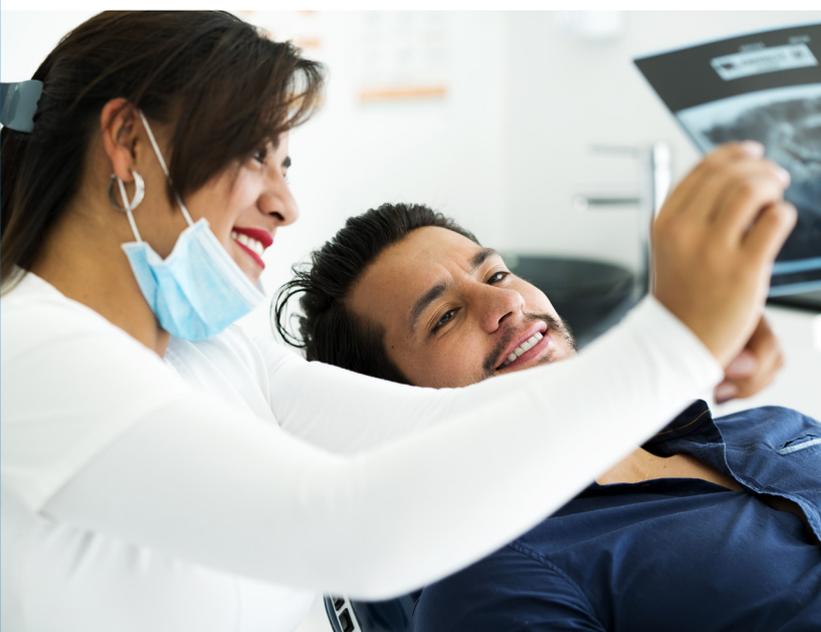




**LUCHA CONTRA LA COLUSIÓN EN EL SECTOR DE LA SALUD
EN EL PERÚ**

**Un examen del régimen de contratación
pública de EsSalud**

2021



Lucha contra la colusión en el sector de la salud en el Perú

Un examen del régimen de contratación pública de EsSalud

Cítese esta publicación de la siguiente manera:

OCDE (2021), *Lucha contra la colusión en el sector de la salud en el Perú: un examen del régimen de contratación pública de EsSalud*, OECD Publishing, París,
<https://www.oecd.org/daf/competition/lucha-contra-la-colusion-en-el-sector-de-la-salud-en-el-peru-un-examen-del-regimen-de-contratacion-publica-de-essalud.htm>

Este trabajo se publica bajo la responsabilidad del Secretario General de la OCDE. Las opiniones expresadas y los argumentos empleados en el presente no necesariamente reflejan la visión oficial de la OCDE o de los gobiernos de sus países miembros o de aquellos de la Unión Europea.

Este documento y cualquier mapa incluido en el presente son sin perjuicio del estatus o de la soberanía sobre cualquier territorio, de la delimitación de las fronteras y límites internacionales y del nombre de cualquier territorio, ciudad o área.

La OCDE cuenta con dos idiomas oficiales: inglés y francés. La versión en inglés de este reporte es la única oficial.

© OCDE 2021

Prefacio

Las compras públicas desempeñan un papel estratégico en la calidad y efectividad de los servicios que los gobiernos proporcionan a los ciudadanos y representan una parte significativa del gasto público. En 2017, las compras públicas representaron el 46.4% de los gastos gubernamentales generales en Perú, la cuota más alta en Latinoamérica y el Caribe, de acuerdo con *Panorama de las Administraciones Públicas América Latina y el Caribe 2020* de la OCDE. Unas compras públicas robustas que estén libres de manipulación de las licitaciones pueden generar ahorros importantes y ayudar al sector público a ofrecer servicios públicos adecuados a sus propósitos.

Los gobiernos miembros de la OCDE se han mostrado dispuestos a promover la competencia en las compras públicas y reducir el riesgo de manipulación de las licitaciones. La Recomendación del Consejo para combatir la manipulación de las licitaciones en las compras públicas y los Lineamientos que incluye son instrumentos de políticas públicas de referencia que brindan orientación a los países para lograr dichas metas.

La OCDE ha estado trabajando de cerca con los gobiernos y organismos públicos para facilitar la implementación tanto de la Recomendación como de los Lineamientos. Si las compras públicas tienen un fuerte impacto en todos los servicios públicos, este es mayor en el sector sanitario. Ante este panorama, Perú buscó el apoyo de la OCDE para mejorar el marco de las compras públicas empleado por el organismo de Seguridad Social de Perú (Seguro Social de Salud del Perú – “EsSalud”) y ayudar a EsSalud a combatir la manipulación de las licitaciones.

Este reporte contiene recomendaciones sobre las medidas, tanto para prevenir como para detectar la manipulación de las licitaciones. El primer conjunto de recomendaciones tiene como objetivo establecer un diseño de licitación más competitivo y eficaz. El segundo conjunto de recomendaciones tiene como objetivo identificar posibles manipulaciones del proceso de compras. Además, la OCDE preparó un plan de acción para aplicar estas recomendaciones.

La OCDE preparó el borrador de un acuerdo de cooperación interinstitucional entre EsSalud y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) sobre la promoción de competencia y el combate a la manipulación de las licitaciones de conformidad con las mejores prácticas de la OCDE.

La implementación de las recomendaciones y la mayor concientización de EsSalud del impacto negativo de la manipulación de las licitaciones, junto con la ejecución efectiva de la ley de competencia del Indecopi ayudará a Perú en el combate de la manipulación de las licitaciones en las compras públicas y a lograr mejores resultados en las compras para el beneficio de sus ciudadanos.

Reconocimientos

Este reporte fue elaborado por Despina Pachnou, Experta en Competencia, y Jordi Calvet Bademunt, Analista de Competencia, con la ayuda de Marina Fraile y Julieth Sanclemente de la División de Competencia de la Dirección de Asuntos Financieros y Empresariales de la OCDE. Ronald Fernández Dávila, Carlos González Prada y Angelita Ruíz, de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría, proporcionaron investigación jurídica y comentarios. Las siguientes personas e instituciones proporcionaron comentarios al borrador del reporte: Antonio Capobianco, Director interino de la División de Competencia (OCDE); Iratxe Gurpegui (OCDE); Sabine Zigelski (OCDE); Frédéric Boehm (OCDE); Matthieu Cahen (OCDE); Jacobo García Villarreal (OCDE); Frederico Guanais (OCDE); Ruth Lopert (OCDE); el Seguro Social de Salud del Perú (EsSalud); el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi); la agencia de compras central de Perú, Perú Compras; la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC); y la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE).

La OCDE expresa su agradecimiento a EsSalud y al Indecopi por su cooperación, compromiso y apoyo durante este proyecto. Particularmente agradecemos a: Mario Carhuapoma Yance, presidente ejecutivo de EsSalud; Fiorella Molinelli, expresidenta ejecutiva de EsSalud; Julián Palacín Gutiérrez, presidente ejecutivo del Indecopi; Hania Pérez de Cuéllar e Ivo Gagliuffi Piercechi, expresidentes ejecutivos del Indecopi; Javier Coronado Saleh, exgerente general del Indecopi; María del Carmen Portillo Brousset, Elena Portilla Odlianitskaya, William Cuba Arana, Carolina Cabanillas Horna y Daniel Casella D'Alascio, todos de EsSalud; y Jesús Espinoza, Arturo Chumbe, Rosa Cabello, Zenia Panduro y Shantal Pérez, todos del Indecopi.

La información y los comentarios obtenidos de los actores interesados resultaron clave para este proyecto. En particular, la OCDE agradece los comentarios que recibió por parte de las siguientes instituciones y personas: Jose Obregón, Alexis Chinchay, Marco Ortiz y Manuel Vargas Montero de EsSalud; la Contraloría General de la República, en especial Fernando Ortega; el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, en especial Sofía Milagros Prudencio Gamio, Ana María Gutiérrez Cabani y Miguel Caroy Zelaya; el Ministerio de Economía y Finanzas; el Ministerio de Salud, en especial Vladimir Cabrejos y Manuel Ordóñez; el Centro Nacional de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud, en especial Jelissa Jiménez Estrada, Jenny Paola Castro Li e Indhira Johanna Bernuy Zagaceta; el Ministerio Público Fiscalía de la Nación, en especial Ronald Cristian Reymundo Prieto, Iván Vladimir Melgar Cáceres y Efraín Armando Rivasplata Mora; Perú Compras, en especial, Fernando Masumura y Bárbara Lem; la Secretaría de Integridad Pública, en especial Carlos Augusto Villena Changanahui y María Elsa Fuentes Montenegro; la Cámara de Comercio de Lima, en especial Raúl Barrios; Estudio Echeopar; Miranda & Amado Abogados; la Asociación Nacional de Laboratorios Farmacéuticos, en especial Ángela Flores y Carlos Fernández Dávila; y Rodrigo, Elías & Medrano Abogados, en especial Laura Zuñiga.

Este reporte también se benefició de los comentarios e intercambios obtenidos durante dos talleres organizados por la OCDE sobre Combate a la manipulación de las licitaciones en la contratación pública para los funcionarios en compras, que se llevó a cabo en línea del 13 al 16 de abril y del 26 al 29 de abril de 2021. La OCDE agradece a todos los participantes, con un agradecimiento especial para los ponentes expertos: Kirschen Mirella Antonio Sánchez del Indecopi; Felipe Leitão Valadares Roquete del Consejo Administrativo de Defensa Económica (Conselho Administrativo de Defesa Econômica, CADE); Julia García-Royo Díaz y Pilar Vega de la CNMC; María José Contreras de Velasco y Rodrigo Ríos Dordelly de la COFECE; y Juan Pablo Herrera Saavedra, Ismael Beltrán y María Manuela Palacio de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC).

En el contexto del proyecto 'Lucha contra la colusión en el sector de la salud en el Perú: un examen del régimen de contratación pública de EsSalud', la OCDE proporcionó un plan de acción para implementar las recomendaciones que se incluyen en el reporte, en cooperación con Bonnie Epema, consultora. Además, la OCDE preparó un borrador del acuerdo de cooperación interinstitucional entre EsSalud y el Indecopi sobre la promoción de competencia y el combate contra la manipulación de las licitaciones de acuerdo con las buenas prácticas de la OCDE. El borrador del acuerdo se desarrolló en conjunto entre EsSalud y el Indecopi y fue examinado entre pares por el CADE, la CNMC, la COFECE y la SIC. La OCDE agradece, en particular a Carolina Araújo de Andrade (anteriormente, CADE), Susana Campuzano Fernández (CNMC), Heidi Sada Correa y Paulina Valladares Huidobro (ambas COFECE), así como Mateo Varela Martínez y Cristina Rodríguez Corzo (ambos SIC).

Las opiniones expresadas en el reporte no reflejan necesariamente la visión de las organizaciones o individuos antes mencionados.

El reporte fue editado por Tom Ridgway y la preparación para su publicación corrió a cargo de Erica Agostinho, Asistente de comunicaciones en la División de Competencia de la OCDE. Paulina de la Vega realizó la traducción del reporte al español.

Tabla de contenido

Acrónimos y abreviaciones	10
Resumen de recomendaciones	12
Diseñar procedimientos de compras públicas basados en la información adecuada	12
Maximizar el número de licitadores competidores	13
Mejorar los términos de las licitaciones y los criterios de la adjudicación de contratos	13
Prestar atención a la transparencia, la divulgación y el intercambio de información	13
Incrementar la concientización de las formas y los riesgos de la manipulación de las licitaciones	14
Parte I – Antecedentes: el marco de las compras públicas y su aplicación a EsSalud	15
1 Introducción y alcance del proyecto	16
1.1. Trabajo de la OCDE sobre el combate a la colusión en las compras públicas	16
1.2. Alcance del proyecto de EsSalud-OCDE	21
Notas	22
2 Reglas y organismos de compras del sector de la salud	23
2.1. Marco de compras públicas y su aplicación en EsSalud	23
2.2. Principales organismos involucrados en las compras públicas en el sector sanitario	25
2.2.1. EsSalud	25
2.2.2. Centro Nacional de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud (CENARES)	25
2.2.3. La orientación política y el papel de monitoreo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE)	26
2.2.4. Estandarización, consolidación y papel de compras centralizadas de Perú Compras	29
2.2.5. La función de apelación del Tribunal de Contrataciones del Estado	32
2.2.6. Oficinas de control interno y externo, de auditoría y de integridad	33
2.3. Unidades y estructura de EsSalud relacionadas con las compras	34
2.3.1. Departamento de logística	35
2.3.2. Central de Abastecimiento de Bienes Estratégicos	36
2.3.3. Unidades descentralizadas de EsSalud: redes sanitarias y centros médicos	37
2.3.4. La función de otros departamentos de EsSalud	37
Notas	38
3 Etapas y procesos de compras	40
3.1. Etapas previas a la licitación	40
3.1.1. Emisión de la solicitud de compra	40
3.1.2. Establecer especificaciones	40
3.1.3. Realizar investigación de mercado	41
3.1.4. Establecer el Plan Anual de Contrataciones	42
3.2. Métodos de licitación y criterios de evaluación y adjudicación	42
3.2.1. Métodos de compra	42
3.2.2. Compras con proveedores no domiciliados en Perú	45

3.2.3. Criterios de evaluación y adjudicación	45
3.3. El proceso de licitación	46
3.3.1. Uso de compras electrónicas	46
3.3.2. Registro Nacional de Proveedores	47
3.3.3. Proceso de compra	47
3.4. Firma del contrato	51
Notas	52
4 Competencia en las compras y la aplicación de la ley de competencia en Perú	53
4.1. La necesidad de la competencia en las compras públicas	53
4.2. Formas comunes de manipulación de licitaciones	55
4.3. Función de aplicación y promoción del Indecopi	57
4.3.1. Estructura del Indecopi en materia de competencia	57
4.3.2. Actuación del Indecopi contra las licitaciones colusorias	57
4.3.3. Iniciativas de promoción del Indecopi	60
Notas	61
Parte II – Alineación del régimen de compras de EsSalud con las buenas prácticas de la OCDE	62
5 Diseño de compras basándose en una buena planificación e información suficiente	63
5.1. La necesidad de planificar las compras públicas	63
5.2. Generar inteligencia de mercado	65
5.2.1. ¿Quién realiza la investigación del mercado?	66
5.2.2. El alcance de la investigación de mercado	67
5.2.3. Fuentes de investigación de mercado y compromiso con los proveedores	68
5.2.1. Intercambiar información entre las entidades de compras públicas	73
5.3. Mejorar la recolección y el análisis de los datos de compras	74
5.4. Acciones recomendadas	75
Notas	76
6 Maximización del número de licitadores competidores	77
6.1. Priorizar licitaciones competitivas	77
6.2. Reducir el tiempo de la contratación y los costos de licitación con especificaciones y documentos de licitación estándar	82
6.3. Identificar ofertas conjuntas anticompetitivas	84
6.4. Permitir solo la subcontratación pro competitiva	87
6.5. Racionalización de la consolidación y centralización	88
6.6. Dividir contratos en lotes	92
6.7. Continuar el uso extendido de las compras electrónicas	94
6.8. Garantizar la simplicidad de la inscripción en el Registro Nacional de Proveedores	95
6.9. Analizar ofertas de compañías relacionadas	95
6.10. Acciones recomendadas	97
Notas	99
7 Mejora de los términos de las licitaciones y los criterios para la adjudicación de contratos	100
7.1. Garantizar términos de licitaciones claros y completos	100

7.2. Priorizar requisitos funcionales y permitir sustitutos o soluciones alternativas	101
7.3. Criterios de adjudicación del contrato (evaluación de ofertas) y utilización de factores distintos al precio	102
7.4. Limitar las modificaciones del contrato después de la adjudicación	105
7.5. Acciones recomendadas	107
Notas	107
8 Transparencia, divulgación e intercambio de información	108
8.1. El PAC publicado y los detalles de los volúmenes, los costos y los plazos	108
8.2. No divulgación de todos los detalles de los licitadores y las ofertas no ganadoras	109
8.3. Acciones recomendadas	110
9 Sensibilización sobre la colusión para licitadores y funcionarios de compras	111
9.1. Promoción de la competencia por parte del Indecopi: guías, opiniones y reformas legislativas	111
9.2. Cooperación interinstitucional	115
9.3. Capacitación del personal de compras públicas	116
9.4. Creación de conciencia en el sector privado sobre los riesgos de la manipulación de licitaciones	119
9.5. Acciones recomendadas	121
Notas	122
Anexo A. Leyes y regulaciones aplicables a las compras públicas en EsSalud	123
Compras públicas	123
Regulaciones específicas de EsSalud	123
Otras regulaciones	124
Referencias	125
Tablas	
Tabla 1.1. Gasto de las compras públicas gubernamentales por función como porcentaje del gasto en compras públicas total, 2019	19
Tabla 2.1. Violaciones y sanciones bajo la Ley de compras públicas	32
Tabla 2.2. Mayores gastos de compras de EsSalud, 2017-2020, PEN	35
Tabla 2.3. Compras de EsSalud en bienes, servicios y obras, 2017-2020	35
Tabla 3.1. Cantidades máximas y mínimas para licitaciones en bienes, servicios y obras	44
Tabla 6.1. Métodos de compras utilizados por EsSalud, 2019	78
Tabla 6.2. Métodos de compras utilizados por EsSalud, 2018	78
Tabla 6.3. Ahorros de ChileCompra, 2015-2017, USD, millones	90
Tabla 7.1. Criterios de evaluación en la Ley de compras públicas (PPL)	103
Figuras	
Figura 1.1. Gasto en compras públicas gubernamentales en general como porcentaje del PIB y gastos gubernamentales totales, 2007, 2019 y 2020	17
Figura 1.2. Gasto en las compras públicas gubernamentales como una cuota de los gastos gubernamentales totales, Latinoamérica y el Caribe, 2007 y 2017	18
Figura 1.3. Gasto de las compras públicas gubernamentales como porcentaje del PIB, Latinoamérica y el Caribe, 2007 y 2017	18
Figura 2.1. Organización de las compras públicas en EsSalud	34
Figura 3.1. Etapas del proceso de selección	49

Figura 3.2. Ejemplo de oferta pública para la compra de medicinas en la red sanitaria de Junin, 2020	50
Figura 4.1. Diferentes formas de manipulación de licitaciones	55
Figura 4.2. Multas a cárteles impuestas por el Indecopi y multas promedio en la OCDE, no OCDE y en América 2015-2019	59

Recuadros

Recuadro 2.1. Principios de las compras públicas en el Artículo 2, Ley de compras públicas No. 30225	24
Recuadro 2.2. Funciones en la contratación pública del OSCE	27
Recuadro 4.1. El caso de la insulina en el IMSS, México	54
Recuadro 4.2. Manipulación de licitaciones en los mercados de electrificación de trenes y equipo electromecánico, España	56
Recuadro 4.3. Sanciones del Indecopi contra el cártel de oxígeno medicinal y el cártel de imprentas de libros de texto, Perú	58
Recuadro 5.1. Guía sobre la planificación desde una perspectiva de la competencia, España	64
Recuadro 5.2. Elementos de la inteligencia de mercado	65
Recuadro 5.3. Guías de Perú Compras sobre la realización de una investigación de mercado	68
Recuadro 5.5. Experiencia internacional con la participación de los proveedores	69
Recuadro 5.6. Investigaciones en manipulación de cotizaciones en la investigación de mercado, Perú y México	71
Recuadro 5.7. Consultas con proveedores de ChileCompra	72
Recuadro 5.8. Ejemplo de preguntas al abrir un diálogo con los potenciales proveedores	72
Recuadro 5.9. Red Federal de compras gubernamentales, Argentina	73
Recuadro 5.10. Buenas prácticas para garantizar bases de datos de compras fáciles de utilizar y relevantes	74
Recuadro 6.1. Correlación entre el número de licitadores y los precios en el sector de la construcción, Rumania	79
Recuadro 6.2. Panorama general de la autoridad de competencia española sobre las compras públicas en España	79
Recuadro 6.3. Recomendaciones de la OCDE para las compras de emergencia durante la crisis por COVID-19	81
Recuadro 6.4. Investigación de las compras gubernamentales del Reino Unido durante la pandemia por COVID-19	82
Recuadro 6.5. Criterios para determinar si una oferta conjunta es pro o anticompetitiva	84
Recuadro 6.6. Guías de la Autoridad Danesa de la Competencia y el Consumidor sobre las licitaciones conjuntas	85
Recuadro 6.7. Caso de manipulación de licitaciones en el mercado para servicios de prevención de incendios, Italia	86
Recuadro 6.8. Cárteles de rieles, Alemania	87
Recuadro 6.9. Esquema de manipulación de licitaciones en la construcción del metro, Brasil	88
Recuadro 6.10. Ahorros a partir de los acuerdos marco, Chile	90
Recuadro 6.11. Caso de KL-Kuntahankinnat, Finlandia	91
Recuadro 6.12. Lista de verificación de la OCDE para proteger la competencia al dividir contratos en lotes	93
Recuadro 6.13. Ofertas presentadas por compañías relacionadas y la Corte de Justicia de la Unión Europea	96
Recuadro 7.1. Incentivos de calidad en las licitaciones del autobús de Londres, Reino Unido	102
Recuadro 7.2. Criterios de adjudicación transparentes y objetivos	105
Recuadro 7.3. Modificación de contratos bajo la Directiva de la UE sobre contrataciones públicas	106
Recuadro 8.1. Dos planes anuales de compras de la Comisión Federal de Electricidad, México	109
Recuadro 9.1. Guía del Indecopi para combatir la manipulación de licitaciones, Perú	112
Recuadro 9.2. Recomendaciones del Indecopi para enmendar las reglas de compras públicas, Perú	114
Recuadro 9.3. Puntos clave del Memorándum de entendimiento entre EsSalud y el Indecopi, Perú	116
Recuadro 9.4. Aprendizaje en línea para las compras públicas, Noruega	117
Recuadro 9.5. Aprendizaje en línea sobre la lucha contra la manipulación de licitaciones en Latinoamérica	118
Recuadro 9.6. Grupo de combate a la colusión en contrataciones públicas de EUA: una respuesta nacional coordinada ante la manipulación de licitaciones	119
Recuadro 9.7. Guía de Programas de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia del Indecopi, Perú	120

Acrónimos y abreviaciones

ACFFAA	Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas, Perú
AGCM	Autoridad italiana de la competencia (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato)
CADE	Consejo Administrativo de Defensa Económica (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), Brasil
CEABE	Central de Abastecimiento de Bienes Estratégicos, Perú
CENARES	Centro Nacional de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud, Perú
CGR	Contraloría General de la República, Perú
CIBD	Certificado de determinación de oferta independiente
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, España
COFECE	Comisión Federal de Competencia Económica, México
CONOSCE	Sistema de Inteligencia de Negocios del OSCE, Perú
DGA	Dirección General de Abastecimiento, Perú
DIGEMID	Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas, Perú
FONAFE	Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado, Perú
PIB	Producto interno bruto
IETSI	Instituto de Evaluación de Tecnologías en Salud e Investigación, Perú
IMSS	Instituto Mexicano del Seguro Social
MINSA	Ministerio de Salud, Perú
MoU	Memorándum de entendimiento
NAO	Oficina de Auditoría Nacional (National Audit Office), Reino Unido
OCI	Órgano de Control Institucional, Perú
OFIN	Oficina de Integridad, Perú
OII	Oficina de Integridad Institucional, Perú
OSCE	Organismo Supervisor de las Contrataciones del

	Estado, Perú
PAC	Plan Anual de Contrataciones
PEN	Sol peruano
PPL	Ley de Contrataciones del Estado y Reglamento
QR code	Código de respuesta rápida
RNP	Registro Nacional de Proveedores, Perú
ROF	Reglamento de la Organización y Funciones de la OSCE, Perú
RPPL	Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Perú
SEACE	Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado, Perú
SIP	Secretaría de Integridad Pública, Perú
PyME	Pequeñas y medianas empresas
UNOPS	Oficina de las Naciones Unidas de Servicios para Proyectos (United Nations Office for Project Services)

Resumen de recomendaciones

Este reporte, parte de un acuerdo de cooperación entre el Seguro Social de Salud del Perú (EsSalud) y la OCDE, evalúa el marco de las compras públicas aplicable para EsSalud, y las prácticas de compras públicas del organismo comparándolas contra la Recomendación y los Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas de la OCDE. El alcance del reporte se extiende a las disposiciones y las prácticas que aplican y que afectan todas las compras públicas en Perú. Ciertas recomendaciones del reporte se dirigen no solamente a EsSalud, sino también a otros organismos del sector público en Perú.

Las compras públicas desempeñan un papel estratégico en la economía, así como también en la calidad y la eficiencia de los servicios que los gobiernos proporcionan a sus ciudadanos. De acuerdo con *Panorama de las Administraciones Públicas América Latina y el Caribe 2020* de la OCDE, en 2017, las compras públicas representaron el 46.6% de los gastos gubernamentales de Perú y el 9.9% de su producto interno bruto. Debido al tamaño de los flujos financieros involucrados en las compras públicas, es la actividad gubernamental que atrae la mayor parte de la colusión de los proveedores o manipulación de licitaciones, así como el fraude y la corrupción.

Este reporte recomienda acciones que ayudan a prevenir y a detectar la manipulación de las licitaciones en las compras públicas alineándose con la Recomendación y los Lineamientos de la OCDE para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas.

Las recomendaciones clave incluyen:

Diseñar procedimientos de compras públicas basados en la información adecuada

- Publicar el Plan Anual de Contrataciones de EsSalud tan pronto como sea posible y modificarlo el menor número de veces.
- Centralizar la investigación de mercado en un departamento central de EsSalud, como la Central de Abastecimiento de Bienes Estratégicos (CEABE), garantizando que cuente con los suficientes recursos y guías actualizadas sobre contenido mínimo de la investigación de mercado incluyendo factores más allá del precio.
- Colaborar con los posibles proveedores en las primeras fases del proceso de contratación para estar informados de las tendencias y condiciones del mercado, al tiempo que se garantiza que los términos de la licitación no se adaptan exclusivamente en función de la información facilitada por los posibles proveedores.
- Crear una base de datos exhaustiva en EsSalud con información de procesos de compras públicas pasados y en curso.

Maximizar el número de licitadores competidores

- Evaluar el nivel de participación de los licitadores en las licitaciones de EsSalud y eliminando las barreras para la licitación.
- Vigilar los motivos para las adjudicaciones directas, incluso aquellas realizadas durante la pandemia de COVID-19.
- Garantizar que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) consulte con la autoridad de competencia, el Indecopi, en la preparación de documentos de licitación estándar para garantizar que incluyan los aspectos relacionados a la competencia.
- Aclarar en las licitaciones que las ofertas conjuntas y la subcontratación están permitidas sólo cuando están justificadas y son favorables a la competencia, y solicitar a los licitadores información que justifique sus opciones, como por ejemplo, por qué no están licitando por separado.
- Simplificar el sistema de consolidación y centralización para las compras públicas en la atención sanitaria de Perú.
- Considerar incrementar la cooperación entre EsSalud, el Centro Nacional de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud (CENARES) y el organismo central de compras de Perú, Perú Compras.

Mejorar los términos de las licitaciones y los criterios de la adjudicación de contratos

- Utilizar criterios de adjudicación basados en la calidad, además del precio, cuando la calidad y la innovación sean dimensiones relevantes de los bienes, servicios y obras adquiridas.
- Considerar la forma en que los criterios de adjudicación podrían también recompensar los ahorros en la ejecución del contrato.
- Evitar modificar los contratos después de la adjudicación y permanecer atento a las renegociaciones.

Prestar atención a la transparencia, la divulgación y el intercambio de información

- Abstenerse de publicar la versión completa del Plan Anual de Contrataciones y publicar únicamente la versión simplificada.
- Limitar la transparencia cuando pueda aumentar la vulnerabilidad de un procedimiento de compras hacia la manipulación de las licitaciones, por ejemplo, evitando cualquier revelación pública de información sobre ofertas y licitadores hasta un tiempo establecido después de la conclusión de la licitación.

Incrementar la concientización de las formas y los riesgos de la manipulación de las licitaciones

- Incrementar la cooperación entre EsSalud y el Indecopi, basándose en el borrador del memorándum de entendimiento que ha elaborado la OCDE, y desarrollar un plan de acción a largo plazo en conjunto para su implementación.
- Garantizar que EsSalud, Indecopi, OSCE y Perú Compras diseñen una estrategia conjunta de capacitación en materia de compras públicas y competencia para los funcionarios de compras públicas y el sector privado, y que tienen recursos para implementar dicha estrategia.
- Desarrollar una evaluación ex post para valorar la implementación de las recomendaciones de este reporte y evaluar su impacto.

Parte I – Antecedentes: el marco de las compras públicas y su aplicación a EsSalud

1 Introducción y alcance del proyecto

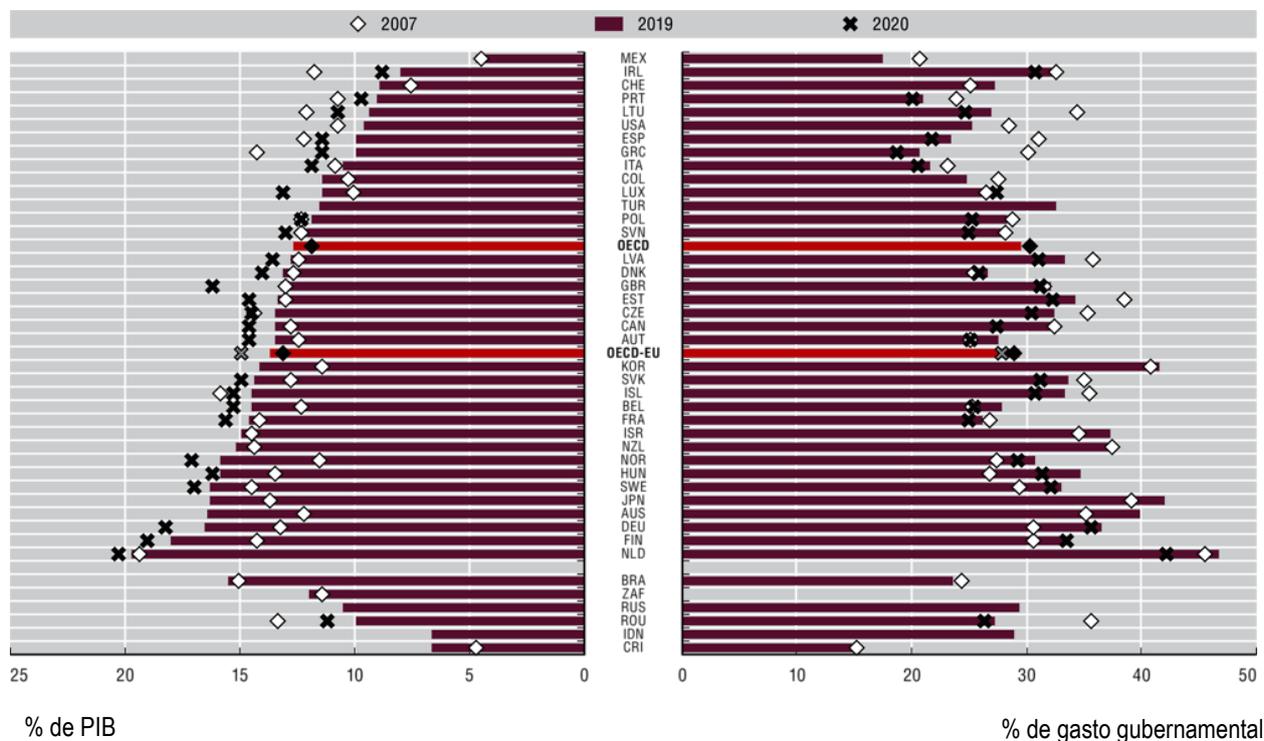
1.1. Trabajo de la OCDE sobre el combate a la colusión en las compras públicas

La manipulación de las licitaciones es un acuerdo ilegal mediante el cual las compañías que deben competir genuinamente en un proceso de licitación conspiran para elevar los precios o reducir la calidad de los bienes o servicios que ofrecen. La manipulación de las licitaciones es una forma de colusión, una conducta de cártel prohibida por las leyes de competencia. En este reporte, los términos “colusión”, “cártel” y “manipulación de licitaciones” se utilizan de manera indistinta; todos hacen referencia a la manipulación –la fijación y la coordinación– de ofertas entre competidores en un proceso de compras públicas.

La manipulación de las licitaciones se presenta entre licitadores que participan en las compras públicas; no requiere de la participación de un funcionario de compras públicas. En el caso de que participe un funcionario de compras públicas, la manipulación de las licitaciones puede verse acompañada de otras conductas ilegales y punibles, como corrupción, fraude, declaración fraudulenta o malversación de fondos públicos.

Las compras públicas es el proceso utilizado por el sector público para comprar bienes y servicios y contratar obras públicas del sector privado, con el fin de ser capaces de suministrar servicios públicos a los ciudadanos. En 2019, las compras públicas representaron el 12.6% del producto interno bruto (PIB) en los países de la OCDE y casi el 30% de los gastos gubernamentales totales, convirtiéndolas en una actividad económica central.

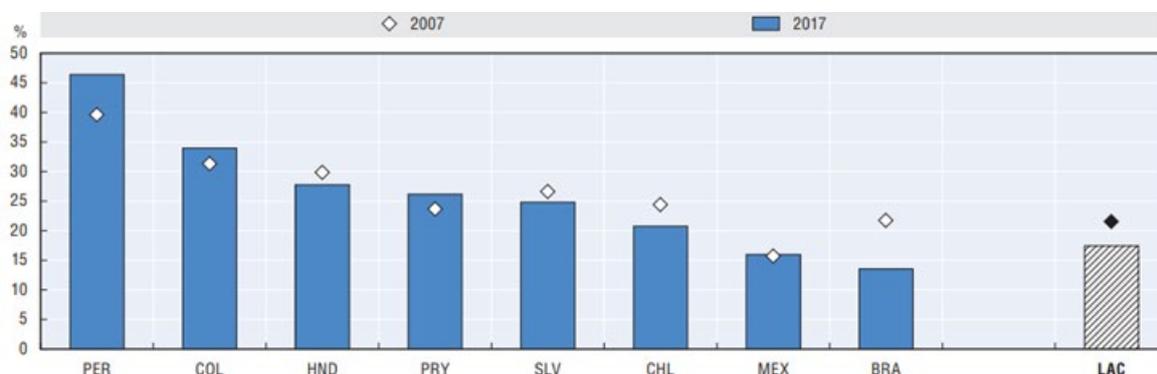
Figura 1.1. Gasto en compras públicas gubernamentales en general como porcentaje del PIB y gastos gubernamentales totales, 2007, 2019 y 2020



Fuente: (OECD, 2021^[11]).

En Latinoamérica y el Caribe, en 2017, el gasto en las compras públicas promedió el 17.4% de los gastos gubernamentales totales, menor que el promedio de los países de la OCDE del 29.1%. Esta cuota varió ampliamente a través de los países: Perú tiene la cuota más alta como parte del gasto en compras públicas en los gastos gubernamentales generales (46.4%), y Brasil la más baja (13.5%). La diferencia podría explicarse por los esfuerzos de ciertos países por promover el crecimiento económico a través de las compras públicas, con Perú dedicando una gran cuota de los gastos gubernamentales a la inversión en el sector público.

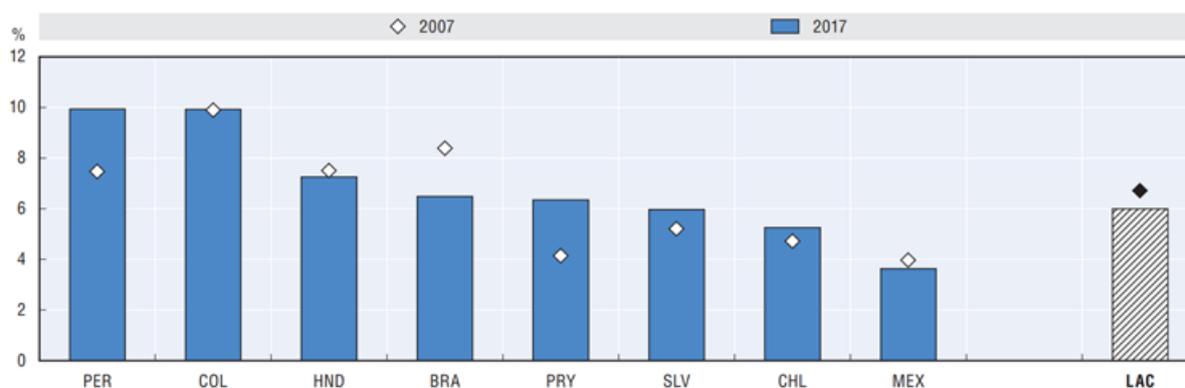
Figura 1.2. Gasto en las compras públicas gubernamentales como una cuota de los gastos gubernamentales totales, Latinoamérica y el Caribe, 2007 y 2017



Fuente: (OECD, 2020^[2])

La importancia económica de las compras públicas en Latinoamérica y el Caribe es evidente cuando se considera su tamaño en términos del PIB. En 2017, las compras públicas representaron el 6% del PIB en la región (inferior al promedio de los países de la OECD del 11.8%), variando del 3.6% en México al 9.9% en Perú, que nuevamente tiene la cuota más alta en la región.

Figura 1.3. Gasto de las compras públicas gubernamentales como porcentaje del PIB, Latinoamérica y el Caribe, 2007 y 2017



Fuente: (OECD, 2020^[2])

Las compras públicas tienen un fuerte impacto sobre todos los servicios públicos, particularmente en el sector sanitario. Los gastos en materia sanitaria representan la cuota más grande de las compras públicas en los países de la OCDE, un 29.3% del gasto de compras públicas totales en 2019.

Tabla 1.1. Gasto de las compras públicas gubernamentales por función como porcentaje del gasto en compras públicas total, 2019

País	Servicios públicos generales	Defensa	Orden público y seguridad	Asuntos económicos	Protección ambiental	Vivienda y amenidades de la comunidad	Salud	Recreación, cultura y religión	Educación	Protección social
Austria	11.8	1.6	3.0	21.4	1.3	0.7	36.3	3.9	9.1	10.9
Bélgica	12.7	1.5	2.0	13.1	2.8	1.1	46.7	3.1	6.7	10.3
Chile	4.8	7.9	8.0	13.5	1.3	6.3	25.3	2.1	20.5	10.3
República Checa	8.6	2.5	4.1	22.3	5.0	3.4	32.5	5.4	11.5	4.7
Dinamarca	15.0	5.0	2.8	10.4	1.3	0.7	32.0	5.2	12.0	15.8
Estonia	9.5	10.7	3.9	18.1	3.7	2.4	24.8	6.8	15.7	4.4
Finlandia	22.6	3.8	2.3	12.8	0.5	1.1	23.0	4.1	11.8	18.0
Francia	7.3	6.2	2.5	13.0	4.2	3.5	38.1	4.8	6.5	13.8
Alemania	11.2	4.0	3.2	9.2	2.1	1.1	39.6	3.4	6.7	19.4
Grecia	18.0	4.4	1.6	15.3	5.1	1.7	38.6	3.3	7.7	4.1
Hungría	18.2	3.9	3.9	29.5	2.4	2.2	18.3	8.7	8.7	4.1
Islandia	7.5	0.4	3.8	20.3	2.4	2.4	25.7	8.7	19.0	9.8
Irlanda	5.5	0.9	4.6	15.3	2.7	5.6	31.1	3.9	9.2	21.2
Israel	6.6	21.0	3.4	5.9	2.5	2.4	27.5	5.2	15.1	10.3
Italia	13.4	3.6	3.5	12.3	6.9	3.3	42.3	4.1	5.1	5.6
Japón	6.5	3.3	1.9	14.4	5.7	2.1	44.4	1.6	6.3	13.9
Corea	5.7	11.6	2.8	15.6	3.9	6.1	32.2	2.8	12.5	6.8
Letonia	7.9	7.1	4.4	19.9	3.6	4.0	28.4	5.5	12.3	6.7
Lituania	7.6	11.1	5.4	23.2	2.8	6.0	14.7	6.0	17.1	6.2
Luxemburgo	15.1	1.3	3.1	21.4	4.4	2.2	21.6	5.9	7.9	17.1
Países Bajos	6.2	3.2	3.5	11.4	4.8	1.5	35.9	3.2	8.4	21.8
Noruega	10.0	7.9	3.0	22.9	4.0	3.9	24.4	4.9	9.9	9.2
Polonia	6.2	6.0	4.3	27.0	3.0	4.0	28.8	5.9	11.3	3.6
Portugal	12.8	2.7	3.3	21.1	3.9	3.3	35.3	4.7	9.3	3.6
República Eslovaca	8.8	3.6	4.3	21.1	3.7	2.5	43.6	3.4	6.8	2.1
Eslovenia	10.2	2.7	3.4	22.7	2.9	2.9	31.5	5.1	13.3	5.4
España	10.8	3.2	2.8	14.8	6.8	3.0	32.4	6.1	10.9	9.3
Suecia	18.7	4.5	2.9	13.6	2.1	2.9	21.7	3.7	16.1	13.7
Suiza	21.8	6.0	5.7	15.6	4.0	1.4	1.9	3.1	18.8	21.6
Reino Unido	3.7	10.3	6.0	14.3	3.8	3.4	32.1	2.8	10.0	13.6
Estados Unidos	10.4	21.7	6.1	22.3	0.0	2.4	13.6	1.7	18.5	3.2
OCDE	9.4	10.5	4.1	16.7	2.8	2.6	29.3	3.0	11.6	10.0
OCDE-UE	10.7	4.2	3.2	13.8	3.7	2.4	36.4	4.3	8.1	13.4
Costa Rica	4.7	0.0	7.7	13.5	3.7	4.5	35.4	1.8	21.2	7.6
Rumania	8.7	3.6	2.8	29.7	4.5	8.6	26.9	5.2	6.6	3.6

Fuente: (OECD, 2021^[1]).

Debido a la cantidad significativa de recursos públicos gastados en las compras públicas, los gobiernos y las entidades del sector público esperan realizar sus compras siguiendo principios generales de integridad, transparencia, rendición de cuentas, eficiencia, efectividad y competencia (OECD, 2015^[3]).

Cuando la manipulación de las licitaciones afecta un proceso de compras públicas, por ejemplo, cuando los proveedores manipulan sus ofertas para determinar de manera anticipada quién y cómo ganará una licitación del sector público, se infringen los principios de las compras públicas, y se perjudican tanto el presupuesto público como la calidad de los servicios públicos. Algunos estudios muestran que la manipulación de las licitaciones en las compras públicas puede incrementar los precios en un 20%, y este porcentaje puede ser incluso mayor en ciertos casos (consultar, Sección 4.1). La manipulación de las licitaciones es ilegal en todas las jurisdicciones de la OCDE, y es un delito en 29 de los 38 Estados miembros.¹

La prevención y detección de la manipulación de licitaciones en las compras públicas es fundamental para garantizar que los procedimientos sean genuinamente competitivos. La competencia entre los posibles proveedores aumenta la probabilidad de que el sector público consiga una buena relación calidad-precio, entendida como mejores productos a precios más baratos. La importancia de la lucha contra la manipulación de licitaciones en la contratación pública es tal que, en 2009, la OCDE desarrolló los Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas (Lineamientos de la OCDE) (OECD, 2009^[4]) y posteriormente, en 2012, los incluyó y los expandió en una Recomendación (Recomendación de la OCDE) (OECD, 2012^[5]). Las recomendaciones son instrumentos legales de la OCDE que, aunque no son legalmente vinculantes, cuentan con fuerza moral y política ya que reflejan la voluntad política de los Estados miembros de la OCDE y de las jurisdicciones no miembros que se adhieren a ellas. Existe la expectativa de que los Estados miembros y sus adherentes realicen su mayor esfuerzo para implementarlas completamente. Las recomendaciones son relativamente excepcionales. En el momento de redacción del presente reporte, en mayo de 2021, sólo estaban en vigor 170 Recomendaciones de la OCDE, entre ellas 10 sobre derecho y política de la competencia.²

La Recomendación y los Lineamientos de la OCDE invitan a los gobiernos a evaluar sus leyes y prácticas en compras públicas (en todos los niveles del gobierno) para promover las compras públicas competitivas y reducir el riesgo de licitaciones colusorias en los procesos de selección. Basándose en las buenas prácticas internacionales, ofrecen consejos a las instituciones públicas sobre cómo reducir el riesgo de manipulación de las licitaciones mediante un diseño eficaz de las mismas y cómo detectar las prácticas colusorias durante el proceso de licitación, al tiempo que identifican las características del mercado que pueden facilitar los esquemas de manipulación de las licitaciones. También incluyen dos listas de verificación: la primera, cuyo objetivo principal es la prevención, trata del diseño óptimo de los procesos de licitación para reducir el riesgo de manipulación de licitaciones; la segunda incluye asesoría sobre la forma de detectar la manipulación de licitaciones durante y después del proceso de licitación identificando patrones sospechosos en la determinación de precios y en el comportamiento de los licitadores, así como declaraciones que deberían alertar a los funcionarios de compras públicas de una posible manipulación del proceso de compras públicas.

