecimiento para diseñar un proceso de compras que apunte al 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 del comprador así como información sobre los proveedores potenciales. Desarrolle habilidades en la materia, al interior del organismo, lo antes posible.

- Manténgase alerta sobre las características del mercado en que se verificará el abastecimiento 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 colusión⁵.
- Recopile información sobre potenciales proveedores, sus productos, sus precios y sus costos. Si es posible, compare los precios ofertados con precios de operaciones de abastecimiento entre privados.
- Recopile información sobre cambios de precios recientes. Infórmese sobre precios de los mismos productos en áreas geográficamente vecinas y sobre precios de productos que representen alternativas posibles.
- Recopile información sobre licitaciones anteriores para productos idénticos o similares.

⁵ Véase el párrafo anterior “III. Características de la industria, productos y servicios que contribuyen a que se produzcan acuerdos colusorios entre oferentes”

- 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 ayudarlo en la estimación de precios o costos, hágalos firmar acuerdos de confidencialidad.

II. Diseñe el proceso licitatorio en orden a maximizar la participación posible de oferentes en efectiva competencia

3. La competencia efectiva puede incrementarse si un número suficiente de oferentes creíbles está dispuesto a responder a la invitación para participar en la licitación y estos oferentes 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, autorizan la participación de empresas de otras regiones o países, o diseñan mecanismos para incentivar a las empresas más pequeñas a participar, aún cuando éstas no puedan presentar ofertas por todo el contrato.

- Evite restricciones innecesarias que puedan reducir el número de oferentes 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 empresas que están habilitadas para presentar ofertas.
- Tenga presente que requerir elevadas garantías pecuniarias de los oferentes, como condición para presentar ofertas, puede inhibir la participación de pequeños oferentes 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.
- Cada vez que sea posible, reduzca las restricciones a la participación de empresas extranjeras en el abastecimiento.
- En la medida posible, califique a los oferentes durante el proceso de abastecimiento para así evitar prácticas colusorias entre el grupo más reducido de empresas 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 ofertas. Esto puede llevarse a efecto por diversas vías:

- Optimizando procedimientos de licitaciones a lo largo del tiempo y respecto de productos (ej. utilizando los mismos formularios, solicitando el mismo tipo de información, etc.)⁶.
 - Agrupando licitaciones (es decir, diferentes proyectos de abastecimiento), con el fin de repartir los costos fijos de preparar una licitación.
 - Elaborando y manteniendo nóminas oficiales de contratistas aprobados o certificados por organismos oficiales de acreditación.
 - Brindando un tiempo adecuado a las empresas para la preparación y presentación de una oferta. Por ejemplo, considere publicar los detalles de proyectos de ductos con bastante anticipación, en publicaciones profesionales o de negocios, páginas web o revistas.
 - 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 contrato⁷. 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 oferentes para futuras licitaciones ni los remueva automáticamente de la nómina de contratistas por la circunstancia de no haber presentado una oferta en una reciente licitación.
 - Sea flexible en relación al número de empresas que invita a presentar ofertas. Por ejemplo, si inicia el proceso invitando a 5 empresas pero recibe ofertas sólo de 3, evalúe acaso es posible obtener un resultado competitivo con las 3 empresas en competencia, en vez de insistir en reiniciar el proceso, ya que esto último pondría en evidencia que existe escasa competencia.

III. Defina sus requerimientos claramente y evite introducir predictibilidad

4. El diseño de las especificaciones y los términos de referencia (TDR) es una etapa del ciclo de abastecimiento público que resulta vulnerable al favoritismo, el fraude y la

⁶ La estandarización en la preparación de las licitaciones, sin embargo no debe evitar que los funcionarios de abastecimiento estén en la permanente búsqueda de mejoras al proceso de abastecimiento (elección de procedimiento, cantidades compradas, oportunidad, etc.)

⁷ Sin embargo, los funcionarios de las áreas de abastecimiento deben también tener presente que, si no es correctamente implementada (por ej. de una manera fácilmente predecible), la técnica de dividir contratos puede brindar a los agentes de la industria una oportunidad para coludirse y asignar los contratos de mejor manera.

corrupción. Las especificaciones y TDR 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 cómo 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 oferentes 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 oferentes potenciales, y más confianza tendrán al momento de preparar y presentar sus ofertas. La claridad, sin embargo, no debe ser confundida con la predictibilidad. Cronogramas de 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 a competir de los oferentes.

