



Comisión para la Defensa y
Promoción de la
Competencia

GUÍA DE LINEAMIENTOS PROCOMPETITIVOS EN LOS PROCESOS DE LICITACIÓN PÚBLICA

Noviembre, 2015

ÍNDICE

1. CONTEXTO GENERAL DE LA COMPETENCIA Y LOS PROCESOS DE LICITACIÓN PÚBLICA	2
2. MARCO LEGAL RELACIONADO CON LOS PROCESOS DE LICITACIÓN.....	5
a. Ley de Contratación del Estado.....	5
b. Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia	6
3. LINEAMIENTOS PROCOMPETITIVOS A CONSIDERAR EN EL DISEÑO DE LOS PROCESOS DE LICITACIÓN	7
4. LISTA DE VERIFICACIÓN PARA DETECTAR COLUSIÓN EN LICITACIONES PARA ADQUISICIONES PUBLICAS	14
BIBLIOGRAFÍA	19

I. GUÍA DE LINEAMIENTOS PROCOMPETITIVOS EN LOS PROCESOS DE LICITACIÓN PÚBLICA

1. CONTEXTO GENERAL DE LA COMPETENCIA Y LOS PROCESOS DE LICITACIÓN PÚBLICA

Los procesos de contratación pública es un ámbito de indudable importancia económica, para el funcionamiento eficiente en la administración gubernamental. Por tal razón, es relevante contribuir al fomento y promoción de la competencia efectiva en los procedimientos de contratación pública, en beneficio de las administraciones contratantes y de la ciudadanía en general. La protección de la libre competencia es un principio de la normativa de contratación pública, y está presente de forma indirecta en el resto de principios que la rigen, incluyendo los de libertad de acceso a las licitaciones, la publicidad y transparencia de los procedimientos y los de no discriminación e igualdad de trato de los candidatos. De ahí que, la Comisión para la Defensa y Promoción de la Competencia (CDPC) realice esfuerzos a través de la promoción de estos principios destacando los aspectos del proceso de contratación pública en que pueden introducirse restricciones a la competencia y previniendo a la vez posibles conductas anticompetitivas por parte de los licitadores en dichos procesos.

La licitación pública se define, como un procedimiento de selección de contratistas de obras públicas o de suministro de bienes o servicios, consistente en la invitación pública a los interesados que cumplan los requisitos previstos en la Ley¹ y en su Reglamento², para que, sujetándose a los pliegos de condiciones, presenten sus ofertas por escrito, entre las cuáles el órgano responsable de la contratación decidirá la adjudicación del contrato, de acuerdo a los criterios previstos en la Ley.

Los procesos antes mencionados son un reflejo de la gran importancia del gasto público en la economía y lo deseable en este caso, es obtener precios más bajos a los observados en el mercado a productos y servicios de calidad, procurando de esta manera eficientar al máximo los recursos del Estado. No obstante, para que lo anterior ocurra, las empresas deben estar en un mercado donde la libre competencia rija su comportamiento empresarial mediante el establecimiento de términos y condiciones con honestidad e independencia³.

Cuando no existen condiciones procompetitivas en los procesos de licitación pública, se desvían recursos de los compradores y los contribuyentes, lo que ocasiona una disminución en la confianza hacia el sector público y a la vez disminuye los beneficios de los mercados competitivos⁴. (Ver Cuadro 1)

¹ Ley de Contratación del Estado (2001).

² Reglamento de la Ley de Contratación del Estado (2002).

³ Licitaciones Públicas Colusorias: Teoría y Práctica. CDPC. Julio, 2012.

⁴ Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas. OCDE. Febrero, 2009.