La Recomendación y los Lineamientos de la OCDE se han convertido en referencias mundiales y han ayudado a algunos países a evaluar la pro competitividad de sus leyes en compras públicas e implementar mejorías y reformas. Han servido de base para muchas estrategias nacionales para combatir la manipulación de licitaciones y como guía para un diseño de licitaciones pro competitivo, así como programas estructurados de promoción y formación para los compradores públicos sobre los riesgos de manipulación de licitaciones. También se han utilizado para desarrollar herramientas de detección de manipulación de licitaciones (OECD, 2016^[6]).

En los últimos 10 años, el Secretariado de la División de Competencia de la OCDE ha llevado a cabo numerosos proyectos sobre la lucha contra la manipulación de licitaciones en las compras públicas, revisando la calidad de la ley de compras públicas y la solidez de las prácticas de compras públicas de las entidades públicas en México, Colombia y Argentina.³ Además de Perú, la OCDE ha revisado de manera reciente los regímenes y las prácticas de compras públicas en Brasil y Ucrania utilizando la Recomendación y los Lineamientos.⁴

1.2. Alcance del proyecto de EsSalud-OCDE

En noviembre de 2019, el Seguro Social de Salud del Perú (EsSalud) solicitó el apoyo de la OCDE para evaluar sus reglas y prácticas de las compras públicas a la luz de la Recomendación y los Lineamientos.

Este reporte es una respuesta a dicha solicitud y analiza el marco y las prácticas regulatorias de compras públicas. Realiza recomendaciones para prevenir la manipulación de las licitaciones a través del diseño de procesos de compras públicas competitivos y efectivos y la forma de mejorar la detección de los esquemas colusorios cuando se presenten. Las recomendaciones se relacionan con reglas y prácticas específicas de EsSalud, pero también con reglas y prácticas generales donde resulte relevante para EsSalud. Por lo tanto, algunas recomendaciones se dirigen no solamente a EsSalud sino también a otras entidades del sector público. Donde fue necesario, el reporte aclaró en las notas finales qué entidad u organismo debe implementar algunas de las recomendaciones. Todas las recomendaciones se basan en la Recomendación y los Lineamientos de la OCDE y reflejan las buenas prácticas internacionales establecidas por el Secretariado en proyectos y debates durante las reuniones del Comité de Competencia de la OCDE, en el cual participa Perú.

Dado que el reporte se enfoca en las compras públicas bajo la ley de compras públicas de Perú, no analiza las concesiones y las asociaciones públicas-privadas.⁵ Como parte del proyecto, la OCDE también preparó un acuerdo para la cooperación de EsSalud con la autoridad en materia de competencia de Perú, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). La meta de este acuerdo es fomentar la cooperación entre EsSalud y el Indecopi para promover la competencia y prevenir la manipulación de licitaciones en las compras públicas de EsSalud y mejorar la detección y la investigación de la manipulación de las licitaciones por parte del Indecopi.

En abril de 2021, la OCDE junto con el Indecopi, capacitó a aproximadamente 80 funcionarios ejecutivos de compras públicas sobre los riesgos de la manipulación de las licitaciones, las formas en las que se puede presentar y las buenas prácticas de la OCDE para el diseño de licitaciones competitivas. El desarrollo de capacidades se basó en la investigación de la OCDE y en la experiencia de los proyectos que muestran que la prevención y la aplicación efectivas contra la manipulación de licitaciones requieren proporcionar a los funcionarios de contratación pública una comprensión de los riesgos de la manipulación de licitaciones y de los requisitos de la ley de competencia. En estas sesiones de capacitación, las autoridades de competencia de miembros de la OCDE (Colombia, México y España) y un socio clave de la OCDE (Brasil) compartieron su experiencia en la detección y el castigo de cárteles así como en la promoción y capacitación anti cárteles para los funcionarios de compras públicas en sus jurisdicciones.

Por último, la OCDE preparó un plan de acción para la implementación de EsSalud de las recomendaciones contenidas en este reporte. Las recomendaciones y el plan de acción necesitan adaptarse de manera flexible y dinámica para ser efectivas. Ninguna recomendación o paso en el plan de acción individual puede ser aplicable a todas las licitaciones en todos los casos. Es posible que los licitadores que han incurrido o que incurran en la colusión reaccionen a cambios políticos y exploren formas nuevas y más ingeniosas y secretas para coludirse. La implementación necesita ser dinámica y considerar la realidad cambiante de las capacidades del sector público y las condiciones de oferta de los mercados privados.

Notas

¹ Dieciocho miembros de la OCDE (Australia, Canadá, Chile, Dinamarca, Estonia, Francia, Grecia, Islandia, Irlanda, Israel, Japón, Corea, México, Noruega, República Eslovaca, Eslovenia, Reino Unido y Estados Unidos) imponen sanciones penales para todos los carteles (incluyendo manipulación de licitaciones). 11 miembros adicionales (Austria, Bélgica, Colombia, República Checa, Finlandia, Alemania, Hungría, Italia, Polonia Portugal y Turquía) imponen sanciones penales para los casos de manipulación de licitaciones únicamente. Consultar, www.oecd.org/daf/competition/review-of-the-1998-oecd-recommendation-concerning-effective-action-against-hard-core-cartels.htm.

² En orden cronológico inverso, estas son: Recomendación sobre neutralidad competitiva (2021); Recomendación sobre acción efectiva contra los carteles (2019); Recomendación sobre evaluación de competencia (2019); Recomendación sobre la cooperación internacional en el marco de investigaciones y procedimientos en materia de competencia (2014); Recomendación para combatir la colusión en la contratación pública (2012); Recomendación para la revisión de fusiones (2005); Recomendación sobre separación estructural en industrias reguladas (2001); Recomendación sobre la aplicación de la ley de competencia y la política para acuerdos de licencias de patentes y know-how (1989); Recomendación para la cooperación entre países miembros en áreas de posibles conflictos entre competencia y políticas comerciales (1986); y Recomendación sobre acciones contra prácticas comerciales restrictivas relativas al uso de marcas comerciales y licencias de marcas comerciales (1978). Consultar, <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments?mode=normal&committeelds=1673&statuslds=1&dateType=adoption> y www.oecd.org/competition/recommendations.htm.

³ México fue el primer país en solicitar el apoyo de la OCDE para evaluar las reglas y prácticas de las compras públicas de varias autoridades del sector público mexicano y gobiernos locales. Entre 2011 y 2018, la OCDE realizó siete proyectos con México, y publicó informes con recomendaciones específicas sobre la forma de combatir la colusión en las compras públicas (www.oecd.org/daf/competition/fightingbidriggingingovernmentcontractsmexico-oecdpartnership.htm). En 2014, la OCDE revisó las reglas y prácticas de las compras públicas de Colombia y analizó las iniciativas adoptadas por la autoridad de competencia colombiana (Superintendencia de Industria y Comercio) para combatir la manipulación de licitaciones (www.oecd.org/daf/competition/fighting-bid-rigging-in-public-procurement-in-colombia.htm). En 2019, en colaboración con la autoridad en materia de competencia de Argentina, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, la OCDE evaluó las reglas que rigen las compras públicas de los trabajos públicos en Argentina a nivel federal, así como las prácticas de las compras públicas de los principales compradores federales de obras públicas (como el Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda, el Ministerio de Transporte, y la Dirección Nacional de Vialidad) (www.oecd.org/competition/fighting-bid-rigging-in-public-procurement-in-argentina.htm). Todos los proyectos incluyeron una amplia capacitación para funcionarios ejecutivos de compras públicas sobre el riesgo y el costo de la manipulación de licitaciones, sus diversas formas y las buenas prácticas para diseñar licitaciones competitivas y detectar la colusión de los licitadores.

⁴ En 2019-2021, la OCDE evaluó las reglas que rigen las compras públicas en Brasil a nivel federal, incluyendo una ley de compras públicas nueva de 2021 y las prácticas de compras públicas de los principales compradores públicos brasileños (www.oecd.org/daf/competition/fighting-bid-rigging-in-brazil-a-review-of-federal-public-procurement.htm). En 2020-2021, la OCDE evaluó las prácticas de compras públicas del operador de sistemas de transmisión eléctrica estatal propiedad del estado ucraniano Ukrenergó a la luz la Recomendación para combatir la colusión en la contratación pública (www.oecd.org/daf/competition/fighting-bid-rigging-in-public-procurement-in-the-energy-sector-in-ukraine.htm). En todos los proyectos, la OCDE también impartió talleres de capacitación sobre la lucha contra la manipulación de licitaciones para funcionarios de compras públicas.

⁵ EsSalud cuenta con varias asociaciones públicas-privadas, incluyendo las relativas a la operación de dos hospitales.

2 Reglas y organismos de compras del sector de la salud

La Sección 2.1 de este capítulo proporciona una descripción general del marco legal para las compras públicas de bienes, servicios y obras, y su aplicación al EsSalud. La Sección 2.2 identifica los principales organismos que participan en las compras públicas en el sector de la salud. La Sección 2.3 trata de la estructura interna y los equipos que participan en las compras públicas en EsSalud. Todas las leyes y regulaciones que son relevantes para EsSalud se detallan en el Anexo A en este reporte.

2.1. Marco de compras públicas y su aplicación en EsSalud

El artículo 76 de la Constitución Política del Perú estipula que la compra de obras, suministros y servicios mediante el uso de fondos públicos será el resultado de una licitación pública.¹ De acuerdo con el Tribunal Constitucional de Perú, el propósito del Artículo 76 es garantizar que todas las compras públicas se realicen de una manera regulada que garantice que los bienes, los servicios y las obras se compren o renten de una manera eficiente y oportuna, de licitadores que ofrezcan los términos técnicos y financieros más competitivos, siguiendo los principios de transparencia, trato equitativo, libertad de participación de los proveedores y justicia.²

Con fundamento en el Artículo 76, Perú adoptó la Ley de compras públicas No. 30225 (Ley de Contrataciones del Estado, PPL) en 2014. La regulación que implementa la ley (Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, RPPL) se aprobó en 2018 por el Decreto No. 344-2018-EF. La ley se enmendó por última vez en 2019 por el Decreto No. 082-2019-EF, mientras que la regulación se enmendó por última vez en 2021. El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) también emite regulaciones y guías sobre las compras públicas; su mandato y trabajo se detallan en la Sección 2.2.

El alcance de la PPL se define en el Artículo 3, que estipula su aplicabilidad a las compras públicas de los bienes, servicios u obras con el uso de fondos públicos por parte de las entidades de la administración pública que se nombran en este artículo, incluyendo “los ministerios y sus organizaciones, programas y proyectos adjuntos”. EsSalud, como organismo descentralizado bajo el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, cumple esta definición de “entidad” y queda cubierta por la PPL, el RPPL, y cualquier regla y regulación adicional aplicable.

Recuadro 2.1. Principios de las compras públicas en el Artículo 2, Ley de compras públicas No. 30225

Si bien pueden aplicarse otros principios generales de la ley pública, las compras gubernamentales se realizan basándose en los siguientes principios. Estos funcionan como criterios de interpretación para la aplicación de la PPL y sus regulaciones y condicionan las acciones de los organismos públicos y de los actores del sector privado que participan en el proceso.

Libre participación. Las entidades públicas promueven el acceso gratuito y la participación de los proveedores en sus procesos de selección, evitando demandas y trámites costosos e innecesarios. Queda prohibida la adopción de prácticas que limiten o afecten la libertad de competencia entre los proveedores.

Trato equitativo. Todos los proveedores deben tener las mismas oportunidades para formular sus ofertas, y queda prohibida la existencia de privilegios o beneficios y, por consiguiente, la discriminación. Situaciones similares deben tratarse utilizando métodos similares; diferentes situaciones no deben tratarse de manera idéntica siempre y cuando diferentes métodos tengan justificaciones objetivas y razonables que favorezcan una competencia efectiva.

Transparencia. Las entidades públicas deben proporcionar información clara y coherente para que los proveedores entiendan todas las etapas del proceso de las compras públicas, garantizando libertad de competencia, trato equitativo, objetividad e imparcialidad. Este principio permite las excepciones establecidas en la ley.

Publicidad. El proceso de compras públicas debe publicarse y tener una amplia circulación para promover la competencia libre y efectiva, y facilitar la supervisión y el control del proceso.

Competencia. Los procesos de selección deben permitir el establecimiento de condiciones efectivas de competencia y deben obtener la propuesta más ventajosa para el interés público manejado en el procedimiento. Queda prohibida la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia.

Efectividad y eficiencia. El proceso de selección y las decisiones adoptadas en él deben servir para el cumplimiento de los objetivos, las metas y los propósitos de la entidad pública, priorizar estos sobre los trámites no esenciales garantiza la satisfacción efectiva y oportuna de los objetivos públicos y tiene un impacto positivo en las condiciones de vida la gente y el interés público, mientras que garantiza condiciones de calidad y el mejor uso de los recursos públicos.

Validez tecnológica. Los bienes, los servicios y las obras deben cumplir las condiciones de calidad y desarrollo tecnológico necesario para cumplir con efectividad su propósito público requerido, durante un tiempo determinado y previsible, con la posibilidad de que se adapten, integren y reutilicen si es necesario para adecuarse a los avances científicos y tecnológicos.

Sustentabilidad ambiental y social. En el diseño y ejecución de los procedimientos de compras públicas, se deben tener en cuenta criterios y prácticas que contribuyan tanto a la protección ambiental y social como al desarrollo humano.

Equidad. Los beneficios y derechos de las partes involucradas deben ser equivalentes y proporcionales.

Integridad. La conducta de los participantes en cualquier etapa del procedimiento contractual debe ser guiada por la honestidad y la honradez, evitando cualquier práctica inadecuada. En caso de producirse, se debe informar a las autoridades competentes de manera directa y oportuna.

Fuente: Ley de compras públicas No. 30225; <https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/Ley%2030225%20Ley%20de%20contrataciones-julio2014.pdf>.

Los procesos de compras públicas también deben cumplir con la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública No. 27806, su Decreto de aplicación No. 043-2003-PCM, y su regulación aprobada por el Decreto No. 072-2003-PCM. Esta ley permite a todos los ciudadanos solicitar información de entidades públicas, como EsSalud, y requiere que toda la información relativa a los procesos de compras públicas se publiquen en sitios web.

2.2. Principales organismos involucrados en las compras públicas en el sector sanitario

2.2.1. EsSalud

EsSalud es el organismo asegurador de salud y proveedor sanitario para empleados asalariados del sector formal, profesionales independientes, y trabajadores domésticos y sus familias. Ofrece atención médica en sus 415 instalaciones sanitarias a nivel nacional y en 2015, cubrió el 25% de la población de Perú o casi 12 millones de personas. En 2020, los gastos totales de EsSalud ascendieron a PEN 12.6 mil millones.³

Creado en 1998 por medio de la Ley No. 27056, la Ley de Creación del Seguro Social de Salud, EsSalud es un organismo público descentralizado bajo el Ministerio de Trabajo y Promoción de Empleo. Cuenta con independencia técnica, administrativa y contable, y se financia principalmente con la contribución de nómina del 9% hecha por empleadores y una contribución del 4% de las recaudaciones de la población retirada (OECD, 2017^[7]).

Como se mencionó en la Sección 2.1, EsSalud califica como una entidad contractual bajo la PPL y adquiere bienes, servicios u obras que le permiten operar y proporcionar atención sanitaria a su población afiliada.

La Sección 2.3 proporciona una descripción general detallada de las unidades y la estructura relacionada a las compras públicas de EsSalud.

2.2.2. Centro Nacional de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud (CENARES)

El Centro Nacional de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud (CENARES) es un organismo del Ministerio de Salud (MINSa) responsable de la planificación, la adquisición, y la distribución de bienes estratégicos en el sector sanitario.⁴ Estos incluyen productos farmacéuticos, suministros médicos y dentales, equipo de laboratorio, materiales de diagnóstico, instrumentales médicos y equipo dental, así como plaguicidas y productos sanitarios veterinarios (OECD, 2017^[8]).

Con el primero, realiza las compras centralizadas para medicinas requeridas por las estrategias sanitarias nacionales para enfermedades y grupos de pacientes específicos (VIH/SIDA, tuberculosis, y otros).⁵ Estas compras son financiadas por el MINSa, con el CENARES organizando las situaciones utilizando métodos de licitación de la PPL, firmando contratos, y comprando y distribuyendo bienes.

El segundo mecanismo es lo que CENARES denomina compras corporativas. Este es un proceso opcional en el cual las instituciones públicas (incluido EsSalud) y los gobiernos regionales eligen enviar sus necesidades anuales a la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas (DIGEMID), que es parte del MINSa. La DIGEMID regula las medicinas, los dispositivos médicos y otros productos sanitarios, y es responsable de evaluar los productos, inspeccionar los establecimientos farmacéuticos y emitir certificados. La DIGEMID compila una lista nacional única de medicinas esenciales (actualizada cada dos años) en coordinación con diferentes entidades sanitarias del sector público, incluyendo

EsSalud, y realiza análisis del mercado para evaluar si los medicamentos esenciales están disponibles y, si no el por qué.

Una vez que la DIGEMID ha recibido las necesidades de compras de las entidades públicas, elabora una lista consolidada de las medicinas requeridas siempre y cuando 1) ellas sean parte de la lista nacional de medicinas esenciales; y 2) la orden de compra total de cada una sea al menos PEN 60 000. El CENARES realiza una investigación de mercado, que consiste en solicitar a los proveedores con los que cuenta el CENARES en sus listas, cotizaciones de precios, tipos de productos y disponibilidades de entrega. El CENARES posteriormente compra los volúmenes requeridos de medicinas basándose en la lista consolidada (que debe ser primero aprobada por Perú Compras, consultar la Sección 2.2.4) a través de subastas inversas electrónicas para las cuales el CENARES establece el precio inicial basándose en su investigación de mercado y los precios ganadores previos. Los licitadores con la oferta más baja ganan. Las instituciones participantes o los gobiernos regionales que solicitaron compras corporativas al CENARES firman el contrato de compra con los proveedores seleccionados, por el precio ganador (más bajo) y por el volumen que se haya acordado comprar.

Las compras corporativas están abiertas únicamente a proveedores nacionales. De acuerdo con datos de la OCDE, en 2013, las compras corporativas de medicinas por parte del CENARES representaron el 29.3% del presupuesto en medicamentos total de EsSalud. Sin embargo, las compras corporativas pueden ser menos relevantes para EsSalud que para otros proveedores sanitarios en Perú, debido a que los medicamentos costosos para tratamientos de alto costo del tipo que EsSalud brinda se compran en cantidades extremadamente pequeñas y es probable que se excluyan de la lista debido a la cantidad de orden mínima establecida (OECD, 2017^[7]). Durante la investigación, la OCDE fue informada de que el uso de EsSalud de las compras corporativas del CENARES ha disminuido.

2.2.3. La orientación política y el papel de monitoreo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE)

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) es un organismo dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas con autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera. Las principales leyes y regulaciones que le corresponden son la PPL y el RPPL, así como también el Reglamento de la Organización y Funciones de la OSCE (ROF), aprobado por el Decreto No. 076-2016-EF.

El OSCE, que cuenta con más de 600 empleados, posee jurisdicción sobre todas las regulaciones y el desempeño en compras públicas y puede verificar de manera selectiva procedimientos específicos; su mandato se detalla en el Recuadro 2.2.

Recuadro 2.2. Funciones en la contratación pública del OSCE

- 1) Monitorear las entidades contratistas y promover la creación de contratos eficientes bajo los parámetros de la Ley de compras públicas No. 30225 y sus regulaciones complementarias de tal forma que al hacerlo se maximice el valor de los fondos públicos y se garanticen mejores resultados.
- 2) Supervisar los métodos de licitación a los que se hace referencia en la legislación o en las regulaciones.
- 3) Realizar acciones de supervisión a solicitud de una entidad.
- 4) Implementar actividades y mecanismos que desarrollen habilidades y competencias en la gestión, y términos contractuales.
- 5) Proponer las enmiendas que considere necesarias a las regulaciones, dentro del marco de su autoridad.
- 6) Emitir directivas, documentos estandarizados y documentos guía en temas dentro de su competencia.
- 7) Resolver temas dentro de su competencia en la última instancia administrativa.
- 8) Gestionar y operar el Registro Nacional de Proveedores (RNP).
- 9) Desarrollar, gestionar y operar el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE).
- 10) Gestionar y operar el Registro Nacional de Árbitros y asegurar un fácil acceso a la base de datos de arbitrajes y adjudicaciones, donde es posible encontrar categorías como árbitros, temas, términos del proceso y partes.
- 11) Certificar instituciones que proporcionan servicios de arbitraje y administración y supervisar los contratos estatales, de acuerdo con las disposiciones de las regulaciones.
- 12) Organizar y gestionar el arbitraje de acuerdo con las disposiciones de las regulaciones de acuerdo con la directiva adoptada para dicho propósito.
- 13) Designar árbitros y resolver las disputas de arbitraje no sujetas a una institución de arbitraje.
- 14) Resolver reclamos de reembolsos de los honorarios de árbitro, de conformidad con lo establecido en las regulaciones.
- 15) Responder a consultas sobre el significado y el alcance de reglas de contratación creadas por entidades, así como por el sector privado y la sociedad civil; las consultas que realizan las entidades son gratuitas.
- 16) Alertar al contralor general de la República respecto a evidencias claras de violaciones observadas en el desempeño de las tareas de las entidades públicas, cuando existan signos razonables de perjuicio económico al estado, ofensas criminales o serias por parte de aquellos con responsabilidad administrativa, de acuerdo con el actual marco legal.
- 17) Suspender los procedimientos de compras públicas durante el proceso de supervisión bajo su propia iniciativa o a solicitud de una parte con el fin de identificar cualquier razón que pueda evitar que una entidad continúe con las compras públicas.
- 18) Descentralizar sus propias funciones en organismos regionales o locales de acuerdo con las disposiciones de su Reglamento de la Organización y Funciones.
- 19) Evaluar el desempeño de los regímenes de compras públicas gubernamentales; analizar y proponer nuevos mecanismos de compras públicas de acuerdo con los mercados; y proponer estrategias para el uso eficiente de los recursos públicos.
- 20) Cualquier otro deber establecido en el reglamento.

Fuente: (OECD, 2017^[8]).

Las funciones más relevantes del OSCE al alcance de este proyecto son:

1. La promoción de las buenas prácticas en las compras públicas, como las destinadas a prevenir y detectar la manipulación de licitaciones.
2. La gestión del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) y del Registro Nacional de Proveedores (RNP).
3. La emisión de opiniones técnicas sobre cuestiones específicas de aplicación de las leyes en compras públicas.
4. La emisión de documentos de licitación estándar para diferentes procesos de compra y diferentes categorías de adquisición (bienes, suministros de bienes, servicios, consultoría de obras u obras).
5. La emisión de opiniones sobre consultas y observaciones presentadas por los licitadores durante los procesos de compras públicas.
6. La supervisión de las compras públicas.
7. La audiencia de apelaciones de los licitadores y la imposición de sanciones a través del Tribunal de compras públicas.
8. La suspensión o anulación de los procesos de compras públicas cuando se han violado las reglas de compras públicas, o si existen indicaciones razonables de daño económico al sector público, como en la manipulación de licitaciones.

El OSCE cuenta con una función supervisora para garantizar el cumplimiento de la ley de compras públicas, así como el papel regulador en la publicación de documentos estándar de licitación y su participación en todas las reformas a la ley y a las regulaciones en materia de compras públicas.

Los documentos estándar de licitación del OSCE son obligatorios para los compradores del sector público (de acuerdo con el Artículo 47.3 del RPPL⁶). Contienen una sección con términos generales, (disposiciones relativas al procedimiento de compras públicas y a la ejecución del contrato) y una sección con términos especiales (los detalles específicos de cada compra pública que deben completar las entidades compradoras). Estos términos especiales incluyen las características de los bienes, los servicios y las obras, el precio referencia o estimado, los requisitos de calificación, los criterios de evaluación y las reglas respecto a la forma en la que se otorgan los puntos. La entidad compradora también puede añadir cláusulas a los términos especiales siempre y cuando estas no contradigan las reglas de compras públicas. Los términos generales siguen siendo los mismos para todos los procedimientos de compras; de hecho, cualquier cambio que la entidad compradora realice a los términos anula la compra. Los documentos estándares del OSCE incluyen un acuerdo modelo, que contiene cláusulas sobre las garantías, anticorrupción, solución de disputas, y anulación de contratos por falta de cumplimiento. Los contratos de obras también incluyen cláusulas sobre los riesgos de cumplimiento y qué parte es responsable de ellas.

Como parte su función de supervisor, el OSCE puede verificar si las acciones de compras se ajustan a las reglas de las compras públicas y las prácticas de gestión pública; por ejemplo, investigando si es relevante alguno de los riesgos mencionados expresamente en el ROF del OSCE. Entre los riesgos identificados, la competencia es de particular importancia; otros incluyen adjudicaciones directas; el uso de excepciones a licitaciones abiertas; y posibles barreras de acceso a las licitaciones. Con base en esto, el OSCE puede realizar un sistema de advertencias piloto para identificar los riesgos de competencia.

Resulta particularmente relevante para el combate contra la manipulación de licitaciones la tarea del OSCE de reportar cualquier sospecha al Indecopi. Cuando el OSCE o el Tribunal de compras públicas (consultar la Sección 2.2.5) encuentra indicios de prácticas anticompetitivas en las compras públicas, incluyendo los procedimientos gestionados por EsSalud, debe enviar toda la información relevante a la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia en el Indecopi (Artículo 14.1 de

la PPL; consultar la Sección 4.3 de este reporte). Además, cuando el OSCE identifica que un requisito o una condición en una licitación puede perjudicar la competencia, puede solicitar su eliminación por parte de la entidad compradora (Artículo 14.1 de la PPL).

El OSCE también gestiona el Registro Nacional de Proveedores (RNP), en el que deben inscribirse los proveedores interesados en participar en procesos de compras públicas, de acuerdo con el Artículo 46 de la PPL. Su principal objetivo es mantener una base de datos actualizada con información de los proveedores interesados en licitar para contratos públicos.

El OSCE también está a cargo del SEACE, el portal de compras electrónico. Desde 2016, el SEACE ha incluido al CONOSCE, un módulo de inteligencia comercial y transparencia con un tablero que cuenta con diferentes indicadores de las compras públicas e información sobre proveedores y autoridades contratantes (OECD, 2017^[8]).

El OSCE utiliza los datos del SEACE en sus reportes estadísticos mensuales sobre las compras públicas, que incluyen información sobre los procesos declarados nulos, las excepciones para abrir licitaciones, los proveedores estatales y consorcios, las apelaciones administrativas y la duración de los procesos de compras. Estos reportes se compilan en reportes anuales, que también se publican en el sitio web del OSCE. El OSCE también utiliza información sobre el SEACE para realizar estudios económicos, revisar las compras públicas y sugerir mejoras. Estudios económicos anteriores han incluido análisis de niveles de competencia; el costo estimado de la participación en las licitaciones; la duración de los actos preparativos y las licitaciones; la participación de micro y pequeñas empresas a nivel regional; la evaluación cualitativa de las subastas inversas; y las barreras al acceso (OECD, 2017^[8]).

El papel y las tareas del OSCE son consistentes con el de la mayoría de las agencias de compras centrales en Latinoamérica y el Caribe. Estas agencias usualmente son responsables de establecer las políticas de las compras públicas, regular los sistemas de compras públicas de los países y monitorear el desempeño, pero en general no realizan compras a nombre de entidades del sector público. En los Estados miembros de la OCDE, las agencias de compras centrales también pueden realizar las compras (OECD, 2020^[9]). En Perú, las compras centrales se asignan a Perú Compras.

2.2.4. Estandarización, consolidación y papel de compras centralizadas de Perú Compras

El organismo de compras centrales de Perú, Perú Compras, se creó con el Decreto Legislativo No. 1018 en 2008, e inició operaciones en marzo de 2016, tras la adopción, en diciembre de 2015, del Decreto No. 364-2015-EF que aprobó el Reglamento de la Organización y Funciones de Perú Compras, y el nombramiento de su director mediante la Resolución No. 053-2015-EF (OECD, 2017^[8]). Aunque forma parte del Ministerio de Economía y Finanzas, goza de autonomía técnica, administrativa y funcional.

En 2018, el Decreto No. 1439 que establece el Sistema Nacional de Abastecimiento y el Ministerio de Economía y Finanzas creó la Dirección General de Abastecimiento (DGA) como el organismo gobernante del Sistema Nacional de Abastecimiento. La DGA tiene la obligación de ejercer la supervisión de las compras, emitir opiniones sobre la interpretación de las regulaciones de compras públicas y capacitar a los funcionarios de compras públicas.⁷ Como parte del Sistema Nacional de Abastecimiento, Perú Compras debe seguir las políticas decididas por la DGA. El objetivo de Perú Compras es la optimización de las compras públicas a través de las economías de escala, los descuentos por cantidad y la reducción de los costos de transacciones que permite la centralización de compras, y el uso de herramientas digitales.

Ciertas responsabilidades de Perú Compras son relevantes para EsSalud, y podrían permitir que EsSalud se beneficie de la experiencia del organismo. En primer lugar, Perú Compras vigila las *compras*

corporativas, un método de compra para la adquisición de bienes o servicios estandarizados comprados por más de una entidad del sector público. Las compras corporativas se dividen en dos categorías: obligatorias y opcionales.⁸

Las compras corporativas obligatorias son realizadas por Perú Compras y están aprobadas por un decreto emitido por el Ministerio de Economía y Finanzas que establece los bienes y servicios que se contratarán, así como las entidades participantes. El proceso de licitación lo lleva a cabo Perú Compras con todas las entidades del sector público, incluyendo EsSalud, mencionadas en el decreto obligadas a comprar los bienes y servicios que resulten del contrato de Perú Compras.

Las compras corporativas opcionales se basan en acuerdos interinstitucionales entre Perú Compras y las entidades del sector público que solicitan estas compras corporativas a su discreción. Cada acuerdo interinstitucional establece el objeto y el alcance de la compra, y las responsabilidades de cada una de las partes. Ejemplos de las compras corporativas opcionales son los servicios de acceso a internet, la seguridad, la limpieza, la mensajería, las fotocopias y los servicios de impresión.

En todas las compras corporativas, Perú Compras estandariza los bienes y servicios y realiza el procedimiento de compras, pero la entidad pública solicitante firma el contrato con los proveedores seleccionados⁹ y es financieramente responsable de cualquier bien adquirido. EsSalud no ha participado en las compras corporativas obligatorias ni opcionales realizadas por Perú Compras.

En segundo lugar, las entidades públicas pueden solicitar que Perú Compras realice licitaciones para compras específicas a su nombre y así beneficiarse de su experiencia en compras. Para estas licitaciones, conocidas como *contrataciones por encargo*, la entidad pública solicitante firma el contrato.

En tercer lugar, Perú Compras se encarga de realizar las licitaciones para acuerdos marco que proporcionan catálogos electrónicos de bienes y servicios (Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco) utilizados por una amplia gama de entidades del sector público. El acuerdo marco con los proveedores seleccionados es firmado por Perú Compras, mientras que las entidades que utilizan el acuerdo marco son responsables de pagar por los bienes y servicios adquiridos a través del catálogo electrónico. Los sistemas de TI de Perú Compras para los catálogos electrónicos son interoperables con el SEACE, el SIAF (Sistema Integrado de Administración Financiera) y el SIGA (Sistema Integrado de Gestión Administrativa). EsSalud ha sido el principal usuario entre los organismos públicos de los acuerdos marco de Perú Compras en años anteriores (a excepción del 2020) con compras de un valor de PEN 10.58 millones en 2017; PEN 34.86 millones en 2018; PEN 82.37 millones en 2019; y PEN 33.67 millones en 2020.¹⁰

Los compradores que necesiten bienes y servicios incluidos en un acuerdo marco deben comprarlos utilizando el acuerdo. Para las compras inferiores a PEN 100 000, el comprador ingresa su requisito en la plataforma electrónica de acuerdos marco, que proporciona una lista de las mejores ofertas recibidas de los proveedores. Los compradores pueden entonces elegir la oferta que consideren más adecuada. Si no eligen la opción con el precio unitario más bajo, deben justificar su decisión de que la opción elegida representará un costo total menor para la entidad, por ejemplo porque el producto elegido tiene una vida útil más larga. Para las compras mayores a PEN 100 000, el comprador ingresa su requisito y el sistema por sí mismo selecciona la mejor oferta. En el momento de su redacción en mayo de 2021, Perú Compras contaba con 17 acuerdos marco implementados, con 29 catálogos electrónicos.¹¹ En 2019, EsSalud, por ejemplo, utilizó los catálogos electrónicos de Perú Compras para comprar vuelos con un valor de PEN 29.87 millones y consumibles con un valor de PEN 13.48 millones.¹²

En cuarto lugar, Perú Compras también puede estandarizar las especificaciones técnicas para los bienes y servicios comunes. Los bienes y servicios comunes son aquellos que se consideran estándar, ya sea porque lo son intrínsecamente (moléculas) o porque han sido estandarizados (por ejemplo, jeringas o, en el caso del ejército, ropa interior). Para realizar la estandarización, Perú Compras elabora fichas técnicas

de especificaciones (*fichas técnicas*), utilizando la información o la opinión de otros organismos públicos, así como de asociaciones comerciales y otros organismos. Al final del proceso, Perú Compras consolida y adopta las fichas técnicas, que las entidades de compras deben utilizar para comprar bienes o servicios estandarizados específicos, independientemente del proceso que se utilice. Las fichas técnicas son obligatorias, lo que significa que las entidades de compras no pueden desviarse de las características estipuladas en ellas. Este procedimiento de compras más rápido tiene menos etapas que otros métodos, como los detallados en la Sección 3.2. En el sector salud, Perú Compras se coordina con el MINSA y el CENARES, y el Instituto de Evaluación de Tecnologías en Salud e Investigación (IETSI) de EsSalud, un organismo dentro de EsSalud que estandariza los requisitos en materia de salud (consultar la En el sector salud, Perú Compras se coordina con el MINSA y el CENARES, y el Instituto de Evaluación de Tecnologías en Salud e Investigación (IETSI) de EsSalud, un organismo dentro de EsSalud que estandariza los requisitos en materia de salud (consultar Sección 2.3).¹³

En quinto lugar, las fichas técnicas aprobadas por Perú Compras suelen añadirse al Listado de Bienes y Servicios Comunes, que contiene las especificaciones técnicas para una serie de bienes y servicios, y que está aprobado por Perú Compras.¹⁴ Actualmente, el Listado incluye combustible; aparatos eléctricos; productos y equipos médicos y farmacéuticos; suministros y equipos de limpieza; suministros de iluminación; componentes y accesorios eléctricos; y servicios financieros y seguros. Durante la investigación de la OCDE, Perú Compras mencionó que la cantidad de bienes y servicios en el listado era de 1 020 en 2018; 1 187 en 2019; 1 213 en 2020; y 1 309 en mayo de 2021. De los productos incluidos en la Lista de Bienes y Servicios Comunes, EsSalud ha realizado compras con un valor de PEN 49.92 millones en 2017; PEN 181.42 millones en 2018; PEN 256.45 millones en 2019; y PEN 8.6 millones en 2020.¹⁵

Para los productos y servicios incluidos en el Listado, las entidades del sector público deben realizar subastas inversas electrónicas. En circunstancias excepcionales cuando una subasta inversa no es posible (como en una región aislada de Perú donde no es posible un procedimiento competitivo), las entidades pueden solicitar una autorización a Perú Compras para llevar a cabo otro tipo de procedimiento (como una adjudicación directa). Este requisito tiene como objetivo promover el uso del Listado y una estandarización de las necesidades del sector público. Todas las fichas técnicas aprobadas por Perú Compras se incluyen en el listado y son obligatorias para las entidades compradoras.

Al igual que el OSCE, Perú Compras tiene claramente un papel clave en la coordinación de compras y en garantizar la comunicación con y entre las diferentes entidades de compras, de todos los tamaños. También tiene un papel de estandarización crucial, identificando las necesidades comunes entre las entidades y consolidando las compras de bienes y servicios de uso generalizado en grandes contratos. En particular, es probable que las compras corporativas opcionales y la delegación de autoridad para realizar licitaciones a nombre de otra entidad actúen como incentivos para que Perú Compras ofrezca servicios de alta calidad y una buena relación calidad-precio a sus “clientes” del sector público como una forma de incrementar dichas solicitudes y reforzar su propio papel e importancia en el panorama de las compras en Perú.

En abril de 2019, Perú Compras estableció un registro de órdenes de compra digitales que utilizan tecnología de cadenas en bloques, una base de datos electrónica distribuida a través de una red de computadoras designadas, que garantiza la seguridad de los documentos y reduce el riesgo de la manipulación de datos.¹⁶ Cuando se añade una orden, recibe un código QR (respuesta rápida) al que se puede acceder con un teléfono inteligente. Cuando se lee el código QR, el documento original aparece como un PDF para su autenticación. Por ejemplo, un contratista que entrega bienes a un almacén realiza la orden de compra con las cantidades y los detalles de los bienes a entregar. La persona responsable de recibir los bienes puede utilizar un teléfono inteligente para leer el código QR en la orden de compra, acceder al documento original para verificar su autenticidad y confirmar las cantidades y detalles de los

productos con el documento original. De acuerdo con Perú Compras, para mayo de 2021 se había registrado 377 166 documentos utilizando la tecnología de cadena de bloques.

2.2.5. La función de apelación del Tribunal de Contrataciones del Estado

El Tribunal de Contrataciones del Estado es un organismo de resolución de disputas que depende administrativamente de la Presidencia Ejecutiva del OSCE, pero operativa y funcionalmente es autónomo e independiente. Cuenta con una estructura tripartita:

- 1) Cuatro Cámaras (Salas), cada una compuesta de tres miembros (*vocales*) nombradas por tres años tras un procedimiento competitivo realizado por una comisión de representantes de la Presidencia del Consejo de Ministros, el Ministerio de Economía y Finanzas y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
- 2) un presidente (*vocal*), quien es un miembro nombrado por el Consejo directivo del OSCE
- 3) un secretario del tribunal responsable de proporcionar apoyo técnico, legal y administrativo al Tribunal y que depende directamente del Presidente del tribunal.¹⁷

La competencia central del Tribunal es conocer las reclamaciones de los licitadores por supuestas infracciones de la PPL durante el procedimiento de licitación y hasta la adjudicación del contrato. Las apelaciones suspenden los procedimientos de compras públicas hasta que el Tribunal dictamina su decisión. Le compete escuchar las apelaciones por parte de los licitadores en relación con los procedimientos de compras públicas que organiza EsSalud, pero no es competente para conocer las disputas relativas al desempeño de los contratos que se resuelven a través de arbitraje.

El Tribunal sólo es competente para conocer las apelaciones de los procedimientos de compras públicas cuyo valor sea mayor a 50 unidades impositivas tributarias,¹⁸ (en 2021, el equivalente de PEN 220 000), o si el procedimiento de compras públicas se refiere a un acuerdo marco. Otras apelaciones se someten ante la propia entidad de compras, como EsSalud para sus licitaciones.

El Tribunal puede imponer multas y sanciones tanto a personas físicas como morales (ya sea licitadores, contratistas o subcontratistas) que incurren en violaciones de la PPL. El Artículo 50 de la PPL describe las diferentes violaciones de la PPL y sus correspondientes sanciones (Tabla 2.1). El Tribunal tiene en promedio de 1.000 sanciones impuestas anualmente bajo el Artículo 50 de la PPL.

Tabla 2.1. Violaciones y sanciones bajo la Ley de compras públicas

Violaciones	Sanciones		
	1) Multa	2) Descalificación temporal	3) Descalificación permanente
Retiro de una propuesta sin fundamentos razonables	X		
Fallo para cumplir una obligación para ejecutar un contrato o un acuerdo marco	X		
Contrato con el gobierno prohibido o suspendido según la ley		X	
Subcontratación de los servicios sin autorización de la entidad compradora; en un porcentaje mayor al permitido por la ley; o por un subcontratista no registrado en el RNP o prohibido o suspendido para contrataciones con el estado	X		
Fallo para cumplir la obligación de proporcionar servicios de tiempo completo como un residente o supervisor de la construcción, excepto en los casos donde las regulaciones lo permiten	X		
Provocar la rescisión de un contrato por parte de una entidad, incluido un Acuerdo Marco, salvo que se haya consentido o acordado tras la conciliación o el arbitraje		X	
No corregir los defectos escondidos reconocidos por el contratista o declarados por el arbitraje, según lo requerido por una entidad contratante		X	

La negativa injustificada a cumplir las obligaciones contractuales que deben ejecutarse tras el pago		X	
Presentación de información inexacta a las entidades compradoras, el Tribunal de Contrataciones del Estado, el RNP, el OSCE y Perú Compras. Para las entidades, esta información debe estar relacionada con un requisito o factor de evaluación que proporcione una ventaja (indebida) o beneficio en el proceso de selección o ejecución contractual. Para la información presentada al Tribunal de Contrataciones del Estado, el RNP o el OSCE, el beneficio o ventaja debe estar relacionado con el procedimiento seguido en estas instancias		X	
Presentación de documentos falsos a las entidades compradoras, el Tribunal de Contrataciones del Estado, el RNP, el OSCE y Perú Compras		X	X (en casos de reincidencia)
Firma de contratos o acuerdos marco sin contar con el registro en el RNP o firma de contratos mayores a la capacidad contratada, en especialidades o categorías adicionales a las autorizadas por el RNP	X		
Ejecución de un contrato pese a la notificación de su suspensión por parte del SEACE, o a la recomendación de nulidad o nulidad impuesta del proceso de selección por parte del OSCE en el ejercicio de sus funciones	X		
Presentación de fichas técnicas, estudios o archivos técnicos con omisiones, deficiencias o información incorrecta, o falta de supervisión de la ejecución de las obras que no garantice una ejecución técnica, económica y administrativa correcta y que por lo tanto cause daño económico a las entidades compradoras		X (en casos de reincidencia)	
Presentación de preguntas evidentemente infundadas en el marco de consultas y observaciones.		X (en casos de reincidencia)	

Notas: 1) Multas. Las multas oscilan entre el 5% y el 15% de la propuesta económica o del importe del contrato, según corresponda. Si no se puede determinar el importe de la propuesta económica o el importe del contrato, se impondrá cualquier multa de entre 5 y 15 unidades tributarias (en 2021, PEN 22 000 y PEN 66 000). Como una medida precautoria, la imposición de una multa lleva a la suspensión del derecho a participar en cualquier procedimiento de selección, acuerdo marco y contrato con el gobierno, hasta que se pague.

