



Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

Distr. general
27 de abril de 2012
Español
Original: inglés

Junta de Comercio y Desarrollo

Comisión de Comercio y Desarrollo

Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia

12º período de sesiones

Ginebra, 9 a 11 de julio de 2012

Tema 3 a) del programa provisional

**Consultas y conversaciones relativas a los exámenes entre
homólogos sobre derecho y política de la competencia,
examen de la Ley tipo y estudios relacionados con las
disposiciones del Conjunto de Principios y Normas**

La política de la competencia y las adquisiciones del sector público

Nota de la secretaría de la UNCTAD

Resumen

Se es cada vez más consciente de que la contratación pública tiene una influencia determinante en la oferta y, por ende, en toda una gama de factores económicos. Ahora bien, para que las adquisiciones públicas se hagan con la mejor relación calidad precio, utilizando juiciosamente los escasos recursos públicos, la competencia es de primordial importancia.

En el presente documento de antecedentes se insiste en la importancia de la competencia en la contratación pública. Se examinan los aspectos sustantivos e institucionales de los sistemas de adquisiciones públicas, incluidas las estrategias destinadas a ampliar el círculo de posibles licitadores, con el fin de fomentar el respeto de los principios de la competencia y luchar contra la colusión en las licitaciones. El presente documento tiene además la finalidad de suscitar y profundizar el debate sobre cuestiones prácticas, la prevención y la detección de conductas colusorias de los licitadores y la aplicación de las normas correspondientes, así como de intercambiar enseñanzas sobre los marcos normativos y las prácticas que verdaderamente promueven la competencia en los mercados de contratación pública.

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Introducción	1–7	3
I. El diseño de un régimen de contratación pública que favorezca la competencia....	8–29	4
A. Elementos del marco regulador	8–18	4
B. La defensa de la competencia mediante el diseño del marco institucional de contratación pública. Ventajas e inconvenientes de los regímenes centralizados de contratación en comparación con los descentralizados	19–20	8
C. Ampliar el círculo de posibles licitadores.....	21–27	9
D. Conciliar la competencia con los demás objetivos de la contratación pública	28–29	11
II. Prevención, detección y enjuiciamiento de la manipulación de las licitaciones	30–57	12
A. Prevención de la manipulación de las licitaciones.....	35–48	13
B. Detección de la manipulación de las licitaciones	49–53	16
C. Observancia – Enjuiciamiento de la manipulación de las licitaciones	54–57	17
III. Conclusión y cuestiones que merecen un análisis más detenido.....	58–64	19
A. Promoción de la competencia en el diseño del sistema de contratación pública y las licitaciones individuales	59–60	20
B. Utilización de instrumentos de política para que la conducta competitiva sea la mejor opción de los licitadores potenciales, es decir, para encontrar la forma de combatir eficazmente la manipulación de las licitaciones.....	61–63	20
C. Cuestiones que merecen un análisis más detenido	64	21

Introducción

1. Los Estados necesitan comprar bienes y servicios para realizar las funciones que les corresponden. Por ejemplo, necesitan adquirir mobiliario, máquinas y material para las escuelas y los hospitales públicos o contratar servicios de construcción de carreteras y otras infraestructuras. Puesto que los recursos públicos son limitados, el Estado tiene interés en adquirir bienes y servicios de calidad satisfactoria al menor precio posible. Para ello, los procedimientos de contratación pública han de fomentar la competencia por los contratos públicos con el fin de que los fondos públicos se utilicen con la mayor eficiencia posible.

2. Habida cuenta de la importancia económica de la contratación pública, la competencia por los contratos públicos no solo protege los intereses financieros del Estado adjudicador, sino que también garantiza oportunidades económicas a los licitadores. De hecho, los datos apuntan a que las adquisiciones del sector público pueden llegar a representar entre el 25% y el 30% del PIB en los países en desarrollo¹ y alrededor del 15% del PIB en los países de la OCDE. Así pues, las normas de contratación pública garantizan que los licitadores gocen de iguales oportunidades en sectores económicos de importancia considerable.

3. En la práctica no siempre existe el grado ideal de competencia en los mercados de contratación pública, por motivos relacionados con i) el marco regulador de la contratación pública; ii) las características del mercado; iii) las conductas colusorias de los licitadores; y iv) otros factores.

4. Además, la contratación pública puede estar sujeta a otros criterios (como por ejemplo criterios ambientales, criterios de sostenibilidad u objetivos sociales). Se plantea entonces la necesidad de determinar la mejor forma de conciliar esos criterios con el respeto de los principios de la competencia.

5. En el presente documento de antecedentes, preparado para el 12º período de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia, se estudia la forma de lograr el grado deseado de competencia en la contratación pública teniendo en cuenta los aspectos antes mencionados. En ese sentido, es preciso señalar que si bien las autoridades de la competencia son responsables de detectar y perseguir la colusión entre licitadores, el diseño de procedimientos de contratación y su ejecución suelen estar fuera de su ámbito de actuación. No obstante, las autoridades de la competencia pueden desempeñar un papel fundamental en la promoción de normas de contratación pública que garanticen la competencia en los mercados correspondientes y pueden ayudar a los órganos de contratación a prevenir la colusión entre licitadores. Por consiguiente, es importante que las autoridades de la competencia conozcan a fondo toda la gama de cuestiones de competencia relacionadas con la contratación pública, problemática que no se limita a la lucha contra las conductas colusorias.

6. Por consiguiente, en este documento se empieza por analizar la forma de garantizar la competencia mediante el marco regulador de la contratación pública; esfera que se presta a la promoción de la competencia. Seguidamente, en el documento se trata de los medios para prevenir, detectar y perseguir la colusión entre licitadores, una de las amenazas más graves para la competencia en la contratación pública. A este respecto, además de promover la competencia, la labor de las autoridades de defensa de la competencia incluye la

¹ *Sustainable Public Procurement*, nota informativa preparada por Rita Roos en nombre del Centro de las Naciones Unidas para el Desarrollo de Capacidades de Adquisiciones y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, disponible en la dirección: http://www.unpcdc.org/media/390100/spp_brief_es_2012-02-07.pdf.

cooperación con los servicios de contratación del Estado y los organismos encargados de la legislación.

7. Obsérvese que si bien la corrupción y la colusión entre los licitadores y los órganos de contratación también son prácticas contrarias a la competencia en los mercados de contratación pública, el tema no entra en el ámbito del presente documento². Tampoco se trata de la cuestión de las asociaciones entre los sectores público y privado en la contratación pública.

I. El diseño de un régimen de contratación pública que favorezca la competencia

A. Elementos del marco regulador

1. La competencia como principio rector de las leyes de contratación pública

8. Para que la contratación pública se haga en las mejores condiciones de calidad y precio, es preciso, para empezar, que se rija por un marco regulador basado en los principios de la competencia, con arreglo al cual el gasto de fondos públicos esté sujeto a licitación pública. Esto, que hoy en día parece obvio, es el resultado de un proceso de rigurosa modernización y reforma de los regímenes de contratación pública, que desde hace varias décadas tiene lugar tanto en los países desarrollados como en los países en desarrollo.

La reforma de la contratación pública en Rusia desde 2005³

Los resultados de las reformas del régimen de contratación pública en Rusia constituyen un buen ejemplo de cómo la modernización del marco regulador puede mejorar la competencia, reducir la corrupción y generar ahorros presupuestarios.

En 2005, la Federación de Rusia aprobó la Ley N° 94-FZ, una ley moderna de contratación pública, relativa a la contratación de bienes, obras y servicios para las necesidades del Estado y los municipios, que fue modificada en 2009 y 2010. Esa ley se complementa con la Ley federal N° 135-FZ, sobre la protección de la competencia, en cuyo artículo 11 se prohíbe la manipulación de licitaciones, por ser una práctica intrínsecamente anticompetitiva. Además, desde 2009, año en que se modificó el artículo 178 del Código Penal de la Federación de Rusia, las conductas colusorias en este ámbito se castigan con penas de cárcel de hasta tres años.