Cuadro 1. Principios que Rigen las Licitaciones	
Norma General	- Toda compra o encomienda hecha por el Estado debe serlo a través de licitación pública.
Normas Derivadas	<ul style="list-style-type: none"> - Las licitaciones públicas no deben establecer barreras a la entrada. - La licitación debe apuntar al máximo de eficiencia económica. - Todas las informaciones, cualquiera que sea su naturaleza, han de ser accesibles a todos los participantes. - Todas las informaciones, cualquiera que sea su naturaleza, han de ser accesibles al público en general. - Las reglas para las licitaciones deben dejar el menor margen posible para el ejercicio de discrecionalidad por parte del administrador público.
Fuente: Manual de Licitaciones Públicas. Isabel Correa. Diciembre, 2002 (CEPAL).	

Es importante mencionar que, la manipulación de licitaciones desde la perspectiva de competencia, puede ocurrir de diferentes formas:

- a. Los competidores acuerdan con anticipación quién presentará la oferta ganadora para alguna licitación.
- b. Fijación de precios, cantidades y calidades para que se le adjudique la compra a uno de los licitadores coludidos.
- c. Tasa de presentación de ofertas que cobra el grupo colusorio que es añadida al precio final de las ofertas por los licitadores coludidos.
- d. Aumentar el monto de la oferta ganadora, y con ello el monto de utilidades para el oferente ganador.
- e. Mecanismos de reparto y distribución entre los oferentes coludidos de las utilidades extraordinarias que se obtienen como resultado del mayor precio contratado.
- f. Competidores que aceptan no presentar ofertas o presentar una oferta perdedora, lo que podría resultar en subcontratos o recibir contratos de prestación de servicios o suministrar bienes por parte del oferente ganador a fin de repartir entre ellos los frutos obtenidos ilegalmente.
- g. Pagos por parte del licitador ganador a uno o más de los coludidos.
- h. Toda licitación pública debe de tener objetivos determinados (Cuadro 2), que se pretenden alcanzar por medio de dicho procedimiento de selección, dentro de los que se pueden señalar los siguientes: i) competencia, asegurando la participación de un mayor número de oferentes, obteniendo las condiciones más ventajosas para el interés público; ii) igualdad, con el objetivo de lograr una competencia efectiva en el mercado, evitando todo tipo de preferencia o discriminación que favorezca a algún oferente; y, iii) publicidad y transparencia, elemento esencial que debe de observarse durante el proceso de selección y ejecución del contrato.

Cuadro 2. Objetivos de las Licitaciones Públicas	
Competencia	Favorece cuando no se restringe la participación en las licitaciones.
Igualdad en el tratamiento de los licitantes	Todos los licitantes deben de ser tratados con reglas comunes que aplican de forma pareja.
Transparencia en la adjudicación	No existen dudas respecto de cómo se adjudican y en base a qué criterios, al ser un proceso transparente y comprensible.
Responsabilidad administrativa	La administración es responsable de todo el proceso de licitación y adjudicación.
Debido proceso	Se cumplen todas las formalidades procedimentales.
Publicidad	La licitación es publicitada tanto para conocimiento de los eventuales participantes como para el público en general.
Obtención del mejor precio para el Estado	Se adjudica a aquel que establezca mejores condiciones económicas para el Estado.
Fuente: Manual de Licitaciones Públicas. Isabel Correa. Diciembre, 2002 (CEPAL).	

En términos generales, se pueden mencionar algunas estrategias por parte de los oferentes que pueden resultar en patrones de conducta, y pueden asimismo descubrir y contribuir a desmantelar colusiones en los procesos de licitación pública, como ser i) ofertas de resguardo⁵, ii) supresión de ofertas⁶, iii) rotación de ofertas⁷ y iv) asignación de mercado⁸. Asimismo, para que las empresas logren tener éxito en un acuerdo colusorio, éstas deben de coincidir en un conjunto de medidas comunes como ser:

- Debe de existir un número reducido de compañías.
- Baja o nula participación en las licitaciones públicas.
- Flujo constante y predecible de demanda por parte del sector público que tiende a incrementar el riesgo de colusión.
- Uso de asociaciones gremiales o industriales, cuando se utilizan para fines ilegales y anticompetitivos.
- Las ofertas repetidas aumentan las probabilidades de colusión.
- Los productos o servicios idénticos o sencillos.
- La poca o nula existencia de productos que puedan ser sustitutos del bien en mención.
- Poco o ningún cambio tecnológico en la industria o mercado.