2) Inhabilitación temporal. Consiste en la inhabilitación para participar en cualquier procedimiento de selección y Acuerdo Marco y contratar con el Estado por un periodo de 3 a 36 meses. En el caso de la presentación de documentación falsa o adulterada, la inhabilitación es por un periodo no inferior a 36 meses ni superior a 60 meses.

3) Inhabilitación permanente. Consiste en la inhabilitación permanente para participar en cualquier proceso de adquisición, acuerdo marco y contratación con el Estado. Esta sanción se aplica a los proveedores reincidentes que en los 4 años anteriores hayan recibido más de 2 inhabilitaciones temporales (sumando más de 36 meses) o que hayan vuelto a presentar documentos falsos a las entidades compradoras.

Fuente: OCDE, con base en el artículo 50 de la Ley de compras públicas No. 30225, <https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/Ley%2030225%20Ley%20de%20contrataciones-julio2014.pdf>.

Las decisiones del Tribunal se publican en el sitio web del OSCE¹⁹ y pueden apelarse ante los tribunales administrativos de Perú.

2.2.6. Oficinas de control interno y externo, de auditoría y de integridad

Las entidades del sector público en Perú deben contar con un Órgano de Control Institucional (OCI), encargado del control interno y de la auditoría. Aunque forman parte de las entidades públicas, los OCI no rinden cuentas a la dirección respectiva de la entidad (para EsSalud, la presidencia ejecutiva), sino al órgano de auditoría supremo de Perú, la Contraloría General de la República (CGR). Las direcciones de los OCI son nombradas por la CGR.

Como órganos de control internos, los OCI supervisan y monitorean el desempeño de las entidades del sector público, en particular su efectividad, eficiencia y transparencia para utilizar recursos públicos y el cumplimiento con las leyes aplicables. Realizan tres tipos de auditorías: *ex ante*, financieras y de desempeño, que pueden incluir el control y la auditoría de compras públicas que realiza la entidad en la que reside el OCI relevante. Los controles dan seguimiento a los planes de control anual de los OCI, que

se deben alinear con las guías estratégicas para la planificación del control gubernamental publicadas por la CGR anualmente. Los OCI también deben dar seguimiento a los hallazgos y a las recomendaciones de la CGR, y rendirle cuentas dos veces por año.

La CGR se encarga del control y la auditoría externa de las entidades del sector público, y por extensión de sus compras públicas. Define el marco legal y regulatorio del control interno, y evalúa los mecanismos de control interno de las entidades. La CGR realiza auditorías ex ante y ex post, financieras y de desempeño. La evaluación de riesgos (incluyendo, presuntamente, la evaluación del riesgo de competencia) es uno de los cinco componentes del control interno (OECD, 2017^[8]).

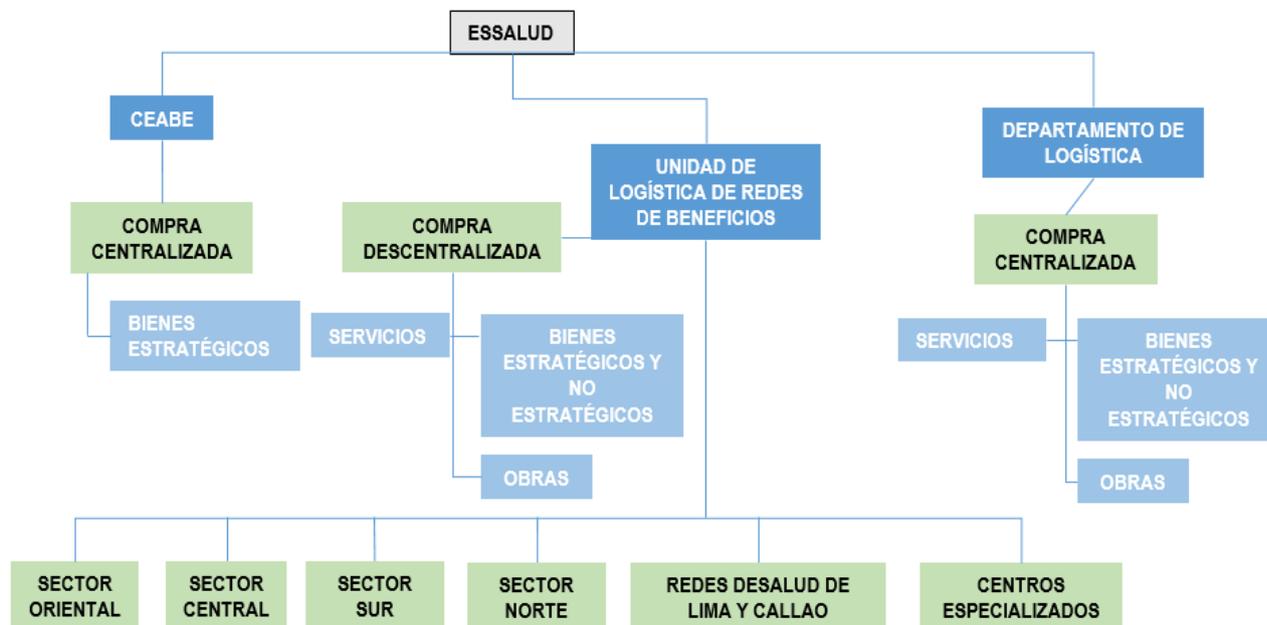
Las entidades del sector público también pueden contar con una Oficina de Integridad Institucional (OII) que promueve y coordina la integridad organizacional y las políticas anticorrupción y planea y monitorea su implementación. El departamento gubernamental que guía y vigila la implementación del Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021 (Decreto Supremo No 044-2018-PCM) de Perú, del cual las OII forman parte, es la Secretaría de Integridad Pública (SIP). Los OII pueden recibir opiniones técnicas, asesoría y apoyo por parte de la SIP. En 2019, la OCDE publicó un informe que analizó el diseño organizacional de las unidades de integridad en las instituciones del sector público.²⁰

2.3. Unidades y estructura de EsSalud relacionadas con las compras

Las unidades de EsSalud involucradas en las compras son:

- 1) Gerencia Central de Logística
- 2) Central de Abastecimiento de Bienes Estratégicos (CEABE)
- 3) Redes sanitarias descentralizadas y centros médicos especializados.

Figura 2.1. Organización de las compras públicas en EsSalud



Fuente: OCDE, con base en el Reglamento de Organización y Funciones del Seguro Social de Salud, (ROF), aprobado por la resolución de la Presidencia ejecutiva No. 656-PE-ESSALUD-2014.

De acuerdo con la información proporcionada por EsSalud, sus mayores gastos en compras para sus redes de atención sanitaria para los años de 2017 a 2020 fueron 1) medicinas; 2) material médico; y 3) suministros alimenticios.

Tabla 2.2. Mayores gastos de compras de EsSalud, 2017-2020, PEN

Producto	2017	2018	2019	2020
Medicinas	921 006 027	967 593 491	1 027 449 456	1 034 314 645
Material médico	458 400 373	484 995 429	585 047 012	897 532 504
Suministros alimenticios	25 368 798	26 223 273	26 058 987	29 950 913

Fuente: datos de EsSalud proporcionados a la OCDE.

El gasto en compras de EsSalud en bienes y servicios para los años 2017 a 2020 por montos superiores a ocho unidades impositivas tributarias ²¹ se establece en la Tabla 2.3:

Tabla 2.3. Compras de EsSalud en bienes, servicios y obras, 2017-2020

	Bienes		Servicios		Obras	
	Procesos de compra	Valor total (millones, PEN)	Procesos de compra	Valor total (millones, PEN)	Procesos de compra	Valor total (millones, PEN)
2017	788	682.4	797	357.7	1	8.3
2018	795	939.5	627	1 744.8	3	19.5
2019	665	682.5	497	799	4	21.9
2020	665	842	553	440.1	2	3.8
Total	2 913	3 146.4	2 474	3 341.6	10	53.5

Fuente: OSCE (2021), "Principales indicadores de: Seguro Social de Salud", <https://public.tableau.com/app/profile/osce.bi/viz/Adjudicaciones6/h>.

La PPL permite a las entidades del sector público contactar a organizaciones internacionales acreditadas y encomendarles compras específicas. EsSalud ha utilizado esta opción para asignar la compra de ambulancias a la Oficina de las Naciones Unidas de Servicios para Proyectos (UNOPS).²²

Durante la misión de investigación de la OCDE, EsSalud destacó que los procedimientos de compras públicas son cada vez más complejos y requieren personal altamente calificado para garantizar los mejores resultados para los usuarios finales (beneficiarios de EsSalud) en línea con las reglas y regulaciones en compras públicas. Las cualificaciones profesionales de todo el personal de compras en las entidades del sector público, incluyendo EsSalud, están reguladas por el OSCE, que certifica profesionales en compras.

2.3.1. Departamento de logística

El Departamento de Logística es la unidad de EsSalud que tiene a su cargo la planificación de las compras de bienes, obras y servicios de la organización. Consolida las necesidades de compras de EsSalud en coordinación con las unidades usuarias (*áreas usuarias*) dentro de EsSalud que requieren bienes, obras y servicios, como hospitales. También publica el Plan Anual de Contrataciones (PAC) como se detalla en la Sección 3.1.

El Departamento de Logística también gestiona compras para bienes no estratégicos y servicios y obras centralizadas (aquellas que no realizan las unidades descentralizadas). Vigila la organización del almacén,

la distribución y la verificación de bienes no estratégicos; el mantenimiento de los equipos médicos y la infraestructura; y la gestión de servicios de seguridad y la flota de vehículos de EsSalud.

El Departamento de Logística incluye una Gerencia de Abastecimiento con dos subdepartamentos: la Sub Gerencia de Programación y la Sub-Gerencia de Adquisiciones.

El Gerencia de Suministro es responsable de planear las compras de bienes, obras y servicios a través de EsSalud y desarrollar el PAC; la compra de los bienes no estratégicos y su almacén y distribución, en coordinación con otras unidades centrales y descentralizadas; y realizar compras para los servicios y obras centralizadas, como servicios de limpieza y seguridad.

La Sub Gerencia de Programación se encarga de organizar, realizar y controlar la programación de compras y llevar a cabo las acciones preparatorias para las compras realizadas por la Gerencia de Suministro, incluyendo la designación de los comités de selección de compras; la elaboración de los documentos de licitación; la realización de la investigación de mercado; y la gestión de las listas de bienes y servicios. También desarrolla procesos y metodologías relacionados con el almacén y la distribución de bienes no estratégicos.

La Sub Gerencia de Adquisiciones realiza las compras de las que se encarga la Gerencia de Suministro; otorga apoyo a los comités de selección de compras; verifica la realización de los contratos y las garantías de los contratos; emite órdenes de compras; verifica y confirma pagos y el cumplimiento de las obligaciones de los contratistas bajo el contrato de compras.

2.3.2. Central de Abastecimiento de Bienes Estratégicos

La Central de Abastecimiento de Bienes Estratégicos (CEABE) se encarga de revisar y evaluar las necesidades de diferentes áreas de EsSalud, y determinar las necesidades de bienes estratégicos, que incluyen productos farmacéuticos, dispositivos médicos, equipo médico y equipo de protección hospitalaria.

La CEABE se encarga de todos los procedimientos para las compras de bienes estratégicos, incluyendo la planificación de su inclusión en el PAC; la realización de todas las etapas del procedimiento incluyendo la preparación de los documentos de licitación y la designación del comité de selección de compras; la elección del proveedor, la celebración del contrato, la confirmación de los pagos, y la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones contractuales o la imposición de penalizaciones; y de la gestión del almacenamiento y la distribución de los bienes.

La CEABE cuenta con la Gerencia de Estimación y Control de Bienes Estratégicos y la Gerencia de Adquisiciones de Bienes Estratégicos.

La Gerencia de Estimación y Control evalúa las necesidades de bienes estratégicos consolidando las solicitudes a nivel nacional, redacta las descripciones de los bienes y sus cantidades, determina su valor estimado, define el método de compras, establece los términos de compra y verifica el cumplimiento del contrato.

La Gerencia de Adquisiciones desarrolla estrategias de compras; revisa las necesidades consolidadas por la Gerencia de Estimación y Control; propone la inclusión de compras para bienes estratégicos en el PAC; lleva a cabo todos los pasos preparatorios para las compras, incluyendo la investigación de mercado, la determinación de los valores de referencia o estimados, la confirmación del presupuesto disponible, la elección del procedimiento de compra, la preparación de los términos de licitaciones y el nombramiento de los comités de selección de compras; realiza el proceso de compras; verifica la conclusión de los contratos y las garantías ofrecidas por los contratistas; emite órdenes de compra; verifica y confirma los pagos y el cumplimiento de las obligaciones de los contratistas en virtud del contrato.

2.3.3. Unidades descentralizadas de EsSalud: redes sanitarias y centros médicos

EsSalud cuenta con centros médicos especializados en Lima y Callao y con redes de proveedores a nivel nacional (*redes prestacionales y redes asistenciales*). Todas estas tienen sus propios organismos de suministro y pueden realizar sus propios procesos de compra, si se han incluido en el PAC. Estos organismos descentralizados también pueden centralizar las compras a su nivel, pero para evitar la superposición o duplicación de compras, deben coordinarse con la CEABE, la cual compra los bienes estratégicos y el Departamento de Logística, que adquiere los bienes, servicios y obras no estratégicas.

2.3.4. La función de otros departamentos de EsSalud

El Instituto de Evaluación de Tecnologías en Salud e Investigación (IETSI) es un organismo de EsSalud que estandariza los requisitos relacionados con la salud. Evalúa tecnologías y estandariza las especificaciones técnicas de los bienes, emitiendo los requisitos mínimos que deben cumplir las unidades de EsSalud. Los bienes incluidos en el PAC de EsSalud siguen las especificaciones técnicas que el IETSI haya aprobado. El uso de especificaciones estandarizadas adoptado por el IETSI es obligatorio para EsSalud. En caso de que dichas especificaciones sean homologadas por el MINSA, se convierten en obligatorias a través del sector sanitario. EsSalud y MINSA, con el apoyo de Perú Compras, cooperan para trabajar en la homologación de las especificaciones estandarizadas.

La Oficina de Integridad (OFIN) es el órgano de EsSalud encargado de garantizar la integridad y prevenir la corrupción. Dependiente de la presidencia de EsSalud, recibe denuncias de corrupción y puede adoptar medidas para proteger a los denunciantes. Cuando los denunciantes son licitadores, la OFIN puede garantizar su anonimato para evitar represalias, y retirar de un proceso de contratación a un funcionario público que haya sido acusado de haber cometido una infracción. La OFIN traslada las denuncias a la Secretaría Técnica de EsSalud, que debe adoptar una decisión preliminar sobre el fondo de la denuncia, o a su departamento jurídico, que puede después adoptar una decisión final para imponer una sanción disciplinaria a un funcionario por haber cometido una infracción. La OFIN también se encarga de adoptar y aplicar un plan anticorrupción y de garantizar la transparencia y el acceso a la información, así como de examinar la actividad de EsSalud para detectar posibles actos de corrupción. EsSalud también cuenta con una OCI.

Tanto la OFIN como la OCI tienen la obligación de garantizar que los procesos de compras estén libres de violaciones legales; han estado monitoreando las compras durante la emergencia de salud por COVID-19.

Notas

¹ Artículo 76, Constitución Política del Perú (1993): “Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.”

² Caso No. 020-2003-AI/TC

³ Los gastos se extraen del presupuesto de EsSalud del año 2020:

www.essalud.gob.pe/transparencia/pdf/presupuesto/presupuesto_modif_2020_ingresos_y_gastos_PIM_final.pdf.

⁴ Las entidades que participan en el sector público que pueden utilizar los servicios de CENARES son el MINSA, EsSalud, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Defensa, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Instituto Nacional Penitenciario, los gobiernos regionales y otras entidades públicas que proporcionan servicios sanitarios.

⁵ Las estrategias sanitarias nacionales son planes adoptados por el Ministerio de Salud, que incluyen la promoción de salud, prevención y atención, a través del acceso a información y educación sobre medidas de prevención dirigidas a evitar el impacto negativo de enfermedades sobre el desarrollo de la gente y la sociedad. Las estrategias están relacionadas con las vacunaciones; la prevención y el control de enfermedades vectoriales; la prevención y el control de las infecciones de transmisión sexual, incluyendo VIH/SIDA; la prevención y el control de tuberculosis; y la prevención y el control de enfermedades no transmisibles. Consultar, www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/42402-ministerio-de-salud-aprueba-los-planes-de-las-estrategias-sanitarias-nacionales.

⁶ En la Guía No. 001-2019-OSCE-CD, el OSCE aprobó 19 términos de licitación estandarizados obligatorios (*bases*) y una invitación estándar obligatoria para la expresión de interés (*solicitud de expresión de interés estándar*); consultar, <https://portal.osce.gob.pe/osce/node/282>.

⁷ El Decreto No. 143 establece que las entidades que pertenecen al Sistema Nacional de Abastecimiento son 1) DGA; 2) OSCE; 3) Perú Compras; 4) las unidades que participan en la gestión de la cadena de suministro en todas las entidades públicas.

⁸ Además de Perú Compras, las compras corporativas son realizadas regularmente por la CENARES para los bienes y servicios requeridos por las entidades del sector sanitario; el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE) para bienes y servicios requeridos por los organismos gubernamentales centrales; y la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas (ACFFAA) para bienes y servicios requeridos por las entidades en el sector de defensa. Sin embargo, el marco legal permite que cualquier entidad pública agregue demandas y realice compras corporativas opcionales.

⁹ Como excepción, en el caso de las compras vinculadas a la pandemia por COVID-19, Perú Compras recibió la responsabilidad de firmar contratos.

¹⁰ Consultar, www.perucompras.gob.pe/observatorio/indicadores-acuerdos-marco.php.

¹¹ Consultar, www.perucompras.gob.pe/observatorio/indicadores-acuerdos-marco.php.

¹² Para los catálogos electrónicos consultar, www.perucompras.gob.pe/observatorio/indicadores-acuerdos-marco.php; y para los reportes, www.perucompras.gob.pe/observatorio/boletines-de-acuerdos-marco.php

¹³ Para las fichas técnicas estandarizadas de Perú Compras, consultar, www.perucompras.gob.pe/homologacion/relacion-fichas-homologacion-aprobadas.php.

¹⁴ Para el Listado de Bienes y Servicios Comunes, consultar www.perucompras.gob.pe/subasta-inversa/listado-bienes-servicios-comunes.php.

¹⁵ Basado en la información disponible en el sitio web del SEACE. Estas cifras no incluyen lo que la CENARES compra a nombre de EsSalud a través de las subastas inversas electrónicas.

¹⁶ La orden de compra en cadenas de bloque contiene un URL vinculado a un documento PDF; una serie de funciones hash SHA-256 para proteger el archivo; los datos del licitador ganador; el número de la orden de compra; los datos sobre la entidad contratante; un resumen de la solicitud de compra (artículos, cantidad, plazo y lugar de entrega); y un sello de cadena de bloque o registro. Las órdenes de compra se registran utilizando el servicio stamping.io service.

¹⁷ Artículo 20, Reglamento de la Organización y Funciones de la OSCE, aprobado por el Decreto No. 076-2016-EF, www.gob.pe/institucion/mef/normas-legales/227991-076-2016-ef.

¹⁸ En 2021, el valor de una unidad impositiva tributaria era PEN 4 400.

¹⁹ Consultar, <https://portal.osce.gob.pe/osce/content/resoluciones-emitidas-por-el-tribunal>.

²⁰ Consultar, OCDE (2019), *Oficinas de Integridad Institucional en Perú. Hacia la implementación de un sistema de Integridad*, OECD Publishing, París, www.oecd.org/gov/ethics/offices-of-institutional-integrity-peru.pdf.

²¹ El valor de una unidad impositiva tributaria era PEN 4 050 en 2017; PEN 4 150 en 2018; y PEN 4 050 en 2019.

²² UNOPS es un proveedor de servicio, un asesor técnico y un implementador de proyectos. UNOPS ha trabajado en Perú desde 1995, proporcionando infraestructura, compras, guion de proyectos y servicios de asesoría; consultar, www.unops.org/about y www.unops.org/peru.

3 Etapas y procesos de compras

La Sección 3.1 de este capítulo proporciona una descripción general de las etapas previas a la licitación como la planificación, la elaboración del presupuesto y la investigación de mercado que realiza EsSalud. La Sección 3.2 identifica los métodos de licitación y sus criterios. La Sección 3.3 examina las etapas y el proceso de licitación y la Sección 3.4 la adjudicación del contrato.

3.1. Etapas previas a la licitación

Antes de que un procedimiento de compras pueda comenzar, es necesario realizar las etapas necesarias, que incluyen establecer las necesidades de la entidad a un nivel nacional; evaluar las soluciones de suministro disponibles y la capacidad de los mercados de los proveedores; y decidir el método de licitación más apropiado.

3.1.1. Emisión de la solicitud de compra

El Artículo 16 de la PPL establece que las unidades de usuarios pueden enviar solicitudes de compras específicas. Las unidades de usuarios en EsSalud son aquellas que utilizarán los bienes, los servicios y las obras.

La solicitud debe ser precisa y objetiva, especificando la descripción, las características de los productos, las cantidades y los términos de entrega, y proporcionar una justificación de la compra. La solicitud puede no especificar el origen, el método de producción, las marcas, los nombres comerciales, las patentes,¹ los diseños u otros detalles que pueden hacer que la compra se destine a un proveedor específico.

La solicitud de compra debe incluir las especificaciones (consultar, Sección 3.1.2) y los requisitos de cualificación de los licitadores, como la capacidad, la pericia, la experiencia, la formación educativa y la capacitación del personal clave, el equipo o estructura específica y los factores de evaluación. Para la compra de obras, deben identificarse los posibles riesgos de cumplimiento del contrato, así como los planes de mitigación y las medidas de intervención.

Si el bien que se adquirirá se encuentra en el Listado de Bienes y Servicios Comunes estandarizado (para los cuales las diferencias entre los bienes principalmente se basan en el precio), corresponde a una ficha técnica estandarizada (*ficha de homologación*; consultar, Sección 6.3), la cual establece las características técnicas, los requisitos de calificación y/o los términos de desempeño, o se encuentra bajo un acuerdo marco de Perú Compras, entonces el producto debe comprarse utilizando el listado o la ficha técnica, o comprarse a uno de los proveedores seleccionados bajo el acuerdo marco existente.

3.1.2. Establecer especificaciones

La solicitud de compra debe incluir especificaciones técnicas para los bienes; los términos de referencia para los servicios y el expediente técnico para las obras.

Las especificaciones técnicas contienen la descripción de las características técnicas y los requisitos funcionales de los bienes que EsSalud comprará e incluye cantidades, calidad y condiciones de desempeño.

Los términos de referencia contienen las características técnicas y las condiciones de los servicios y de la consultoría. En el caso de los servicios de consultoría, la descripción también debe incluir el propósito, las metas y los resultados esperados de los servicios, así como información básica para ayudar a los proveedores de servicios a estructurar ofertas exactas.

El expediente técnico debe contener una descripción de las obras, las especificaciones técnicas, los planos, las cantidades, el presupuesto, el programa de ejecución de obras, el ajuste de las fórmulas y los índices, la identificación de los riesgos y su probabilidad de impacto sobre las obras, y los mecanismos de mitigación. El expediente técnico puede realizarlo la entidad compradora, un tercero o el contratista que ejecutará las obras.

3.1.3. Realizar investigación de mercado

El Artículo 32 del RPPL establece que, en el caso de bienes y servicios (adicionales a las asesorías de obras), el organismo a cargo de la compra debe realizar la investigación de mercado para buscar la capacidad y establecer un valor estimado o de referencia para el contrato. En EsSalud, estos organismos son la CEABE, el Departamento de Logística y unidades descentralizadas.

La investigación de mercado debe investigar la capacidad de mercado, las marcas y los proveedores disponibles, los métodos de licitación apropiados para el contrato y los factores por considerarse durante la evaluación de las ofertas y si los precios del mercado igualan el presupuesto disponible para el año fiscal en el cual la compra se llevará a cabo, como se define en el PAC. De acuerdo con la Decisión No. 004-2019-OSCE/CD (Disposiciones sobre el contenido del resumen ejecutivo de las actuaciones preparatorias), la investigación de mercado debe tener en cuenta el objeto de la compra y utilizar las metodologías y recursos como cotizaciones de precios, información en línea, catálogos, precios históricos (incluyendo aquellos en el SEACE), y estructuras de costos. El organismo encargado de la compra debe investigar las compras del sector público o privado para bienes o servicios similares a los que se están licitando. Los compradores públicos también necesitan considerar si el contrato puede llevarlo a cabo una sola compañía o necesita adjudicarse a más de un licitador.

En el caso de la compra de obras públicas y consultoría de obras, el Artículo 34 del RPPL establece que el valor de referencia no puede tener más de 9 meses de antigüedad. De ser así, debe actualizarse antes de que se publique la invitación a la licitación. Los precios de referencia para las obras públicas consideran los precios unitarios, las cantidades, las tarifas, los gastos generales variables y fijos y la ganancia.

Perú Compras puede ayudar a las entidades del sector público realizando la investigación del mercado, a través de capacitación y talleres sobre métodos de investigación de mercado.

En 2014, EsSalud emitió las Guías No. 03-GG-ESSALUD-2014, sobre la realización de estudios de mercado y la determinación de los valores de compras para bienes y servicios requeridos por EsSalud.² Estas guías establecen que las fuentes de información para los estudios de mercado son: 1) cotizaciones de precios; 2) sitios web y catálogos web; 3) precios de compras anteriores de EsSalud; 4) información en el SEACE sobre las compras realizadas por otras entidades del sector público; 5) estructuras de costos; 6) sitios web de organismos sectoriales, como la DIGEMID, o el Observatorio de Precios que mantiene el MINSa; y 7) publicaciones especializadas, incluyendo catálogos como *Kairos* y revistas de asociaciones comerciales. El estudio de mercado también debe incluir alternativas de suministro, descuentos por volumen, disponibilidad, posibles mejoras a las condiciones de venta, garantías u otros beneficios y la validez tecnológica del objeto de la compra. Las guías resultan vinculantes para el personal de EsSalud.

Como regla, los funcionarios deben obtener información de al menos dos fuentes. Cuando los funcionarios soliciten cotizaciones de proveedores, éstos deben proporcionar información sobre a los bienes, los servicios o las obras que se comprará, incluyendo las especificaciones. Por consiguiente, las compañías que proporcionen información falsa pueden enfrentar responsabilidad administrativa, civil y/o criminal.

3.1.4. Establecer el Plan Anual de Contrataciones

El Plan Anual de Contrataciones (PAC) es un documento de planificación para las compras de bienes, servicios y obras. El Departamento de Logística está a cargo de agrupar y consolidar las necesidades de compras de todo EsSalud y elabora el PAC basándose en la información que proporcionan las unidades usuarias.

Si una unidad usuaria identifica una necesidad de compra y confirma que esta necesidad concuerda con el Proyecto de Plan Operativo Institucional de EsSalud, la puede añadir al listado de requisitos institucionales (Cuadro de Necesidades), que puede cubrir periodos de hasta tres años en el futuro. El listado se ajusta, prioriza y consolida en EsSalud, de acuerdo con las prioridades institucionales establecidas por la administración y las metas presupuestarias; después se convierte en un listado consolidado (Cuadro Consolidado de Necesidades), que el Departamento de Logística utiliza para elaborar el PAC.

El PAC debe encontrarse dentro del Presupuesto Institucional de Apertura, que se determina al inicio de cada año fiscal. No todos los artículos del listado de requisitos institucionales pueden incluirse en el PAC, si los requisitos totales exceden el presupuesto asignado. El Plan Operativo Institucional de EsSalud, un instrumento administrativo de las actividades obligatorias que lograrán los objetivos institucionales durante el año siguiente determina cuáles artículos priorizar y cuáles incluir en el PAC. En esencia, el PAC refleja el plan operativo institucional.

El Departamento de Logística aprueba el PAC, a través de las facultades que le delega la presidencia ejecutiva de EsSalud.³ El PAC determina el presupuesto de compras disponible para el siguiente año fiscal e incluye los valores de compras estimados y de referencia. El presupuesto institucional inicial y el PAC pueden ajustarse para incluir o excluir licitaciones, si surgen nuevas necesidades o las ya identificadas dejan de ser válidas. Todas las modificaciones al PAC deben ser aprobadas por la presidencia ejecutiva de EsSalud o el organismo delegado que es el Departamento de Logística.

El PAC y sus modificaciones se publican en el SEACE y el sitio web de EsSalud. Los procesos de compras no pueden comenzar a menos que se incluyan en el PAC. Un proceso de compra realizado sin haberse incluido en el PAC se considera nulo.

3.2. Métodos de licitación y criterios de evaluación y adjudicación

3.2.1. Métodos de compra

La PPL establece los criterios para las compras públicas que puede utilizar EsSalud; estos incluyen 1) el objeto de las compras públicas (bienes, servicios u obras); y 2) el valor estimado o de referencia del contrato. El valor estimado o de referencia es el precio aproximado del contrato que se decide tras el estudio de mercado y se utiliza para establecer el método de compra y el presupuesto de compra.

Los siete tipos principales de procedimientos de compra establecidos en la PPL se describen a continuación (y se resumen en la Tabla 3.1). Las compras corporativas realizadas por la CENARES y Perú Compras, y los acuerdos marco establecidos por Perú Compras, se describen en la Sección 2.2.

Licitación pública es un proceso de compras públicas competitivo para adquirir bienes por cantidades iguales o mayores a PEN 400 000 y funciona para cantidades mayores o iguales a PEN 1.8 millones. Dado que las compras más grandes de EsSalud son para medicinas, con frecuencia utiliza este método.

Concurso público es un proceso de compras públicas competitivo para adquirir servicios u obras de consultoría por cantidades iguales o mayores a PEN 400 000.

Adjudicación simplificada los procedimientos de compra son abreviados con períodos y etapas más cortas y se utilizan para comprar bienes, servicios y obras de consultoría para cantidades mayores a PEN 400 000, y obras con un valor mayor a PEN 35 200 y menor a PEN 1.8 millones.

Selección de consultores individuales los procedimientos son procesos abreviados de compras públicas para contratar personas naturales que ofrecen servicios de consultoría de acuerdo con su experiencia y cualificación, por cantidades mayores a PEN 35 200 o menores o iguales a PEN 40 000.

Comparaciones de precios son procesos de selección de compras públicas cerrados bajo los cuales una entidad puede elegir bienes y servicios inmediatamente disponibles (excluyendo servicios de consultoría) que son fácilmente obtenibles en el mercado o estandarizados. Para que sean válidos, una entidad debe recibir y comparar no menos de tres ofertas de proveedores registrados para cantidades mayores a PEN 35 200 y menores o iguales a PEN 66 000. El licitador que ofrece el precio más bajo gana, con la adjudicación publicada en el SEACE.

Subasta inversa electrónica es un proceso de selección de compras públicas para cantidades mayores a PEN 35 200, realizada por completo por vía electrónica a través del SEACE para bienes y servicios en el Listado de Bienes y Servicios Comunes aprobado por Perú Compras. El precio es el único criterio de adjudicación ya que las características técnicas del bien o servicio ya han sido fijadas por Perú Compras, por lo que gana el postor que ofrezca el menor precio.

Contratación directa es un proceso de compras públicas excepcional para bienes, servicios y obras para cantidades mayores a PEN 35 200, que puede adjudicarse con un proveedor específico sin atravesar por un proceso de selección de múltiples partes, si se da alguna de las excepciones previstas en la PPL. Las principales excepciones son:

1. el proveedor es de otra entidad pública, pero no es propiedad del estado y no lleva a cabo actividades comerciales ordinarias y el proceso será eficiente y técnicamente viable;
2. surge una de las circunstancias de emergencia descritas en la PPL, incluyendo catástrofes naturales y crisis sanitarias;
3. existe una escasez inminente de bienes, servicios o servicios de consultoría que pueden comprometer la operación de una entidad compradora
4. la compra involucra secretos militares o influye en el orden público y seguridad y ha recibido la aprobación de la CGR;
5. un determinado bien, servicio o servicio de consultoría puede proporcionarse únicamente en el mercado peruano por un proveedor específico o un proveedor con derechos exclusivos;
6. se requieren servicios especializados (profesionales, artísticos, científicos o tecnológicos) prestados por particulares y pueden justificarse de manera objetiva;
7. se requieren servicios de medios y transmisión;
8. los servicios de consultoría que no sean de obras de consultoría son una continuación o actualización de un servicio previamente ejecutado por un consultor individual que ha sido debidamente elegido a través de un proceso de licitación pasado;
9. se requieren bienes o servicios para investigación, experimentos o desarrollo de proyectos científicos o tecnológicos;

10. se adquieren o rentan bienes raíces;
11. se requieren servicios contables, legales o financieros
12. se requiere la continuidad del servicio tras la finalización anticipada o la declaración de nulidad de un contrato
13. se requieren servicios de capacitación de interés institucional.

Las compras a través de una adjudicación directa siempre deben ser justificadas por la unidad relevante y deben proporcionar las razones legales y técnicas para no utilizar las licitaciones competitivas. La decisión de utilizar el método de compra de adjudicación directa debe aprobarla el director de la entidad compradora u organismo con la facultad delegada. Los documentos de aprobación y justificación se publican en el SEACE dentro de los 10 días siguientes a su emisión, excepto las compras de carácter secreto o militar, o por razones de orden público.

Para EsSalud, las adjudicaciones directas las autoriza la presidencia ejecutiva, que puede delegar su facultad. Durante la pandemia de COVID-19, tanto EsSalud como la CENARES utilizaron adjudicaciones directas. La CEABE, en particular, utilizó las adjudicaciones directas, debido a la escasez de bienes estratégicos al inicio de la pandemia.

Las compras de obras también pueden ser una llave en la mano con la cual el contratista ofrece la instalación y la puesta en marcha o diseño (trabajando a partir del expediente técnico), o la instalación y la puesta en marcha y, si aplica, participación operativa en las obras.

La Tabla 3.1 establece las cantidades máximas y mínimas que deciden el tipo de método de licitación que se utilizará de acuerdo con el tipo de bien, servicio u obra que se comprará.

Tabla 3.1. Cantidades máximas y mínimas para licitaciones en bienes, servicios y obras

Tipo de proceso de selección	Valor, PEN				Obras
	Bienes	Servicios			
		General	Consultoría de obras		
Licitación pública	> = 400 000				> = 1.8 millones
Concurso público				> = 400 000	
Adjudicación simplificada	< 400 000 > 35 200			< 400 000 > 35 200	< 1.8 millones > 35 200
Contratación directa	> 35 200	> 35 200			> 35 200
Comparación de precios	< = 66 000 > 35 200	< = 66 000 > 35 200			
Subasta inversa electrónica	> 35 200	> 35 200			
Selección de consultores individuales				< = 40 000 > 35 200	

Fuente: OCDE con base en la Ley de compras públicas No. 30225.

El organismo interno responsable de realizar la compra depende del método de compra. Si el procedimiento es una subasta inversa electrónica, una adjudicación simplificada para bienes y servicios, una comparación de precios o una contratación directa, ya sea el CEABE, el Departamento de Logística o una unidad descentralizada queda a cargo. Para licitaciones públicas, concursos públicos, selecciones de consultores individuales o adjudicaciones simplificadas para obras y consultorías de obras, se designa un comité de selección por parte del director de EsSalud o por el organismo con la facultad delegada. El comité de selección está conformado por tres a cinco miembros, de los cuales uno debe pertenecer al

organismo a cargo de la compra y uno o más miembros deben estar familiarizados con el objeto de la compra. Si no se encuentran disponibles especialistas para el comité de selección, la entidad puede contratar expertos independientes o nombrar expertos de otras entidades del sector público.

3.2.2. Compras con proveedores no domiciliados en Perú

La PPL establece que EsSalud puede comprar productos farmacéuticos o dispositivos médicos de proveedores no domiciliados en Perú si resulta más ventajoso, y que en ese caso, no aplica la PPL.⁴ EsSalud ha publicado guías sobre las compras de compañías extranjeras.⁵

La Sub Gerencia de Programación y Elaboración de Expedientes de Perú de EsSalud realiza investigación de mercado, basándose en especificaciones y condiciones técnicas mínimas requeridas. La investigación de mercado consiste en invitar a los proveedores no domiciliados en Perú para que proporcionen sus cotizaciones de precios. La CEABE cuenta con una base de datos actualizada con regularidad de proveedores no domiciliados para la adquisición de bienes estratégicos, que tiene información sobre la forma jurídica, el registro, las licencias, las certificaciones y las autorizaciones de los proveedores que requiere el país de origen. La Sub Gerencia de Programación y Elaboración de Expedientes utiliza esta base de datos para identificar a las compañías a las cuales solicitar cotizaciones de precios. Una compañía no tiene que encontrarse en las bases de datos para recibir invitación; de acuerdo con EsSalud, se pueden identificar otros proveedores a través de la investigación de mercado.

EsSalud elige la mejor propuesta de los licitadores internacionales basándose en las siguientes consideraciones: 1) precio; 2) costos de transportación, almacenamiento y distribución; 3) historia de productos (competencia, disponibilidad y cualquier otra circunstancia que puede afectar la oferta); 4) análisis de costo-beneficio (comparación cuantitativa y cualitativa de adquirir el producto de forma internacional en lugar de nacional, incluyendo costos de oportunidad y mejorías ofrecidas por el proveedor no domiciliado); 5) condiciones y plazos de entrega; 6) validez del producto; 7) calidad; y 8) términos de pago.

Todos estos documentos deben presentarse a la CEABE para su aprobación. Una vez que se aprueba la compra, el presupuesto se incluye en el PAC y la compra se registra en el SEACE.

La ejecución del contrato, generalmente a través de una orden de compra, debe realizarse de acuerdo con los compromisos internacionales firmados por el gobierno peruano, sujetos a la supervisión del OSCE.

3.2.3. Criterios de evaluación y adjudicación

Los criterios de evaluación y adjudicación que tienen el objetivo de determinar las mejores ofertas deben vincularse a las especificaciones técnicas, ser objetivos, no favorecer un proveedor en particular e identificarse claramente en la documentación de la licitación. En Perú, la calificación de los licitadores se realiza, en la mayoría de los casos, después de la designación de la oferta con mejor puntaje, y el cumplimiento de los requisitos establecidos en la documentación de la licitación sólo se verifica para las dos ofertas con el puntaje más alto (OECD, 2017^[8]).

El precio es el principal criterio al adjudicar un contrato, sin embargo, se pueden añadir otros criterios, como las garantías comerciales y de fabricación y las fechas de entrega (para bienes y servicios), las mejoras de calidad y criterios ambientales y sociales.

El componente del precio de los proyectos puede tomar una de las siguientes seis formas.

- 1) **Suma alzada.** Si las cantidades y la calidad se definen en las especificaciones técnicas, los términos de referencia o el expediente técnico, y el contratista ofrece y recibe el pago de una

cantidad fija, asume efectivamente el riesgo de las variaciones de costos. Las partes contratantes pueden acordar una cláusula de ajuste de precios, bajo condiciones específicas.

- 2) **Precios unitarios.** Cuando las cantidades y calidades se definen de forma inexacta, el contratista propone precios unitarios en función de las cantidades a adquirir.
- 3) **Mixto.** El procedimiento de licitación puede incluir varios sistemas, como la suma alzada, las tarifas y los precios unitarios, y es aplicable a la compra de servicios, obras y consultoría de obras.
- 4) **Tarifas.** Se aplica a los servicios de consultoría y obras cuando no es posible determinar la duración de la obra, por lo que el proveedor ofrece una tarifa establecida.
- 5) **En base a porcentajes.** Aplica a recolecciones, recuperaciones o servicios similares.
- 6) **En base a un honorario fijo y una comisión de éxito.** Aplica a servicios, el procedimiento incluye una cuota fija y una comisión de éxito basada en los resultados esperados.

3.3. El proceso de licitación

3.3.1. Uso de compras electrónicas

Todas las entidades públicas en Perú están obligadas a utilizar el SEACE, la plataforma de compras electrónica de Perú, en su compra pública, independientemente del alcance o el tamaño del contrato.

Todas las etapas de compras públicas se pueden realizar en el SEACE, y toda la información del procedimiento de compras públicas se registra aquí incluyendo:

- 1) el PAC
- 2) la acción preparatoria, incluida la información general; las reglas aplicables, el método de licitación, el objeto y los artículos o lotes; los enlaces al PAC; el valor estimado o de referencia; el resumen ejecutivo de los actos preparatorios; aprobaciones presupuestarias; cronograma; y documentos de aprobación de licitación
- 3) el proceso de licitación, incluida la convocatoria para los licitadores; los documentos de la licitación; el registro de los participantes; las consultas y observaciones; las respuestas a las consultas y observaciones; las decisiones del OSCE; los documentos finales de las licitaciones (si se enmendaron); la presentación de la licitación; la admisión o el rechazo de ofertas; la evaluación de ofertas; la calificación o descalificación de licitadores; la adjudicación, cancelación o apelación a la entidad o al Tribunal de compras públicas; y las decisiones sobre las apelaciones, las enmiendas, el aplazamiento o la ampliación de las etapas
- 4) contratos y cumplimiento del contrato, incluyendo el contrato, el contratista, las garantías, los pagos anticipados, las adendas, las reducciones, la terminación de contrato o nulidad, la extensión, las penalizaciones, los arreglos, las disputas y los juicios de arbitraje.

Los acuerdos marco se encuentran disponibles en la plataforma de Perú Compras la cual es accesible a través del SEACE y los documentos de licitación son de libre acceso.

Las compras electrónicas eran hasta hace poco obligatorias sólo para determinados procedimientos, como la adjudicación simplificada, la subasta inversa electrónica y la comparación de precios. Las regulaciones recientes han establecido la implementación progresiva de las compras electrónicas para todos los procedimientos. Por ejemplo, la Directiva No. 005-2019-OSCE del OSCE del 18 de junio de 2019 impuso el uso obligatorio del SEACE para las ofertas públicas y concursos públicos.⁶ Durante la investigación, el OSCE confirmó que desde diciembre de 2019 todas las compras se habían realizado en el SEACE y que el 82.8% de las compras en términos de valor y el 88.9% en términos de número de

licitaciones se realizan ahora vía electrónica. Las excepciones son las adjudicaciones directas y las comparaciones de precios, para los cuales no se publica un aviso de licitación previo (*convocatoria*). Sin embargo, incluso en estos casos, la entidad compradora debe publicar los contratos después de su adjudicación.

3.3.2. Registro Nacional de Proveedores

Los proveedores que deseen participar en las compras que rige la PPL necesitan primero registrarse en el Registro Nacional de Proveedores (RNP), que está compuesto de cuatro registros para cada tipo de artículo por suministrar: 1) bienes; 2) servicios; 3) consultoría de obras; y 4) obras.

El RNP tiene el objetivo de reunir información legal y financiera sobre los proveedores interesados en establecer contratos con la administración pública. La información retenida en el RNP puede ser consultada por compradores públicos, pero no por el público en general.

Las compañías deben firmar el registro apropiado para su actividad y solo pueden presentar ofertas para licitaciones de ese registro. No obstante, por una cuota, un proveedor puede registrarse en uno o varios registros. El registro consiste en proporcionar información legal y financiera y se realiza completamente en línea.

De acuerdo con el Artículo 46.4 de la PPL, las entidades del sector público pueden mantener sus propias bases de datos internas o listados de proveedores, pero no pueden hacer de la inscripción en ellas una condición para participar en sus licitaciones.