² Para un análisis de la cuestión de la contratación pública y la corrupción, véase por ejemplo "Ensuring integrity and competition in public procurement markets: a dual challenge for good governance", de Robert Anderson, William Kovacic y Anna Müller, en *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge University Press, 2011.

³ Fuentes: Foro Mundial de la OCDE sobre Competencia, Colusión y Corrupción en materia de Contratación Pública, aportación de Rusia, DAF/COMP/GF/WD (2010)43; *Improvement of competition principles in the Public Procurement System in the Russian Federation*, exposición presentada el 28 de octubre de 2011 por Andrey V. Yunak, del Servicio Federal Antimonopolio de la Federación de Rusia; *Procurement Reform in Russia: Implications for the Fight Against Corruption*, de Dina V. Krylova y Alexander Settles, junio de 2011.

La Ley N° 94-FZ estableció un régimen uniforme para todos los órganos estatales y municipales de contratación de la Federación de Rusia y universalizó los procedimientos de licitación y subasta en la contratación pública. Tras las modificaciones de 2009 y 2010, en 2011 se creó en Internet un portal único de contratación pública para todo el país y se introdujo la obligación de utilizar las herramientas electrónicas de contratación.

Gracias a la reforma del régimen de contratación pública en Rusia, en los cinco años comprendidos entre 2006 y 2010 se realizaron ahorros estimados en más de 26.500 millones de euros. Además, se ha observado un marcado aumento del número de participantes en cada licitación. Según la información disponible, en 2008, participaban en promedio 26 proveedores en cada subasta abierta de contratación pública, mientras que antes de instaurarse ese sistema el número medio de proveedores participantes era 9. Se considera que las nuevas medidas del Gobierno, gracias a las cuales muchas operaciones de contratación pública estatal o municipal que antes se adjudicaban directamente ahora están sujetas a concursos abiertos, han aumentado la probabilidad de que las empresas participen en licitaciones transparentes y justas.

9. En los Estados miembros de la Unión Europea el proceso de reforma fue impulsado principalmente por la adopción de legislación a nivel europeo⁴, que obliga a los Estados miembros (cuando se trata de proyectos por un valor situado por encima de determinado umbral) a abrir sus mercados de contratación pública, con arreglo a procedimientos basados en principios de transparencia, competencia y buena gestión, y a establecer un mecanismo nacional de examen que ofrezca vías de recurso rápidas y efectivas a los licitadores que consideren que un contrato se ha adjudicado injustamente.

10. Habida cuenta de la importancia del buen funcionamiento de los regímenes de contratación pública para la prestación de asistencia para el desarrollo, el fomento de los sistemas y las capacidades de contratación pública⁵ se ha convertido en un aspecto esencial de muchos programas de desarrollo, lo cual ha dado pie a las reformas correspondientes en varios países en desarrollo. En 2003 el Comité de Asistencia para el Desarrollo de la OCDE y el Banco Mundial se asociaron para crear la denominada mesa redonda sobre contratación pública, iniciativa que creció rápidamente conforme se le fueron sumando organizaciones donantes bilaterales, bancos de desarrollo multilaterales, organizaciones de las Naciones Unidas y, lo que es importante, representantes de los países beneficiarios atendidos por esas organizaciones⁶. En uno de los documentos fundamentales que resultaron de esta iniciativa, se indica que un buen sistema de contratación pública tiene como objetivo principal la utilización de los fondos públicos de forma económica y eficiente, de conformidad con los principios fundamentales de no discriminación e igualdad de trato, debido proceso, acceso a la información y transparencia⁷. En cuanto a las modalidades de contratación pública, se ha de dar absoluta preferencia a las licitaciones abiertas y competitivas⁸.

⁴ Véase una lista de las directivas de la Unión Europea actualmente aplicables en materia de contratación pública en: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/rules/current/index_en.htm

⁵ El Centro de las Naciones Unidas para el Desarrollo de Capacidades de Adquisiciones es un órgano de las Naciones Unidas especializado en este ámbito.

⁶ *Strengthening Country Procurement Systems: Results and Opportunities*, cuarto Foro de Alto Nivel sobre la Eficacia de la Ayuda, 29 de noviembre a 1° de diciembre de 2011, Busan (Corea), documento que se puede consultar en: <http://www.unpcdc.org/media/352128/strengthening-country-procurement-systems-oecd-dac-hlf4-2011.pdf>, pág. 8.

⁷ Volumen 3 de la serie *Guidelines and Reference* del Comité de Asistencia para el Desarrollo, *Harmonising Donor Practices for Effective Aid Delivery*, que se puede consultar en <http://www.oecd.org/dataoecd/12/14/34336126.pdf>, pág. 59.

⁸ *Ibid.*, pág. 61.

11. En este contexto, también es digna de mención la Ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre la contratación pública, de 2011, que constituye una orientación para los países que están reformando su legislación en la materia⁹. La Ley modelo aboga claramente por procedimientos de contratación pública basados en el principio de la competencia. De hecho, en el preámbulo de la Ley modelo de la CNUDMI se indica que uno de los principales objetivos de la contratación pública es "Promover la competencia entre proveedores o contratistas en orden al suministro del objeto del contrato adjudicable".

2. La licitación: principal modalidad de contratación pública competitiva

12. La Ley modelo de la CNUDMI sobre la contratación pública, de 2011, proporciona además orientaciones para integrar el objetivo de la promoción de la competencia en el diseño de los procedimientos de contratación pública. Mientras que en su artículo 27 se enumera toda una serie de métodos de contratación pública, en el párrafo 1 de su artículo 28, se otorga clara prioridad a la contratación mediante licitaciones abiertas:

"Salvo lo dispuesto en los artículos 29 a 31 de la presente Ley, la entidad adjudicadora deberá realizar su contratación por el método de la licitación abierta."

13. El procedimiento de licitación abierta se describe en detalle en el capítulo III de la Ley modelo de la CNUDMI de 2011. De igual manera, en la Directiva N° 2004/18 de la Unión Europea sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios¹⁰ se favorecen las licitaciones públicas como principal método de contratación. Se da preferencia a los denominados "procedimientos abiertos", en los que cualquier operador económico interesado puede presentar ofertas, y a los llamados "procedimientos restringidos", en los que todo operador económico puede solicitar su participación y en los que únicamente los operadores económicos invitados por los poderes adjudicadores pueden presentar ofertas. Otro método de contratación, llamado "diálogo competitivo", solo se aplica en determinadas circunstancias (véase el artículo 29 de la Directiva).

14. Si bien se considera que la licitación pública es la modalidad más indicada para que la contratación pública se haga en las mejores condiciones de calidad y precio, existe el temor de que ciertas características específicas de los procesos de licitación pública, en particular el elevado grado de transparencia que exigen, faciliten una colusión entre oferentes que elimine la competencia y por lo tanto comprometa los resultados del procedimiento de contratación. Para resolver este dilema, se aconseja prestar la debida atención a la estimulación y protección de la competencia al diseñar las licitaciones públicas, aspecto que se estudiará más en detalle en la tercera parte de este documento.

3. Ámbito de aplicación de las leyes de contratación pública

15. A veces las leyes de contratación pública excluyen de su ámbito de aplicación a determinadas entidades públicas, como las empresas de propiedad estatal, o a la contratación para fines específicos (por ejemplo, para fines militares). Sin embargo, resulta evidente que desde el punto de vista de la competencia conviene que el ámbito de aplicación sea lo más amplio posible y no admita excepciones. La referencia expresa a las empresas de propiedad estatal, como la de la Ley de contratación pública de Ghana, es una forma práctica de disipar cualquier duda acerca del ámbito de aplicación de la ley. Esa

⁹ http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/procurem/ml-procurement/ML_Public_Procurement_A_66_17_S.pdf.

