

RECOMENDACIÓN DEL CONSEJO DE LA OCDE PARA COMBATIR LA COLUSIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

2012

La colusión en procesos de licitación ocurre cuando grupos de empresas conspiran para aumentar los precios o disminuir la calidad de los bienes, obras o servicios ofrecidos en licitaciones públicas. Los países de la OCDE gastan aproximadamente el 12% de su PIB en compras públicas y este porcentaje puede ser mayor en los países en desarrollo.

Por lo tanto, los procesos de adquisición competitivos y eficientes son clave para obtener bienes y servicios con la mejor relación calidad-precio en beneficio de los contribuyentes, los consumidores finales y los usuarios de los servicios públicos en general. Sin embargo, la forma en que se lleva a cabo una licitación y el diseño de la licitación en sí misma pueden obstaculizar la competencia y promover acuerdos de colusión o conspiraciones para manipular licitaciones entre competidores.

El 17 de julio de 2012, el Consejo de la OCDE adoptó una Recomendación para combatir la colusión en las licitaciones públicas que requiere que los gobiernos evalúen sus leyes y prácticas de contratación pública en todos los niveles del gobierno para promover adquisiciones más efectivas y reducir el riesgo de colusión en licitaciones públicas.

La OCDE se ha comprometido a apoyar la implementación de la Recomendación por parte de los países de la OCDE y de otros países. Los gobiernos que deseen apoyo para la implementación pueden contactar la División de Competencia de la OCDE [Antonio.Capobianco@oecd.org o Despina.Pachnou@oecd.org]

Sobre el Comité de Competencia de la OCDE

El Comité de Competencia de la OCDE está a la vanguardia del debate sobre políticas de competencia y aplicación. Reuniendo a los líderes de las autoridades de competencia, promueve el intercambio regular de puntos de vista, análisis y mejores prácticas sobre cuestiones clave de política de competencia. El trabajo del Comité es apoyado por la División de Competencia dentro de la Dirección de Asuntos Financieros y Empresariales de la OCDE. www.oecd.org/daf/competition

Sobre la OCDE

La OCDE es un foro en el que los gobiernos comparan e intercambian experiencias de políticas, identifican buenas prácticas de cara a los desafíos emergentes y promueven decisiones y recomendaciones para producir mejores políticas para una vida mejor. La misión de la OCDE es promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas en todo el mundo. www.oecd.org

Recomendación del Consejo de la OCDE para combatir la colusión en la contratación pública*

Aprobada por el Consejo el 17 de julio de 2012
[C(2012)115 - C(2012)115/CORR1 - C/M(2012)9]

EL CONSEJO,

TENIENDO EN CUENTA el artículo 5 b) de la Convención sobre la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos de 14 de diciembre de 1960;

TENIENDO EN CUENTA la recomendación del consejo con respecto a la acción efectiva contra los cárteles, que invita a los “países miembros a garantizar que sus leyes de competencia pongan fin y eliminen con eficacia los cárteles, incluyendo “acuerdos y prácticas anticompetitivas, o acuerdos entre competidores para fijar precios [o] manipular licitaciones (licitaciones fraudulentas)” [C(98)35/FINAL];

TENIENDO EN CUENTA la recomendación del consejo para incrementar la integridad en la contratación pública, que incluye la colusión entre las “violaciones de la integridad” en el ámbito de la contratación pública y reconoce que los esfuerzos por mejorar la buena gobernanza y la integridad en la contratación pública contribuyen a lograr una gestión eficaz y eficiente de los recursos públicos y, por lo tanto, del dinero de los contribuyentes [C(2008)105];

TENIENDO EN CUENTA concretamente el principio 1 (Ofrecer un grado de transparencia adecuado durante todo el ciclo de contratación, con vistas a promover el tratamiento justo y equitativo de los proveedores potenciales) y el principio 7 (Aportar mecanismos específicos para supervisar la contratación pública y, asimismo, detectar la conducta indebida y aplicar las sanciones correspondientes) de la recomendación del consejo para incrementar la integridad en la contratación pública;

TENIENDO EN CUENTA el tercer informe sobre la aplicación de la recomendación del consejo con respecto a la acción efectiva contra los cárteles, que incluye el combate contra el comportamiento anticompetitivo en subastas y en contratación pública entre las prioridades que los miembros deben perseguir en su combate contra los cárteles [C(2005)159];

RECONOCIENDO que la contratación pública es una actividad económica fundamental de los gobiernos con mayor impacto en la competencia en el mercado, tanto a corto como a largo plazo, que puede influir en el grado de innovación y en el nivel de inversión de un sector específico de la industria, así como en el nivel general de competitividad de los mercados, con beneficios potenciales para toda la economía;

* La OCDE no garantiza la exacta precisión de esta traducción y no se hace de ninguna manera responsable de cualquier consecuencia por su uso o interpretación. En caso de discrepancias entre esta traducción al español y las versiones originales en inglés y francés, sólo las versiones originales se considerarán válidas.

RECONOCIENDO que, en la contratación pública, la competencia promueve la eficiencia, ayudando a garantizar que los bienes y servicios ofrecidos a las entidades públicas se ajusten al máximo a sus preferencias, generando ventajas como precios más bajos, mejor calidad, un incremento en la innovación, mayor productividad y, en líneas generales, “buena relación calidad/precio” para el beneficio de los consumidores finales, los usuarios de servicios públicos y los contribuyentes;

RECONOCIENDO que la colusión en licitaciones públicas, o la licitación fraudulenta, es una de las violaciones más graves de la ley en materia de competencia, que perjudica al comprador público incrementando los precios y restringiendo el suministro, provocando que los bienes y servicios no estén al alcance de algunos compradores y que, para otros sean innecesariamente caros, en detrimento de los usuarios finales de los bienes y servicios públicos y de los contribuyentes;

RECONOCIENDO que ciertas normas sobre contratación pública pueden inadvertidamente facilitar la colusión, aun cuando su propósito no pretenda reducir la competencia;

RECONOCIENDO que las normas que restringen la competencia indebidamente pueden ser revisadas con frecuencia, de forma que fomenten la competencia de mercado y, a la vez, logren los objetivos de la política pública; y

RECONOCIENDO los esfuerzos por difundir los Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas adoptados por el Comité de Competencia en 2009 [DAF/COMP(2009)1/FINAL];

SEÑALANDO que una serie de miembros de la OCDE han desarrollado herramientas para detectar y limitar la colusión en la contratación pública;

Sobre la propuesta del Comité de Competencia:

I. RECOMIENDA que los miembros evalúen las distintas características de sus legislaciones y prácticas sobre contratación pública y el impacto que tienen sobre la probabilidad de colusión entre licitantes. Los miembros deberán esforzarse para que las licitaciones públicas, en todos los niveles de gobierno, se diseñen para fomentar una competencia más efectiva y también para reducir los riesgos de la colusión en la contratación pública, a la vez que garantizan una mejor relación calidad-precio.