La RNP centraliza la información sobre proveedores y permite que las entidades contratantes verifiquen fácilmente si los licitadores serán capaces de ejecutar un contrato sin la necesidad de solicitar documentos adicionales.

3.3.3. Proceso de compra

El organismo encargado de las compras o el comité de selección designado revisa las ofertas para verificar si cumplen con los requisitos mínimos, los requisitos de evaluación y los requisitos de cualificación establecidos en los términos de la licitación. Aunque las etapas del proceso de licitación pueden variar de acuerdo con el procedimiento de licitación elegido, el procedimiento general es el siguiente.

Se publica **la invitación a la licitación (convocatoria)** en el SEACE (y, de manera opcional, en el sitio web de la propia entidad), de acuerdo con el Artículo 54 de la PPL. La invitación incluye los términos de licitación y el programa para el proceso de las compras públicas, así como la cantidad estimada o de referencia para el contrato, salvo cuando dicha cantidad puede permanecer confidencial, como lo determina el Artículo 34 del RPPL. La decisión de mantenerlo confidencial la toma el organismo a cargo de las compras públicas y se adjunta al expediente del proceso de compras públicas. Se da a conocer el precio de referencia a los licitadores cuando se adjudica el contrato.

Los proveedores que deseen participar en el proceso de compras públicas se deben **registrar**, primero en el RNP, y después en el SEACE (**registro de participantes**). El periodo de registro se abre el día posterior a la publicación de la invitación a la licitación y permanece abierta hasta la fecha límite para la presentación de las licitaciones.

Prosigue una etapa de **formulación de consultas y observaciones** a las reglas de la licitación, de acuerdo con el Artículo 72(a) del RPPL y utilizando un proceso detallado en la Directiva No. 023-2016-OSCE/CD del OSCE respecto a las consultas y observaciones. Las consultas son solicitudes de aclaración, mientras que las observaciones son presuntas violaciones a las leyes y regulaciones de compras públicas, o cualquier otra regla y regulación relacionada al proceso. Las consultas u

observaciones se presentan electrónicamente a través del SEACE dentro de los diez días hábiles siguientes al inicio del proceso de compra.

La entidad compradora tiene hasta cinco días hábiles para a) responder a las consultas y observaciones, y b) cambiar los términos de la licitación para que correspondan con las respuestas a las consultas y observaciones si es necesario. Las respuestas a cualquier solicitud de aclaración y comentarios se publican en un documento (*pliego de absolución*), que se publica en el SEACE junto con la nueva versión de los términos de licitación.

Tal como lo establece la Directiva No. 009-2019-OSCE/CD del OSCE respecto a las guías para emitir opiniones, si los participantes no están de acuerdo con las respuestas a las consultas u observaciones, pueden recurrir al OSCE, quien emitirá una opinión vinculante y la publicará en el SEACE en un plazo de 12 días hábiles (**absolución de consultas y observaciones**). La opinión de la OSCE debe estar justificada y especificar si es necesario revisar los términos de la licitación. La opinión no puede apelarse y es obligatoria para la entidad compradora y los licitadores. Puede ser necesario ajustar los términos de la licitación para reflejar la opinión del OSCE.

El proceso de compra se detiene durante la etapa de consultas y observaciones.

Los licitadores **envían sus ofertas (presentación de ofertas)** en el SEACE una vez que se concluye la etapa de consultas y observaciones, incluyendo la resolución de todas las apelaciones y las opiniones del OSCE. Posteriormente las ofertas se verifican respecto a la **admisibilidad** por parte de la entidad compradora, siendo los requisitos: 1) el representante legal del licitador cuenta con la facultad debida para presentar la oferta; 2) el licitador ha proporcionado un affidavit jurado de que no está prohibida su participación en la oferta, como se establece en el Artículo 11 de la PPL, y que su oferta cumple con las especificaciones técnicas para el bien, la obra o el servicio; 3) un convenio consorcial notariado, si un consorcio ha presentado una oferta; y 4) la oferta económica cumple con los requisitos establecidos en los términos de la licitación. Si no se cumple algún requisito de admisibilidad, se rechazará la oferta.

No se admitirán las ofertas que no cumplan con las especificaciones técnicas requeridas. En el caso de las obras, las ofertas que no se encuentran dentro del rango permitido del valor de referencia (por encima de un precio máximo y por debajo de un precio mínimo) son de igual forma inadmisibles. En los procesos de compras con un precio de referencia reservado, para los cuales el precio de referencia no se publica, las ofertas no cuentan con precios mínimos o máximos.

Las ofertas se **evalúan** de acuerdo con el Artículo 51 del RPPL, y posteriormente se clasifican. En caso de un empate entre dos o más ofertas, la clasificación puede realizarse por medio de un sorteo y se elige uno aleatoriamente.

Una vez finalizada la evaluación de las ofertas y su clasificación, se comprueba que las dos ofertas con mayor puntuación cumplen los requisitos de **calificación**, que son:

- 1) **Capacidad legal:** existencia, operación, capacidad para realizar la actividad económica
- 2) **Capacidad técnica y profesional:** equipo estratégico e infraestructura, experiencia de personal clave
- 3) **Experiencia**
- 4) **Solvencia económica**, en particular para la ejecución de las obras públicas.⁷

Cualquier oferta clasificada que no cumpla con los requisitos de calificación se rechaza. De acuerdo con Artículo 75 del RPPL, si el primero de los licitadores seleccionados no cumple con los requisitos de calificación, la entidad compradora debe verificar otros licitadores, hasta que al menos dos sean calificados, a menos que solo quede un licitador. En el caso de las obras, el comité de selección debe identificar por lo menos cuatro licitadores calificados.

En la compra de servicios de consultoría, el orden de las etapas de evaluación y calificación se encuentra invertido, y se verifica primero el cumplimiento de los requisitos de calificación de los licitadores, y las ofertas se evalúan después, presumiblemente porque la cualificación de los licitadores es especialmente importante para este tipo de servicios.

Durante las etapas de admisión, evaluación y calificación, un comprador puede solicitar que un licitador corrija errores u omisiones en su oferta siempre y cuando ninguna corrección altere la esencia de la oferta (Artículo 60 del RPPL). La oferta sigue siendo válida cuando se solicita una corrección si se realiza en un plazo de tres días hábiles. La corrección debe realizarse a través del SEACE.

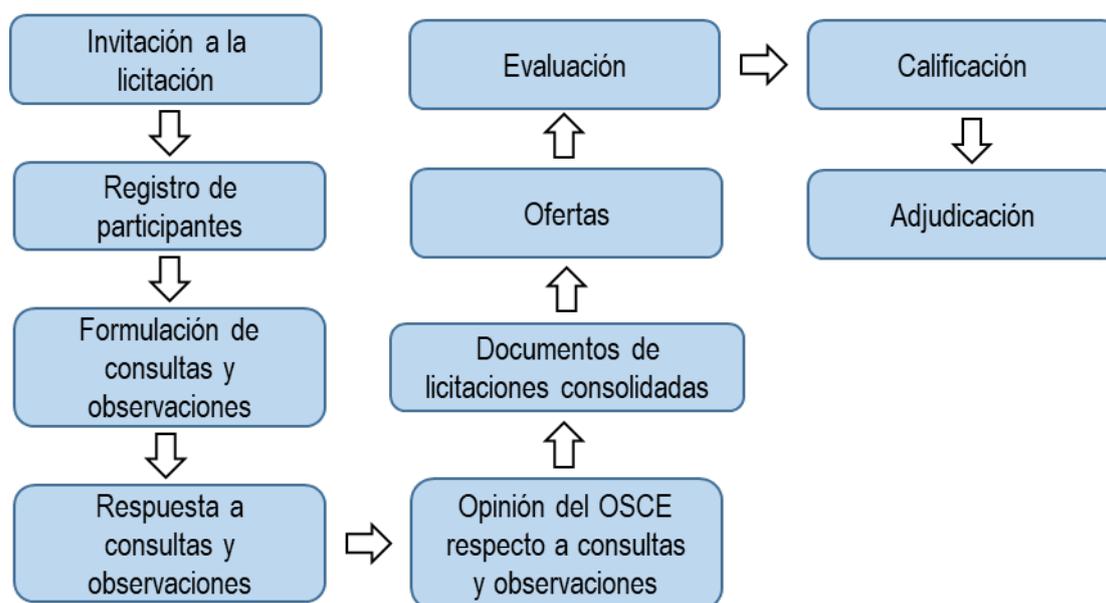
Un comprador puede rechazar ofertas si:

- 1) son sustancialmente inferiores al valor estimado o de referencia, y si, tras recibir una descripción detallada de la oferta, determina que existen razones objetivas para creer que el licitador no será capaz de cumplir con el contrato
- 2) superan el presupuesto establecido para el proceso de selección (Artículo 38 de la PPL). En las compras de obras y consultoría de obras, un comprador puede rechazar las ofertas que sean 90% inferiores o un 10% superiores al precio de referencia.

En las ubicaciones simplificadas, la duración de cada una de las etapas es más corta.

El contrato se **adjudica** y la decisión se publica en el SEACE.

Figura 3.1. Etapas del proceso de selección



Fuente: OCDE con base en la Ley de compras públicas No. 30225.

La siguiente Figura se toma de una oferta pública para la compra de medicinas en la red sanitaria de Junin y muestra las etapas del proceso en el SEACE.

Figura 3.2. Ejemplo de oferta pública para la compra de medicinas en la red sanitaria de Junin, 2020

Cronograma		
Etapa	Fecha Inicio	Fecha Fin
Convocatoria	31/12/2019	31/12/2019
Registro de participantes(Electronica)	01/01/2020 00:01	03/02/2020
Formulación de consultas y observaciones(Electronica)	01/01/2020 00:01	15/01/2020 23:59
Absolución de consultas y observaciones(Electronica)	23/01/2020	23/01/2020
Integración de las Bases RED ASISTENCIAL JUNIN	23/01/2020	23/01/2020
Presentación de ofertas(Electronica)	03/02/2020 00:01	03/02/2020 23:59
Evaluación y calificación de ofertas RED ASISTENCIAL JUNIN	06/02/2020	21/02/2020
Otorgamiento de la Buena Pro RED ASISTENCIAL JUNIN	21/02/2020 08:30	21/02/2020

Fuente: SEACE, oferta pública para medicinas de uso general en la red sanitaria de Junin (Licitación Pública LP-SM-4-2019-ESSALUD/RAJUNIN-1).

En ciertos tipos de compras, las etapas varían ligeramente; por ejemplo, en la selección de consultores individuales, no existe etapa de consultas y observaciones y la calificación (etapa 5) y la evaluación (etapa 6) son una sola etapa. La selección implica entrevistas individuales, mientras que el precio lo fija la entidad compradora y no los candidatos, que compiten principalmente por su experiencia profesional.

En la comparación de precios, una vez que la entidad se decide por este método y justifica la elección en un informe, se pondrá en contacto con los proveedores para recibir un mínimo de tres ofertas de precios (*cotizaciones*) para los bienes o servicios requeridos. Tras recibir al menos tres ofertas de precio y las declaraciones juradas de los proveedores sobre su idoneidad para contratar con el sector público, verifica que el proveedor ganador esté inscrito en el RNP y adjudica el contrato a la oferta de menor precio.

Las subastas inversas electrónicas solo tienen cinco etapas.⁸

1. Invitación a la licitación
2. Registro de participantes
3. Presentación de ofertas a través del SEACE
4. Período de subastas con tiempos de inicio y finalización previamente anunciados y con una duración mínima de una hora
5. Adjudicación del contrato.

En el caso de un empate, el sistema realiza automáticamente un sorteo para clasificar a los licitadores de forma aleatoria. Si no existen por lo menos dos ofertas, el procedimiento se declara no exitoso y se debe abordar un nuevo procedimiento.

La entidad compradora puede declarar cualquier licitación no exitosa (*declaración de desierto*), donde no se presenten ofertas o se presenten ofertas inválidas (excepto en el caso de subastas inversas

electrónicas para las cuales se necesitan por lo menos dos ofertas válidas). Las entidades deben emitir un reporte que explique las razones por las cuales fracasó la compra. Después de una licitación no exitosa, se puede lanzar un nuevo proceso de compra, utilizando el mismo método de licitación. En ciertos casos, el nuevo proceso de compra puede utilizar un procedimiento de adjudicación simplificado, que puede permitir que EsSalud compre servicios, obras y bienes en una manera más rápida.

La entidad compradora también puede cancelar un proceso de selección en cualquier momento antes de la adjudicación por una de las siguientes razones: 1) *fuera mayor*, 2) si ya no es necesaria una compra; o 3) si el presupuesto contemplado originalmente para la compra debe utilizarse para otros propósitos debido a una situación de emergencia, que haya sido declarada expresamente (Artículo 30 de la PPL). La entidad no es responsable de los daños causados a los licitadores por la cancelación del procedimiento por dichas razones.

Una vez que se lleva a cabo la adjudicación, la entidad compradora está obligada a otorgar a los licitadores el acceso a los documentos del proceso de compras públicas (excepto para información confidencial y ofertas que no pasaron la etapa de evaluación), en el plazo de un día a partir de la solicitud de acceso a la información por parte del licitador. Parte de la información es pública en el SEACE y se encuentra disponible sin la necesidad de hacer ninguna solicitud (Sección 3.3.1).

3.4. Firma del contrato

Cuando el importe del contrato no supera los PEN 6 millones, el organismo a cargo de la compra lo firma (CEABE, el Departamento de Logística o la unidad descentralizada relevante). Cuando el importe supera los PEN 6 millones, el departamento legal de EsSalud debe elaborar un contrato que después lo firma la gerencia de EsSalud. Se puede requerir que los contratistas elegidos requieran proporcionar garantías de cumplimiento, como fianzas bancarias y pólizas de seguros, de acuerdo con los documentos de licitación. Las garantías de cumplimiento con frecuencia ascienden al 10% del valor del contrato y deben mantenerse hasta que el contrato se haya ejecutado completamente.

Todos los contratos de compras públicas deben incluir una cláusula anticorrupción (Artículo 32 de la PPL, y artículos 115 y 138 del RPPL), que consiste en una declaración del contratista de que ni él ni ninguno de sus socios, miembros del consejo de administración, representantes, empleados, asesores o cualquier parte relacionada han ofrecido, negociado o realizado ningún pago, ni ofrecido ninguna recompensa u otro beneficio en relación con el contrato, ya sea directa o indirectamente. Cualquier violación de la cláusula anticorrupción permite que la entidad compradora termine el contrato y lance acciones para remedios civiles, criminales y administrativos contra el contratista. No existe ninguna disposición para una cláusula anti colusión.

El Artículo 147 del RPPL establece que un contratista puede tratar de subcontratar hasta el 40% del valor de un contrato, a menos que se determine lo contrario en el proceso de contratación, o para servicios esenciales que estén vinculados a las razones para elegir al contratista específico. Por esta razón, la subcontratación no puede utilizarse en el caso de la selección de consultores individuales. La entidad compradora debe aprobar por escrito a todos los subcontratistas en un plazo de cinco días hábiles a partir de la recepción de la solicitud. La totalidad del contrato no puede transferirse a otra compañía salvo en unos cuantos casos determinados, como venta de negocio, fusión o escisión. Todos los subcontratistas deben estar registrados en el RNP y no estar prohibidos o contar con una interdicción para establecer contratos con el estado.

Notas

¹ Cuando una medicina está protegida por una patente, no es posible adquirir un bioequivalente, genérico o versión biosimilar del mismo.

² “Lineamientos para realizar Estudios de las Posibilidades que ofrece el Mercado y Determinación de los Valores. Referenciales en el Seguro Social de Salud – ESSALUD”
https://ww1.essalud.gob.pe/compendio/pdf/0000002601_pdf.pdf.

³ La Facultad de adoptar el PAC ha sido delegada al Departamento de Logística por la presidencia ejecutiva de EsSalud con base en la Decisión No. 167-PE-ESALUD-2019, que modifica la decisión de la Presidencia ejecutiva de EsSalud No. 239-PE-ESSALUD-2016.

⁴ Según la disposición adicional 18a de la PPL: “Excepcionalmente, la adquisición de bienes por parte del órgano rector del Sistema Nacional de Salud para satisfacer las necesidades de los usuarios del sistema podrá realizarse con proveedores no domiciliados en el Perú, siempre que se demuestre que dicha contratación es más ventajosa. La contratación debe realizarse de acuerdo con los compromisos internacionales vigentes firmados por el estado peruano y están sujeta a la supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). El organismo regulador del Sistema Nacional de Salud está obligado a utilizar el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) para registrar los contratos que realiza. Esta disposición es aplicable al Seguro Social de Salud (EsSalud), para la adquisición de productos farmacéuticos o dispositivos médicos.”

⁵ Directiva GG No. 02-CEABE-ESSALUD-2019-UV.01, Directiva para la Adquisición de Productos farmacéuticos o Dispositivos Médicos con Proveedores No Domiciliados.

⁶ Sexta disposición complementaria transitoria del RPPL.

⁷ Artículo 49.2 del RPPL.

⁸ Directiva No/. 006-2019-OSCE/CD, Procedimiento de Selección de Subasta Inversa Electrónica.

4 Competencia en las compras y la aplicación de la ley de competencia en Perú

La Sección 4.1 de este capítulo examina la importancia de la competencia en las compras públicas. La Sección 4.2 hace una breve reseña de las principales formas de manipulación de licitaciones. La Sección 4.3 describe las actividades de ejecución de la ley por parte del Indecopi y sus iniciativas para prevenir y detectar la manipulación de licitaciones.

4.1. La necesidad de la competencia en las compras públicas

El objetivo principal de las compras es conseguir una buena relación calidad-precio, ya sea mediante precios más bajos o productos de mayor calidad. Las compras públicas únicamente pueden considerarse exitosas cuando los licitadores compiten genuinamente y establecen sus precios y términos de manera independiente.

Uno de los principales riesgos para la integridad, la efectividad y la igualdad de las compras públicas es el acuerdo entre los licitadores o los posibles licitadores que deberían competir por el contrato licitado para fijar los precios, asignar los mercados o los clientes y restringir la producción, aumentando los beneficios para ellos mismos y reduciendo los beneficios para el sector público.

Como resultado de los acuerdos colusorios, los compradores pagan mayores precios y reciben bienes o servicios de menor calidad de lo que serían en un mercado donde no se encuentre restringida la competencia. De acuerdo con ciertos economistas, una estimación conservadora del cobro en exceso en los precios colusorios (la diferencia con el precio que se habría obtenido en un mercado competitivo), va desde el 18.7% hasta más del 20% (Connor, 2014^[10]) (Smuda, 2015^[11]). En un caso procesado por la autoridad de competencia en México, la COFECE, un cártel condujo a un sobreprecio estimado del 57.6% en el precio de los productos de insulina comprados por el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), con un daño estimado que asciende a MXN 622.7 millones.¹

Por lo tanto, resulta crucial mantener las compras libres de colusión y efectivas a través de un diseño de licitaciones pro competitivo y la detección y sanción de los casos de manipulación de licitaciones.

Recuadro 4.1. El caso de la insulina en el IMSS, México

En 2006, el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) realizó cambios estructurales en sus procedimientos de licitaciones para comprar medicinas y suministros médicos, consolidando sus compras y permitiendo la participación de licitadores extranjeros. Como resultado, los nuevos jugadores ingresaron al proceso de licitación y redujeron de manera significativa los precios para dos productos: insulina humana y soluciones salinas. Esta caída atrajo la atención del IMSS y la autoridad de competencia mexicana, la COFECE, sobre los patrones previos de posible manipulación de licitaciones: las ofertas ganadoras de los principales licitadores habían sido casi idénticas y los licitadores aparentemente habían presentado ofertas cubiertas, y se habían turnado para ganar los contratos. Con la colaboración del IMSS, la COFECE inició una investigación que se enfocó en los procedimientos de licitación para insulina humana y soluciones salinas que se llevaron a cabo entre 2003 y 2006.

La COFECE recolectó evidencia económica que demostró que cuatro compañías farmacéuticas manipularon sus ofertas para insulina humana y que tres compañías farmacéuticas manipularon sus ofertas para soluciones. El análisis económico de la COFECE confirmó la existencia de un patrón colusorio: las ofertas ganadoras y perdedoras habían oscilado dentro del mismo rango, con sólo una variación de algunos centavos. Resultaba claro que los competidores habían tomado turnos para ganar o perder usando ofertas cubiertas. La autoridad de competencia también utilizó documentos que demostraban la existencia de varios canales de comunicación que se emplearon para manipular las ofertas entre las compañías farmacéuticas.

El análisis se complementó con el análisis económico de ciertas características del mercado que facilitan la colusión como bienes homogéneos, licitaciones repetitivas, esquemas de abastecimiento múltiple, intercambio de información entre competidores, reglas de licitación estables en el tiempo, precios de referencia y barreras de entrada.

Con base en la evidencia que se recopiló, la COFECE sancionó a las compañías farmacéuticas por celebrar acuerdos de colusión en estas licitaciones del IMSS, y les impuso multas por más de MXN 21.5 millones para cada compañía. También se sancionó a varias personas físicas por participar en el acuerdo ilegal en nombre de las empresas farmacéuticas.

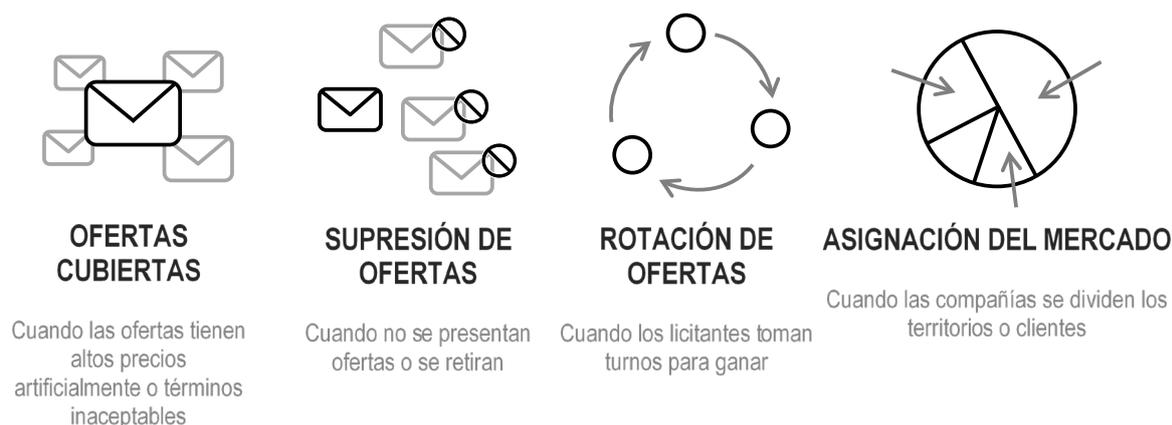
Las compañías sancionadas y los individuos apelaron las decisiones en diversas instancias hasta la Suprema Corte que confirmó la existencia del acuerdo ilegal y la culpabilidad de las compañías farmacéuticas. También avaló la validez del análisis económico realizado por la COFECE como prueba indirecta de la conducta anticompetitiva, como el hecho de que los precios más altos eran el resultado del margen de beneficio del 72% obtenido por las empresas. En 2006 y 2007, con la entrada de un nuevo actor en el mercado, las ofertas de las farmacéuticas fueron significativamente más bajas que en 2005.

Fuente: COFECE (2015), "Análisis de Práctica Monopólica Absoluta: Colusión en licitaciones públicas de compra de medicamentos para el IMSS", www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/11/HISTORIA_IMSS_080415.pdf.

4.2. Formas comunes de manipulación de licitaciones

Existen múltiples formas de manipular una oferta. Aunque las siguientes se encuentran dentro de las más comunes, no son mutuamente excluyentes y pueden ocurrir de manera simultánea.

Figura 4.1. Diferentes formas de manipulación de licitaciones



Fuente: (OECD, 2009^[4]).

Los esquemas de manipulación de licitaciones a menudo involucran una simulación de competencia. Por ejemplo, las ofertas cubiertas incluyen licitadores que presentan una oferta que saben que no pueden ganar, debido a que la oferta incluye términos inaceptables o se sabe que el precio es demasiado alto. En la supresión de ofertas, un proveedor acuerda con sus competidores el no presentar una oferta o, después de haber participado en las primeras etapas del proceso de licitación, acepta no presentar una oferta final. En la rotación de ofertas, los miembros del cártel continúan presentando ofertas para diferentes oportunidades del contrato, aunque toman turnos para ganar. En un escenario de repartición de mercado, los miembros del cártel pueden dividir el mercado (por ejemplo, en áreas geográficas, por subsectores o clientes), y decidir de manera anticipada qué compañías deben ganar en cada segmento de mercado. Otros miembros del cártel posteriormente declinan participar en el proceso de licitación o presentan ofertas cubiertas. Estas técnicas no son mutuamente excluyentes. Por ejemplo, la presentación de ofertas cubiertas puede utilizarse en conjunto con un esquema de rotación de ofertas.

El Recuadro 4.2 muestra un caso donde se presentaron varias formas de manipulación de licitaciones.

Recuadro 4.2. Manipulación de licitaciones en los mercados de electrificación de trenes y equipo electromecánico, España

En 2016, a raíz de una solicitud de clemencia de Alstom Transporte, la autoridad española en materia de competencia, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), inició una investigación del mercado para la producción, la instalación, el suministro y el mantenimiento de los sistemas de electrificación de trenes y equipo electromecánico.

La CNMC llevó a cabo tres series de inspecciones, en julio de 2016 y en enero y mayo de 2017, con base en la sospecha de que varias compañías celebraron acuerdos anticompetitivos con el objetivo de manipular las licitaciones. La investigación se realizó bajo la ley de competencia española 15/2007 (Ley de Defensa de la Competencia, LDC) y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFEU). En mayo de 2017, la CNMC inició procedimientos contra 25 compañías. Descubrió que, a lo largo de 14 años, 15 empresas habían actuado en 3 cárteles diferentes en las licitaciones organizadas por el proveedor estatal de infraestructuras ferroviarias. Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) en la red de trenes nacional convencional y de alta velocidad.

En el **primer cártel** que implicaba **ofertas cubiertas**: 13 de las compañías acordaron compartir 24 licitaciones con un valor total de EUR 837 millones para la electrificación y el mantenimiento de la línea de trenes de alta velocidad, Alta Velocidad Española (AVE) entre 2008 y 2016. Uno de los acuerdos se denominó "Micro-Macro", en el que las compañías acordaron compartir varios contratos públicos de manera equitativa a través de diferentes empresas conjuntas (*joint ventures*) creadas por los miembros del cártel. En virtud de estos acuerdos, las empresas adjudicatarias de un contrato público repartirían una parte de la producción y el margen de beneficio entre las entidades no adjudicadas que habían presentado ofertas ficticias.

El **segundo cártel que participó en la rotación de ofertas**: 10 compañías manipularon las licitaciones para la electrificación de las líneas de trenes convencionales entre 2002 y 2016, adoptando acuerdos durante por lo menos 239 licitaciones. De estas, 173 se adjudicaron a compañías que participaron en la colusión con un costo total de EUR 134 millones. Los directivos de los diferentes negocios redactaron y firmaron un acuerdo, que incluía el método por el que se repartirían las licitaciones y los mecanismos de compensación para aquellas compañías a las que no se les asignara un contrato de licitación.

Un **tercer cártel utilizó ofertas cubiertas** entre Alstom Transporte e Indra para compartir las compras públicas y una licitación privada para la construcción, el suministro, la instalación y el mantenimiento de equipo electromecánico para líneas de alta velocidad entre 2013 y 2015. Ambas compañías acordaron participar en licitaciones en las cuales una de ellas presentó una oferta falsa. En 2015, Elecnor se unió al cártel. Las compañías gestionaron por lo menos 7 contratos con un presupuesto de EUR 84 millones. Entre las pruebas clave del caso se encuentran documentos en los que se especifican los acuerdos; archivos de hojas de cálculo en los que se registran los contratos asignados a cada compañía y sus valores; y ejemplos de comunicaciones electrónicas entre las compañías.

En marzo de 2019, la autoridad impuso sanciones de EUR 102 millones a 14 compañías y de EUR 510 000 sobre 11 ejecutivos por manipular las licitaciones en los procesos de selección para electrificación de trenes e infraestructura electromecánica. La CNMC eximió al denunciante interno Alstom Transporte, a su compañía matriz y a sus ejecutivos de las penalizaciones que sumaban un total de EUR 8.9 millones y redujo en un 45% la multa a Siemens y su matriz. La CNMC anunció que prohibiría a las compañías del cártel los contratos públicos y remitió su decisión al Consejo Nacional de Consultoría para Contratación Administrativa.

Fuente: CNMC (2019), "Resolución: Expte. S/DC/0598/2016 Electrificación y Electromecánicas Ferroviarias", www.cnmc.es/sites/default/files/2380080_0.pdf.

Las compañías que participan en la manipulación de licitaciones utilizan diferentes mecanismos para repartir su ganancia colusoria en cada esquema de manipulación de licitaciones. En la repartición del mercado, por ejemplo, la división de ganancias ilegales se garantiza dividiendo el mercado con cada miembro beneficiándose de su zona geográfica designada o de los clientes sin competencia. Cuando los miembros del cártel participan en ofertas cubiertas o supresión de ofertas, los licitadores perdedores pueden ser recompensados de diferentes formas, incluyendo subcontratos lucrativos por parte del licitador ganador para partes de la licitación o pagos directos a menudo por “servicios proporcionados” ficticios.

4.3. Función de aplicación y promoción del Indecopi

La aplicación de la ley de competencia juega un papel importante en la prevención, detección y sanción de los esquemas de manipulación de licitaciones. En Perú, se le confiere al Indecopi, un organismo público especializado y legalmente independiente, adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, con autonomía funcional, técnica, económica, presupuestaria y administrativa. Su objetivo es promover la libre y leal competencia para proteger los derechos de los consumidores y salvaguardar los derechos de propiedad intelectual, de acuerdo con el Decreto legislativo No. 1033/2008 y el Decreto legislativo No. 1034 o la Ley de competencia.

4.3.1. Estructura del Indecopi en materia de competencia

El Indecopi cuenta con tres organismos internos que se ocupan de la competencia: la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia y la División de Competencia del Tribunal del Indecopi (Sala especializada en Defensa de la Competencia). La Dirección Nacional investiga casos y propone sanciones por infracciones a la Ley de competencia y lleva a cabo estudios de mercado. La Comisión de Defensa de la Libre Competencia, un organismo colegiado compuesto por cuatro miembros, emite decisiones sobre casos e impone sanciones. La División de Competencia del Tribunal da audiencia a las apelaciones contra las decisiones de la Comisión. También existe una Oficina de Estudios Económicos, que asesora a otros organismos sobre problemas económicos y participa en estudios de mercado (OECD, 2018^[12]).

En 2020, el presupuesto del Indecopi era de PEN 9 millones.² Cuarenta y un empleados trabajaban específicamente en asuntos de competencia: 19 en la Dirección Nacional; 4 en la Comisión de Defensa de la Libre Competencia; 18 en la División de Competencia del Tribunal (13 miembros del personal técnico y 5 del tribunal); y 2 economistas en la Oficina de Estudios Económicos.

4.3.2. Actuación del Indecopi contra las licitaciones colusorias

Los esquemas de manipulación de licitaciones son ilegales en Perú bajo el Artículo 11 de la ley de competencia, que establece que los acuerdos, las decisiones, las recomendaciones o las prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, son ilegales. Contiene un listado de las conductas y prácticas que pueden considerarse colusorias, con algunas, entre ellas la manipulación de licitaciones, totalmente prohibidas: su existencia es suficiente para justificar la prohibición y el castigo, sin examinar sus efectos (OECD, 2018^[12]).

La manipulación de licitaciones es una infracción extremadamente grave que puede sancionarse con multas de hasta el 12% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión.

La aplicación de la ley contra la manipulación de licitaciones en las compras públicas en Perú ha sido escasa. El Indecopi sólo ha emitido decisiones en tres casos: dos en el sector salud, basándose en denuncias de EsSalud sobre suministros de hemodiálisis y oxígeno, y uno sobre libros de texto para escuelas. Los casos del oxígeno y de los libros de texto se describen en el Recuadro 4.3; el caso de manipulación de licitaciones para hemodiálisis en el Recuadro 5.6.

Recuadro 4.3. Sanciones del Indecopi contra el cártel de oxígeno medicinal y el cártel de imprentas de libros de texto, Perú

Caso del oxígeno medicinal

En 2010, el Indecopi emitió una resolución declarando que tres compañías habían infringido la ley de competencia asignando mercados en los procedimientos de compras públicas de EsSalud para la compra de oxígeno medicinal entre 1999 y 2004.

El Indecopi encontró que en el esquema una compañía (Aga) había sido asignada a la región norte del país, una segunda compañía (Messer) a la región central, y una tercera (Praxair), a Lima y a la región sur, a pesar de que las tres compañías estaban en capacidad de suministrar a nivel nacional. El Indecopi encontró que el ganador para cada región había hecho una oferta de aproximadamente el 110% del valor de referencia, mientras que las otras compañías no participaron o realizaron ofertas que excedieron el 110%. Después de 2004, las compañías comenzaron a competir y ganar otras regiones ofreciendo precios de aproximadamente el 70% del valor de referencia.

Teniendo en cuenta la naturaleza de la infracción de manipulación de licitaciones y la importancia del oxígeno medicinal para la salud pública, entre otros factores, el Indecopi consideró que la infracción era extremadamente seria e impuso multas equivalentes a USD 7.4 millones.

En noviembre de 2015, una corte de primera instancia confirmó la decisión del Tribunal del Indecopi. La Corte Suprema también confirmó esta decisión en junio de 2020.

Cártel de imprentas de libros de texto

En 2021, el Indecopi dictaminó que cinco compañías y ocho individuos habían infringido la ley de competencia al manipular licitaciones en procedimientos de compras públicas para servicios de impresión de libros de texto para el Ministerio de Educación y el Instituto Nacional de Estadística e Informática. La investigación se inició de acuerdo con una solicitud de clemencia.

El Indecopi encontró que, entre 2009 y 2016, los representantes de las compañías acordaron aceptar la repartición de contratos para artículos comprados y asignarlos a cada compañía. Esto involucró a ciertas compañías que aceptaron perder al no someter ofertas o someter ofertas con el conocimiento de que no ganarían.

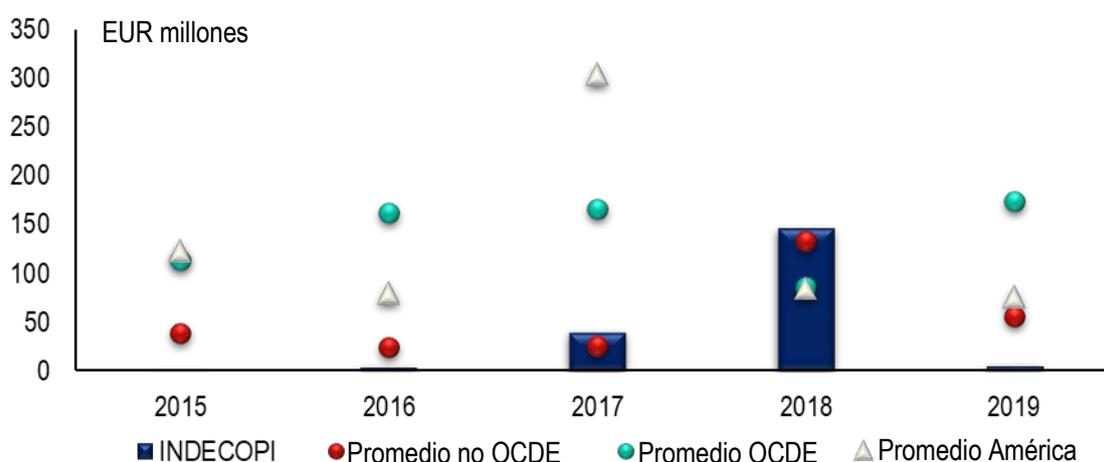
El Indecopi impuso multas que ascendieron a más de PEN 26 millones a las compañías y a los particulares. El Indecopi también ordenó que las compañías implementaran un programa de cumplimiento en materia de competencia basándose en las recomendaciones contenidas en la “Guía de Programas de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia” del Indecopi (Recuadro 9.7).

Fuente: Indecopi (2010), “Expediente 002-2008/CLC – 051-2010/CLC-Indecopi”, www.indecopi.gob.pe/documents/20182/143803/Res051-2010.pdf, e Indecopi (2020), “La corte suprema de justicia ratificó la sanción impuesta por el Indecopi al cártel del oxígeno medicinal”, www.indecopi.gob.pe/en/-/la-corte-suprema-de-justicia-ratifico-la-sancion-impuesta-por-el-indecopi-al-cartel-del-oxigeno-medicinal.

Indecopi (2021), “Expediente 002-2019/CLC – Resolución 015-2021/CLC-INDECOPI, 5 de mayo de 2021”, <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/05/Resolucion-015-2021-CLC-Indecopi-LP.pdf>.

En la Figura 4.2 se comparan las multas impuestas por el Indecopi entre 2015 y 2019 en los casos de cárteles (manipulación de licitaciones y otros delitos de cárteles) contra las multas promedio impuestas por las autoridades de competencia en los estados miembros de la OCDE y los estados no miembros durante el mismo periodo.

Figura 4.2. Multas a cárteles impuestas por el Indecopi y multas promedio en la OCDE, no OCDE y en América 2015-2019



Nota: datos con base en las 50 jurisdicciones en la base de datos de CompStats que proporcionó datos para cinco años. Las multas se encuentran en EUR del 2015 (divisas distintas al euro se convierten utilizando el tipo de cambio oficial en 2015 el 31 de diciembre de 2015) para eliminar las fluctuaciones cambiarias que distorsionan los cambios en las multas.

Fuente: Base de datos de CompStats de la OCDE, <https://stats.oecd.org>.

Una vez que el Indecopi ha emitido una resolución sobre una infracción grave y se ha agotado el proceso de apelación haciéndola definitiva, el OSCE registra al infractor en un registro de inhabilitados que le prohíbe participar en cualquier licitación por un año. La PPL no contemplaba dicho registro, y la inhabilitación para participar en licitaciones solo era una sanción contemplada en la ley competencia, por lo que el Indecopi propuso de manera exitosa enmendar la PPL para alinearla con las medidas de aplicación de la ley de competencia (OECD, 2018^[12]). La PPL ahora incluye una disposición para la creación y el funcionamiento de un registro de inhabilitados de compañías condenadas por manipulación de licitaciones y prohibidas de participar en las compras públicas, aunque todavía no se ha impuesto ninguna inhabilitación, ya que ninguna decisión ha sido definitiva desde 2018. Durante la misión de investigación, los actores interesados señalaron que existen dudas sobre si en la práctica la inhabilitación se aplicaría de forma automática o discrecional. Por ejemplo, la discrecionalidad puede ser necesaria para evaluar cómo la inhabilitación afectaría el número de compañías en el mercado de compras públicas para garantizar que siga siendo competitivo y suficientemente abastecido.

El Indecopi cuenta con tres herramientas principales para detectar infracciones de manipulación de licitaciones.

1. **Análisis de datos sobre procesos de compras públicas pasados**, en particular, factores como la cantidad de ofertas y precios; tendencias; conductas posteriores a las adjudicaciones por parte de los licitadores (como subcontratación); la naturaleza de los artículos adquiridos (homogéneos o no); estructura del mercado y diseño de licitaciones.
2. Un **programa de clemencia** bajo el cual las compañías y las personas naturales que han participado en un cártel pueden reportar su conducta al Indecopi y proporcionar información a cambio de una inmunidad total de las sanciones, si no se ha detectado el cártel, o una inmunidad parcial, si el cártel ya ha sido detectado por el Indecopi. La reducción exacta de sanciones depende de si se ha iniciado una investigación formalmente, el valor de la información proporcionada y si existen solicitudes de clemencia previas para el mismo cártel. Resulta poco claro si los solicitantes de clemencia pueden quedar exentos de la inhabilitación. El Indecopi ha publicado una guía sobre su programa de clemencia *Guía del Programa de Clemencia*.³
3. **Denuncias de afectados y terceros**. Los terceros afectados por la manipulación de licitaciones son típicamente compradores públicos. El Indecopi cuenta con un programa de recompensa para terceros a través del cual las personas naturales que proporcionen información decisiva durante una investigación de cárteles pueden ser recompensados financieramente con pagos de hasta PEN 400 000. Las identidades de los informantes internos permanecen confidenciales. El programa de recompensas no aplica para funcionarios con relación a información obtenida en el contexto de su trabajo. El Indecopi ha emitido una guía sobre el programa de recompensas, *Lineamientos del Programa de Recompensas*.⁴ La cooperación interinstitucional entre compradores públicos, como EsSalud, y el Indecopi se aborda en la Sección 9.2.

El Indecopi también puede llevar a cabo visitas de inspección las cuales son visitas no anunciadas a las instalaciones de compañías para obtener la evidencia relevante. Las visitas de inspección no requieren una orden judicial, excepto en raros casos donde una compañía se opone al acceso del Indecopi a sus instalaciones, pero con frecuencia las compañías no se resisten.

4.3.3. Iniciativas de promoción del Indecopi

Paralelamente a la aplicación de la ley de competencia, el Indecopi desarrolla iniciativas de promoción de la competencia en las compras públicas y de sensibilización sobre los costos de la manipulación de licitaciones, así como de buenas prácticas en la prevención y detección de actos de colusión.

El reporte del 2018, *Exámenes Inter-pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia: Perú*, recomendó que el Indecopi no solo priorizara la ejecución de la ley contra la manipulación de licitaciones en todo el sector público, sino que también realizara una amplia labor de promoción, capacitación y sensibilización (OECD, 2018_[12]). Desde entonces, el Indecopi se ha involucrado en iniciativas de promoción (Sección 9).

Cabe destacar que el Indecopi organiza actividades de capacitación para detectar manipulación de licitaciones para las autoridades de compras públicas, y en 2018, el Indecopi emitió una guía para combatir la colusión en las compras públicas (*Guía para Combatir la Concertación en las Contrataciones Públicas*), para fomentar la prevención, detección y sanción de manipulación de licitaciones (Indecopi, 2018_[13]).

Notas

¹ Consultar, http://www.cofece.mx/cofece/phocadownload/PlaneacionE/imss_evaluacion_ex-post.pdf.

² El presupuesto de PEN 9 millones corresponde a la división de competencia del Indecopi. En 2020, el presupuesto para toda la organización (incluyendo las divisiones que lidian con la propiedad intelectual, protección al consumidor, concursal, barreras burocráticas y competencia) fue de PEN 194.3 millones.

³ Indecopi (2017), *Guía del Programa de Clemencia*, www.indecopi.gob.pe/documents/20182/438150/Gu%C3%ADa+del+Programa+de+Clemencia/bacfcc6a-4637-6581-e9fd-de2271646a5c.

⁴ Indecopi (2019), *Lineamientos del Programa de Recompensas*, www.indecopi.gob.pe/documents/51771/4402954/ESP+Lineamientos+del+Programa+de+Recompensas

Parte II – Alineación del régimen de compras de EsSalud con las buenas prácticas de la OCDE

5

Diseño de compras basándose en una buena planificación e información suficiente

Este capítulo contempla la planificación de compras (Sección 5.1) y la investigación de mercado (Sección 5.2) y proporciona recomendaciones a EsSalud basándose en la investigación y las buenas prácticas de la OCDE.

5.1. La necesidad de planificar las compras públicas

Con una adecuada planificación de las compras públicas, los organismos públicos pueden establecer sus necesidades de compras reales y adoptar estrategias de compras que satisfagan estas necesidades en mejores términos, con mejor calidad y menores precios. Una planificación transparente de las compras públicas también brinda a los proveedores potenciales visibilidad sobre los productos, los servicios o las obras que necesitan adquirirse, permitiéndoles una mejor planificación.