¹⁰ Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:134:0114:0240:en:PDF>.

disposición dice lo siguiente: "la presente Ley se aplica a... e) las empresas de propiedad estatal, siempre que utilicen fondos públicos;..."¹¹.

4. Las leyes de contratación pública deben complementarse con una prohibición clara de las conductas colusorias

16. Con respecto al marco regulador de la contratación pública, cabe añadir que es preciso que las normas de contratación pública se complementen con una prohibición clara de la manipulación de licitaciones, es decir, la prohibición de la colusión entre licitadores (posibles licitadores) en una licitación pública. En los países que tienen una ley de competencia, la manipulación de licitaciones está comprendida en la prohibición general de los acuerdos anticompetitivos, cuando no es objeto de una prohibición intrínseca. Además, si bien los acuerdos anticompetitivos no están sujetos a sanciones penales en la mayor parte de los países, en varios de ellos la colusión entre licitadores está tipificada como delito, en vista de sus perniciosos efectos para el erario público¹².

5. Revisión de las adjudicaciones de contratos públicos

17. Otra forma de proteger la competencia en la contratación pública es permitir que los licitadores que no hayan sido seleccionados impugnen una adjudicación y denuncien las irregularidades de un procedimiento de contratación. Eso incentiva a las entidades adjudicadoras a seguir los procedimientos establecidos y seleccionar la "mejor" oferta, pues de ese modo evitan que los postores no seleccionados impugnen su decisión y la consiguiente dilatación en el proceso de contratación. De igual manera, si el hecho de que no se haya anunciado una licitación pública conforme a lo prescrito por ley puede provocar la anulación de una adjudicación, la entidad de contratación tendrá un fuerte incentivo para respetar los requisitos legales de publicación. Puesto que esos requisitos tienen por objeto garantizar la competencia en la contratación pública, los procedimientos de recurso y revisión no solo benefician al licitador que no ha sido seleccionado, sino que también sirven para obligar a los órganos de contratación a respetar el marco jurídico de la contratación pública y contribuir de ese modo a la protección y el fomento de la competencia. Es lógico, pues, que la Ley modelo de la CNUDMI sobre la contratación pública de 2011, por ejemplo, incluya un capítulo sobre las apelaciones (Capítulo VIII. Procedimientos de recurso).

18. De hecho, en algunos países, los organismos de la competencia están facultados para examinar las adjudicaciones de contratos públicos. Por ejemplo, en Alemania, tres tribunales especializados en materia de contratación pública de nivel federal forman parte de la Oficina Federal de Cáteles, aunque tienen absoluta independencia para adoptar decisiones. Además, los contratos atribuibles a los Länder son examinados por los tribunales de contratación pública del Land de que se trate. En Suecia, la autoridad de la competencia tiene un departamento, con varias subdivisiones, que se encarga de hacer cumplir las normas de contratación pública. Mientras que la experiencia de Alemania y Suecia ha sido positiva, la de Mongolia ha tenido resultados dispares. Tras la aprobación de la nueva Ley de competencia, de 2010, la autoridad de defensa de la competencia y protección del consumidor (AFCCP) de Mongolia quedó encargada de examinar las decisiones en materia de contratación pública, además de las cuestiones de competencia y protección del consumidor. Con el nuevo marco jurídico se habilitó a la AFCCP para

¹¹ Véase el artículo 14, II, de la Ley de contratación pública de 2003, que se puede consultar en: <http://www.ppbghana.org/documents/Public%20Procurement%20Act%202003%20Act%20663.pdf>.

¹² Para una sinopsis de las sanciones correspondientes a las infracciones de la ley de competencia, véase la nota de antecedentes de la UNCTAD titulada Sanciones y recursos apropiados, TD/RBP/Conf.7/5, págs. 4 a 6, que se puede consultar en http://www.unctad.org/es/docs/tdrbpconf7d5_sp.pdf.

intervenir en esferas múltiples, pero no se le asignó personal ni recursos suplementarios, por lo que su rendimiento y eficacia quedaron comprometidos¹³.

B. La defensa de la competencia mediante el diseño del marco institucional de contratación pública. Ventajas e inconvenientes de los regímenes centralizados de contratación en comparación con los descentralizados

19. Aunque para lograr las mejores condiciones de calidad y precio en la contratación pública es fundamental contar con un marco jurídico sólido de contratación pública basado en el principio de la competencia, para lograr los resultados deseados es también preciso que la administración de ese marco sea eficiente e íntegra. Este es el contexto de la comparación de los regímenes de contratación centralizados y descentralizados que se expone a continuación:

En el conjunto de instrumentos de la OCDE para la contratación pública se enumeran los siguientes argumentos principales a favor de cada uno de esos dos enfoques¹⁴:

Principales argumentos a favor de la centralización de la contratación pública:

- Mejores condiciones (tanto de precio como de calidad) en la contratación de suministros, servicios y obras, ya que una entidad centralizada tiene mayor capacidad de adquisición, entre otras cosas porque sus gastos generales son menores;
- Mayor concentración de los conocimientos especializados sobre contratación pública, mejor capacitación y gestión más precisa de la actuación del personal del ramo; y
- Mayor estandarización de los requisitos técnicos, los contratos públicos y las transacciones, así como del control y la información sobre la gestión, lo cual redundará en una mayor transparencia de la actuación pública.

Principales argumentos a favor de la descentralización de la contratación pública:

- Se reducen las posibilidades de que la adjudicación de contratos de suministro de gran volumen den pie a la corrupción y a errores a gran escala, con el consiguiente exceso en los gastos;
- Los suministros, servicios y obras contratados se adaptan mejor a las necesidades de los usuarios finales (sean estos las administraciones públicas o los ciudadanos); y
- Las PYMES tienen mayores posibilidades de ganar licitaciones públicas.

20. Además de los argumentos antes enumerados, en un régimen centralizado el órgano de contratación puede perfeccionar su conocimiento de determinados mercados, lo que le permite detectar y combatir las conductas colusorias con mayor eficacia. Un caso reciente ocurrido en Alemania es un buen ejemplo de ello¹⁵. En 2011, el organismo alemán

¹³ UNCTAD (2012). Examen voluntario entre homólogos de la política de la competencia de Mongolia (de próxima publicación).

¹⁴ Véase http://www.oecd.org/document/40/0,3746,en_21571361_44258691_44978216_1_1_1_1,00.html.

¹⁵ Véase el *Boletín de prensa* de la Oficina Federal de Cárteles de Alemania de 10 de febrero de 2011, que se puede consultar en: http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/Presse/2011/110211_PM_Feuerwehrfahrzeugenhersteller-E2.pdf.

encargado de la competencia inició acciones judiciales contra un cártel de productores de vehículos de bomberos que se habían puesto de acuerdo para fijar precios y repartirse el mercado y habían ganado más de 1.000 licitaciones de suministro de vehículos de bomberos, contratos que se repartieron entre ellos. El cártel fue detectado gracias a una denuncia anónima y a la información proporcionada por entidades centralizadas encargadas de la compra de vehículos de bomberos en Alemania del norte¹⁶. De hecho, mientras que en las regiones meridionales de Alemania, la adquisición de esos vehículos es atribución de cada municipio, en una de las regiones del norte, existe una entidad centralizada de adquisiciones. Dado que este organismo compra un gran número de vehículos de bomberos, sus funcionarios han adquirido un conocimiento muy amplio del mercado y se extrañaron al ver que los precios aumentaban regularmente justo después de que los productores de vehículos de bomberos se habían reunido en ferias comerciales del sector. Se observaron asimismo sospechosos intercambios de personal entre productores competidores. La primera denuncia y las sospechas iniciales permitieron que la autoridad alemana de la competencia iniciara una investigación, durante la cual se efectuaron registros por sorpresa, que confirmó la existencia y la dimensión de la manipulación de las ofertas.