Consecuentemente, la forma de un acuerdo colusorio exitoso debe de considerar tres elementos esenciales y secuenciales:

- Las empresas necesitan conocer quiénes son los demás licitadores.
- La comunicación entre las empresas debe de ser con un fin específico.
- Las empresas deben llegar a un acuerdo que todos los participantes consideren su mejor opción.

Los efectos de la colusión para el Estado se traducen en menores recursos disponibles, lo que aumenta los impuestos a los contribuyentes; los bienes adquiridos son de escasa calidad; menores incentivos a la innovación y a la competencia; se inhibe la entrada de nuevos competidores; entre otros. En tal sentido, se necesitan medidas de políticas de competencia que minimicen la realización de dichas prácticas, enfocadas en leyes y agencias de competencia efectivas con herramientas para hacer cumplir la ley, como ser los programas de inmunidad y clemencia el aseguramiento de que las prácticas y procedimientos para compras públicas no faciliten la colusión, aumentar el conocimiento de los funcionarios responsables de las compras públicas sobre los riesgos de la colusión, así como proveerles de las herramientas para facilitar su detección y prevención.

Entre algunas de las capacidades necesarias para los responsables del diseño del proceso de licitación, es que puede establecerse mediante mecanismos que permitan reducir eficazmente

⁵ Se puede dar si un competidor acepta presentar una oferta más alta o demasiado alta para ser aceptada o presentar términos especiales que se sabe son inaceptables para el comprador. Es decir, son diseñadas para aparentar una competencia genuina.

⁶ Acuerdos entre competidores, en los que una o más compañías aceptan abstenerse o retirar una oferta presentada.

⁷ Acordar tomar turnos para ganar. Se puede dar para valores monetarios o volúmenes que corresponden al tamaño de compañía.

⁸ Se reparten el mercado o ciertas zonas geográficas.

la comunicación entre oferentes, definir los requisitos con claridad, evitar las medidas predecibles y, elegir con cuidado los criterios para evaluar y adjudicar la oferta. Por otra parte, es necesario conocer las características de los mercados en donde se realizan las compras públicas, identificar los posibles proveedores, productos, precios y costos de dichos mercados y obtener información sobre las licitaciones anteriores.

2. MARCO LEGAL RELACIONADO CON LOS PROCESOS DE LICITACIÓN

i) Ley de Contratación del Estado

La Ley de Contratación del Estado (Decreto Legislativo No. 74-2001) y sus respectivas normas reglamentarias rigen todos aquellos contratos de obra pública, suministro de bienes o servicios y de consultoría que celebren los órganos de la Administración Pública Centralizada y Descentralizada, Poder Legislativo y Judicial o cualquier otro organismo estatal que se financie con fondos públicos, con las modalidades propias de su estructura y ejecución presupuestaria.

El régimen jurídico de la Ley con relación a las contrataciones antes mencionadas son de Derecho Administrativo, siendo competente para conocer las controversias que resulten de los mismos la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

La Ley está fundamentada bajo los principios de eficiencia, publicidad y transparencia, igualdad y libre competencia. Específicamente, en lo referente al principio de igualdad y libre competencia menciona que todo potencial oferente que cumpla los procedimientos de contratación administrativa en condiciones de igualdad y sin sujeción a ninguna restricción no derivada de especificaciones técnicas y objetivas propias objeto licitado.

De acuerdo a los procedimientos de contratación, las contrataciones que realicen los organismos que se financien con fondos públicos pueden llevarse en varias modalidades como ser: 1) Licitación Pública; 2) Licitación Privada; 3) Concurso Público; 4) Concurso Privado; y, 5) Contratación Directa.