El proceso de planificación de EsSalud se detalla en la Sección 3.1. El principal instrumento de planificación de EsSalud es su plan anual PAC, que describe sus necesidades de bienes, servicios y obras para el siguiente año.¹ Cada rubro del PAC corresponde a un tipo de bien, servicio u obra específica² e indica el tipo de procedimiento de compra que se utilizará (como una oferta pública, concurso público, adjudicación simplificada), el valor estimado de la compra y la fecha estimada para la convocatoria del proceso. La investigación de la OCDE destacó que el PAC de EsSalud de 2021 no proporciona la información completa para un número significativo de bienes, servicios y obras, con información faltante sobre el procedimiento de compra propuesto y la fecha.

El PAC solo se publica en un PDF de baja resolución, lo que dificulta su análisis. Debe publicarse en un formato más sencillo e interrogable para permitir que los proveedores potenciales y las partes interesadas incluyendo los actores de la sociedad civil lo analicen con más facilidad.

Para el periodo de 2019-2021, el PAC de EsSalud sólo se aprobó a principios de enero del año al que se aplicó; por ejemplo, el PAC de 2021 solo se adoptó el 12 de enero de 2021,³ y en años previos, en una fecha significativamente posterior.⁴ Con el fin de convertir el PAC en una herramienta de planificación efectiva, EsSalud debe publicarlo tan pronto como sea posible, idealmente antes del inicio del año al que aplica.

Durante la investigación, se informó a la OCDE que el PAC de EsSalud (al igual que de otros organismos públicos) se modifica con frecuencia durante el año. Si bien la modificación del PAC puede justificarse en algunos casos (como cuando se presentan nuevas necesidades inesperadas debido a una emergencia sanitaria como la pandemia por COVID-19), las modificaciones frecuentes socavan los beneficios llevados por la planificación de compras. Los actores interesados contactados durante la misión de investigación

señalaron que estas modificaciones con frecuencia son el resultado de una planificación ineficiente y mencionaron que los procesos de adquisición resultantes consistían con frecuencia en contratos de bajo valor realizados localmente y mediante adjudicaciones directas. También es probable que las demandas desglosadas y los procesos no competitivos den lugar a precios más altos para EsSalud que las licitaciones centralizadas competitivas.

Una buena planificación (y por extensión, una efectiva redacción del Plan Anual de Contrataciones) requiere que los funcionarios en compras tengan disponibles la asesoría profesional, el apoyo y los recursos que les permitan organizar proyectos y estimar sus costos de compra y de tal forma garantizar proyectos que se encuentren planificados dentro del plazo asignado, coordinados y completamente financiados cuando comiencen (OECD, 2009^[14]). EsSalud debe invertir recursos en la planificación debido a que cualquier inversión produce una mejor programación de proyectos y una mejor gestión de riesgos e incrementa ahorros presupuestarios.

La importancia de la planificación es reconocida a nivel global, como lo ilustran las guías publicadas por la autoridad de competencia española en este tema (Recuadro 5.1).

Recuadro 5.1. Guía sobre la planificación desde una perspectiva de la competencia, España

Desde 2019, la Comisión Nacional de Mercados y Competencia (CNMC) ha estado actualizando y expandiendo su *Guía de compras públicas y competencia*, que se publicó por primera vez en 2011. El plan de trabajo para hacerlo implica un proceso sistemático que sigue las etapas de las compras públicas: planificación, preparación, adjudicación, ejecución y evaluación de resultados. El propósito es centrarse en los problemas de competencia que puedan surgir en cada una de las fases del ciclo de contratación.

“Etapa I: planificación de compras públicas”, el resultado del análisis de la primera etapa desde el punto de vista de la competencia fue adoptado por la CNMC el 16 de diciembre de 2020 y se hizo público en enero de 2021. La CNMC reconoció que una dificultad tradicional y relevante de las compras públicas en España ha sido la falta de una planificación adecuada y de guías para las entidades públicas en la materia, lo que llevó a la CNMC a que tomara la decisión de realizar una búsqueda profunda sobre la planificación de compras.

La CNMC destacó la importancia y las ventajas de la planificación al gestionar las compras públicas y los beneficios de una planificación apropiada en términos de mejora de la eficiencia y la competencia. La planificación promueve la transparencia y facilita el acceso de operadores a las licitaciones, en particular de las PyME.

“Etapa I: planificación de compras públicas” ofrece recomendaciones a las agencias públicas sobre la forma de implementar un proceso de planificación apropiado a través de diferentes etapas. Las guías y recomendaciones publicadas por la CNMC se basan en la información recolectada de dos iniciativas de promoción de competencia: una consulta pública sobre el tema (se recibieron y publicaron 63 contribuciones) y una conferencia internacional “La planificación como requisito imprescindible para promover la competencia y la eficiencia en la contratación” que celebró la CNMC en diciembre de 2019.

Fuente: CNMC (2020), G-2019-02 *Guía sobre contratación pública y competencia – Fase 1: Planificación de la contratación pública*, www.cnmc.es/sites/default/files/3373875_9.pdf; Jornada “La planificación como requisito imprescindible para promover la competencia y la eficiencia en la contratación pública” www.cnmc.es/jornada-la-planificacion-como-requisito-imprescindible

5.2. Generar inteligencia de mercado

La inteligencia de mercado es la información sobre las características de bienes, servicios o sectores específicos de una actividad económica. Este tipo de información ayuda a las entidades compradoras a comprender las soluciones y las capacidades de suministro, y a producir licitaciones con un diseño técnicamente exacto que considere soluciones alternativas e innovadoras, y que fomente una licitación competitiva, reduciendo al mismo tiempo la probabilidad de colusión entre los licitadores (OECD, 2019^[15]).

Las decisiones que se benefician de la inteligencia de mercado incluyen las especificaciones técnicas de los procesos de compras; los presupuestos o los precios de referencia; si los contratos deben licitarse en un solo lote o en varios; si la demanda debe agregarse; y qué procedimiento de licitación específico debe utilizarse (OECD, 2019^[15]).

La información que la investigación de mercado debe recopilar incluye:

- 1) los proveedores están presentes en el mercado, incluyendo nuevos competidores y nuevos potenciales competidores, su localización, tamaño, capacidades, capacidad disponible y desempeño previo
- 2) los bienes y servicios disponibles, incluyendo las soluciones innovadoras y desarrollos internacionales más recientes, precios, políticas de descuentos, condiciones de entrega y otros términos y condiciones de venta
- 3) las condiciones locales de la oferta y la demanda que podrían informar el diseño de la licitación, incluida la composición de los lotes o las adjudicaciones de contratos por zonas geográficas
- 4) las características del mercado que podrían aumentar o disminuir la probabilidad de manipular las licitaciones, como los niveles de transparencia en el mercado licitante, los números de proveedores y las barreras para un nuevo ingreso.

Los elementos básicos de la inteligencia de mercado se detallan en el Recuadro 5.2.

Recuadro 5.2. Elementos de la inteligencia de mercado

El análisis de la oferta de mercado proporciona una **comprensión estratégica** de:

- 1) La forma en la que funciona un mercado
- 2) La dirección de un mercado incluyendo los desarrollos tecnológicos
- 3) La competitividad de un mercado
- 4) La capacidad y el desempeño de un mercado
- 5) La información sobre proveedores clave, sus cuotas de mercado y riesgos de colusión
- 6) La forma en la que puede desarrollarse un mercado para satisfacer mejor los requisitos de los clientes
- 7) La manera en la que funciona la determinación de precios en un mercado, como sus estructuras de costos y tendencias de precios recientes
- 8) Los riesgos del mercado y la forma de mitigarlos
- 9) La probabilidad de fracaso del mercado.

Los **resultados** del análisis del mercado para los procedimientos de licitaciones incluyen:

- 10) Las actividades de planificación y elaboración del presupuesto de las compras

- 11) El diseño de documentos de licitación que igualen las necesidades de las entidades públicas con las soluciones disponibles de los proveedores, incluyendo especificaciones relevantes y correctas y criterios de evaluación y adjudicación
- 12) La elección correcta del procedimiento y la estrategia de compras, tanto en términos de la manera en la que opera en la actualidad el mercado y su futuro, con relación a los nuevos competidores o tecnología innovadora
- 13) La estructuración de licitaciones públicas para obtener ofertas competitivas sanas
- 14) Los métodos de compras que no afecten de manera negativa la oferta y demanda.

Los **resultados clave** son:

- 15) Un mejor valor por el dinero
- 16) Una identificación y gestión de riesgos relacionados con el suministro
- 17) Mayores y más justas oportunidades para los proveedores.

Los beneficios del análisis de oferta del mercado incrementan en proporción con el grado de riesgo del negocio y el gasto en los bienes o servicios.

Fuente: OCDE (2016), *Mejorando la Contratación Pública en el ISSSTE para Obtener Mejores Resultados*, www.oecd.org/publications/improving-issste-s-public-procurement-for-better-results-9789264249899-en.htm

5.2.1. ¿Quién realiza la investigación del mercado?

Una tendencia creciente en los países de la OCDE es confiar la investigación de mercado a gerentes de categoría familiarizados con productos específicos y determinados sectores de la actividad económica (OECD, 2016^[16]). La OCDE recomienda crear departamentos de investigación de mercado especializados dentro de las entidades contratantes o garantizar que los compradores públicos tengan suficientes recursos y apoyo para realizar un análisis de mercado minucioso a través de las estructuras existentes. Los equipos a cargo de la investigación de mercado, en cualquiera que sea la estructura a la que pertenecen, deben contar con personal experto en desarrollos de mercado e innovaciones en el mercado, el presupuesto necesario y las herramientas de TI, como acceso a sitios web de la industria especializados.

Los dos departamentos de EsSalud encargados de la investigación de mercado, el Departamento de Logística y la CEABE, se especializan en compras. A pesar de que no existe una carrera especializada para los funcionarios de compras públicas en Perú (debido a que las compras no son una categoría profesional), todos los funcionarios que manejan compras públicas necesitan estar certificados por el OSCE. Se les realiza una evaluación y deben cumplir con los estándares relativos a su experiencia y formación educativa.

Las investigaciones de mercado son realizadas por equipos de funcionarios públicos con experiencia profesional, quienes individualmente o como equipo comprenden las necesidades internas y los requisitos y las condiciones del mercado. Existen aproximadamente 30 personas trabajando en investigación de mercado en la CEABE. La investigación de mercado también es realizada por otros equipos, sobre los cuales la OCDE no cuenta con datos. Puede ser útil centralizar la investigación de mercado en un departamento central en EsSalud, como la CEABE.

A nivel internacional, contratar consultores externos para realizar investigación de mercado es una práctica común cuando los compradores carecen de la experiencia relevante (OECD, 2016^[16]). Si EsSalud identifica una necesidad de consultores externos para una investigación de mercado especializada, debe reclutarlos de manera competitiva, solicitándoles firmar acuerdos de confidencialidad y reportar cualquier

conflicto de interés como compromisos actuales o anteriores y relaciones profesionales o de otro tipo con los proveedores.

5.2.2. El alcance de la investigación de mercado

De acuerdo con el artículo 32.3 del RPPL, el propósito de la investigación de mercado es establecer el valor de referencia o estimado, determinar si existen proveedores potenciales y cuántos, y considerar si el contrato necesita dividirse entre varios proveedores.

En EsSalud, cuando una unidad usuaria solicita un proceso de compra, entonces el Departamento de Logística, la CEABE o una unidad de logística descentralizada, dependiendo del artículo por comprarse, realiza la investigación de mercado que se enfoca principalmente en los precios. Esencialmente, la investigación de mercado busca determinar el valor estimado para los bienes y servicios y el valor referencial para la compra de obras.⁵ El Departamento de Logística, la CEABE o la unidad descentralizada puede solicitar apoyo para calcular el valor estimado de cualquier unidad dentro de EsSalud.⁶ El valor de referencia utilizado para la ejecución de las obras se incluye entonces en el expediente técnico. El RPPL no especifica cómo debe calcularse este importe, destacando simplemente que la investigación de mercado debe considerar los insumos, las cantidades y los precios, los cargos por gastos generales y la ganancia.⁷

Las guías internas de EsSalud sobre cómo realizar la investigación de mercado (Sección 3.1) se publicaron con la PPL previa, pero que siguen vigentes y no se han actualizado. Actualmente, ni la legislación ni EsSalud brindan orientación metodológica sobre la realización de estudios de mercado para cualquier aspecto del mercado que no sea el precio. Perú Compras, en 2018, publicó guías sobre investigación de mercado, que, aunque se enfocaron principalmente en el precio, también proporcionaron comentarios sobre otros aspectos (consultar Recuadro 5.3). Tampoco hay orientaciones sobre la investigación de soluciones de mercado y la capacidad que puede conducir a una mejor estructura de licitación, especificaciones y criterios de adjudicación de contratos, como la división de contratos más grandes en lotes más pequeños para fomentar la participación de las PYME, o la agrupación de contratos más pequeños en un contrato más grande para atraer a proveedores más grandes.

Perú debería considerar la adopción de guías sobre los métodos de investigación de mercado que consideren factores de mercado futuros más allá del precio, incluyendo innovación,⁸ ingreso al mercado, productos sustitutos, seguridad de suministro, potencial de expansión de producción existente y capacidad de entrega y, en ciertos casos, posibles proveedores extranjeros.

EsSalud también debe monitorear los desarrollos de mercado del lado de la oferta, en particular, asuntos como caducidad de patentes y litigación, y el ingreso de nuevos proveedores de productos de fuentes únicas. El monitoreo permitiría a EsSalud diseñar licitaciones con más probabilidades de terminar con soluciones de compras competitivas.

Recuadro 5.3. Guías de Perú Compras sobre la realización de una investigación de mercado

En 2018, Perú Compras publicó un documento guía para ayudar a los compradores públicos a realizar la investigación del mercado.

El documento se enfoca en la forma de determinar el precio de referencia, analizando las fuentes que pueden utilizarse (como cotizaciones de precios, presupuestos, sitios web, catálogos, precios históricos y estructuras de costos) y proporcionando detalles sobre la forma y el momento para utilizarlos (por ejemplo, sitios web que se pueden utilizar para bienes no complejos). En los anexos, también se ofrecen varias herramientas para calcular el precio de referencia (el valor promedio o mediano de las cotizaciones proporcionadas por los proveedores potenciales) y recomendaciones sobre cuál utilizar en función de la naturaleza del mercado (por ejemplo, en el caso de bienes industriales, la guía recomienda utilizar, como regla, el promedio de las cotizaciones recibidas).

La guía también proporciona recomendaciones sobre cómo garantizar que las solicitudes de compras no contengan ninguna inconsistencia y sean exactas. El documento alienta a los funcionarios a observar los procedimientos previos para obtener ideas, por ejemplo, sobre cómo se redactaron las especificaciones técnicas, las cantidades compradas, el importe del contrato y el calendario de entregas. Uno de los anexos del documento incluye recomendaciones específicas sobre la forma de revisar una solicitud de compras.

Fuente: Perú Compras (2018), *Recomendaciones y Buenas Prácticas para la Elaboración de Estudios de Mercado*, https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/535671/RECOMENDACIONES_Y_BUENAS_PRACTICAS_ALTAS.pdf.

Todos estos elementos de la investigación del mercado son cruciales para gestionar los riesgos relacionados con el suministro (como la baja participación de licitadores), incrementar la competencia y crear oportunidades para obtener una buena relación calidad-precio. EsSalud debería establecer la obligación de realizar un estudio de mercado que incluya factores no relacionados al precio y, si corresponde, considerar la cooperación con el OSCE para publicar guías sobre cómo realizar la investigación del mercado en el sector sanitario en particular.

Algunos países de la OCDE proporcionan a las entidades contratantes guías sobre la realización de análisis del mercado estructurados. Un buen ejemplo son las guías publicadas por el gobierno estatal de Queensland, Australia (Recuadro 5.4).

5.2.3. Fuentes de investigación de mercado y compromiso con los proveedores

La base de datos del SEACE es la principal fuente de información de compras para compradores públicos, como EsSalud. De libre acceso, contiene todos los procesos de compras públicas y un gran conjunto de documentos relacionados con licitaciones (Sección 3.3.1). Desafortunadamente, los documentos se cargan al SEACE en formato PDF, lo que dificulta su análisis y vuelve compleja cualquier compilación de información.

En general, la investigación de mercado debe basarse en el mayor número posible de fuentes de información. Aunque la información histórica encontrada en contratos gubernamentales similares es un buen punto de partida, requiere complementarse con otras fuentes, como publicaciones especializadas o contratos del sector privado. Los contratos anteriores pueden ser resultado de procedimientos no competitivos o estar afectados por acuerdos colusorios, o simplemente han evolucionado las condiciones del mercado; esto reduce la utilidad de los datos históricos en el análisis de mercado al no reflejar con exactitud las condiciones reales del mercado (OECD, 2019^[15]). La investigación de mercado también debe

incorporar información sobre el cumplimiento del contrato, como la calidad de los productos y servicios y las modificaciones contractuales.

Durante la misión de investigación, algunos actores interesados destacaron que la investigación del mercado carece de exhaustividad y que se consulta un número limitado de fuentes, tal vez debido a la ausencia de guías relevantes o una lista de verificación de un contenido mínimo de investigación del mercado.

EsSalud debería colaborar con los proveedores, en las primeras fases del proceso de planificación de las compras, ya que suelen tener más información que la entidad compradora sobre los costos, precios, tendencias del mercado, productos o servicios y sus sustitutos. Los intercambios tempranos con los proveedores también pueden maximizar la participación en el procedimiento de licitación al proporcionar información sobre oportunidades de compras futuras y permitir que los licitadores potenciales tengan tiempo para preparar sus ofertas (OECD, 2019^[17]). Los mecanismos de participación temprana, que pueden ir desde solicitudes de información, consultas directas con los proveedores,⁹ reuniones informativas, jornadas de la industria y los proveedores, pueden ser extremadamente útiles para las autoridades contratantes y mejorar la calidad de las especificaciones técnicas (OECD, 2016^[18]).

De acuerdo con un estudio de la OCDE de 2018 de 39 países que evaluó el progreso de la implementación de la Recomendación sobre las Compras públicas de la OCDE, el 73.5% entabló diálogos regulares con proveedores y asociaciones comerciales en una variedad de entornos institucionales (OECD, 2019^[17]). El Recuadro 5.5 ilustra una selección de experiencias internacionales con la participación de los proveedores.

Recuadro 5.4. Experiencia internacional con la participación de los proveedores

En determinados países, como Bélgica, Noruega o Hungría, las asociaciones comerciales o cámaras de comercio participan en comités institucionales para analizar el sistema de compras en general.

En Irlanda, la Oficina de Compras Gubernamentales participa con proveedores en seis talleres anuales.

Ciertos organismos de compras centrales, como aquellos en Italia y Corea, realizan consultas formales e informales directamente con paneles de proveedores. En Francia, los “días de la industria” (*conventions entreprises-acheteurs*) permiten a los compradores reunirse directamente con los proveedores.

En Canadá, las solicitudes de información se emiten antes de las licitaciones, mientras que en Grecia, el organismo de compras central establece un diálogo bilateral con proveedores relevantes seleccionados del Registro Electrónico Central de Contratos Públicos dependiendo de los bienes y servicios por adquirirse. En Letonia, las autoridades contratantes anuncian reuniones de consulta con el mercado antes de las licitaciones en sus sitios web.

En Nueva Zelanda, los eventos para “conocer a los compradores” se organizan para ciertas categorías de proveedores, como las PyME.

Fuente: OECD (2019), *Reforming Public Procurement: Progress in Implementing the 2015 OECD Recommendation* [reforma de compras públicas: progreso en la implementación de la recomendación de la OCDE de 2015], Revisiones de Gobernanza Pública de la OCDE, OECD Publishing, París, www.dx.doi.org/10.1787/1de41738-en.

Para evitar que competidores potenciales específicos se identifiquen entre sí y se cree la posibilidad de colusión, las reuniones con los proveedores deben incluir a todos los jugadores del mercado (por ejemplo,

durante una jornada industrial), no sólo a los proveedores interesados en una oportunidad concreta. Esto es aún más importante en mercados susceptibles a la colusión (consultar Recuadro 9.1).

Durante la misión de la investigación, algunos actores interesados señalaron que las especificaciones técnicas de EsSalud son algunas veces similares a las de los productos ofrecidos por un proveedor específico; por lo tanto, limita la competencia únicamente a este proveedor específico. Esto puede indicar que la información proporcionada por los proveedores al EsSalud durante la investigación de mercado se ha analizado de manera insuficiente. EsSalud debería tener cuidado de no adaptar los términos de la licitación exclusivamente o demasiado estrechamente a la información proporcionada por los proveedores potenciales durante el análisis del mercado, sino que debería utilizar una variedad de fuentes y su propio juicio para adaptar los términos de la licitación a la realidad del mercado y a sus propias necesidades. Este enfoque también sería consistente con el artículo 29 del RPPL, que establece que las especificaciones técnicas no deben contener marcas, nombres comerciales, patentes, diseños o tipos que puedan causar que la compra se dirija a un proveedor específico.

A nivel internacional, han existido casos de proveedores que coordinan la información proporcionada durante la investigación de mercado de la autoridad para influir en las decisiones de compras. Durante la misión de investigación, los actores interesados señalaron que esto ha sucedido en Perú. El Recuadro 5.6 describe una investigación de la autoridad de competencia mexicana, la COFECE, en la manipulación de cotizaciones de precios durante la fase de análisis de mercado de un proceso de compras y un caso del Indecopi en los servicios de hemodiálisis que implican la manipulación de licitaciones en la etapa previa a la licitación para fijar el valor de referencia del contrato.

Recuadro 5.5. Investigaciones en manipulación de cotizaciones en la investigación de mercado, Perú y México

Caso de hemodiálisis, Perú

En 2016, el Indecopi impuso una multa de aproximadamente PEN 7 millones a 34 compañías proveedoras de servicios de hemodiálisis a pacientes de EsSalud después de que descubrió que se habían coludido para manipular los precios en cinco procesos de compras públicas entre 2010 y 2012. Reveló que las compañías habían coordinado las cotizaciones de precios proporcionadas a EsSalud durante sus estudios de mercado con el objetivo de aumentar el valor de referencia y, en última instancia, obtener precios más altos en las licitaciones (hasta el 2018, los compradores estaban obligados a hacer públicos los valores de referencia). Las compañías también acordaron entre sí no participar en ciertos procesos de compras, lo que condujo a su cancelación.

El Indecopi estimó que de no haber descubierto la manipulación de precios, EsSalud habría sufrido PEN 34.2 millones en daños. Sigue estando pendiente un dictamen judicial final.

Caso de monitoreo de medios, México

En 2018, la COFECE impuso multas de más de MXN 7 millones a tres compañías y a varios particulares por manipular procedimientos de compras públicas de servicios de monitoreo de medios de comunicación prestados a varios organismos públicos durante el periodo de 2012 a 2016.

La COFECE encontró que las compañías habían acordado: 1) manipular las cotizaciones de precios presentadas durante la etapa de análisis de mercado; 2) coordinar las ofertas; y 3) abstenerse estratégicamente de licitar en ciertos procedimientos de compras. Cuando se adjudicaron contratos a una compañía para servicios de monitoreo de medios, recompensó a las otras compañías coludidas con subcontratos o asignaciones de servicios relacionados.

La COFECE estimó que la colusión dio lugar a un sobreprecio del 14.5%, lo que se tradujo en daños de más de MXN 3 millones.

Fuente: Indecopi (2018), "La Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi confirma sanción a 31 centros de hemodiálisis que concertaron precios en perjuicio de los servicios de EsSalud", <https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/6194/NP%20180417%20SDC%20confirma%20caso%20Hemodiálisis.pdf>.

COFECE (2018), "Multa COFECE a empresas y personas físicas por coludirse en procedimientos de contratación de servicios de monitoreo de medios en perjuicio de diversas dependencias", www.cofece.mx/multa-cofece-a-empresas-y-personas-fisicas-por-coludirse-en-procedimientos-de-contratacion-de-servicios-de-monitoreo-de-medios-en-perjuicio-de-diversas-dependencias/

La consulta temprana con los proveedores también debe estar sujeta a reglas de publicidad y transparencia que pueden incluir, por ejemplo, publicar minutas o resúmenes de los resultados de las reuniones de los proveedores (OECD, 2019^[17]). Sin embargo, las identidades de los proveedores deben permanecer en secreto debido a que publicarlas podría facilitar acuerdos colusorios al permitir a los potenciales licitadores identificar a sus competidores y posteriormente intentar coludirse. El balance correcto entre los objetivos políticos de transparencia y rendición de cuentas y aquellos de la política de competencia se abordan a mayor detalle en la Sección 8.2.

El Recuadro 5.7 muestra cómo el organismo comprador central de Chile, ChileCompra, utiliza medios electrónicos para garantizar la transparencia en su proceso de consulta con los proveedores. Cualquier diálogo con los posibles proveedores podría considerar las preguntas y los puntos que se ilustran en el Recuadro 5.8.

Recuadro 5.6. Consultas con proveedores de ChileCompra

Antes de emitir una licitación, el organismo de compras central de Chile, ChileCompra, realiza un proceso de consulta abierta con los proveedores, que anuncia en línea en www.chilecompra.cl y en Twitter. La consulta tiene el objetivo de obtener información sobre precios, características de bienes o servicios requeridos, tiempo de preparación necesario para los licitadores, y cualquier otra información que pueda contribuir al proceso de licitación exitoso.

ChileCompra también cuenta con un foro en línea con preguntas y respuestas sobre cada licitación antes de los plazos de presentación de ofertas. Esto es particularmente práctico para los posibles proveedores que están geográficamente lejos de Santiago, donde se localizan las oficinas de ChileCompra. Esto también garantiza y apoya un trato equitativo y la competencia justa.

Fuente: OECD (2016), "Country Case: Consultation with suppliers by the Chilean central purchasing body ChileCompra" [caso de país: consulta con proveedores por parte del organismo de compras central de Chile, ChileCompra], Herramienta de Compras públicas, www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/consultation-suppliers-chilean-central-purchasing-body-ChileCompra.pdf

Recuadro 5.7. Ejemplo de preguntas al abrir un diálogo con los potenciales proveedores

- 1) ¿Le interesa esta oportunidad?
- 2) De no ser así, ¿por qué no?
- 3) ¿El modelo de negocio es realista?
- 4) ¿Los objetivos del negocio son realistas? ¿El negocio resulta atractivo?
- 5) ¿Qué percibe como riesgos?
- 6) ¿Puede dar una indicación temprana del costo, los principales activadores de costos y la forma en la que podrían minimizarse estos?
- 7) ¿Puede proporcionar una indicación amplia de las probables escalas de tiempo?
- 8) ¿Existen otros y mejores enfoques?
- 9) ¿Qué valor añadido en términos de sustentabilidad podría el potencial proveedor proporcionar con relación al tema objeto del contrato?
- 10) ¿Cómo pueden los potenciales proveedores añadir valor sobre la sustentabilidad y otros temas a lo largo y por encima de los requisitos de las regulaciones?
- 11) ¿Puede compartir ejemplos de buenas o malas prácticas en términos de la forma en la que otros han intentado asegurar estos productos o servicios?
- 12) ¿Qué podemos hacer para garantizar la claridad y mejorar el proceso de licitación para los potenciales proveedores?

Fuente: Gobierno de Escocia (2021), "Procurement Journey: Supply Market Analysis Example Questions – Route 3", www.procurementjourney.scot/supply-market-analysis-example-questions.

5.2.1. Intercambiar información entre las entidades de compras públicas

EsSalud tiene permitido compartir información relativa a su investigación de mercado con otros organismos públicos; sin embargo, en la práctica esto se lleva a cabo en raras ocasiones. De manera similar, EsSalud no suele recibir información de otros compradores públicos o de instituciones relevantes como el OSCE, Perú Compras o el Indecopi. Durante la misión de investigación, los actores interesados señalaron que los organismos públicos raras veces interactúan y se coordinan.

EsSalud debe comenzar a coordinar e intercambiar información con otros compradores públicos y otras instituciones relevantes, como el OSCE y la DIGEMID, para datos y análisis del mercado, así como resultados de licitaciones con diferentes diseños; comparaciones de los grupos de proveedores que participan en las licitaciones por contratos similares y los precios ofrecidos; identificación de patrones de licitaciones sospechosas a través de las licitaciones realizadas por diferentes autoridades; nuevos productos autorizados en el mercado; y caducidad de las patentes. EsSalud debe considerar firmar acuerdos de cooperación con estos actores interesados, incluyendo el OSCE y la DIGEMID.

El Recuadro 5.9 muestra la forma en la que las autoridades contratantes de 17 niveles de gobierno en Argentina crearon una red para intercambiar información relevante. Esta red une agencias a nivel federal, provincial (regional), y municipal y permite el intercambio de sus experiencias en materia de compras. Se fundó con el objetivo de profesionalizar la función de compras públicas e integrar la información para mejorar, modernizar y llevar mayor eficiencia a las compras públicas.

Recuadro 5.8. Red Federal de compras gubernamentales, Argentina

En Argentina, cada uno de los tres niveles de gobierno (nacional, provincial y municipal) era capaz de adoptar su propio régimen de contrataciones, lo que generaba ineficiencias para los proveedores, las autoridades contratantes y los ciudadanos. Los proveedores, por ejemplo, se enfrentaron a diferentes reglas en los contratos y sistemas de compras electrónicas, y al proporcionar bienes, servicios y obras en diferentes provincias a menudo se les requirió reenviar los mismos documentos para cada procedimiento de compras. Esto incrementó los costos para presentar ofertas y tuvo un impacto negativo en la competencia.

En 2009, las autoridades contratantes de 17 niveles de gobierno crearon la Red Federal de Contrataciones Gubernamentales. Sus principales objetivos fueron: 1) fortalecer los regímenes contractuales de los miembros; 2) intercambiar buenas prácticas; 3) promover la generación de capacidades; 4) establecer mecanismos de cooperación e intercambio de información; y 5) promover la armonización de leyes.

La red se reúne con regularidad e invita a funcionarios o expertos de otras entidades (como la agencia de competencia) para hablar sobre temas relevantes. Los miembros de la red han reportado que las reuniones son útiles y que les permiten mejorar sus procesos de compras.

Fuente: OECD (2019), *Combate a la colusión en contrataciones de obras públicas en Argentina*, www.oecd.org/daf/competition/combate-a-la-colusion-en-contrataciones-de-obras-publicas-en-argentina.htm

De 2016 a 2018, el OSCE publicó reportes anuales – *Estudios de Contratación Pública: niveles de competencia en el mercado estatal* – que se encontraron disponibles en su sitio web y arrojaron reflexiones sobre la intensidad de la competencia en las compras públicas en Perú.¹⁰ Los reportes mencionaron el número de ofertas presentadas en los procesos de compras, desglosando los resultados por tipo de compra, entidad y región. El OSCE debe considerar publicar estos reportes nuevamente y enviarlos a EsSalud, Indecopi y otras instituciones interesadas.

5.3. Mejorar la recolección y el análisis de los datos de compras

EsSalud no cuenta con una base de datos de compras centralizada que agrupe todas las compras a través de todos sus departamentos. Los principales compradores, como la CEABE y el Departamento de Logística mantienen sus propias bases de datos.

EsSalud debe establecer una base de datos integral y alimentarla con información relevante relativa a todos sus procesos de compras, como investigación de mercado, número de licitadores, artículos adquiridos y precios. La información de estos conjuntos de datos debe ser detallada y confiable para permitir que diferentes departamentos de EsSalud realicen análisis de los datos de compras, incluyendo datos sobre el cumplimiento de contratos.

La experiencia de la OCDE en proyectos para el combate de la manipulación de licitaciones en las compras públicas en muchos países diferentes muestra que las bases de datos confiables y exhaustivas pueden mejorar la comprensión del mercado y así ayudar a diseñar compras que maximicen la competencia y reduzcan los riesgos de colusión.

Las bases de datos también pueden simplificar la detección de la manipulación de licitaciones al proporcionar un panorama general a largo plazo de las compras y de las relaciones entre las compañías, sus funcionarios y actores interesados, para detectar y corroborar las violaciones a la competencia.

Estos proyectos nacionales han ayudado a establecer ciertas buenas prácticas sobre la recolección y la calidad, la utilidad, la protección, el almacenamiento y el acceso de datos (Recuadro 5.10).

Recuadro 5.9. Buenas prácticas para garantizar bases de datos de compras fáciles de utilizar y relevantes

Los proyectos nacionales de la OCDE sobre la lucha contra la manipulación de licitaciones han ayudado a identificar algunas buenas prácticas para la segmentación y recolección de datos, la calidad y los métodos de registro, la utilidad y el acceso.

- 1) **Segmentación de datos.** Es importante identificar el objetivo de cualquier análisis propuesto para que de tal forma los datos recolectados se ajusten al propósito. Hacer esto de manera anticipada mejorará la información sobre el tipo y el formato de datos recolectados. Se debe consultar a los organismos que utilizarán los datos para que se incluyan sus requisitos. Se deben registrar todos los datos de las ofertas y del desempeño de los contratos.
- 2) **Calidad de datos.** La buena calidad de los datos es fundamental para obtener resultados útiles y exactos. El ingreso de datos debe garantizar que se registren en una forma estándar, congruente y libre de errores; por ejemplo, los campos debe ser uniformes, y las verificaciones de errores y discrepancias se deben integrar en la etapa de ingreso de datos.
- 3) **Facilidad de uso de los datos.** La información debe almacenarse en un formato de búsqueda que permita un fácil manejo y uso (por ejemplo, en hojas de cálculo o bases de datos en lugar de imágenes escaneadas de los contratos), y la fácil aplicación de los filtros y herramientas analíticas necesarias.
- 4) **Interoperabilidad de datos.** Las bases de datos mantenidas por las autoridades públicas deben ser interoperables en términos de formateo y referencia cruzada para permitir vincular las bases de datos y un análisis de base de datos cruzado en busca de indicios de manipulación de licitaciones.

- 5) **Acceso de datos.** Las bases de datos deben contar con derechos claros de acceso tanto para el ingreso como para la extracción de datos. En términos de salidas de datos se debe otorgar el acceso completo de manera gratuita a las autoridades de competencia para propósitos de ejecución de la ley.

Fuente: OCDE (2018), *Combate a la colusión en las compras públicas del IMSS: Impacto de las recomendaciones de la OCDE*, www.oecd.org/daf/competition/IMSS-procurement-impact-OECD-recommendations2018-ENG.pdf.

El Indecopi debe contar con derechos de acceso a cualquier base de datos de compras que establezca EsSalud, para que pueda analizar los datos de patrones sospechosos y descubrir y corroborar violaciones de competencia. En la actualidad el Indecopi obtiene información de compras únicamente del SEACE.

5.4. Acciones recomendadas

Para garantizar que las compras se basen en una información apropiada, la OCDE tiene las siguientes recomendaciones.

- Para que el PAC sea una herramienta de planificación eficaz, EsSalud debería completarlo y publicarlo lo antes posible (antes del inicio del año al que se aplica) y modificarlo el menor número de veces posible, ya que la publicación tardía y los cambios frecuentes socavan los beneficios de la planificación de la contratación.
- El PAC debería publicarse en un formato fácil de usar y con capacidad de búsqueda, como hojas de cálculo, y no como PDF, para permitir un análisis más fácil y mejorado de su contenido.¹¹
- La investigación de mercado debe estar centralizada en un departamento único de EsSalud, como la CEABE, y contar con recursos suficientes.
- Perú debe considerar la adopción de guías sobre el contenido mínimo de la investigación de mercado, que incluyan factores de suministro futuros más allá del precio. Estos factores pueden incluir la innovación, el ingreso al mercado, los proveedores extranjeros, el potencial de expansión de la producción existente y la capacidad de entrega. La investigación de mercado debe incorporar información sobre el desempeño del contrato, como la entrega y la calidad y las modificaciones del mismo.¹²
- EsSalud podría considerar actualizar sus propias guías sobre investigación de mercado, las cuales se publicaron bajo la PPL previa. Las nuevas guías deben incluir buenas prácticas por parte de otros proveedores de atención sanitaria en Perú y en el extranjero. Si corresponde, EsSalud debe considerar cooperar con el OSCE para estas guías, eventualmente a través de un acuerdo de cooperación.
- EsSalud debe monitorear los desarrollos del lado de los proveedores en el mercado, en particular en temas como caducidad de patentes y litigación y en casos de productos de fuentes originalmente únicas, el ingreso de nuevos proveedores. Para este fin, podría establecer un acuerdo de cooperación con la DIGEMID u otros actores interesados relevantes.
- EsSalud debería comprometerse con los proveedores en las primeras fases del proceso de compras para encontrar información relativa a los costos, precios, tendencias del mercado, productos o servicios y sus sustitutos.
- EsSalud debe tener cuidado de no redactar términos de licitación que sean demasiado similares a la información proporcionada por los proveedores potenciales durante el análisis del mercado. Existe el riesgo de que los proveedores se coludan durante el análisis de mercado o, si la información es proporcionada por un subconjunto de proveedores solamente, que las condiciones

de licitación basadas en esa información los favorezcan injustificadamente. EsSalud debería encontrar y utilizar una amplia variedad de fuentes para adaptar los términos de la licitación a la realidad del mercado.

- EsSalud debería considerar el intercambio de información y experiencias relacionadas a las compras con otros compradores públicos e instituciones relevantes.
- EsSalud debe establecer una base de datos exhaustiva y alimentarla con la información derivada de procesos de compras a través de la entidad, como elementos de investigación de mercado, cantidad de licitadores, artículos comprados y precios.
- El OSCE debe considerar volver a publicar sus reportes anuales sobre la intensidad de competencia en las compras públicas en Perú, *Estudios de Contratación Pública: niveles de competencia en el mercado estatal*, y distribuirlos a EsSalud y otras instituciones interesadas.

Notas

¹ Artículo 15 de la PPL, y Artículo 6 del RPPL. Para el PAC de 2021 de EsSalud, consultar www.essalud.gob.pe/transparencia/pdf/paac/PAC_ESSALUD_2021.pdf.

² Los artículos se definen en una forma restringida. Los artículos de la misma categoría (por ejemplo, mesas) aparecen de manera independiente en el PAC si tienen diferentes especificaciones (por ejemplo, diferentes tamaños).

³ Consultar, www.essalud.gob.pe/plan-anual-de-contrataciones-pac/.

⁴ El PAC de 2018 se adoptó el 12 de febrero de 2018 y el PAC de 2017 el 18 de abril de 2017.

⁵ Para los acuerdos marco, Perú Compras ha creado un “sistema de cotizaciones electrónico” (Cotizador Electrónico), una herramienta para obtener las cotizaciones de precios y permitir que los compradores públicos estimen el precio de los productos incluidos en los acuerdos marco. Inicialmente sólo estaba disponible para los compradores públicos en Lima y Callao, pero desde febrero de 2020 está disponible en todo el país y se puede acceder a él en la página web de Perú Compras. De acuerdo con Perú Compras, los compradores públicos necesitaban antes 68 días para realizar los actos previos a las licitaciones, incluyendo investigación de mercado; con el Cotizador Electrónico, se ha reducido a un día. Consultar, www.gob.pe/institucion/perucompras/noticias/81511-peru-compras-implementa-el-cotizador-electronico-a-nivel-nacional.

⁶ De acuerdo con el artículo 32 del RPPL, un organismo que recibe una solicitud de apoyo debe proporcionar asistencia.

⁷ Artículo 34 del RPPL.

⁸ Una innovación es la implementación nueva o significativamente mejorada de un producto (bien o servicio), proceso, método de comercialización o método organizacional en las prácticas comerciales, organización en el lugar de trabajo o relaciones externas (OECD/Eurostat, 2005^[31]).

⁹ Para mitigar los riesgos de corrupción, más de un funcionario público debe asistir a estas reuniones, y se deben mantener las minutas de la reunión.

¹⁰ El último informe anual, *Niveles de Competencia en el mercado estatal – Año 2018*, se publicó en diciembre de 2018; consultar, www.gob.pe/institucion/osce/colecciones/986.

¹¹ Esta recomendación debe implementarse por EsSalud y el OSCE, que vigila el SEACE.

¹² Esta recomendación debe ser implementada por el OSCE y Perú Compras, con la participación de los compradores como EsSalud.

6 Maximización del número de licitadores competidores

Fomentar la participación de un número suficiente de licitadores y la entrada de competidores potenciales incrementa tanto la competencia como la probabilidad de que una compra se encuentre libre de colusión. Este capítulo examina las formas en la que esto puede lograrse.

6.1. Priorizar licitaciones competitivas

Un método para limitar los riesgos de la manipulación de licitaciones es garantizar que un número máximo de licitadores creíbles forme parte de los procesos de compras públicas. Las tasas de participación elevadas hacen menos probable la colusión, dado que el conjunto de licitadores que necesitaría acordar un esquema de manipulación de licitaciones es mayor y el acuerdo podría lograrse con menos facilidad (OECD, 2009^[4]).

En Perú, la PPL establece la libre competencia como uno de los principios de las compras públicas (consultar Sección 2.1), y destaca que los compradores públicos deben promover el acceso y la participación de los proveedores en los procesos de compras, evitando al mismo tiempo requisitos y trámites innecesarios y costosos. Los compradores públicos tienen prohibido adoptar acciones que limiten la competencia de los proveedores.

Todas las convocatorias para las licitaciones, así como los términos de las licitaciones, se deben publicar en el SEACE, salvo para las comparaciones de precios y las adjudicaciones directas. Todos los compradores públicos, incluyendo EsSalud, están obligados a utilizar el SEACE para sus procedimientos de compras públicas, lo que crea una transparencia de oportunidades de compras que debería atraer a los licitadores.

La cantidad promedio de licitadores en las licitaciones de EsSalud es relativamente baja, entre dos y tres participantes para cada licitación. La Tabla 6.1 y la Tabla 6.2 muestran cuáles métodos utilizó EsSalud en 2019 y 2018, y la cantidad promedio de licitadores en cada uno.

Tabla 6.1. Métodos de compras utilizados por EsSalud, 2019

Año	Régimen	Método de compra	Cantidad	Cantidad (millones, PEN)	Número promedio de licitadores
2019	Ley de compras públicas No. 30225	Adjudicación simplificada	1 039	424.7	2.5
		Comparación de precios	43	2.2	3.2
		Concurso público	189	663.5	2.6
		Adjudicación directa	144	374.6	1.0
		Oferta pública	179	476.6	2.2
		Subasta inversa electrónica	88	255.8	3.1
	Otros regímenes	Adjudicación simplificada – Decreto No. 1355	1	1.1	1.0
		Contratación internacional	8	1.1	1.0

Fuente: CONOSCE, “Estadísticas de Contrataciones por Entidad”, <https://portal.osce.gob.pe/osce/conosce/indicadores-del-mercado-estatal.html>.

Tabla 6.2. Métodos de compras utilizados por EsSalud, 2018

Año	Régimen	Método de compra	Cantidad	Cantidad (millones, PEN)	Número promedio de licitadores
2018	Ley de compras públicas No. 30225	Adjudicación simplificada	838	196.7	2.1
		Comparación de precios	16	0.8	3.4
		Concurso público	168	1 420.6	2.5
		Adjudicación directa	108	416.2	1.0
		Oferta pública	197	549.8	2.1
		Subasta inversa electrónica	84	181.4	3.5
	Decreto No. 1017	Adjudicación de cantidad menor	4	6.7	2.2
	Otros regímenes	Adjudicación simplificada – Decreto No. 1355	1	2.9	3.0

Fuente: CONOSCE, “Estadísticas de Contrataciones por Entidad”, <https://portal.osce.gob.pe/osce/conosce/indicadores-del-mercado-estatal.html>.