Para ello, los funcionarios responsables de la contratación pública en todos los niveles de gobierno deberán:

1. Entender, en cooperación con las autoridades reguladoras del sector, las características generales del mercado en cuestión, la gama de productos y/o servicios disponibles en el mercado que pueden satisfacer los requisitos del comprador, además de los proveedores potenciales de dichos productos y/o servicios.
2. Fomentar la competencia maximizando la participación de proveedores potenciales:
 - i) Estableciendo requisitos de participación transparentes, no discriminatorios, y que no limiten injustificadamente la competencia;
 - ii) Diseñando, en la medida de lo posible, especificaciones y bases de licitación que se centren en el rendimiento funcional, concretamente en los logros a alcanzar, en lugar de

en la manera de hacerlo, para atraer al mayor número de oferentes a la licitación, incluso a los proveedores de productos sustitutos;

- iii) Permitiendo, cuando proceda, participar a empresas de otros países u otras regiones del país en cuestión; y
 - iv) Cuando sea posible, permitir la participación de empresas más pequeñas, aun cuando no puedan presentar ofertas por la totalidad del contrato.
3. Diseñar el proceso de licitación con vistas a reducir las oportunidades de comunicación entre licitantes, antes o durante el proceso de licitación. Se deben, por ejemplo, favorecer las licitaciones con presentación de ofertas en sobres cerrados, y, el uso de juntas de aclaraciones o visitas sobre el terreno con la presencia de los licitantes debe limitarse siempre que sea posible, en favor de los procedimientos remotos en los que la identidad de los participantes sea confidencial, como las comunicaciones mediante correo electrónico y otras tecnologías basadas en internet.
 4. Adoptar criterios de selección diseñados para i) mejorar la intensidad y la eficacia de la competencia en los procesos de licitación, y ii) garantizar que siempre haya un número suficiente de licitantes creíbles con interés por seguir realizando ofertas en futuros proyectos. Deberán elegirse los criterios de selección cualitativa y adjudicación de tal manera que los licitantes creíbles, incluidas las pequeñas y medianas empresas, no se desanimen innecesariamente a participar en licitaciones públicas.
 5. Redoblar los esfuerzos para combatir la colusión y mejorar la competencia en licitaciones públicas, animando a los organismos de contratación pública a utilizar sistemas de licitación electrónica, a los que un mayor grupo de licitantes puedan acceder y que sean más económicos; y almacenar información sobre las contrataciones públicas para hacer posible el análisis apropiado del comportamiento de los licitantes y de los datos sobre ofertas.
 6. Exigir a todos los licitantes la firma de un certificado de determinación de oferta independiente, o una declaración equivalente, que certifique que la oferta presentada es auténtica, que no ha habido práctica de colusión y que se ha realizado con la intención de aceptar el contrato en caso de adjudicación.
 7. Incluir en la convocatoria de licitación un aviso sobre las sanciones que se aplican en la jurisdicción por prácticas de colusión en procesos de contratación pública, como por ejemplo multas, penas de prisión y otras sanciones en materia de derecho de competencia, suspensión de participación en licitaciones públicas durante un período de tiempo determinado, sanciones por firmar un certificado de determinación de oferta independiente falso, y responsabilidad por daños y perjuicios producidos a la autoridad adjudicadora. Las sanciones deberán garantizar una disuasión suficiente, teniendo en cuenta la política de clemencia del país, si procede.
- II. RECOMIENDA que los miembros se aseguren de que los funcionarios responsables de la contratación pública, en todos los niveles de gobierno, conozcan los indicios, los comportamientos sospechosos y los patrones de presentación de ofertas inusuales que puedan ser señal de colusión; de este modo, los organismos públicos pertinentes podrán identificar e investigar mejor las actividades sospechosas.**

Más concretamente, los miembros deberán animar a las autoridades de competencia a:

1. Asociarse con organismos de contratación pública para producir material impreso o electrónico sobre indicadores de fraude y colusión para distribuir a cualquier individuo susceptible de gestionar y/o facilitar financiaciones públicas;
2. Prestar u ofrecer apoyo a los organismos de contratación pública para capacitar a los funcionarios, auditores e investigadores del ámbito de la contratación pública, en todos los niveles de gobierno, sobre las técnicas de identificación de los comportamientos sospechosos y los patrones de presentación de ofertas inusuales que puedan ser señales de colusión; y
3. Crear una relación continua con los organismos de contratación pública de manera que, en caso de que los mecanismos de prevención no puedan proteger a los fondos públicos de la colusión de terceros, tales organismos informen de la sospecha de colusión a las autoridades de competencia (entre otras autoridades competentes) y tengan la certeza de que las autoridades de competencia ayudarán a investigar y procesar cualquier conducta anticompetitiva.

Los miembros también deberán considerar el establecimiento de incentivos adecuados para que los funcionarios de contratación emprendan acciones efectivas para evitar y detectar la colusión, por ejemplo, incluyendo expresamente la prevención y detección la colusión en la contratación pública entre las obligaciones legales de los funcionarios de contratación pública o recompensando la detección exitosa de prácticas anticompetitivas en curso en la evaluación del rendimiento profesional de los funcionarios de contratación pública.