De acuerdo a esto, la contratación pública vía licitaciones puede ser pública o privada. Ambas pueden ser definidas de la siguiente forma:

- a) **Licitación Pública:** Es un procedimiento de selección de contratistas de obras públicas o de suministro de bienes y servicios, consistente en la invitación pública a los interesados que cumplan los requisitos previstos en la Ley y su Reglamento, para que, sujetándose a los pliegos de condiciones, presenten sus ofertas por escrito, entre las cuales el órgano responsable de la contratación decidirá la adjudicación del contrato, de acuerdo con los criterios previstos en la Ley.
- b) **Licitación Privada:** Es un procedimiento de selección de contratista de obras públicas o de suministro de bienes o servicios, consistente en la invitación expresa y directa a determinados oferentes calificados, en número suficiente para asegurar precios competitivos y en ningún caso inferior a tres, a fin de que presenten ofertas para la contratación de obras

públicas o el suministro de bienes o servicios, ajustándose a las especificaciones, condiciones y términos requeridos.

Por otra parte, la Ley de Contratación establece el denominado “Pliego de Condiciones”. Este incluye la información necesaria para que los interesados puedan formular válidamente sus ofertas, las reglas especiales de procedimiento, los requisitos de las ofertas y los plazos, el objeto, las especificaciones técnicas y las condiciones generales y especiales de contratación. Adicionalmente, se vela por la no discriminación en el pliego de condiciones favoreciendo en este sentido la competencia y la igualdad de participación de los potenciales oferentes, por tanto no pueden imponerse restricciones ni exigirse el cumplimiento de requisitos que no fueren técnicamente indispensables, si con ello se limita las posibilidades de concurrencia de eventuales participantes.

La licitación pública comprende varios lineamientos en la preparación de este tipo de licitación conforme a ley, que involucra la preparación de pliegos y condiciones y demás documentos que normaran el procedimiento de licitación, así como, las estipulaciones generales y especiales del contrato a celebrarse. Además en los casos aplicables, una etapa de precalificación las empresas interesadas, la publicación de avisos donde se invite a presentar ofertas, la posterior presentación, limitación y rechazo de ofertas, posteriormente se tramitara y finalmente se culmina el proceso de selección con la adjudicación.

En cuanto a las licitaciones privadas, el órgano responsable de la contratación deberá cursar invitación a participar a por lo menos, tres (3) oferentes potenciales inscritos en el registro correspondiente. Para la autorización de este procedimiento y a excepción de aquellos contratos que la Ley y su Reglamento establece, para dar inicio al procedimiento de licitación privada en los casos previstos, es necesario un acuerdo que lo autorice a cargo del órgano correspondiente.

ii) Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia

En Honduras existe la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia (Decreto No. 357-2005). Su aplicación corresponde a la Comisión para la Defensa y Promoción de la Competencia, que es el ente encargado de investigar y sancionar las prácticas prohibidas. Para cumplir esta tarea, la Comisión puede solicitar información a cualquier agente económico, realizar inspecciones *in situ*, aplicar medidas provisionales o correctivas, así como aplicar las sanciones que correspondan.

La Ley prohíbe dos tipos de prácticas restrictivas de la competencia: por su naturaleza o por su efecto. Conforme al artículo 4 de la Ley, esta aplica a todos los agentes económicos, incluyendo los órganos o entidades de la administración pública y municipal.

En relación a los acuerdos o prácticas concertadas entre empresas que sean competidoras entre sí (también llamados carteles) están prohibidos por la Ley conforme al artículo 5, cuando tengan como objeto o efecto fundamental: 1) Establecer precios, tarifas o descuentos; 2)

Restringir total o parcialmente la producción, distribución, suministro o comercialización de bienes o servicios; 3) Repartirse directa o indirectamente el mercado en áreas territoriales, clientela, sectores de suministro fuentes de aprovisionamiento; y 4) Establecer, concertar o coordinar posturas o abstenerse concertadamente de participar en licitaciones, cotizaciones, concursos o subastas públicas.

