

COMPRAS PÚBLICAS Y LIBRE COMPETENCIA



Serie “Sector Público y Mercados”

ABRIL 2011

PRESENTACIÓN

La competencia vigorosa entre los oferentes que proveen bienes y servicios a los gobiernos, permite a éstos obtener más y mejores recursos a un precio más bajo. Esto contribuye, a su vez, a liberar recursos públicos, los cuales pueden así ser destinados a otros fines alternativos y beneficiar de este modo a los consumidores.

Sin embargo, principalmente porque las compras públicas representan un alto porcentaje del Producto Interno Bruto de un país, existe un incentivo de las firmas a coordinarse de manera anticompetitiva para burlar los beneficios de la competencia. La colusión en licitaciones (conocida internacionalmente como *bid-rigging*), particularmente en el ámbito de las compras públicas, constituye una de las preocupaciones fundamentales del derecho de la competencia moderno.

En efecto, diversos organismos internacionales recomiendan a las agencias de competencia enfocar en los gobiernos al menos una parte importante de sus esfuerzos destinados a alertar acerca de los peligros de los carteles. Asimismo, se recomienda colaborar de manera estrecha con las autoridades encargadas de las compras públicas con el fin de detectar, perseguir y sancionar la colusión en licitaciones de manera más efectiva.

Considerando lo anterior, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) ha decidido lanzar este material de promoción denominado **“Compras Públicas y Libre Competencia”**, el cual está destinado a todos quienes se desempeñan, de forma permanente o esporádica, en el ámbito de las compras públicas. Su elaboración y difusión representa uno de los principales resultados del plan de la FNE para promover la libre competencia entre los agentes económicos y aumentar la certeza y transparencia, al entregar lineamientos para apoyar el cumplimiento del D.L. N° 211.

Este documento, asimismo, es el primero de una nueva serie de materiales en que la FNE está elaborando bajo el título “Sector Público y Mercados”, los cuales analizan los principales temas derivados de la actuación de diversas organizaciones gubernamentales y su posible repercusión en temas de libre competencia.

Esperamos que este material de promoción les sea de utilidad.

Atentamente

Felipe Irrázabal Ph.
Fiscal Nacional Económico

CONTENIDOS

Presentación	2
1. Introducción	4
2. Contratación pública y licitaciones	6
3. La colusión entre oferentes en licitaciones para la contratación pública	9
A. La colusión en licitaciones: ¿qué es, cuál es su objeto y cómo se manifiesta?	10
B. Pautas para los encargados de compras públicas	13
4. Escenarios riesgosos y actuaciones de prevención y detección	15
A. Cuadro-guía orientado a la prevención	20
B. Cuadro-guía orientado a la detección	22
5. Algunas preguntas para la reflexión	23
6. Cómo contactar a la FNE	24
Anexo 1 – Las facultades de la FNE para combatir la colusión	25
Anexo 2 – Sanciones a las que se exponen los autores de colusión entre oferentes en licitaciones de contratación pública	27

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los roles que los gobiernos adoptan al participar en los mercados es el de compradores de bienes y servicios de proveedores privados.¹ En tal calidad, los gobiernos son uno de los más grandes actores presentes en los mercados. De acuerdo la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD), sus contrataciones de bienes y servicios representan siempre un alto porcentaje del Producto Interno Bruto (PIB) de una nación.² En Chile, las contrataciones públicas de bienes y servicios representan un porcentaje en torno al 6% del Producto Interno Bruto (PIB).³ A través de la plataforma de Mercado Público, durante el año 2009, se verificaron transacciones por US\$6.193 millones, cifra que representa en torno al 3,5% del PIB.⁴ Gran parte del 2,5% del PIB restante corresponde a contrataciones en el sector de las obras públicas.⁵

Los gobiernos ejercen su rol de compradores principalmente para dar cumplimiento a sus propias funciones. Sin embargo, dicho rol puede también servir para introducir competencia por bienes y servicios previamente suministrados de manera exclusiva por el sector público. Dado su vasto poder de compra, el gobierno tiene en una posición inmejorable para fomentar la competencia entre oferentes. Más aún, eventualmente puede influir en los mercados, fomentando la introducción de nuevas tecnologías o aumentar el rango de productos ofrecidos.⁶

Por tanto, las decisiones gubernamentales de compra pueden tener efectos muy significativos en la competencia. Los compradores públicos debieran considerar tales efectos potenciales en su actuar, prestando atención a los efectos de corto y largo plazo de sus decisiones, con el fin de maximizar la eficiencia en los respectivos procesos y propender a un aumento del bienestar de los consumidores.

¹ Entre los bienes y servicios más típicos que los gobiernos “consumen” incluyen edificaciones, vehículos, paquetes informáticos y licencias de software, contratación de estudios y consultorías, insumos de oficina y otros gastos de consumo corriente.

² OECD (2007), “*Policy Roundtable: Public Procurement*”, página 7 (disponible en www.oecd.org/dataoecd/25/48/39891049.pdf) y OECD (2010) “*Collusion and Corruption in Public Procurement*”, página 23, (disponible en www.oecd.org/dataoecd/35/19/46235884.pdf).

³ Dirección de Presupuestos, Ministerio de Hacienda, Chile, Estadística de las Finanzas Públicas 2000-2009, p. 110. Cifras para el año 2009. Se considera la suma de las cuentas Bienes y Servicios de Consumo y Producción (Gastos) e Inversión (Adquisición Neta de Activos No Financieros), disponible en: http://www.dipres.cl/572/articles-63318_doc_pdf.pdf.

⁴ Balance Gestión 2009 y Plan Estratégico 2010-2012, Dirección ChileCompra. Disponible en: http://www.chilecompra.cl/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=35&Itemid=352

⁵ Ley de Presupuestos Año 2009; disponible en: http://www.dipres.cl/572/articles-3689_pres_2009.pdf. V., por ejemplo, partida presupuestaria del Ministerio de Obras Públicas, pp. 363 y sgtes.