- III. **RECOMIENDA que los miembros animen a los funcionarios responsables de la contratación pública, en todos los niveles de gobierno, a seguir los Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas, que Figuran en el anexo a esta recomendación, de la que forman parte integrante.**
- IV. **RECOMIENDA que los miembros desarrollen herramientas para evaluar, medir y supervisar el impacto en la competencia respecto de las leyes y reglamentos sobre contratación pública.**
- V. **INVITA a los miembros a difundir ampliamente esta recomendación en sus gobiernos y organismos.**
- VI. **INVITA a los no miembros a adherirse a esta recomendación e implementarla.**
- VII. **INSTA al Comité de Competencia a:**
 - i) Servir como foro para el intercambio de experiencias sobre esta recomendación, para que tanto miembros como no miembros se adhieran a ella;
 - ii) Promover esta recomendación junto con otros comités y organismos pertinentes de la OCDE; y
 - iii) Supervisar la implementación de esta recomendación e informar al consejo en el plazo de los tres años siguientes a su adopción y, cuando corresponda, con posterioridad.

A. Lista de verificación para el diseño de un proceso de adquisición que reduzca los riesgos de colusión en la presentación de ofertas

Existe una gama de medidas que pueden tomar los organismos encargados de realizar adquisiciones para fomentar una competencia más eficaz en las compras públicas y reducir el riesgo de colusión en los procesos de adquisición. Los organismos encargados de las adquisiciones gubernamentales deberían considerar la posibilidad de adoptar las siguientes medidas:

1. Contar con información adecuada antes de diseñar el proceso de licitación

La mejor manera para que los funcionarios a cargo de las adquisiciones gubernamentales diseñen un proceso de compra para lograr el mayor nivel de valor por el dinero invertido, reside en obtener información sobre la gama de productos o servicios disponibles en el mercado que cumplan los requisitos del comprador, al igual que contar con información acerca de los posibles proveedores de estos productos. Desarrollar experiencia interna tan pronto como sea posible.

- Conocer las características del mercado en el cual se realizarán las compras, así como las actividades o tendencias de la industria más recientes que podrían tener impacto en la competencia por la oferta.
- Determinar si el mercado en el que se realizará la compra tiene características que hagan más probable la colusión¹.
- Recabar información sobre los posibles proveedores, sus productos, sus precios y sus costos. De ser posible, comparar los precios que se ofrecen en las adquisiciones B2B² (de negocio a negocio, por sus siglas en inglés).
- Recabar información acerca de cambios recientes en los precios. Informarse acerca de los precios en las zonas geográficas vecinas, así como acerca de los precios de posibles productos alternativos.
- Obtener información acerca de anteriores licitaciones para productos iguales o similares.
- Coordinarse con otros compradores del sector público y clientes que hayan comprado recientemente productos o servicios similares para mejorar su comprensión del mercado y sus participantes.
- Si se utilizan consultores externos para ayudar a estimar precios o costos, se debe tener la seguridad que se firmó un acuerdo de confidencialidad.

¹ Véase la sección de “Características industriales, de producto y de servicios que contribuyen a apoyar la colusión” en el cuerpo del documento.

² B2B (Business to Business) es un término utilizado comúnmente para describir las transacciones comerciales electrónicas entre empresas.

2. Diseñar el proceso de licitación para maximizar la participación potencial de licitantes que compiten genuinamente

La competencia efectiva puede mejorarse si existe un número suficiente de licitantes con credibilidad, capaces de responder a la invitación a participar en la licitación y con incentivos para competir por el contrato. Por ejemplo, la participación en la licitación se puede facilitar si los funcionarios a cargo de las adquisiciones reducen los costos de la presentación de ofertas, establecen requisitos de participación que no limiten injustificadamente la competencia, permiten la participación de empresas de otras regiones u otros países, o buscan formas para motivar la participación de compañías pequeñas, incluso aunque no estén en posibilidad de licitar la totalidad del contrato.

- Evitar restricciones innecesarias que reduzcan el número de licitantes calificados. Especificar requisitos mínimos que sean proporcionales con el tamaño y contenido del contrato licitado. No conviene especificar requisitos mínimos que creen obstáculos a la participación, tales como controles de tamaño, composición o naturaleza de las empresas que están en posibilidad de presentar una oferta.
- Nótese que requerir grandes sumas en garantía de los licitantes como condición para presentar ofertas podría impedir que empresas, que de otro modo calificarían para licitar, participaran en el proceso. De ser posible, debe ponerse atención al establecimiento de montos que sean lo suficientemente altos como para lograr la meta de requerir una garantía.
- Cuando sea posible, es deseable reducir las limitaciones a la participación extranjera en las compras gubernamentales.
- En la medida de lo posible, calificar a los licitantes durante el proceso de adquisición para evitar las prácticas de colusión entre el grupo calificado con antelación y aumentar el nivel de incertidumbre entre las empresas en cuanto al número y la identidad de los oferentes. Evitar que transcurran periodos largos entre la calificación y la adjudicación, pues esto podría facilitar la colusión.
- Reducir el costo de preparación de la licitación. Esto puede lograrse mediante una serie de formas, al:
 - Racionalizar los procesos de licitación en términos de tiempo y de productos (por ejemplo, mediante la utilización de los mismos formatos de solicitud y el requerimiento del mismo tipo de información, etcétera)³.
 - Agrupar ofertas (es decir, distintos proyectos de adquisición) para repartir los costos fijos de preparar una oferta.
 - Mantener listas de oficiales de contratistas aprobados o de certificación por parte de organismos oficiales.
 - Contemplar la asignación del tiempo adecuado para que las empresas preparen y presenten una oferta. Por ejemplo, cabría considerar la posibilidad de publicar

³ Sin embargo, la racionalización de la elaboración de la licitación no debería impedir que los funcionarios a cargo de las adquisiciones busquen mejoras continuas en el proceso de adquisiciones (el procedimiento elegido, las cantidades adquiridas, la calendarización, etcétera).

detalles de proyectos avanzados utilizando publicaciones periódicas y profesionales, revistas y sitios Internet del sector.

- Utilizar un sistema de licitación electrónica si está disponible.
- Cuando sea posible, permitir las ofertas sobre ciertos lotes u objetos en el contrato o combinaciones de los mismos en lugar de ofertas sólo sobre el total del contrato.⁴ Por ejemplo, en los contratos de mayor tamaño, buscar secciones en la licitación que sean atractivas y apropiadas para las empresas pequeñas y medianas.
- No descalificar a los participantes en futuras competencias o eliminarlos inmediatamente de una lista de licitantes si no presentan ofertas en licitaciones recientes.
- Tener flexibilidad con respecto al número de empresas de las que se requiere una oferta. Por ejemplo, si se parte de requerir cinco licitantes, pero se reciben ofertas sólo de tres empresas, cabría considerar la posibilidad de obtener un resultado competido de las tres en lugar de insistir en realizar el ejercicio de nuevo, lo que probablemente dejará más claro que la competencia es escasa.

