

COMPETITION COMMITTEE



Combatiendo la Colusión en los Procesos de Contratación Pública en Colombia

**Informe del Secretariado sobre el Marco Jurídico y
las Prácticas de Contratación Pública en Colombia**

Combatiendo la Colusión en los Procesos de Contratación Pública en Colombia

Informe del Secretariado sobre el Marco Jurídico
y las Prácticas de Contratación Pública en
Colombia

2014



ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS

La OCDE constituye un foro único en su género, donde los gobiernos trabajan conjuntamente para afrontar los retos económicos, sociales y medioambientales que plantea la globalización. La OCDE está a la vanguardia de los esfuerzos emprendidos para ayudar a los gobiernos a entender y responder a los cambios y preocupaciones del mundo actual, como el gobierno corporativo, la economía de la información y los retos que genera el envejecimiento de la población. La Organización ofrece a los gobiernos un marco en el que pueden comparar sus experiencias políticas, buscar respuestas a problemas comunes, identificar buenas prácticas y trabajar en la coordinación de políticas nacionales e internacionales.

Los países miembros de la OCDE son: Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, Corea, Dinamarca, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Suecia, Suiza y Turquía. La Comisión Europea participa en el trabajo de la OCDE.

Las publicaciones de la OCDE aseguran una amplia difusión de los trabajos de la Organización. Éstos incluyen los resultados de la compilación de estadísticas, los trabajos de investigación sobre temas económicos, sociales y medioambientales, así como las convenciones, directrices y los modelos desarrollados por los países miembros.

Este trabajo se publica bajo la responsabilidad del Secretariado General de la OCDE. Las opiniones expresadas y los argumentos esgrimidos en él no reflejan necesariamente la opinión oficial de los países miembros de la OCDE.

Tanto este documento como cualquier mapa que se incluya en él no conllevan perjuicio alguno respecto al estatus o la soberanía de cualquier territorio, a la delimitación de fronteras y límites internacionales, ni al nombre de cualquier territorio, ciudad o área.

La OCDE tiene dos lenguas oficiales, Inglés y Francés. La versión en Inglés de este examen es la única oficial.

© OCDE 2014

Toda solicitud de permiso para reproducir una parte de esta obra para fines no comerciales o docentes deberá obtenerse dirigiéndose a: Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC), 20, rue des Grands-Augustins, 75006 París, Francia, Tel. (33-1) 44 07 47 70, Fax (33-1) 46 34 67 19, para todos los países con excepción de los Estados Unidos. En los Estados Unidos el permiso debe obtenerse por conducto del Copyright Clearance Center, Customer Service, (508)750-8400, 222 Rosewood Drive, Danvers, MA 01923 USA, o CCC Online: <http://www.copyright.com/>. Todas las demás solicitudes de permiso para reproducir o traducir este libro en parte o en su totalidad deberán dirigirse a: Publicaciones de la OCDE, 2, rue André-Pascal, 75775 París Cedex 16, Francia.

PREÁMBULO

En respuesta a la solicitud proveniente de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), el Secretariado de la OCDE ha preparado el presente Informe para examinar la adecuación del marco jurídico y las prácticas de Colombia en contratación pública a la Recomendación del Consejo del 25 de marzo de 1998 respecto a la Acción Efectiva Contra los Cártels, y la Recomendación del Consejo del 17 de julio de 2012 sobre el Combate a la Colusión en Licitaciones Públicas.

El informe de antecedentes para la evaluación del proceso de acceso en el Comité de Competencia será construido sobre las conclusiones de este Reporte.

Este informe es posterior a las dos sesiones de capacitación organizadas por el Secretariado de la OCDE para funcionarios colombianos de contratación pública y funcionarios de la SIC sobre los Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas de la OCDE, que tuvieron lugar en diciembre de 2012 y febrero de 2013. El objetivo de las capacitaciones fue dar asesoría práctica sobre cómo diseñar procedimientos efectivos de contratación pública y detectar prácticas colusorias en el curso de los procedimientos de licitación pública, con el fin de reducir el riesgo de colusión en la contratación pública.

La implementación de las recomendaciones de la OCDE en este Informe, aunada a la conciencia creciente en los funcionarios colombianos de contratación pública de la existencia, riesgos y costos de la colusión, harán posible que Colombia incremente la efectividad de su contratación pública en beneficio de sus contribuyentes. El Informe y su conclusión contribuirán también a que la SIC mejore sus actuales esfuerzos para combatir las prácticas de colusión entre oferentes en procesos de contratación pública en Colombia.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Preámbulo.....	3
Introducción	7
CAPÍTULO 1: La competencia en la contratación pública.....	9
CAPÍTULO 2: El marco jurídico existente para la contratación pública en Colombia.....	13
CAPÍTULO 3: Vinculación de las disposiciones Colombianas con las provisiones para combatir la colusión entre oferentes de la Recomendación de 1998 del Consejo de la OCDE relativas a acciones efectivas contra los cárteles	15
CAPÍTULO 4: Vinculación de las disposiciones Colombianas con la Recomendación de la OCDE de 2012 para el combate a la colusión entre oferentes en licitaciones públicas y los lineamientos correspondientes.....	21
CAPÍTULO 5: Recomendaciones y sugerencias dirigidas a combatir la colusión entre oferentes en la contratación pública y a mejorar las prácticas de contratación del gobierno Colombiano	33
CAPÍTULO 6: Conclusiones.....	59
ANEXO 1 Recomendación del consejo con respecto a la acción efectiva contra los cárteles	61
ANEXO 2: Recomendación de la OCDE para combatir la colusión en la contratación pública y lineamientos relacionados	67
LINEAMIENTOS DE LA OCDE PARA COMBATIR LA COLUSIÓN ENTRE OFERENTES EN CONTRATACIONES PÚBLICAS	73
LISTA DE VERIFICACIÓN PARA EL DISEÑO DE UN PROCESO DE ADQUISICIÓN QUE REDUZCA LOS RIESGOS DE COLUSIÓN EN LA PRESENTACIÓN DE OFERTAS.....	78
LISTA DE VERIFICACIÓN PARA DETECTAR COLUSIÓN EN LICITACIONES PARA ADQUISICIONES PÚBLICAS.....	89

ANEXO 3: CERTIFICADO DE DETERMINACIÓN DE OFERTA INDEPENDIENTE (CANADÁ).....	97
ANEXO 4: CERTIFICADO DE DETERMINACIÓN DE OFERTA INDEPENDIENTE (ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, ABRIL 1985).....	101
ANEXO 5 RECOMENDACIONES DIRIGIDAS AL GOBIERNO DE COLOMBIA	103
ANEXO 6 RECOMENDACIONES DIRIGIDAS A LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO (SIC).....	105
ANEXO 7 RECOMENDACIONES DIRIGIDAS A LA AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA	109
ANEXO 8 RECOMENDACIONES DIRIGIDAS A LOS GRUPOS DEL GOBIERNO COLOMBIANO RESPONSABLES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	113

INTRODUCCIÓN

La autoridad de competencia en Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), solicitó a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) que examinara el marco jurídico y las prácticas correspondientes a la contratación pública en Colombia y las iniciativas que ha emprendido la SIC tanto para combatir las prácticas de colusión/colusión entre oferentes en procesos de contratación pública, como para incrementar la competencia en los procesos de licitación pública. En este Informe se examina el estatus de estos temas en relación con las recomendaciones y lineamientos de la OCDE referentes a cárteles y colusión entre oferentes en los procesos de contratación pública. En la realización de este trabajo, la OCDE dependió en buena medida de la investigación llevada a cabo por personal de la SIC que analizó cuestiones relacionadas con la colusión y la competencia en las licitaciones públicas en Colombia. Este Informe también está basado en la información proporcionada al Secretariado de la OCDE por la SIC en el periodo de febrero a septiembre de 2013. Este informe debe ser leído en conjunto con la evaluación de acceso sobre las leyes y políticas de competencia en Colombia, que está siendo preparado por el Secretariado de la OCDE.

Este Informe identifica las características comúnmente presentes en la contratación pública colombiana y en la aplicación de la ley y sensibilización a la problemática de los cárteles, y establece asesoría e indicaciones que, a juicio de la OCDE, pueden llevar a un cumplimiento más riguroso de las recomendaciones y lineamientos de la OCDE, a una contratación pública más efectiva y a la reducción de la incidencia de colusión en la contratación pública en Colombia. En particular, este Informe se centra en el cumplimiento por Colombia de:

- disposiciones importantes en la Recomendación del Consejo del 25 de marzo 1998 con respecto a la Acción Efectiva Contra los Cárteles (la Recomendación de 1998)¹ y específicamente a la disposición relativa a la investigación y persecución de prácticas de colusión en las licitaciones públicas²; y

¹ La Recomendación se puede encontrar en el Anexo 1.

² El cumplimiento general de Colombia con la Recomendación de 1998 será evaluado en el Reporte de Acceso mencionado arriba en la nota al pie de página 1.

- la Recomendación del Consejo de 17 de julio de 2012 sobre el Combate a la Colusión en la Licitaciones Públicas (la Recomendación de 2012).³

El Informe consta de cinco secciones: La sección introductoria analiza la importancia de la competencia en la contratación pública y las consecuencias económicas negativas de la manipulación entre oferentes en las licitaciones. La segunda sección ofrece una síntesis del marco jurídico actual colombiano que rige la contratación pública a cargo de los departamentos y organismos del gobierno central. El informe prosigue con el examen de en qué medida Colombia se vincula con la Recomendación 1998 y la de 2012 en las secciones 3 y 4 respectivamente. La sección 5 del Informe establece las recomendaciones que la OCDE considera que habilitarán a Colombia para combatir las prácticas de colusión en la licitación pública con más efectividad.

Las sugerencias de la OCDE están dirigidas al gobierno colombiano, a la SIC, a los grupos gubernamentales de contratación pública y a la Agencia Nacional de Contratación Pública, un organismo central de contratación pública recién establecido.⁴ Estas manejan los asuntos sobre políticas y prácticas de contratación pública, como: aumentar el uso de licitaciones públicas, consolidar compras y reversar subastas; preparar estudios de mercado útiles y detallados; y reducir la divulgación de compras sensibles a la competencia y la información de las licitaciones. Las sugerencias también están dirigidas a mejorar el intercambio de información y la comunicación entre la SIC, la ANCP y los funcionarios encargados de las compras públicas, así como a la realización de actividades de entrenamiento patrocinadas por la SIC y la ANCP, orientadas a educar a funcionarios del gobierno sobre cómo aumentar la competencia en sus procedimientos de adquisiciones públicas, así como detectar y evitar la colusión en la contratación pública. La OCDE cree que es crítico que la SIC y la ANCP trabajen juntos para asegurar que las recomendaciones y sugerencias presentadas en este informe se cumplan por medio de iniciativas y del apoyo de dos defensores con facultades e intereses en este aspecto importante de la contratación pública.

³ El texto de la Recomendación se encuentra en inglés y francés en <http://www.oecd.org/daf/competition/oecdrecommendationonfightingbidrigginginpublicprocurement.htm> -véase Anexo 2 para el documento completo en español.

⁴ Agencia Nacional de Contratación Pública, también conocida como Colombia Compra Eficiente.

CAPÍTULO 1: LA COMPETENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Para empezar, es necesario poner en contexto la lucha internacional contra la colusión en la contratación pública. La colusión entre oferentes tiene lugar cuando las empresas conspiran entre sí para aumentar los precios o disminuir la calidad de bienes y servicios que son adquiridos por organizaciones públicas y privadas mediante un proceso de licitación, en lugar de que las empresas compitan auténticamente unas con otras para ganar una licitación. La colusión entre oferentes en procesos de contratación es un tipo muy específico de colusión o de actividad de cártel con consecuencias importantes y negativas económicamente. Los participantes de los cárteles suelen estar bien organizados, tienen muchos recursos y tienden a actuar en secreto. Ningún país es inmune a estas prácticas ilegales. A veces, parte del incremento de los costos los usan las compañías participantes para pagar a funcionarios públicos corruptos. Además de quitarles recursos a los grupos compradores (y en último término a los contribuyentes en el caso de las licitaciones gubernamentales), estas prácticas pueden desalentar la participación de compañías competidoras, disminuyendo la confianza del público en los procesos de contratación competitiva y socavando los beneficios de un mercado competitivo.

Es ampliamente reconocido que las autoridades de contratación pública gubernamentales son victimizadas con frecuencia por compañías del sector privado mediante la colusión entre oferentes y otras actividades de fijación de precios. Esto se debe en parte al gran y estable volumen de adquisiciones realizadas por los gobiernos –la contratación pública de los grupos del gobierno central colombiano suma hasta 15.8 por ciento del Producto Interno Bruto (PIB) de Colombia, cifra algo por encima del promedio de 12.9 por ciento de los 34 países miembros de la OCDE. Hay más de 2,000 organizaciones del nivel nacional y subnacional del gobierno que adquieren bienes y servicios en Colombia.

En consecuencia, la OCDE y las autoridades dedicadas a la competencia en todo el mundo, como la SIC, han sumado sus esfuerzos para combatir esta actividad anti-competitiva que cuesta a los gobiernos y sus agencias, ministerios, departamentos y empresas de propiedad estatal enormes sumas de dinero cada año

que se podrían usar para financiar proyectos importantes y necesarios relacionados con infraestructura, atención a la salud y educación, entre otros.¹

La colusión entre oferentes en la contratación pública es uno de los numerosos problemas que tienen que encarar los grupos de adquisiciones públicas cuando emprenden sus procesos de contratación. Otras cuestiones son:

- pocos oferentes;
- falta de competencia entre los oferentes;
- fijación de precios por parte de los oferentes en procesos distintos a los de licitación;
- leyes y reglamentos inadecuados;
- ineficiencias en los procedimientos de contratación; y
- funcionarios públicos de las contrataciones deshonestos o corruptos.

La meta primordial de los grupos de contratación pública debe ser adquirir bienes, servicios y obras públicas de la manera más efectiva de un número suficiente de oferentes que compitan activa y auténticamente para suministrar lo que se requiere. Para alcanzar esta meta, es necesario disponer de lo siguiente: leyes y reglamentos adecuados; prácticas de licitación pública claras y sensatas; y funcionarios profesionales de contratación pública bien capacitados que entiendan y se apeguen a las leyes, reglamentos y prácticas establecidas. Las leyes de contratación pública no deben poner cargas innecesarias sobre los grupos de contratación pública a través de procedimientos y requisitos demasiado burocráticos o complicados. Esencialmente, las leyes de contratación pública han de estar diseñadas para ayudar a los funcionarios de la contratación a hacer adquisiciones efectivas con el mejor rendimiento del dinero. Aunque las leyes y prácticas de contratación pueden tomar en cuenta otros objetivos de la política pública, no deben estar diseñadas centralmente para otras iniciativas de política pública, como la política industrial, política social y desarrollo económico

¹ Una serie de encuestas sobre economía relacionadas con el nivel de cobros excesivos de los cárteles, incluida la realizada por la OCDE, han indicado que la presencia de un acuerdo fraudulento puede aumentar los precios pagados por los grupos de contratación en más de 30 por ciento.

regional.² Es necesario que la adquisición de bienes y servicios tenga un enfoque y una orientación comerciales.

Es vital que los funcionarios encargados de la contratación pública sean plenamente conscientes de que algunos oferentes se coluden entre sí y realizan diversos actos de colusión con el fin de hacer fracasar los procesos de licitación competitiva en su propio beneficio y en contra de los mejores intereses de los grupos de contratación pública, accionistas y contribuyentes. Para contrarrestar este hecho, los funcionarios responsables de la contratación pública deben ser capacitados sobre las formas que adoptan la colusión y cómo detectarla y evitarla. No obstante, sin importar lo educados e informados que puedan estar estos funcionarios, siempre habrá empresas e individuos deshonestos que se coludan. Por ende, es esencial que los países aprueben leyes para abordar estos tipos de actividades y que establezcan autoridades de competencia con suficientes facultades y sanciones para disuadir estas acciones anticompetitivas.

Los gobiernos de todo el mundo y en todos los niveles tienden a alentar a los funcionarios de contratación pública a que adjudiquen los contratos al oferente con el precio más bajo ya que es la medida más segura desde la perspectiva de la transparencia y la percepción pública. Los compradores públicos tienen una tendencia similar porque es el método más fácil de adjudicar contratos. No obstante, este modo de actuar puede implicar un enfoque demasiado simplista de la contratación pública. Además, facilita la colusión porque elimina el carácter impredecible de los procedimientos de licitación pública. Es irónico que la colusión entre oferentes se dé sólo cuando los grupos de licitación seleccionan rutinariamente la oferta de más bajo precio en los procesos de contratación. Esta es una razón adicional para que los que elaboran políticas públicas y los funcionarios de contratación pública colombianos reconozcan la importancia de otros factores diversos del precio, como la calidad, el servicio, los plazos de entrega, los plazos de pago, garantías, etc. y permitan el uso de estos criterios de selección para la adjudicación de los contratos.

Evaluar las ofertas y conceder contratos basándose sólo en el precio tiene mucho sentido cuando el producto o servicio es de naturaleza simple y el proceso de contratación es rutinario. Emplear factores de evaluación diferentes del precio

² Acentuar la competencia en las licitaciones gubernamentales, reducir la burocracia en los procesos de contratación pública e implementar las recomendaciones contenidas en este informe ayudaría a promover empresas medianas y pequeñas, objetivo de muchos países en todo el mundo.

representa un enfoque más difícil en la contratación pública, pero puede ser el mejor planteamiento cuando el bien o el servicio que se va a adquirir es complejo y existan una serie de características o de variables que se consideran necesarias (los proyectos de obras públicas son un buen ejemplo de ello). Cuando se utilizan factores ajenos a los precios, es necesario que los funcionarios de la contratación pública cuiden la asignación de ponderación a cada uno de los criterios. Los gobiernos deben atribuir a sus funcionarios profesionales de contratación pública la responsabilidad de escoger el enfoque que ellos crean más adecuado a la luz de los requisitos y circunstancias a las que se enfrenten.

Una meta de la OCDE es asistir a los gobiernos y grupos de contratación pública a establecer marcos jurídicos adecuados, instaurando políticas y prácticas idóneas y efectivas de contratación pública e impartiendo la capacitación necesaria a los funcionarios profesionales de licitación pública. Esta ayuda está diseñada para incrementar la capacidad de las autoridades de contratación pública para obtener la mejor relación calidad-precio en sus adquisiciones en beneficio de gobiernos y contribuyentes. Hay una conexión muy estrecha entre promover la competencia en los procedimientos de contratación y disminuir la probabilidad de sufrir de actividades colusorias por parte de los oferentes/proveedores.

Como ya lo señalamos, el 17 de julio de 2012, el Consejo de la OCDE aprobó una Recomendación para Combatir la Colusión en los Procedimientos de Licitación Pública que insta a los gobiernos a evaluar sus propias leyes y prácticas de contratación pública en todos los niveles del gobierno y a diseñarlas para que promuevan licitaciones efectivas y reduzcan el riesgo de colusión entre oferentes en las contrataciones. La Recomendación es un paso importante en la lucha contra la colusión en las licitaciones públicas que ha emprendido y encabezado la OCDE desde hace ya tiempo. Otra medida decisiva de la OCDE fue la publicación de sus Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas (Lineamientos de la OCDE),³ que han sido difundidos por todo el mundo, a menudo en los cursos de capacitación organizados para funcionarios de contratación pública y autoridades de competencia por la División de Competencia de la OCDE.

3 Accesible en: <http://.oecd.org/dataoecd/27/19/42851044.pdf>

Véase también Anexo 2. Los Lineamientos fueron aprobadas por el Comité de Competencia de la OCDE en 2009.

**CAPÍTULO 2:
EL MARCO JURÍDICO EXISTENTE
PARA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA**

La ley principal que rige la contratación pública en Colombia es la Ley 80 de 1993, conocida como Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. La Ley 1150 de 2007 reformó la Ley 80 y forma parte del estatuto de contratación pública. Entre otros cambios, la Ley 1150 introdujo medidas con respecto a eficiencia y transparencia. El Decreto 734 de 2012 promulgó reglamentos en apoyo del estatuto de contratación. La Ley 1508 de 2012 trató el tema cada vez más importante de la contratación pública a través de asociaciones público-privadas.¹ El recientemente promulgado Decreto 1510 de 2013 cubre, entre otras materias, estudios de mercado (véase sección 5.3) y adquisiciones consolidadas (véase sección 5.4). Una disposición jurídica afín es la Ley 1474, el Estatuto Anticorrupción, que fue aprobado por el gobierno colombiano en 2011. Esta ley incluye una disposición que trata de los funcionarios públicos implicados en acuerdos colusorios entre oferentes en la contratación pública. Lo mismo que las compañías y los individuos que son partes en esos acuerdos, los compradores del gobierno pueden ser sancionados con multas de entre 200 y 1000 veces el salario mínimo mensual, y condenados con penas de entre 6 y 12 años de prisión. Los funcionarios de contratación pública pueden ser también sometidos a despido y prohibírseles permanentemente trabajar en cargos públicos. Las compañías y los individuos condenados por colusión entre oferentes en procesos de contratación pública pueden ser inhabilitados para contratar con el gobierno hasta por ocho (8) años. Las facultades de inhabilitación residen en la Fiscalía General (FG) de Colombia, y no en la SIC.²

¹ Las asociaciones público-privadas dan a las organizaciones gubernamentales la oportunidad de confiar en el know how del sector privado y en sus recursos económicos. Estas asociaciones se suelen usar para proyectos grandes y costosos de infraestructura como autopistas, aeropuertos, hospitales e instituciones educativas.