C. Ampliar el círculo de posibles licitadores

21. Como se mencionó anteriormente, el resultado de los procedimientos de contratación pública depende del grado de competencia al que estén sujetos los contratos públicos. Así pues, el grado de competencia en los mercados respectivos es de vital importancia para que la contratación pública se haga en las mejores condiciones de calidad y precio. Por este motivo, resulta útil examinar las estrategias destinadas a ampliar el círculo de posibles licitadores y, de ese modo, incrementar la competencia en la contratación pública. Esas estrategias pueden estar destinadas a facilitar la participación de licitadores de todo el país en los procedimientos de contratación pública, así como la de pequeñas y medianas empresas (PYMES) y a liberalizar los mercados de contratación pública.

1. Facilitar la participación de licitadores de todo el país

22. Para facilitar la participación de licitadores de todo el país en las licitaciones públicas es preciso, en primer lugar, que se publiquen las respectivas convocatorias en medios de difusión que lleguen a todo el país. A este respecto, se han obtenido buenos resultados con una plataforma centralizada de publicación de las licitaciones, que permite que los usuarios evalúen las oportunidades de negocios pertinentes consultando un espacio uniforme en vez de consultar por separado los instrumentos de publicación de las entidades de contratación pública regionales y municipales. Por ejemplo, en 2011, Rusia puso en marcha un sitio web oficial de contratación pública (www.zakupki.gov.ru) en el que todos pueden ver la información relativa a las licitaciones de nivel nacional, así como sobre las adquisiciones públicas de las regiones y los municipios (anteriormente, las autoridades locales y municipales tenían la posibilidad de publicar la información respectiva en sus sitios web)¹⁷. Según noticias, gracias a ello muchas empresas de las regiones del Lejano Oriente, Siberia, los montes Urales y el Cáucaso septentrional pueden ahora participar en los mercados regionales de contratación pública de Moscú y San Petersburgo¹⁸.

¹⁶ Véase la exposición titulada "Bid rigging – Outreach, Awareness, Cooperation with Procurement Authorities, A German Perspective", de Katharina Krauss, realizada el 11 de octubre de 2011 en el taller sobre cárteles de la Red Internacional para la Competencia (ICN).

¹⁷ Véase el capítulo relativo a Rusia, de Kamil Karibov y Olga Chaykovskaya, en *Getting the Deal Through – Public Procurement 2011*, pág. 194.

¹⁸ *Procurement Reform in Russia: Implications for the Fight Against Corruption*, de Dina V. Krylova y Alexander Settles, junio de 2011, disponible en <http://www.cipe.org/publications/fs/pdf/063011.pdf>.

23. De igual manera, en agosto de 2003 se instituyó en Chile un servicio centralizado de compras¹⁹. Entre otras cosas, el servicio administra una plataforma en línea en que se publican las licitaciones públicas (www.mercadopublico.cl), actualmente utilizada por unas 900 instituciones públicas y más de 100.000 empresas. Los datos indican que este sistema tiene, entre otras virtudes, la de ofrecer mayores oportunidades a las PYMES, en particular las de fuera de la zona metropolitana²⁰.

24. También se observa que la utilización de sistemas normalizados de contratación pública electrónica agiliza la preparación de las licitaciones y por lo tanto fomenta la participación de empresas en la contratación pública. En el caso de Rusia, la introducción de subastas electrónicas obligatorias aumentó el nivel de participación en las licitaciones públicas (véase el recuadro sobre la reforma del sistema de contratación pública en Rusia desde 2005). De igual manera, según un estudio realizado recientemente en la Unión Europea, el aumento de la competencia debido a la adopción de sistemas electrónicos para la contratación pública es un problema importante para el 23% de las empresas, tanto PYMES como grandes empresas, aunque ese aumento resultará beneficioso para los órganos de contratación y los contribuyentes²¹.

25. Mientras que la contratación pública electrónica y la publicación centralizada de las licitaciones en Internet parece tener efectos muy positivos en la participación en la contratación pública, debe tenerse en cuenta que esto solo ocurre cuando los posibles licitadores realmente disponen de la infraestructura y la capacidad informáticas necesarias. Cabe señalar que si al introducir nuevos instrumentos de contratación pública como los instrumentos electrónicos no se tiene en cuenta la capacidad de los proveedores locales de asimilar los cambios necesarios, solo un número relativamente pequeño de empresas podrá aprovechar las oportunidades de adquisición pública y, por lo tanto, se restringirá la competencia²².

2. Facilitar la participación de las PYMES

26. Puede ocurrir que las empresas pequeñas, e incluso las medianas, no tengan capacidad suficiente para participar en licitaciones públicas de grandes volúmenes. Según un estudio realizado en 2010 en la Unión Europea, la magnitud de los contratos es probablemente el principal obstáculo con que tropiezan las PYMES para acceder a la contratación pública²³. Por lo tanto, las estrategias destinadas a facilitar la participación de las PYMES en las licitaciones también tienen por objetivo ampliar el número de posibles licitadores y por lo tanto estimular la competencia. En este contexto, se considera que una de las mejores maneras de ayudar a las PYMES es fraccionar las licitaciones grandes en lotes más pequeños²⁴. En el caso de las PYMES que no tengan capacidad para presentar

¹⁹ Dirección Chilecompra <http://www.chilecompra.cl>.

²⁰ Informe MIPE Chilecompra 2006-2007, disponible en: http://www.chilecompra.cl/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=37%3Ainforme-mipe-chilecompra-2006-2007&id=9%3Ainvestigacin-y-estudios&Itemid=154&lang=es.

²¹ *Evaluation of SME's access to public procurement markets in the EU, DG Enterprise and Industry*, resumen, septiembre de 2010, pág. 9, disponible en: http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/business-environment/files/smes_access_to_public_procurement_final_report_executive_summary_2010_en.pdf.

²² *Public procurement in developing countries: market opportunities through electronic commerce*, Wayne A Witting, disponible en [http://www.unpcdc.org/media/2382/public%20procurement%20in%20developing%20countries%20\(copy\).pdf](http://www.unpcdc.org/media/2382/public%20procurement%20in%20developing%20countries%20(copy).pdf).

²³ *Evaluation of SME's access to public procurement markets in the EU, DG Enterprise and Industry*, resumen, septiembre de 2010, pág. 5, disponible en: http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/business-environment/files/smes_access_to_public_procurement_final_report_executive_summary_2010_en.pdf.

²⁴ *Ibid.*

ofertas separadas, la posibilidad de formar un consorcio de licitadores es otra forma de aumentar sus oportunidades. Sin embargo, no deben permitirse las ofertas conjuntas de empresas que tengan los medios de participar por separado en una licitación, puesto que esto restringiría considerablemente la competencia. Otras medidas que se pueden adoptar para facilitar la participación de las PYMES en la contratación pública son la simplificación de los procedimientos de licitación, la reducción de la carga administrativa y la mejora de la disponibilidad y la calidad de la información sobre las oportunidades en los mercados públicos.

3. Liberalización de los mercados públicos

27. La apertura de todos los mercados públicos o de algunos de ellos a licitadores extranjeros es otra estrategia para ampliar el círculo de posibles licitantes. Los Estados que deseen permitir y alentar la participación de licitadores extranjeros en licitaciones públicas pueden hacerlo unilateralmente, cuando quieran mantener una cierta discreción al respecto, o bien adhiriéndose al Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC (GPA), que tiene carácter plurilateral²⁵. Este Acuerdo obliga a los signatarios a abrir los procedimientos de licitación de contratos públicos por un valor situado por encima de determinado umbral a licitadores de las demás partes, en virtud de los principios de trato nacional y no discriminación enunciados en el artículo 3 del Acuerdo. Si bien la adhesión al GPA abre la puerta a la competencia extranjera en la contratación pública nacional, también ofrece a las empresas nacionales la oportunidad de participar en las licitaciones de otros Estados partes en el GPA²⁶.