3. Definir los requisitos con claridad y evitar las medidas predecibles

La redacción de especificaciones y términos de referencia es una etapa del ciclo de adquisiciones públicas vulnerable a los sesgos, al fraude y la corrupción. Las especificaciones y los términos de referencia deben diseñarse de tal forma que eviten sesgos, sean claros y generales, sin ser discriminatorios. Como regla general, deben centrarse en el desempeño funcional, específicamente en lo que se busca lograr, más que en cómo lograrlo. Esto motivará la presentación de soluciones innovadoras y la obtención de mayor valor por el dinero invertido. La redacción de los requisitos de una licitación afecta el número y tipo de proveedores que atrae el proceso y, por ende, incide sobre el éxito del proceso de selección. Cuanto más claros sean los requisitos, más sencilla será su comprensión para los participantes potenciales y más confianza tendrán cuando preparen y presenten ofertas. Sin embargo, la claridad no debe confundirse con la facilidad de predicción. La programación de adquisiciones predecible y las cantidades fijas compradas o vendidas pueden facilitar la colusión. Por otro lado, las oportunidades de adquisición de mayor valor y menor frecuencia aumentan los incentivos a competir entre los licitantes.

- Definir los requisitos tan claro como sea posible en la oferta de adquisición. Las especificaciones deberán verificarse independientemente antes de publicarse de manera definitiva a fin de garantizar que se comprendan de forma clara. Es importante asegurarse de no dejar margen para que los proveedores definan términos clave después de adjudicar la oferta.
- También es importante utilizar especificaciones de desempeño y establecer lo que se requiere, más que ofrecer la descripción del producto.
- Evitar iniciar el proceso de oferta mientras que un contrato se encuentre en las primeras etapas de especificación. En este sentido, se requiere una definición integral de la necesidad, que resulta clave para la calidad de la adquisición. En las raras

⁴ Los funcionarios a cargo de las adquisiciones deberían también estar conscientes de que, si se implementa de la manera equivocada (como de una forma fácilmente predecible), la técnica de 'reparto de contratos' podría ser una oportunidad para que los conspiradores asignen mejor sus contratos.

circunstancias en las que es inevitable, se puede requerir a los licitantes que presenten propuestas por unidad. La tarifa resultante se puede aplicar una vez que se conozcan las cantidades.

- Definir las especificaciones dejando lugar para productos sustitutos o en términos de desempeño y requisitos funcionales cuando sea posible. Las fuentes alternativas o innovadoras de suministro dificultan las prácticas de colusión.
- Debe evitarse la facilidad de predicción en los requisitos del contrato, por lo que sería conveniente agregar o desagregar contratos de manera que se varíe el tamaño y la calendarización de las ofertas.
- Es conveniente trabajar con otros encargados de adquisiciones del sector público y realizar compras conjuntas.
- También vale la pena evitar la presentación de contratos con valores idénticos que se puedan compartir con facilidad entre competidores.

4. Diseñar el proceso de licitación para reducir eficazmente la comunicación entre oferentes

Al diseñar el proceso de licitación, los funcionarios a cargo de las adquisiciones deben estar conscientes de los diversos factores que pueden facilitar la colusión. La eficiencia del proceso de compra dependerá del modelo de licitación adoptado, pero también de cómo se diseñó y se llevó a cabo la oferta de adquisición. Los requisitos de transparencia son indispensables para que un procedimiento de adquisiciones sólido contribuya a la lucha contra la corrupción. Estos requisitos tendrán que cumplirse de manera equilibrada, para no facilitar la colusión al difundir información más allá de los requisitos legales. Desafortunadamente no existe una regla única para el diseño de una subasta o una oferta de adquisición. Las ofertas deben estar diseñadas para adaptarse a la situación y, donde sea posible, considerar lo siguiente:

- Invitar a los participantes interesados a dialogar con el área de adquisiciones sobre las especificaciones técnicas y administrativas de la oportunidad de compra. Sin embargo, es importante evitar reunir a proveedores potenciales mediante la organización periódica de reuniones previas a la presentación de ofertas.
- También es importante limitar tanto como sea posible la comunicación entre licitantes durante el proceso de presentación de ofertas.⁵ Las ofertas abiertas posibilitan la comunicación y el intercambio de señales entre licitantes. Requerir que las ofertas se presenten en persona ofrece oportunidades para comunicaciones de última hora y establecimiento de tratos entre empresas. Esto se puede evitar mediante el uso de la presentación electrónica de ofertas, por ejemplo.
- Es importante considerar atentamente qué información se revela a los oferentes al momento de abrir la licitación pública.
- Al publicar los resultados de una licitación, cabe considerar con atención el tipo de información que se publica y evitar revelar datos sensibles en términos de competencia,

⁵ Por ejemplo, si los licitantes necesitan realizar una inspección local, evite reunirlos en la misma planta al mismo tiempo.

pues esto puede facilitar la formación de esquemas de colusión o manipulación de ofertas en el futuro.

- Cuando existan inquietudes en torno a la colusión debido a las características del mercado o el producto, es importante utilizar, de ser posible, un sistema de subasta cerrada a mejor precio en lugar de una subasta invertida.
- También es importante considerar si se puede obtener un resultado más eficiente aplicando métodos de adquisición distintos de las ofertas en una etapa con base principalmente en el precio. Entre los demás tipos de procesos de adquisición se puede mencionar el de ofertas negociadas⁶ y los acuerdos marco.⁷
- El precio máximo de reserva sólo debe utilizarse si se basa en profundas investigaciones del mercado y los funcionarios están convencidos de su alto nivel de competitividad. El precio de reserva no debe publicarse, sino mantenerse en confidencialidad en el expediente o depositarlo en otra autoridad pública.
- Es importante prestar atención al empleo de consultores de la industria para llevar a cabo el proceso de licitación, pues podrían tener relaciones de trabajo con licitantes específicos. En lugar de ello, utilice la experiencia de los consultores para describir con claridad los criterios y especificaciones y lleve a cabo el proceso de adquisición internamente.
- Cuando sea posible, solicite la presentación anónima de ofertas (identificando a los licitantes mediante números o símbolos) y permita la presentación de ofertas por teléfono o correo postal.
- No revele o limite innecesariamente el número de licitantes en el proceso.
- Requiera que los licitantes revelen todas las comunicaciones con competidores. Considere requerir que los licitantes firmen un Certificado de Determinación Independiente de Ofertas.⁸
- Requiera que los licitantes revelen con anticipación si tienen contemplado realizar subcontrataciones, lo que podría ser una manera de repartir las utilidades entre las partes coludidas.