⁶ Por su tamaño, los compradores privados generalmente carecen de la capacidad de influir en los mercados en esta forma.

Considerando lo anterior, la FNE ha elaborado este nuevo material de promoción, el cual está dirigido de manera principal (aunque no exclusiva) precisamente a compradores del sector público. Nuestro propósito es poner a disposición de estos agentes pautas generales que, a nuestro juicio, apoyan el cumplimiento del D.L. N° 211 y minimizan los riesgos a la competencia derivados de sus actuaciones. En la elaboración de este material hemos puesto especial atención a la importancia de las compras públicas para la economía nacional y a la invaluable contribución que, dado su rol, pueden desempeñar todos los encargados de las compras públicas en la promoción de la competencia en sus respectivos mercados.

Este documento se enmarca dentro de las actividades de la FNE en materia de difusión y promoción de la libre competencia. Su objeto es simplemente ofrecer un marco analítico general aplicable a determinadas prácticas y actuaciones en el marco de las compras públicas, a fin de prevenir la comisión de conductas anticompetitivas; no pretende, por tanto, ser el resultado de una revisión exhaustiva del tema. En este sentido, debe reconocerse que las conductas y prácticas de los agentes económicos son complejas e inabarcables en un documento de esta naturaleza. Por tanto, los criterios y ejemplos aquí contenidos son meramente indicativos y no prejuzgan el análisis que la FNE pueda hacer en un caso específico. El examen y evaluación de los hechos de los que la FNE toma conocimiento en el curso de sus investigaciones y sus efectos sobre la libre competencia en los mercados son realizados caso a caso. Asimismo, este documento no es vinculante y, por consiguiente, no compromete ni al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ni a la Corte Suprema.

2. CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LICITACIONES

A la actividad de contratación por parte de la Administración del Estado se le denomina “contratación pública”. El marco legal básico de la contratación pública emana del artículo 9° de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante “LOCBGAE”)⁷, el cual indica:

“Los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la ley. // El procedimiento concursal se regirá por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato. // La licitación privada procederá, en su caso, previa resolución fundada que así lo disponga, salvo que por la naturaleza de la negociación corresponda acudir al trato directo”.

La Ley N° 19.886 de 2003, que establece Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (en adelante, la “Ley de Compras”)⁸ y que fue dictada con el objetivo, entre otros, de incrementar la economía y la eficiencia de la contratación pública, es la encargada de especificar los modos de celebración de los contratos administrativos mencionados en la LOCBGAE.

De acuerdo a esto, la contratación pública vía licitaciones puede ser pública o privada.⁹ Ambas son definidas en el artículo 7° de la Ley de Compras:

- a) **Licitación o Propuesta Pública:** Procedimiento administrativo de carácter concursal mediante el cual la Administración realiza un llamado público, convocando a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente.
- b) **Licitación o Propuesta Privada:** Procedimiento administrativo de carácter concursal, previa resolución fundada que lo disponga, mediante el cual la Administración invita a determinadas personas para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente.

⁷ DFL N° 1/19.653 (D.O. 17.11.2001), que fija el texto refundido de Ley N°18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

⁸ Publicada en el Diario Oficial de fecha 30 de junio de 2003.

⁹ La Ley de Compras también define el denominado “*Trato o Contratación Directa*”, indicando que es el procedimiento de contratación que por la naturaleza de la negociación que conlleva, deba efectuarse sin la concurrencia de los requisitos señalados para la licitación o propuesta pública y para la privada. En principio, la colusión no tiene lugar en el “trato directo”, a menos que varios competidores acuerden tratar separada y directamente con diferentes compradores (lo que podría constituir una especie de reparto de mercado en el contexto del DL 211).

Además, tanto la Ley de Compras como su reglamento establecen el denominado “**Convenio Marco**”.¹⁰ Éste constituye un Procedimiento de contratación realizado por la Dirección de Compras, para procurar el suministro directo de bienes y/o servicios a las entidades, en la forma, plazo y demás condiciones establecidas en dicho convenio. Los bienes y servicios incluidos en estos convenios son previamente licitados y adjudicados por la Dirección de Compras Públicas.

La licitación pública constituye la regla general; la licitación privada requiere resolución fundada que la autorice. Además, fuera de las tres modalidades indicadas, existen licitaciones practicadas por organismos de la Administración del Estado que se encuentran expresamente excluidos de la aplicación de la Ley de Compras.¹¹

En términos generales, las licitaciones son un mecanismo de asignación de contratos que pretende suplir las deficiencias informacionales del licitante por la vía de organizar una competencia *ex ante* por la venta y adquisición de un determinado producto. El licitante funda su proceso en una serie de criterios objetivos y competitivos de selección de quien en definitiva le proveerá del producto (el adjudicatario), asumiendo que cada participante en el proceso presenta su oferta de manera independiente a los demás.

Mediante este proceso, el licitante busca maximizar su beneficio. En la práctica, este objetivo puede estar referido a diversos aspectos, tales como la maximización del presupuesto disponible o la minimización del precio de intercambio (por ejemplo, en el caso de un licitante comprador público), la maximización del precio de venta de un activo (por ejemplo, en el caso de un subastador en un remate de bienes), etc. Sin embargo, lo importante es que la licitación permite al comprador público identificar al oferente más eficiente y, de esa forma, asegurar que el uso de los recursos de los consumidores es el más adecuado.

En teoría, el diseño de un proceso licitatorio óptimo es un problema muy complejo y no existe una receta única para todos los casos. Además, debe tenerse presente que una licitación en específico viene precedida de un conjunto de decisiones fundamentales que han sido adoptadas en una etapa anterior a la licitación. En efecto, las decisiones que se hayan adoptado respecto de asuntos tales como qué comprar, cuándo hacerlo, cada cuanto tiempo,

¹⁰ Ley de Compras, artículos 7° letra (c) y 30 letra (d), y Decreto N°250/2004, Ministerio de Hacienda (publicado en el Diario Oficial de fecha 24 de septiembre de 2004), artículos 2 N°14, 8 y 14 a 18.