D. Conciliar la competencia con los demás objetivos de la contratación pública²⁷

28. Como se es más consciente de la influencia que puede tener la contratación pública en la oferta y, por lo tanto, en toda una serie de otros factores, la contratación pública se considera cada vez más como un instrumento de políticas y no simplemente un medio de adquirir los bienes y servicios necesarios. La contratación pública ya no se limita a utilizar los recursos disponibles con la mayor eficiencia posible sino que, más recientemente, persigue también objetivos como fomentar la innovación, lograr que la economía y la sociedad sean más ecológicas y contribuir al desarrollo socioeconómico. Por poner solo algunos ejemplos: con el título "Contratación pública para un medio ambiente mejor", la Unión Europea promueve la contratación pública ecológica como "un proceso por el cual las autoridades públicas tratan de adquirir mercancías, servicios y obras con un impacto medioambiental reducido durante su ciclo de vida, en comparación con el de otras mercancías, servicios y obras con la misma función primaria que se adquirirían en su lugar"²⁸. Con apoyo del Gobierno de Suiza, Ghana ha puesto en marcha un equipo de tareas

²⁵ A la fecha, 42 Estados se han adherido voluntariamente al GPA. En diciembre de 2011, se amplió considerablemente el alcance del Acuerdo.

²⁶ Las iniciativas destinadas a facilitar la integración internacional también deberían tener en cuenta los efectos de los obstáculos y medidas no arancelarios que imponen costos elevados a los licitadores potenciales de otros países.

²⁷ Con respecto al tema relacionado de coherencia de políticas, véase el documento titulado "Importancia de la coherencia entre las políticas de la competencia y otras políticas gubernamentales", Nota de la secretaria de la UNCTAD, disponible en: http://www.unctad.org/es/Docs/ciclpd9_sp.pdf.

²⁸ Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones "Contratación pública para un medio ambiente mejor", COM 2008/400 final, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2008:2125:FIN:ES:PDF>.

encargado de introducir criterios de sostenibilidad en todos los niveles de contratación²⁹. En Sudáfrica, en virtud de la Ley sobre el marco normativo para la contratación preferencial, la contratación pública se ha utilizado para hacer frente a problemas legados por el sistema del *apartheid*, como la desigualdad racial que caracterizaba las estructuras de propiedad, y para abrir oportunidades económicas a las personas que hasta ese momento habían estado excluidas de la economía. Según se informa, de acuerdo con ese marco normativo, la política de contratación preferencial se ha de aplicar exclusivamente por medio de criterios de adjudicación y por tanto se excluyen todas las demás formas de trato preferencial, como los cupos, los criterios de calificación, las preferencias en la etapa de preselección y la posibilidad de presentar contrapropuestas³⁰, dando de ese modo la posibilidad a los licitadores de competir en condiciones de equilibrio entre el precio y los objetivos sociales.

29. El ejemplo de Sudáfrica pone de relieve que los objetivos de política de la contratación pública distintos de la promoción de la competencia pueden resultar anticompetitivos, por lo que es importante determinar la mejor forma de conciliar los objetivos que se persiguen con las políticas. En el caso de la contratación pública con criterios ecológicos las especificaciones técnicas de los bienes y servicios que se han de contratar ofrecen un buen medio de atraer ofertas inocuas para el medio ambiente. Para no restringir la competencia, es imperativo formular esas especificaciones de modo que el número más grande posible de empresas puedan presentar ofertas competitivas con respecto a los parámetros de la protección del medio ambiente y el precio. En lo que se refiere a otros objetivos de política, como el desarrollo de las industrias locales, que se pueden fomentar aplicando márgenes de preferencia para los productores y proveedores locales, resulta más difícil preservar la competencia, puesto que son discriminatorios por naturaleza.

II. Prevención, detección y enjuiciamiento de la manipulación de las licitaciones

30. Por las razones expuestas en la primera parte del presente informe, la contratación pública suele tener lugar a través de licitaciones públicas. En principio, estas aseguran la transparencia en la adjudicación de los contratos públicos y al mismo tiempo permiten al Estado hacer buen uso de los recursos públicos aprovechando ofertas competitivas.

31. Lamentablemente, los mercados de contratación pública no siempre son intrínsecamente competitivos. Muchas veces, las costumbres y los usos culturales en las transacciones comerciales dan lugar a prácticas colusorias e incluso a la aceptación social de estas como modo normal de llevar un negocio. En el caso de los mercados de contratación pública, en que el interés último de la contraparte quizá tiene menos peso que en el caso de clientes privados, las prácticas colusorias pueden considerarse un tipo de conducta "amable" con entidades afines o posibles competidores. Por lo general, para luchar contra la manipulación de las licitaciones es preciso cambiar las mentalidades. Si esa práctica se tolera socialmente, las entidades encargadas de las contrataciones pueden tener dificultades para hacerle frente como infracción grave.

²⁹ Véase la nota de prensa del organismo de contratación pública de Ghana, de 12 de enero de 2010, disponible en: http://www.ppbghana.org/story_detail.asp?story_id=79.

³⁰ Sudáfrica, *Country Procurement Assessment Report, Refining the Public Procurement System*, Vol. 2, febrero de 2003, Informe N° 25751-SA del Banco Mundial, Región de África, *Operational Quality and Knowledge Services*, pág. 39, disponible en http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2003/05/13/000094946_03042504054635/Rendered/PDF/multi0page.pdf.

32. Además, los organismos encargados de la contratación pública tienen ante sí una compleja serie de prioridades y objetivos que compiten por su atención y sus recursos. A veces detectan indicios de conducta ilícita, pero carecen de conocimientos o instrumentos suficientes para combatirla. También puede ocurrir que les resulte imposible o inconveniente interponer una denuncia formal, en particular si creen que esa medida puede provocar una situación en la que correrán el riesgo de perder la adjudicación de bienes o servicios específicos.

33. No obstante, a medida que se han conocido mejor los efectos de las prácticas de manipulación de licitaciones, la erradicación de esas prácticas se ha convertido en una de las principales prioridades de las autoridades de la competencia de todo el mundo. Sin embargo, las experiencias son desiguales, tanto en lo que respecta a las soluciones aplicadas como en lo referente a los resultados logrados.

34. Ya se han identificado varios factores de disuasión de la manipulación de las licitaciones en diversas publicaciones, incluidas las de los foros sobre competencia y las elaboradas por las autoridades de la competencia de todo el mundo³¹. La actual disponibilidad de material de orientación y la diversidad de las experiencias de los Estados miembros sugieren la conveniencia de celebrar debates prácticos e intercambiar experiencias y lecciones aprendidas sobre las iniciativas y medidas puestas en marcha para desalentar la licitación colusoria. A fin de organizar los debates, proponemos el examen de algunas ideas sobre la prevención, la detección y el enjuiciamiento de los delitos de manipulación de las licitaciones, para luego abordar algunas cuestiones sobre el papel de la coordinación normativa e institucional, haciendo referencia a las experiencias comunicadas por los Estados miembros.

A. Prevención de la manipulación de las licitaciones

35. En la formación de un acuerdo colusorio exitoso deben considerarse tres elementos esenciales. En primer lugar, las empresas necesitan saber quiénes son los otros licitadores potenciales. En segundo lugar, necesitan comunicarse entre ellas. En tercer lugar, deben llegar a un acuerdo que todos los participantes consideren su mejor opción. En este contexto, analizaremos la forma de prevenir eficazmente los acuerdos colusorios.

Elemento 1

Información sobre la identidad de los otros licitadores potenciales

36. El primer requisito para la concertación de un acuerdo colusorio es que los competidores sean capaces de identificar a las empresas que pueden participar en una licitación específica (o un conjunto de licitaciones en un mercado pertinente específico). Por tanto, será más difícil alcanzar un acuerdo si existen medidas que mantengan un nivel de incertidumbre "saludable" con respecto a los distintos licitadores u otros posibles participantes. En último término, si los licitadores desconocen la identidad de los demás, no tienen ninguna oportunidad de comunicarse con ellos, lo que descartaría toda posibilidad de manipulación de la licitación.