² El Artículo 410-A de la Ley 599 de 2000 otorga a la FG la facultad de inhabilitar a individuos o compañías. A los individuos que se benefician del programa de

Un importante progreso con respecto a la licitación pública en Colombia tuvo lugar con la aprobación del Decreto 4170 de 2011, que estableció la Agencia Nacional de Contratación Pública (ANCP). Esta agencia del gobierno central tiene un amplio mandato con respecto a la licitación pública en Colombia que incluye la asesoría y la implementación de políticas y prácticas de contratación pública y brindar asistencia a los grupos gubernamentales de adquisición y a los proveedores del gobierno.

Las leyes colombianas de licitación pública permiten que los grupos públicos gubernamentales utilicen cinco (5) tipos diferentes de procedimientos de contratación dependiendo de ciertas circunstancias, factores y excepciones: (1) licitaciones públicas; (2) un proceso abreviado de selección (por ejemplo, para productos de rutina, estandarizados); (3) la selección basada en calificaciones (utilizada para servicios de consultoría en los que el precio no es lo más importante a tomar en consideración); (4) la selección o adjudicación directa; y (5) un proceso de contrato de menor cuantía. Los oferentes que responden a un proceso de contratación se les exige que presenten una fianza (en general 10 por ciento del valor de la cantidad presupuestada para el contrato). Comúnmente, las empresas a las que se les ha otorgado el contrato deben presentar una garantía de ejecución o desempeño para avalar el cumplimiento de las obligaciones del contrato, aunque éste no es un requisito para los contratos de menor cuantía. Las agencias colombianas de contratación pública pueden ampliar el alcance de un contrato siempre que el valor incrementado del contrato no exceda 50 por ciento de su valor inicial.

Las disposiciones específicas de los estatutos mencionados sobre los que en este informe se expresan comentarios y sugerencias están descritas con cierto detalle en la sección 5.

clemencia de la SIC se les puede reducir el periodo de inhabilitación a no más de cinco (5) años.

**CAPÍTULO 3:
VINCULACIÓN DE LAS DISPOSICIONES COLOMBIANAS CON LAS
PROVISIONES PARA COMBATIR LA COLUSIÓN ENTRE OFERENTES
DE LA RECOMENDACIÓN DE 1998 DEL CONSEJO DE LA OCDE
RELATIVAS A ACCIONES EFECTIVAS CONTRA LOS CÁRTELES**

La Recomendación del Consejo de la OCDE que versa sobre las acciones contra cárteles fue aprobada el 25 de marzo de 1998 en reconocimiento de que las prácticas anti-competitivas pueden constituir un obstáculo para alcanzar el crecimiento económico, la expansión comercial y otras metas económicas de los países miembros. Para los fines de esta Recomendación, la OCDE definió al cártel como “un acuerdo anticompetitivo, una práctica anticompetitiva concertada, o el acuerdo anticompetitivo entre competidores para fijar precios, manipular procesos de contratación, (licitaciones colusorias), restringir la oferta, o compartir o segmentar mercados mediante clientes, proveedores, territorios o líneas de comercio”.¹ La Recomendación invita a los países no miembros, como Colombia, a asociarse a la Recomendación y a implementarla.

La Recomendación de la OCDE referente a las acciones efectivas contra los cárteles tiene dos elementos principales, el primero de los cuales tiene una repercusión directa en el combate a la colusión entre oferentes en procesos de contratación pública. Este elemento hace hincapié en que los países promulguen leyes para disuadir con efectividad las actividades colusorias. Los estatutos jurídicos administrativo y penal actuales en Colombia, que abordan la actividad de los cárteles en el país, cumplen con este elemento de la Recomendación, puesto que contienen sanciones efectivas para disuadir a empresas e individuos (incluyendo funcionarios de la contratación pública como señalamos en la sección 2) de participar en cárteles² y las instituciones y procedimientos establecidos para

1 Recomendación I. A. 2. a).

2 La Ley 1340 de 2009 incrementó sustancialmente los niveles de multas civiles. Las corporaciones pueden ser multadas “hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor”. Los individuos tienen

hacer cumplir la ley contienen facultades idóneas para su investigación. Sólo la Fiscalía General puede sentenciar a penas de prisión a los individuos que se han involucrado en prácticas de colusión entre oferentes u otras actividades de colusión. Como resultado de la aprobación de la Ley 1340 de 2009, la SIC ha establecido un programa de inmunidad y de clemencia para estimular a aquellos que se han implicado en actividades colusorias y otras de tipo anticompetitivo a que avisen a la SIC y obtengan ciertos beneficios por su cooperación.³ Cualquier parte que sufra perjuicios por la actividad colusoria en Colombia puede solicitar la reparación del daño ante los tribunales.

Con respecto a la investigación y penalización de la colusión entre oferentes en procesos de contratación, se debe señalar que la SIC ha emprendido recientemente varias iniciativas para intensificar su combate en contra de esta actividad. Una de estas iniciativas consistió en el establecimiento de una unidad especializada en el combate a la colusión entre oferentes en procesos de contratación pública en enero de 2012. Esto resultó en un aumento sustancial del número de casos bajo investigación por la SIC, como se muestra en el Cuadro 1.⁴

que afrontar multas de hasta 2,000 veces el salario mínimo mensual vigente al momento de la imposición de la sanción. Detalles adicionales respecto al régimen legal colombiano, relacionado con la actividad de carteles será expuesto en el documento de Evaluación de Acceso de Colombia citado en la nota al pie de página 1.

³ El Decreto 2896 de 2010 establece los términos, condiciones y procedimientos para el programa de la SIC.

⁴ La SIC cree que la capacitación que se imparte a los funcionarios del gobierno colombiano responsables de la contratación pública respecto a las prácticas fraudulentas (véanse subsecciones 4.3 y 5.11) es otro factor en el reciente aumento de casos de colusión puesto que las denuncias interpuestas por esos funcionarios han ido en firme aumento.

Cuadro 1. Casos de colusión entre oferentes en procesos de contratación pública en Colombia (2002-2013)

Año	Número de investigaciones abiertas	Número de individuos/ compañías implicadas	Número de casos con sanciones impuestas*	Número de individuos/ compañías multadas	Total de multas impuestas en dólares EEUU**
2002	4	28	0	0	0
2003	8	56	0	0	0
2004	0	0	1	6	\$28,068
2005	1	13	0	0	0
2006	0	0	0	0	0
2007	0	0	0	0	0
2008	2	18	0	0	0
2009	0	0	1	4	\$1,913
2010	2	16	0	0	0
2011	34	58	1	5	\$1,330,339
2012	52	93	2	26	\$5,208,058
2013***	18	0	4	23	\$16,830,941
Total	121	282	9	64	\$23,479,370

* Las sanciones se pueden imponer dentro del año después de que se abra el caso.

** El valor de las multas se calculó a partir del promedio de la tasa de cambio oficial diaria correspondientes al año en cuestión.

*** Las estadísticas abarcan el periodo de enero a septiembre.

Fuente: Información facilitada por la SIC a la OCDE en septiembre de 2013.

Las estadísticas contenidas en el Cuadro 1 indican que la SIC ha estado muy activa recientemente en la persecución de casos de colusión entre oferentes en procesos de contratación pública. El número de investigaciones ha aumentado exponencialmente con más de 100 casos abiertos desde 2011, implicando a 150 compañías e individuos. Asimismo, la SIC ha visto cuatro (4) casos hasta la fecha en 2013 en los que se han impuesto sanciones, casi tantos como en los once años anteriores combinados; el total de las multas en dos de esos casos (8.9 millones \$EU y 7.4 millones \$EU) es el más alto hasta la fecha en Colombia por la comisión de esta práctica ilegal.⁵ Todo ello es una clara indicación de que la SIC y el

⁵ Tres (3) personas sancionadas en estos casos fueron multadas como agentes del mercado o participantes y no como simplemente empleados que seguían

gobierno colombiano están dedicados a investigar y sancionar la colusión entre oferentes en procesos de contratación, de conformidad con el espíritu de la Recomendación 1998. No obstante, hasta la fecha, ningún individuo ha sido sometido a una pena de prisión por involucrarse en actividades colusorias ya que la Fiscalía General no ha tenido ningún proceso de colusión entre oferentes en contrataciones públicas desde que esta práctica fue constitutiva de delito en virtud del Artículo 27 de la Ley 1474 de 2011. La OCDE sugiere que el combate a la colusión entre oferentes en procesos de contratación pública en Colombia se podría beneficiar enormemente si se diera buena difusión a un caso en el que los individuos responsables fueran enviados a prisión.

El programa de clemencia relativamente nuevo de la SIC todavía no ha generado ningún caso. Esto posiblemente se deba a una cultura en la que los individuos son reacios a acercarse a las autoridades para el cumplimiento de la ley con información y pruebas de una actividad ilegal. Para contribuir a contrarrestar esta situación, la SIC ha emprendido una campaña de educación a empresarios a través de presentaciones en persona sobre las leyes de competencia, las nuevas sanciones más rigurosas y los beneficios del programa de clemencia. La OCDE alienta a la SIC a continuar sus empeños en este sentido y a dirigir campañas integrales en los medios de comunicación, cada vez que un caso de colusión entre oferentes en procesos de contratación pública o de cártel tenga como base evidencia obtenida bajo su programa de clemencia.

Como la colusión ahora también puede ser perseguida penalmente por la Fiscalía General (FG) de Colombia, es absolutamente crucial que la SIC y la FG se comuniquen regularmente y coordinen con efectividad sus respectivas actividades de investigación. En este sentido, las dos organizaciones trabajan en la actualidad juntas para evaluar cuál es el mejor enfoque para manejar una investigación específica de colusión. Cabe señalar que a los individuos que se han acercado a la SIC a través de su programa de clemencia se les puede otorgar clemencia en contra de una acción penal de la FG.

mandatos corporativos. Esto permitió que la SIC impusiera por partida doble las multas contra los individuos, como lo permite la ley colombiana.

Como lo permite la ley colombiana, la FG debe buscar con regularidad que las compañías e individuos sancionados por la comisión de una colusión entre oferentes en procesos de contratación pública sean inhabilitados para contratar con los organismos públicos por un periodo adecuado de tiempo. Como muchas compañías dependen económicamente en buena medida de obtener contratos gubernamentales, perder la capacidad de contratar con el gobierno durante varios años podría ser un fuerte disuasivo para dejar de involucrarse en esta práctica ilegal u otras colusiones. No obstante, en algunas industrias puede ser que haya muy pocos proveedores u oferentes, de modo que prohibir a una o más empresas ofertar en contratos del gobierno podría ser gravemente perjudicial para la competencia. Sería recomendable que se tuvieran en cuenta los puntos de vista de los organismos de adquisiciones públicas que dependen de los bienes y servicios provistos por las compañías y los individuos que podrían quedar inhabilitados.

Esta sugerencia tiene una finalidad similar a la trazada en la sección 5.15, que aborda a los grupos de adquisiciones que investigan los perjuicios de las compañías involucradas en colusiones entre oferentes en procesos de contratación pública. La inhabilitación para ofertar en contratos del gobierno envía un fuerte mensaje a las compañías y el impacto adverso en su mantenimiento económico puede llegar a ser un serio disuasivo para la comisión de esta práctica ilegal, como lo contemplan los términos de la Recomendación de 1998.

**CAPÍTULO 4:
VINCULACIÓN DE LAS DISPOSICIONES COLOMBIANAS CON LA
RECOMENDACIÓN DE LA OCDE DE 2012 PARA EL COMBATE A LA
COLUSIÓN ENTRE OFERENTES EN LICITACIONES PÚBLICAS Y LOS
LINEAMIENTOS CORRESPONDIENTES**

Como se destacó en la sección 1, el Consejo de la OCDE aprobó recientemente una Recomendación propuesta por el Comité de Competencia de la OCDE que encausa a los gobiernos a evaluar las diversas características de sus leyes y prácticas de contratación pública en todos los niveles del gobierno con el fin de corroborar si podrían estar facilitando inadvertidamente la colusión, aun cuando no sea su intención. La Recomendación de 2012 se fundamenta en la experiencia que tienen países miembros y no miembros con la implementación de la Recomendación de 1998 que atañe a los cárteles. Se recomienda que la aplicación efectiva de la ley se debe complementar con: 1) la revisión de leyes y prácticas de contratación pública de los países para asegurarse que no faciliten la formación de acuerdos colusorios; y 2) una promoción efectiva del derecho de la competencia a cargo de las autoridades de competencia, para despertar conciencia sobre los riesgos y costos de las prácticas colusorias en los funcionarios de contratación pública.

Aunque Colombia cumple con algunos de los doce (12) componentes de la Recomendación de la OCDE para Combatir la Colusión en la Contratación Pública, hay una serie de áreas que identificamos más adelante en esta sección, en las que se podrían hacer destacadas mejoras y sería de esperar que el cumplimiento adicional generara un nivel razonable de mayor beneficio. En la sección 5 veremos cómo abordar estas deficiencias.

4.1 *El contenido de la Recomendación de 2012 para el combate a la colusión entre oferentes en licitaciones pública.*

El objetivo de la Recomendación de la OCDE es promover adquisiciones públicas más competitivas y efectivas y reducir el riesgo de colusión en las licitaciones públicas. Todo ello en reconocimiento de que la contratación pública es una actividad económica clave de los gobiernos y tiene un impacto significativo en la competencia y en el nivel general de la competitividad en los mercados, con beneficios potenciales para la economía de todo un país. La Recomendación de la OCDE señala que la competencia en la contratación pública promueve la eficiencia y produce beneficios como precios más bajos, mejor calidad, aumento de la innovación, productividad superior y, en términos más generales, la obtención de

mayor valor por el dinero, en beneficio de los consumidores finales, los usuarios de los servicios públicos y los contribuyentes.

Ciertas reglas que rigen la contratación pública, el modo en que se lleva a cabo la licitación y el diseño de las propias licitaciones pueden obstaculizar la competencia y facilitar la colusión entre oferentes o conspiraciones colusorias entre los competidores. La Recomendación de 2012, junto con los Lineamientos publicados con anterioridad, son instrumentos esenciales para ayudar a los gobiernos miembros de la OCDE y a otros países a reducir este tipo de prácticas anticompetitivas y encontrar maneras efectivas de detectarlas.

La solicitud que hizo la SIC a la OCDE de opiniones y asesoría respecto al estatus de la contratación pública en Colombia, es un acercamiento inicial y proactivo para acelerar el cumplimiento de la Recomendación de la OCDE por parte de Colombia. Si bien los funcionarios responsables de la contratación pública en Colombia parecen tener un conocimiento razonable de la necesidad y el valor de emplear procedimientos efectivos y competitivos, el estudio de la OCDE sobre el estado actual de estas cuestiones (y la propia evaluación de la SIC) indican que hay mucha cabida para el mejoramiento a fin de que Colombia cumpla plenamente con todas las cuestiones trazadas en la Recomendación de la OCDE y siga los Lineamientos de la OCDE a los que se hace referencia en la Recomendación.

La Recomendación de la OCDE hace referencia explícita a los Lineamientos de la OCDE que se adjuntan a la Recomendación y, como tales, forman parte integral de ella. En consecuencia, es conveniente examinar los componentes clave de los Lineamientos de la OCDE. Éstos comienzan revisando las formas más comunes de manipulaciones fraudulentas en las licitaciones (e.g. ofertas de resguardo, supresión de ofertas, rotación de ofertas y asignación de mercados) y esbozan las características industriales, de producto y de servicios que facilitan la colusión (e.g. número reducido de compañías, participación baja o nula, existencia de asociaciones industriales, productos o servicios idénticos o simples, pocos o nulos sustitutos, y poco o ningún cambio tecnológico).

Los Lineamientos de la OCDE incluyen dos listas de verificación: la primera sobre cómo diseñar un proceso de adquisición pública que reduzca los riesgos de colusión en la presentación de ofertas y la segunda sobre cómo detectar colusión en las licitaciones para adquisiciones públicas. La lista de verificación sobre cómo diseñar mejor los procesos de adquisición pública contiene una serie de sugerencias útiles para los funcionarios responsables de la licitación, que son:

- contar con la información adecuada antes de iniciar el proceso de licitación sobre condiciones del mercado, oferentes potenciales y niveles predominantes de precios;
- diseñar el proceso de licitación para maximizar la participación potencial de oferentes que compiten genuinamente;
- definir los requisitos del contrato con claridad y evitar las medidas predecibles;
- diseñar el proceso de licitación para reducir eficazmente la comunicación entre oferentes;
- escoger con cuidado los criterios para evaluar y adjudicar la oferta con el fin de evitar favorecer a oferentes o conceder cualquier tipo de tratamiento preferente a algunos proveedores; y
- crear conciencia en los funcionarios de la licitación sobre los riesgos de colusión entre oferentes en los procesos de contratación pública.

La lista de verificación sobre cómo detectar la colusión en licitaciones para adquisiciones públicas es un complemento de estas sugerencias y recomienda que los funcionarios de adquisiciones públicas se mantengan alerta de:

- patrones y señales de advertencia cuando las empresas presentan ofertas (e.g. el mismo proveedor gana todas las licitaciones);
- señales de advertencia en los documentos que se presentan a la licitación (e.g. errores idénticos);
- patrones y señales de advertencia relacionados con el establecimiento del precio (e.g. grandes diferencias entre la oferta ganadora y las otras);
- afirmaciones sospechosas (e.g. referencias de palabra o por escrito a un acuerdo entre los oferentes); y
- conductas sospechosas (e.g. oferentes que celebran reuniones con regularidad).

4.2 Vinculación por parte de Colombia con la Recomendación I de la OCDE de 2012 sobre el diseño efectivo de las licitaciones

La Recomendación I de la OCDE trata de asegurar que los países no tengan leyes y prácticas de adquisiciones públicas que socaven la competencia y aumenten el riesgo de colusión, e insta a los países a evaluar sus leyes y procedimientos de contratación pública en este aspecto. Colombia, como muchos países de la OCDE, cumple con sólo algunos aspectos de la Recomendación I (véase discusión en los

siguientes párrafos) y tiene aún que tomar las medidas necesarias para cumplir plenamente con el resto de esta Recomendación. Cabe señalar que la Recomendación 2012 está en vigor solamente desde hace poco más de un año. Con el establecimiento de la Agencia Nacional de Contratación Pública (ANCP), y con el apoyo de la SIC, Colombia goza ahora de una mejor posición para abordar el cumplimiento de esta Recomendación (véase sección 5.1).

La Recomendación I.1 indica que los funcionarios responsables de las adquisiciones del gobierno deben tener conocimiento de las características generales del mercado en cuestión, de la gama de productos y/o servicios accesibles en el mercado y de los potenciales oferentes de estos productos y/o servicios. Este conocimiento suele derivar de haber emprendido estudios amplios de mercado, que sería óptimo desarrollar y compartir con otros organismos gubernamentales de contratación pública que adquieren el mismo o similar bien o servicio. Por las conversaciones con una muestra transversal de funcionarios colombianos responsables de adquisiciones públicas, la OCDE se percató de que los grupos de adquisiciones del gobierno colombiano no emprenden estudios de mercado consistentemente y cuando sí se dispone de este tipo de estudios, éstos no son lo bastante minuciosos como para ser de gran utilidad. Por ende, en la sección 5.3 hay varias sugerencias que garantizarán un enfoque congruente e informado de una etapa de vital importancia en el proceso de adquisiciones públicas.