EsSalud debe evaluar las razones detrás de los bajos niveles de participación en sus procedimientos de licitación y tomar medidas para incrementar la participación, como aquellas acciones que se recomiendan en la Sección 6.10.

Una baja cantidad de ofertas reduce la probabilidad de que las entidades públicas encuentren las mejores soluciones del mercado, mientras que incrementan la probabilidad de manipulación de licitaciones. Asimismo, un mayor número de licitadores genuinos puede dar lugar a precios más bajos, como se evidencia en un examen de evaluación de la competencia realizado por la OCDE en Rumania (Recuadro 6.1) y en un informe emitido por la autoridad de competencia española en 2019 (Recuadro 6.2).

Recuadro 6.1. Correlación entre el número de licitadores y los precios en el sector de la construcción, Rumania

En 2015, la OCDE llevó a cabo un examen de evaluación de competencia de las reglas de compras aplicables al sector de la construcción en Rumania e identificó ciertas decisiones de las entidades contratantes, como el establecimiento de plazos cortos para la presentación de ofertas, que pueden conducir a un menor número de ofertas.

La OCDE realizó un análisis cuantitativo y llegó a la conclusión de que un mayor número de ofertas conducía a una mayor reducción del precio de adjudicación en comparación con el precio estimado. Los valores de los contratos más grandes y los plazos más largos para la preparación de las ofertas se correlacionan con un mayor número de ofertas presentadas.

Al extrapolar los resultados del análisis a todos los procedimientos de la construcción en 2014 e incorporar diferentes factores, la OCDE estimó que una oferta aceptable adicional en cada uno de los procedimientos de compras en la construcción podría haber producido una media de EUR 418 millones de ahorros totales para los compradores, mientras que dos ofertas adicionales podrían haber producido aproximadamente EUR 871 millones en ahorros.

Fuente: OCDE (2016), *Revisiones de evaluación de competencia de la OCDE: Rumania*, www.oecd.org/publications/oecd-competition-assessment-reviews-romania-9789264257450-en.htm.

Recuadro 6.2. Panorama general de la autoridad de competencia española sobre las compras públicas en España

En 2019, la autoridad de competencia española (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, CNMC) publicó un informe en el que evaluaba el impacto de los procedimientos de compras más competitivos en la eficiencia económica en España. La CNMC cuantificó el efecto del procedimiento de compras en el costo de un contrato gubernamental.

El reporte mostró que existe una competencia débil en las compras públicas en España con una participación limitada en un número significativo de procedimientos: el 34% de los procedimientos realizados por la administración central tuvo un solo participante, mientras que el 66% tuvo tres o menos participantes. También, los contratos para cantidades pequeñas, que representaron un segmento significativo de todos los contratos, se adjudicaron con frecuencia sin un aviso de compras previo.

De acuerdo con el reporte, el gobierno pagó, en promedio, 9.9% menos por contratos licitados utilizando un procedimiento abierto (para el cual todas las compañías que satisficieron los requisitos de capacidad y solvencia pudieron presentar ofertas), en lugar de un procedimiento menos competitivo (como uno que permitió sólo ofertas de compañías seleccionadas previamente). La CNMC estimó que si el gobierno hubiera utilizado procedimientos abiertos en todas las licitaciones,* hubiera podido haber ahorrado alrededor de EUR 1 700 millones en el periodo de 2012-2016. El reporte concluyó que con cada licitador adicional el precio pagado por el gobierno reducía en un 2.1%

* El reporte reconoció que los procedimientos abiertos no pueden utilizarse en todos los casos, y que existen circunstancias en las cuales otros procedimientos pueden ser más apropiados. Sin embargo, la CNMC destacó que los procedimientos no abiertos deben utilizarse sólo en circunstancias excepcionales, debido al costo económico.

Fuente: CNMC (2019), *E/CNMC/004/18: radiografía de los procedimientos de contratación pública en España*, www.cnmc.es/sites/default/files/2797776.pdf.

La Recomendación sobre contratación pública de la OCDE fomenta el uso de licitaciones competitivas como el método de compra estándar y un uso restringido de las adjudicaciones directas (OECD, 2015^[19]). Las licitaciones competitivas son la forma más efectiva de obtener una buena relación calidad-precio. La competencia genuina entre los participantes que presentan ofertas de manera independiente impulsa la eficiencia, combate la corrupción, permite la obtención de resultados competitivos y puede generar ahorros. Por ejemplo, el uso de licitaciones competitivas por parte del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) durante el periodo de 2013 a 2017 resultó en precios entre 11.2% y 11.9% más bajos que los de las licitaciones de adjudicación directa o las restringidas a tres proveedores solamente (OECD, 2018^[20]).

El marco de compras en Perú permite adjudicar un contrato directamente a un proveedor específico en una pequeña cantidad de casos, que se estipulan en la sección 3.2. El marco para las adjudicaciones resulta claro, y las excepciones a las licitaciones públicas se encuentran estrictamente definidas. Durante la misión de investigación, varios actores interesados señalaron que, en general, no sólo las adjudicaciones directas se utilizaron raramente, sino que algunos funcionarios públicos se mostraron renuentes a utilizarlas incluso en casos de urgencia por temor a ser acusados de haber violado la ley.

EsSalud ha utilizado adjudicaciones directas durante la pandemia por COVID-19.¹ La pandemia creó una crisis sanitaria y económica sin precedentes en Perú, al igual que en otros países, y EsSalud se vio fuertemente involucrada en la gestión de la crisis sanitaria. Alrededor del mundo, los compradores públicos necesitaron urgentemente bienes sanitarios específicos para atención sanitaria en volúmenes dramáticamente mayores, en particular cubrebocas, equipo de protección personal, ventiladores, camas, medicinas, material de atención intensiva, pruebas de COVID-19, suministros de laboratorio e infraestructura hospitalaria (OECD, 2020^[21]). La reducción de la capacidad de oferta y el aumento de la demanda condujeron a que las administraciones públicas utilizarán adjudicaciones directas para satisfacer las necesidades de emergencia.

En respuesta a la pandemia por COVID-19, la OCDE publicó un documento con políticas que señalan sus recomendaciones a los compradores públicos y a las autoridades de competencia respecto al uso de adjudicaciones directas (Recuadro 6.3).

Recuadro 6.3. Recomendaciones de la OCDE para las compras de emergencia durante la crisis por COVID-19

La OCDE tiene las siguientes recomendaciones para las entidades de compras públicas.

1. Seguir las reglas y guías nacionales e internacionales sobre la emergencia y las compras relacionadas a COVID-19.
2. Utilizar adjudicaciones directas sólo para responder a necesidades actuales urgentes e imprevistas.
3. Verificar primero si los contratos existentes pueden renovarse o extenderse antes de proceder a una adjudicación directa.
4. Garantizar que un proveedor elegido para un contrato es el único capaz de suministrar los bienes, servicios y/u obras requeridas a tiempo. Si existen otros posibles proveedores, considerar si hay tiempo para realizar un procedimiento de compras competitivo por la vía rápida, como una adjudicación simplificada.
5. Utilizar, en la medida de lo posible, la inteligencia del mercado existente para tomar decisiones informadas sobre compras de emergencia. Los datos existentes sobre compras respecto a factores, como los precios observados, los proveedores y las capacidades pueden resultar de utilidad para crear un panorama general de las condiciones del mercado ante la pandemia y negociar los precios y las condiciones de entrega durante la crisis.
6. Agruparse con otros compradores y considerar la realización de adquisiciones conjuntas para atraer a los proveedores, lograr economías de proceso y limitar los picos de precios mediante economías de escala y el ejercicio del poder de compra.
7. Eliminar los procedimientos y contratos de adjudicaciones directas a medida que las necesidades sean previsibles y comenzar a planificar licitaciones competitivas para las necesidades a mediano y largo plazo derivadas de la crisis.

Las recomendaciones para las autoridades de competencia son:

1. Intensificar las iniciativas de promoción de competencia con entidades de compras para alertarles sobre las condiciones que justifican las adjudicaciones directas.
2. Estar atento y monitorear los patrones de venta sospechosos (como precios altos) en las compras de emergencia por COVID-19.

Fuente: OECD (2020), "COVID-19: Competition and emergency procurement" [COVID-19: competencia y contrataciones de emergencia], www.oecd.org/competition/COVID-19-competition-and-emergency-procurement.pdf.

EsSalud debe monitorear las razones para utilizar las adjudicaciones directas, incluso durante la pandemia por COVID-19, verificando si las condiciones de la PPL se están cumpliendo y el proceso se alinea con las recomendaciones políticas de la OCDE. El Recuadro 6.4 ilustra una investigación del Reino Unido sobre los contratos adjudicados durante los primeros cuatro meses de la pandemia por COVID-19 que encontró irregularidades en algunos de los procesos de adjudicación, la mayoría de los cuales fueron adjudicaciones directas o contratos directos bajo acuerdos marco existentes.

Recuadro 6.4. Investigación de las compras gubernamentales del Reino Unido durante la pandemia por COVID-19

El 18 de noviembre de 2020, la Oficina de Auditoría Nacional (National Audit Office, NAO) del Reino Unido emitió un reporte relativo a una investigación de las compras gubernamentales durante la pandemia por COVID-19 para el periodo comprendido entre marzo de 2020 y el 31 de julio de 2020.

Por dicha fecha, más de 8 600 contratos relacionados a la pandemia con un valor de GBP 18 000 mil millones se habían adjudicado. Los nuevos contratos representaron GBP 17 300 millones, de los cuales el 60% se había adjudicado a través de contratos directos; 39% directamente utilizando los acuerdos marco; y el 1% utilizando un procedimiento de licitación competitivo o un proceso de licitación competitivo a partir de un acuerdo marco.

La investigación de la NAO encontró que:

- los organismos adjudicadores no documentaron adecuadamente las razones por las que se eligió a un determinado proveedor y cómo se identificaron y mitigaron los riesgos asociados a la falta de competencia,
- ciertos contratos se adjudicaron después de que ya se había realizado el trabajo,
- la documentación en ciertos casos no respaldó las decisiones de compras clave, como proveedores con bajas calificaciones de debida diligencia que recibieron contratos o incertidumbre sobre la gestión de conflictos de interés,
- muchos de los contratos no se hicieron públicos a tiempo.

Aunque se reconoce que la pandemia por COVID-19 fue una circunstancia excepcional, el reporte enfatiza que el sector público debe siempre respetar ciertos estándares. Concluye con las recomendaciones para los organismos adjudicadores, incluyendo:

- la publicación de información básica sobre los contratos dentro de los 90 días posteriores a la adjudicación,
- el uso de documentación clara para establecer y utilizar procedimientos de contratación adicionales a las licitaciones abiertas,
- documentar claramente la forma en la que se han considerado las adjudicaciones directas y gestionado los posibles conflictos de interés o sesgos en el procedimiento de compras.

Fuente: National Audit Office (2020), *Investigation into government procurement during the COVID-19 pandemic: Report by the Comptroller and Auditor General* [Investigación en compras públicas durante la pandemia de COVID-19: reporte del contralor y auditor general], www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2020/11/Investigation-into-government-procurement-during-the-COVID-19-pandemic.pdf.

6.2. Reducir el tiempo de la contratación y los costos de licitación con especificaciones y documentos de licitación estándar

Utilizar especificaciones y documentos estandarizados que cubran todas las etapas del procedimiento de compras, desde la planificación hasta el contrato, optimiza el proceso, reduce el tiempo de preparación de la compra, reduce los costos de la licitación y fomenta la participación en las licitaciones.

Como se explica en la Sección 2.2, el OSCE ha adoptado documentos para licitaciones estándar para 20 tipos de procedimientos de compras utilizando diferentes procesos de selección, que se distinguen por

categorías de compras (suministro de bienes, servicios, consultoría de obras u obras) y tipo de proceso de selección (oferta pública, concurso público, adjudicación simplificada).² El OSCE también ha adoptado documentos de licitación estándar para dos servicios específicos (seguridad y limpieza).³ En el futuro, el OSCE debería consultar con el Indecopi la elaboración de los documentos de licitación estándar para garantizar que se consideren los aspectos relacionados con la competencia, tales como evitar restricciones innecesarias.

EsSalud, al igual que las demás entidades públicas, está obligada a utilizar estos documentos estándar.⁴ Como se indica en la Sección 2.2, los documentos de licitación estándar contienen una sección con términos generales sobre el procedimiento de compra y la ejecución del contrato, y una sección con términos especiales que debe completar la entidad compradora. Los términos generales son idénticos para todos los procedimientos de compras y cualquier cambio que se les realice conduce a la cancelación de una compra.

El OSCE debe considerar evaluar si los funcionarios de compras públicas están aplicando de manera correcta los documentos estándar. Esto es crucial no sólo para evitar el riesgo de cancelación, sino también para garantizar la igualdad de trato, con documentos estandarizados que se aplican de forma idéntica a través de la misma entidad (como EsSalud), así como en todas las entidades del sector público.

Como se detalla en la Sección 2.2, Perú Compras publica fichas técnicas y compila el Listado de Bienes y Servicios Comunes.⁵ Durante la misión de investigación, algunos actores interesados señalaron que el listado puede restringir la competencia al excluir a ciertas compañías que ofrecen productos similares más no idénticos a aquellos en la lista, incluso si dichos productos pudieran servir para el mismo propósito.

Además de Perú Compras, los ministerios como MINSA, a través de la CENARES, pueden estandarizar las especificaciones técnicas, los requisitos de calificación y las condiciones de ejecución al publicar (de manera total o parcial) fichas técnicas de estandarización (*fichas de homologación*).⁶ Perú Compras respalda el proceso y debe proporcionar una opinión favorable antes de que se apruebe la estandarización. Una vez que se adopta la ficha de homologación, se publica en el sitio web de Perú Compras y debe ser utilizada por todos los compradores públicos. En el caso de la estandarización total, los compradores públicos pueden comprar el artículo a través de un proceso de adjudicación simplificada.

En EsSalud, las fichas de homologación son preparadas por el IETSI. Pueden terminar siendo incluidas en el Listado de Bienes y Servicios Comunes (en cuyo caso los bienes y servicios deben comprarse a través de una subasta inversa electrónica) o en el catálogo electrónico de un acuerdo marco (en cuyo caso, los bienes y servicios deben comprarse de uno de los proveedores bajo el acuerdo marco).

Perú Compras indicó que las fichas de estandarización (homologación) reducen dramáticamente la cantidad de solicitudes de aclaraciones y comentarios (consultas y observaciones) por parte de los proveedores en los procesos de compras, incrementan la participación y permiten procesos más cortos, dado que las especificaciones técnicas de los productos ya se encuentran definidas.

El IETSI ha desarrollado fichas para más de 600 artículos, y su uso es obligatorio para EsSalud.

Los esfuerzos de estandarización realizados por Perú deben continuar y reforzarse. Sin embargo, durante la misión de investigación de la OCDE, los actores interesados señalaron que ciertas fichas de homologación pueden ser demasiado detalladas o imponer requisitos innecesarios. Las entidades que preparan las fichas de homologación y Perú Compras, que respalda este proceso, deben prestar atención a que la homologación no restrinja de manera inadvertida el acceso a las licitaciones, y que las fichas sean claras y no sean demasiado complicadas para los licitadores. Para garantizar que los requisitos incluidos en las fichas de homologación sean relevantes, Perú Compras publica las fichas en forma de borrador y, antes de que se adopten, celebra mesas técnicas con el mundo académico, las asociaciones, los principales compradores y vendedores, así como la sociedad civil.

6.3. Identificar ofertas conjuntas anticompetitivas

Los compradores públicos en Perú pueden permitir a las compañías presentar ofertas conjuntas y en consorcio. Los términos de las licitaciones pueden adaptarse para limitar el número de compañías que pueden participar en un consorcio, establecer un porcentaje de participación mínimo para cada una, o exigir que la compañía en el consorcio con la mayor experiencia demostrada tenga un porcentaje de participación mínimo.⁷ Las compañías no pueden ofertar en consorcios en licitaciones para acuerdos marco.⁸ Las compañías que participan en un consorcio no pueden presentar ofertas individuales o ser parte de otro consorcio en el mismo proceso de compra.⁹

La Recomendación de la OCDE (OECD, 2012^[5]) enumera las prácticas que no concuerdan con un mercado competitivo y que sugieren la posibilidad de manipulación de licitaciones. Entre estas existen casos donde “dos o más negocios presentan una oferta conjunta incluso cuando al menos uno de ellos podría haber presentado una oferta por su cuenta” y establece que “las ofertas conjuntas pueden ser una forma de dividir ganancias entre los manipuladores de licitaciones”.

Durante la misión de investigación, los actores interesados señalaron que, en la práctica, las entidades de compras públicas no tienen suficientemente en cuenta los costos y los riesgos de las licitaciones conjuntas, y los consorcios pueden ser aceptados incluso si las compañías que participan en ellos podrían haber licitado por separado. Como se indica en el Recuadro 6.5, esto puede ser anticompetitivo.

Recuadro 6.5. Criterios para determinar si una oferta conjunta es pro o anticompetitiva

Pro competitiva	Anticompetitiva
Los proveedores operan en diferentes mercados (de productos).	Cada compañía cuenta con las capacidades económicas, financieras y técnicas para cumplir el contrato por sí sola.
Los cooperadores proporcionan un servicio integrado único que nadie podría abastecer de manera independiente.	Los licitadores conjuntos son los competidores más fuertes en el mercado relevante.
Dos o más proveedores activos en diferentes áreas geográficas presentan una oferta única para la totalidad del área contratante, lo que produce eficiencias.	Una oferta conjunta no produce ninguna eficiencia, o las eficiencias no se pasan al comprador en términos de menor precio, mayor calidad o mejor entrega.
Dos o más proveedores combinan sus capacidades para cumplir un contrato demasiado grande para hacerlo de manera individual.	Un consorcio permite que sus miembros intercambien información sensible que puede dañar la competencia en futuras licitaciones.

Fuente: OCDE (2018), *Combate a la colusión en las compras públicas del IMSS: Impacto de las recomendaciones de la OCDE* www.oecd.org/daf/competition/IMSS-procurement-impact-OECD-recommendations2018-ESP.pdf

EsSalud debe ser explícito en las convocatorias de licitaciones en el sentido de que las ofertas conjuntas sólo se permiten cuando están justificadas y son pro competitivas, y debería solicitar información a los licitadores para evaluar si una oferta conjunta es pro competitiva, como solicitar explicaciones de los licitadores sobre el motivo por el cual no licitaron de manera separada, en particular cuando parece posible.

Los funcionarios de compras públicas necesitan criterios claros y específicos para determinar la naturaleza pro competitiva de las ofertas conjuntas (Recuadro 6.5 y Recuadro 6.6). La Autoridad danesa de la Competencia y el Consumidor publicó guías en 2018 (actualizadas en 2020) que proporcionan un buen ejemplo de orientación que puede ayudar a las autoridades contratantes a distinguir si una oferta conjunta es pro o anticompetitiva (Recuadro 6.6). Las guías anexas también contienen recomendaciones sobre temas relacionados con el intercambio de información en las licitaciones conjuntas (Danish Competition and Consumer Authority, 2020^[22]).

Recuadro 6.6. Guías de la Autoridad Danesa de la Competencia y el Consumidor sobre las licitaciones conjuntas

Las guías de la Autoridad danesa de la Competencia y el Consumidor (DCCA) indican que, a la hora de considerar la posibilidad de presentar una oferta conjunta en un proceso de contratación, las compañías deben prestar atención a las reglas de competencia, además de las reglas de contratación pública. La DCCA considera que, como regla general, la licitación conjunta es competitiva cuando las partes:

- no son competidores directos del contrato
- pueden ejecutar conjuntamente el contrato licitado para la autoridad contratante de forma significativamente mejor y/o más barata de lo que podrían hacerlo individualmente, siempre que las compañías no intercambien más información de la necesaria para cumplirlo.

Por el contrario, la licitación conjunta es, en principio, anticompetitiva cuando:

- las partes pueden presentar ofertas para el contrato de manera individual y, por lo tanto son competidores directos
- la colaboración no es benéfica para la autoridad contratante
- existen más partes en el consorcio de las necesarias para realizar el contrato licitado.

Cabe destacar que la DCCA indica que las compañías que consideran que su capacidad, *know-how* y/o recursos financieros son suficientes para un proceso de compras necesitan considerar si son parte de un grupo.

Las compañías pueden solicitar orientación informal por parte de la DCCA en lo que respecta a la presentación de licitaciones conjuntas.

En las guías, la DCCA también hace referencia a la manera en la que la información que se intercambia entre los miembros del consorcio puede dañar la competencia. Las compañías deben evaluar si pueden presentar ofertas solas antes de empezar a intercambiar información sensible, ya que si lo hacen, cualquier intercambio de información posterior sería ilegal. Las compañías solo pueden intercambiar información sensible en la medida en que sea estrictamente necesario y limitado. Incluso cuando el acuerdo de consorcio esté activo, resulta ilegal intercambiar información sensible que transgreda lo necesario para realizar el contrato. Por ejemplo, los intercambios de información relativos a precios, producción o ventas futuras, o relativas a las estrategias futuras de las compañías son ilegales.

Fuente: Autoridad danesa de la Competencia y el Consumidor (2020), *When companies bid jointly – guidelines for joint bidding under competition law*, www.en.kfst.dk/media/t1lmhwkt/20201211-guidelines-on-joint-bidding.pdf.

El Indecopi debería considerar publicar unas guías para las agencias compradoras sobre las condiciones para la presentación de ofertas conjuntas pro competitivas y abordar iniciativas de promoción, incluyendo

la generación de capacidades para los funcionarios de compras públicas con el fin de incrementar la concientización de los efectos que la presentación de ofertas conjuntas pueden tener sobre la competencia en una licitación, y para responder preguntas *ad hoc* de los compradores públicos sobre el tema. El Indecopi y el OSCE deben cooperar para proporcionar guías y abogacía, debido a que el Indecopi conoce la competencia y el OSCE entiende otros aspectos del proceso de compras, como la complejidad técnica y la necesidad del trabajo conjunto. El Recuadro 6.7 muestra un ejemplo de un caso donde se utilizaron consorcios para reducir la competencia y segmentar los mercados.

Recuadro 6.7. Caso de manipulación de licitaciones en el mercado para servicios de prevención de incendios, Italia

En 2019, la autoridad de competencia italiana, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) impuso multas de EUR 67 millones a siete compañías y una Asociación Profesional por formar parte de manipulación de licitaciones colusorias en el mercado para la provisión de servicios de prevención de incendios y por acordar precios de ofertas en licitaciones realizadas por autoridades regionales y locales a cargo de la prevención de incendios forestales. El Tribunal Administrativo de Latium sostuvo las decisiones tras la apelación.

La AGCM encontró que, entre 2005 y 2018, las partes coordinaron sus ofertas en los procedimientos de licitación dividiendo el mercado y distribuyendo los contratos entre ellos mismos para mantener sus respectivos contratos históricos y sus cuotas de mercado. Ofrecieron rebajas insignificantes o poco significativas (por debajo del 5%) en el 72% de las licitaciones, mientras que el 79% del valor total de la licitación se adjudicó tras una licitación con un solo licitador.

La AGCM primero evaluó la evidencia interna sobre el comportamiento paralelo y encontró que a pesar del alto número de autoridades regionales y contratos públicos, y de que las licitaciones se organizaban de forma escalonada, las partes no realizaron ofertas que se superponían. Cada parte (individualmente o en asociación con otros proveedores) sólo hizo una oferta para una licitación específica y finalmente obtuvo el contrato ofreciendo rebajas insignificantes.

Segundo, la AGCM evaluó la evidencia externa que consistía en intercambios entre las partes para asignar los contratos y determinar de manera conjunta los precios de la oferta ganadora seleccionada.

Estas licitaciones exigían que el ganador ofreciera servicios de helicóptero de extinción de incendios en varios helipuertos, para que en caso de incendio pudiera intervenir rápidamente. Dado que ninguna empresa disponía de los helipuertos, el personal y los helicópteros necesarios para licitar por sí sola, las compañías acostumbraban a licitar conjuntamente formando una asociación temporal de empresas, una forma de consorcio. La AGCM encontró que, en vez de ser un instrumento competitivo para permitir una mayor participación y distribuir los costos basándose en el número y el tipo de helicópteros proporcionados por cada compañía, las partes utilizaron la estructura de asociación temporal como un mecanismo para repartir las ganancias generadas por el contrato adjudicado, asegurando que cada participante pudiera disfrutar de un nivel de rentabilidad apropiado.

La AGCM evaluó un escenario contrafáctico, utilizando procedimientos de licitación no cubiertos por el comportamiento de manipulación de licitaciones que encontró que las asociaciones temporales que no formaban parte del acuerdo del cártel ofrecían rebajas significativamente mayores que los miembros del cártel.

Fuente: AGCM (13 de febrero de 2019), "Case I806 – Affidamento appalti per attività antincendio boschivo, Provvedimento n. 27563", [www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/5F57ADB103AA9703C12583B3004E9F7F/\\$File/p27563.pdf](http://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/5F57ADB103AA9703C12583B3004E9F7F/$File/p27563.pdf).

6.4. Permitir solo la subcontratación pro competitiva

Como se observó en la Sección 3.4, la subcontratación de partes de un contrato a terceros está permitida en Perú si no está prohibida en los términos de la licitación. Cuando se permite, la subcontratación no puede superar el 40% del importe original del contrato,¹⁰ y no se permite para los bienes que fueron decisivos en la selección del contratista y en el caso de consultores individuales. Los subcontratos específicos deben estar autorizados por el comprador público. De acuerdo con EsSalud, la identidad de los subcontratistas debe revelarse en la oferta, lo que ayuda a evitar futuros subcontratos anticompetitivos.

Los efectos pro y anticompetitivos generados por la subcontratación son similares a los de la licitación conjunta. Las compañías que pueden realizar un contrato por sí solas deberían ofertar individualmente entre sí, y no licitar como contratista y subcontratista. La Recomendación de la OCDE enumera la subcontratación como una de las prácticas que pueden indicar la manipulación de licitaciones, en particular en casos donde un “licitador ganador subcontrata repetidamente trabajos a licitadores no exitosos” o “no acepta el contrato y posteriormente se descubre que es un subcontratista” (OECD, 2012^[5]). El Recuadro 6.8 explica cómo los subcontratos pueden funcionar como un mecanismo de compensación en la manipulación de licitaciones.

Recuadro 6.8. Cárteles de rieles, Alemania

En 2012, 2013 y 2016, la Oficina Federal del Cártel o Bundeskartellamt impuso multas de EUR 225 millones a productores de rieles, puntos de conmutación y durmientes, que habían establecido cárteles en estos mercados por el periodo de 2001-2011.

El esquema de manipulación de licitaciones había afectado a todos los compradores públicos además de Deutsche Bahn y era un ejemplo de cómo un cártel puede garantizar la compensación a sus miembros mediante el reparto “justo” de los mercados entre sus miembros.

En el esquema, todos los miembros del cártel tenían un entendimiento compartido de que ciertos clientes “pertenecían” a ciertos proveedores. Al licitar cada contrato, otros proveedores preparaban ofertas cubiertas con precios pre acordados. Esto se vio facilitado por una práctica extensa de compradores que incluían a sus principales proveedores en la preparación de los documentos técnicos. Esto condujo a especificaciones técnicas estrechas, que en la práctica permitieron que sólo un proveedor presentara ofertas de manera exitosa.

Para que todos los miembros del cártel fueran recompensados, los licitadores perdedores solían ser compensados con subcontratos por el licitador ganador. En ocasiones, también recibirían contratos para estudios de planificación u opiniones de expertos, que en algunos casos serían recompensados pero no implementados.

Para reducir el riesgo de detección, los miembros del cártel en ocasiones asignaban un contrato a otro proveedor diferente al proveedor “regular” de la autoridad compradora.

Fuente: Bundeskartellamt (6 September 2013), “Fallbericht B12-16/12, B12-19/12”, www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Kartellverbot/2013/B12-16-11_B12-19-12.pdf?blob=publicationFile&v=7; Bundeskartellamt (14 de diciembre de 2012), “Fallbericht B12-11/11”, www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Kartellverbot/2012/B12-11-11.pdf?blob=publicationFile&v=4.

EsSalud puede considerar la posibilidad de exigir a los licitadores que revelen no sólo si habrá subcontratación y la identidad del subcontratista, sino también las razones por las que la subcontratación es necesaria para la ejecución del contrato.

La información recopilada, en especial las razones para la subcontratación, puede ser útil para establecer si la subcontratación genera eficiencias o, por el contrario, es probable que tenga efectos anticompetitivos. EsSalud debe estar atento a cualquier subcontratación que se lleve a cabo durante la ejecución del contrato.

El Recuadro 6.9 describe un caso en el que los consorcios y los subcontratos se utilizaron en los mismos procedimientos de contratación como mecanismos para aplicar la manipulación de las ofertas.

Recuadro 6.9. Esquema de manipulación de licitaciones en la construcción del metro, Brasil

En julio de 2019, la autoridad de competencia brasileña Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) impuso multas de hasta BRL 535 millones sobre 11 compañías y 42 individuos por participar en una conspiración de manipulación de licitaciones para contratos de construcción del metro.

La manipulación de licitaciones que afectó 26 licitaciones y 12 proyectos en los estados São Paulo, Distrito Federal, Minas Gerais y Porto Alegre, vieron a los participantes del cártel dividir las licitaciones entre ellos mismos y simular competencia en los procedimientos, por ejemplo, acordando en los precios de las ofertas.

El esquema de manipulación de licitaciones incluyó la participación en consorcios y subcontrataciones. Los miembros del cártel definieron qué compañías formarían parte de un determinado consorcio y cuáles presentarían ofertas de manera individual; cuáles compañías o consorcios presentarían ofertas cubiertas; qué consorcio ganaría la licitación y los mecanismos de compensación para los licitadores perdedores; así como qué licitadores retirarían ofertas o no presentarían ofertas en absoluto. La compensación incluyó pagos directos y subcontrataciones.

Fuente: CADE (2017), "Pesquisa Processual: 08700.003241/2017-81", https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAXAO1tMiVcl9FcFMR5UuJ6rLgPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBccOzZBOKbRxPo3tFq1hYGVET6kGfNjzb81bHaTHhs8mS.

6.5. Racionalización de la consolidación y centralización

Perú cuenta con varios mecanismos para consolidar y centralizar sus compras.

Como se describe en la Sección 2.3, la CEABE está a cargo de evaluar las necesidades internas de EsSalud y planea, compra y distribuye los bienes estratégicos incluyendo: 1) productos farmacéuticos; 2) dispositivos médicos; y 3) equipo médico. El Departamento de Logística realiza el mismo trabajo preparativo para los bienes, servicios y obras no estratégicos. Los centros médicos especializados de EsSalud en Lima y Callao, y las redes de proveedores a nivel nacional, así como los hospitales individuales también pueden realizar las compras.

A un nivel nacional en el sector de atención sanitaria, la CENARES cuenta con las facultades para comprar y distribuir bienes estratégicos a actores de atención sanitaria, incluyendo EsSalud. El MINSA publica un listado anual de los artículos que pueden comprarse a través de la CENARES. Los proveedores de atención sanitaria, incluyendo EsSalud, eligen qué productos desearían comprar, la CENARES realiza el proceso de compras de manera central y adjudica el contrato, y cada comprador (por ejemplo, EsSalud) realiza la compra bajo el contrato. La participación en este tipo de compras corporativas de la CENARES es opcional (consultar Sección 2.2.2 para obtener más detalles).

En la actualidad, EsSalud compra principalmente vacunas a través de la CENARES. EsSalud y la CENARES adquieren ciertos productos similares de manera independiente. Durante la misión de investigación, los actores interesados resaltaron que la planificación de compras de la CENARES no se realiza con suficiente anticipación, lo que resulta en que los proveedores tengan solo un corto tiempo para preparar las licitaciones.

También a nivel nacional, los catálogos electrónicos de los acuerdos marco (Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco) de Perú Compras son soluciones de compras centralizadas (Sección 2.2.4) que incluyen medicinas, equipo médico, accesorios y suministros. De acuerdo con Perú Compras, es importante seguir un orden específico en los procesos de compras y elegir los métodos de compra de acuerdo con la compra prevista. Las compras críticas, como compras complejas y de alto valor para artículos no estandarizados deben establecer unos estándares de calidad mínimos y aspirar a una mayor calidad, no al precio más bajo. Los artículos de apalancamiento, que son compras simples de alto valor se deben comprar a través de subastas inversas electrónicas, donde todas las especificaciones técnicas se estandarizan y la subasta tiene el objetivo de encontrar el precio más bajo. Por ejemplo, las medicinas moleculares estandarizadas pueden comprarse a través de subastas inversas electrónicas. Todos los artículos de rutina deben formar parte de los catálogos electrónicos para minimizar la duración y el esfuerzo en las compras. Durante la pandemia por COVID-19, Perú Compras estableció catálogos electrónicos de dispositivos médicos, como dispositivos diagnósticos y equipo de protección personal.

Asimismo, Perú Compras centraliza las compras a través de compras corporativas obligatorias que son aprobadas por un Decreto publicado por el Ministerio de Economía y Finanzas, y compras corporativas opcionales, basadas en acuerdos discrecionales interinstitucionales entre Perú Compras y las entidades del sector público (ambas se detallan en la Sección 2.2.4). En ambos casos, Perú Compras realiza el proceso de licitación y las entidades del sector público que se mencionan en el Decreto o que han acordado la compra corporativa a través de un acuerdo deben utilizar el contrato de Perú Compras para comprar los bienes y los servicios que cubre. Perú Compras no realiza compras corporativas para los artículos para los cuales otros organismos, como la CEABE o CENARES, utiliza compras corporativas.

Las compras corporativas están abiertas únicamente a proveedores nacionales. Esto contrasta con la regla que permite que EsSalud adquiera productos farmacéuticos o dispositivos médicos de proveedores no domiciliados en Perú y resulta más beneficioso. Limitar a los proveedores que pueden participar en los procesos de compras puede reducir la cantidad de licitadores y, por consiguiente, reducir la competencia, mientras que, al mismo tiempo, facilita la manipulación de licitaciones al reducir el grupo de competidores. Perú debe considerar eliminar las restricciones sobre licitadores extranjeros que participen en las compras corporativas.

En los países de la OCDE, los organismos centrales, como Perú Compras, están adquiriendo una importancia estratégica como facilitadores de la eficiencia. La centralización y la agregación de compras a menudo aumentan la relación calidad-precio, permitiendo a los gobiernos reducir la burocracia y los costos administrativos, al tiempo que aumentan el poder de negociación y obtienen mejores términos y condiciones (OECD, 2019^[17]). El caso de Chile, que se explica en el Recuadro 6.10, ilustra la forma en la que los acuerdos marco pueden generar ahorros a partir de la consolidación de la demanda.

Recuadro 6.10. Ahorros a partir de los acuerdos marco, Chile

En 2003, Chile introdujo acuerdos marco que su organismo de compras central, ChileCompra, implementó, otorgó y gestionó. El mismo año, la ley de compras públicas de Chile (Ley No. 19 886 del 30 de julio de 2003) exigió el uso de acuerdos marco dentro del sistema de compras electrónico nacional, ChileCompra Express. A partir de 2014, su uso ha aumentado consistentemente para determinadas categorías de productos, como los centros de datos y los servicios asociados. Como resultado, Chile ha logrado ahorros sustanciales tanto de la centralización como de la introducción de los acuerdos marco. ChileCompra calcula ahorros de precios basándose en la diferencia entre los precios propuestos por los licitadores que recibieron la adjudicación bajo acuerdos marco y el precio promedio propuesto por los últimos tres proveedores fuera del contrato.

Incrementar la cobertura de los acuerdos marco para bienes y servicios ha generado ahorros de procesos adicionales. Estos se estiman a partir de la diferencia entre los costos cargados por las autoridades contratantes después de emitir una orden de compra a partir de uno de los acuerdos marco de ChileCompra, y los costos generados por la publicación de una licitación pública o procedimiento de adjudicación directa. De acuerdo con ChileCompra, los ahorros de proceso ascendieron a USD 18.6 millones en 2017, o el 0.62% de la cantidad de las transacciones en general.

Tabla 6.3. Ahorros de ChileCompra, 2015-2017, USD, millones

	2015	2016	2017
Ahorros promedio	11.7%	19.5%	21.2%
Cantidades de transacciones totales	2 197	2 661	2 999
Ahorros totales	257	518	635

Fuente: OCDE (2019), Reformando la contratación pública: el progreso en la implementación de la Recomendación de la OCDE de 2015, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing, Paris, www.dx.doi.org/10.1787/1de41738-en.

Otros beneficios de la centralización son la profesionalización de los funcionarios dedicados exclusivamente a las compras de necesidades agregadas y el mayor control sobre la ejecución de los contratos (Sánchez Graells and Herrera Anchustegui, 2014^[23]).

Sin embargo, las compras centralizadas pueden tener ciertas consecuencias negativas sobre la competencia a medio y largo plazo, ya que la agregación de las compras a nivel central puede dar lugar a la concentración de la oferta y al aumento del poder de mercado (Recuadro 6.11). A mayor volumen de bienes o servicios comprados, menor la cantidad de proveedores con la producción y capacidad financiera necesarias. Debido a que los contratos centralizados tienden a ser poco frecuentes, las compañías menos resilientes pueden tener que salir del mercado, en particular si el comprador público es el comprador dominante de los bienes o servicios (Sánchez Graells and Herrera Anchustegui, 2014^[23]). Esto puede resultar en un menor número de proveedores lo que a su vez aumenta los riesgos de colusión. A largo plazo, la concentración del mercado tiene el potencial de incrementar los precios y tener un impacto negativo en la variedad y la innovación,¹¹ debido a que las compañías tienen menores iniciativas para competir entre sí. Además, un número limitado de proveedores también puede afectar negativamente la seguridad del suministro.

Recuadro 6.11. Caso de KL-Kuntahankinnat, Finlandia

En 2014, KL-Kuntahankinnat, un organismo de compra centralizado finlandés, llevó a cabo una licitación para un acuerdo marco de cuatro años para suministros sanitarios a nombre de tres municipios y un hospital de distrito. La convocatoria a la licitación estableció que otras entidades que utilizaban KL-Kuntahankinnat (que podían incluir a todos los municipios finlandeses) serían capaces de unirse al acuerdo marco en el futuro.

Los términos de compra establecieron que el acuerdo marco se adjudicaría a una compañía. Los licitadores no fueron capaces de licitar por lotes separados y se requirió que presentaran una oferta global que abarcara la gestión del inventario, los servicios de entrega a domicilio y un mínimo de 5 000 artículos en cada una de las 12 categorías de productos sanitarios. Los requisitos impuestos por KL-Kuntahankinnat excluyeron de hecho a todos los licitadores potenciales, excepto a dos.

Cuatro licitadores excluidos desafiaron el procedimiento de licitación ante el Tribunal de Mercado de Finlandia, que rechazó las demandas. La decisión se apeló ante la Suprema Corte administrativa de Finlandia, que encontró que los requisitos de la convocatoria a licitación sí restringían la competencia; también resolvió que la posibilidad para que otros licitadores presentaran ofertas conjuntas a través de consorcios o subcontratación no eliminaba las características discriminatorias, desproporcionadas y restrictivas de competencia del procedimiento de licitación. Los efectos negativos del acuerdo marco para proveedores únicos se consideraron especialmente graves debido a la duración de cuatro años del contrato.

Fuente: Kirsi-Maria Halonen (2016), "Framework Agreements Should Not Be Used Improperly or in Such a Way as to Prevent, Restrict or Distort Competition", www.howtocrackanut.com/blog/2016/12/8/framework-agreements-should-not-be-used-improperly-or-in-such-a-way-as-to-prevent-restrict-or-distort-competition-guest-post.

Perú debe simplificar su actual sistema de centralización en el sector sanitario. Este sistema se compone actualmente de los compradores corporativos sanitarios y de los acuerdos marco de Perú Compras; las compras corporativas de la CENARES; los gobiernos regionales y otras entidades públicas que compran bienes y servicios para la atención sanitaria; y dentro de EsSalud, la CEABE y el Departamento de Logística. Esto puede dar como resultado una fragmentación innecesaria de las compras, como lo ilustra el hecho de que EsSalud y la CENARES compran los mismos bienes de manera separada. EsSalud debe considerar trabajar de manera más cercana con la CENARES y Perú Compras, quizá a través de acuerdos de cooperación, para evaluar si la consolidación y la centralización de las compras en materia de atención sanitaria son benéficas y qué compras deben involucrar los procesos.

La planificación de compras, como se describe en la Sección 5.1, también puede ayudar a evaluar si la centralización resultaría benéfica. Los PAC bien diseñados, publicados de manera oportuna, ayudan a los organismos públicos a definir sus necesidades futuras y a permitirles, según corresponda, la coordinación de las compras centralizadas.

Los organismos de compras sanitarias de Perú deben considerar los riesgos de competencia en las licitaciones centralizadas, monitoreando la participación y buscando indicaciones de que los proveedores están siendo desalentados para presentar ofertas para ciertas licitaciones. Una adecuada investigación de mercado, que incluya bases de datos exhaustivas (Sección 5.3), puede ayudar a los organismos públicos a evaluar el impacto de la consolidación y la centralización en los procesos de compras y permitirles abordar barreras para la participación; por ejemplo, eliminando requisitos para cubrir la totalidad del territorio peruano o las ventajas de la incumbencia. Del mismo modo, Perú debería seguir la

evolución del mercado para que sus prácticas no conduzcan a una concentración innecesaria del mercado de proveedores o a la salida del mercado.

6.6. Dividir contratos en lotes

La Recomendación de la OCDE estipula que las autoridades de compras deben “siempre que sea posible, permitir ofertas en ciertos lotes u objetos dentro del contrato, o en combinaciones del mismo, en lugar de ofertas sobre la totalidad del contrato únicamente. Por ejemplo, en contratos más grandes se deben buscar áreas en la licitación que resultarían atractivas y apropiadas para empresas pequeñas y medianas” (OECD, 2012^[5]). La división de contratos en lotes puede promover la participación de proveedores más pequeños que podrían no contar con la capacidad para presentar ofertas para un contrato grande único y es una herramienta para evitar la concentración del mercado (Sanchez Graells, 2020^[24]).

La PPL permite que los compradores públicos dividan los contratos en lotes (bienes del mismo tipo) o en secciones (parte de una obra pública que tiene utilidad por sí misma).¹² EsSalud puede considerar dividir los contratos si cree que puede incrementar la participación de los licitadores, la cual en la actualidad es relativamente baja.

Las decisiones de dividir un contrato y cómo hacerlo en lotes requiere de un análisis relativamente complejo. Los funcionarios de compras públicas necesitan considerar las condiciones del mercado y el objeto del contrato, así como los riesgos de la manipulación de licitaciones, eligiendo los lotes de tal forma que no se facilite la repartición del mercado entre los licitadores.

Las *Guías sobre compras públicas* del Indecopi no proporcionan orientación sobre cuándo utilizar lotes ni la forma de definirlos. El Indecopi debe considerar proporcionar asesoría a los funcionarios de compras públicas sobre cómo proteger la competencia cuando se dividen los contratos en lotes, sobre la base de la orientación de la OCDE en la materia (Recuadro 6.12).

EsSalud también puede basarse directamente en la orientación de la OCDE sobre cómo dividir contratos en lotes (Recuadro 6.12).