¹¹ Industrias completas están excluidas de la aplicación de la Ley de Compras. Por ejemplo, su art 3° indica que: “*Quedan excluidos de la aplicación de la presente ley: c) Los contratos relacionados con la ejecución y concesión de obras públicas. // Asimismo, quedan excluidos de la aplicación de esta ley, los contratos de obra que celebren los Servicios de Vivienda y Urbanización para el cumplimiento de sus fines, como asimismo los contratos destinados a la ejecución, operación y mantención de obras urbanas, con participación de terceros, que suscriban de conformidad a la ley N° 19.865 que aprueba el Sistema de Financiamiento Urbano Compartido [...]*”.

a quién hacer participar, cómo diseñar el proceso (ej. en una o varias etapas), cuál será el criterio de adjudicación, qué información transparentar, etc., son determinantes para el comportamiento de los participantes en los procesos y por tanto, condicionan los resultados de los esfuerzos invertidos en el diseño y gestión de los mismos.

Para que la licitación alcance los objetivos que con ella se persiguen para la eficiente contratación pública, uno de los requisitos es que los oferentes reales y potenciales para el proceso licitatorio en cuestión compitan efectivamente y no se coludan. Sin embargo, la colusión entre oferentes en estos procesos licitatorios puede llegar a ser un fenómeno recurrente si no se pone atención a ella.

La contratación vía licitaciones por parte de órganos de la Administración del Estado que actúan como entidades licitantes presenta ciertas particularidades, tales como las obligaciones de transparencia (las que no obstante ser positivas desde el punto de vista de la administración, pueden facilitar ciertas conductas anticompetitivas) y el compromiso de recursos públicos (que en ocasiones involucra montos cuantiosos). Estas particularidades vuelven a estos mercados un objetivo deseable para quienes desean vulnerar la competencia.

3. LA COLUSIÓN ENTRE OFERENTES EN LICITACIONES PARA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

En términos generales la colusión, esto es, el acuerdo entre dos o más competidores para fijar precios, cantidad, repartirse el mercado o participar concertadamente en licitaciones, es la conducta atentatoria contra la competencia más grave. Su gravedad deriva de diversas razones: es difícil de detectar (es generalmente encubierta, a espaldas del público); no es posible justificarla con razones lícitas (su propósito es siempre impedir el normal funcionamiento del mercado y enriquecer a las firmas coludidas); genera distorsiones distributivas y de eficiencia; e involucra costos no productivos asociados a su mantención (por ejemplo, costos de lobby).

Por esta razón las leyes de competencia manifiestan especial preocupación por estas conductas y las sancionan con los castigos más altos. En nuestro ordenamiento, el DL 211 indica, en su parte pertinente, que:

“Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

*a) Los **acuerdos** expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o **afectar el resultado de procesos de licitación**”¹²*

Para que un acuerdo colusorio entre oferentes se mantenga en el tiempo y no fracase, se requiere la verificación de las siguientes conductas:

- Que las partes **identifiquen** a sus competidores
- Que exista alguna forma de **comunicación** entre competidores
- Que se decida una **estrategia común**
- Que se establezca algún mecanismo de supervisión recíproca, que permita **monitorear** el cumplimiento por cada cual de su parte del plan acordado
- Que se establezca un mecanismo de **sanción** privada o retaliación en contra del miembro del acuerdo que de cualquier modo lo incumple

¹² DL 211, Artículo 3° inciso 2° letra a). Respecto de las sanciones, véase el anexo 2 de este documento.

Eventualmente, es necesario también que los oferentes coludidos implementen un mecanismo de **exclusión o boicot** eficaz en contra de nuevos entrantes que, no queriendo adherir al acuerdo, compitan efectivamente y amenacen la estabilidad del mismo.

A. La colusión en licitaciones: ¿Qué es, cuál es su objetivo y cómo se manifiesta?

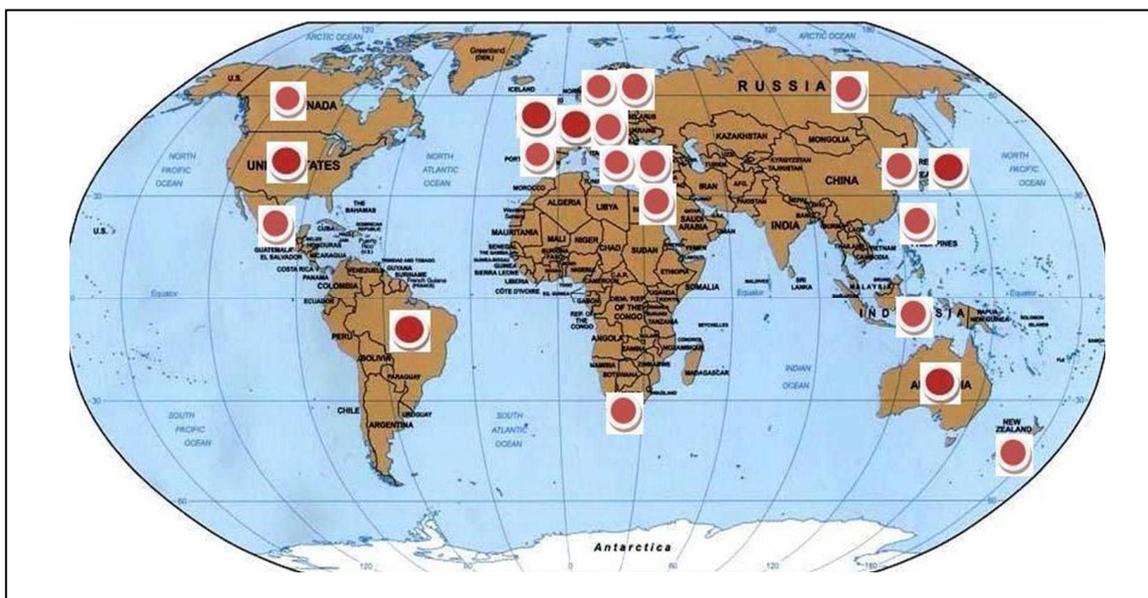
El deseo de no competir puede manifestarse también en el terreno específico de las compras públicas vía licitaciones.¹³ En este caso, uno o más participantes reales o potenciales en uno o varios procesos licitatorios pueden acordar no competir efectivamente, por ejemplo, definiendo una estrategia común que indique quién ganará cada licitación, cómo se logrará esto y cómo serán distribuidos los beneficios de la maniobra. De este modo, un acuerdo colectivo reemplaza un proceso individual y anónimo, como ilustra el caso descrito en el siguiente cuadro:

Como se observa, la colusión atenta contra el presupuesto básico de toda licitación, esto es, la independencia de las posturas. Y los resultados son nefastos. Los beneficios esperados con la licitación, que habían justificado los esfuerzos de diseño y demás costos asociados a su gestión, se ven reducidos o anulados por completo. Asimismo, el mecanismo competitivo se ve obstaculizado, se rompe la confianza del licitante y se frustran sus expectativas.

Por esta razón, la colusión en licitaciones es considerada mundialmente una conducta anticompetitiva extremadamente grave. Como ilustra la Figura 1, existen innumerables casos que han sido detectados, perseguidos y eventualmente condenados por las respectivas autoridades de competencia en diversos países.

¹³ Véase, por ejemplo, Juan Francisco Martínez, David Escobar y Claudio Loyola, “Sobre los Determinantes de la Colusión en las Compras Públicas: el Caso de Chile”, febrero 2009, disponible en: http://www.chilecompra.cl/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=9&Itemid=154 (fecha de consulta: 18 abril 2011).

Figura 1: Jurisdicciones donde se han identificado casos de colusión entre oferentes en licitaciones



Fuente: OECD¹⁴

En materia de licitaciones, la colusión posee un objetivo y formas propias. Lo que las partes intentan acordar previo al inicio de la competencia licitatoria, o antes de la adjudicación, es cuál de los participantes resultará *adjudicatario* y cuál será el *precio* de la adjudicación (precio que evidentemente no refleja la real disposición de la mejor postura posible de algún miembro del grupo).

Lo anterior permite que las partes coludidas obtengan un excedente grupal en perjuicio del licitante, el que es posteriormente dividido entre ellos a través de algún mecanismo. Por ejemplo mediante la subcontratación de un oferente perdedor en la licitación o reservando la adjudicación de un próximo proceso licitatorio para alguno de los otros miembros del grupo.

Los acuerdos entre oferentes para manipular licitaciones pueden adoptar alguna de las siguientes formas¹⁵:

¹⁴ La presentación se encuentra disponible en: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/2008_ddcc_0003.pdf (fecha de consulta: 18 abril 2011).

¹⁵ La lista no es taxativa.

1. **Intercambios de información sensible** sobre las posturas que cada cual presentará en la subasta
2. **No presentación de posturas** por uno o más de los postulantes
 - Esto puede darse, por ejemplo, a nivel regional o por organización: cada postulante acuerda presentar propuestas sólo en ciertas áreas geográficas o sólo en ciertas organizaciones
3. **Retiro de las posturas** ya presentadas
4. Presentación de **posturas manifiestamente destinadas al fracaso**
 - Ellas serán seguramente descartadas en razón de que, por ejemplo, su precio es muy alto para ser aceptado o los términos son con toda certeza inaceptables para el comprador
 - Puede tratarse de posturas complementarias a otras (“de cobertura”), que cumplen sólo en apariencia con el proceso
5. En licitaciones repetidas en el tiempo, los participantes frecuentes en una categoría de licitaciones pueden **repartirse los contratos** entre sí o **turnarse en la posición de ganador** o adjudicatario¹⁶
 - Esto pueden hacerlo, por ejemplo, mediante alguno de los mecanismos anteriormente descritos.
6. A efectos de distribuir el excedente generado entre los miembros del acuerdo, el adjudicatario en la subasta oficial puede **tomar la posición de licitante en una segunda subasta efectuada sólo entre los miembros del acuerdo**. En esta segunda subasta, a diferencia de la primera, las firmas anteriormente coludidas presentan ahora posturas competitivas.

Pueden, por cierto, existir otros mecanismos que permitan y expresen la colusión. Sin embargo, el resultado es siempre el mismo: se entorpece, restringe o elimina la libre competencia.

¹⁶ Esta conducta es particularmente nociva, dada su tendencia inherente a permanecer en el tiempo.

B. Pautas para los encargados de compras públicas

La LOCBGAE indica expresamente que las autoridades y funcionarios deberán velar por la *eficiente e idónea administración de los medios públicos* y por el debido cumplimiento de la función pública.¹⁷ Asimismo, dicha ley establece una serie de principios generales de la Administración del Estado, los cuales son plenamente aplicables a la contratación pública. Entre tales principios destacan los siguientes:

- Eficiencia
- Eficacia
- Control
- Probidad
- Transparencia
- Publicidad Administrativa

Estos principios generales pueden ser traducidos en **estándares de conducta funcionaria** concretos que idealmente debieran ser respetados por todo profesional responsable o vinculado a las áreas de compras de un organismo de la Administración del Estado. En otras palabras, los funcionarios públicos pueden contribuir activamente a prevenir y detectar la colusión entre oferentes en las licitaciones de contratación pública.