Otros componentes de la Recomendación I abordan la promoción de la competencia maximizando la participación de oferentes potenciales (incluidas empresas medianas y pequeñas, PYME) mediante el establecimiento de los requisitos para la participación de manera transparente, no discriminatoria y sin limitar irracionalmente la competencia (I.2.i) y permitiendo que firmas de otros países o de otras regiones participen, cuando sea apropiado (I.2.iii). Como se señala en la Recomendación de 2012 de la OCDE y sus Lineamientos para combatir la colusión, la transparencia es vital para los diseños y procesos de adquisición pública, pero puede llegar a ser problemática cuando se aplica indiscriminadamente a la difusión de información sensible como se verá en las secciones 5.6 y 5.7. Parece que la mayoría de los procesos colombianos de adquisición pública no implican el uso de la licitación pública (se utilizan las adjudicaciones directas o abarcan a solamente unos cuantos participantes selectos –véanse Cuadros 2 y 3 en la sección 5.2). Por tanto, esos procesos no son transparentes y con frecuencia impiden la participación de oferentes extranjeros, contrariamente a la sección 2 de la Lista de verificación de Diseño de la OCDE y posiblemente al Artículo 20 de la Ley 80 de 1993, que exige que a los oferentes extranjeros se les de tratamiento de nacionales, si se acordó el tratamiento recíproco a las compañías colombianas por

el país extranjero de que se trate.¹ En aparente contradicción, la Ley 816 de 2003 se aprobó para que las adquisiciones gubernamentales apoyaran específicamente a la industria nacional. Algunos funcionarios responsables de las adquisiciones gubernamentales que asistieron a las sesiones de capacitación de la OCDE descritas más adelante en la sección 4.3, indicaron que el uso de adjudicaciones directas beneficiaba probablemente a las PYME (como lo contempla la Recomendación I. 2. iv.), pero a través de un trato preferencial y a costa de una mayor competencia en los procesos de licitación.² En general, los procedimientos que no son licitaciones públicas suelen minar la transparencia en la contratación pública y tienden a aliviar la carga de trabajo de los funcionarios de adquisiciones y no se centran en el desempeño funcional de los bienes y servicios que se han de adquirir, como lo indica la Recomendación I. 2. ii.

La Recomendación I. 3 de la OCDE alienta a los funcionarios responsables de la contratación pública a diseñar sus procesos de licitación con el fin de reducir las oportunidades de comunicación entre oferentes, ya sea antes o durante el procedimiento de licitación. Los grupos de adquisición del gobierno colombiano celebran reuniones de aclaración públicas a las que asisten todos los oferentes. Asimismo, los organismos gubernamentales de contratación publican información que podría facilitar la formación, o continuación, de acuerdos de colusión – presupuestos, identidades de los oferentes, precios de las ofertas, etc. Estas cuestiones se abordan en las sugerencias contenidas en las secciones 5.6 y 5.7. Además, son limitadas las protecciones y reglas para asegurar que los oferentes deshonestos no utilicen las ofertas conjuntas, la subcontratación y el abastecimiento simultáneo para reducir la competencia e implementar acuerdos colusorios. Esta última cuestión también impacta en el cumplimiento de la Recomendación I.4 de la OCDE por parte de Colombia, que insta a las agencias gubernamentales de adquisición a que aprueben criterios de selección diseñados para mejorar la intensidad y efectividad de la competencia en los procesos de licitación. Estos inconvenientes se abordan en las secciones 5.5, 5.6 y 5.7.

¹ Colombia tiene una serie de acuerdos de libre comercio establecidos, los cuales incluyen disposiciones para asegurar que los proveedores de otro país tengan acceso igual a los procesos de adquisición del gobierno colombiano, por ejemplo, véase Capítulo 9 del Tratado de Protección del Comercio entre EE.UU y Colombia que entró en vigor el 15 de mayo de 2012: <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/colombia-fta/final-text>.

² En una serie de secciones dentro del Artículo 4 del Decreto 734 de 2012, se establecen circunstancias en las que las PME, de hecho han de ser favorecidas en los procesos de adquisiciones públicas, lo cual va más allá de alentar su participación.

Los grupos de adquisiciones del gobierno colombiano han comenzado hasta hace muy poco a utilizar sistemas electrónicos de licitación (cubiertos por la Recomendación I. 5 de la OCDE). Aunque ha habido algún uso de procedimientos electrónicos a distancia para subastas inversas (descritas en la sección 5.8),³ en la actualidad hay muy poco conocimiento de este enfoque para la contratación entre los funcionarios colombianos responsables del tema. Hay dos sugerencias en la sección 5.8 que habilitarían a Colombia para cumplir más plenamente con la Recomendación I. 5 de 2012.

El cumplimiento de la Recomendación I. 6 requeriría que a todos los oferentes en procesos de adquisición del gobierno colombiano se les exigiera firmar un Certificado de Determinación de Oferta Independiente (CDOI) o declaraciones equivalentes que aseguraran que las ofertas presentadas son genuinas, no colusorias y que han sido hechas con la intención de aceptar el contrato si se les adjudica. Aunque la SIC ha redactado documentos de muestra para su uso por los grupos de adquisición del gobierno colombiano, estos grupos no integran aún esos documentos a sus requisitos para la presentación de ofertas.⁴ Una Recomendación de la OCDE relacionada (I.7) indica que las invitaciones a licitar incluyan una advertencia respecto a: las sanciones por colusión en la ley de competencia colombiana; las sanciones por mentir en el Certificado de Oferta Independiente (o documento equivalente); la posibilidad de ser inhabilitado de participar en licitaciones públicas por un cierto periodo de tiempo; y la posibilidad de ser responsable por daños a los organismos de adquisiciones. Esta advertencia no se usa en la actualidad en la documentación para licitaciones en el gobierno colombiano. Las sugerencias que se encuentran más adelante en la sección 5.9 abordan el cumplimiento de la Recomendación I.6. y de la Recomendación I. 7.

³ En 2011 el Instituto colombiano para la Protección de la Niñez y la Juventud (IDIPRON) inició un proceso de subasta inversa para la adquisición de una variedad de bienes, pero más tarde abandonó el proceso cuando tres (3) de los cuatro (4) participantes fueron inhabilitados. El personal de la SIC emprendió subsecuentemente una investigación sobre colusión y recomendó que se impusieran sanciones a dos (2) individuos por la Superintendencia de Industria y Comercio. El caso está pendiente.

⁴ Una agencia del gobierno colombiano, el Instituto del Bienestar de la Familia, está usando su propia versión de un CDOI.

4.3 Vinculación por parte de Colombia con la Recomendación II de 2012 de la OCDE: las relaciones entre las autoridades de competencia y los funcionarios de adquisiciones

La Recomendación II trata de garantizar que los funcionarios responsables de la contratación pública en todos los niveles del gobierno estén alerta de las señales de conducta sospechosa y patrones de ofertas inusuales que pueden indicar colusión, de modo que las autoridades de competencia identifiquen mejor e investiguen esas actividades sospechosas. El cumplimiento de esta Recomendación implica una estrecha colaboración entre los grupos de adquisición gubernamentales y las autoridades de competencia con respecto a cuestiones como capacitación, material educativo y los medios para reportar la sospecha de colusión a las autoridades de competencia.

Una reciente iniciativa del gobierno colombiano podría impulsar el cumplimiento de Colombia con la Recomendación II. Mediante la Ley 1470 de 2011, el gobierno colombiano estableció la ANCP con el fin de tener una organización dedicada a mejorar la coordinación y las comunicaciones entre los grupos de adquisición del gobierno colombiano. El mandato de la ANCP incluye la promoción de mejores prácticas, y de eficiencia y competencia en las adquisiciones públicas, que son clave para implementar muchas de las Recomendaciones del Consejo de la OCDE relativas a cárteles y colusión entre oferentes en las licitaciones. La ANCP tendrá que garantizar que las prácticas de adquisiciones sean congruentes en los más de 2,000 grupos de adquisiciones del gobierno que existen en Colombia a nivel central y regional/subcentral.

Con respecto a las relaciones más estrechas entre autoridades de competencia y grupos de adquisición pública, la SIC organizó dos sesiones de capacitación para funcionarios responsables de adquisiciones del gobierno central, que tuvieron lugar en diciembre de 2012 y febrero de 2013. Las sesiones fueron de dos días de duración cada una y se centraron en maneras de combatir y detectar la colusión en la contratación pública y en las prácticas que hay que implementar para mejorar los procesos de adquisición pública. La capacitación implicó la participación de un miembro del personal de la OCDE así como de un experto internacional en competencia. En cumplimiento de la Recomendación III de la OCDE, a los funcionarios de adquisiciones públicas se les otorgaron ejemplares de los Lineamientos para Combatir la Colusión entre oferentes en Licitaciones Públicas de la OCDE, y a través de las presentaciones fueron estudiando las diferentes formas de colusión en las licitaciones; Así mismo se estudiaron las dos Listas de Verificación que comprenden los Lineamientos de la OCDE, casos de colusión internacionales y ejemplos de advertencias que deberían alertar a los funcionarios de adquisiciones de la posible presencia de colusión en las licitaciones. Funcionarios de la SIC

describieron las leyes relativas a la colusión en Colombia y revisaron un reciente proceso que ellos emprendieron respecto a la colusión en las ofertas presentadas para el suministro de servicios alimenticios a penitenciarias. Los participantes tuvieron la oportunidad de intervenir en dos ejercicios hipotéticos diseñados para proporcionar experiencia de primera mano en estas cuestiones, hacer preguntas a los expertos y dar ejemplos y retroalimentación de su propia experiencia en la contratación pública.

Además de proporcionar a los funcionarios responsables de contratación pública una buena capacitación en lo que concierne a la colusión entre oferentes en procesos de licitación, la SIC estableció lineamientos para ayudar a los funcionarios encargados de la contratación pública a combatir la colusión en sus propios procedimientos de licitación.⁵ Los Lineamientos sobre Colusión de la SIC, que se basan en los Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en la Licitación Pública de la OCDE, serán una herramienta importante cuando, en el futuro, la SIC emprenda sesiones de capacitación con funcionarios de contratación pública respecto a cómo detectar y evitar la colusión en los procesos de selección en la contratación pública (véase la sugerencia en la sección 5.11 más adelante). Hay que señalar que los Lineamientos sobre Colusión de la SIC serían más útiles si contuvieran información adicional y orientación respecto al diseño y la conducción de los procedimientos de contratación pública.

Como lo señalamos con anterioridad en este Informe, recientemente la SIC llevó a cabo una revisión interna de las leyes y procedimientos de contratación pública en Colombia que se basó en el trabajo de la OCDE, de expertos académicos y de autoridades internacionales de competencia. Esta revisión sitúa a la organización en mejor posición para ofrecer asesoría y orientación a los grupos gubernamentales de adquisiciones en lo referente a la implementación de prácticas que fomenten la competencia y disminuyan la incidencia de colusión en la contratación pública colombiana.

A principios de 2013, el Grupo de Estudios Económicos de la SIC ayudó a desarrollar un programa de computación (cuyo acrónimo es ALCO) diseñado para permitir a los funcionarios de contratación pública del gobierno a identificar con más facilidad la existencia de colusión en sus procedimientos de contratación. El

⁵ Lineamientos Prácticos para Combatir la Colusión en la Contratación Pública (en adelante Lineamientos contra la Colusión de la SIC) que se prepararon originalmente en 2010. Se entregaron ejemplares de estos lineamientos en las sesiones de capacitación con más de diez (10) grupos de adquisición de gobiernos regionales en 2011 y 2012. Una versión puesta al día de los lineamientos se hizo pública el 25 de julio de 2013 y se subió al portal de la SIC en internet.

ALCO contiene una base de datos para cada proceso de contratación almacenada en su sistema que después es analizado para encontrar posible actividad colusoria. La SIC trabaja en la actualidad con una serie de organizaciones de contratación del gobierno colombiano sobre pruebas piloto del ALCO para evaluar la facilidad de su uso y su efectividad como instrumento de detección.

En el transcurso del curso de investigación sobre colusión entre oferentes dirigido a uno o más de los grupos de contratación pública del gobierno colombiano, la SIC aconseja a estos funcionarios respecto de las características de la documentación de contratación y del proceso que pudieran facilitar la colusión entre oferentes. Esto es invaluable para los funcionarios de contratación afectados, puesto que este tipo de información está relacionada con hechos de la vida real y, como tal, hace que un concepto complicado sea más fácil de entender.

Esta continua relación con los organismos de contratación pública, son la esencia de la Recomendación II. 3. de 2012, y se intensificará a través de una asociación con la ANCP –véase la indicación en la sección 5.1 más adelante– compartiendo más información, en la cual la SIC desempeñará un importante papel –véase sección 5.12.

La Recomendación II también aconseja a los países que consideren el establecimiento de incentivos adecuados para que los funcionarios de la contratación pública emprendan acciones efectivas para impedir y detectar la colusión entre oferentes, entre otros, incluyendo explícitamente la prevención y detección de esta práctica ilegal como parte de sus obligaciones o recompensando la detección de prácticas anticompetitivas en la evaluación del desempeño de los funcionarios de la contratación pública. En la actualidad, el primer enfoque ha sido implementado por tan solo unos cuantos grupos de contratación del gobierno colombiano, aunque la OCDE y la SIC no creen que la otra Recomendación aplicable respecto a la gratificación para funcionarios de contratación haya sido puesta en práctica en absoluto. Asesoría sobre esta última iniciativa se puede encontrar en la sección 5.13.

4.4 Vinculación de Colombia con la Recomendación III de 2012 de la OCDE: uso de los Lineamientos de la OCDE para combatir la colusión en los procedimientos de licitación pública

En las dos sesiones de capacitación que organizó la SIC, se entregaron los Lineamientos de la OCDE a los más de 200 asistentes y el experto de la OCDE realizó tres presentaciones de capacitación referentes al contenido de los Lineamientos. Es más, como se señaló en la sección 4.3, la SIC ha desarrollado sus propios lineamientos sobre colusión, que se basan en buena medida en los

Lineamientos de la OCDE. Los Lineamientos de la SIC se redactaron originalmente en 2010 y hace poco se hizo pública una versión actualizada de los mismos. La SIC tiene la intención de imprimir ejemplares de este documento y distribuirlos en las sesiones de capacitación programadas para los funcionarios de contratación del gobierno colombiano.

4.5 Vinculación de Colombia con la Recomendación IV de la OCDE de 2012: evaluaciones de la competencia en las leyes de contratación pública

La Recomendación IV insta a los países a que desarrollen instrumentos para evaluar, medir y vigilar el impacto de las leyes y reglamentos de la contratación pública sobre la competencia. En virtud de la Ley 1340 de 2009 y del Decreto 2897 de 2010, la SIC tiene una función de abogacía que la habilita para proporcionar recomendaciones y opiniones formales a los organismos del gobierno colombiano respecto a propuestas de reglas y prácticas que, por ejemplo, podrían limitar la competencia en los procedimientos de contratación pública (Artículo 7). La SIC ha emitido una opinión sobre cuestiones de contratación pública a la ANCP a principios de este año, que abarca una serie de temas sobre los que la ANCP quería establecer reglas y procedimientos dirigidos a grupos de adquisición del gobierno. A partir de 2009, la SIC ha emitido 108 opiniones de abogacía de la competencia a una gama de instituciones gubernamentales colombianas.⁶ Asimismo, toda la legislación que se proponga con posible impacto en la competencia se debe presentar a la SIC para que la examine. Además, las autoridades reguladoras colombianas tienen que informar a la SIC de cualquier decisión administrativa que pretendan tomar y que pueda afectar a la competencia, y la SIC puede emitir una opinión respecto a cualquier cuestión que, a su criterio, pueda restringir la competencia. No obstante, estas opiniones no son vinculantes, aunque la autoridad reguladora que no siga una opinión debe sustentar su posición en la decisión final. Desafortunadamente, las actividades de abogacía de la competencia de la SIC no se han extendido a la legislación que ya está en vigor ni a decisiones tomadas en el pasado por organismos reguladores. La Resolución No. 44649 de 2012, en apoyo al Decreto 2897 de 2010, instituyó un cuestionario que es una herramienta que la SIC utiliza en sus evaluaciones,⁷ y las autoridades reguladoras lo consultan cuando quieren implementar regulaciones y proyectos que pueden tener efectos en la competencia.

⁶ Información proporcionada por la SIC a la OCDE en agosto de 2013.

⁷ El cuestionario lo utilizó la SIC cuando emitió su reciente opinión a la ANCP, como se señaló con anterioridad en este párrafo

El gobierno colombiano debería otorgar a la SIC la facultad legislativa de emitir opiniones respecto a leyes aprobadas y propuestas que puedan contener disposiciones que debiliten la competencia en el mercado colombiano. Además, las autoridades reguladoras colombianas deberían recibir capacitación sobre el cuestionario de la Resolución No. 44649, su finalidad e importancia, y sobre cómo se debería emprender una evaluación de la competencia.

**CAPÍTULO 5:
RECOMENDACIONES Y SUGERENCIAS DIRIGIDAS A COMBATIR LA
COLUSIÓN ENTRE OFERENTES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y
A MEJORAR LAS PRÁCTICAS DE CONTRATACIÓN DEL GOBIERNO
COLOMBIANO**

En esta sección del Informe, la OCDE expone una serie de recomendaciones específicas respecto de la situación en Colombia que permitirán que el país se acerque más al cumplimiento de las Recomendación de 2012 de la OCDE. Estas sugerencias o indicaciones están enumeradas de acuerdo con lo que la OCDE considera que es su orden relativo de importancia. La lista abarca iniciativas y cambios que la OCDE cree harían que las prácticas de contratación pública en Colombia se apeguen más a la Recomendación y los Lineamientos de la OCDE, que intensificarán la competencia en los procedimientos de licitación pública y aumentarán las salvaguardas ante la colusión en la contratación pública. El mejor organismo para implementar y alentar muchas de estas indicaciones es la SIC, pero será necesario que el gobierno colombiano, la ANCP y los grupos gubernamentales de contratación pública desempeñen papeles importantes en el seguimiento de las recomendaciones de la OCDE.

Las indicaciones, que tienen por fundamento el trabajo reciente y los éxitos de la SIC en sus esfuerzos por combatir la colusión entre oferentes en las licitaciones públicas, están en negritas y están vinculadas a la Recomendación 2012 de la OCDE sobre Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas y a una o más secciones de las dos Listas de Verificación que abarcan los Lineamientos de la OCDE para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas.

5.1 *La SIC debería asociarse con la Agencia Nacional para la Contratación Pública (ANCP)*

*** La SIC y la ANCP deberían desarrollar una asociación formal que implique comunicaciones regulares. Las dos organizaciones deberían estar dedicadas conjuntamente a: estudiar cuestiones de contratación pública con implicaciones en la competencia; defender el proceso para implementar cambios en favor de la competencia en los procedimientos de contratación pública; y organizar actividades de capacitación y educación.**

*** La ANCP debería presidir un consejo de funcionarios gubernamentales de contratación pública, con la SIC como miembro por sus conocimientos especializados en competencia y aplicación de la ley, para que sea un foro que identifique y resuelva cuestiones de competencia y eficiencia en pro de la contratación gubernamental en Colombia.**

Como se indicó en la sección 4.3, el gobierno colombiano estableció la ANCP en 2011 con el loable objetivo de mejorar la coordinación y las comunicaciones entre los grupos gubernamentales de contratación pública en Colombia, lo cual contribuiría a que Colombia esté en consonancia con las Recomendaciones del Consejo de la OCDE referentes a cárteles y colusión entre oferentes en procesos de licitación pública. Muchas de las sugerencias de la OCDE que más adelante se abordarán se implementarían más fácil y rápidamente si la SIC y la ANCP trabajan juntos sobre casos concretos. Por ende, las dos organizaciones deberían desarrollar una asociación formal con comunicaciones regulares y permanentes respecto a la investigación de cuestiones de contratación pública y la implementación de cambios a favor de la competencia en los procedimientos de licitación. Los dos grupos deberían organizar también actividades de capacitación como se contempla en la sección 5.11. Estas iniciativas mejorarían el cumplimiento de Colombia con la Recomendación II de la OCDE, que trata del fortalecimiento de la relación entre las autoridades de competencia y los funcionarios de la contratación pública y de despertar conciencia en los funcionarios de contratación respecto de cuestiones relacionadas con la colusión entre oferentes mediante una capacitación y la documentación adecuada.