- Determine sus requerimientos en las bases 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 clave 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 recién en las primeras etapas de especificación: una definición comprensiva de la necesidad es clave para un óptimo abastecimiento. En circunstancias excepcionales en que lo anterior resulte inevitable, pida a los oferentes 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.

IV. Diseñe la licitación con miras a reducir efectivamente la comunicación entre oferentes

5. Al diseñar la licitación, los funcionarios de las áreas de abastecimiento deben poner atención a varios factores que pueden facilitar la colusión. La eficiencia del proceso de abastecimiento dependerá del modelo de subasta adoptado pero también del diseño mismo de las bases de licitación y de la gestión del proceso. Las exigencias de transparencia son indispensables para un proceso de abastecimiento saludable y para ayudar en el combate contra 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 de abastecimiento. 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 todo lo posible las comunicaciones entre oferentes durante el proceso de licitación⁸. Las subastas abiertas permiten la comunicación y señalización entre oferentes. La exigencia de que las ofertas deben ser presentadas en persona brinda la oportunidad para comunicaciones y negociaciones de último minuto entre las firmas. Esto puede ser evitado, por ejemplo, mediante el uso de sistemas electrónicos de licitaciones.
- Considere minuciosamente qué información es difundida a los oferentes 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.
- Cuando existan inquietudes sobre una posible colusión dadas las características del mercado o del producto, de ser posible, utilice una subasta cerrada de mejor precio en lugar de una subasta a la inversa.

⁸ Por ejemplo, si los oferentes necesitan hacer una visita al lugar de faenas, evite que ellos permanezcan en el mismo lugar en forma simultánea.

- Evalúe si métodos de abastecimiento diferentes a licitaciones de una etapa fundadas principalmente en el precio, pueden generar un resultado más eficiente. Otros tipos de mecanismos de abastecimiento pueden considerar negociaciones directas con uno o más oferentes⁹ o convenios marcos¹⁰.
- 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, sino que manténgalo confidencialmente en el expediente o deposítelo ante otra autoridad pública.
- Tenga cuidado al contratar consultores cercanos a la industria para llevar adelante el proceso licitatorio, toda vez que pueden haber establecido relaciones de trabajo con determinados oferentes. En lugar de lo anterior, utilice las habilidades del consultante para describir claramente los criterios y especificaciones, y dirija internamente el proceso de abastecimiento.
- Siempre que sea posible, exija que las ofertas sean presentadas anónimamente (por ej. evalúe identificar a los oferentes con números o símbolos) y permita que las ofertas sean presentadas por teléfono o correo.
- No revele ni limite innecesariamente el número de oferentes en el proceso licitatorio.
- Exija a los oferentes que revelen toda comunicación que tengan con competidores. Evalúe exigir a los oferentes la firma de una declaración jurada sobre determinación independiente de la oferta (*Certificate of Independent Bid Determination*)¹¹.

⁹ En estas negociaciones directas (*negotiated tenders*) el comprador fija un amplio plan y el/los oferente(s) invitado(s) a negociar especifican los detalles con el comprador para, de este modo, llegar a un precio.

¹⁰ En los acuerdos o convenios marcos (*framework agreements*), el comprador invita a un amplio número de empresas, por ej. 20, a presentar detalles sobre sus capacidades en términos de factores cualitativos, tales como experiencia, estándares de seguridad, etc. y, a partir de allí, elige un número pequeño, por ej. 5 oferentes, para integrar el convenio marco – los trabajos ulteriores serán asignados preferentemente de acuerdo con la capacidad, o pueden ser objeto de futuras ‘mini’ licitaciones en los miembros del convenio presentan ofertas de precio por el trabajo en cuestión.

¹¹ Por medio de estos documentos, se exige a los oferentes que revelen toda circunstancia referente a cualquier comunicación que hayan tenido con competidores, relativa al llamado a licitación. Con el propósito de desincentivar ofertas no auténticas, fraudulentas o colusorias y así eliminar la ineficiencia y costos adicionales del abastecimiento, los funcionarios de las áreas de abastecimiento pueden requerir una declaración o testimonio por parte de cada oferente, en el sentido que la oferta que ha presentado es auténtica, no concertada, y que se hace con la intención de aceptar el contrato si le es adjudicado. Debe