Entre estos estándares destacan los siguientes:

- **Estudiar con detención el diseño del proceso de contratación**
 - Particularmente en lo que se refiere a las definiciones básicas de qué comprar, cuándo hacerlo, cada cuanto tiempo, a quién hacer participar, cómo diseñar el proceso (por ejemplo, en una o varias etapas), cuál será el criterio de adjudicación, qué información transparentar, etc., y considerando las particularidades del mercado que se enfrenta
 - Si bien es cierto debe reconocerse que ningún diseño del proceso de licitación es infalible para evitar por completo la colusión, prestar atención a los factores indicados puede contribuir a aminorar en buena medida el riesgo de que se incurra en ella.
 - Un ejemplo de un correcto diseño de licitación se describe en el cuadro siguiente.

¹⁷ Artículos 3 inciso 2° y 5° inciso 1° DFL N° 1/19.653, que fija el texto refundido de Ley N°18.575, LOCBGAE.

- **Evitar la arbitrariedad**
 - Que en la determinación de las variables del proceso de contratación y en el diseño específico de las bases de licitación se evite toda circunstancia o requerimiento que favorezca arbitrariamente a alguna empresa respecto de otras también interesadas en contratar con la Administración del Estado

- **Evitar la creación de barreras artificiales a la competencia**
 - Que en la determinación de las variables del proceso de contratación y en el diseño específico de las bases de licitación se evite toda circunstancia o requisito que constituya una barrera u obstáculo que limite, retarde o impida la participación en el proceso de alguna empresa interesada en hacerlo

- **Promover la competencia**
 - Que en la determinación de las variables del proceso de contratación y en el diseño específico de las bases de licitación se promueva la competencia y se evite que los oferentes manipulen la licitación

- **Denunciar las ilegalidades**
 - Que en la gestión de un proceso licitatorio el profesional vele no solo por el cumplimiento de la legalidad y la ejecución presupuestaria, sino además cumpla con detectar y denunciar cualquier colusión de la que sospeche estar siendo víctima

Estos estándares se basan no sólo en las disposiciones legales referidas específicamente a la contratación pública, sino también en aquellas referidas de modo más general a las obligaciones funcionarias; en particular las indicadas en el art. 61 del “Estatuto Administrativo”.¹⁸ Entre ellas destacan los deberes de:

c) Realizar sus labores con esmero, cortesía, dedicación y eficiencia, contribuyendo a materializar los objetivos de la institución;

[...]

g) Observar estrictamente el principio de probidad administrativa regulado por la ley 18.575 y demás disposiciones especiales;

[...]

k) Denunciar [...] con la debida prontitud, a la autoridad competente los hechos de carácter irregular.

¹⁸ DFL N° 29/2004, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834 sobre Estatuto Administrativo.

4. ESCENARIOS RIESGOSOS Y ACTUACIONES DE PREVENCIÓN Y DETECCIÓN

Existen ciertas condiciones de mercado que hacen más probable que la colusión entre oferentes sea una realidad. En estos casos la entidad licitante enfrenta un “escenario riesgoso” desde el punto de vista de las características industriales, de productos y de servicios que fomentan la colusión.

El Comité de Competencia de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), habiendo recopilado y sistematizado información de las agencias de competencia de los países miembros, aprobó en febrero de 2009 el texto de una Guía o Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas.¹⁹ En este documento se identifica un conjunto de características de la industria y de los productos en cuestión que hacen que el contexto sea más proclive a la colusión entre oferentes. Los ejemplos más comunes son los siguientes:

- | | | |
|---------------------------------|---|---|
| Características de la industria | { | <ul style="list-style-type: none">▪ Bajo número de empresas▪ Escasa o nula entrada de nuevas empresas al mercado▪ Condiciones de mercado estables y predecibles para la industria▪ Hay una participación activa de una asociación gremial, empresarial o de profesionales en el proceso licitatorio▪ Licitaciones repetidas |
| Características del producto | { | <ul style="list-style-type: none">▪ Productos o servicios estandarizados (idénticos o simples)▪ Pocos sustitutos (si es que los hay)▪ Ausencia de cambios tecnológicos significativos |

Como guía de actuación en escenarios riesgosos, existen variadas estrategias de prevención y detección, que permiten al licitante, por una parte, mitigar en cierta medida los riesgos de

¹⁹ Véase OCDE (2009): *Lineamientos para combatir la Colusión entre oferentes en Licitaciones Públicas*, disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/40/38/42761715.pdf> (fecha de consulta: 18 abril 2011). Véase también OECD (2007), *Policy Roundtable: Public Procurement*, disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/25/48/39891049.pdf> (fecha de consulta: 18 abril 2011).

colusión en una licitación de forma previa a la realización de ésta y, por otra, saber cuándo se encuentra frente a una situación de colusión entre oferentes en la licitación.

Algunas de las más comunes *estrategias de prevención* son las siguientes:

- **Aprenda:** Recabe información del mercado antes de iniciar el proceso licitatorio
 - Infórmese, por ejemplo, de tendencias recientes, precios ofrecidos en subastas previas de productos similares

- **Fomente la participación:** Diseñe el proceso licitatorio procurando maximizar el número de oferentes
 - Introduzca condiciones (pero con el cuidado de no eliminar buenos postulantes)
 - No cambie las condiciones de manera innecesaria
 - Evite requerir información de poco uso
 - Dé suficiente tiempo para preparar las ofertas
 - Use sistemas electrónicos si es posible

- **Sea impredecible:** Defina claramente requerimientos, pero evite introducir excesiva predictibilidad
 - Evite referirse a productos específicos, sino a desempeño funcional
 - Permita fuentes de oferta alternativa o novedosa
 - Agregue y desagregue contratos (por ejemplo, evalúe la posibilidad de efectuar compras conjuntas con otra entidad de gobierno)

- **Corte lazos:** Diseñe la subasta con miras a minimizar la comunicación entre oferentes
 - Evite las reuniones presenciales antes de la subasta
 - Permita, en lo posible, la presentación de ofertas vía email u otros medios electrónicos
 - Mantenga la identidad del oferente anónima (por ejemplo, usando número en vez de nombres)
 - Exija una declaración jurada de que no hay colusión