La ANCP, en apoyo a la Recomendación I de la OCDE, debería encabezar la evaluación de si existen algunas características de las leyes y prácticas de la contratación pública en Colombia que inhiban la competencia y que posiblemente faciliten la colusión entre oferentes. La ANCP debería también ser la responsable de recabar información y difundir políticas, planes y cambios que emanen de la labor emprendida por la SIC y la ANCP en apoyo al combate contra la colusión entre oferentes y al fomento de la competencia en los procesos de contratación pública. Tendría sentido que la ANCP fuera también la responsable de coordinar la investigación de importantes problemas de contratación pública, como los que se señalan en la sección 5.5, y de encabezar la distribución de la información adecuada entre los numerosos grupos colombianos de contratación pública, como se indica más adelante en la sección 5.12. Además, la ANCP podría tomar las riendas para garantizar que la prevención y la detección de la colusión entre oferentes en procesos de contratación sean una de las obligaciones clave de los funcionarios de

contratación pública, así como para que los grupos de contratación del gobierno colombiano reconozcan y recompensen la detección exitosa de prácticas anticompetitivas en la evaluación del desempeño profesional de sus funcionarios, como se señala en la sección 5.13 y se contempla en la Recomendación II. 3 de la OCDE. Para ayudar a que la ANCP lleve a cabo sus importantes responsabilidades, esta agencia debería presidir un consejo de funcionarios de contratación pública con la SIC como miembro del consejo, ya que es un organismo experto que podría abordar asuntos que hayan sido identificados por tener importantes implicaciones en el combate de Colombia contra la colusión y por su meta de mejorar la competencia y la eficiencia en la contratación gubernamental. El consejo podría fungir como líder para garantizar que se implementen los cambios en favor de la competencia en la contratación pública de manera congruente en todas las organizaciones de contratación pública colombianas.

Las dos sugerencias en esta sección, mejorarían el cumplimiento de Colombia de la Recomendación de la OCDE de 2012, y en particular de la Recomendación II, y de la Sección 6 de la Lista de Verificación del Diseño, consistente en despertar la conciencia de los funcionarios de licitación pública.

5.2 *Los funcionarios colombianos de contratación pública deberían incrementar el uso de licitaciones públicas*

*** El gobierno colombiano, posiblemente a través de la ANCP, debería dar instrucciones a sus funcionarios de contratación pública para que éstos incrementen significativamente el uso de licitaciones públicas en sus procedimientos de adquisición.**

*** El gobierno colombiano debería establecer criterios estrictos y fundados para el uso de otros procedimientos de contratación diversos de la licitación pública.**

*** El gobierno colombiano debería establecer el nivel máximo del presupuesto para adquisiciones de un organismo de contratación que se puede gastar en adquisiciones contraídas sin licitación pública.**

Aunque el régimen de contratación del gobierno colombiano convoca al uso de licitaciones como el método preferido para la adquisición de bienes y servicios por parte de sus organismos de contratación pública, los Cuadros 2 y 3 a

continuación,¹ demuestran que la vasta mayoría de los contratos del sector público en Colombia son adjudicados mediante contratación directa y que algunos de los otros procesos de selección, que se esbozan en la sección 3, se usan también con más frecuencia que las licitaciones públicas.²

Cuadro 2: Porcentajes del número total de contratos del gobierno Colombiano

	Licitación pública	Adjudicación o contratación directa	Otros procedimientos de contratación
2010 (76,485 contratos)	2.36	68.35	29.29
2011 (161,323 contratos)	1.53	54.70	43.77
2012 (328,925 contratos)	0.35	65.75	33.90

Cuadro 3: Porcentajes del valor monetario de contratos del gobierno Colombiano

	Licitación pública	Adjudicación o contratación directa	Otros procedimientos de contratación
2010	0.03	71.94	28.03
2011	7.78	28.06	63.16
2012	13.23	53.41	33.46

La OCDE reconoce que tiene sentido que a las agencias de contratación pública se les permita la flexibilidad de contratar mediante adjudicaciones directas en el caso de contratos o adquisiciones de menor cuantía, que como mejor se surten es localmente por razones de recursos, tiempo y costo. No obstante, el valor total de los contratos adquiridos según este enfoque puede ser bastante significativo – aproximadamente cincuenta y cuatro (54) por ciento del valor de los contratos federales públicos en Colombia durante 2011 fue por contratos de menor cuantía.³

¹ Basándose en las estadísticas registradas en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP), que le proporcionó a la OCDE la SIC en marzo de 2013. El SECOP está administrado por la ANCP.

² El extendido uso de la contratación directa se destacó también en el Informe Conjunto No. 14 del Contralor General de la República y de la Fiscalía General, 1º de junio, 2011.

³ Información del SECOP proporcionada a la OCDE por la SIC en marzo de 2013.

Encontrar el equilibrio adecuado respecto al uso de procedimientos de contratación pública que no sean licitaciones puede ser todo un reto. Por una parte, la flexibilidad es obviamente deseable y sensata. En el caso de contratos altamente técnicos, invitar a sólo un pequeño número de oferentes calificados puede tener como resultado una licitación más efectiva y eficiente y conseguir un valor mayor por la adjudicación del contrato. En mercados con un número limitado de participantes, el invitar a un número mayor de oferentes sería contraproducente. Además, cuando el plazo de tiempo para una licitación es sumamente limitado, utilizar un proceso de selección diferente a la licitación pública puede ahorrar a la autoridad contratante recursos escasos. Por último, cuando las licitaciones son por invitación o restringidas a oferentes calificados, puede haber menos casos de incumplimiento o de contratos fallidos.

Por otra parte, la utilización de adjudicaciones por contratación directa o por invitaciones a sólo un pequeño número de oferentes plantea una serie de preocupaciones por su potencial anticompetitivo. En primer lugar, se limita el conjunto de oferentes y se eleva el potencial de colusión. Las ofertas sólo por invitación también pueden impedir nuevos entrantes u oferentes que pudieran tener soluciones innovadoras. Además, las licitaciones sólo por invitación, si se usan o emplean con frecuencia en licitaciones sucesivas, pueden elevar el potencial de colusión por parte de los participantes conocidos y aumentar la oportunidad de corrupción. Adicionalmente, también pueden impedir el ahorro de costos basado en una agregación de procesos (véase descripción en sección 5.4), que puede ser importante, como lo han mostrado los Lineamientos de la OCDE y la experiencia internacional.

Es necesario instruir a los funcionarios colombianos de contratación pública para que aumenten significativamente el uso de licitaciones públicas en sus procesos de contratación pública, para de este modo intensificar la competencia y disminuir la probabilidad de colusión. Para reforzar este cambio en las prácticas de contratación pública, es necesario establecer criterios respecto a cuándo está permitido utilizar procedimientos de contratación pública diferentes a las licitaciones. Asimismo, el gobierno colombiano debería establecer el nivel máximo del presupuesto para adquisiciones de una agencia de contratación pública que se puede gastar en adquisiciones realizadas sin licitación pública.⁴ Estos dos últimos

⁴ Por ejemplo, los grupos federales de contratación pública en México no pueden gastar más de treinta (30) por ciento de su presupuesto anual para adquisiciones públicas en bienes y servicios adquiridos sin el uso de licitaciones públicas.

cambios podrían ser tema de discusión y acuerdos en las reuniones del consejo que se ha descrito en la sección 5.1.

Para asegurar que haya un cambio significativo, la ANCP ha de llevar a cabo revisiones regulares (posiblemente con la ayuda de la SIC) para determinar el éxito logrado en el incremento del nivel de uso de las licitaciones públicas y evaluar si los funcionarios de contratación pública están utilizando los otros procesos de selección sin una justificación razonable, y si los grupos federales de contratación están aprovechando en realidad los otros procesos de selección mediante la creación de contratos múltiples y de menor cuantía en lugar de optar por menos contratos y de mayor cuantía. Además, durante sus sesiones de capacitación, mencionadas en la sección 5.11, la SIC debería poner de relieve la necesidad de que los funcionarios colombianos de contratación pública realicen sus adquisiciones por regla general mediante licitaciones públicas con el fin de obtener mejor relación calidad/costo y disminuir los riesgos de colusión.

Estas sugerencias reforzarían el cumplimiento de las Recomendaciones I. 2. i) y iii) de la OCDE –no limitar la participación de licitadores y permitir una base más amplia de oferentes- y están en consonancia con la Sección 2 de la Lista de Verificación de Diseño- maximizando la participación potencial en los procedimientos de contratación pública de oferentes genuinamente competitivos- y con la Sección 6 de la Lista de Verificación de Diseño –despertar conciencia entre los funcionarios de contratación pública.

5.3 *Los funcionarios colombianos responsables de la contratación pública deberían emprender estudios integrales de mercado sobre bases sólidas*

*** La SIC y la ANCP deberían establecer el contenido mínimo aceptable para los estudios de mercado a través de la creación de una lista de verificación, basada en las mejores prácticas, que sería utilizada con posterioridad por los grupos colombianos de contratación pública cuando emprendan sus estudios de mercado.**

*** La ANCP debería disponer que los estudios de mercado de mejor calidad sean compartidos por las agencias colombianas de contratación pública para ayudar a lograr más competencia, eficiencia y coherencia en la contratación pública colombiana.**

Los estudios de mercado son de importancia vital y una herramienta preparatoria valiosa. Deberían ser emprendidos aun cuando no haya ningún requisito legal que los imponga, en particular para licitaciones de gran valor. Un entendimiento a fondo de todas las condiciones que prevalecen en el mercado y de los oferentes potenciales es esencial si es que las autoridades contratantes quieren comprar con eficiencia y detectar y evitar la colusión entre oferentes. Los estudios de mercado deben identificar las características y especificaciones de los bienes y servicios que se van a adquirir, los oferentes existentes y potenciales, los productos alternativos, las tendencias de los precios en el transcurso del tiempo, las diferencias en precios entre los mercados privados y los de contratación pública, y los costos y otras variables competitivas, todas las cuales están indicadas en los Lineamientos de la OCDE. Los estudios de mercado deberían ser realizados por individuos con conocimientos en contratación pública y/o investigación, que dispongan de suficiente tiempo y recursos.

Los estatutos colombianos de contratación pública requieren que los grupos gubernamentales de contratación emprendan un “estudio preliminar” antes de comenzar un procedimiento de adquisición pública.⁵ En el pasado, este tipo de estudios han tratado de la naturaleza y del procedimiento de la contratación pública y de los términos y condiciones contractuales que se pretendían,⁶ de modo que no eran auténticos estudios de mercado. La retroalimentación de los funcionarios del gobierno colombiano responsables de la contratación pública que asistieron a las sesiones de capacitación en diciembre de 2012 y febrero de 2013, indica que son pocos los funcionarios responsables de la contratación pública que preparan estudios de mercado y/o tienen un sentido de lo que se debe incluir en un estudio de este tipo. Por ende, es aconsejable que el trabajo de la SIC en conjunción con la ANCP establezca el contenido mínimo aceptable en los estudios de mercado a través de la creación de una lista de verificación, basada en las mejores prácticas, que podría ser utilizada con posterioridad por los grupos colombianos de contratación pública cuando emprendan sus estudios de mercado. Los dos grupos deben asegurarse de que los funcionarios de la contratación tengan instrucciones de recabar un monto suficiente de información de una serie de fuentes confiables y reconocidas (incluidos datos internacionales y comparaciones) para hacer una

⁵ En conformidad con el Artículo 25 de la Ley 80 de 1993, Artículo 2.1.1 del Decreto 734 de 2012 y el Artículo 15 del Decreto 1510 de 2013.

⁶ El Artículo 15 del Decreto 1510 de 2013, promulgado recientemente, exige específicamente a los funcionarios del gobierno colombiano responsables de la contratación pública que realicen un análisis de mercado antes de comenzar el proceso de adquisición.

elección informada del procedimiento de licitación que van a usar, establecer precios de referencia significativos y evaluar si es deseable dar cabida a oferentes extranjeros. Para asegurar la consistencia de la calidad de los estudios, la ANCP debería disponer que los estudios de mercado de mejor calidad sean difundidos a las agencias colombianas de contratación pública.

La SIC y la ANCP deberían determinar si es necesario que una o las dos organizaciones impartan cursos de capacitación periódicamente a los funcionarios de contratación pública en lo que concierne al tema de cómo llevar a cabo estudios de mercado.

Las indicaciones que acabamos de enumerar reforzarían el cumplimiento por Colombia de la Recomendación I.1. y son congruentes con la Sección 1 de la Lista de verificación de Diseño de la OCDE, que versan sobre tener información sobre el mercado como un elemento absolutamente fundamental para la contratación efectiva y para reducir el riesgo de colusión. Tanto la Recomendación como la Lista de verificación también contribuirían a asegurar que los grupos colombianos de contratación pública se adhieran a la Sección 3 de la Lista de verificación de Diseño, definiendo con claridad los requisitos de la licitación.

5.4 *Los grupos de adquisiciones del gobierno colombiano han de expandir la consolidación interna y externa de las adquisiciones*

*** El gobierno colombiano debería instar a sus organizaciones de adquisiciones, a través de la ANCP, a que identifiquen oportunidades de consolidación en el seno de los grupos individuales de adquisiciones y actúen en consecuencia.**

*** La ANCP debería coordinar la evaluación e identificación de consolidaciones adecuadas en los múltiples grupos colombianos de adquisición pública, incluyendo las que implican acuerdos marco.**

*** La ANCP debería proporcionar sesiones educativas y documentar a los funcionarios de adquisiciones con relación a la implementación de acuerdos marco, de modo que tales acuerdos se usen con regularidad por los grupos del gobierno colombiano.**

La experiencia de muchas jurisdicciones internacionales indica que la consolidación de las adquisiciones dentro de una agencia de contratación pública o a través de los múltiples grupos de adquisiciones, a menudo causa perturbación en la colusión existente o contribuye a ello. Además, la consolidación de

adquisiciones fomenta la capacidad adquisitiva, produciendo mejores precios de compra debido a la conveniencia de los oferentes por ganar un gran contrato. Las consolidaciones también pueden desalentar a las empresas de involucrarse en acuerdos colusorios en primer lugar porque no están dispuestas a dejar pasar la oportunidad de obtener contratos de gran escala.

Los acuerdos marco son una forma específica de compra consolidada. Se contraen entre uno o más grupos de compradores y uno o más oferentes, y establecen las condiciones de los contratos que se van a contraer dentro de un cierto periodo de tiempo, en particular las condiciones relacionadas con el precio y las cantidades.

En la actualidad, la consolidación de compras por parte de los grupos de adquisición de gobierno colombiano es poco frecuente y con criterios *ad hoc*. Hasta hace poco, no había habido ningún impulso ni dirección desde el gobierno central con respecto a la consolidación de adquisiciones. No obstante, el Decreto 1510 de 2013 aborda las compras consolidadas y regula el uso de acuerdos marco por las organizaciones de adquisiciones del gobierno colombiano. De conformidad con este decreto, se ha atribuido a la ANCP la responsabilidad de asegurar que los grupos gubernamentales utilicen realmente esos acuerdos para algunas de sus compras.

Las organizaciones de compras del gobierno colombiano deberían estar orientadas por el gobierno y la ANCP a buscar proactivamente oportunidades para la consolidación de adquisiciones en el seno de cada grupo de compras. Respecto a las consolidaciones de base más amplia mediante acuerdos marco, la ANCP debería coordinar la evaluación e identificación adecuada de las consolidaciones e impartir sesiones educativas y capacitación en relación con la implementación de los acuerdos marco a los funcionarios de adquisiciones públicas.

Aunque, como ya se señaló, la consolidación de las compras tiene varios beneficios clave (cuantiosos ahorros, costos reducidos y menos recursos humanos), la OCDE advierte a los grupos de adquisiciones que tengan cuidado de asegurarse que ese tipo de estrategia no limite la participación de oferentes (por ejemplo, ciñéndose a un número predeterminado de proveedores por mucho tiempo) o impida que los grupos de adquisiciones públicas obtengan reducciones de precio en el futuro en consonancia con las condiciones predominantes en el mercado. Además, es necesario también que las organizaciones de contratación pública tengan cuidado de no reducir con carácter permanente el número de oferentes con capacidad para participar en una licitación (por ejemplo, porque no tienen suficiente capacidad de oferta o no pueden cubrir todo el territorio) por debajo del número óptimo para fomentar una competencia enérgica y continua y garantizar una fuente estable de suministro. De otro modo, a largo plazo, los compradores

públicos se podrían quedar con un conjunto de proveedores más pequeño que el original con consecuencias en la disminución de la competencia. La posibilidad de estas consecuencias adversas se debe sacar a la luz y valorar durante la fase de estudio de mercado del proceso de contratación pública.

Las indicaciones que acabamos de enumerar son congruentes con la Recomendación I de la OCDE, que insta a los países a esforzarse en convocar licitaciones públicas en todos los niveles del gobierno, diseñadas para promover una competencia más efectiva y reducir el riesgo de colusión sin dejar de asegurar un buen rendimiento general del valor del dinero. Son también congruentes con la Sección 2 de la Lista de Verificación de Diseño de los Lineamientos de la OCDE, en la que se aborda maximizar la participación potencial de oferentes genuinamente en competencia, y con la Sección 3 de la Lista de verificación de Diseño, que recomienda evitar la predictibilidad en los procesos de licitación.

5.5 *La ANCP debería abordar las cuestiones de ofertas conjuntas, subcontratación y abastecimiento simultáneo*

*** La ANCP, posiblemente en conjunción con la SIC, debería obtener estadísticas respecto a la frecuencia con la que los procedimientos de contratación pública emprendidos por los grupos colombianos de adquisiciones públicas implican ofertas conjuntas, subcontratación y abastecimiento simultáneo.**

*** La ANCP y la SIC deberían evaluar si aparentemente esas prácticas son en suma de naturaleza legítima o si aparentemente, con mayor frecuencia, son componentes de planes de colusión.**

*** Para abordar los riesgos potenciales de anti-competitividad de las ofertas conjuntas y la subcontratación, los grupos de adquisiciones públicas deberían instaurar ciertos requisitos de transparencia para los proveedores que emprendan esas prácticas.**

*** Los grupos colombianos de contratación pública deberían dividir un solo contrato entre múltiples proveedores sólo en circunstancias excepcionales.**

Las leyes y reglamentos colombianos de contratación pública permiten las ofertas conjuntas, la subcontratación y el abastecimiento simultáneos, pero no proporcionan ninguna orientación sobre su uso. Ni la OCDE ni la SIC tienen

constancia de la frecuencia con que los procesos de adquisición pública y los contratos del gobierno colombiano implican estas variantes.

Cada una de estas tres actividades fomenta con frecuencia la competencia en los procesos de adquisiciones públicas y puede proporcionar a los grupos de adquisición más seguridad del suministro. Por ejemplo, las ofertas conjuntas pueden ser una manera útil de que oferentes con diferentes capacidades o fortalezas (por ejemplo, presencia en diferentes zonas geográficas, o centrados en diferentes partes de la cadena productiva) se junten y presenten una oferta más competitiva aprovechándose de las economías de escala, de compartir los costos y de reducir los riesgos. Asimismo, las empresas pequeñas pueden aunar fuerzas para ofertar en una licitación en la que de otro modo no habrían podido participar. No obstante, las ofertas conjuntas también se pueden usar para reducir la competencia entre los oferentes y para implementar un plan colusorio dirigido a compartir el mercado entre los participantes. Las ofertas conjuntas son menos problemáticas cuanto mayor es el número de oferentes en competencia de un bien o servicio.

Las autoridades de contratación pública también tienen que estar conscientes de cuestiones de posible colusión cuando permiten la subcontratación. Aunque es legítima en la mayoría de los casos, la subcontratación puede, no obstante, ser parte de un acuerdo colusorio en el que el ganador de una licitación subcontrata parte del contrato a uno o más de los oferentes que no ganaron con el fin de remunerarlos por su participación en un plan colusorio (compartiendo las ganancias excedentes generadas por actividades de cártel mediante la compensación a los no ganadores).

En la mayoría de las situaciones auténticamente competitivas, las empresas son sumamente reacias a subcontratar a rivales. Hay unas cuantas razones plausibles para que el ganador de una licitación –que presentó su oferta solo y, por tanto, manifestó su capacidad de cumplir el contrato sin depender de rivales– consecutivamente asigne parte del contrato a uno o más de los competidores que no lo ganaron. De hecho, la experiencia internacional ha demostrado que esta práctica suele ser uno de los mecanismos que se utilizan para asegurar y recompensar la colaboración en un acuerdo colusorio. Sin embargo, las empresas pequeñas, muchas veces se involucran legítimamente en la subcontratación porque no tienen la capacidad de cumplir todos los requisitos del contrato o de completarlos en el periodo de tiempo especificado.

El abastecimiento simultáneo, lo mismo que las ofertas conjuntas, brindan a las autoridades contratantes la flexibilidad de adjudicar el contrato cuando un solo proveedor puede ser que no tenga la capacidad suficiente para ejecutar toda la contratación por sí solo o cuando hay falta de fuentes alternativas de suministro.

Ambas prácticas también cumplen el encomiable objetivo de permitir que las pequeñas y medianas empresas compitan para garantizar todo o parte de un contrato cuando de otro modo no podrían hacerlo.