- Exija a los oferentes 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 utilidades mal habidas entre los miembros del acuerdo colusorio, merecen especial supervisión, particularmente, cuando ellas son presentadas por empresas que han sido anteriormente sancionadas o multadas por colusión por las autoridades de competencia. Sea cauto aún cuando la colusión haya ocurrido en otros mercados y aún cuando las empresas involucradas no hayan tenido la capacidad para presentar ofertas por separado.
- Incluya en el llamado a participar una advertencia sobre las sanciones aplicables en el país para casos de colusión entre oferentes en licitaciones, tales como la remoción de nóminas de proveedores del sector público por un determinado período, las sanciones por infringir lo expresado en la declaración jurada sobre determinación independiente de la oferta, la posibilidad del organismo comprador de pedir indemnización de perjuicios, además de las sanciones previstas en la ley de competencia.
- Advierta a los oferentes que toda pretensión de aumento del presupuesto, derivado de un incremento en los costos de los insumos, será minuciosamente investigada¹².
- Si durante el proceso de abastecimiento 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 que tomen conocimiento o de un eventual conflicto de intereses.

V. Elija cuidadosamente el criterio para evaluar las ofertas y adjudicar el contrato licitado

6. 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 que también para mantener un

considerarse exigir la firma de un ejecutivo que tenga el poder suficiente para representar a la empresa y agregar sanciones independientes para el caso de declaraciones fraudulentas o inadecuadamente manifestadas.

¹² Los incrementos de costos durante la fase de ejecución de un contrato deben ser supervisados con cautela ya que pueden ser un frente de corrupción y cohecho.

conjunto de oferentes potenciales creíbles con un interés continuo en participar en futuros llamados. Por tanto, es importante asegurar que la selección cualitativa y el criterio de adjudicación sean escogidos de una manera tal que oferentes creíbles, incluidas pequeñas y medianas empresas, no sean innecesariamente desincentivados a participar.

- Al diseñar el llamado a licitación, tenga en cuenta el impacto que su elección de criterio podrá tener en la competencia a futuro.
- Siempre que las ofertas sean evaluadas en base a criterios distintos al precio (por ej., calidad de los productos, servicios de 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, 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 oferentes para coordinar sus posturas.
- Evite cualquier tratamiento preferente para determinada clase o tipo de proveedores.
- No favorezca a las empresas establecidas¹³. Mecanismos que aseguren el mayor anonimato posible durante el proceso de abastecimiento podrán contrapesar las ventajas de las empresas establecidas.
- 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 ofertas. Investigue las razones que hay detrás de las ofertas idénticas y, en caso de ser necesario, evalúe reiniciar el llamado a participar o adjudique el contrato solo a un proveedor.
- Realice indagaciones si los precios o las ofertas carecen de sentido, pero jamás discuta estas cuestiones con todos los oferentes reunidos.
- Siempre que sea posible según las exigencias legales de notificación del resultado de las licitaciones, mantenga en secreto los términos y condiciones de las ofertas presentadas por las diferentes empresas. Eduque a quienes están

¹³ La empresa establecida es la compañía que actualmente provee los bienes o servicios a la administración pública y cuyo contrato se encuentra próximo a terminar.

involucrados en el proceso de contratación (por ej., preparación de las bases, 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.

VI. Aumente la conciencia de los miembros de su equipo sobre los riesgos de colusión entre oferentes en las licitaciones de abastecimiento.

7. La capacitación profesional es importante para fortalecer la conciencia de los funcionarios de las áreas de abastecimiento sobre las consideraciones de competencia en el abastecimiento público. Los esfuerzos para combatir más eficazmente la colusión entre oferentes en licitaciones pueden fortalecerse con la recopilación de información histórica sobre el comportamiento de los oferentes, mediante la supervisión permanente de actividades de las empresas oferentes, y mediante el análisis de los datos de las licitaciones. Esto contribuye a que los organismos de abastecimiento (y las autoridades de competencia) identifiquen situaciones problemáticas. Debe hacerse presente que la colusión entre oferentes en 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.

- Implemente un programa regular de capacitación sobre detección de colusión entre oferentes para su equipo, con la colaboración de la agencia de competencia¹⁴ o consultores externos.
- Registre y recopile la información sobre las características de licitaciones anteriores (por ej. los productos adquiridos, la oferta presentada por cada participante y la identidad del ganador).
- Revise periódicamente la historia de licitaciones sobre productos o servicios específicos e intente identificar patrones sospechosos, especialmente en industrias susceptibles de colusión¹⁵.
- Adopte como política permanente la revisión selectiva de licitaciones.