- **Actúe con criterio:** Elija cuidadosamente los criterios para evaluar las ofertas y adjudicar el contrato
 - Especifique todos los criterios de adjudicación, privilegiando siempre la variable precio (esto es, evite los “concursos de belleza”: filtre a las empresas, determinando las características mínimas del proyecto, y luego hágalas competir por el monto de inversión)²⁰
 - Evite tratos preferenciales a ciertas clases de oferentes
 - Fomente la participación de competidores pequeños o medianos

- **Capacite:** En lo posible, promueva y provea entrenamiento al personal a cargo de las compras y el diseño de los procesos

- **Infórmese** de qué ocurre con posterioridad a la licitación
 - Desarrolle una buena base de datos de ofertas pasadas para detectar y rectificar errores
 - Identifique y entreviste a quien ha dejado de participar o ha perdido constantemente

Por su parte, entre las *estrategias de detección* más comunes destacan:

- Buscar **mercados** susceptibles a la colusión

- Buscar **oportunidades** de comunicación entre oferentes
 - Por ejemplo, aquellas que se pueden dar dentro de una Asociación Gremial²¹

- Buscar **indicadores** de comunicación²²
 - Por ejemplo, se presentan de materiales de otro oferente o, en el caso de licitaciones electrónicas, dos propuestas son enviadas desde el mismo computador (la dirección *IP* es la misma)

- Buscar **relaciones** entre los oferentes luego de que se anuncia al ganador
 - Pregúntese, por ejemplo, si existen sub-contratos

- Buscar **comportamientos reiterados** sospechosos en la presentación de ofertas
 - Por ejemplo, se constatan ofertas altas en algunas licitaciones, bajas en otras

²⁰ Véase el Caso 3 descrito más abajo.

²¹ Véase el Material de Promoción de la FNE sobre “Asociaciones Gremiales y Libre Competencia”, disponible en www.fne.gob.cl.

²² Comunicación incluye no sólo las verbales, sino también la comunicación tácita.

- Estar atentos a **comportamiento inusual**
 - Por ejemplo, el ganador no acepta el contrato
- Buscar aspectos similares en los **documentos** presentados
 - Por ejemplo, se constatan los mismos errores de tipeo, el mismo “fraseo”, etc.

Como una manera de brindar apoyo a los profesionales de las áreas de contratación en el uso de estas estrategias, la FNE ha diseñado dos “cuadros-guías” de actuación, tanto en una fase preventiva (previa a la lactación) como en una de detección (posterior al inicio de la gestión del proceso licitatorio). De este modo, los compradores públicos pueden responder las preguntas que allí aparecen y luego seleccionar un criterio de actuación *ad-hoc* a sus respuestas. Aunque ambos cuadro-guía adoptan criterios de decisión, ninguna de las opciones allí mencionadas basta por sí sola para formular un juicio respecto del escenario que enfrenta el comprador público.

A. Cuadro-guía orientado a la prevención

El cuadro aparece en la página 19 de esta guía. Primero, responda afirmativa o negativamente las preguntas allí indicadas. Estas están destinadas a determinar los siguientes aspectos:

- (1) **“Mercado riesgoso”**: ¿Están presentes los elementos antes mencionados que caracterizan a un mercado como “riesgoso”? Estos elementos deben ser interpretados en términos amplios y en ningún caso quiere decir que sólo ellos pueden indicar colusión entre oferentes.
- (2) **“Periodicidad de licitaciones”**: ¿Se está enfrentando a licitaciones repetidas? En éstas, el riesgo de colusión en los distintos procesos licitatorios es mayor que en licitaciones aisladas o por única vez.
- (3) **“Barreras a la participación”**: ¿El diseño del proceso o bases de licitación desincentiva injustificadamente la participación de otros actores?
- (4) **“Número de participantes”**: ¿Existe un número reducido o constante de competidores en licitaciones similares?

- (5) **“Antecedentes de coordinación”**: ¿Existen antecedentes de acuerdos previos entre competidores? El intercambio de información entre empresas que se identifica mediante declaraciones de sus representantes o comportamientos de las mismas, también puede estar manifestando defectos en el proceso licitatorio.

Luego de contestadas las preguntas, se debe optar por un determinado criterio de actuación de acuerdo a las respuestas positivas o negativas de la parte previa:

Criterio 1: Existe un **riesgo moderado o mediano de colusión**. Si ha respondido afirmativamente a la pregunta de sólo una de las secciones anteriores o hasta 3 de ellas, el cuadro-guía considerará que se encuentra ante una situación de riesgo moderado o mediano. En estas situaciones podría no justificarse la intervención de los profesionales de la FNE. Sin embargo, sí justifica que Ud. auto-implemente alguna de las recomendaciones contenidas en la Directiva de Compra N° 11 de la Dirección de Compras Públicas²³, o en la Guía OCDE, sección prevención²⁴, dependiendo de cuál sea la sección respondida afirmativamente. Lo mismo rige en caso de riesgo alto, pero compromiso de recursos fiscales por un monto significativo.

Criterio 2: Existe un **riesgo mediano o alto de colusión y compromiso de recursos fiscales por un monto significativo**. Si ha respondido afirmativamente a la pregunta de 2 o más de las secciones anteriores, el cuadro-guía hace justificable la intervención de profesionales de la FNE en su apoyo, a objeto de efectuar reformas pro-competitivas al proceso licitatorio. Contacte a la FNE por estos temas.

²³ Directiva de Compra N° 11 DCCPP, de 29.01.2009, Instrucciones para la prevención de la colusión entre oferentes. Disponible en: http://www.chilecompra.cl/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=12&Itemid=282

²⁴ Guía OECD para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones de abastecimiento público, disponible en http://www.fne.gob.cl/colusion/data/guia_oecd_bidrigging_final.pdf, pp. 6 y sgtes.