En términos generales, la perspectiva de “el ganador se lo lleva todo” en la contratación pública estimula la competencia agresiva y probablemente arroje el mejor precio para los grupos de contratación pública. Por otra parte, cuando los oferentes saben con certidumbre razonable que una agencia pública tiene la intención de dividir un contrato entre varios de ellos, esto puede acabar siendo un incentivo para que varios licitadores establezcan un precio focal y con posterioridad minimicen las diferencias en las ofertas, de modo que se les adjudique parte del contrato a cada uno de ellos.

Cuando la competencia entre los competidores es débil o cuando ya está establecida la colusión, anunciar el hecho de que podrán ser elegidos varios proveedores permite que el cártel se divida efectivamente la contratación y vigile los precios de las ofertas. Si se utilizan adjudicaciones divididas en contratos sucesivos o recurrentes, entonces el proceso de licitación se puede usar para establecer un plan de rotación de ofertas compartir el mercado, en el que cada miembro del cártel puede obtener una parte del negocio de la agencia de contratación pública. Para los oferentes deshonestos, una situación de este tipo puede ser mucho más atractiva que un plan tradicional de rotación de ofertas, que exige que todos los oferentes, salvo el ganador, renuncien a los beneficios del cártel hasta una futura ocasión. Las consecuencias negativas se pueden exacerbar en el caso de productos con pocos oferentes.

La OCDE reconoce que las autoridades contratantes necesitan tener flexibilidad en todas las licitaciones para asegurar que obtendrán las ofertas suficientes para permitirles adjudicar el contrato, en particular con respecto a contrataciones públicas de productos con un número limitado de oferentes o en zonas remotas de Colombia donde puede ser difícil cumplir con los requisitos. No obstante, estas consideraciones no deberían menoscabar el objetivo primordial de obtener el mayor rendimiento por el valor del dinero.

Como lo hemos indicado, la ANCP, posiblemente en conjunción con la SIC, debería obtener estadísticas sobre la frecuencia con la que los procedimientos de licitación de los grupos colombianos de contratación pública implican ofertas conjuntas, subcontratación y abastecimiento simultáneo. Además de recopilar las estadísticas pertinentes, la ANCP y la SIC han de evaluar si esas prácticas son en definitiva de naturaleza legítima o si son componentes de planes de colusión. Si se llega a la conclusión de que la frecuencia del uso de estas prácticas es alta como

parte de una actividad colusoria, la SIC puede iniciar una actividad selectiva de cumplimiento de la ley y colaborar con agencias de contratación pública para contrarrestar el uso ilegítimo de estas prácticas, implementando algunas o todas las recomendaciones restantes en esta sección del Informe.

Para tratar los aspectos anticompetitivos potenciales de las ofertas conjuntas, es aconsejable que cuando un grupo de contratación pública quiera recibir ofertas conjuntas, incluya un requisito en la convocatoria de la licitación, para efecto de que los oferentes justifiquen en sus propuestas los aspectos pro-competitivos de su oferta conjunta. Estas justificaciones podrían incluir uno o más de los siguientes elementos:

- dos o más oferentes combinan sus recursos para cumplir un contrato que es demasiado grande para cualquier de ellos individualmente; o
- dos o más oferentes activos en diferentes mercados del producto proveen un solo servicio integral que ninguno de ellos podría suministrar independientemente; o
- dos o más oferentes activos en diferentes zonas geográficas presentan una sola oferta para toda Colombia o para múltiples estados que incluye zonas que ningún proveedor por sí solo puede cubrir.

Para reducir algunos de los riesgos asociados con la subcontratación, se tiene que exigir a los oferentes que asuman ciertos requisitos de transparencia en sus propuestas de ofertas, por ejemplo: i) advertir al grupo de contratación pública de su intención de subcontratar; ii) identificar con claridad las empresas a las que subcontratarán; y iii) explicar por qué es necesaria la subcontratación para la ejecución idónea del contrato.

En cuanto al abastecimiento simultáneo, los grupos colombianos de contratación pública deberían dividir un contrato entre múltiples proveedores sólo en circunstancias excepcionales. En los casos en que preocupa la seguridad del suministro, deberían considerar la posibilidad de, o bien emitir múltiples licitaciones de menor cuantía (y adjudicar cada una de ellas a un solo proveedor, lo cual puede ser factible para proveedores pequeños) o bien consolidar las compras con el fin de atraer a grandes oferentes adicionales.

La implementación de esta serie de indicaciones mejoraría el cumplimiento de Colombia con las Recomendaciones I. 3. y I. 4., que instan a las agencias gubernamentales de contratación a diseñar procesos de licitación y a aprobar

criterios de selección que disminuyan la comunicación entre los competidores y mejoren la intensidad y efectividad de la competencia en el proceso de licitación. Estas sugerencias también son congruentes con la Sección 1 de la Lista de verificación de Diseño –estar informado sobre el mercado, la Sección 2 – maximizar la participación potencial de oferentes que auténticamente compitan, la Sección 3 –definir con claridad los requisitos y evitar las medidas predecibles, la Sección 5 –escoger con cuidado los criterios para evaluar y adjudicar la licitación, y la Sección 6 – concientizar a los funcionarios de contratación pública. Además, las diversas recomendaciones se relacionan con la Sección 1 de la Lista de verificación de Detección, que trata de la búsqueda de señales y patrones de advertencia cuando las empresas están presentando sus ofertas.

5.6 *El gobierno colombiano debería abolir el requisito legal de hacer públicos los presupuestos para procedimientos de adquisición para los grupos gubernamentales de contratación*

*** La SIC, con el apoyo de la ANCP, debería abordar formalmente a los funcionarios pertinentes del gobierno central en busca de las enmiendas necesarias.**

En conformidad con varios artículos del Decreto 734 de 2012, a los funcionarios colombianos de la contratación pública se les exige que publiquen los montos asignados a contratos individuales en sus presupuestos. Este requisito no deja de ser problemático ya que la publicación de este tipo de cifras monetarias proporciona información valiosa a todos los oferentes interesados, estén o no involucrados en una colusión, ya que de este modo disponen del precio más alto aceptable por la unidad de adquisiciones. Sin esta información, los oferentes se hubieran visto obligados a establecer de manera independiente los precios que estuvieran dispuestos a aceptar. Además si hay colusión presente, conocer el precio máximo puede llevar a que las ofertas fraudulentas suban aún más. Revelar el presupuesto para un contrato elimina cualquier pequeña incertidumbre que pudiera quedar para que las compañías involucradas en la colusión realicen su actividad ilegal. Para abordar este requisito inadecuado de revelación de datos, la SIC y la ANCP deberían encabezar, junto con los funcionarios del gobierno central pertinentes, la iniciativa de promulgar las reformas necesarias a las diversas disposiciones que forman parte del Estatuto General de Contratación y otros estatutos y reglamentos. La SIC debería advertir a los funcionarios de la existencia de los Lineamientos de la OCDE para Combatir la Colusión y de este Informe en apoyo a las reformas requeridas.

Cumplir con esta indicación sería congruente con la Recomendación I. 3. de la OCDE y con la Sección 4 de la Lista de verificación de Diseño, ambos de los cuales tratan sobre la reducción de las comunicaciones entre los oferentes.

5.7 *El gobierno colombiano debería eliminar otros tipos de revelación de datos*

*** Debería instaurarse una política pública de todo el gobierno para que, siempre que fuera factible, los intercambios de información con los oferentes se realicen por medios electrónicos.**

*** El gobierno colombiano debería reformar sus leyes de contratación pública para eliminar el requisito obligatorio de que las autoridades gubernamentales contratantes celebren reuniones aclaratorias durante cada procedimiento de licitación.**

*** La información sobre la identidad de los oferentes y la cantidad que ofrecen debería hacerse pública sólo de manera que no identifique explícitamente a las empresas/individuos.**

*** Los documentos divulgados al público por los grupos de adquisiciones públicas (como las minutas de las reuniones aclaratorias y de los oferentes ganadores y los precios que propusieron) no deberían enumerar ni identificar a los participantes ni los precios de las ofertas en procesos individuales de adquisiciones públicas.**

*** Las visitas sobre el terreno sólo deberían realizarse cuando son absolutamente necesarias y nunca como un procedimiento de rutina.**

Es sabido que la transparencia es un requisito clave de los procedimientos de adquisición pública en Colombia, como lo es en muchos otros países. La transparencia tiene por fin permitir la máxima participación y competencia en las licitaciones públicas y disuadir la corrupción. No obstante, existe con frecuencia una tensión entre promover la transparencia por un lado y maximizar la competencia y disuadir la actividad colusoria por otro. Es necesario un delicado equilibrio de objetivos y prácticas políticas para alcanzar las dos metas inseparables de transparencia y de obtención del mayor rendimiento del valor del dinero en todos los procesos de contratación pública. Es por ende crucial establecer la oportunidad, el grado y el público adecuados para la apertura de información con el fin de tratar de equilibrar óptimamente los objetivos y los riesgos en conflicto.

Las leyes colombianas exigen que los grupos gubernamentales de contratación celebren reuniones de aclaración en persona y, en el transcurso de los procesos de licitación, revelar una gama de información que incluye la identidad de los oferentes, los precios de sus proposiciones y el precio que ofreció el oferente ganador.

Los Lineamientos de la OCDE destacan el potencial para la colusión durante una licitación cuando los oferentes disponen de los medios para conocer las identidades de sus competidores en potencia ya que es posible que se reúnan con ellos. La experiencia internacional confirma que las reuniones aclaratorias con los oferentes ordenadas por la legislación de adquisiciones públicas, como es el caso de Colombia, facilitan un foro en el que los oferentes pueden discutir o culminar un acuerdo, o intercambiar información sensible en detrimento de la competencia. Además, las visitas sobre el terreno, las listas de los que han solicitado información sobre los oferentes o expresado interés en la licitación, las listas de oferentes, las aperturas públicas de las ofertas y la divulgación del precio de la proposición presentada por cada oferente, han sido identificados en los Lineamientos de la OCDE como acciones que hay que evitar en licitaciones. Cuando no sea posible eliminar la oportunidad de que los oferentes potenciales se conozcan e interactúen, esas prácticas deberían ser minimizadas y vigiladas con atención.

Una opción que vale la pena explorar son las reuniones aclaratorias de manera “virtual”, es decir, utilizando tecnología “a distancia” para eliminar las reuniones cara a cara entre los competidores. Por consiguiente, a corto plazo, debería aprobarse una política pública de todo el gobierno para que, siempre que sea factible, los intercambios de información con los oferentes se realicen a través de medios electrónicos. Se debería eliminar lo antes posible el requisito obligatorio para la autoridad contratante de celebrar una reunión pública de aclaración en el curso de cada licitación. La SIC y la ANCP deberían colaborar para que los funcionarios públicos pertinentes conozcan esta iniciativa. Cualquier cambio en los procedimientos ha de tomar en cuenta la capacidad de los pequeños oferentes para adoptar los nuevos procedimientos a fin de no desalentar ni socavar su participación en los procesos de contratación pública.

Otras revelaciones de datos que se aconseja que eviten los grupos colombianos de contratación pública son: información sobre la identidad de los oferentes y la cantidad que ofrecen (los oferentes han de ser identificados por letras o números, no por sus nombres);⁷ otro material divulgado por los grupos de

⁷ Alternativamente, se podría poner a disposición información más completa con un cierto lapso de tiempo intermedio (más de seis meses después de la

contratación pública (como las minutas de las reuniones de aclaración) que enumera o identifica a los participantes en un proceso de adquisición pública; y la información sobre contratos adjudicados y cumplidos por proveedores individuales (se debe facilitar su acceso exclusivamente a los funcionarios de la contratación, o bien, si esto no es posible, al público en general, pero de nuevo con un intervalo adecuado de tiempo). Hasta un intervalo breve en la divulgación al público de información sensible a la competencia puede obstaculizar o alterar el control y el cumplimiento de un plan colusorio de los participantes.

En cuanto a la cuestión de las visitas sobre el terreno, si no son prohibitivas en cuanto al costo, puede haber múltiples visitas para dividir a los competidores o se pueden hacer virtualmente.

Cada una de las sugerencias anteriores es congruente con la Recomendación I. 3. y con la Sección 4 de la Lista de verificación de Diseño, ambos abordan la reducción de las comunicaciones entre los oferentes.

5.8 *Los grupos de contratación del gobierno colombiano deberían aumentar el uso de subastas inversas*

Las ofertas subsecuentes de descuento o subastas a la inversa son diferentes a la subasta tradicional porque los oferentes compiten para vender un bien o servicio mediante la reducción sucesiva del precio de la oferta que propusieron originalmente sin cambiar las especificaciones expresadas en su propuesta técnica. Las ofertas subsecuentes de descuento son obviamente diferentes de las licitaciones públicas que implican únicamente una oferta de precio. Las subastas a la inversa funcionan mejor cuando las características técnicas y especificaciones de los bienes y servicios requeridos están estandarizadas, hay un número suficiente de oferentes calificados y las propuestas del proveedor pueden ser evaluadas con relativa rapidez después de cada ronda de propuestas selladas.

La experiencia internacional con este tipo de procedimiento de adquisiciones públicas ha resultado en ahorros considerables.⁸ Ofertas subsecuentes de descuento

conclusión de la licitación), cuando su utilidad para los licitadores deshonestos fuera más limitada.

⁸ Por ejemplo, en Brasil, Colombia, Ecuador, Inglaterra, Paraguay, Perú y los Estados Unidos, como se señaló en la Gaceta del Gobierno del Estado de México de 3 de septiembre de 2010, p. 10, durante el proceso para incluir las subastas subsecuentes de descuento en la ley del estado. Asimismo entre septiembre de 2010 y junio de 2011, el gobierno federal de los Estados Unidos Mexicanos

recientes que abarcaban cinco medicamentos, se calcula que ahorraron a cuatro organizaciones de salud pública en México aproximadamente 1.7 mil millones de pesos mexicanos, unos US\$1.3 millones.⁹

La OCDE ha observado que para que los grupos de contratación pública logren ahorrar en costos por la utilización de ofertas subsecuentes de descuento, es necesario operar el procedimiento por vía electrónica, a fin de impedir que los oferentes tengan oportunidad de observar la conducta de sus competidores en las ofertas, y reducir el tiempo entre rondas de licitación, para disminuir la capacidad de comunicación de los oferentes entre ellos y de establecer acuerdos colusorios.¹⁰

Las ofertas subsecuentes de descuento electrónicas y en persona están permitidas por la ley colombiana de contratación pública, aunque la ley determina la preferencia por las versiones electrónicas siempre que sea posible.¹¹ El gobierno colombiano dio un impulso, a través de las reformas trazadas en su Plan de Desarrollo Nacional más reciente, a la introducción de tecnología en las prácticas de contratación pública del gobierno. De hecho, una de las responsabilidades de la ANCP es estimular a las organizaciones colombianas gubernamentales de adquisición a utilizar tecnologías con más frecuencia en sus procesos de contratación pública.

Las organizaciones colombianas de contratación pública tendrían que usar ofertas subsecuentes de descuento electrónicas más a menudo y los periodos de tiempo entre las rondas de licitación se deberían mantener en el mínimo indispensable. La ANCP sería obviamente el organismo que encabezara esta iniciativa.

reportó ahorros en costos de 196.8 millones de pesos mexicanos por el uso de ofertas subsecuentes de descuento. Fuente: Quinto Informe de Labores, Secretaría de la Función Pública, 2011.

⁹ Combate a la Colusión en los Procedimientos de Contratación Pública en México, Informe Analítico del Secretariado sobre el Marco Jurídico y las Prácticas de Contratación Pública llevadas a cabo por el ISSSTE, OCDE, 2013, p. 96.

¹⁰ OCDE, Mesas redondas sobre Políticas, Colusión y Corrupción en la Contratación Pública, 2010, p. 27.

¹¹ Artículos 3.2.1.2 y 3.2.1.1.6 del Decreto 734 de 2012.

La implementación de esta recomendación ayudaría a que Colombia cumpliera la Recomendación I. 3 de la OCDE y la Sección 4 de la Lista de verificación de Diseño –reducir las comunicaciones entre los oferentes. Adoptar esta recomendación contribuiría también a que Colombia cumpliera con la Recomendación I. 5 de la OCDE, que alienta a las agencias de contratación pública a usar sistemas electrónicos de licitación para fortalecer los esfuerzos del combate a la colusión y fomentar la competencia en las licitaciones públicas. Además, poner en práctica este enfoque contribuiría a maximizar la participación potencial de oferentes en genuina competencia (Sección 2 de la Lista de verificación de Diseño) y a evitar la predictibilidad en los procedimientos de contratación pública (Sección 3).

5.9 *El gobierno colombiano debería considerar la presentación de Certificados de Determinación de Oferta Independiente en los procesos de contratación pública*

*** Los funcionarios de contratación pública deberían incluir advertencias sobre actividades colusorias en los documentos de contratación que distribuyen a los oferentes.**

Una manera de hacer que sea más costoso y riesgoso para los oferentes deshonestos coludirse es requerir siempre a los que liciten por contratos presentar un Certificado de Determinación de Oferta Independiente (CDOI), o un documento similar en el que se exija que los oferentes declaren explícitamente que no se han involucrado en ninguna conducta que podría haber afectado adversamente la competencia en el proceso de selección, como: acordar con sus competidores precios de oferta y requisitos; revelar los precios de la oferta a cualquiera de sus competidores; y tratar de convencer a un competidor de que manipule o retire ofertas.

Los CDOI hacen que la colusión entre oferentes sean menos probables porque:

- informan a los oferentes sobre la ilegalidad de la colusión;
- avisan que los funcionarios de la contratación pública están advertidos sobre el problema de la colusión; y
- agregan sanciones adicionales, incluso sanciones penales, por falsas declaraciones en los documentos de registro.

La SIC ha reconocido la importancia de los CDOI y ha redactado dos ejemplos de certificados “sin colusión” a modo de muestra y ha facilitado un modelo de CDOI a la ANCP para su consideración. En el Anexo 3 y en el 4, se

pueden encontrar ejemplos más detallados de CDOI, de Canadá y los Estados Unidos, respectivamente.

Si el gobierno colombiano no reforma sus leyes de contratación pública para exigir el CDOI, la OCDE recomienda encarecidamente que los funcionarios de la contratación pública en Colombia comiencen a exigir el CDOI en todas sus licitaciones en el futuro. En conformidad con este tipo de política pública, debe hacerse obligatorio que los CDOI estén firmados por altos funcionarios corporativos con el fin de aumentar la probabilidad de que las actividades colusorias sean investigadas, finalizadas o evitadas por aquellos mejor posicionados para detectar y afectar las conductas colusorias. La Recomendación I.7 de la OCDE cubre un problema afín a la colusión cuando indica que las invitaciones a la licitación incluyan una advertencia respecto a las sanciones por colusión de acuerdo con la ley colombiana de competencia, las sanciones por firmar un CDOI falso, la posibilidad de ser inhabilitado para participar en licitaciones públicas futuras durante un cierto periodo de tiempo, y la posibilidad de ser responsable por los daños y perjuicios causados al organismo de contratación pública. Se recomienda que esta advertencia se incluya en todos los paquetes de documentos de licitación del gobierno colombiano. El lenguaje del CDOI y el de la advertencia deberían ser revisados y aprobados por la SIC.

La sugerencia del CDOI habilitará a Colombia para el cumplimiento de la Recomendación I.6 de la OCDE. Asimismo, la utilización del CDOI es una de las indicaciones contenidas en la Sección 4 de la Lista de verificación de la OCDE para restringir las comunicaciones entre los licitadores. La inclusión de advertencias en el futuro aseguraría el cumplimiento de Colombia con la Recomendación I.7 de la OCDE.

5.10 Los grupos de contratación del gobierno colombiano deberían abandonar el uso de loterías para la preselección de oferentes

La SIC advirtió a la OCDE que en algunos procedimientos de licitación del gobierno colombiano, cuando hay un número relativamente alto de oferentes interesados, los grupos de contratación pública utilizan un procedimiento de lotería para seleccionar un número menor de oferentes que se convierten entonces en los únicos candidatos a los que les está permitido presentar ofertas en el proceso de licitación. Este tipo de práctica no es aconsejable porque no toma en cuenta la calidad de las ofertas que los candidatos eliminados pudieran haber hecho y va en contra del concepto de escoger la oferta ganadora en función de sus méritos. Esta perspectiva se utiliza raras veces en otras partes del mundo.

Si se considera necesario reducir el número de licitadores a un número más manejable, los grupos de contratación del gobierno colombiano no deberían utilizar loterías sino que más bien tendrían que realizar las revisiones detalladas y apropiadas de los oferentes en perspectiva para que aquellos de lo que es de esperar que propongan las mejores ofertas en una licitación no sean eliminados al azar en las licitaciones.

Esta recomendación es congruente con la Recomendación I.2. y con la Sección 2 de la Lista de verificación de Diseño de la OCDE, que maximiza la participación potencial de oferentes genuinamente competitivos, y con la Sección 5 de la lista de verificación de Diseño que ordena escoger con cuidado los criterios para evaluar y adjudicar una oferta.