⁶ En las licitaciones negociadas, el adquirente presenta un plan general y el (los) oferente(s) trabajan los detalles con el comprador, llegando así a un precio.

⁷ En los acuerdos marco, el comprador pide a un número considerable de empresas, por ejemplo, 20, que presenten detalles de su capacidad en términos de factores cualitativos como experiencia, calificaciones de seguridad, etcétera, para luego elegir un número menor, como, por ejemplo, de cinco oferentes para formar parte de un marco. Los trabajos posteriores se asignan principalmente de acuerdo con las capacidades o pueden ser objeto de 'mini' licitaciones, en las que cada uno de los oferentes cotiza un precio para el trabajo.

⁸ Un Certificado de Determinación Independiente de Ofertas requiere que los licitantes revelen todos los datos materiales acerca de cualquier tipo de comunicación que hayan tenido con los competidores en relación con la invitación a presentar ofertas. A fin de desalentar las ofertas fraudulentas, no genuinas o que impliquen colusión y con ello eliminar la ineficiencia y el costo adicional para las adquisiciones, los funcionarios encargados de las compras gubernamentales podrían requerir una declaración de cada oferente en torno a que la licitación se presentó como genuina, sin colusión con otras empresas y con la intención de aceptar el contrato en caso de ser adjudicado. Debe prestarse atención a solicitar la firma de una persona con autoridad en términos de representación de la empresa, sumando penalizaciones adicionales en caso de realizar afirmaciones fraudulentas o imprecisas.

- Debido a que las ofertas conjuntas pueden ser una manera de distribuir ganancias entre licitantes, es importante ser especialmente atento en lo relacionado con las ofertas conjuntas realizadas por empresas acusadas o sancionadas por colusión por parte de las autoridades de competencia. La precaución es importante incluso si la colusión se presentó en otros mercados e incluso si las empresas involucradas no tienen la capacidad de presentar ofertas separadas.
- En la oferta de adquisición conviene incluir una advertencia con respecto a las sanciones para la colusión en licitaciones que se aplican en su país, tales como la suspensión de la posibilidad de participar en licitaciones públicas durante un periodo dado, cualquier sanción si los conspiradores firmaron un Certificado de Determinación Independiente de Ofertas, la posibilidad de que el organismo a cargo de las adquisiciones busque el resarcimiento de los daños y cualquier sanción que aplique de conformidad con la ley de competencia.
- Indique a los licitantes que cualquier reclamo por aumento en el costo de los insumos que lleve a exceder el presupuesto será investigado en detalle.⁹
- Si durante el proceso de adquisición recibe la ayuda de consultores externos, asegúrese que tienen la capacitación adecuada, que firmen acuerdos de confidencialidad y que se sujeten a requisitos de declaración si detectan conductas indebidas de los competidores o cualquier posible conflicto de interés.

5. Elegir con cuidado los criterios para evaluar y adjudicar la oferta

Todos los criterios de selección afectan la intensidad y la eficacia de la competencia en el proceso de adquisición. La decisión en torno a qué criterios de selección utilizar no sólo es importante para el proyecto en vigor, sino también para mantener un grupo de licitantes potenciales con credibilidad con un interés continuo por presentar ofertas para proyectos futuros. Por ello también es importante garantizar que la selección cualitativa y los criterios de selección se elijan de manera que los licitantes con credibilidad, incluyendo las empresas pequeñas y medianas, no se vean desalentadas innecesariamente.

- Al diseñar la oferta de adquisición, piense en el impacto que su selección de criterios puede tener en la competencia futura.
- Cuando se evalúen ofertas con base en criterios distintos del precio (como calidad del producto, servicios post-venta, etcétera), es necesario describir los criterios y ponderarlos adecuadamente con anticipación, a fin de evitar cuestionamientos posteriores a la adjudicación. Si se utilizan correctamente, estos criterios recompensan la innovación y las medidas que racionalizan costos, a la vez que fomentan el establecimiento competitivo de precios. El grado al que se revelan con antelación los criterios de ponderación al cierre de la oferta pueden afectar la capacidad de los licitantes para coordinar su oferta.
- Es importante evitar cualquier tipo de trato preferencial para cierta categoría o tipo de proveedor.
- No favorezca a los proveedores que ya prestan sus servicios.¹⁰ Las herramientas que garantizan tanto anonimato como sea posible a lo largo del proceso de adquisición podría

⁹ Los incrementos de costos durante la fase de ejecución de un contrato deben seguirse de cerca, pues pueden ser un frente para actos de corrupción y cohecho.

servir para contrarrestar las ventajas de las empresas que ya trabajan con el área de adquisiciones.

- No haga énfasis excesivo en la importancia de los registros de desempeño. Cuando sea posible, considere experiencias relevantes adicionales.
- Evite dividir los contratos entre proveedores con ofertas idénticas. Investigue las razones de estas ofertas idénticas y, de ser necesario, considere repetir la invitación a presentar ofertas o adjudique el contrato a un solo proveedor.
- Investigue si los precios o las ofertas no parecen tener sentido, pero nunca discuta estos temas colectivamente con los licitantes.
- Cuando sea posible, dentro de los requisitos legales que rigen las notificaciones de adjudicación, mantenga en confidencialidad los términos y las condiciones de la oferta de cada empresa. Eduque a quienes están involucrados en el proceso de realización del contrato (como elaboración, estimaciones, etcétera) acerca del significado de la confidencialidad estricta.
- Resérvese el derecho de no adjudicar el contrato si se sospecha que el resultado no será competitivo.