CUADRO-GUIA ORIENTADO A LA PREVENCION

PREGUNTA	SÍ
(1) ¿Me encuentro frente a un mercado riesgoso para la colusión entre oferentes? - Revise las características de la industria: <ul style="list-style-type: none"> ▪ ¿Bajo número de empresas? ▪ ¿Escasa o nula entrada de nuevas empresas al mercado? ▪ ¿Condiciones de mercado estables y predecibles para la industria? ▪ ¿Hay una participación activa de una asociación gremial, empresarial o de profesionales en el proceso licitatorio? ▪ ¿Licitaciones repetidas? 	
(2) ¿La última licitación por un bien o servicio semejante tuvo lugar hace menos de tres años?	
(3) Los requisitos regulatorios, los que establece el mandante o la entidad licitante y demás exigidos por las bases de licitación, ¿desincentivan la participación de un mayor número de oferentes?	
(4) ¿Es el número de empresas potencialmente participantes inferior a 5 y/o constante respecto del número de participantes en licitaciones anteriores?	
(5) ¿Las empresas potencialmente participantes han desarrollado actividades conjuntas en los meses, semanas o días previos al llamado a presentar ofertas?	
TOTAL	
Riesgo moderado	1
Riesgo mediano	> 1
Riesgo alto	> 3

Situación que enfrenta	Auto-implemente una o más actividad(es) o medida(s) pro-competitiva(s) sugerida(s) en la guía	Contactar a la FNE puede ayudarle a diseñar un proceso más competitivo
Frente a una situación de riesgo moderado	X	
Frente a una situación de riesgo mediano	X	
Frente a una situación de riesgo mediano con presupuesto del contrato de un monto significativo		X
Frente a una situación de riesgo alto	X	
Frente a una situación de riesgo alto con presupuesto del contrato de un monto significativo		X

B. Cuadro-guía orientado a la detección

Primero, responda afirmativa o negativamente las preguntas indicadas en el cuadro de la página 21. Estas se refieren a los siguientes aspectos:

- (1) **“No presentación o retiro de la propuesta”**: Busca establecer si alguna empresa utilizó este mecanismo para implementar el acuerdo con sus competidores.
- (2) **“Propuestas de cobertura”**: Busca establecer si alguna empresa utilizó este mecanismo para implementar el acuerdo con sus competidores.
- (3) **“Subcontratación de un competidor idóneo”**: Busca establecer si por vía de la subcontratación se están repartiendo los excedentes obtenidos en el proceso licitatorio afectado por la colusión con un competidor que pudo haber sido adjudicatario del mismo.
- (4) **“Comparación de precios”**: Un mecanismo de verificación –no infalible– consiste en que la entidad licitante compare los precios pagados con situaciones de mercado equivalentes. Si dicha comparación arroja diferencias significativas e injustificadas la entidad licitante pudo haber sido víctima de colusión.
- (5) **“Antecedentes de coordinación”**: El intercambio de información entre empresas que se identifica mediante declaraciones de sus representantes o comportamientos de las mismas, pone de manifiesto acciones encaminadas a la colusión entre oferentes.

Al igual que en el caso del cuadro-guía de prevención, luego de contestadas las preguntas se debe optar por un determinado criterio de actuación de acuerdo a las respuestas positivas o negativas obtenidas en la parte previa:

Criterio 1: Existe una **probabilidad moderada o mediana de colusión**. Si ha respondido afirmativamente a la pregunta de sólo una de las secciones anteriores o hasta 3 de ellas, el cuadro-guía considerará que se encuentra ante una probabilidad moderada o mediana de haber sido víctima de colusión entre oferentes. Es necesario que complemente su análisis con una revisión de los criterios definidos en la Guía para la Detección de la FNE²⁵.

Criterio 2: Existe una **probabilidad al menos mediana de colusión y compromiso de recursos fiscales por un monto significativo, o una probabilidad alta de colusión**. Si ha respondido afirmativamente a la pregunta de 4 o más de las secciones anteriores, el cuadro-guía hace justificable la remisión de los antecedentes a la FNE, a objeto de que ésta evalúe el inicio de una investigación. Lo mismo rige en caso de Probabilidad mediana y compromiso de recursos fiscales por un monto significativo. Contacte a la FNE por estos temas.

²⁵ Disponible en: http://www.fne.gob.cl/colusion/data/guia_deteccion.pdf

CUADRO-GUIA ORIENTADO A LA DETECCION

PREGUNTA	SÍ
(1) ¿Esperaba que se presentara una (o más) empresa en particular y en definitiva ésta no se presentó o bien no llegó hasta la fase final del proceso licitatorio?	
(2) ¿Le parece que alguna de las ofertas recibidas se encuentra 'manifiestamente' destinada al fracaso por su abultado monto, propuesta técnica, u otras deficiencias u omisiones impropias de una empresa profesional?	
(3) ¿Aparece durante la ejecución del contrato alguna empresa subcontratista que perfectamente pudo haberse adjudicado la licitación, pero que bien no presentó oferta, bien presentándola no resultó vencedora?	
(4) ¿Comparó los precios que pagará por este contrato con los pagados por otros compradores, por ej. los pagados por un comprador privado equivalente y en dicha comparación constató diferencias significativas?	
(5) ¿Escuchó declaraciones de los oferentes, presencié sus comportamientos o supo de algún otro modo que ellos mantuvieron contactos e intercambios de información durante el proceso licitatorio o en períodos cercanos, anteriores o posteriores al mismo?	
TOTAL	
Probabilidad moderada	1
Probabilidad mediana	> 1
Probabilidad alta	> 3

Situación que enfrenta	Utilice la Guía para la Detección y analice los antecedentes de la licitación procurando identificar más patrones o señas sospechosos	Contactar a la FNE para que ésta evalúe el inicio de una investigación
Frente a una situación de probabilidad moderada	X	
Frente a una situación de probabilidad mediana	X	
Frente a una situación de probabilidad mediana con presupuesto del contrato de un monto significativo		X
Frente a una situación de probabilidad alta		X
Frente a una situación de probabilidad alta con presupuesto del contrato de un monto significativo		X