5.11 *La SIC, en conjunción con la ANCP, debería apoyar la capacitación para la contratación pública y actividades educativas sobre colusión entre oferentes en procesos de contratación pública a todo el gobierno colombiano*

Es absolutamente crucial que los grupos de contratación pública contraten personal con el conocimiento y la experiencia adecuada para la función que han de cumplir. Además, es necesario que los organismos de contratación mejoren constantemente las habilidades y el conocimiento de su personal de contratación mediante la capacitación y la educación continuas. Una de las áreas de la capacitación que se suele pasar por alto es precisamente el tema de la colusión.

Como se señaló en la sección 4.3, la SIC organizó dos sesiones de capacitación para funcionarios de contratación del gobierno central que tuvieron lugar en diciembre de 2012 y en febrero de 2013. Las dos sesiones, de dos días cada una, fueron bien recibidas por los asistentes de contratación pública, que entendieron mucho mejor en qué consistía la colusión y aprendieron a detectar y evitar la colusión entre oferentes, y a fomentar la competencia en los procesos de licitación pública.

La SIC, en cooperación con la ANCP, debería organizar con regularidad este tipo de capacitación a funcionarios de contratación pública como parte de un programa permanente de combate a la colusión entre oferentes en los procesos de contratación pública, para mejorar la calidad de las prácticas de adquisición y fomentar la competencia en sus procedimientos. Los programas de entrenamiento deberían reflejar las lecciones aprendidas de iniciativas anteriores e incluir casos prácticos de la SIC sobre investigaciones de procesos de colusión en las contrataciones públicas. Esos programas deberían contar con la participación activa

de la ANCP por sus funciones estatutarias, conocimiento y contactos relacionados a los procesos de adquisiciones públicas en Colombia.

Estas dos sugerencias contribuirían a que las agencias de contratación del gobierno colombiano cumplieran con la Recomendación II.2 y con la Sección 6 de la Lista de verificación de Diseño - cuyos documentos refieren a hacer conscientes a los funcionarios públicos de contratación de las actividades colusorias- y con todas las secciones de la Lista de verificación de Detección, que expone lo que los funcionarios de contratación pública deberían conocer y poner en práctica respecto a las actividades colusorias.

5.12 *La ANCP y los grupos de contratación gubernamentales deberían fomentar que los funcionarios de contratación pública compartieran información*

*** Los grupos de contratación del gobierno colombiano deberían comunicarse con regularidad para compartir mejores prácticas, inteligencia de mercado y casos de conducta sospechosa de colusión.**

*** La ANCP debería aplicar el consejo ya descrito en la sección 5.1 para ayudar a poner en práctica esta recomendación.**

Los grupos de contratación pública colombianos deberían emprender un diálogo regular que ayudaría enormemente a que Colombia cumpliera con las Recomendaciones de 1998 y de 2012 de la OCDE. Este diálogo debería estar coordinado por la ANCP. Como mejor se realizarían las actividades para compartir la información sería a través de un foro/mecanismo de consulta formal para asegurar que este esfuerzo positivo no acabe siendo un ejercicio de corta duración. Como se indica en la sección 5.1, las partes interesadas deberían establecer un consejo de funcionarios responsables de la contratación que se reuniera con regularidad, que estuviera presidido por la ANCP y tuviera un funcionario de la SIC como asesor permanente. El consejo sería un foro ideal para explorar las oportunidades de consolidación de compras entre los organismos para adquisiciones del gobierno central, en apoyo de lo que se indicó en la sección 5.4.

Esta cooperación podría lograr los siguientes beneficios:

- se podrían discutir y abordar los asuntos de interés común;
- se podrían revisar con la SIC los “focos rojos” relacionados con actividad colusoria y las preocupaciones concomitantes;

- los grupos de contratación pública podrían corroborar si están atrayendo oferentes calificados similares y en el mismo número; y
- los diversos grupos podrían asegurarse de que estén pagando precios que estén al tenor los unos de los otros (sobre todo para bienes estandarizados), tomando en cuenta el volumen de compras, los costos de transporte y otros factores pertinentes.

Poner en práctica estas indicaciones fomentaría el cumplimiento por parte de Colombia de todos los componentes de las Recomendaciones de la OCDE, así como de la Sección 1 de la Lista de verificación de Diseño –estar informado sobre el mercado- y de las Secciones 1-5 de la Lista de verificación de Detección, cada una de las cuales versa sobre diversas formas de conducta sospechosa en los oferentes.

5.13 *El gobierno colombiano y la SIC deberían poner en práctica procedimientos para suscitar interés en el personal de contratación pública respecto a la colusión*

*** Habría que establecer procedimientos claros y líneas de información con el fin de que los funcionarios colombianos de contratación pública informaran de casos sospechosos de colusión durante el proceso de licitación. El informe de los procedimientos debería tomar en consideración la posible necesidad de mantener confidenciales las identidades de los funcionarios implicados en el procedimiento.**

A medida que los funcionarios de contratación del gobierno colombiano van siendo más conscientes de la existencia de la colusión y de cómo detectarla y evitarla, habrá necesidad de establecer procedimientos para que los funcionarios aporten información sobre lo que sospechan podría constituir una actividad colusoria. Sería pertinente que esta iniciativa fuera seguida por la SIC y la ANCP como parte de sus actividades en común y por el consejo de funcionarios de la contratación pública –véanse secciones 5-1 y 5.12. La Fiscalía General también debería estar involucrada, dado que la actividad de la que se informa podría ser considerada merecedora de una acción penal. Sería importante que las organizaciones comuniquen a los funcionarios de la contratación pública que cuando hay casos sospechosos de colusión durante las licitaciones, no es la conducta de los funcionarios la que está bajo escrutinio y ellos no incurren en ninguna falta por informar sobre este tipo de casos. También sería importante que

los funcionarios de contratación pública fueran advertidos de que proporcionar información a la SIC o a la Fiscalía General no hace que corran ningún riesgo legal por sus informaciones. Habría que considerar si la instalación de una línea directa anónima con la SIC o la Fiscalía sería una manera efectiva de informar a los funcionarios responsables sobre conductas colusorias en las licitaciones.

La SIC y la ANCP deberían determinar los beneficios de establecer una recompensa y/o un programa de reconocimiento para estimular a los funcionarios responsables de las licitaciones a que identifiquen y reporten casos de conducta sospechosa o inusual de los licitadores. Un programa de reconocimiento/recompensa enviaría una clara señal del compromiso del gobierno colombiano con el combate a la colusión y estimularía a los empleados a sentirse parte integral de los esfuerzos para combatir el problema. Cualquier recompensa monetaria podría estar basada parcialmente en los ahorros alcanzados como resultado de haber detenido la actividad colusoria y el reconocimiento podría tomar en cuenta el enjuiciamiento exitoso por la SIC de los oferentes implicados en la actividad ilegal.

Poner en práctica estas indicaciones ayudaría a Colombia, y a la SIC en particular, a cumplir con los dos componentes de la Recomendación II. 3 de la OCDE: 1) alentar a las autoridades de competencia a establecer una relación continua con las agencias de contratación pública de modo que, si los mecanismos preventivos fallan esas agencias informarán de la supuesta colusión a las autoridades de competencia con la confianza de que éstas ayudarán a investigar y perseguir cualquier conducta anticompetitiva y 2) recompensar la detección exitosa de prácticas reales anticompetitivas en la evaluación de las carreras profesionales de los funcionarios de la contratación pública. Asimismo, adoptar estas indicaciones sería congruente con la Sección 6 de la Lista de verificación de Diseño de la OCDE - concientizar a los funcionarios de la contratación pública - y con todas las Secciones de la lista de verificación de Detección de la OCDE y, en particular, la Sección 7, que trata de las medidas a tomar cuando se sospecha de colusión en las licitaciones.

5.14 *Los grupos de contratación pública del gobierno colombiano deberían conservar los expedientes de licitaciones relevantes*

*** La ANCP debería colaborar con las organizaciones gubernamentales de contratación pública de Colombia para establecer una política pública respecto a la conservación de ejemplares impresos y registros electrónicos de las licitaciones durante un periodo razonable de tiempo.**

Durante las sesiones de capacitación llevadas a cabo por la OCDE y la SIC, funcionarios responsables de las licitaciones del gobierno colombiano indicaron que no estaba estandarizada la conservación de documentos relativos a procedimientos de licitación ya concluidos en todas las organizaciones contratantes del gobierno, y que con frecuencia, los documentos de las licitaciones se desechaban antes de que pasara un año desde la adjudicación de un contrato. El resultado de esto es la imposibilidad de tener acceso a una base de datos históricos de licitaciones. Con la promulgación del Decreto 734 de 2012, la información sobre licitaciones públicas en el SECOP se ha de conservar por lo menos tres años (Artículo 2.2.5). Aunque esta información estadística es útil, la información más valiosa es generalmente la que se recibe de los oferentes durante los procedimientos de licitación pública.

Conservar un ejemplar impreso y los registros electrónicos relacionados con los procedimientos de licitación durante un periodo razonable de tiempo haría posible que los grupos de contratación, la ANCP y la SIC analicen con más facilidad cuestiones de contratación de interés general y que identifiquen e investiguen cualquier actividad y modelo sospechosos de colusión. La ANCP debería ser responsable de asegurar que esta recomendación se ponga en práctica ya que se beneficiaría de la información recabada cuando emprenda el estudio y análisis de los problemas de la contratación pública señalados en la sección 5.1. El consejo de contratación pública identificado en las secciones 5.1 y 3.12 sería una excelente instancia para debatir qué duración del periodo de retención de los documentos sería más aconsejable en el contexto colombiano.

La SIC y la ANCP deberían recordar con regularidad a los funcionarios de contratación del gobierno colombiano en el transcurso de las reuniones y sesiones de capacitación para que tomen nota de cualquier evento y conversación sospechosos, que firmen y fechen las notas y que las incluyan en el expediente de licitación pertinente. Esto haría posible que los funcionarios responsables de la licitación, la SIC y la ANCP estuvieran al tanto de la conducta en el pasado cuando examinen casos futuros en una investigación de posible actividad colusoria. Esas notas también serían valiosas y constituirían evidencia plausible en cualquier proceso que se pudiera incoar.

La implementación de estas indicaciones contribuiría a que Colombia cumpliera con la Recomendación I. 5 de la OCDE, estimulando a las agencias de contratación pública a usar sistemas electrónicos para almacenar información pertinente de sus procedimientos de contratación que permitiría el análisis idóneo

de la conducta de los oferentes y de los datos de las ofertas. Además, esto fomentaría el cumplimiento de la Recomendación II. 3, aumentando la probabilidad de que la SIC esté en posición de investigar y perseguir cualquier potencial conducta anticompetitiva. Adoptar estas recomendaciones también ayudaría a que Colombia cumpliera con la Sección 1 de la lista de verificación de Diseño – estar informado sobre el mercado - y sería de ayuda con respecto a todas las secciones de la Lista de verificación de Detección de la OCDE.

5.15 *Los grupos de contratación del gobierno colombiano deberían reclamar daños y perjuicios en los casos de colusión en las licitaciones.*

*** La SIC y la ANCP deberían alentar y apoyar a las organizaciones gubernamentales de contratación colombianas en sus reclamos de reparación de daños y perjuicios cuando sean víctimas de colusión entre oferentes en procesos de contratación pública**

La ley colombiana habilita a terceros para reclamar los daños sufridos como resultado de conductas anticompetitivas realizadas por empresas e individuos. Si los grupos de contratación del gobierno colombiano reclamaran activamente y con regularidad los daños causados por las partes en colusión, es probable que esto disuada a algunas empresas de involucrarse en acuerdos colusorios en las licitaciones públicas. Además, enviaría un mensaje claro de que los grupos de contratación pública contraatacan en el combate contra la colusión.

Poner en práctica esta perspectiva sería congruente con la Recomendación I. 7 de 2012 de la OCDE porque demostraría a los oferentes que la advertencia concebida en ese componente de la Recomendación de la OCDE tiene razón de ser. Además, se cumpliría la Recomendación II. 3 de 2012 de la OCDE, que alienta a una relación continua entre las autoridades de competencia y los funcionarios de contratación respecto a su colaboración contra la actividad colusoria. Es más, adoptar esta recomendación ayudaría a cumplir con la Sección 7 de la Lista de Verificación de Diseño, que esboza las medidas a tomar cuando los funcionarios de contratación pública descubren actividades fraudulentas, e incrementaría la conciencia de los funcionarios responsables de la contratación del gobierno colombiano sobre la existencia y los riesgos de la colusión, que es el tema de la Sección 6 de la Lista de verificación de Diseño.

CAPÍTULO 6: CONCLUSIONES

Colombia cumple ampliamente con los estándares y las recomendaciones emitidas por las OCDE en 1998, por cuanto se refiere a la investigación de prácticas de colusión entre oferentes en procesos de contratación, y con la Recomendación de 2012 de la OCDE por cuanto se refiere a actuar efectivamente contra las prácticas de colusión entre oferentes en procesos de contratación. Seguir el consejo y las indicaciones expresadas en este Informe preparado por el Secretariado tendría por resultado que las leyes y prácticas de licitación pública en Colombia se apegaran más estrechamente a las Recomendaciones y Lineamientos de la OCDE.

Las indicaciones que contiene este Informe están dirigidas a cuatro grupos: el gobierno colombiano, la SIC, la ANCP y las organizaciones responsables de adquisiciones del gobierno colombiano y sus funcionarios. Para una referencia fácil, los Anexos del 5 al 8 contienen las recomendaciones aplicables a cada uno de estos grupos.

La OCDE cree que las indicaciones mencionadas proporcionarán a la SIC herramientas adicionales para hacer que sea un organismo más efectivo en cuanto a la identificación de prácticas colusorias entre oferentes en procesos de contratación pública y al cumplimiento de las leyes colombianas concebidas para frenar esa actividad. Además, la implementación de las recomendaciones contenidas en este Informe reforzará la capacidad del personal de la SIC para orientar y asesorar a los funcionarios de contratación pública respecto a cómo identificar y evitar la colusión entre oferentes en todos los tipos de procedimientos de adquisición.

Con la implementación de las indicaciones que atañen a la ANCP, esta agencia cumplirá el mandato y las responsabilidades que le atribuyó el gobierno colombiano, y que están en la misma línea que muchos de los lineamientos para los países que se encuentran en la Recomendación de la OCDE.

Adoptar estas indicaciones también promoverá la competencia en los procedimientos de contratación del gobierno, lo cual ayudará a obtener mejor rendimiento del valor del dinero en beneficio directo de las propias organizaciones compradoras y finalmente de los contribuyentes del gobierno de Colombia. Los beneficios se incrementarán de inmediato y continuarán a lo largo del tiempo.

Cabe señalar que con el fin de abordar eficientemente las prácticas colusorias en las licitaciones, es necesario adoptar las sugerencias y recomendaciones de manera flexible y dinámica. Posiblemente ninguna recomendación sea válida para todas las situaciones ni siga siendo efectiva a largo plazo. Los oferentes que se coludieron en el pasado (o deseen hacerlo en el futuro) es de esperar que reaccionen a la política y cambios procesales instituidos por los grupos de contratación pública y que exploren nuevas formas, más sofisticadas y secretas, para coludirse. Para combatir la colusión y obtener el máximo valor de sus compras, es necesario que los grupos de adquisiciones colombianos, la SIC y la ANCP estén en constante vigilancia y siempre dispuestos a cambiar “las reglas del juego”, cuando parezca necesario.

Para lograr todos los beneficios de las recomendaciones de este Informe, será necesario que el gobierno central, la SIC y la ANCP las implementen y promuevan en los grupos de adquisiciones en el nivel sub-central para asegurar que tanto la implementación como la capacitación sean consistentes y con carácter nacional.

ANEXO 1

RECOMENDACIÓN DEL CONSEJO CON RESPECTO A LA ACCIÓN EFECTIVA CONTRA LOS CÁRTELES

25 de marzo de 1998 – C(98)35/FINAL

EL CONSEJO,

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

TENIENDO EN CUENTA el reconocimiento en Recomendaciones previas del Consejo de que “la aplicación efectiva de una política de competencia desempeña un papel vital en la promoción del comercio mundial, garantizando mercados nacionales dinámicos y alentando la disminución o reducción de las barreras de ingreso a las importaciones” [C(86)65(Final)]; y que “las prácticas anticompetitivas pueden constituir un obstáculo para alcanzar el crecimiento económico, la expansión del comercio y otros objetivos económicos de los países miembros” [C(95)130/FINAL];

TENIENDO EN CUENTA la Recomendación del Consejo de que las exenciones respecto a las leyes de competencia no deben ser más amplias de lo necesario [C(79)155(Final)] y el acuerdo contenido en el Comunicado de mayo de 1997 de la reunión del Consejo a nivel Ministerial sobre “trabajar para eliminar las lagunas en la ley de competencia, a menos que la evidencia indique que no se pueden atender de mejor manera intereses públicos acuciantes” [C/MIN(97)10];

TENIENDO EN CUENTA la posición inveterada del Consejo con respecto a la necesidad de una cooperación más estrecha para tratar con efectividad las prácticas anticompetitivas de un país que afectan a otros países y perjudican el comercio internacional, y su recomendación de que, siempre que lo permitan las leyes y los intereses, los países miembros deben coordinar investigaciones de interés mutuo y

deben cumplir con las peticiones de compartir información de sus archivos entre ellos y obtener y compartir información obtenida de terceros [C(95)130/FINAL];

RECONOCIENDO que ha sido beneficioso el efecto de que las autoridades de competencia de algunos países miembros puedan compartir información de investigación confidencial con una autoridad extranjera de competencia en casos de interés mutuo, de conformidad con tratados y convenios multilaterales y bilaterales, y considerando que la mayoría de las autoridades de competencia no están comúnmente autorizadas para compartir información confidencial de las investigaciones con autoridades extranjeras de competencia;

RECONOCIENDO también que la cooperación mediante el intercambio de información confidencial presupone la protección satisfactoria contra la revelación o el uso impropio de la información compartida, y puede requerir la solución de otras cuestiones, incluidas las potenciales dificultades relacionadas con las diferencias en el alcance territorial de la ley de competencia y en el carácter de las sanciones a las violaciones a la ley de competencia;

CONSIDERANDO que los cárteles constituyen la violación más grave de la ley de competencia y que perjudican a los consumidores en muchos países subiendo los precios y restringiendo el suministro, haciendo con ello que los bienes y servicios queden totalmente fuera del alcance de algunos compradores y sean excesivamente caros para otros; y

CONSIDERANDO que la acción efectiva contra los cárteles es de particular importancia desde una perspectiva internacional –porque la alteración que provocan en el mercado mundial genera poder de mercado, desperdicio e ineficiencia en países cuyos mercados serían de otro modo competitivos- y que depende en particular de la cooperación- porque, en general, los cárteles operan en secreto y la evidencia pertinente puede estar ubicada en muchos países distintos;

I. RECOMIENDA a los gobiernos de los países miembros lo siguiente:

A. La convergencia y efectividad de las leyes que prohíban los cárteles

1. Los países miembros deben garantizar que sus leyes de competencia pongan fin y disuadan eficazmente a los cárteles. En concreto, sus leyes deben prever:

- a) Sanciones efectivas, del tipo y en el nivel adecuados, para disuadir a empresas e individuos de participar en esta clase de cárteles; y

b) Procedimientos e instituciones con las facultades idóneas para detectar y corregir a los cárteles, incluidas las facultades para obtener documentos e información y para imponer sanciones por incumplimiento.

2. Para los fines de esta Recomendación:

a) Un “cártel” es un acuerdo anticompetitivo, una práctica anticompetitiva concertada, o el acuerdo anticompetitivo entre competidores para fijar precios, manipular procesos de contratación, (licitaciones colusorias), restringir el abasto, o compartir o segmentar mercados mediante clientes, proveedores, territorios o líneas de comercio;

b) La categoría de cártel no incluye acuerdos, prácticas concertadas ni acuerdos que (i) estén razonablemente relacionados con la legítima obtención de reducción de los costos o aumentos de la producción, (ii) estén excluidos directa o indirectamente de la cobertura de las leyes de uno de los países miembros, o (iii) estén autorizados de conformidad con esas leyes. No obstante, todas las exclusiones y autorizaciones de lo que, en caso contrario, serían cárteles deben ser transparentes y se han de revisar periódicamente para evaluar si son necesarias y no más amplias de lo necesario para alcanzar sus objetivos prioritarios. Después de la publicación de esta Recomendación, los miembros deben presentar a la Organización avisos anuales de cualquier exclusión o categoría de autorización nueva o ampliada.