6. Crear conciencia entre su personal acerca de los riesgos de la colusión en los procesos de adquisición

La capacitación profesional es importante para fortalecer la conciencia de los funcionarios a cargo de las adquisiciones sobre temas de competencia en este sector. Los esfuerzos para combatir la colusión más eficazmente pueden apoyarse por medio de la recolección de información histórica sobre conductas en licitaciones, dando seguimiento constante a las actividades de presentación de ofertas y realizando análisis acerca de los datos relacionados con las ofertas. Esto ayuda a que los organismos encargados de las adquisiciones (y las autoridades de competencia) identifiquen situaciones problemáticas. Cabe destacar que la colusión en los procesos de adquisición puede no ser evidente a partir de los resultados de una sola oferta. A menudo, los esquemas de colusión sólo se revelan cuando se analizan los resultados de una serie de ofertas en un periodo dado.

- Implementar un programa periódico de capacitación sobre detección de manipulación de ofertas y carteles para el personal con ayuda del organismo de competencia o de consultores legales externos.
- Acumular información acerca de las características de ofertas anteriores (como datos sobre el producto adquirido, la oferta de cada participante y la identidad del ganador).
- Revise periódicamente el historial de ofertas de productos o servicios específicos y busque patrones sospechosos, especialmente en las industrias susceptibles de colusión.¹¹
- Adopte una política para analizar periódicamente las ofertas adjudicadas.

¹⁰ Las compañías que ya trabajan con el área de adquisiciones en cuestión son aquellas que suministran bienes o prestan servicios a la administración pública y cuyo contrato está a punto de vencer.

¹¹ Véase la sección “Características industriales, de producto y de servicios que contribuyen a apoyar la colusión” en el cuerpo del documento.

- Realice comparaciones entre listas de compañías que hayan presentado una declaración de interés y compañías que hayan presentado ofertas para identificar posibles tendencias como retiro de ofertas y uso de subcontrataciones.
- Programe entrevistas con proveedores que no presenten ya ofertas y con los que no hayan ganado.
- Establezca un mecanismo de quejas para que las empresas comuniquen sus inquietudes con respecto a la competencia. Por ejemplo, identifique claramente la persona o la oficina a la que deben presentarse las quejas (y proporcione los detalles para establecer contacto) y asegúrese que se cuente con el nivel de confidencialidad adecuado.
- Utilice mecanismos de obtención de información sobre colusión en licitaciones de compañías y sus empleados, como el sistema de informantes (soplones). Considere la posibilidad de presentar sus solicitudes en los medios para invitar a las compañías a proporcionar información a las autoridades sobre posibles casos de colusión.
- Manténgase informado acerca de la política de clemencia o inmunidad en su país,¹² de aplicarse, y revise sus políticas sobre la suspensión de la posibilidad de calificar para una oferta cuando se ha determinado la existencia de actividad colusoria, a fin de determinar si armoniza con la política de clemencia de su país.
- Establezca procedimientos internos que alienten o requieran que los funcionarios reporten declaraciones o conductas sospechosas a las autoridades de competencia así como al grupo de auditoría interna y al contralor del organismo de adquisiciones y considere el establecimiento de incentivos para fomentar que los funcionarios en efecto hagan estas declaraciones.
- Establezca relaciones de cooperación con la autoridad de competencia (establezca un mecanismo de comunicación, listando la información a proporcionar cuando los funcionarios de adquisiciones entren en contacto con los organismos de competencia, etcétera). Implement a regular training program on bid rigging and cartel detection for your staff, with the help of the competition agency or external legal consultants.

¹²

Estas políticas generalmente contemplan el otorgamiento de inmunidad en casos de procesos legales antimonopolio a la primera de las partes que lo solicite al amparo de la política que admite su participación en actividades específicas de cartel, incluyendo esquemas de manipulación de licitaciones y acepta colaborar en la investigación con la autoridad de competencia

B. Lista de verificación para detectar colusión en licitaciones para adquisiciones públicas

Los acuerdos de colusión para la manipulación de licitaciones pueden ser muy difíciles de detectar, pues normalmente se negocian en secreto. Sin embargo, en las industrias donde la colusión es común, los proveedores y los compradores podrían estar al tanto de añejas conspiraciones para manipular ofertas en licitaciones. En la mayoría de las industrias resulta necesario buscar evidencia, tales como patrones extraños de presentación de ofertas o de precios o algo que el proveedor diga o haga. Manténgase en guardia a lo largo de todo el proceso de adquisición, al igual que durante su investigación preliminar del mercado.

1. Buscar patrones y señales de advertencia cuando las empresas presentan ofertas

Ciertos patrones y prácticas de licitación parecen no corresponder a un mercado competitivo y apuntan hacia la posibilidad de que exista manipulación. Busque patrones poco usuales en las formas en las que las empresas licitan y la frecuencia con la que ganan o pierden ofertas de adquisición. También la subcontratación y las prácticas de proyectos conjuntos no reveladas pueden plantear sospechas.

- El mismo proveedor a menudo es el que presenta la oferta más baja.
- Las ofertas ganadoras tienen una ubicación geográfica. Algunas empresas presentan ofertas que ganan sólo en ciertas zonas geográficas.
- Los proveedores usuales no presentan ofertas en un concurso de adquisición en el que normalmente se esperaría que participaran, pero han seguido presentando ofertas en otros concursos.
- Algunos proveedores se retiran inesperadamente de la licitación.
- Algunas compañías siempre presentan ofertas pero nunca ganan.
- Parece que las compañías se turnan para ser el licitante ganador.
- Dos o más empresas presentan una oferta conjunta aun cuando al menos una de ella podría haber licitado independientemente.
- El licitante ganador repetidamente subcontrata trabajo con licitantes que no ganaron.
- El licitante ganador no acepta la adjudicación y se determina más tarde que está trabajando como subcontratista.
- Los competidores socializan con regularidad o programan reuniones antes de la fecha límite de presentación de ofertas.

2. Buscar señales de advertencia en todos los documentos que se presenten

Los diversos documentos que presentan las empresas en un proceso de licitación contienen señales que apuntan hacia una conspiración para manipularla. Aunque las empresas que participan en el acuerdo para manipular la licitación intentarán mantenerlo en secreto, el descuido, la culpa o la ostentación por parte de los conspiradores puede derivarse en señales que, en última instancia, llevan a descubrir la conspiración. Es importante comparar cuidadosamente todos los documentos en busca de evidencia que apunte a pruebas sobre la preparación de ofertas por la misma persona o que fueron preparadas en conjunto.