¹⁴ Para Chile, el organismo competente es la Fiscalía Nacional Económica, que dispone de un banner especialmente dedicado a este tema: www.fne.gob.cl/colusion donde además de información se ofrece un conjunto de puntos de contacto para consultas y denuncias.

¹⁵ Véase el párrafo anterior “III. Características de la industria, productos y servicios que contribuyen a que se produzcan acuerdos colusorios entre oferentes”.

- Efectúe comparaciones entre las listas de empresas que han presentado manifestaciones de interés y las que han presentado ofertas, para identificar posibles tendencias tales como retiro de ofertas o la utilización de subcontratos.
- Entreviste a antiguos proveedores que ya no presentan ofertas y también a proveedores que siempre pierden.
- Establezca un mecanismo de recepción de reclamos para que las empresas presenten sus inquietudes relativas 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 delación 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.
- Infórmese sobre los programas de inmunidad y clemencia¹⁶ existentes para estas materias que puedan existir en su país y coordine con estos programas sus facultades para remover o suspender empresas sancionadas por colusión de las nóminas de contratantes calificados, a efecto que exista armonía entre ambos mecanismos.
- Implemente procedimientos internos que faciliten u obliguen a los funcionarios a denunciar declaraciones o comportamientos sospechosos tanto ante las autoridades de libre competencia como al grupo de auditoría interna y contralor del organismo de abastecimiento, y considere establecer incentivos para que los funcionarios efectivamente hagan lo anterior.
- Establezca relaciones de cooperación con la autoridad de competencia (por ej., establezca un mecanismo de comunicación expedito, elabore una nómina de la información a entregarse por los funcionarios de abastecimiento ante las autoridades de competencia, etc.)

¹⁶ Estos programas generalmente brindan inmunidad respecto de sanciones y procedimientos del derecho de la libre competencia a la primera empresa o individuo que se presenta a auto denunciarse admitiendo su responsabilidad por la participación en el acuerdo colusorio y que accede a cooperar con la investigación conducida por la autoridad de competencia.

B. CHECKLIST PARA LA DETECCION DE COLUSION ENTRE OFERENTES EN LICITACIONES ABASTECIMIENTO

1. Los acuerdos colusorios en licitaciones pueden resultar muy difíciles de detectar 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 clave tales como presentación inusual de ofertas o patrones de precios, o algo que el vendedor dice o hace. Manténgase alerta durante todo el proceso de la licitación de abastecimiento, así como durante los estudios preliminares del mercado que realice.

I. Busque señales y patrones de advertencia cuando las empresas están presentando sus ofertas en las licitaciones

2. 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 empresas presentan sus ofertas y en la frecuencia con que ellas ganan o pierden licitaciones. La subcontratación y otras prácticas de colaboración entre oferentes también pueden levantar sospechas.

- Un mismo proveedor es el que frecuentemente presenta la mejor oferta (la más baja).
- 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 empresas constantemente presentan ofertas a las licitaciones pero nunca se las adjudican.
- Cada compañía parece turnarse en adjudicarse la licitación.
- Dos o más empresas 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 oferentes 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.

II. Busque señales de advertencia entre la documentación presentada.

3. En el conjunto de documentos que las empresas presentan pueden encontrarse signos reveladores de un esquema colusorio entre oferentes. A pesar que las empresas que son parte de un acuerdo colusorio intentarán mantenerlo en secreto, sus descuidos, equivocaciones ocasionales, 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 que contengan 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 distintas empresas.
- Las presentaciones escritas de las ofertas presentadas por distintas empresas contienen cambios manuscritos semejantes, similitud en la tipografía o idéntica papelería o formatos.
- Los documentos presentados por una de las compañías hacen referencia expresa a las ofertas de otros competidores o utilizan el membrete o fax de otro de los oferentes.
- Ofertas de diferentes empresas contienen los mismos errores de cálculo.
- Ofertas de diferentes empresas contienen un número considerable de estimaciones idénticas sobre los costos de algunas partidas.
- Los envoltorios de las ofertas de las distintas empresas tienen sellos postales o marcas de la máquina de conteo postal similares.
- Los documentos de las ofertas de distintas empresas contienen numerosos ajustes de último minuto, como el uso de corrector líquido u otras alteraciones físicas.
- Los documentos de las ofertas presentados por distintas empresas 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.