B. Cooperación y cortesía internacional en la imposición del cumplimiento de las leyes que prohíben los cárteles

1. Los países miembros tienen el interés común de impedir los cárteles y deben cooperar entre ellos para imponer el cumplimiento de las leyes contra esos cárteles. A este respecto, los países miembros deben buscar maneras de mejorar la cooperación mediante principios de cortesía positiva, aplicables a las peticiones de que el otro país corrija su conducta anticompetitiva que afecta adversamente a ambos países, y deben realizar sus propias actividades para imponer el cumplimiento, de conformidad con los principios de cortesía cuando afectan intereses importantes de otros países.

2. La cooperación entre dos o más países miembros en el tratamiento de los cárteles ha de tomar en cuenta los principios siguientes:

- a) El interés común en prevenir la acción de cárteles garantiza en general la cooperación, en la medida en que esta cooperación sea congruente con las leyes, regulaciones e importantes intereses del país al que se solicita cooperación;
- b) En la medida en que es congruente con sus propias leyes, reglamentos e intereses importantes, y sujeto a salvaguardas efectivas para proteger información comercialmente sensible y otra de tipo confidencial, el interés mutuo de los países miembros en la prevención de los cárteles garantiza la cooperación, que podría incluir el intercambio de documentos y de información que tuvieran en su poder con autoridades extranjeras de competencia, y la reunión de documentos y de información por parte de las autoridades extranjeras de competencia voluntariamente y, en caso necesario, mediante el uso de procedimientos coercitivos;
- c) Un país miembro puede negarse a cumplir con la solicitud de ayuda, o limitar o condicionar su cooperación argumentando que considera que el cumplimiento de la solicitud no está en consonancia con sus leyes o reglamentos, o es incongruente con sus importantes intereses, o por cualquier otro motivo, incluyendo las restricciones de recursos de su propia autoridad de competencia o la falta de interés mutuo en la investigación o el procedimiento en cuestión;
- d) Los países miembros deben acceder a participar en las consultas sobre temas relacionados con la cooperación.

Con el fin de establecer un marco para la cooperación en el tratamiento de los cárteles, se alienta a los países miembros a que contraigan acuerdos bilaterales o multilaterales, u otros instrumentos en consonancia con estos principios.

3. Se alienta a los países miembros a que examinen todos los obstáculos existentes para su efectiva cooperación en el cumplimiento de las leyes contra los cárteles duros y a que tomen en consideración las acciones, incluidas leyes nacionales y/o acuerdos bilaterales o multilaterales u otros instrumentos, mediante los que puedan eliminar o reducir esos obstáculos de manera compatible con sus importantes intereses.

4. La cooperación que contempla esta Recomendación se entiende sin perjuicio de cualquier otra cooperación que pueda darse de acuerdo con previas Recomendaciones del Consejo, en conformidad con cualquier acuerdo bilateral o multilateral aplicable de los que los países miembros puedan ser parte o no.

II. INSTA al Comité de la Ley y Políticas de Competencia:

1. Mantener un registro de este tipo de exclusiones y autorizaciones tal como son notificadas a la Organización de acuerdo con el parágrafo I. A 2b);
2. Fungir, a petición de los países miembros involucrados, como foro para consultas en aplicación de la Recomendación; y
3. Examinar la experiencia que tienen los países miembros en la implementación de esta Recomendación e informar al Consejo en un plazo de dos años sobre cualquier acción ulterior que haya sido necesaria para mejorar la cooperación en la aplicación de las prohibiciones de los cárteles duros contenidas en la ley de competencia.

III. INVITA a los países no miembros a asociarse con esta Recomendación y a implementarla.

ANEXO 2:

RECOMENDACIÓN DE LA OCDE PARA COMBATIR LA COLUSIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LINEAMIENTOS RELACIONADOS

(17 de julio de 2012 - C(2012)115/CORR1

17 de julio de 2012 - C(2012)115)

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;

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 ajustan 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, aún 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 en 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.

LINEAMIENTOS DE LA OCDE PARA COMBATIR LA COLUSIÓN ENTRE OFERENTES EN CONTRATACIONES PÚBLICAS

1. Introducción

La manipulación de licitaciones (o la colusión entre oferentes en licitaciones) se presenta cuando las compañías, que se esperaría que compitieran entre sí, conspiran secretamente para aumentar los precios o reducir la calidad de los bienes o servicios que ofrecen a los compradores que buscan adquirir bienes o servicios por medio de un proceso de licitación. Las instituciones públicas y privadas a menudo recurren a procesos de licitación competitiva para obtener un mayor valor por el dinero que invierten. Lo deseable en este caso es obtener precios bajos y mejores productos, pues esto se refleja en ahorro de recursos o liberación de los mismos para utilizarse en otros bienes y servicios. El proceso competitivo puede generar menores precios o mejor calidad así como innovación sólo cuando las empresas compiten de verdad (es decir, establecen sus términos y condiciones con honestidad e independencia). La manipulación de licitaciones puede resultar especialmente dañina si afecta las adquisiciones públicas.¹ Este tipo de conspiraciones desvía recursos de los compradores y los contribuyentes, disminuye la confianza del público en el proceso competitivo y socava los beneficios de un mercado competitivo.

La coordinación de posturas en licitaciones es una práctica ilegal en todos los países miembros de la OCDE y puede investigarse y sancionarse de conformidad con la ley y las reglas de competencia. En una serie de países de la Organización, la manipulación de licitaciones también es un delito penal.

¹ En los países de la OCDE, las adquisiciones públicas representan cerca de 15 por ciento del PIB. En muchos países no miembros de la Organización, la cifra es incluso mayor. Véase OCDE, *Bribery in Procurement, Methods, Actors and Counter-Measures*, 2007.

2. Modalidades comunes de manipulación de licitaciones

La manipulación de licitaciones puede tomar diferentes formas, aunque todas obstaculizan los esfuerzos de los compradores —que con frecuencia son gobiernos nacionales y locales— para obtener bienes y servicios al menor precio posible. A menudo, los competidores acuerdan con anticipación quién presentará la oferta ganadora para un contrato que se adjudicará por medio de un proceso de licitación. Un objetivo común en una conspiración para manipular licitaciones consiste en aumentar el monto de la oferta ganadora y, con ello, el monto de utilidades para el oferente ganador.

Los esquemas de manipulación de licitaciones incluyen mecanismos de reparto y distribución entre los oferentes coludidos de las utilidades extraordinarias que se obtienen como resultado del mayor precio contratado. Por ejemplo, los competidores que aceptan no presentar ofertas o presentar una oferta perdedora podrían ser subcontratados o recibir contratos de prestación de servicios o suministro de bienes por parte del oferente ganador a fin de repartir entre ellos los frutos obtenidos ilegalmente de una licitación de mayor precio. Sin embargo, los convenios de manipulación de licitaciones establecidos desde hace tiempo pueden utilizar muchos métodos elaborados para la asignación de ganadores de contratos, el seguimiento y el reparto de las ganancias resultantes de la manipulación a lo largo de una serie de meses o años. La manipulación de licitaciones también puede incluir pagos por parte del licitador ganador a uno o más de los coludidos. Este pago de compensación se asocia también con las empresas que presentan ofertas complementarias (más altas).²

Aunque las personas y empresas puedan acordar llevar a cabo esquemas de manipulación de licitaciones a través de varias formas, generalmente implementan al menos una de las estrategias más comunes. Estos esquemas no son mutuamente excluyentes. Por ejemplo, se puede utilizar la técnica de presentación de ofertas de “resguardo” en conjunto con un esquema de rotación de ofertas. Estas estrategias pueden resultar a su vez en patrones que los funcionarios encargados de las adquisiciones públicas puedan detectar, y por lo tanto, contribuir en el desvelamiento de esquemas de manipulación de licitaciones.

² En la mayoría de los casos, el pago de compensaciones se facilita con el uso de una factura fraudulenta para la subcontratación de trabajos. De hecho, ese trabajo no se realiza y la factura es falsa. El uso de contratos fraudulentos de consultoría también se puede aplicar para estos fines.

- *Ofertas de resguardo.* Las ofertas de resguardo (también llamadas complementarias, de cortesía o simbólicas) son la manera más frecuente de implementar esquemas de manipulación de licitaciones. Las ofertas de resguardo se presentan cuando personas o empresas acuerdan presentar ofertas que contemplan por lo menos un elemento de entre los siguientes: (1) un competidor acepta presentar una oferta más alta que la del ganador designado; (2) un competidor presenta una oferta que se sabe demasiado alta para ser aceptada; o (3) un competidor presenta una oferta que contiene términos especiales que se sabe son inaceptables para el comprador. La presentación de ofertas de resguardo está diseñada para aparentar una competencia genuina.
- *Supresión de ofertas.* El esquema de supresión de ofertas involucra el establecimiento de acuerdos entre competidores en los que una o más compañías aceptan abstenerse o retirar una oferta presentada con anterioridad de manera que se adjudique la licitación al ganador designado. En pocas palabras, la supresión de ofertas significa que una compañía no presenta una oferta para su consideración definitiva.
- *Rotación de ofertas.* En los esquemas de rotación de ofertas las empresas coludidas siguen licitando, pero acuerdan tomar turnos para ganar (es decir, ser el oferente que califique con precio más bajo). La forma en que la rotación de ofertas se implementa puede variar. Por ejemplo, los conspiradores podrían decidir asignar a cada empresa valores monetarios aproximadamente iguales para un cierto tipo de contratos o asignar los volúmenes que correspondan al tamaño de cada compañía.
- *Asignación de mercado.* Los competidores se reparten el mercado o ciertas zonas geográficas y acuerdan asignarse ciertos clientes. Por ejemplo, las empresas competidoras asignan clientes o tipos de clientes específicos a diferentes empresas, de manera que los competidores no hagan ofertas (o sólo presenten una oferta de resguardo) en contratos que ofrezca un tipo de cliente potencial asignado a una empresa en particular. A cambio de esto, el competidor en cuestión no presentará ofertas competitivas para un grupo designado de clientes que corresponde a otras empresas según el acuerdo.

3. Características industriales, de producto y de servicios que fomentan la colusión

Para que las empresas implementen con éxito un acuerdo de colusión, éstas deben coincidir en un conjunto de medidas comunes, dar seguimiento al cumplimiento del acuerdo por parte de otras empresas, y establecer una manera de sancionar a las compañías que incumplan el acuerdo. Aunque la colusión en la presentación de ofertas en licitaciones puede ocurrir en cualquier sector económico, existen algunos en los que esto es más probable debido a las características específicas de la industria o del producto involucrado. Tales características tienden a fomentar los esfuerzos de las empresas para manipular ofertas. Los indicadores de manipulación de ofertas, que se comentan más adelante, toman significancia cuando también se encuentran presentes algunos factores complementarios. En estos casos, los funcionarios encargados de las adquisiciones de gobierno deben prestar atención particular. Aunque se ha encontrado que existen diversas características industriales o de producto que contribuyen a la colusión, no es necesario que todas estén presentes para que las empresas logren manipular las licitaciones.

- *Número reducido de compañías.* Es más probable que se dé la manipulación de ofertas cuando sólo un número reducido de compañías proveen el bien o servicio en cuestión. Cuanto menor sea el número de vendedores, será más fácil llegar a un acuerdo en torno a la manipulación de licitaciones.
- *Participación baja o nula.* Cuando pocas empresas han entrado recientemente o tienen bajas probabilidades de entrar a un mercado porque la entrada es costosa, difícil o lenta, las compañías en este mercado quedan protegidas de la presión competitiva que representa la posible inclusión de nuevos participantes. La barrera de protección contribuye a fomentar los esfuerzos de manipulación de licitaciones.
- *Condiciones de mercado.* Los cambios significativos en las condiciones de la demanda o la oferta tienden a desestabilizar los acuerdos en vigor para manipular licitaciones. Un flujo constante y predecible de demanda por parte del sector público tiende a incrementar el riesgo de colusión. Al mismo tiempo, durante épocas de turbulencia económica o de incertidumbre, aumentan los incentivos a que los competidores manipulen las licitaciones, pues buscan reemplazar las utilidades perdidas con ganancias derivadas de la colusión.

- *Asociaciones industriales.* Las asociaciones gremiales o industriales³ pueden servir como mecanismos pro competitivos que son legítimos a los miembros de un sector de negocios o de servicios para fomentar la aplicación de estándares, la innovación y la competencia. No obstante, cuando se utilizan para fines ilegales y anticompetitivos, los ejecutivos de las empresas usan estas asociaciones para reunirse y ocultar sus discusiones acerca de formas y medios para llegar a un acuerdo de manipulación de licitaciones e implementarlo.
- *Ofertas repetitivas.* Las compras repetidas aumentan las probabilidades de colusión. La frecuencia de presentación de ofertas ayuda a los miembros de un acuerdo de manipulación de licitaciones a asignar contratos entre ellos. Asimismo, los participantes del cártel pueden castigar a los miembros que hagan trampa al focalizar las licitaciones que se le asignaron a estos originalmente. Así, los contratos para la adquisición de bienes o servicios que tienen una frecuencia regular o recurrente podrían requerir de herramientas y vigilancia especiales para desalentar la colusión en la presentación de ofertas.
- *Productos o servicios idénticos o sencillos.* Cuando los productos o servicios que venden las personas o compañías son idénticos o muy similares, resulta más fácil que las empresas lleguen a un acuerdo en torno a una estructura de precios común.
- *Pocos o nulos sustitutos.* Cuando hay pocos o ningún sustituto adecuado de los productos o servicios que se está buscando adquirir, las personas o empresas que buscan manipular las licitaciones tienen la seguridad de saber que el comprador tiene pocas o ninguna opción y, por ende, es más probable que sus esfuerzos por elevar los precios tengan éxito.
- *Poco o ningún cambio tecnológico.* El déficit o la carencia franca de innovación en el producto o servicio en cuestión ayuda a que las empresas lleguen a un acuerdo y lo mantengan en el tiempo.

³ Las asociaciones gremiales o industriales están integradas por personas y empresas con intereses comerciales comunes que se unen para avanzar en sus metas profesionales o comerciales.

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 colusión.¹
- 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).

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

- 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.

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

La competencia efectiva puede mejorarse si existe un número suficiente de licitadores 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 licitadores 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 licitadores 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.

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

- 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 licitadores 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 a través 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 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

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).

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.

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 licitadores 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 licitadores, pero se reciben ofertas sólo de tres empresas, cabría considerar la posibilidad de obtener un resultado competitivo 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 (TDR) 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 licitadores.

- 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 circunstancias en las que es inevitable, se puede requerir a los licitadores 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 licitadores durante el proceso de presentación de ofertas.⁵ Las ofertas abiertas posibilitan la comunicación y el intercambio de señales entre licitadores. 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, ya que 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

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

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.

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 licitadores 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 licitadores mediante números o símbolos) y permita la presentación de ofertas por teléfono o correo postal.
- No revele o limite innecesariamente el número de licitadores en el proceso.
- Requiera que los licitadores revelen todas las comunicaciones con competidores. Considere requerir que los licitadores firmen un Certificado de Determinación Independiente de Ofertas.⁸
- Requiera que los licitadores revelen con anticipación si tienen contemplado realizar subcontrataciones, lo que podría ser una manera de repartir las utilidades entre las partes coludidas.
- Debido a que las ofertas conjuntas pueden ser una manera de distribuir ganancias entre licitadores, 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.

⁸ Un Certificado de Determinación Independiente de Ofertas requiere que los licitadores 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.

- 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 licitadores 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 licitadores 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 licitadores 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

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.

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 licitadores 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 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 licitadores.
- 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

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.

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.
- 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.

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

- 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).

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.

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 licitador ganador.

- Dos o más empresas presentan una oferta conjunta aun cuando al menos una de ella podría haber licitado independientemente.
- El licitador ganador repetidamente subcontrata trabajo con licitadores que no ganaron.
- El licitador 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 licitador.
- 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 licitadores 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 licitadores 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 licitador 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 licitadores 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 licitadores 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 licitadores 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.

**ANEXO 3:
CERTIFICADO DE DETERMINACIÓN DE OFERTA
INDEPENDIENTE (CANADÁ)**

Yo, el suscrito, al presentar la oferta adjunta para la licitación o concurso (en lo sucesivo “la oferta”) a:

(Nombre del servidor público que recibe la oferta)

para:

(Nombre y número de licitación y proyecto)

En respuesta a la convocatoria o solicitud (en lo sucesivo “la convocatoria”) para la licitación realizada por:

(Nombre de la autoridad contratante)

Por este acto hago las siguientes afirmaciones que certifico son verdaderas y completas en todos los aspectos:

Certifico, a nombre de:

_____ que:
(Razón social del concursante [en lo sucesivo “Licitante”])

1. He leído y entiendo los contenidos de este Certificado;
2. Entiendo que la presente oferta será descalificada si se comprueba que este Certificado contiene información falsa e incompleta;

3. Cuenta con la autorización del licitante para firmar este certificado y para presentar en su nombre la presente oferta;
4. Los signatarios de la presente oferta se encuentran debidamente autorizados por el licitante para determinar los términos de la oferta;
5. Para los efectos del presente certificado y de la oferta presentada, se entenderá por “competidor” cualquier persona física o moral, que no sea el licitante, o filial de ésta, de quien:
 - a. Se haya solicitado presentar una oferta en respuesta a esta convocatoria;
 - b. Se esperaría la presentación de una oferta en respuesta a esta convocatoria, en razón de sus cualidades, habilidades o experiencia;
6. El licitante revela que (marque uno de los siguientes, según aplique):
 - c. Ha determinado la presente oferta de manera independiente y sin consulta, comunicación, acuerdo o arreglo con ningún competidor;
 - d. Ha celebrado consultas, comunicaciones, acuerdos o arreglos con uno o más competidores respecto a esta convocatoria y ha proporcionado los documentos relacionados, los detalles, incluyendo los nombres de los competidores y la naturaleza y razones para dichas consultas, comunicaciones, acuerdos o arreglos;
7. En particular, y sin limitar la generalidad de los párrafos (6)(a) o (6)(b) anteriores, no ha habido consulta, comunicación, acuerdo o arreglo con ningún competidor respecto a:
 - e. Precios;
 - f. Métodos, factores o fórmulas utilizados para calcular los precios;
 - g. La intención o decisión de presentar una oferta; o
 - h. La presentación de una oferta que no cumpla con las especificaciones de la convocatoria; a excepción de lo especificado en el párrafo (6)(b);

8. Adicionalmente, no ha habido consulta, comunicación, acuerdo o arreglo con ningún competidor respecto a la calidad, cantidad, especificaciones o detalles de la entrega de los productos o servicios materia de esta convocatoria, a excepción de lo específicamente autorizado por la autoridad contratante o lo dispuesto en el párrafo (6)(b) anterior;
 9. Los términos de la presente oferta no han sido y no serán dados a conocer, de manera directa o indirecta, a ningún competidor, previamente a la fecha y hora de la celebración de la sesión de apertura de ofertas, o de la adjudicación del contrato, lo que suceda primero, a menos que la ley lo requiera o que haya sido determinado, de acuerdo con el párrafo (6)(b) anterior.
- 3.

(Nombre y firma del representante legal del licitante)

(Cargo)

(Fecha)

ANEXO 4:

**CERTIFICADO DE DETERMINACIÓN DE OFERTA
INDEPENDIENTE (ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, ABRIL 1985)**

(a) El oferente certifica que:

(1) Los precios en esta oferta se han determinado de manera independiente, sin consulta, comunicación o acuerdo con ningún otro oferente o competidor, para efectos de restringir la competencia, respecto a:

- (i) Los precios;
- (ii) La intención de presentar una oferta; o
- (iii) Los métodos o factores utilizados para calcular los precios ofertados.

(2) Los precios en esta oferta no han sido ni serán compartidos de manera directa o indirecta por el oferente, con ningún otro oferente o competidor antes de la celebración de la sesión de apertura de ofertas (en el caso de una solicitud de ofertas en sobre cerrado y sellado) o la adjudicación del contrato (en el caso de una invitación restringida), a menos que la ley autorice lo contrario; y

(3) El oferente no ha inducido ni inducirá a nadie a presentar una oferta con la intención de restringir la competencia.

(b) Cada signatario de la oferta mediante su firma certifica que:

(1) Es una persona dentro de la organización del oferente responsable de determinar los precios ofrecidos o propuestos, y que el signatario no ha participado ni participará en ninguna acción contraria a los párrafos (a)(1) a (a)(3); o

(2) (i) Ha sido autorizado, por escrito, para fungir como representante de los siguientes personas, en el entendido de que éstas no han participado ni participarán en ninguna acción contraria a los párrafos (a)(1) a (a)(3) de esta disposición _____ [nombre completo de las personas dentro de la organización del oferente, responsables de determinar los precios que se presentan en esta oferta o propuesta, y el nombre del cargo];

(ii) Como representante autorizado, certifica que las personas indicadas en la sección (b)(2)(i) no han participado, ni participarán, en ninguna acción contraria a los párrafos (a)(1) a (a)(3) de esta disposición; y

(iii) Como representante, no ha participado personalmente, y no participará, en ninguna acción contraria a los párrafos (a)(1) a (a)(3) de esta disposición.