Recuadro 6.12. Lista de verificación de la OCDE para proteger la competencia al dividir contratos en lotes

Cuándo dividir contratos en lotes

La decisión de dividir los contratos en lotes puede tomarse cuando el poder adjudicador está preocupado por el riesgo de que los grandes contratos agrupados puedan reducir la competencia. Esto puede deberse a:

1. las PyME eficientes o las compañías especializadas no pueden proporcionar el conjunto completo de bienes o servicios que el comprador está adquiriendo
2. la adjudicación del contrato a una sola compañía cuando las compras públicas representan la totalidad o la mayor parte del mercado para un cierto bien o servicio puede incrementar el poder de mercado del proveedor elegido y reducir el número de licitadores en futuras licitaciones.

Antes de dividir la licitación en lotes para responder a estas dos inquietudes, los compradores deben realizar un análisis de mercado para considerar, debido al tipo de producto o servicio que están adquiriendo, si licitar lotes más pequeños es la mejor solución.

Para 1: ¿No existen otros métodos para fomentar la participación de compañías especializadas más pequeñas? Por ejemplo, ¿la simplificación del procedimiento de licitación podría ayudarles a presentar ofertas para el contrato? ¿Podrían ser capaces de formar un consorcio para presentar ofertas conjuntas?

Para 2: ¿Los licitadores perdedores saldrían del mercado y por lo tanto ya no participarían en compras futuras? O ¿ellos y otros volverían a presentar ofertas en la siguiente licitación? De forma similar para compras futuras, ¿la fortaleza de las ofertas rivales se limitaría por su falta de experiencia o serían capaces de fortalecer sus ofertas y demostrar su experiencia contratando personal del contratista en turno?

Cómo dividir un contrato en lotes sin reducir la competencia

En la etapa previa a la licitación, la autoridad contratante debe:

1. proporcionar a todos los licitadores potenciales documentación de la licitación clara que incluya toda la información disponible y relevante sobre el producto o servicio por adquirirse para minimizar cualquier ventaja respecto al proveedor en turno; esto puede realizarse de manera electrónica y debe ser gratuito
2. considerar dividir un contrato en lotes cuando se entienda que compañías pequeñas o especializadas no participarán de otra forma en la licitación; por ejemplo, un lote adicional no debe excluirse si se espera que ese lote tenga menos competidores de lo que haría un grupo de lotes
3. permitir la presentación de ofertas por paquete cuando un licitador pueda presentar ofertas para diferentes combinaciones de lotes para obtener cualquier sinergia de costos disponible a partir de proporcionar un grupo más grande de bienes o servicios; obtener estas sinergias puede, por ejemplo, alentar a los licitadores no locales a presentar ofertas por paquetes incluso si no están dispuestos a presentar ofertas para lotes individuales

4. utilizar límites de adjudicación en lugar de límites de participación para evitar que todos los lotes se adjudiquen a una sola compañía, pero sólo si los beneficios ponderan claramente la menor competencia para el contrato
5. considerar hacer el número de lotes menor que el número de licitadores esperados, siempre y cuando no cree ineficiencia; esto puede hacer más difícil que los licitadores coludidos acuerden una división de lotes por lo que se mejora el valor alcanzado
6. considerar crear lotes que son de diferentes tamaños a la cuota de mercado de los licitadores, siempre y cuando esto no genere ineficiencia, para dificultar más que los licitadores coludidos acuerden división de lotes por lo que se mejora el valor alcanzado
7. considerar en las compras repetidas, realizar una división en lotes no predecibles (por ejemplo, cambiando el tamaño o la composición de los lotes), siempre y cuando no genere ineficiencia para reducir el riesgo de que la división de lotes facilite la colusión.

En la **etapa de licitación**, la autoridad contratante debe:

1. remitir a la autoridad de la competencia cualquier acción sospechosa llevada a cabo por los titulares para obstaculizar la capacidad de los rivales de presentar una oferta atractiva, lo que puede determinar si esto constituye una conducta de exclusión anticompetitiva
2. remitir a la autoridad de competencia cualquier acción sospechosa abordada por los licitadores para manipular la licitación
3. estar consciente de que la presentación de ofertas conjuntas puede ser anticompetitiva en los casos en que los licitadores pueden presentar ofertas de manera independiente.

Fuente: OCDE Public Procurement Toolbox (n.d.), "Lista de verificación para proteger la competencia cuando se dividen los contratos en lotes", www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/checklist-protecting-competition-splitting-contracts-lots.pdf.

6.7. Continuar el uso extendido de las compras electrónicas

La adopción de las compras públicas ayuda a reducir los riesgos de colusión al eliminar el riesgo de que los licitadores se reúnan en el mismo lugar al presentar sus ofertas o participar físicamente en otras etapas del proceso de licitación. También es probable que las compras electrónicas reduzcan los costos de la licitación para los licitadores potenciales (en particular, licitadores extranjeros solicitantes que operan en partes del país diferentes a la sede de la autoridad adjudicadora) y de tal manera, fomentar la participación e incrementar la competencia en las compras.

Las compras electrónicas también pueden generar ahorros para la administración pública gracias a la reducción en el tiempo de las compras, los recursos de personal, el espacio para eventos y el almacenamiento de documentos físicos, y menores costos organizacionales y de recepción para la presentación y apertura de ofertas y las adjudicaciones de los contratos.

Las compras electrónicas están muy extendidas en Perú. Todas las entidades públicas en Perú requieren utilizar el SEACE, independientemente de la cantidad o la fuente de financiamiento o si aplica la PPL u otra ley. Como se detalla en la Sección 3.3.1, el SEACE tiene los siguientes módulos:

- PAC
- actividades previas a la licitación
- proceso de licitación
- contratos y ejecución del contrato y registros de las órdenes de compra.

Las adjudicaciones directas y las comparaciones de precios se publican en el SEACE sólo una vez que ya se han adjudicado.

Cualquier persona puede buscar en el SEACE información sobre todas las compras públicas, nacionales y regionales.

Son bienvenidas las decisiones recientes (consultar, Sección 3.3.1) que dictaminan que las ofertas públicas y los concursos públicos se deben llevar a cabo a través del SEACE. Perú debería seguir avanzando en el uso de las compras electrónicas para todas las etapas de compras de todos los tipos de compras.

6.8. Garantizar la simplicidad de la inscripción en el Registro Nacional de Proveedores

Como se explica en la Sección 3.3.2, los proveedores que deseen participar en las compras reguladas por la PPL necesitan primero registrarse en el Registro Nacional de Proveedores (RNP), una plataforma electrónica compuesta por cuatro registros: 1) bienes; 2) servicios; 3) consultoría para obras; y 4) obras. Los proveedores pueden registrarse en uno o más registros.

Los requisitos para el registro de consultoría de obras y obras son onerosos. El registro requiere proporcionar información sobre experiencia en supervisión de obras o la elaboración de expedientes técnicos de obras, el proveedor potencial debe presentar copias de los documentos para demostrar la experiencia. Si un proveedor no puede demostrar la evidencia de la experiencia, se le asignará la categoría más baja en el RNP, lo que le permitirá participar únicamente en procedimientos de compras de menor valor (donde no se requiere experiencia o se requiere poca). Los requisitos de registro deben revisarse y, si corresponde, simplificarse más.

En principio, las compañías no domiciliadas en Perú pueden registrarse en el RNP, siempre y cuando primero designen a un representante legal local y registren el poder notarial relevante en los Registros Públicos de Perú. Este representante legal debe presentar un documento oficial al OSCE que demuestra que la compañía (o el documento equivalente para las personas físicas) es operacional, se emitió en el país de origen, con la traducción oficial al español. Si el documento presentado cumple con los requisitos, el representante legal puede registrar la información requerida en el sitio web del RNP y enviarlo al OSCE.

Sin embargo, el RPPL establece una regla de reciprocidad según la cual las compañías extranjeras deben ser tratadas como lo son las compañías peruanas en su país de origen.¹³ Por lo tanto, las compañías extranjeras pueden enfrentar ciertas restricciones o no se les puede permitir participar en licitaciones si su país de origen no permite que las compañías peruanas presenten ofertas para contratos públicos en su territorio.

6.9. Analizar ofertas de compañías relacionadas

Los compradores públicos pueden recibir ofertas de compañías relacionadas, por ejemplo que formen parte del mismo grupo de compañías, que sean matrices y subsidiarias, o que compartan Consejo Directivo o representantes legales (European Commission, 2021^[25]). Sin embargo, es importante que los compradores sean conscientes de los vínculos entre los licitadores, ya que esto podría ser un indicio de posibles distorsiones de la competencia. Las bases de datos integrales, que se mencionan en la Sección 5.3, son útiles para detectar dichos vínculos.

No obstante, los compradores no deben asumir que las ofertas de compañías relacionadas se han coordinado necesariamente. En lugar de ello deben brindar a las compañías la oportunidad de demostrar que sus ofertas son independientes y posteriormente determinar si las relaciones corporativas entre los licitadores pudieron haber tenido alguna influencia sobre su conducta en la licitación y si la competencia es genuina o no (European Commission, 2021^[25]).

En Perú, de acuerdo con la Opinión No. 256-2017/DTN del OSCE, las compañías del mismo grupo económico o que estén relacionadas de alguna manera no pueden presentar ofertas en el mismo proceso de compras. La OCDE recomienda que, en el futuro, Perú considere introducir una evaluación sobre una base de caso por caso para determinar si las compañías relacionadas han preparado sus ofertas de manera independiente, basándose en la evidencia proporcionada por las compañías. Dado que esta evaluación de la independencia de las ofertas será llevada a cabo por los compradores públicos, Perú debería primero desarrollar las habilidades de evaluación de los funcionarios que lleven a cabo este análisis. Perú debería tener cuidado de no limitar indebidamente la competencia en la práctica reduciendo el número de cotizaciones y ofertas de precios realmente independientes.

El Recuadro 6.13 ilustra la forma en la Corte de Justicia de la Unión Europea ha abordado este tema.

Recuadro 6.13. Ofertas presentadas por compañías relacionadas y la Corte de Justicia de la Unión Europea

Caso *Assitur*, sentencia del 19 de mayo de 2009

En 2003, la Cámara de Comercio de Milán (Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano) en Italia adjudicó un contrato de servicio de mensajería a SDA Express Courier. Un competidor, Assitur, impugnó la decisión alegando que, según la legislación italiana, SDA estaba vinculada a otro participante y debía haber sido excluida del procedimiento de licitación. Se solicitó a la Corte de Justicia de la Unión Europea (UE) que determinara si la ley italiana que prohibía a los negocios vinculados participar en el mismo procedimiento de licitación era compatible con el marco de compras públicas de la UE.

La Corte de Justicia estableció que sería contrario a la ley de la UE evitar que negocios automáticamente relacionados participaran en el mismo procedimiento de licitación, debido a que reducirían la participación en las licitaciones. La Corte consideró que una presunción irrefutable de que las ofertas presentadas para un mismo contrato por compañías vinculadas habrían implicado necesariamente una influencia mutua vulneraba el principio de proporcionalidad al no dar a las compañías la oportunidad de demostrar que no presentaban ningún riesgo de prácticas distorsionadoras de la competencia. La Corte señaló que los negocios dentro del mismo grupo pueden tener diferentes formas y objetivos que no obstaculizan la autonomía en sus actividades comerciales y económicas, incluyendo la participación en las compras públicas. Además, las relaciones entre los negocios en el mismo grupo pueden estar reguladas por disposiciones específicas, por ejemplo de naturaleza contractual, que garantizan independencia y confidencialidad de diferentes licitadores en el mismo procedimiento.

La Corte determinó que las autoridades contratantes deben evaluar los hechos en cada caso para determinar si la relación entre las compañías puede influenciar el contenido de las ofertas presentadas. La constatación de dicha influencia es suficiente para justificar su exclusión del procedimiento.

Caso *Lloyd's of London*, sentencia del 8 de febrero de 2018

En este caso, la Corte de Justicia analizó si la misma persona que firma diferentes ofertas socavaba la independencia y confidencialidad de los licitadores y por lo tanto, distorsiona la competencia.

En 2015 y 2016, la *Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria* (Arpacal) excluyó a dos sindicatos de Lloyd's del procedimiento de licitación de un contrato de servicios de cobertura de seguros alegando que las licitaciones serán atribuibles a un solo centro tomador de decisiones: las licitaciones habían sido firmadas por la misma persona (el representante de Lloyd's para Italia), utilizó formatos idénticos, contenía sellos oficiales con números consecutivos, e incluía declaraciones idénticas. Lloyd's declaró que es una persona legal colectiva con múltiples estructuras que incluye sindicatos separados, que operan de manera independiente uno de otro. El representante de Lloyd's tiene poder de firma legal por ellos.

La Corte de Justicia declaró que el mero hecho de que dos ofertas distintas hayan sido firmadas por la misma persona no puede justificar su exclusión automática del procedimiento de licitación si la misma firma es el único fundamento de la exclusión. La Corte determinó que, aun suponiendo que el representante de Lloyd's en Italia conociera el contenido de las ofertas, ello no demostraba que los sindicatos se hubieran consultado entre sí y que, en consecuencia, las relaciones entre ellos, junto con la intervención del representante, hubieran influido en sus ofertas. El poder adjudicador debe dar a los participantes la oportunidad de demostrar que sus ofertas se han elaborado de forma independiente.

Fuentes: Juicio de la Corte (Cuarta Cámara) del 19 de mayo de 2009, *Case C-538/07 Assitur v. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62007CJ0538>. Juicio de la Corte (Sexta Cámara) del 8 de febrero de 2018, *Caso C-144/17 Lloyd's of London v Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62017CA0144&qid=1624268427731>.

6.10. Acciones recomendadas

Para maximizar la participación de licitadores genuinamente competitivos, la OCDE tiene las siguientes recomendaciones.

- EsSalud debe evaluar el nivel de participación en sus licitaciones y eliminar cualquier barrera que encuentre.
- EsSalud debe monitorear las razones para las adjudicaciones directas, incluyendo aquellas realizadas durante la pandemia por COVID-19, para garantizar que se cumplen las condiciones de PPL.
- Al elaborar los documentos de licitación estándar, el OSCE debe consultar con el Indecopi para asegurarse de que considera los problemas relacionados con la competencia. El OSCE también podría considerar evaluar si los funcionarios de las compras públicas aplican los documentos estandarizados de manera correcta.¹⁴
- Las fichas de homologación deben ser claras, estar completas y no incluir requisitos que restrinjan inadvertidamente el acceso a las licitaciones, como condiciones innecesarias o que favorezcan a ciertos proveedores.¹⁵
- EsSalud debe aclarar en las convocatorias de las licitaciones que se permite la presentación de ofertas conjuntas y la subcontratación sólo cuando se justifiquen y sean pro competitivas y debe requerir información de los licitadores que justifiquen sus elecciones, como explicar el por qué no están presentando ofertas de manera separada si aparentemente es posible.

- El Indecopi en coordinación con el OSCE debe proporcionar una mayor orientación y promoción sobre las condiciones adecuadas para la presentación de ofertas conjuntas y subcontratación.
- Perú debe considerar permitir la participación de los licitadores extranjeros en compras corporativas.¹⁶
- Perú debe considerar simplificar su sistema de consolidación y centralización de compras en la atención sanitaria. Las estructuras actuales que incluyen a Perú Compras, la CENARES, los gobiernos regionales y otras entidades públicas y, dentro de EsSalud, la CEABE, el Departamento de Logística y las unidades descentralizadas, puede resultar en una fragmentación innecesaria de compras.¹⁷
- EsSalud podría considerar estrechar la cooperación con la CENARES y Perú Compras, eventualmente a través de acuerdos de cooperación, para evaluar en qué casos la centralización de las compras en la atención sanitaria podría ser benéfica y no generaría riesgos de concentración del mercado de proveedores.
- EsSalud podría considerar dividir contratos en lotes para incrementar la participación de los licitadores, que es relativamente baja. Podría apoyarse en los Lineamientos existentes de la OCDE sobre la forma de dividir un contrato en lotes.
- Perú debe analizar si los requisitos para el registro del RNP para consultoría de obras y obras puede ser menos oneroso.¹⁸
- Las entidades peruanas deben continuar utilizando las compras electrónicas para todas las etapas de compra de todos los tipos de compras.

Notas

¹ Por ejemplo, a través de la Adjudicación Directa No. 09-2020-ESSALUD/GCL-1, autorizada por la decisión de la Presidencia ejecutiva de EsSalud No. 328-PE-ESSALUD-2020, EsSalud adquirió bienes no estratégicos para pacientes con COVID-19 en el centro de atención y aislamiento Villa Panamericana.

² Para los documentos de licitaciones estandarizados del OSCE, consultar, www.gob.pe/institucion/osce/normas-legales/288481-001-2019-osce-cd.

³ Ambos adoptados por la Directiva del OSCE No. 018-2012-OECD/CD.

⁴ El Artículo 47.3 del RPPL establece que los compradores públicos deben utilizar los documentos estandarizados aprobados por el OSCE.

⁵ Para los productos médicos estandarizados, Perú Compras trabaja con la CENARES. En el momento de la preparación en mayo de 2021, había 738 fichas técnicas para la subasta electrónica de medicinas y 125 fichas técnicas para la subasta electrónica de dispositivos médicos.

⁶ Artículo 30.1 del RPPL. Para un listado de todas las fichas de homologación, consultar, www.perucompras.gob.pe/homologacion/relacion-fichas-homologacion-aprobadas.php.

⁷ Artículo 49.5 del RPPL.

⁸ Artículo 13 de la RPPL.

⁹ Artículo 52(e) del RPPL.

¹⁰ Artículo 147 del RPPL.

¹¹ Una innovación es la implementación nueva o significativamente mejorada de un producto (bien o servicio), proceso, método de comercialización o método organizacional en las prácticas comerciales, organización en el lugar de trabajo o relaciones externas (OECD/Eurostat, 2005^[31]).

¹² Artículo 39.2 de la RPPL.

¹³ Artículo 46.3 del RPPL.

¹⁴ Esta recomendación debe ser implementada por el OSCE y el Indecopi, eventualmente con la participación de compradores como EsSalud.

¹⁵ Esta recomendación debe implementarse por parte de las entidades que preparan las fichas de homologación y Perú Compras, que respalda este proceso.

¹⁶ El OSCE y los legisladores deben implementar esta recomendación.

¹⁷ Esta recomendación debe ser implementada por Perú Compras, el OSCE, entidades compradoras y legisladores.

¹⁸ El OSCE y los legisladores deben implementar esta recomendación.

7 Mejora de los términos de las licitaciones y los criterios para la adjudicación de contratos

Este capítulo examina las formas en las que el diseño de las licitaciones puede mejorarse en cuanto a la claridad, la integridad y los criterios para la elección de adjudicación.

7.1. Garantizar términos de licitaciones claros y completos

Los términos de las licitaciones deben ser lo más claros posible, ya que esto facilita que los proveedores potenciales tomen una decisión informada respecto a su presentación de ofertas para la licitación. Si los términos de las licitaciones no son claros, los licitadores serios pueden no arriesgarse a participar.

En Perú, el comité de selección o el organismo a cargo de las compras prepara los documentos de licitación. El OSCE ha adoptado documentos de licitaciones estandarizadas que debe utilizar EsSalud, así como también otros organismos públicos. Como ya se destacó previamente, los términos generales de estos documentos de licitaciones estandarizadas, que incluyen disposiciones relativas al procedimiento de compras y a la ejecución del contrato, no pueden sufrir cambios. Los términos especiales de los documentos estándar de licitación, que son los detalles específicos de cada compra, deben ser completados por la entidad compradora.

El OSCE verifica los procesos de compras más importantes y puede emitir un reporte, el cual puede indicar, por ejemplo, que ciertos términos de las licitaciones no son claros. Aunque este reporte no es vinculante, si se encuentra una violación relativa a ese término en una fase posterior, constituye un factor agravante.

Durante la misión de investigación, varios actores interesados destacaron que pueden existir mejorías en los términos de las licitaciones diseñadas por las entidades compradoras en Perú, incluyendo EsSalud. En específico, destacaron que los términos, en ocasiones no son adaptados a cada proceso de compras y no definen con claridad lo que se necesita comprar exactamente. Sin embargo, los actores interesados también destacaron que los términos de las licitaciones han mejorado recientemente.

Para garantizar que los términos de las licitaciones sean claros y completos, es importante que los compradores proporcionen a los licitadores potenciales la oportunidad de comentar y realizar preguntas. En Perú, la etapa de consultas y observaciones del proceso de compras (que se detalla en la Sección 3.3.2) permite a los licitadores pedir aclaraciones y hacer comentarios, si consideran que los términos violan la legislación. Si los participantes están en desacuerdo con las respuestas a una solicitud de aclaración o comentario, pueden impugnarlas ante el OSCE, que debe emitir un dictamen vinculante y publicarlo en el SEACE.

La legislación peruana requiere que se definan las especificaciones técnicas en términos objetivos y exactos y que se basen en la investigación de mercado. Sin embargo, como se explica en la Sección 5.2.1, la investigación de mercado suele centrarse únicamente en la determinación de precios y, en muchos casos, no es detallada. Como una regla, la unidad de EsSalud que requiera bienes, obras o servicios redacta las especificaciones técnicas y puede solicitar el apoyo del Departamento de Logística o delegarle las especificaciones a él. La participación del Departamento de Logística en la redacción de las especificaciones técnicas es positiva, debido a su experiencia en compras públicas.

Como se explica en la Sección 2.2.4 y la Sección 6.2, Perú Compras estandariza las especificaciones técnicas de bienes y servicios comunes preparando y adoptando fichas de especificaciones técnicas (*fichas técnicas*). Además, con el apoyo de Perú Compras, los ministerios pueden estandarizar las especificaciones técnicas, los requisitos de calificación y las condiciones de ejecución publicando fichas de homologación. Estos documentos, si se diseñan de forma adecuada, contribuyen a la claridad de los términos de las licitaciones.

Para asegurarse de que las especificaciones son claras, Perú Compras publica borradores antes de adoptarlas, realiza una consulta amplia con los actores interesados del sector público y privado, así como a la sociedad civil, y considera y responde a todos los comentarios antes de adoptar las fichas. Los borradores de las fichas de homologación para los ministerios también se publican para comentarios en el sitio web del Ministerio que realiza la homologación, y en el SEACE durante por lo menos 10 días hábiles. El Ministerio concerniente tiene 10 días hábiles para realizar la evaluación y, si corresponde, modificar el borrador. Antes de aprobarlo, el Ministerio debe solicitar la opinión favorable de Perú Compras. Perú Compras realiza un estudio y verifica que el borrador de la ficha cree competencia y sea técnicamente válido.

Todas estas iniciativas que conducen a una mayor claridad en las compras fomentan la participación de los licitadores creíbles y es probable que reduzcan el número de quejas de los licitadores que impugnan anuncios de licitación poco claros.

7.2. Priorizar requisitos funcionales y permitir sustitutos o soluciones alternativas

Los Lineamientos de la OCDE (OECD, 2009^[4]) recomiendan que los organismos públicos definan las especificaciones de las licitaciones en términos de requisitos basados en el desempeño que se enfoquen en objetivos, en lugar de métodos de implementación. De este modo, pueden fomentar soluciones alternativas o innovadoras, impulsar la competencia y a través de una presión competitiva, hacer menos probable la manipulación de las licitaciones.

La contratación basada en el rendimiento establece los objetivos del contrato, dejando a la discreción del adjudicatario la forma concreta de alcanzar dichos resultados. El buen rendimiento puede medirse con medidas de resultados comúnmente aceptadas y adecuadas al producto en cuestión, como la puntualidad, la fiabilidad y el cumplimiento de los objetivos del contrato. Los contratos basados en el rendimiento suelen contener un esquema de penalizaciones o recompensas por el rendimiento a lo largo del periodo del contrato. Debido a que la remuneración del contratista está relacionada con su capacidad de cumplir con los objetivos, dichos acuerdos proporcionan un incentivo para que el contratista mejore su desempeño y eficiencia (OECD, 2014^[26]). Las recompensas o sanciones pueden ser financieras o incluir extensiones de contratos para un servicio particularmente bueno. Por ejemplo, en el Reino Unido, la licitación del autobús Transport for London introdujo incentivos de desempeño para invertir en calidad por medio de extensiones a concesiones (Recuadro 7.1) (OECD, 2014^[26]).

Recuadro 7.1. Incentivos de calidad en las licitaciones del autobús de Londres, Reino Unido

En el Reino Unido, los contratos para la prestación de servicios de autobús en el Gran Londres se adjudican a través de un proceso de licitación gestionado por la autoridad de transporte Transport for London que tiene el objetivo de mejorar la calidad del servicio. Cada año, alrededor del 15-20% de la red está sujeto a licitación con operadores de autobuses privados presentando ofertas para los contratos para gestionar rutas específicas por períodos de cinco años. El criterio de adjudicación para las licitaciones es el “mejor relación calidad-precio”, que incluye el precio, la calidad y la seguridad. Se conceden prórrogas automáticas de dos años si los resultados cumplen una serie de indicadores cualitativos.

Los incentivos de calidad se introdujeron en 2001 y se han expandido de manera progresiva. Se trata principalmente de contratos de costos brutos con un sistema de pagos de incentivos y penalizaciones disuasorias relacionadas con el kilometraje y la fiabilidad; se basan en la calidad observada. En 2008 se introdujeron nuevos sistemas de pago por rendimiento, con una calidad de servicio que se mide a través de criterios que incluyen la fiabilidad en función del kilometraje (regularidad en los servicios de alta frecuencia, puntualidad en los servicios de baja frecuencia); la calidad del conductor y del vehículo; la calidad de la ingeniería; la satisfacción del cliente; la seguridad, y la seguridad de los pasajeros y del personal. Para la evaluación se utilizan varios sistemas de control, como las encuestas a los consumidores, las visitas anónimas y las inspecciones.

Fuente: OECD (2014), “Hearing on the Use of Tenders and Auctions – Issues Note by the Secretariat, Working Party No. 2 on Competition and Regulation”, DAF/COMP/WP2(2014)15, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2\(2014\)15/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2(2014)15/en/pdf).

De acuerdo con el RPPL, se pueden utilizar requisitos funcionales en las licitaciones. Las especificaciones no deben requerir un tipo específico de fabricación u origen, ni limitar indirectamente las opciones a un solo proveedor, ni favorecer a proveedores específicos o excluir a otros, ni requerir marcas o patentes específicas.¹ Sin embargo, en la práctica varios actores interesados destacaron que los términos de las licitaciones de EsSalud algunas veces están ajustados a proveedores específicos (no necesariamente a propósito, sino más bien debido a una investigación de mercado incompleta), y son específicos del producto y no están orientados al rendimiento.

7.3. Criterios de adjudicación del contrato (evaluación de ofertas) y utilización de factores distintos al precio

El RPPL proporciona un conjunto de criterios de evaluación de ofertas (Sección 3.3.2 y se detallan en la Tabla 7.1) que deben ser razonables y proporcionales al objeto de la compra. Si los documentos de las licitaciones estandarizadas del OSCE son aplicables, se deben utilizar sus criterios de evaluación, lo que evita que los compradores utilicen otros criterios de evaluación.

Los criterios específicos para cada proceso los determina el comité de selección que los aplicará para calificar y clasificar cada oferta. Los criterios y el peso atribuido a cada uno se establecen en el aviso del contrato incluyendo los términos de licitación publicados en el SEACE. El precio puede ser el único criterio.

Las entidades públicas pueden modificar los criterios después de las solicitudes y observaciones de los licitadores. Si un licitador realiza comentarios respecto a que la metodología de evaluación no se alinea con el RPPL, el comité de selección puede ajustar la metodología. Si existe una apelación adicional ante

el OSCE (Sección 3.3.2 y Sección 7.1), el OSCE evaluará la legalidad de la metodología y la ajustará a las disposiciones del RPPL, requiriendo un cambio en los términos de las licitaciones.

Tabla 7.1. Criterios de evaluación en la Ley de compras públicas (PPL)

Categoría	Criterios de evaluación
Bienes	<ul style="list-style-type: none"> ● Precio (obligatorio) ● Garantía comercial ● Programa de entrega ● Características específicas requeridas para el objeto de la compra, como sustentabilidad ambiental y social y mejoras ● Contratar fuerza laboral con discapacidades ● Otros establecidos en la documentación de licitaciones estandarizadas aprobados por el OSCE: <ul style="list-style-type: none"> – disponibilidad de servicios y reemplazos – capacitación de una fuerza laboral de la entidad – mejoras a los requisitos o condiciones técnicas
Servicios	<ul style="list-style-type: none"> ● Precio (obligatorio) ● Programa de entrega ● Garantía comercial ● Características específicas requeridas para el objeto de la compra, como aquellas que involucran sustentabilidad ambiental y social: <ul style="list-style-type: none"> – contratar fuerza laboral con discapacidades – sistema de gestión de seguridad laboral – sistemas de gestión ambiental ● Otras características establecidas en la documentación de licitaciones estandarizadas aprobadas por el OSCE: <ul style="list-style-type: none"> – capacitación de la fuerza laboral de la entidad – mejoras a los requisitos técnicos o las condiciones establecidas en la documentación de las licitaciones – sistema de gestión de calidad
Consultoría	<ul style="list-style-type: none"> ● Metodología propuesta ● Experiencia y calificación de fuerza laboral clave ● Criterios relacionados con el objeto de la compra, como equipo e infraestructura ● Otras características establecidas en la documentación de las licitaciones estandarizadas aprobadas por el OSCE
Obras	<ul style="list-style-type: none"> ● Características específicas requeridas para el objeto de la compra, como sustentabilidad ambiental y social y mejoras: <ul style="list-style-type: none"> – sistema de gestión de seguridad laboral – sistema de gestión ambiental ● Otras características establecidas en la documentación de las licitaciones estandarizadas aprobadas por el OSCE: <ul style="list-style-type: none"> – Capacitación
Selección de consultores individuales	<ul style="list-style-type: none"> ● Experiencia específica ● Calificaciones ● Entrevistas

Fuente: Artículo 51 del RPPL y OCDE (2017), *La Contratación Pública en el Perú: Reforzando Capacidad y Coordinación*, OECD Publishing, París, www.doi.org/10.1787/9789264278905-en.

Los criterios basados únicamente en el precio son adecuados para bienes, obras o servicios más estandarizados, en los que el costo es el principal problema para la autoridad contratante. El precio es un criterio objetivo y claro que limita el riesgo de que se cuestione la imparcialidad de una autoridad contratante y que se impugne la decisión en una corte.

Los criterios no relacionados con el precio se adaptan mejor a las licitaciones en las que el precio por sí solo es insuficiente para dar una buena respuesta a los requisitos de las autoridades contratantes (OECD, 2015^[3]). Este es el caso de proyectos técnicos, complejos e innovadores para los cuales los criterios de adjudicación que se basan en la calidad en lugar del precio pueden producir mejores resultados de compras y reducir el riesgo de colusión, debido a que es más difícil manipular la calidad que los precios. En México, por ejemplo, los criterios no relacionados al precio como los criterios de evaluación costo-beneficio, son obligatorios cuando los bienes o servicios contratados son técnicamente muy especializados o innovadores.

Los criterios de calidad pueden estar relacionados con el desempeño técnico y el registro de rastreo, características estéticas y operacionales, servicio de mantenimiento, asistencia técnica y experiencia del personal.

Durante la misión de investigación, algunos actores interesados señalaron que EsSalud suele utilizar el precio como criterio para seleccionar al ganador. Algunos productos complejos, como los productos farmacéuticos para tratar el cáncer, se compran a través de subastas inversas, donde el precio es el único criterio.

EsSalud debería considerar el uso de criterios de adjudicación distintos al precio, cuando la calidad y la innovación sean dimensiones relevantes de los bienes, servicios y obras adquiridos. Este es el caso, en particular, de los productos farmacéuticos no estándar. Los criterios de adjudicación basados en la calidad podrían premiar la innovación, además de reducir los costos.

En Perú, las reglas de calificación que miden la importancia relativa de cada criterio deben establecerse con claridad en la convocatoria de la licitación. Esto es congruente con la práctica de los Estados miembros y los no miembros de la OCDE. En España, la ley estipula que los criterios de adjudicación deben ser traducibles en cifras o porcentajes, mediante fórmulas incluidas en las bases de licitación. Algunos sistemas de compras permiten una clasificación descendente de los criterios (por ejemplo, en Suecia, España, Bulgaria y la República Checa). En Suiza, la jurisprudencia ha establecido que el precio debe recibir un peso de por lo menos el 20% en la calificación. En Ucrania, el peso relativo del precio o el costo del ciclo de vida agregado en la puntuación no puede ser menor al 70%. En Brasil y Costa Rica, el precio debe recibir un peso mayor a criterios distintos al precio. (OECD, 2015^[27])

El Recuadro 7.2 proporciona un ejemplo de criterios de adjudicación transparentes y objetivos.

Recuadro 7.2. Criterios de adjudicación transparentes y objetivos

Para garantizar que los criterios de adjudicación se definan de manera clara y objetiva:

1. utilizar como base de evaluación lo que sea económicamente más ventajoso, salvo que se trate de una compra de productos básicos, para la que se puede utilizar el precio más bajo
2. especificar las ponderaciones relativas de cada criterio y justificar cada una de manera anticipada
3. especificar en qué medida se tienen en cuenta los criterios económicos, sociales o ambientales
4. incluir y registrar cualquier acción que pueda realizar cualquier agencia de compras facultada con respecto a los criterios, como negociaciones y condiciones específicas.

Fuente: OECD (2009), *Principios de integridad en las contrataciones públicas*, OECD Publishing, Paris, www.oecd.org/gov/ethics/48994520.pdf.

7.4. Limitar las modificaciones del contrato después de la adjudicación

Los contratos pueden modificarse a solicitud de los proveedores si el comprador público lo aprueba, por las siguientes razones:

1. la ejecución de entregables adicionales
2. la reducción de entregables
3. extensiones de fechas límite
4. otras razones permitidas por la PPL o el RPPL, incluyendo cuando un proveedor ofrece bienes o servicios de calidad similar o mejor, si esto es aceptado por el comprador.

Además, los compradores públicos pueden aumentar o disminuir de manera unilateral los bienes, servicios y consultoría de obras adquiridos hasta un valor de 25% del valor del contrato, si esto es indispensable para lograr el objetivo del contrato y está debidamente justificado. En el caso de las obras públicas, los compradores pueden aumentar unilateralmente los entregables en un 15% del valor del contrato.² Cualquier modificación no debe afectar el balance financiero del contrato; si lo hace, el beneficiario debe compensar a la parte impactada.

La posibilidad de que los contratos se modifiquen después de la adjudicación, sobre todo de forma unilateral, puede desalentar la participación de los licitadores con aversión al riesgo. Además, las compañías que esperan tener que renegociar el contrato y se sienten seguras de su posición negociadora con la administración pública pueden actuar estratégicamente presentando ofertas bajas para ganar y luego aumentarlas mediante la negociación. Esto puede llevar a que los contratos se adjudiquen a licitadores más confiados en su capacidad de renegociar en lugar de a los más eficientes (OECD, 2014^[26]).

En la mayoría de las jurisdicciones, cuando es necesario modificar sustancialmente un contrato público, el supuesto de partida es que la modificación pondrá en marcha un nuevo proceso de licitación pública competitiva para dar a todos los posibles licitadores la oportunidad de presentar ofertas que se ajusten a las circunstancias alteradas (SIGMA, 2016^[28]). Las modificaciones limitadas a un contrato público existente se permiten con frecuencia cuando son necesarias y justificadas, como en situaciones donde se presentan circunstancias genuinamente imprevisibles. El Recuadro 7.3 muestra la manera en la que la Directiva de la Unión Europea sobre contrataciones públicas regula las modificaciones.

Recuadro 7.3. Modificación de contratos bajo la Directiva de la UE sobre contrataciones públicas

La Directiva de la UE 2014/23/EU sobre contrataciones públicas permite la modificación de un contrato sin la necesidad de realizar un nuevo procedimiento de compras sólo dentro de límites estrictos y situaciones específicas. En general, los contratos pueden modificarse cuando cualquier cambio no resulta sustancial.

La directiva establece seis modificaciones no sustanciales permitidas durante la vigencia de un contrato.

- 1) **Modificaciones expresamente previstas en los documentos de compras iniciales.** Las cláusulas de revisión en los documentos de compras deben ser claras, precisas e inequívocas; deben especificar el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones bajo las cuales pueden utilizarse. Las cláusulas de revisión no deben alterar la naturaleza general del contrato.
- 2) **Obras, servicios o suministros adicionales** que resulten necesarios, pero que no se incluyan en la compra inicial. Estos son solo posibles cuando un contratista no puede cambiarse por razones económicas o técnicas como la intercambiabilidad o interoperabilidad con el equipo existente, los servicios o instalaciones adquiridas bajo la compra inicial, y donde los cambios causarían una inconveniencia significativa o duplicación sustancial de costos para la autoridad contratante. Cualquier incremento en costos debido a modificaciones no debe exceder el 50% del valor del contrato original. Las autoridades contratantes que utilizan esta disposición para modificar un contrato deben publicar un aviso de modificación en el Diario Oficial de la Unión Europea (OJEU).
- 3) **Modificaciones debidas a circunstancias inesperadas** que una autoridad contratante diligente no podría haber previsto y que no alteran la naturaleza general del contrato. Cualquier incremento en costos derivado de las modificaciones no debe exceder el 50% del valor del contrato original. Las autoridades contratantes que utilizan esta disposición para modificar un contrato deben publicar un aviso de modificación en el OJEU.
- 4) **Reemplazo de un socio contractual** se permite en tres situaciones: a) cuando es la consecuencia de una cláusula de revisión clara, precisa e inequívoca, que establece el alcance y la naturaleza del reemplazo, así como las condiciones bajo las cuales puede utilizarse; b) cuando un contratista enfrenta cambios estructurales durante un contrato, como una reorganización interna, adquisición de una compañía, fusión, compra o incluso quiebra; c) la autoridad contratante por sí misma asume las obligaciones del contratista principal hacia sus subcontratistas.
- 5) **Modificaciones de bajo valor no sustanciales**, que deben ser: a) inferiores al umbral financiero relevante de la UE para el contrato; y b) menores al 10% del valor del contrato inicial para un contrato de suministro de servicios o menores al 15% del contrato de una obra.
- 6) **Otras modificaciones no sustanciales.** Se considera que las modificaciones son sustanciales y requieren un nuevo procedimiento de adjudicación cuando hacen que el contrato sea “sustancialmente diferente del inicialmente celebrado”. De acuerdo con la Directiva, este es el caso cuando la modificación: a) tiene un impacto sobre el procedimiento de compra inicial; b) cambia el balance económico a favor del contratista; c) extiende el alcance del contrato de manera considerable; y d) deja al contratista reemplazado en otras situaciones diferentes a las mencionadas anteriormente como cambios no sustanciales al contrato.

Fuente: Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32014L0024>

7.5. Acciones recomendadas

Para mejorar los términos de las licitaciones y los criterios de adjudicación de contratos, la OCDE tiene las siguientes recomendaciones.

- EsSalud debe considerar utilizar criterios de adjudicación de calidad, además del precio, cuando la calidad y la innovación sean dimensiones relevantes de los bienes, servicios y obras adquiridas. Por ejemplo, esto puede ser el caso para los productos farmacéuticos no estandarizados.
- EsSalud también debe considerar utilizar criterios de adjudicación que recompensen los ahorros en la ejecución de un contrato.
- EsSalud debe intentar no modificar los contratos adjudicados y permanecer atento a las renegociaciones. Las modificaciones de los contratos posteriores a la adjudicación, en particular las unilaterales, pueden desalentar la participación de licitadores con aversión al riesgo. También hacen que los licitadores presenten estratégicamente ofertas que no son auténticas con la expectativa de una renegociación.

Notas

¹ Artículo 16.2 de la RPPL

² Artículo 34 de la RPPL. Excepcionalmente, para obras públicas, los compradores pueden incrementar los entregables en hasta el 50% en el caso de temas que resulten de deficiencias en el expediente técnico o de circunstancias inesperadas. En estos casos, el pago debe ser autorizado por la CGR.

8 **Transparencia, divulgación e intercambio de información**

Desde la perspectiva de la ley de competencia, si bien la transparencia en relación con las oportunidades de contratación es necesaria para atraer el interés del sector privado y aumentar la participación en los procedimientos de compra, el intercambio excesivo de información durante y después del proceso de licitación se considera arriesgado, ya que puede facilitar la manipulación de las ofertas (OECD, 2009^[4]). En concreto, los proveedores que tienen fácil acceso a información detallada sobre la compra, así como a la identidad de los licitadores interesados y al contenido de sus ofertas, pueden utilizar esta información para llegar a los competidores y organizar un esquema de fijación de precios y asignación de mercados. Este capítulo recomienda medidas para establecer un equilibrio entre la transparencia y los objetivos de la política de competencia.

8.1. El PAC publicado y los detalles de los volúmenes, los costos y los plazos

La publicación de un PAC tiene efectos pro competitivos debido a que proporciona información a los proveedores sobre las oportunidades de compra, lo que les permite preparar y presentar ofertas. Sin embargo, si el PAC contiene demasiados detalles (de volúmenes, costos, lugares de entrega y calendarios, por ejemplo) y podría facilitar la formación de esquemas de manipulación de licitaciones.

El tipo y nivel de información que se incluye el PAC no lo decide EsSalud, debido a que todas las entidades públicas siguen las mismas reglas al redactar su PAC. Los reguladores de políticas de compras en Perú, como el OSCE, y los legisladores podrían considerar cuidadosamente la información exacta que se debe incluir en el PAC de tal forma que se vuelva una herramienta de planificación útil, mientras evita la previsibilidad en las compras públicas.

La Ley de compras públicas de Perú debe permitir la publicación de una versión redactada y simplificada del PAC, conservando la versión completa y detallada sólo para fines internos. En México, por ejemplo, la Comisión Federal de Electricidad elabora dos planes de compras anuales: una versión editada para una audiencia más amplia y la versión completa no pública para uso interno (Recuadro 8.1).

Recuadro 8.1. Dos planes anuales de compras de la Comisión Federal de Electricidad, México

Las regulaciones requieren que la Comisión Federal de Electricidad (CFE) de México tenga un programa de compras anual que enumere los bienes y servicios que se adquirirán durante el año de acuerdo con sus necesidades y proyectos. Este programa se crea en dos versiones: pública e interna. La versión pública contiene información agregada y excluye información comercial sensible y detallada que podría facilitar la manipulación de las licitaciones. Por ejemplo, la versión pública del programa de compras anual de la CFE del 2019 contiene el número de obras requeridas y su presupuesto general para cada departamento de la CFE, pero no contiene información descriptiva detallada sobre la naturaleza exacta de las obras, sus presupuestos o información en el cronograma de los procesos de compras.

Fuente: OCDE (2018), *Combate a la colusión en licitaciones en México: una revisión de las reglas y prácticas de contrataciones de la CFE*, www.oecd.org/daf/competition/OCDE-revision-de-la-CFE-2018.pdf

Una recomendación recurrente de la OCDE para los proyectos sobre manipulación de las licitaciones en las compras públicas es que los valores de referencia para cada licitación no deben incluirse en el PAC, para evitar que actúen como un punto focal de colusión y como una referencia de precio sobre la cual los proveedores podrían sentirse tentados a coludir y determinar precios. En Perú, volver público el valor estimado y de referencia de las compras ya no es obligatorio (Recuadro 9.2) y el Indecopi recomienda no publicarlos, incluyendo en el PAC.

8.2. No divulgación de todos los detalles de los licitadores y las ofertas no ganadoras

Bajo la PPL, EsSalud publica en el SEACE no sólo la invitación a la licitación y los documentos de licitación, sino también el registro de participantes, los nombres de los licitadores participantes en la etapa de consultas y observaciones, los cuadros comparativos de evaluación de las ofertas como base para la adjudicación del contrato, así como las reclamaciones de los licitadores contra el proceso de licitación y la adjudicación del contrato. El SEACE también incluye toda la información relacionada al desempeño del contrato, como garantías, ajustes de precios, extensiones de desempeño, órdenes de cambios en el contrato (adiciones y reducciones), penalizaciones y pagos eventuales. En resumen, todas las acciones de compra importantes se publican en el SEACE, excepto los secretos comerciales e información personal.