Cualquiera de estos acuerdos es nulo, aun cuando no hayan empezado a surtir efectos. Los mismos no admiten justificaciones, y cualquier elemento como el tamaño de los involucrados, la duración y el efecto de la práctica únicamente se consideraran al momento de fijar la sanción.

La prohibición incluye a los acuerdos expresos o tácitos, verbales y escritos. Por ello, la forma en la que se alcance el acuerdo es indiferente para definir si el mismo es o no prohibido.

La realización de prácticas prohibidas puede tener como consecuencia una multa equivalente a tres (3) veces el monto del beneficio económico obtenido. En caso de que no sea posible determinar el monto de este beneficio, la Comisión fijará una multa de hasta el diez por ciento (10%) de la utilidad bruta en ventas del año fiscal precedente. En caso de reincidencia, la Comisión impondrá el doble de la multa que hubiere impuesto la última vez.

1) LINEAMIENTOS PROCOMPETITIVOS A CONSIDERAR EN EL DISEÑO DE LOS PROCESOS DE LICITACIÓN⁹

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

i) Recopilar Información Necesaria antes del Diseño del Proceso de Licitación

La mejor manera para que los funcionarios a cargo de las adquisiciones gubernamentales encargados del diseño de un proceso de compra logren el mayor nivel de valor de las inversiones a realizar, reside en obtener información sobre la gama de productos o servicios disponibles en el mercado que cumplan los requisitos del comprador, al igual que contar con información acerca de los posibles proveedores de estos productos.

- Conocer las características del mercado en el cual se realizarán las compras, así como las actividades o tendencias de la industria más recientes que podrían tener impacto en la competencia por la oferta.
- Determinar si el mercado en el que se realizará la compra tiene características que hagan más probable la colusión.

⁹ OCDE. Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas (2009).

- Recabar información sobre los posibles proveedores, sus productos, sus precios y sus costos. De ser posible, comparar los precios que se ofrecen en las adquisiciones entre cada una de las empresas.
- Recabar información acerca de cambios recientes en los precios. Informarse acerca de los precios en las zonas geográficas vecinas, así como acerca de los precios de posibles productos alternativos.
- Obtener información acerca de anteriores licitaciones para productos iguales o similares.
- Coordinarse con otros compradores del sector público y clientes que hayan comprado recientemente productos o servicios similares para mejorar su comprensión del mercado y sus participantes.
- Si se utilizan consultores externos para ayudar a estimar precios o costos, se debe tener la seguridad que se firmó un acuerdo de confidencialidad.

ii) Diseñar el Proceso de Licitación para Promover la Participación de Empresas que Compiten en el Mercado

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

- Evitar restricciones innecesarias que reduzcan el número de licitadores calificados.
- Especificar requisitos mínimos que sean proporcionales con el tamaño y contenido del contrato licitado. No conviene especificar requisitos mínimos que creen obstáculos a la participación, tales como controles de tamaño, composición o naturaleza de las empresas que están en posibilidad de presentar una oferta.
- Requerir grandes sumas en garantía de los licitadores como condición para presentar ofertas podría impedir que empresas que de otro modo calificarían para licitar, participaran en el proceso. De ser posible, debe prestarse atención al establecimiento de montos que sean lo suficientemente altos como para lograr la meta de requerir una garantía.
- Cuando sea posible, es deseable reducir las limitaciones a la participación extranjera en las compras gubernamentales.
- Procurar calificar a los licitadores durante el proceso de adquisición para evitar las prácticas de colusión entre el grupo calificado con antelación y aumentar el nivel de incertidumbre entre las empresas en cuanto al número y la identidad de los oferentes.
- Evitar que transcurran períodos largos entre la calificación y la adjudicación, pues esto podría facilitar la colusión.
- Reducir el costo de preparación de la licitación. Esto puede lograrse a través una serie de formas, al:

- ✓ Racionalizar los procesos de licitación en términos de tiempo y de productos (por ejemplo, mediante la utilización de los mismos formatos de solicitud y el requerimiento del mismo tipo de información, etcétera).¹⁰
- ✓ Agrupar ofertas (es decir, distintos proyectos de adquisición) para repartir los costos fijos de preparar una oferta.
- ✓ Mantener listas de oficiales de contratistas aprobados o de certificación por parte de organismos oficiales.
- ✓ Contemplar la asignación del tiempo adecuado para que las empresas preparen y presenten una oferta. Por ejemplo, cabría considerar la posibilidad de publicar detalles de proyectos avanzados utilizando publicaciones periódicas y profesionales, revistas y sitios Internet del sector.
- ✓ Utilizar un sistema de licitación electrónica si está disponible.
- Cuando sea posible, permitir las ofertas sobre ciertos lotes u objetos en el contrato o combinaciones de los mismos en lugar de ofertas sólo sobre el total del contrato. Por ejemplo, en los contratos de mayor tamaño, buscar secciones en la licitación que sean atractivas y apropiadas para las empresas pequeñas y medianas.
- No descalificar a los participantes en futuras competencias o eliminarlos inmediatamente de una lista de licitadores si no presentan ofertas en licitaciones recientes.
- Adecuar y flexibilizar el número de ofertas acorde a la cantidad de empresas en un determinado mercado. Por ejemplo, si se parte de requerir cinco licitadores, pero se reciben ofertas sólo de tres empresas, cabría considerar la posibilidad de obtener un resultado competitivo de las tres en lugar de insistir en realizar el ejercicio de nuevo, lo que probablemente dejará más claro que la competencia es escasa.

iii) Definir los Requisitos con Claridad Evitando un Comportamiento Predecible

La redacción de especificaciones y términos de referencia es una etapa del ciclo de adquisiciones públicas vulnerable a los sesgos, al fraude y la corrupción. Las especificaciones y los términos de referencia deben diseñarse de tal forma que eviten sesgos, sean claros y generales, sin ser discriminatorios. Como regla general, deben centrarse en el desempeño funcional, específicamente en lo que se busca lograr, más que en cómo lograrlo. Esto motivará la presentación de soluciones innovadoras y la obtención de mayor valor por el dinero invertido.

Asimismo, la redacción de los requisitos de una licitación afecta el número y tipo de proveedores que atrae el proceso y, por ende, incide sobre el éxito del proceso de selección. Cuanto más claros sean los requisitos, más sencilla será su comprensión para los participantes potenciales y más confianza tendrán cuando preparen y presenten ofertas. Sin embargo, la claridad no debe confundirse con la facilidad de predicción. La programación de adquisiciones predecible y las cantidades fijas compradas o vendidas pueden facilitar la colusión. Por otro lado, las oportunidades de adquisición de mayor valor y menor frecuencia aumentan los incentivos a competir entre los licitadores.

¹⁰ Sin embargo, la racionalización de la elaboración de la licitación no debería impedir que los funcionarios a cargo de las adquisiciones busquen mejoras continuas en el proceso de adquisiciones (el procedimiento elegido, las cantidades adquiridas, la calendarización, etcétera).