37. En cambio, la incertidumbre sobre la identidad de los participantes es menor cuando el número de licitadores potenciales es bajo debido al alto grado de especialización de los productos, a la periodicidad de las licitaciones y la divulgación de la identidad de los licitadores y a la limitación de los proveedores a un sector en particular.

³¹ Véase un índice de esas publicaciones en el sitio web de la Red Internacional para la Competencia (RIC): <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/cartel/awareness/procurement.aspx>.

38. Por consiguiente, las políticas de contratación deben tratar de reducir las posibilidades de que los licitadores conozcan la identidad de los otros licitadores potenciales facilitando el acceso al mayor número posible de licitadores, no especificando requisitos innecesariamente restrictivos y reduciendo lo más posible las complejidades asociadas a la preparación de una oferta. Debe evitarse expresamente que los licitadores interesados puedan reunirse y conocerse durante la preparación de una licitación.

Elemento 2

Comunicación entre licitadores potenciales

39. Para establecer un acuerdo colusorio, los competidores potenciales necesitan comunicarse entre ellos con ese fin específico. Es difícil impedir la comunicación entre los competidores, ya que esta no es ilícita en sí misma. De hecho, las asociaciones comerciales son lugares habituales de reunión y coordinación con respecto a diversas cuestiones legítimas relacionadas con las actividades e intereses comunes de las empresas.

40. Las comunicaciones entre competidores deben reducirse al mínimo. Las políticas de contratación pueden prever enérgicas medidas para desalentar las comunicaciones indebidas. Una de ellas es, por ejemplo, solicitar una declaración formal de licitación independiente y una declaración de las comunicaciones que hayan podido tener lugar. Esta medida puede servir de instrumento disuasorio y facilita el enjuiciamiento de posibles infracciones gracias a los elementos legales adicionales que surgen cuando se demuestra la falsedad de una declaración. En efecto, si las autoridades de la competencia demuestran que ha habido una comunicación indebida, las empresas pueden enfrentarse a importantes consecuencias legales (en particular si han firmado la declaración de licitación independiente). Esto es un ejemplo de cómo la combinación de varias políticas que se refuerzan entre sí puede servir para desincentivar las comunicaciones entre los competidores. Estas medidas encaminadas a disuadir del establecimiento de comunicaciones indebidas serán eficaces si las sanciones impuestas son severas y si las autoridades de la competencia se manifiestan especialmente interesadas en la detección de las infracciones.

Elemento 3

Concertación de acuerdos colusorios

41. Si los licitadores potenciales se conocen y pueden establecer una comunicación indebida, tendrán la posibilidad de concertar acuerdos colusorios. Pero ¿tendrán incentivos para ello?

42. Los economistas industriales han analizado ampliamente los factores que pueden influir en la probabilidad de colusión. Sin embargo, un principio simple es que, para que un cártel se establezca y perdure en el tiempo, todos sus miembros deben considerar que su mejor opción es concertar y cumplir ese acuerdo.

43. Por lo tanto, los encargados de la formulación de políticas deben encontrar la forma de incentivar a las distintas empresas para que no consideren que concertar acuerdos colusorios o cumplir los que ya están en vigor es su mejor opción.

44. Teniendo esto en cuenta, las autoridades encargadas de las contrataciones pueden estudiar algunos procesos de licitación que se han diseñado para distribuir los contratos de manera que resulte complicado repartirlos equitativamente en el marco de un posible acuerdo. Un caso interesante es el que tuvo lugar en Chile en 2004, en una licitación pública para el suministro de oxígeno a centros de salud públicos. En ese caso solo había cuatro posibles proveedores y la licitación se diseñó de manera que solo tres de ellos

obtuvieran un contrato³². Además, los tres contratos se distribuyeron de forma desigual, y uno de ellos era mucho más importante que los otros dos. Esta licitación permitió al sistema de salud pública realizar enormes economías. El comportamiento de las cuatro empresas durante el proceso de licitación hizo que se denunciara una colusión previa y se llevara el caso ante las autoridades de la competencia, aunque la demanda fue desestimada por la Corte Suprema por falta de pruebas documentales de un acuerdo explícito y por ausencia de perjuicio (en vista del resultado satisfactorio de la licitación)³³.

45. En efecto, las políticas y autoridades de contratación pública pueden contribuir en gran medida a prevenir la manipulación de las licitaciones públicas. Las directrices elaboradas por la OCDE en 2009 para luchar contra la manipulación de las licitaciones³⁴ establecen unas pautas de referencia en este ámbito. Incluyen dos listas de verificación, una para prevenir y otra para detectar la manipulación de las licitaciones en la contratación pública, cuyos principios han sido aplicados por varias autoridades de contratación y de la competencia de todo el mundo a fin de promover y elaborar políticas específicas en la materia. La primera lista de verificación contiene una primera serie de seis elementos que deben tenerse en cuenta para diseñar una licitación pública:

Contar con información sobre las características específicas del mercado, los productos disponibles y los precios antes de diseñar la licitación. Considerar las probabilidades de colusión en el mercado de que se trate;

- a) Diseñar el proceso de licitación para alentar la participación de los licitadores potenciales;
- b) Definir los requisitos con claridad y evitar la previsibilidad de los futuros contratos;
- c) Reducir las oportunidades de comunicación entre licitadores;
- d) Tener en cuenta el impacto de los criterios de selección en la competencia actual y futura; y
- e) Concienciar al personal sobre la manipulación de las licitaciones³⁵.

46. Se espera que estas orientaciones sirvan para aumentar las probabilidades de atraer a un "buen número" de licitadores a las licitaciones o series de licitaciones en un determinado sector o mercado. Si adoptan las medidas del punto a), las autoridades de contratación pública estarán en mejores condiciones de ajustar las licitaciones a las condiciones reales del mercado; el punto b) es un simple recordatorio de la conveniencia de utilizar ese conocimiento para especificar las licitaciones a fin de aumentar al máximo el número de licitadores creíbles; y el punto e) destaca un importante y difícil elemento: estudiar la forma de promover y preservar la competencia en el futuro.

47. Por su parte, los puntos c) y d) se refieren al comportamiento y pretenden garantizar que las ofertas sean independientes (competitivas). En lo que respecta a los tres elementos examinados anteriormente (información sobre la identidad de los otros licitadores potenciales, comunicación entre licitadores potenciales y concertación de acuerdos colusorios); el punto c) de la lista de verificación de la OCDE ayuda a introducir un saludable grado de incertidumbre sobre quiénes participarán en una determinada licitación

³² No se puso en peligro la competencia futura porque había otros grandes clientes en el mercado del oxígeno, como por ejemplo las compañías mineras.

³³ Las sentencias pueden consultarse en: <http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=780&GUID=>

³⁴ OCDE (2009). Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas.

³⁵ Este punto subraya los cinco anteriores. Con todo, también influirá notablemente en las capacidades institucionales de detección.

(elemento 1); el punto d) aborda directamente la cuestión de la comunicación (elemento 2); y puede considerarse que la combinación de los puntos a) y c) se refiere a la introducción de medidas que disuadan a las empresas de concertar acuerdos colusorios (elemento 3)³⁶.

48. La lucha contra la manipulación de las licitaciones es costosa y requiere conocimientos especializados y coordinación con las autoridades de la competencia. Del mismo modo, las autoridades de la competencia deben tener las capacidades, los recursos y la voluntad necesarios para ejercer su función de apoyo. Las políticas de la competencia también pueden alterar los incentivos que alientan a las empresas a concertar acuerdos colusorios al establecer un conjunto adecuado y equilibrado de instrumentos para enjuiciar a los cárteles (véase *infra*).

B. Detección de la manipulación de las licitaciones

49. Como se ha visto en la subsección anterior, cuanto mayor sea la probabilidad de detección, menor será el incentivo para establecer comunicaciones y participar en licitaciones colusorias. De hecho, la influencia entre la prevención y la detección es recíproca.