Existen consideraciones legítimas de política pública para decidir el tipo de información sobre las compras divulgada y con qué nivel de detalle, entre las que se incluyen la responsabilidad de los funcionarios públicos, la transparencia en la asignación de los presupuestos de los organismos públicos, la lucha contra la corrupción y la facilitación del acceso de los licitadores a la reparación legal en caso de que se perciba un perjuicio por una decisión relacionada con la contratación pública.

No obstante, la información detallada sobre los licitadores y las ofertas puede facilitar acuerdos colusorios al permitir, en primer lugar, que los licitadores potenciales identifiquen a sus competidores y de tal forma ser de ayuda en cualquier intento de colusión. En segundo lugar, una vez que se ha acordado un esquema colusorio, la información detallada sobre los licitadores y las ofertas permite que los miembros del cártel monitoreen el cumplimiento con los términos acordados, como por ejemplo si los miembros de otro cártel han dejado de manipular o proporcionar ofertas cubiertas acordadas, o cualquier otra forma de manipulación de licitaciones. Si el acuerdo del cártel no se ha respetado, los miembros del cártel “leales”

pueden decidir castigar a otros que se han desviado de los términos acordados. El castigo puede consistir en, por ejemplo, en una guerra de precios para disciplinar a la compañía desleal.

Es posible encontrar un equilibrio entre los objetivos de transparencia y rendición de cuentas y los objetivos políticos en materia de competencia, para de tal forma lograr ambos sin riesgos mayores. Si la liberación pública de información sobre ofertas y licitadores se retrasa un cierto tiempo después de la conclusión de la licitación y la información de los licitadores se anonimiza a lo largo del proceso de licitación (incluyendo la retención de la publicación del RNP), se obtendría beneficio de la transparencia y se mantendría la competencia. Para propósitos de información pública inmediata, se podría revelar el nombre del licitador ganador tan pronto como se adjudique el contrato.

8.3. Acciones recomendadas

Para equilibrar los objetivos políticos de integridad, transparencia y competencia, la OCDE tiene las siguientes recomendaciones.

- Los reguladores de políticas en compras, como el OSCE, y los legisladores en Perú, deberían considerar el tipo de información que se debe incluir en el PAC para que pueda ser de utilidad para la planificación, evitando al mismo tiempo la previsibilidad en las compras públicas.
- La Ley de compras públicas de Perú debería permitir la publicación de una versión censurada y simplificada del PAC, y la versión completa del PAC debería ser accesible solo para el personal de compras públicas.
- La Ley de compras públicas de Perú debería permitir retrasar la publicación de la información sobre las ofertas y los licitadores hasta un tiempo determinado después de la conclusión de la licitación. Para mejorar la rendición de cuentas, el nombre del licitador ganador debería hacerse público tan pronto como se adjudique el contrato.

9

Sensibilización sobre la colusión para licitadores y funcionarios de compras

La promoción de la competencia es una herramienta efectiva en la prevención y disuasión de la manipulación de licitaciones. Incrementa la concientización sobre los riesgos de la manipulación de licitaciones tanto para los compradores públicos, que pueden perder fondos, como para las compañías, que pueden enfrentar multas, y ayuda a los funcionarios públicos a diseñar mejores licitaciones y a mejorar la detección de cárteles. Este capítulo proporciona un panorama general de la promoción en Perú, así como sugerencias sobre cómo mejorarla.

9.1. Promoción de la competencia por parte del Indecopi: guías, opiniones y reformas legislativas

La misión de investigación de la OCDE estableció que la concientización entre los funcionarios y en el sector privado sobre las prácticas anticompetitivas relacionadas con las compras públicas es relativamente baja, pese a la promoción activa del Indecopi. En 2018, la autoridad de competencia publicó la *Guía para Combatir la Concertación en las Contrataciones Públicas* (Recuadro 9.1), guía sobre el combate a la manipulación de licitaciones que se dirige a proporcionar a los compradores públicos conocimiento para identificar la manipulación de licitaciones y las herramientas para maximizar la competencia en sus licitaciones (Indecopi, 2018^[13]). La guía se benefició de los comentarios que proporcionaron el OSCE y Perú Compras. El Indecopi también organizó una presentación de la guía en colaboración con estas dos entidades en marzo de 2019, y publicó un vídeo explicándolas.

Recuadro 9.1. Guía del Indecopi para combatir la manipulación de licitaciones, Perú

La guía del Indecopi señala un conjunto de características del mercado que vuelve más probable la manipulación de licitaciones incluyendo un número limitado de compañías, pocos o ningún competidor reciente, bienes o servicios homogéneos, o pocos sustitutos.

La guía recomienda las siguientes medidas para promover la competencia en las compras públicas.

- 1) Fomentar la centralización y consolidación de compras entre varios compradores públicos.
- 2) Evitar términos de licitaciones y especificaciones técnicas que favorezcan a ciertos licitadores, como compañías grandes o compañías que ofrezcan productos específicos y evitar requisitos desproporcionados.
- 3) Elegir factores de evaluación pro competitivos que se alineen con las necesidades del comprador público.
- 4) Mantener una comunicación fluida con el Indecopi.

Además, la guía identifica una serie de señales que pueden sugerir la existencia de manipulación de licitaciones.

Etapa	Señal de advertencia
Etapa preparatoria	Respuestas conjuntas de licitadores o respuestas idénticas o similares. Silencios o retrasos coincidentes a solicitudes de cotización.
Etapa de registro de participantes	Ausencia inesperada de ciertas compañías. Participación de compañías inusuales que puede indicar la presencia de un esquema para monitorear un pacto colusorio.
Etapa de consultas y observaciones	Consultas y observaciones idénticas o similares. Consultas u observaciones que parecen dirigidas a obtener una respuesta del comprador público favoreciendo a otro licitador.
Etapa posterior a la calificación	Desistimientos o descalificaciones inesperadas. Consortios entre empresas precalificadas.
Etapa de presentación de ofertas	Ofertas económicas o técnicas con patrones idénticos o repetidos. Perder de manera repetida u ofertas descalificadas. Reducciones repentinas o inusuales en los precios ofrecidos. Subidas repentinas o inusuales en los precios ofertados. Diferencias llamativas y sostenidas entre ciertas ofertas y el precio ganador. Ofertas y adjudicaciones de contratos que siguen un patrón geográfico. Proveedores que se retiran del procedimiento de selección o que desisten de presentar una oferta.

	<p>Rotación de ganadores de licitaciones.</p> <p>Consortios inusuales.</p> <p>Ofertas que contienen contenidos o formatos idénticos o similares.</p>
Etapa posterior a la adjudicación	<p>Ganador que subcontrata a ex competidores.</p> <p>El ganador no firma el contrato.</p>
Otras	<p>Contactos sospechosos, como competidores que se reúnen en fechas cercanas a los momentos cruciales del proceso de compra.</p> <p>Referencias habladas o escritas a un acuerdo entre licitadores.</p> <p>Instrumentos compartidos, como la misma cuenta bancaria o cuenta de correo electrónico.</p>
<p><i>Fuente:</i> Indecopi (2018), <i>Guía para Combatir la Concertación en las Contrataciones Públicas</i>, www.indecopi.gob.pe/documents/51771/2961200/Gu%C3%ADa+de+Libre+Competencia+en+Compras+P%C3%BAblicas.</p>	

La Ley de competencia proporciona al Indecopi la facultad de emitir, a su discreción, opiniones y recomendaciones dirigidas a otros organismos públicos con el objetivo de implementar medidas que promuevan la competencia como eliminar barreras a la competencia.¹ El receptor de la recomendación debe responder a la opinión o recomendación del Indecopi en un plazo de 90 días hábiles. Las opiniones y recomendaciones del Indecopi también se envían a la presidencia del Consejo de Ministros y al Ministerio de Economía y Finanzas.

El Indecopi ha publicado varias recomendaciones, incluyendo recomendaciones para enmendar la PPL (Recuadro 9.2).

Recuadro 9.2. Recomendaciones del Indecopi para enmendar las reglas de compras públicas, Perú

En agosto de 2018, el Indecopi emitió una recomendación al Ministerio de Economía y Finanzas y el OSCE con relación a la modificación de la Ley de compras públicas (PPL) y el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (RPPL). El Indecopi sostuvo reuniones con el Ministerio y el OSCE para explicar las recomendaciones a detalle.

De acuerdo con esta recomendación, se adoptaron cuatro enmiendas a la PPL y al RPPL en 2018.

- 1) Para intensificar la competencia y limitar los riesgos de manipulación de licitaciones, dejó de ser obligatorio publicar el valor estimado y de referencia de las compras.
- 2) Se estableció que una cooperación más estrecha entre el Indecopi y los responsables de compras públicas para apoyar las investigaciones sobre posibles infracciones a la competencia. Actualmente, el Indecopi está en contacto con las entidades públicas para brindarles capacitación y responder a sus consultas.
- 3) Se aclaró la inhabilitación de los proveedores sancionados por la manipulación de licitaciones. La que está prevista para las infracciones muy graves de la ley y después de que la resolución que determina la infracción queda firme (es decir, inapelable). En dichos casos, el OSCE registrará al infractor en su registro de inhabilitación. La legislación también especificó que la inhabilitación dura un año.
- 4) Los licitadores se vieron obligados a presentar un certificado de determinación de ofertas independiente (CIBD), una declaración jurada que indica que no llegaron a un acuerdo con los competidores con relación a su oferta.

Recomendaciones relativas a un proceso de compra en Machu Picchu

En diciembre de 2016, el Indecopi publicó una abogacía que analizó las condiciones de competencia en el mercado para servicios de transporte para turistas entre Aguas Calientes y Machu Picchu. La concesión por 30 años otorgada en 1995 a la compañía Consettur Machupicchu había sido declarada nula por los tribunales peruanos.

En esta abogacía, el Indecopi recomendó que la autoridad pública contratante convoque un proceso de compra estableciendo especificaciones técnicas claras y reglas transparentes, incluyendo entre otras, que ninguna de las compañías licitadoras estaría conformada por funcionarios o compañías relacionadas a Consettur. La autoridad informó al Indecopi que incorporaría las recomendaciones.

Recomendaciones a la Marina de Guerra del Perú

En agosto de 2019, el Indecopi publicó una abogacía relativa al proceso de compras públicas de la Marina de Guerra del Perú para comprar leche evaporada (Proceso de compra No. 21-2018-MGP/DIRCOMAT-1). El Indecopi identificó y analizó los requisitos que restringían la competencia y recomendó, entre otras medidas, evitar el uso de requisitos excesivamente específicos (como el peso específico de los artículos) que podría restringir la cantidad de compañías licitadoras. La Marina de Guerra del Perú incorporó las recomendaciones y modificó las técnicas, entre otras cosas, ampliando el rango de peso de los artículos.

Fuente: Indecopi (2016), *Abogacía de la competencia en el mercado de servicio de transporte turístico de acceso a la Ciudadela Inka de Machupicchu*, www.indecopi.gob.pe/documents/51771/1304314/ABOGACIA_1-2016.pdf; Indecopi (2019), *Abogacía de la competencia en los procedimientos de selección de la Marina de Guerra del Perú para la adquisición de leche evaporada*, <https://bit.ly/2RzLqUH>.

Los miembros del Congreso también pueden solicitar información que consideren necesaria de los organismos públicos, incluido el Indecopi.² El Congreso ha solicitado en varias ocasiones la opinión del Indecopi sobre proyectos de ley. Estos, como todos los reportes del Indecopi, se encuentran disponibles en su sitio web.³ Ninguna de las opiniones emitidas relativas a proyectos de ley se ha relacionado con las compras públicas.

La ley peruana no requiere que las entidades convocantes soliciten asesoría del Indecopi al preparar una licitación. Sin embargo, pueden hacerlo a su discreción. EsSalud podría considerar solicitar que el Indecopi analice la documentación de las licitaciones en borrador para procesos de compras de alto valor o procesos que se llevan a cabo en mercados donde la competencia parece limitada o que el Indecopi haya investigado o esté investigando.

9.2. Cooperación interinstitucional

En 2018, de acuerdo con los *Exámenes Inter-pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia: Perú 2018*, el OSCE no parecía estar consciente de los costos de la colusión en las compras públicas y del trabajo del Indecopi para evitar las conductas colusorias. El reporte recomendó que el OSCE y el Indecopi mejoraran su cooperación (OECD, 2018^[12]).

Desde entonces, esta cooperación se ha vuelto más cercana. En diciembre de 2019, el Indecopi, el Ministerio del Interior y el OSCE firmaron un acuerdo de cooperación interinstitucional para promover mejores compras públicas. Alentando a los firmantes, cada uno actuando dentro de su propio mandato, a desarrollar mecanismos conjuntos para evitar irregularidades en los procesos de compras públicas. El OSCE y el Indecopi también han cooperado para permitir que los funcionarios específicos del Indecopi tengan acceso a la base de datos de compras públicas del OSCE.

La PPL estipula que cuando un comprador público, el OSCE o el Tribunal de Contrataciones Públicas descubra indicios de posibles conductas anticompetitivas en un proceso de compras públicas, debe proporcionar toda la información relevante al Indecopi. Para salvaguardar la efectividad de la investigación, la información enviada al Indecopi es confidencial y no se notifica a ningún proveedor sospechoso de haber participado en un cártel de manipulación de licitaciones. El Indecopi cuenta con discreción para sus decisiones respecto a abrir el caso. Ambos casos de manipulación de licitaciones del Indecopi (oxígeno medicinal y hemodiálisis) se basaron en las notificaciones enviadas al Indecopi por EsSalud.

La cooperación entre el Indecopi y los organismos compradores respecto de la aplicación de la ley contra la manipulación de licitaciones sigue mejorando. El Indecopi recibe relativamente pocas denuncias de los organismos de compras sobre potenciales casos de manipulación de licitaciones. Durante la misión de investigación de la OCDE, los actores interesados indicaron que el procesamiento de las denuncias relacionadas con las compras del Indecopi es percibido como lento y que esto puede provocar que los compradores públicos sean menos proclives a contactar al Indecopi. Esta impresión probablemente se explique por el hecho que las investigaciones ex post de carteles toman mucho tiempo, mientras que los calendarios de la contratación pública son más cortos. Indecopi podría explicar las diferencias entre los calendarios de investigación y de contratación cuando lleva a cabo capacitaciones para compradores públicos con el objetivo de clarificar qué puede esperarse de Indecopi.

La experiencia de la OCDE con proyectos nacionales muestra que los acuerdos de cooperación formales entre las autoridades de competencia y compras son útiles para aclarar lo que se puede requerir y esperar de cada organismo. Dichos acuerdos establecen los términos de la cooperación interinstitucional y del apoyo mutuo, y las condiciones y canales de comunicación, incluyendo el intercambio de información, el intercambio de evidencia y la provisión de apoyo en la investigación (OECD, 2020^[29]). El Indecopi ha

firmado memorándums de entendimiento (MoU) con Perú Compras; el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositran); y la Policía Nacional del Perú–Ministerio del Interior y el OSCE.⁴

Un resultado de este proyecto de la OCDE es un acuerdo de cooperación modelo entre EsSalud y Indecopi. Su meta es fomentar una asociación entre las dos entidades tanto para promover la competencia como para evitar la manipulación de licitaciones en las compras de EsSalud, y mejorar la detección y las investigaciones del Indecopi en la manipulación de licitaciones. El acuerdo modelo se basa en las buenas prácticas internacionales y fue revisado por las autoridades pares de competencia de Brasil, Colombia México y España. EsSalud también debe considerar adoptar un acuerdo de cooperación con el OSCE, para intercambiar buenas prácticas en compras públicas.

Recuadro 9.3. Puntos clave del Memorándum de entendimiento entre EsSalud y el Indecopi, Perú

El propósito del memorándum de entendimiento (MoU) es fomentar la cooperación entre EsSalud y el Indecopi, promover la competencia en las compras de EsSalud y mejorar la prevención, la detección y la investigación de la manipulación de licitaciones por parte de EsSalud y el Indecopi.

El MoU cubre las siguientes áreas de cooperación: asistencia en la aplicación de la ley; intercambio de información y recursos; capacitación conjunta y difusión para incrementar la experiencia en áreas de interés mutuo; y cooperación en la implementación de las recomendaciones de la OCDE incluidas en este proyecto de la OCDE-EsSalud sobre el combate a la manipulación de licitaciones en el sector sanitario de Perú.

Fuente: Borrador de MoU entre EsSalud y el Indecopi.

9.3. Capacitación del personal de compras públicas

La capacitación de los funcionarios sobre los riesgos, los costos, la prevención y la detección de la manipulación de licitaciones resulta extremadamente útil. Los funcionarios de compras a menudo se encuentran en la mejor posición de detectar señales de colusión en las licitaciones públicas, debido a que tienen acceso a los datos y a los documentos de las licitaciones, para observar patrones de conductas en el proceso de licitación y un conocimiento exhaustivo del mercado relevante. Al adquirir el conocimiento apropiado, los funcionarios públicos también pueden diseñar licitaciones que dificulten la manipulación de licitaciones. Los Lineamientos de la OCDE recomiendan que las agencias de compras capaciten con regularidad a su personal en la prevención y detección de la manipulación de licitaciones (OECD, 2009^[4]).

Es importante garantizar que la capacitación de las compras públicas de alta calidad sea accesible. Esto requiere hacer disponible la capacitación para los funcionarios en compras públicas a nivel central y sub central, sin costo alguno o a bajo costo (incluyendo becas), utilizando capacitación digital y publicitando oportunidades de capacitación de forma anticipada.

Entre abril y agosto de 2019, el Indecopi llevó a cabo actividades de capacitación sobre sus guías de compras públicas con más de 400 funcionarios en Lima, Huancayo, Iquitos, Cusco, Arequipa, y Chiclayo. El Indecopi ha impartido también talleres de capacitación sobre el mismo tema para más de 300 funcionarios de la CGR y 25 funcionarios del OSCE.

Perú Compras y el OSCE también han llevado a cabo actividades de capacitación en todo Perú. EsSalud se ha beneficiado de la asistencia y de los talleres de Perú Compras. Todos los programas de capacitación

sobre compras públicas ofrecidos por el Indecopi, el OSCE y Perú Compras son gratuitos. El plan anual de capacitaciones de Perú Compras se encuentra disponible en su sitio web.

El uso de opciones en línea y digitales para impartir o dar soporte educativo pueden reducir el tiempo y las restricciones geográficas y mejorar el acceso a la capacitación. El aprendizaje en línea permite una experiencia de aprendizaje más personalizada, con cursos adaptados a las limitaciones de tiempo y a las necesidades particulares de los alumnos (OECD, 2016^[30]). El Indecopi ha impartido capacitación en línea durante la pandemia por COVID-19; en julio de 2020, por ejemplo, proporcionó capacitación a 60 funcionarios de Perú Compras sobre el diseño de procesos de compras competitivos y la detección de conductas anticompetitivas. Los talleres se realizaron como parte del MoU entre el Indecopi y Perú Compras.

Noruega es un buen ejemplo de un enfoque sistemático de los cursos de aprendizaje en línea (Recuadro 9.4). México y Brasil también utilizan el aprendizaje en línea para desarrollar las capacidades de los funcionarios públicos en la lucha contra la manipulación de licitaciones (Recuadro 9.5).

Recuadro 9.4. Aprendizaje en línea para las compras públicas, Noruega

En vista de la necesidad de crear capacidades y de formar al personal en el sector público, y de los costos involucrados en los métodos tradicionales, en 2014, Difi, la Agencia noruega de gestión pública y gobierno electrónico, recibió la tarea de desarrollar programas de capacitación digitales y establecer una plataforma común para la distribución y el intercambio de dichos programas.

La plataforma de aprendizaje en línea resultante (laeringsplattformen.difi.no) se lanzó en junio de 2016 y desde entonces ha proporcionado a todas las entidades públicas y a sus empleados cursos de aprendizaje en línea gratuitos, así como les ha permitido compartir sus propios recursos de aprendizaje digital con otras entidades públicas.

Cualquier persona puede acceder fácilmente a ellos en computadoras, tabletas y teléfonos inteligentes con acceso a internet simple, y son compatibles con los navegadores web más populares. Una vez que los usuarios se registran e inician la sesión, se les ofrece una visión general de los cursos disponibles y de los que han comenzado y completado; también pueden descargar los certificados de los cursos realizados. La mayoría de los cursos incluyen material descargable. Se considera que el aprendizaje más eficaz es el que se realiza de forma mixta, combinando el estudio individual en línea con la participación en grupos de seminario. Las encuestas han demostrado que el 80% de los participantes aprecian esta forma de aprendizaje.

Al establecer la plataforma de aprendizaje, el gobierno estaba buscando lograr varias metas, incluyendo una mejor eficiencia de aprendizaje e incrementar la flexibilidad y el acceso a conocimiento nuevo y relevante. El aprendizaje en línea se eligió porque puede realizarse independientemente del tiempo y el lugar. Al reemplazar los cursos locales con capacitación conjunta, facilitando el intercambio de contenido, creando vías de aprendizaje holísticas y garantizando la consistencia entre las necesidades de desarrollo y reales, se ha mejorado la calidad de capacitación. Manejar una gran parte del aprendizaje digital a través de una unidad central ha permitido la gestión de mejores habilidades, mientras que se han incluido beneficios económicos para utilizar mejor los recursos, menores compras de asistencia para el desarrollo de cursos, menores cursos superponiéndose, y menores gastos en licencias, administrativos y operativos para la administración y la implementación.

Cursos en compras públicas

Desde junio de 2016, la Difi ha publicado cuatro diferentes cursos en compras públicas en su plataforma de aprendizaje. Los cursos duran entre 30 y 60 minutos, y normalmente se dividen en

módulos o episodios cortos, con frecuencia vídeos cortos, que se pueden tomar de manera independiente. Los módulos son una combinación de ejemplos prácticos, preguntas de opciones múltiples, e información y recomendaciones de compradores y administradores con experiencia. Los grupos objetivo son tanto compradores nuevos como con experiencia, así como administradores, y pueden incluir estudiantes universitarios.

Fuente: OCDE (2017), *La Contratación Pública en el Perú: Reforzando Capacidad y Coordinación*, Revisiones de Gobernanza Pública de la OCDE, OECD Publishing, Paris, www.dx.doi.org/10.1787/9789264278905-en.

Durante la misión de investigación, los actores interesados señalaron que no existe una estrategia específica para la generación de capacidades en las compras públicas. Sería útil que el Indecopi, el OSCE y los compradores, como EsSalud y Perú Compras, diseñaran una estrategia conjunta sobre los temas correctos y la frecuencia de la capacitación en las compras públicas y la competencia. También podrían considerar el desarrollo de una plataforma electrónica conjunta en la cual se puedan publicar oportunidades de capacitación en la vida real y en línea para funcionarios públicos y se pueda impartir generación de capacidades digitales, similar al ejemplo de Noruega que se describe en el Recuadro 9.4 o el de México y Brasil (Recuadro 9.5).

Recuadro 9.5. Aprendizaje en línea sobre la lucha contra la manipulación de licitaciones en Latinoamérica

Curso de CADE y ENAP sobre la detección de cárteles en compras públicas

En octubre de 2019, la autoridad de competencia de Brasil, CADE, lanzó un curso en línea en asociación con la Escuela Nacional de Administração Pública (ENAP) sobre prevención y detección de cárteles en compras públicas. Aunque se dirigieron principalmente a funcionarios a cargo de compras públicas (aunque esto no es obligatorio), el programa también está abierto al público y es accesible a través de la plataforma educativa gubernamental Escola Virtual do Governo (EVG). El programa toma 30 horas para completarse y para 2021, 6 100 personas se habían registrado y alrededor de 2 500 personas lo habían completado. El programa se dirige a dar preparación a los compradores para que identifiquen indicios de colusión entre competidores y que reporten dichas conductas a las autoridades apropiadas con el fin de prevenir, detectar y suprimir los cárteles en las compras.

Curso de la COFECE sobre el diseño de procedimientos de compras públicas competitivas y detección de colusión

La autoridad de competencia de México, la COFECE también ofrece un curso en línea sobre la prevención y la detección de la manipulación de licitaciones. Este curso se dirige a funcionarios públicos, tiene una duración de cuatro horas y se encuentra disponible en el sitio web de la COFECE. el curso introduce a los funcionarios a la ley de competencia de México y a la función de la COFECE; ofrece recomendaciones y buenas prácticas para diseñar procedimientos de compras competitivos y para detectar conductas potenciales de manipulación de licitaciones; y menciona los casos de manipulación de licitaciones más relevantes que ha investigado la COFECE.

Fuente: OCDE (2021), *Fighting Bid Rigging in Brazil: A Review of Federal Public Procurement* [combate a la manipulación de licitaciones en Brasil: una revisión de las compras públicas federales], www.oecd.org/daf/competition/Fighting-Bid-Rigging-in-Brazil-A-Review-of-Federal-Public-Procurement-2021.pdf; COFECE (n.d.), *Diseño de procedimientos de contratación pública competitivos y detección de colusión*, <https://cursos.cofece.mx/local/staticpage/view.php?page=diseño-de-procedimientos-de-contratacion-publica>.

Para proporcionar una respuesta nacional coordinada ante la manipulación de licitaciones en las compras gubernamentales, incluida la capacitación, el Departamento de Justicia de EUA estableció un grupo de combate a la colusión en contrataciones públicas noviembre de 2019 (Recuadro 9.6).

Recuadro 9.6. Grupo de combate a la colusión en contrataciones públicas de EUA: una respuesta nacional coordinada ante la manipulación de licitaciones

Fundada en noviembre de 2019 por el Departamento de Justicia de Estados Unidos, el grupo de combate a la colusión en contrataciones públicas (PCSF por sus siglas en inglés) es una sociedad entre procuradores de la división antimonopolio del Departamento de Justicia y la aplicación de la ley, incluyendo procuradores de las oficinas de abogados de Estados Unidos e investigadores de la Oficina Federal de Investigaciones, la Oficina del Inspector General del Departamento de Defensa, la Oficina del Inspector General en el Servicio Postal de los Estados Unidos, la Oficina de Investigaciones Especiales de la Fuerza Aérea de los Estados Unidos y el Departamento de Seguridad Nacional Oficina del Inspector General.

La PCSF busca disuadir la manipulación de licitaciones antes de que inicie el proceso de compras, así como detectar, investigar y perseguir la manipulación de licitaciones en caso de que ocurra. El objetivo de disuasión es atendido por la creación y el anuncio de la PCSF (considerada con un efecto disuasivo), así como la divulgación y la capacitación con funcionarios de compras (para el diseño de los procesos de compras) y proveedores, sobre violaciones de competencia y penalizaciones.

El objetivo de detección es atendido por la difusión a funcionarios de compras y proveedores que puede conducir a reportes hechos por oficiales sobre posible colusión en sus procedimientos y reportes y solicitudes de clemencia por parte de los proveedores. En el sitio web de la PCSF, el público puede revisar información sobre las leyes de competencia y programas de capacitación y reportar conductas anticompetitivas sospechosas que afecten las compras públicas.

Durante la pandemia por COVID-19, la PCSF impartió capacitación virtual a grupos de diversos tamaños sobre ofensas en competencia y riesgos de colusión con miles de agentes federales, investigadores criminales y científicos de datos, así como personal de compras federales, estatales y locales.

Durante el primer año del PCSF se abrieron más de dos docenas de investigaciones activas de gran jurado.

Fuente: United States Department of Justice (2021), "Procurement Collusion Strike Force", www.justice.gov/procurement-collusion-strike-force.

9.4. Creación de conciencia en el sector privado sobre los riesgos de la manipulación de licitaciones

Mejorar la comprensión de los riesgos de competencia en las compras públicas para el sector privado, incluyendo las PyME, se identificó como un tema para trabajos futuros en 2016 *Fighting bid rigging in public procurement: Report on implementing la OCDE Recommendation* [combate a la manipulación en compras públicas: reporte sobre la implementación de la recomendación de la OCDE] (OECD, 2016^[6]). Informar y capacitar al sector privado sobre los riesgos de los cárteles es un paso importante en el combate contra la manipulación de licitaciones. Las compañías deben saber qué conductas pueden constituir un delito contra la competencia; que la manipulación de licitaciones siempre es ilegal y que nunca se puede justificar o excusar; y que la colusión se castiga con sanciones severas, tiene efectos negativos sobre la reputación comercial y puede impedir el acceso a futuras oportunidades de compras.

Durante la misión de investigación, se señaló que varios fabricantes farmacéuticos en el sector privado tenían políticas de cumplimiento legales internas, incluyendo un funcionario de cumplimiento y actividades de capacitación anuales y que dichas políticas cubrían las obligaciones de las leyes de competencia. La Asociación Nacional de Laboratorios Farmacéuticos cuenta con un código de ética y políticas de cumplimiento internas, y lleva a cabo el desarrollo de capacidades para su Consejo Directivo, sobre temas que incluyen el programa de clemencia del Indecopi y acuerdos centrales y periféricos. La Cámara de Comercio de Lima tiene un oficial de cumplimiento y un código de conducta, y ofrece capacitación a sus miembros; también tiene memorándums de entendimiento con el Indecopi y la CGR.

Desde 2018, el Indecopi ha impuesto la adopción de un programa de cumplimiento a una compañía declarada culpable de una conducta anticompetitiva en 11 casos (todos ellos relativos a acuerdos horizontales).⁵ Los programas de cumplimiento impuestos por el Indecopi tienen dos partes: la primera establece un programa para detectar, detener y reportar conductas anticompetitivas, mientras que la segunda ordena el desarrollo de capacidades en materia de ley de competencia para el personal clave de la compañía. En 2020, el Indecopi produjo la *Guía de Programas de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia*⁶ para brindar asistencia a las compañías que deseen establecer un programa de cumplimiento (Recuadro 9.7). La *Guía* es congruente con las decisiones adoptadas por el Indecopi para imponer la adopción de un programa de cumplimiento.

Recuadro 9.7. Guía de Programas de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia del Indecopi, Perú

La guía de programas de cumplimiento del Indecopi es para compañías y se dirige a promover una cultura de cumplimiento que reduzca la probabilidad de conductas anticompetitivas.

Proporciona una definición de programas de cumplimiento; incluye una lista con los beneficios de implementar este tipo de programas; y determina los costos para las compañías que infringen la ley de competencia.

A pesar de reconocer que no existe una plantilla única para el programa de cumplimiento efectivo, el programa señala los factores que el Indecopi considera relevantes.

- 1) **Compromiso genuino por parte de la dirección ejecutiva para el cumplimiento**, como lo evidencia la asignación de recursos y el facultamiento del comité del programa.
- 2) **Identificación y gestión de riesgos actuales y potenciales** para permitir que una compañía reconozca las acciones o los remedios necesarios.
- 3) **Procedimientos y protocolos internos** diseñados para prevenir la aparición de los riesgos identificados.
- 4) **Capacitación de los empleados** que genera espacios de discusión e incrementa la motivación al cumplimiento.
- 5) **Actualización y monitoreo constantes del programa de cumplimiento** para permitir mejoras al programa y el logro de sus objetivos.
- 6) **Auditorías sobre programas de cumplimiento** realizadas por consultores externos.
- 7) **Procedimientos de consultas y quejas** que los empleados pueden utilizar en caso de consultas o infracciones potenciales.
- 8) **Designación de un funcionario o comité de cumplimiento** que debe ser independiente de la administración y vigilar la implementación del programa.

Además, la guía se refiere a ciertos componentes complementarios que pueden incrementar la efectividad de los programas de cumplimiento.

- 1) **Un manual de libre competencia** para el personal que resume la estrategia de la compañía para el cumplimiento de la competencia.
- 2) **Incentivos para empleados** para promover la participación para identificar riesgos e infracciones.
- 3) **Medidas disciplinarias** que siguen un proceso predeterminado y conocido.

La guía también incluye una sección que se enfoca en la aplicación de los programas de cumplimiento para las PyME.

Fuente: Indecopi (2020), *Guía de Programas de Cumplimiento de las Normas de Competencia*, www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/2501877/Gu%C3%ADa+de+Programas+de+Cumplimiento+de+las+Normas+de+Libre+Competencia+%281%29.pdf/f74e17e1-9409-07db-fffd-eeac122dbbda.

El Indecopi también ha brindado capacitación al sector privado, particularmente en el contexto de las declaraciones de infracción en las que ha impuesto la adopción de un programa de cumplimiento. El Indecopi también podría proporcionar el desarrollo de capacidades a petición de cualquier compañía interesada.

Los documentos de las licitaciones estandarizadas del OSCE requieren que las compañías que participan en un proceso de compras puedan compartir cualquier indicio de conducta anticompetitiva durante el proceso de compras con el OSCE y el Indecopi. Las compañías deben proporcionar toda la información solicitada por el OSCE o el Indecopi, declarar y responder a cualquier solicitud de aclaración, y cooperar en todo lo necesario.

Cualquier compañía que participe en un proceso de contratación debe presentar un certificado de determinación de oferta independiente (CIBD), una declaración jurada de que está participando en el proceso de compra de manera independiente, sin comunicarse con otros proveedores y confirmando que está familiarizado con los requisitos de la ley de competencia.⁷ La Recomendación de la OCDE sugiere el CIBD como herramienta para desalentar la comunicación entre licitadores; en los documentos estándar de la OSCE se incluye una versión de plantilla. Los licitadores deben tener conocimiento de que están conscientes de las disposiciones relevantes en la ley de competencia.

En general, la promoción y la creación de conciencia en el sector privado parecen estar avanzando hacia la dirección correcta. Se reforzaría si el Indecopi, el OSCE y los actores interesados relevantes, como procuradores, como EsSalud y el organismo de compras central, Perú Compras, diseñaran una estrategia conjunta sobre los temas correctos y la frecuencia de la capacitación para el sector privado y los funcionarios públicos (Sección 9.2.).

9.5. Acciones recomendadas

Para crear conciencia sobre los riesgos y los costos de la manipulación de licitaciones, la OCDE tiene cuatro recomendaciones.

- 1) EsSalud y el Indecopi deben cooperar basándose en el memorándum de entendimiento que ha preparado la OCDE, y desarrollar de manera conjunta un plan de acción a largo plazo para implementarlo.

- 2) El Indecopi, el OSCE, EsSalud y Perú Compras deben considerar diseñar una estrategia conjunta de capacitación sobre compras públicas y competencia para los funcionarios de compras públicas y el sector privado. Deberían serles otorgados los recursos necesarios para ello.
- 3) Las oportunidades de capacitación digital para los funcionarios públicos son útiles, de fácil acceso y a menudo gratuitas, por lo que se les debe fomentar.⁸
- 4) EsSalud debería realizar una evaluación *ex post* para valorar la implementación de este reporte y evaluar su impacto.

Notas

¹ Artículo 14.2(e) de la Ley de competencia.

² Artículo 96 de la Constitución y el Artículo 87 de la Regulación del Congreso.

³ Consultar, www.indecopi.gob.pe/en/informes-para-el-congreso-de-la-republica.

⁴ Consultar, <https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/7612/NP%20200818%20Capacitaci%C3%B3n%20a%20Per%C3%BA%20Compras.pdf?sequence=1>.

⁵ Artículo 49 de la Ley de competencia.

⁶ Consultar, www.indecopi.gob.pe/documents/51771/4663202/Guía+de+Programas+de+Cumplimiento+de+las+Normas+de+Libre+Competencia.

⁷ Artículo 52 del RPPL.

⁸ Esta recomendación debe ser implementada por el OSCE, Perú Compras, EsSalud y el Indecopi.

Anexo A. Leyes y regulaciones aplicables a las compras públicas en EsSalud

Compras públicas

Decreto Supremo No. 082-2019, Texto actualizado de la ley No. 30225, Ley de compras públicas (Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado).

Decreto Supremo No. 344-2018-EF, Regulación de la ley No. 30225 (Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado).

Directiva No. 02-CEABE-ESSALUD-2019 V.01, Directiva para la adquisición de productos farmacéuticos o dispositivos médicos con proveedores no domiciliados.

Directiva No. 001-2019-OSCE/CD, Bases y solicitud de expresión de interés estándar para los procedimientos de selección a convocar en el marco de la Ley No. 30225.

Directiva No. 006-2019-OSCE/CD, Procedimiento de selección de subasta inversa electrónica.

Directiva No. 007-2017-OSCE/CD, Disposiciones aplicables a los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.

Directiva No. 016-2016-OSCE/CD, Procedimiento para la inscripción, renovación de inscripción, aumento de capacidad máxima de contratación, ampliación de especialidad y categorías e inscripción de subcontratos de ejecutores y consultores de obra en el Registro Nacional de Proveedores, RNP).

Directiva No. 011-2019-OSCE/CD, Disposiciones para el contenido de los acuerdos de compra corporativa facultativa.

Directiva No. 009-2019-OSCE/CD, Emisión de Pronunciamiento.

Directiva No. 005-2019-OSCE/CD, Participación de proveedores en consorcio en las contrataciones del Estado.

Directiva No. 012-2017-OSCE/CD, Gestión de riesgos en la planificación de la ejecución de obras.

Directiva No. 023-2016-OSCE/CD, Disposiciones sobre la formulación y absolución de consultas y observaciones.

Directiva No. 022-2016-OSCE/CD, Disposiciones aplicables a las compras corporativas.

Directiva No. 002-2019-OSCE/CD, Plan Anual de Contrataciones.

Directiva No. 011-2016-CG/GPROD, Servicio de Control Previo de las Prestaciones Adicionales de Obra.

Regulaciones específicas de EsSalud

Ley No. 27056 de 1999, Ley de Creación de EsSalud.

Resolución de la Presidencia Ejecutiva No. 656-PE-ESSALUD-2014, Reglamento de Organización y

Funciones de EsSalud.

Resolución de la Presidencia Ejecutiva No. 226-ESSALUD-2015, Reglamento de Organización y Funciones del CEABE.

Manual de Procesos y Procedimientos de la Gerencia Central de Logística de EsSalud.

Acuerdo del Consejo Directivo No. 04-03-ESSALUD-2019, Código de Ética de EsSalud.

Otras regulaciones

Decreto Supremo No. 004-2019-JUS, Texto actualizado de la Ley No. 27444 sobre Procedimiento Administrativo General (Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General).

Decreto Supremo No. 021-2019-JUS, Texto actualizado de la Ley No. 27806 sobre Transparencia y Acceso a la Información Pública (Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública).

Decreto Supremo No. 072-2003-PCM, Regulación de la ley No. 27806 Transparencia y Acceso a la Información Pública (Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública).

Ley No. 27785 de 2002, Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

Ley No. 28716 de 2006 Ley de Control Interno de las Entidades del Estado.

Ley No. 27815 de 2002 Ley del Código de Ética de la Función Pública.

Decreto Supremo No. 033-2005-PCM, Regulación de la ley No. 27815 del Código de Ética de la Función Pública (Reglamento de la Ley del Código de Ética de la Función Pública).

Ley No. 1034 de 2008 Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Referencias

- Connor, J. (2014), *Cartel Overcharges*, Purdue University. [9]
- Danish Competition and Consumer Authority (2020), *When companies bid jointly - guidelines for joint bidding under competition law*, <https://www.en.kfst.dk/media/t1lmhwkt/20201211-guidelines-on-joint-bidding.pdf>. [20]
- European Commission (2021), *Notice on tools to fight collusion in public procurement and on guidance on how to apply the related exclusion ground*, http://dx.doi.org/2021/C_91/01. [23]
- Indecopi (2018), *Guía para Combatir la Concertación de las Contrataciones Públicas*, <http://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/2961200/Gu%C3%ADa+de+Libre+Competencia+en+Compras+P%C3%bablicas/>. [12]
- OECD (2021), *Government at a Glance 2021*, OECD Publishing, Paris, <https://dx.doi.org/10.1787/1c258f55-en>. [1]
- OECD (2020), *COVID-19: Competition and emergency procurement*, <https://www.oecd.org/competition/COVID-19-competition-and-emergency-procurement.pdf>. [19]
- OECD (2020), *Government at a Glance: Latin America and the Caribbean 2020*, OECD Publishing, <https://dx.doi.org/10.1787/13130fbb-en>. [2]
- OECD (2020), *Note on the Revision of the Recommendation on Fighting Bid Rigging*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD\(2020\)24/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD(2020)24/en/pdf). [27]
- OECD (2019), *Fighting bid rigging in the procurement of public works in Argentina*, <https://www.oecd.org/daf/competition/Fighting-bid-rigging-procurement-public-works-Argentina-EN-web.pdf>. [14]
- OECD (2019), *Report on the Implementation of the Recommendation of the Council on Public Procurement*, [https://one.oecd.org/document/C\(2019\)94/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/C(2019)94/FINAL/en/pdf). [16]
- OECD (2018), *Fighting Bid Rigging in IMSS Procurement: Impact of OECD Recommendations*, <https://www.oecd.org/daf/competition/IMSS-procurement-impact-OECD-recommendations2018-ENG.pdf>. [18]
- OECD (2018), *OECD-IDA Peer Reviews of Competition Law and Policy: Peru*. [11]
- OECD (2017), *OECD Reviews of Health Systems: Peru 2017*, OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264282735-en>. [7]
- OECD (2017), *Public Procurement in Peru: Reinforcing Capacity and Co-ordination*, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264278905-en>. [8]

- OECD (2016), *Checklist for Supporting the Implementation of the OECD Recommendation of the Council on Public Procurement*, [17]
<http://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/checklist-implementation-oecd-recommendation.pdf>.
- OECD (2016), *Fighting bid rigging in public procurement: Report on implementing the OECD Recommendation*, [6]
<https://www.oecd.org/daf/competition/Fighting-bid-rigging-in-public-procurement-2016-implementation-report.pdf>.
- OECD (2016), *Improving ISSSTE's Public Procurement for Better Results*, [15]
<https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264249899-en.pdf?expires=1614765612&id=id&accname=ocid84004878&checksum=50894CDE7DF9599EDC6FAC32792BE6F2>.
- OECD (2016), *Preventing Corruption in Public Procurement?*, [28]
<http://www.oecd.org/gov/ethics/Corruption-in-Public-Procurement-Brochure.pdf>.
- OECD (2015), *Hearing on Auctions and Tenders: Further Issues*, [25]
[https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=daf/comp/wp2\(2015\)1&doclanguage=en](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=daf/comp/wp2(2015)1&doclanguage=en).
- OECD (2015), *Recommendation of the Council on Public Procurement*, [3]
<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0411>.
- OECD (2014), *Hearing on the Use of Tenders and Auctions - Issues Note by the Secretariat*, [24]
<http://www.oecd.org/daf/competition/tenders-and-auctions.htm>.
- OECD (2012), *Recommendation of the Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*, [5]
<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0396>.
- OECD (2009), *Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement*, [4]
<https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/42851044.pdf>.
- OECD (2009), *Principles for Integrity in Public Procurement*, [13]
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264056527-en>.
- OECD/Eurostat (2005), *The Measurement of Scientific and Technological Activities: Guidelines for Collecting and Interpreting Innovation Data: Oslo Manual*. [29]
- Sanchez Graells, A. (2020), *Public Procurement by Central Purchasing Bodies, Competition and SMEs: towards a more dynamic model?*, [22]
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3610180.
- Sánchez Graells, A. and I. Herrera Anchustegui (2014), *Impact of public procurement aggregation on competition..* [21]
- SIGMA (2016), *Public Procurement: Contract Modifications*, [26]
<http://www.sigmaweb.org/publications/Public-Procurement-Policy-Brief-38-200117.pdf>.
- Smuda, F. (2015), *Cartel Overcharges and the Deterrent Effect of EU Competition Law*, [10]
<http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp12050.pdf>.

www.oecd.org/competition