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

4. Los precios de las ofertas pueden ser utilizados para ayudar a descubrir un acuerdo colusorio. Busque patrones que sugieran que las empresas puedan estar coordinando sus esfuerzos para justificar, por ejemplo, incrementos de precios que no pueden ser explicados con aumentos de costos. Cuando las ofertas perdedoras son mucho más elevadas que la oferta adjudicataria, 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 empresas, 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:
 - Los precios de los proveedores se habían mantenido sin variación por largo tiempo;
 - Anteriormente, los precios de los proveedores eran diferentes entre sí;
 - Los proveedores elevaron el precio, lo que no se justifica por aumento de costos, o
 - Los proveedores eliminaron los descuentos, especialmente en un mercado donde tradicionalmente existían.
- Diferencias significativas entre el precio de la oferta ganadora y el precio de las otras ofertas

- 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 oferente o ante la reaparición de un proponente poco frecuente, por ej., un nuevo proveedor puede haber desestabilizado un acuerdo colusorio existente.
- Proveedores locales están ofertando precios más elevados para el despacho local que para el despacho a puntos distantes.
- Compañías locales y no locales determinan costos de transporte similares.
- Sólo uno de los oferentes contacta a los mayoristas para obtener información de precios antes de las presentaciones de ofertas a la licitación.
- Algunas características inesperadas de las ofertas presentadas a una licitación, sea ésta electrónica o no – tales como ofertas que incluyen números inusuales cuando uno normalmente esperaría un número redondo de cientos o miles – pueden indicar que los oferentes están utilizando las ofertas en sí mismas como un vehículo para coludirse mediante la comunicación de información o señalización de las preferencias.

IV. Preste atención a declaraciones sospechosas en todo momento.

5. Cuando trabaje con los proveedores preste mucha atención a declaraciones sospechosas que puedan indicar que las empresas 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 oferentes.
- Declaraciones de los proveedores justificando sus precios como “precios sugeridos por la industria”, “precios estándar del mercado” o “nómina 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 empresa 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 presentación de los oferentes rehusando cumplir con ciertas condiciones de las bases o en que se refieran a determinadas discusiones entre los oferentes, quizás en el seno de una asociación gremial.

V. Busque comportamientos sospechosos en todo momento.

6. 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 empresa se encuentra adoptando acciones que sólo benefician a sus competidores. 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 ofertas deben ser presentadas.
- Los proveedores de manera regular socializan entre sí o parecen sostener reuniones en forma permanente.
- Una empresa adquiere las bases de licitación para ella y para un competidor.
- Una empresa presenta su oferta y simultáneamente la de un competidor.
- Una empresa presenta una oferta a una licitación en circunstancias que es incapaz de cumplir con el contrato exitosamente.
- Una empresa 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 oferentes formulan consultas similares al organismo comprador o presentan solicitudes o materiales similares.

VI. Prevención respecto de los indicadores de acuerdos colusorios en una licitación

7. Los indicadores ya descritos sobre un posible acuerdo colusorio en una licitación, identifican numerosos patrones de las ofertas y de los precios como asimismo declaraciones y comportamientos sospechosos. No obstante, éstos no necesariamente demuestran que las empresas están involucradas en acuerdos colusorios. A modo de ejemplo, una empresa 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. Así y todo, cuando se detectan patrones en las ofertas y en los precios, o bien, cuando los funcionarios de abastecimiento 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 de poder identificar un patrón de conducta a través del tiempo.

VII. Qué pasos deben seguir los funcionarios de las áreas de abastecimiento si identifican o sospechan de un acuerdo colusorio entre oferentes en una licitación

8. Si usted sospecha que un acuerdo colusorio puede estarse produciendo, hay varios pasos que usted debe seguir en orden a contribuir a descubrir este ilícito y conseguir poner fin al mismo.

- Desarrolle una comprensión general sobre las normas legales vinculadas a la colusión entre oferentes en licitaciones en su jurisdicción.
- No discuta sus inquietudes con las empresas sospechosas.
- Guarde en lugar seguro todos los documentos, incluidos los de las ofertas y demás documentación de la licitación, correspondencia, sobres, registros de comunicaciones, etc.
- Guarde un registro detallado de todas aquellas conductas y declaraciones sospechosas, indicando las fechas en que ellas se produjeron, quienes aparecen involucrados en ellos y quién más presencié 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 Fiscalía Nacional Económica, (www.fne.gob.cl/colusion), por intermedio del Jefe del Servicio, o bien, directamente.
- Luego de asesorarse con su equipo jurídico, decida frente a estos antecedentes, si seguir o no adelante con la licitación.