- La detección de errores idénticos en los documentos de presentación de oferta o las cartas presentadas por compañías diferentes, como las faltas de ortografía.
- Ofertas de compañías diferentes que presentan caligrafía o tipos de letra similares o que utilizan formatos o papelería idéntica.
- Documentos presentados por una compañía que hacen referencia directa a ofertas de competidores o que utilizan papel membretado o el número de fax de otro licitante.
- Ofertas de diferentes compañías que contienen errores de cálculo idénticos.
- Ofertas de diferentes compañías que contienen un número significativo de estimaciones idénticas del costo de ciertos artículos.
- Los paquetes de diferentes compañías presentan sellos postales o marcas postales similares.
- Los documentos de licitación de compañías diferentes presentan numerosos ajustes de último minuto, como el uso de corrector blanco u otras alteraciones físicas.
- Documentos de licitación presentados por compañías diferentes que contienen menos detalles de los necesarios o esperados, o que presenten otros indicios de no ser genuinos.
- Los competidores presentan ofertas idénticas o los precios presentados por los licitantes aumentan en incrementos regulares.

3. Buscar señales de advertencia y patrones relacionados con el establecimiento de precios

Los precios presentados en una licitación se pueden utilizar como herramienta para descubrir casos de colusión. En este sentido, es importante buscar patrones que apunten a compañías que podrían estar coordinando sus esfuerzos, como en el caso de aumentos de precios que no tienen explicación en aumentos de costos. Cuando las ofertas perdedoras son mucho más altas que la ganadora, los conspiradores podrían estar utilizando un esquema de licitación de respaldo. Una práctica común en estos esquemas consiste en que el proveedor del precio de respaldo incrementa 10 por ciento o más a la oferta más baja. Los precios que superan la estimación de costos o las ofertas previas para concursos similares también podrían ser indicio de colusión. Los siguientes elementos pueden ser motivo de sospecha:

- Aumentos repentinos e idénticos en intervalos de precios por parte de licitantes que no pueden explicarse mediante incrementos en costos.
- Expectativas de descuentos o reembolsos que desaparecen inesperadamente.

- Los precios idénticos pueden plantear inquietudes, en especial cuando se cumple una de las siguientes condiciones:
 - Los precios de los proveedores fueron los mismos durante largo tiempo,
 - Los precios de los proveedores eran distintos unos de otros,
 - Los proveedores aumentaron el precio sin que sea justificable por aumentos de costos, o
 - Los proveedores eliminaron descuentos, especialmente en un mercado donde usualmente se ofrecían.
- Se observa una gran diferencia entre el precio de una oferta ganadora y otras ofertas.
- La oferta de cierto proveedor es mucho más alta para un contrato específico que la del mismo proveedor para un contrato similar.
- Se observan reducciones significativas con respecto a los niveles anteriores de precios después de que un proveedor nuevo o que participa con poca frecuencia presenta una oferta, es decir, el nuevo proveedor podría haber entorpecido el funcionamiento de un cartel existente de manipulación de licitaciones.
- Los proveedores locales están ofreciendo precios más altos para las entregas locales que para las entregas a destinos más alejados.
- Las compañías locales y las no locales especifican costos de transporte similares.
- Sólo un licitante establece contacto con los mayoristas para obtener información sobre precios antes de presentar un concurso.
- Características inesperadas en licitaciones públicas en una subasta, por medios electrónicos o de otro tipo – como ofertas que contienen cifras poco usuales en renglones en los que se esperarían cifras redondeadas a centenas o miles – podrían ser indicio de que los licitantes están utilizando los concursos como vehículo de colusión al comunicarse información o destacar preferencias.

4. Siempre buscar afirmaciones sospechosas

Al trabajar con proveedores es importante prestar atención a afirmaciones sospechosas que apunten a que las compañías podrían haber llegado a un acuerdo o coordinado sus precios o sus prácticas de ventas.

- Referencias habladas o escritas en torno al establecimiento de un acuerdo entre oferentes.
- Afirmaciones en las que los licitantes justifican sus precios al revisar los “precios que sugiere la industria”, “los precios estándar en el mercado” o “escalas de precios de la industria”.
- Afirmaciones indicando que algunas empresas no venden en zonas específicas o a clientes específicos.
- Afirmaciones indicando que una zona o un cliente “pertenece” a otro proveedor.
- Afirmaciones indicando conocimiento anticipado, no público, de los precios de un competidor o acerca de detalles o conocimiento previo del éxito o fracaso en una competencia para la que aún no se publican los resultados.

- Afirmaciones que apunte a que un proveedor presentó una oferta de cortesía, complementaria, simbólica o de respaldo.
- Uso de la misma terminología por parte de varios proveedores al explicar los incrementos de precios.
- Cuestionamientos o inquietudes acerca de Certificados de Determinación Independiente de Licitaciones o indicios de que, aunque firmados (o incluso entregados sin firmar), podrían no haber sido tomados en serio.
- Cartas de intención de licitantes que se rehúsan a cumplir ciertas condiciones de la licitación o hacen referencia a discusiones, tal vez en el seno de asociaciones gremiales o industriales.

5. Siempre buscar conductas sospechosas

Buscar referencias sobre reuniones o eventos en los que los proveedores podrían tener oportunidad de discutir precios o conductas que sugieran que una compañía está tomando medidas específicas que sólo benefician a otras empresas. Entre los tipos de conductas sospechosas se podrían mencionar los siguientes:

- Los proveedores se reúnen en privado antes de presentar ofertas, a veces cerca de la ubicación donde se presentarán.
- Los proveedores socializan con regularidad o parecen mantener reuniones periódicas.
- Una empresa solicita un paquete de licitación para sí misma y un competidor.
- Una empresa presenta su propia licitación y documentación, junto con la de un competidor.
- Una compañía sin posibilidad de cumplir el contrato con éxito presenta una licitación.
- Una empresa presenta varias ofertas en una licitación y elige qué oferta presentar después de determinar (o tratar de determinar) quién más está compitiendo.
- Varios licitantes presentan cuestionamientos similares ante el organismo de adquisiciones o entregan solicitudes o materiales similares.