- Definir los requisitos tan claro como sea posible en la oferta de adquisición. Las especificaciones deberán verificarse independientemente antes de publicarse de manera definitiva a fin de garantizar que se comprendan de forma clara. Es importante asegurarse de no dejar margen para que los proveedores definan términos clave después de adjudicar la oferta.
- También es importante utilizar especificaciones de desempeño y establecer lo que se requiere, más que ofrecer la descripción del producto.
- Evitar iniciar el proceso de oferta mientras que un contrato se encuentre en las primeras etapas de especificación. En este sentido, se requiere una definición integral de la necesidad, que resulta clave para la calidad de la adquisición. En las raras circunstancias en las que es inevitable, se puede requerir a los licitadores que presenten propuestas por unidad. La tarifa resultante se puede aplicar una vez que se conozcan las cantidades.
- Definir las especificaciones dejando lugar para productos sustitutos o en términos de desempeño y requisitos funcionales cuando sea posible. Las fuentes alternativas o innovadoras de suministro dificultan las prácticas de colusión.
- Debe evitarse la facilidad de predicción en los requisitos del contrato, por lo que sería conveniente agregar o desagregar contratos de manera que se varíe el tamaño y la calendarización de las ofertas.
- Es conveniente trabajar con otros encargados de adquisiciones del sector público y realizar compras conjuntas.
- También vale la pena evitar la presentación de contratos con valores idénticos que se puedan compartir con facilidad entre competidores.

iv) Diseñar el Proceso de Licitación Orientado a Minimizar la Comunicación entre Oferentes

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

- Invitar a los participantes interesados a dialogar con el área de adquisiciones sobre las especificaciones técnicas y administrativas de la oportunidad de compra. Sin embargo, es importante evitar reunir a proveedores potenciales mediante la organización periódica de reuniones previas a la presentación de ofertas.
- También es importante limitar tanto como sea posible la comunicación entre licitadores durante el proceso de presentación de ofertas. Las ofertas abiertas posibilitan la comunicación y el intercambio de señales entre licitadores. Requerir que las ofertas se

presenten en persona ofrece oportunidades para comunicaciones de última hora y establecimiento de tratos entre empresas. Esto se puede evitar mediante el uso de la presentación electrónica de ofertas, por ejemplo.

- Es importante considerar atentamente qué información se revela a los oferentes al momento de abrir la licitación pública.
- Al publicar los resultados de una licitación, cabe considerar con atención el tipo de información que se publica y evitar revelar datos sensibles en términos de competencia, ya que esto puede facilitar la formación de esquemas de colusión o manipulación de ofertas en el futuro.
- Cuando existan inquietudes en torno a la colusión debido a las características del mercado o el producto, es importante utilizar, de ser posible, un sistema de subasta cerrada a mejor precio en lugar de una subasta inversa.¹¹
- También es importante considerar si se puede obtener un resultado más eficiente aplicando métodos de adquisición distintos de las ofertas en una etapa con base principalmente en el precio. Entre los demás tipos de procesos de adquisición se puede mencionar el de ofertas negociadas y los acuerdos marco.
- El precio máximo de reserva sólo debe utilizarse si se basa en profundas investigaciones del mercado y los funcionarios están convencidos de su alto nivel de competitividad. El precio de reserva no debe publicarse, sino mantenerse en confidencialidad en el expediente o depositarlo en otra autoridad pública.
- Es importante prestar atención al empleo de consultores de la industria para llevar a cabo el proceso de licitación, pues podrían tener relaciones de trabajo con licitadores específicos. En lugar de ello, utilice la experiencia de los consultores para describir con claridad los criterios y especificaciones y lleve a cabo el proceso de adquisición internamente.
- Cuando sea posible, solicite la presentación anónima de ofertas (identificando a los licitadores mediante números o símbolos) y permita la presentación de ofertas por teléfono o correo postal.
- No revele o limite innecesariamente el número de licitadores en el proceso.
- Requiera que los licitadores revelen todas las comunicaciones con competidores. Considere requerir que los licitadores firmen un Certificado de Determinación Independiente de Ofertas.
- Requiera que los licitadores revelen con anticipación si tienen contemplado realizar subcontrataciones, lo que podría ser una manera de repartir las utilidades entre las partes coludidas.
- Debido a que las ofertas conjuntas pueden ser una manera de distribuir ganancias entre licitadores, es importante ser especialmente atento en lo relacionado con las ofertas conjuntas realizadas por empresas acusadas o sancionadas por colusión por parte de las autoridades de competencia. La precaución es importante incluso si la colusión se presentó en otros mercados e incluso si las empresas involucradas no tienen la capacidad de presentar ofertas separadas.