5. ALGUNAS PREGUNTAS PARA LA REFLEXIÓN

- ¿Qué haría Ud. si descubre que las ofertas de dos o más proponentes para una misma licitación fueron remitidas electrónicamente desde un mismo computador y con escasos minutos de diferencia entre sí?
- ¿Qué haría Ud. si durante una visita en terreno de la obra licitada se entera que luego de la visita los asistentes se reunirán privadamente a coordinar la presentación de sus ofertas?
- ¿Qué haría Ud. si un oferente que Ud. esperaba se presentaría al proceso licitatorio, no se presenta en definitiva? ¿Intentaría contactarlo para obtener una explicación?
- ¿Qué haría Ud. respecto de una empresa cuya oferta “extrañamente” queda fuera de bases, sabiendo Ud. que en otros procesos licitatorios la misma empresa cumple sin reparos con el requisito que omitió en el presente proceso?
- ¿Qué haría Ud. si toma conocimiento que la empresa que está efectivamente ejecutando el contrato no es la ganadora de la licitación, sino otra empresa que no participó o bien que habiendo participado fue descartada durante el proceso?

6. CÓMO CONTACTAR A LA FNE

Toda persona natural o jurídica, incluyendo cualquier organismo o institución perteneciente al sector público, pueden contactar a la Fiscalía Nacional Económica para denunciar la ocurrencia de hechos o actos que, a su juicio, pudieran atentar o estén atentando contra la libre competencia en los mercados. Para ello no es necesario contar con el patrocinio de un abogado.

Para presentar la denuncia, no se requiere más formalidad que indicar con claridad:

- La identificación del denunciante, quien puede solicitar reserva de su identidad
- El mercado específico en el que se desarrollan los hechos
- La individualización de los agentes económicos involucrados
- Los hechos que potencialmente constituyen conductas contrarias a competencia

Además deberá adjuntarse, en lo posible, toda documentación relativa al asunto que obre en poder del denunciante.

En caso de ser presentada una denuncia, todos los antecedentes e información provistos serán tratados con estricta **confidencialidad**. La FNE no discutirá o comentará públicamente sobre sus investigaciones, ni revelará la identidad de informante en el transcurso de la investigación o proporcionará información reservada de una investigación en curso a medios de comunicación.

Conforme al mérito de la denuncia y los antecedentes aportados, el Fiscal Nacional Económico resolverá si dar o no inicio a una investigación de la conducta en el mercado respectivo. En caso que los hechos correspondan al ámbito de competencia de otro servicio, la FNE los derivará mediante oficio.

En todos sus asuntos y decisiones, la FNE está enfocada en defender y promover la libre competencia en los mercados en representación del interés público en el orden económico. En este sentido, la FNE no actúa en representación de terceros ni brinda asistencia legal.

Para mayor información, contáctenos en:

Fiscalía Nacional Económica
Agustinas 853, pisos 2 y 12
Región Metropolitana
www.fne.gob.cl
contactenos@fne.gob.cl
Teléfono: (2) 753 5600 - 5631
Fax: (2) 753 5607 – 5608

Anexo 1

Las facultades de la FNE para combatir la colusión

La FNE se encuentra constantemente rediseñando e introduciendo mejoras a sus procesos de monitoreo a las licitaciones públicas para efectos de actuar proactivamente en la detección de la colusión entre oferentes.

Entre las facultades que le confiere el DL 211 para estos efectos se encuentran las siguientes:

1. Entrar a recintos públicos o privados y, si fuere necesario, allanar y descerrajar;
2. Registrar e incautar toda clase de objetos y documentos que permitan acreditar la existencia de la infracción;
3. Interceptación de toda clase de comunicaciones; y
4. Ordenar a cualquier empresa que preste servicios de comunicaciones que facilite copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella.

En todos estos casos la FNE requiere contar con la aprobación previa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la autorización del Ministro de la Corte de Apelaciones que corresponda de acuerdo al turno.

BENEFICIOS PARA EL AUTOR DE COLUSIÓN QUE SE AUTO-DENUNCIA Y COLABORA CON LA INVESTIGACION

Cualquiera de los ejecutores de la conducta, siempre que sea el primero que aporte antecedentes a la Fiscalía Nacional Económica y cumpla con los demás requisitos del art. 39 bis DL 211, podrá recibir el beneficio de exención de la multa.

Otros ejecutores de la conducta, que no sean el primero en aportar antecedentes, podrán beneficiarse de una reducción de multa si aportan antecedentes adicionales y cumplen con los demás requisitos del art. 39 bis DL 211.

Si desea saber más de estos beneficios, puede consultar en nuestra página web la siguiente sección: http://www.fne.gob.cl/?content=guia_delacion

Quien no ha sido favorecido por la exención o reducción indicadas podrá impetrar en las instancias judiciales respectivas, en caso de una sentencia condenatoria, una disminución de la multa impuesta, fundada en su colaboración prestada a la Fiscalía antes o durante la investigación.

Anexo 2

Sanciones a las que se exponen los autores de colusión entre oferentes en licitaciones de contratación pública

1. El DL 211 permite sancionar a las personas naturales y a las personas jurídicas que hayan tenido participación en actos constitutivos de colusión
2. La ley establece que en el caso de colusión las multas pueden llegar a 30.000 Unidades Tributarias Anuales, esto es, aproximadamente, \$13.500 millones.
3. La determinación de la multa la efectúa el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, teniendo en consideración varios criterios tales como el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta y la calidad de reincidente del infractor, entre otros.
4. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia puede además ordenar las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que estime convenientes, incluyendo la disolución o modificación de sociedades y la modificación o término de contratos, entre otras.