(c) En caso de que el oferente elimine o modifique el párrafo (a)(2) de esta disposición, el oferente deberá proporcionar junto con su oferta una declaración firmada en la cual estipule detalladamente las circunstancias de las comunicaciones con otros oferentes.

ANEXO 5
RECOMENDACIONES DIRIGIDAS AL
GOBIERNO DE COLOMBIA

1. Aumentar el uso de licitaciones públicas
<p>El gobierno colombiano, posiblemente a través de la ANCP, debe instar a los funcionarios responsables de la contratación pública a que incrementen significativamente el uso de licitaciones públicas para sus procesos de adquisición.</p> <p>El gobierno colombiano debe establecer criterios estrictos y fundamentados para el uso de procedimientos de contratación pública que no sean licitación pública.</p> <p>El gobierno colombiano debe establecer el nivel máximo del presupuesto destinado a compras de un organismo de contratación pública que se puede destinar a compras adquiridas sin licitación pública.</p>
2. Compras consolidadas
<p>El gobierno colombiano debe instar a las organizaciones de adquisiciones, a través del ANCP, a que identifiquen y actúen cuando haya oportunidad de consolidar las compras en el seno de cada grupo de contratación pública.</p>
3. Abolir el requisito legal de publicar los presupuestos para los contratos de adquisición
<p>El gobierno colombiano debe abolir el requisito legal para los grupos de contratación pública del gobierno de hacer públicos los presupuestos destinados a sus procedimientos de licitación.</p>

4. Eliminar ciertos requisitos de revelación pública de datos que son problemáticos

El gobierno colombiano debe instituir una política que abarque a todo el gobierno con respecto a que, siempre que se factible, los intercambios de información con los oferentes se realicen por medios electrónicos.

El gobierno colombiano debe reformar su legislación sobre contratación pública para eliminar el requisito obligatorio de que las autoridades contratantes del gobierno celebren juntas de aclaración pública en el transcurso de cada proceso de licitación.

Durante las sesiones de capacitación conducidas por funcionarios gubernamentales responsables de la contratación pública, la SIC debe insistir en la necesidad de que los funcionarios de contratación pública lleven a cabo las adquisiciones mediante licitaciones públicas en su mayoría, para así obtener la mejor relación calidad-precio y disminuir los riesgos de colusión entre oferentes.

5. Requerir que los proveedores presenten Certificados de Determinación de Oferta Independiente en los presupuestos correspondientes a procesos de contratación pública del gobierno colombiano.

El gobierno colombiano debe tomar en consideración imponer como obligatorios los Certificados de Determinación de Oferta Independiente en los procesos de contratación pública del gobierno colombiano mediante la reforma de la legislación sobre contratación pública.

6. Implementar procedimientos para que el personal de contratación del gobierno colombiano pueda manifestar sus preocupaciones relacionadas con la colusión entre oferentes.

El gobierno colombiano, la SIC y la ANCP deben trabajar juntos para establecer procedimientos claros y líneas de comunicación para que los funcionarios responsables de la contratación pública informen de los casos sospechosos de colusión en el curso de las licitaciones. Los procedimientos para informar han de tomar en consideración la posibilidad de que sea necesario mantener confidenciales las identidades de los funcionarios relacionados con este procedimiento.

ANEXO 6

**RECOMENDACIONES DIRIGIDAS A LA
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO (SIC)**

1. La SIC ha de asociarse con la Agencia Nacional de Contratación Pública (ANCP)

La ANCP y la SIC han de desarrollar una asociación formal que implique comunicaciones regulares y permanentes. Las dos organizaciones han de estar conjuntamente involucradas en: estudiar las cuestiones de contratación pública con implicaciones en la competencia; encabezar el proceso de la implementación de cambios que propicien la competencia en los procedimientos de contratación pública; y organizar actividades de capacitación y educativas.

2. Incrementar el uso de licitaciones públicas

En el curso de las sesiones de capacitación que la SIC lleva a cabo para los funcionarios responsables de la contratación pública, este organismo debe insistir en la necesidad de que los funcionarios responsables de la contratación realicen las adquisiciones mediante licitaciones públicas en su mayoría, con el fin de mejorar la relación calidad-coste y de disminuir los riesgos de colusión entre oferentes en la presentación de ofertas.

3. Realizar estudios de mercado

La SIC y la ANCP deben de establecer el contenido mínimo aceptable en los estudios de mercado mediante la elaboración de una lista de verificación basada en las mejores prácticas, que podría ser utilizada por los grupos colombianos de contratación pública cuando éstos emprenden sus estudios de mercado.

La SIC y la ANCP han de evaluar si los cursos de capacitación a los funcionarios responsables de la contratación pública sobre el tema de cómo realizar estudios de mercado los han de impartir periódicamente por una o ambas organizaciones.

<p>4. Abordar los problemas de ofertas conjuntas, subcontratación y abastecimiento simultáneo.</p>
<p>La SIC y la ANCP deben evaluar si, en conjunto, las prácticas de ofertas conjuntas, subcontratación y adjudicaciones divididas son de carácter legítimo o si con mayor frecuencia parecen ser componentes de planes de colusión.</p>
<p>5. Abolir el requisito legal de hacer públicos los presupuestos para contratos de adquisiciones públicas</p>
<p>La SIC, con el apoyo de la ANCP, debería abordar formalmente a los funcionarios pertinentes del gobierno central en busca de las reformas necesarias que pongan fin al requisito legal para los grupos gubernamentales de adquisición de hacer públicos los presupuestos correspondientes a cada proceso de contratación pública.</p>
<p>6. Eliminar ciertos requisitos de revelación de datos que son problemáticos</p>
<p>La SIC y la ANCP deben colaborar con los funcionarios públicos idóneos para disponer de una política pública que instituya para todo el gobierno que, siempre que sea posible, los intercambios de información con los oferentes tengan lugar por medios electrónicos.</p>
<p>7. Requerir a los oferentes la presentación de Certificados de Determinación de Oferta Independiente (CDOI) en los procesos de contratación del gobierno colombiano.</p>
<p>La SIC ha de examinar y aprobar los términos lingüísticos de cualquier CDOI y declaración de advertencia de actividades colusorias que se integre a la documentación de las contrataciones del gobierno colombiano.</p>
<p>8. Apoyar la capacitación en contratación pública y sobre prácticas de colusión entre oferentes a las organizaciones de adquisición del gobierno colombiano.</p>
<p>En cooperación con la ANCP, la SIC debe organizar con regularidad capacitaciones para los funcionarios responsables de la contratación pública como parte del programa en curso para el combate a la colusión en la contratación pública, mejorar la calidad de las prácticas de compras colombianas y fomentar la competencia en los procesos de adquisición. Los programas de capacitación han de implicar la participación activa de la ANCP, dadas sus responsabilidades legales, conocimiento y contactos con respecto a la contratación gubernamental en Colombia.</p>

9. Implementar procedimientos para que el personal responsable de la contratación pública del gobierno colombiano pueda manifestar sus preocupaciones respecto a la colusión entre oferentes.

La SIC, el gobierno colombiano y la ANCP deben colaborar para establecer procedimientos claros y líneas de comunicación para que los funcionarios responsables de la contratación pública en Colombia informen de cualquier caso sospechoso de colusión en el transcurso de las licitaciones. Los procedimientos de información deben tomar en cuenta la posible necesidad de mantener confidenciales las identidades de los funcionarios de contratación pública.

La SIC y la ANCP deben evaluar los beneficios de establecer una recompensa y/o un programa de reconocimiento para estimular a los funcionarios responsables de la contratación pública a identificar e informar de casos de comportamiento sospechoso o inusual por parte de los oferentes.

10. Conservar los registros pertinentes de la contratación pública

La SIC y la ANCP deben recordar con regularidad a los funcionarios responsables de la contratación del gobierno colombiano durante las reuniones y las sesiones de capacitación, que tomen notas de cualquier hecho y conversación sospechosos, que firmen y fechen las notas y que las archiven en el expediente correspondiente de licitación pública.

11. Reparación de daños y perjuicios en los casos de colusión

La SIC y la ANCP deben estimular y apoyar que las organizaciones gubernamentales de contratación pública en Colombia reclamen la reparación de daños cuando sean víctimas de actividades colusorias.

ANEXO 7

**RECOMENDACIONES DIRIGIDAS A LA
AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA**

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública (ANCP) se ha de asociar con la SIC

La ANCP y la SIC han de desarrollar una asociación formal que implique comunicaciones regulares y permanentes. Las dos organizaciones deben involucrarse conjuntamente para: estudiar cuestiones con implicaciones en la competitividad; encabezar el proceso para implementar cambios que favorezcan la competencia en los procedimientos de contratación pública; y organizar actividades de capacitación y educativas.

La ANCP ha de presidir un consejo de funcionarios responsables de contratación pública, con la SIC como miembro por su experiencia en competencia y aplicación de la ley, que funja como foro para identificar y resolver cuestiones con implicaciones de competencia y eficiencia de la contratación pública en Colombia.

2. Incrementar el uso de licitaciones públicas

La ANCP (posiblemente con la ayuda de la SIC) ha de llevar a cabo exámenes regulares para precisar los logros alcanzados en el incremento del uso de licitaciones públicas y evaluar si: los funcionarios responsables de la contratación utilizan otros procesos de selección sin una justificación razonable; y/o los grupos federales de contratación pública se están aprovechando en realidad de otros procesos de selección, generando contratos múltiples y de menor cuantía en lugar de optar por menos contratos y de mayor cuantía.

3. Realizar estudios de mercado

La ANCP y la SIC deben establecer el contenido mínimo aceptable para los estudios de mercado mediante la elaboración de una lista de verificación basada en las mejores prácticas, que podrá ser utilizada por los grupos de contratación pública colombianos cuando emprendan estudios de mercado.

La ANCP debe disponer que los estudios de mercado de mayor calidad sean compartidos por los organismos de contratación pública colombianos y así contribuir a alcanzar más competencia, eficiencia y coherencia en la contratación pública en Colombia.

La ANCP y la SIC deben evaluar si los cursos de capacitación relacionados con cómo hacer estudios de mercado, deben hacerse de forma periódica para los funcionarios del gobierno encargados de hacer las compras públicas por parte de una o de las dos agencias.

4. Compras consolidadas

La ANCP debe coordinar la evaluación y la identificación de consolidaciones idóneas de compras en todos los múltiples grupos colombianos de adquisición pública, incluidos aquellos que implican acuerdos marco.

La ANCP debe impartir sesiones educativas a los funcionarios responsables de la contratación pública respecto de la implementación de acuerdos marco, con el fin de que esos acuerdos sean aplicados con regularidad por los grupos gubernamentales colombianos.

5. Abordar las cuestiones de ofertas conjuntas, subcontratación y abastecimiento simultáneo

La ANCP, probablemente en conjunción con la SIC, ha de obtener estadísticas de la frecuencia con la que los procedimientos de contratación pública que emprenden los grupos del gobierno colombiano implican ofertas conjuntas, subcontrataciones y abastecimiento simultáneo.

La ANCP y la SIC deben evaluar si estas prácticas son de carácter legítimo o si es probable que constituyan componentes de planes de colusión.

6. Eliminar ciertos requisitos problemáticos sobre revelación de datos

La ANCP y la SIC deben colaborar con los funcionarios pertinentes para instituir políticas públicas que abarquen a todo el gobierno sobre la importancia de que, cuando sea factible, los intercambios de información con los oferentes tengan lugar a través de medios electrónicos.

7. Aumentar el uso de ofertas subsecuentes de descuento

La ANCP debe colaborar con las organizaciones de contratación pública del gobierno colombiano para garantizar que estén utilizando ofertas subsecuentes de descuento con más frecuencia en sus procesos de licitación pública.

8. Apoyar la capacitación en contratación pública y colusión entre oferentes a las organizaciones de adquisiciones del gobierno colombiano

La ANCP en cooperación con la SIC, ha de organizar con regularidad capacitaciones para los funcionarios responsables de la contratación pública del gobierno colombiano como parte de un programa permanente de combate a la colusión entre oferentes las licitaciones públicas y de este modo mejorar la calidad de las prácticas de adquisición y fomentar la competencia en los procesos públicos de contratación. La ANCP debe estar involucrada activamente en los programas de capacitación dadas sus responsabilidades legales, conocimiento y contactos con la adquisición gubernamental en Colombia.

9. Compartir la información con todas las organizaciones de compras del gobierno colombiano

La ANCP debe garantizar que los grupos gubernamentales de adquisiciones intensifiquen el intercambio de información y se comuniquen con regularidad entre ellos para compartir las mejores prácticas, inteligencia de mercado y casos de comportamiento sospechoso en la presentación de ofertas. La ANCP debe recurrir al consejo mencionado en la Recomendación 1 para buscar ayuda en la implementación de esta recomendación.

10. Implementar procedimientos para que el personal de adquisiciones públicas del gobierno colombiano pueda presentar sus preocupaciones sobre actividad colusoria en las licitaciones públicas

La ANCP debe colaborar con el gobierno colombiano y la SIC para establecer procedimientos claros y líneas de información para que los funcionarios gubernamentales de contratación pública reporten cualquier caso sospechoso de colusión en el transcurso de las licitaciones. Los procedimientos para reportar deben tomar en cuenta la posible necesidad de mantener como confidenciales las identidades de los funcionarios de contratación implicados en el procedimiento.

La ANCP y la SIC deben evaluar los beneficios de establecer una recompensa y/o un programa de reconocimientos para estimular a los funcionarios responsables de contratación pública a que identifiquen y reporten casos de comportamientos sospechosos o inusuales de los oferentes.

11. Conservar registros de las adquisiciones públicas relevantes

La ANCP debe colaborar con las organizaciones gubernamentales responsables de la contratación pública en Colombia para establecer una política pública respecto a la conservación de ejemplares impresos y registros electrónicos de la contratación pública durante un periodo razonable de tiempo.

La ANCP y la SIC deben recordar con regularidad a los funcionarios responsables de la contratación pública, durante reuniones y sesiones de capacitación, que tomen notas de cualquier acto y conversación sospechosos, firmen y fechen las notas y las incluyan en el expediente de contratación pública pertinente.

12. Reparación de daños en los casos de licitaciones fraudulentas

La ANCP y la SIC deben estimular y apoyar a las organizaciones gubernamentales de contratación pública en Colombia a que reclamen la reparación y compensación de los daños cuando hubiesen sido víctimas de actividades colusorias.

ANEXO 8

**RECOMENDACIONES DIRIGIDAS A LOS GRUPOS DEL GOBIERNO
COLOMBIANO RESPONSABLES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**

1. Aumentar el uso de licitaciones públicas
Los funcionarios colombianos de contratación pública deben incrementar el uso de licitaciones públicas.
2. Llevar a cabo estudios de mercado
Los funcionarios colombianos de contratación pública deben emprender estudios integrales de mercado sobre bases congruentes.
3. Adquisiciones consolidadas
Los grupos de adquisiciones del gobierno colombiano han de expandir la consolidación interna y externa de sus compras.
4. Abordar las cuestiones de ofertas conjuntas, subcontratación y abastecimiento simultáneo
<p>Para tratar los aspectos anticompetitivos potenciales de las ofertas conjuntas, cuando un grupo de contratación pública quiera recibir ofertas conjuntas, debe incluir un requisito en la convocatoria a los licitadores sobre la presentación por parte de éstos de una explicación en la presentación de sus ofertas resumiendo los aspectos que favorecen la competencia de la oferta conjunta. Estas justificaciones podrían incluir uno o más de los siguientes elementos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • dos o más oferentes combinan sus recursos para cumplir un contrato que es demasiado amplio para cualquiera de ellos individualmente; o • dos o más oferentes activos en diferentes mercados de productos proporcionan un único servicio integral que ninguno de ellos podría suministrar individualmente; o • dos o más oferentes activos en diferentes zonas geográficas presentan una sola oferta para toda Colombia o para múltiples estados del país que incluye zonas que ningún proveedor por sí solo podría abastecer.

Para reducir algunos de los riesgos asociados con la subcontratación, los grupos gubernamentales de contratación pública deben requerir a los oferentes que asuman ciertos requisitos de revelación de datos en la presentación de sus ofertas, por ejemplo: i) avisar al grupo de contratación pública que tienen la intención de subcontratar; ii) identificar con claridad las empresas a las que subcontratan; y iii) explicar por qué es necesaria la subcontratación para la ejecución idónea del contrato. Los grupos colombianos de contratación pública deben dividir un solo contrato únicamente en circunstancias excepcionales entre múltiples proveedores. En los casos en que exista preocupación respecto a la seguridad del suministro, se debe considerar, ya sea la convocatoria de múltiples licitaciones de menor cuantía (y adjudicar cada una a un solo proveedor, lo cual puede ser factible para proveedores pequeños), ya sea consolidar las adquisiciones con el fin de atraer a oferentes adicionales.

5. Eliminar ciertos requisitos problemáticos de la revelación de datos

Los grupos de contratación pública del gobierno colombiano deben publicar información sobre la identidad de los oferentes y la cantidad que proponen en sus ofertas sólo de modo que no se identifique explícitamente a las compañías/individuos implicados.

Los documentos que hagan públicos los grupos de contratación del gobierno (como las actas de las reuniones aclaratorias, los oferentes ganadores y los precios que proponen) no deben enumerar ni identificar a los participantes, ni los precios de sus ofertas en los procesos individuales de contratación pública.

Las organizaciones del gobierno colombiano de contratación deben realizar visitas sobre el terreno únicamente cuando sean absolutamente necesarias y nunca como un procedimiento rutinario. Si no son prohibitivas por el costo, los funcionarios de contratación pública deben considerar la realización de múltiples visitas sobre el terreno para dividir a los competidores o realizar las visitas por medios virtuales.

6. Incrementar el uso de ofertas subsecuentes de descuento

Debería ser más frecuente el uso de ofertas subsecuentes de descuento electrónicas por parte de las organizaciones colombianas de contratación pública.

Los grupos del gobierno colombiano de contratación pública deben asegurar que los periodos de tiempo entre las rondas de presentación de ofertas a subasta se mantengan en el mínimo posible para disminuir la posibilidad de comunicaciones entre oferentes.

<p>7. Exigir a los oferentes que presenten Certificados de Determinación de Oferta Independiente (CDOI) en los procesos de contratación pública del gobierno colombiano</p>
<p>Si el gobierno colombiano no reforma sus leyes de contratación pública para que éstas exijan la presentación de CDOI, los grupos gubernamentales de contratación deben comenzar a exigir a los oferentes que presenten CDOI en las licitaciones a futuro.</p> <p>Las organizaciones de adquisición pública del gobierno colombiano deben instaurar una políticas para que los CDOI deban ser firmados por funcionarios corporativos para así incrementar la probabilidad de que cualquier actividad colusoria sea investigada, se le ponga fin o sea eliminada por aquellos en mejor posición para detectar y afectar el comportamiento colusorio.</p> <p>En los documentos de licitación que los grupos de contratación pública del gobierno colombiano entrega a los oferentes se deberían incluir advertencias sobre actividades colusorias.</p>
<p>8. Abandonar el uso de loterías para preseleccionar a los licitadores en los procesos de contratación del gobierno colombiano</p>
<p>Los grupos de contratación del gobierno colombiano deben abandonar el uso de loterías para la preselección de los oferentes cuando prevén un gran número de oferentes potenciales en un contrato de contratación pública en específico.</p>
<p>9. Compartir información a través de todas las organizaciones de adquisición del gobierno colombiano</p>
<p>Los grupos de adquisición deben comunicarse con regularidad con el fin de compartir las mejores prácticas, inteligencia de mercado y casos de comportamiento sospechoso en la proposición de ofertas.</p>
<p>10. Conservar registros de las licitaciones pertinentes</p>
<p>Las organizaciones de contratación pública del gobierno colombiano deben colaborar con la ANCP para establecer políticas sobre la conservación de ejemplares impresos y registros electrónicos de las licitaciones durante un periodo razonable de tiempo.</p>
<p>11. Reclamar la reparación del daño en casos de colusión</p>
<p>Los grupos de contratación del gobierno colombiano deben colaborar con la SIC y la ANCP para reclamar daños y perjuicios cuando sean víctimas de actividades colusorias.</p>

More on Fighting bid rigging in public procurement at:

www.oecd.org/daf/competition