50. Las mencionadas directrices de la OCDE contienen una segunda lista de verificación para detectar la manipulación de las licitaciones en la contratación pública³⁷. Esta lista de verificación tiene por objeto ayudar a los encargados de la contratación pública a detectar indicios y señales de manipulación de las licitaciones centrándose en los siguientes elementos³⁸:

- a) Patrones y señales de advertencia en la presentación de las ofertas;
- b) Señales de advertencia en todos los documentos que se presenten;
- c) Patrones y señales de advertencia en los precios;
- d) Afirmaciones sospechosas;
- e) Conductas sospechosas.

51. Dado que los recursos siempre son limitados, conviene concentrar los esfuerzos para detectar estos indicios y señales en las tres esferas siguientes:

Esfera 1

Conocimiento de los comportamientos reales

Sobre la base de la información disponible y del conocimiento de los mercados afectados, merece la pena centrar la atención en los mercados en los que las autoridades hayan determinado que existe la probabilidad de colusión. Por tanto, es importante desarrollar ese conocimiento de manera sistemática y mejorarlo continuamente. Hay métodos de cribado que pueden ayudar a realizar una selección objetiva³⁹.

³⁶ Así ocurre, por ejemplo, cuando una licitación cuidadosamente diseñada dificulta el reparto de los beneficios entre los participantes en el mercado o introduce cualquier otro elemento que hace más difícil organizar y mantener un acuerdo.

³⁷ OCDE (2009), *op. cit.*

³⁸ La lista de verificación de la OCDE contiene dos puntos (que no se enumeran aquí) en los que se recomienda abordar los posibles indicios y pruebas con cautela y no considerarlos pruebas inequívocas de infracción, y se recomienda a los encargados de las adquisiciones la forma de actuar en caso de sospecha de manipulación de la licitación.

³⁹ Véase, por ejemplo, Harrington (2009) en: http://www.econ2.jhu.edu/People/Harrington/Harrington_SACC_9.09.pdf.

Esfera 2**Análisis de los incentivos**

Es preciso analizar detenidamente los incentivos que las empresas puedan tener para incurrir en prácticas colusorias durante un proceso o licitación concreto. A este respecto, las características del mercado desempeñan un importante papel.

Esfera 3**Examen de la forma en que se ha gestionado la información**

Es necesario analizar la forma en que se ha gestionado la información antes, durante y después de una licitación, así como su probable influencia en el comportamiento de los licitadores.

52. Las autoridades encargadas de la contratación tienen acceso preferente a la información necesaria para analizar estos tres elementos. Por lo tanto, sus funcionarios deben adquirir capacidades especializadas para realizar ese análisis preliminar, o bien recabar el asesoramiento de expertos con ese fin. Las autoridades de la competencia deben realizar un análisis más exhaustivo de los casos en que se hayan detectado indicios significativos de colusión. Por consiguiente, la autoridad encargada de la contratación debe comunicar o transmitir a la autoridad de la competencia pertinente los casos que detecten sus funcionarios tan pronto llegue a la conclusión de que hay claros indicios y recabe la documentación pertinente. Este paso es esencial para que la detección sea eficaz e ilustra la importancia de la cooperación entre las autoridades encargadas de la contratación y las autoridades de la competencia.

53. Para que la relación de colaboración entre las autoridades encargadas de la contratación y las autoridades de defensa de la competencia sea fructífera, es fundamental llegar a un claro entendimiento común sobre las señales que se deben tener en cuenta, sobre la forma de documentar los presuntos casos de manipulación de licitaciones y sobre la colaboración e información que puede ser necesaria una vez remitido el caso a una autoridad de la competencia. La presentación de un caso exige esfuerzos considerables a las autoridades encargadas de la contratación, y cualquier malentendido con las autoridades de la competencia puede hacer que se sientan decepcionadas y desalentadas para preparar y presentar nuevos casos. Por otra parte, la carga adicional de trabajo que supone la investigación de casos de manipulación de licitaciones y la posible perturbación de los procesos de contratación también pueden desalentar la detección y presentación de casos, dado que los encargados de las contrataciones tienen otras urgencias y prioridades. Una vez más, dado el carácter práctico de este problema, convendría examinar las medidas que se han aplicado con éxito en distintos países para solucionar estos problemas de coordinación.

C. Observancia – Enjuiciamiento de la manipulación de las licitaciones

54. Para que la observancia sea efectiva es preciso que las autoridades de la competencia, los organismos de contratación pública y otros órganos judiciales pongan en común sus facultades y recursos. Por ejemplo, la autoridad de la competencia de Armenia (SCPEC) ha establecido con el tiempo una fructífera relación de cooperación con la Oficina de Adquisiciones del Tesoro, que ha incluido la creación de un grupo de trabajo mixto de la SCPEC y el Tesoro sobre la política de contratación pública⁴⁰. Del mismo modo, la Comisión de Comercio Leal del Japón ha colaborado con diversas entidades de contratación en encuestas y reuniones de estudio para promover la competencia en la

⁴⁰ Véase el examen entre homólogos de Armenia (en inglés) en: <http://www.unctad.org/Templates/Download.asp?docid=14078&lang=1&intItemID=4163>.

contratación pública. En Indonesia, en cambio, la autoridad de la competencia ha establecido una relación más estrecha con un tribunal especial que juzga los casos de corrupción⁴¹. Otras autoridades de la competencia, como las del Canadá y el Brasil, colaboran estrechamente con las fiscalías, mientras que en otros países esa relación plantea importantes problemas de coordinación.

55. Los marcos tanto jurídico como institucional son importantes. En particular, para tratar las cuestiones relacionadas con la contratación pública hace falta un gran nivel de entendimiento y coordinación entre las autoridades de la competencia y las autoridades encargadas de la contratación pública, lo que puede exigir varios años de trabajo en común, colaboración mutua y capacitación recíproca. En muchos países, las autoridades de la competencia y las autoridades encargadas de la contratación pública han comenzado a establecer esa necesaria coordinación al intensificar sus esfuerzos por garantizar la competencia en los procesos de contratación pública. Una reciente iniciativa digna de mención es la firma de un memorando de entendimiento entre la OCDE y el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) para aplicar los "Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas" de la OCDE, que ha sido fruto de una estrecha cooperación entre el IMSS y la Comisión Federal de Competencia de México (CFC)⁴².

Alianza para luchar contra la manipulación de las licitaciones en el sistema de atención de la salud de México

El IMSS es el tercer comprador de bienes y servicios en México, ya que acumula el 9% del gasto público en contrataciones, y el mayor comprador público individual de productos farmacéuticos y otros suministros médicos.

En 2002, la oficina de auditoría del IMSS informó a la CFC sobre la existencia de posibles prácticas colusorias en el suministro de material y productos químicos para suturas quirúrgicas y rayos X. A raíz de ello, la CFC abrió una investigación contra tres empresas por manipulación de licitaciones y las sancionó con una multa de 1,3 millones de dólares de los Estados Unidos.

En 2006, tras una exposición de la CFC sobre la manipulación de las licitaciones, el IMSS solicitó recomendaciones para mejorar los procedimientos de contratación y dio a la CFC acceso a sus bases de datos. Ello permitió que en 2010 la CFC procesara a un cártel de suministro de insulina y soluciones electrolíticas y sancionara a seis empresas farmacéuticas con una multa de 12,5 millones de dólares.

La estrecha cooperación entre la CFC y el IMSS ha dado lugar recientemente a la firma de un Memorando de entendimiento entre la OCDE y el IMSS para aplicar los "Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas" con la asistencia de la CFC. Se trata de la primera iniciativa de este tipo. Dada la importancia de los servicios del IMSS para la población, se espera que las economías y beneficios que se logren tengan una enorme repercusión social.

Fuente: Comunicación de México.

⁴¹ Véase el examen entre homólogos de Indonesia (en inglés) en: <http://www.unctad.org/Templates/Download.asp?docid=11641&lang=1&intItemID=4163>.

⁴² Comunicación de México.