6. Advertencia acerca de los indicadores de colusión en procesos de adquisición

Los indicadores de posible manipulación de los procesos de adquisición descritos arriba identifican toda una serie de patrones en la presentación de ofertas y el establecimiento de precios, así como de afirmaciones y conductas sospechosas. Sin embargo, no deberían considerarse como prueba de que las empresas están efectivamente manipulando una licitación. Por ejemplo, una empresa puede no haber presentado ofertas en una licitación específica porque estaba demasiado ocupada para realizar el trabajo que requiere la preparación de un concurso. Las ofertas altas podrían simplemente reflejar una evaluación distinta del costo de un proyecto. No obstante, cuando se detectan patrones sospechosos en la presentación de ofertas o el establecimiento de precios o cuando los representantes del organismo de adquisiciones escuchan afirmaciones extrañas u observan conductas peculiares, se requiere una investigación más profunda para descartar que se trate de un caso de manipulación. Un patrón regular de conductas sospechosas en un periodo dado es a menudo un mejor indicador de posible manipulación, que la evidencia que arroja una sola licitación. Es importante registrar con cuidado toda la información, de manera que sea posible establecer un patrón de conducta en un horizonte temporal.

7. Medidas que deberán aplicar los funcionarios encargados de las adquisiciones si se sospecha colusión

Si sospecha la manipulación en una licitación, existe una serie de pasos que deberá tomar a fin de contribuir a revelarla y detenerla.

- Tenga un entendimiento funcional de la ley sobre colusión en procesos de adquisición en su jurisdicción.
- No discuta sus inquietudes con los participantes bajo sospecha.
- Guarde todos los documentos relacionados con la licitación, incluyendo la correspondencia, los sobres, etcétera.
- Mantenga un registro detallado de toda conducta y afirmaciones sospechosas, incluyendo fechas, personas involucradas y otras personas presentes y exactamente lo que ocurrió o se dijo. Deben tomarse notas durante el evento o mientras estén frescas en la memoria del funcionario, a fin de proporcionar una descripción precisa de lo que sucedió.
- Establezca contacto con la autoridad relevante de su jurisdicción en materia de competencia.

Luego de consultar con su personal legal interno, considere la conveniencia de proceder con la licitación.

El texto completo de la Recomendación también está disponible en la base de datos de instrumentos legales de la OCDE donde se puede encontrar información adicional y cualquier actualización futura:
<http://acts.oecd.org/Default.aspx>

Materiales relacionados

OCDE (2016), Report on implementing the OECD Recommendation on Fighting Bid Rigging in Public Procurement

www.oecd.org/daf/competition/Fighting-bid-rigging-in-public-procurement-2016-implementation-report.pdf

OCDE (2017), Examen de las normas y prácticas de contratación de PEMEX en México,

<http://www.oecd.org/daf/competition/combate-colusion-licitaciones-publicas-mexico-informe-pemex-2016.htm>

OCDE (2015), Combate a la Colusión en los Procesos de Contratación Pública en México: informe CFE 2015,

<http://www.oecd.org/daf/competition/CombateColusiónContrataciónPública-México-InformeCFE-2015.pdf>

OCDE (2014), Fighting Bid Rigging in Public Procurement in Colombia,

www.oecd.org/daf/competition/fighting-bid-rigging-in-public-procurement-in-colombia.htm

OECD Public Procurement Toolbox,

www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/

Más sobre los trabajos de la OCDE sobre el combate a la colusión en las licitaciones públicas disponible en www.oecd.org/competition/bidrigging

LINEAMIENTOS PARA COMBATIR LA COLUSIÓN ENTRE OFERENTES EN LICITACIONES PÚBLICAS



Los lineamientos son una parte integral de esta Recomendación de la OCDE. Ayudan a los funcionarios públicos a reducir los riesgos de colusión en las licitaciones, a través del diseño cuidadoso de licitaciones de compras públicas, y a detectar conspiraciones de manipulación de licitaciones durante los procesos de adquisición. Vease abajo un extracto de los lineamientos disponibles en oe.cd/gfbr.

A

Lista de verificación para el diseño de un proceso de adquisición que reduzca los riesgos de colusión en la presentación de ofertas

- 1 Contar con información adecuada antes de diseñar el proceso de licitación
- 2 Diseñar el proceso de licitación para maximizar la participación potencial de licitantes que compiten genuinamente
- 3 Definir los requisitos con claridad y evitar las medidas predecibles
- 4 Diseñar el proceso de licitación para reducir eficazmente la comunicación entre oferentes
- 5 Elegir con cuidado los criterios para evaluar y adjudicar la oferta
- 6 Crear conciencia entre su personal acerca de los riesgos de la colusión en los procesos de adquisición

B

Lista de verificación para detectar colusión en licitaciones para adquisiciones públicas

- 1 Buscar patrones y señales de advertencia cuando las empresas presentan ofertas
- 2 Buscar señales de advertencia en todos los documentos que se presenten
- 3 Buscar señales de advertencia y patrones relacionados con el establecimiento de precios
- 4 Siempre buscar afirmaciones sospechosas
- 5 Siempre buscar conductas sospechosas

Medidas que deberán aplicar los funcionarios encargados de las adquisiciones si se sospecha colusión

Si sospecha la manipulación en una licitación, existe una serie de pasos que deberá tomar a fin de contribuir a revelarla y detenerla.

- 1 Tenga un entendimiento funcional de la ley sobre colusión en procesos de adquisición en su jurisdicción
- 2 No discuta sus inquietudes con los participantes bajo sospecha
- 3 Guarde todos los documentos relacionados con la licitación, incluyendo la correspondencia, los sobres, etcétera.
- 4 Mantenga un registro detallado de toda conducta y afirmaciones sospechosas, incluyendo fechas, personas involucradas y otras personas presentes y exactamente lo que ocurrió o se dijo. Deben tomarse notas durante el evento o mientras estén frescas en la memoria del funcionario, a fin de proporcionar una descripción precisa de lo que sucedió
- 5 Establezca contacto con la autoridad relevante de su jurisdicción en materia de competencia
- 6 Luego de consultar con su personal legal interno, considere la conveniencia de proceder con la licitación



oe.cd/competition-recommendations