56. El enjuiciamiento de los casos de manipulación de licitaciones se ha reforzado con el tiempo gracias a las medidas jurídicas e institucionales que han permitido mejorar su eficacia. Por ejemplo, en noviembre de 2007, la Comisión de la Competencia de Suiza (COMCO)⁴³ desarticuló un cártel de asfaltado de carreteras del Tesino integrado por 17 empresas que se reunían cada semana para decidir las adjudicaciones y los precios de las licitaciones. Este cártel perjudicaba a los clientes privados, a las autoridades públicas y a los contribuyentes pero, dado que se disolvió antes de que concluyera el período de gracia previsto por el legislador, las empresas que lo integraban eludieron las sanciones contempladas en la ley revisada. Posteriormente, en julio de 2009, la COMCO impuso a unas empresas de instalaciones eléctricas de Berna multas por un total de 1,24 millones de francos suizos. El caso fue notificado por un denunciante anónimo, es decir, un tercero ajeno al cártel. La investigación se inició con varios registros y todas las partes colaboraron en el marco del programa de indulgencia, lo que permitió descubrir la existencia de varios acuerdos en licitaciones de importantes proyectos de instalaciones eléctricas en la zona de Berna entre 2006 y 2008. Más adelante, la COMCO ha logrado enjuiciar otros casos, muchos de ellos del mercado de la construcción y sectores conexos que han pasado a ser una de las prioridades de la Comisión.

57. Varios casos de interés recientes también indican que sigue aumentando el número de casos de manipulación de licitaciones que se llevan ante la justicia en todo el mundo. En julio de 2011, la Autoridad de la Competencia de Italia (ICA) sancionó a cuatro proveedores de equipos de resonancia magnética con multas por un total de 5,5 millones de euros por colusión en una licitación en la región de Campania, por entender que el intercambio de información sensible y la concertación de un acuerdo entre las empresas implicadas había hecho que las estrategias comerciales de los licitadores ya no fueran independientes⁴⁴. En España, la Comisión Nacional de la Competencia impuso a 46 empresas de construcción multas de 47 millones de euros en octubre de 2011⁴⁵. En Australia, la autoridad nacional de defensa de la competencia y protección del consumidor sancionó a tres empresas de construcción con multas de 1,3 millones de dólares australianos en noviembre de 2011 por incurrir en una práctica conocida en la industria de la construcción como "*cover pricing*" (fijación de precios no competitivos), y multó a dos directores ejecutivos obligándolos a pagar las costas impuestas a sus empresas⁴⁶. En el ámbito de la contratación privada, la Comisión de Comercio Leal del Japón impuso en enero de 2012 órdenes de cesar y desistir y órdenes de recargo a los participantes en una confabulación para manipular una licitación de cableado preformado para automóviles y productos conexos que había afectado a cinco importantes fabricantes de automóviles⁴⁷.

III. Conclusión y cuestiones que merecen un análisis más detenido

58. En suma, el informe se ha centrado en dos esferas importantes para garantizar que la contratación pública se beneficie del máximo nivel de competencia en la adjudicación de contratos públicos.

⁴³ Comunicación de Suiza.

⁴⁴ Véase el comunicado de prensa (en inglés) en: <http://www.agcm.it/en/newsroom/press-releases/1963-i729-healthcare-antitrust-over-55-million-in-fines-for-competition-distorting-agreement-among-4-suppliers-of-magnetic-resonance-equipment.html>.

⁴⁵ Véase la decisión en: http://www.cncompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx?EntryId=125677&Command=Core_Download&Method=attachment.

⁴⁶ Véase el comunicado de prensa (en inglés) en: <http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/1015335/fromItemId/966100>.

⁴⁷ Comunicación del Japón.

A. Promoción de la competencia en el diseño del sistema de contratación pública y las licitaciones individuales

59. Lo ideal es que los encargados de la contratación pública tengan acceso a un número suficiente de ofertas competitivas. Por ello, es importante establecer un sistema de contratación que se base en el principio de la competencia y lo promueva, y diseñar las licitaciones de manera que atraigan a licitadores de un espectro suficientemente amplio de posibles proveedores. En este contexto, se han examinado los aspectos sustantivos e institucionales de los sistemas de contratación pública, así como estrategias para ampliar el círculo de posibles licitadores. Se ha señalado la importancia de expandir las fronteras de los mercados de contratación eliminando los requisitos innecesarios para participar en las licitaciones públicas, facilitando la participación de todas las empresas interesadas, incluidas las PYMES, a nivel nacional y liberalizando los mercados de contratación. Se ha examinado la contratación electrónica como medio moderno de contratación pública, así como el establecimiento de un equilibrio entre la competencia y otros objetivos de la contratación pública, como la contratación ecológica o sostenible, por una parte, y los objetivos de desarrollo, por otra.

60. Las autoridades de la competencia pueden desempeñar un importante papel al asesorar a los órganos legislativos y las entidades de contratación pública sobre las cuestiones relacionadas con la competencia en la contratación pública planteadas en el presente informe.

B. Utilización de instrumentos de política para que la conducta competitiva sea la mejor opción de los licitadores potenciales, es decir, para encontrar la forma de combatir eficazmente la manipulación de las licitaciones

61. La manipulación de las licitaciones representa una grave amenaza para la competencia en los mercados de contratación pública. Por ello, es importante utilizar los instrumentos disponibles para incentivar las conductas competitivas y combatir la manipulación de las licitaciones. En este contexto, se ha destacado que el diseño de procesos de contratación que tengan en cuenta las características del mercado, además de la probabilidad de que se incurra en un comportamiento colusorio, puede contribuir en gran medida a prevenir la manipulación de las licitaciones. El asesoramiento de las autoridades de la competencia sobre la forma de reducir las probabilidades de colusión es de gran utilidad para las entidades encargadas de las contrataciones.

62. Las políticas de la competencia también pueden alterar los beneficios previstos por las empresas que participan en un acuerdo colusorio imponiendo elevadas sanciones a los infractores y aumentando la probabilidad de detección. La adopción por las autoridades de la competencia de medidas enérgicas para garantizar la observancia puede tener costos sumamente elevados para las empresas. Aparte de las correspondientes sanciones y responsabilidades, las empresas enjuiciadas por manipulación de licitaciones deben afrontar otros costos —quizás más elevados—, como las costas procesales, la pérdida de imagen pública e incluso los conflictos internos que un proceso judicial puede generar, que las empresas compararán detenidamente con el costo de cumplir la ley.

63. Toda empresa sopesará los costos y beneficios que cree que tendrá la concertación y el cumplimiento de un acuerdo colusorio. Por lo tanto, la existencia de buenos instrumentos de detección es particularmente importante para este proceso de ponderación de las empresas y —se recuerda una vez más— la coordinación y la cooperación entre las autoridades encargadas de la contratación y las autoridades de la competencia resultan

esenciales. Además, si se cree en la capacidad de las autoridades para detectar los casos de manipulación de licitaciones, los programas de indulgencia cobrarán importancia, lo que a su vez reforzará entre las empresas la impresión de que es probable que los casos de manipulación de licitaciones sean detectados y enjuiciados.

C. Cuestiones que merecen un análisis más detenido

64. Se sugiere que se analicen con más detenimiento las siguientes cuestiones durante el 12º período de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia en 2012:

a) ¿Qué medidas han adoptado las autoridades de la competencia y las autoridades encargadas de la contratación para sistematizar su conocimiento de mercados de contratación específicos?

b) ¿El análisis de los incentivos a la colusión ha dado lugar a leyes o ajustes de política específicos en su jurisdicción?

c) ¿La transparencia de los procesos de licitación es realmente perjudicial para la competencia?

d) ¿Qué medidas de promoción adoptadas por las autoridades de la competencia han resultado más eficaces para mejorar la competencia en la contratación pública?

e) ¿Qué medidas se han utilizado después de casos de manipulación de licitaciones para mejorar la competencia en los mercados de licitación? ¿Son eficaces las listas negras para erradicar las prácticas colusorias?