¹¹ Es una modalidad de selección por la cual un ente estatal realiza la adquisición de bienes o servicios de uso común incorporados en un Catálogo Electrónico, que se oferten por medio de una propuesta pública y en la cual, el postor ganador será aquel que ofrezca el menor precio o costo en igualdad de circunstancias comerciales y de servicio, a través de un proceso de ofrecimiento de mejor precio a la baja, compitiendo entre todos los participantes. Esta modalidad de selección puede realizarse de manera presencial o electrónica

- En la oferta de adquisición conviene incluir una advertencia con respecto a las sanciones para la colusión en licitaciones que se aplican en su país, tales como la suspensión de la posibilidad de participar en licitaciones públicas durante un periodo dado, cualquier sanción si los conspiradores firmaron un Certificado de Determinación Independiente de Ofertas, la posibilidad de que el organismo a cargo de las adquisiciones busque el resarcimiento de los daños y cualquier sanción que aplique de conformidad con la ley de competencia.
- Indique a los licitadores que cualquier reclamo por aumento en el costo de los insumos que lleve a exceder el presupuesto será investigado en detalle.
- Si durante el proceso de adquisición recibe la ayuda de consultores externos, asegúrese que tienen la capacitación adecuada, que firmen acuerdos de confidencialidad y que se sujeten a requisitos de declaración si detectan conductas indebidas de los competidores o cualquier posible conflicto de interés.

v) Elegir con Cuidado los Criterios para Evaluar y Adjudicar la Oferta

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

- Al diseñar la oferta de adquisición, piense en el impacto que su selección de criterios puede tener en la competencia futura.
- Cuando se evalúen ofertas con base en criterios distintos del precio (como calidad del producto, servicios post-venta, etcétera), es necesario describir los criterios y ponderarlos adecuadamente con anticipación, a fin de evitar cuestionamientos posteriores a la adjudicación. Si se utilizan correctamente, estos criterios recompensan la innovación y las medidas que racionalizan costos, a la vez que fomentan el establecimiento competitivo de precios. El grado al que se revelan con antelación los criterios de ponderación al cierre de la oferta pueden afectar la capacidad de los licitadores para coordinar su oferta.
- Es importante evitar cualquier tipo de trato preferencial para cierta categoría o tipo de proveedor.
- No favorezca a los proveedores que ya prestan sus servicios. Las herramientas que garantizan tanto anonimato como sea posible a lo largo del proceso de adquisición podría servir para contrarrestar las ventajas de las empresas que ya trabajan con el área de adquisiciones.
- No haga énfasis excesivo en la importancia de los registros de desempeño. Cuando sea posible, considere experiencias relevantes adicionales.
- Evite dividir los contratos entre proveedores con ofertas idénticas. Investigue las razones de estas ofertas idénticas y, de ser necesario, considere repetir la invitación a presentar ofertas o adjudique el contrato a un solo proveedor.

- Investigue si los precios o las ofertas no parecen tener sentido, pero nunca discuta estos temas colectivamente con los licitadores.
- Cuando sea posible, dentro de los requisitos legales que rigen las notificaciones de adjudicación, mantenga en confidencialidad los términos y las condiciones de la oferta de cada empresa. Eduque a quienes están involucrados en el proceso de realización del contrato (como elaboración, estimaciones, etcétera) acerca del significado de la confidencialidad estricta.
- Resérvese el derecho de no adjudicar el contrato si se sospecha que el resultado no será competitivo.

vi) Crear Conciencia entre su Personal Acerca de los Riesgos de la Colusión en los Procesos de Adquisición

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

- Implementar un programa periódico de capacitación sobre detección de manipulación de ofertas y carteles para el personal con ayuda del organismo de competencia o de consultores legales externos.
- Acumular información acerca de las características de ofertas anteriores (como datos sobre el producto adquirido, la oferta de cada participante y la identidad del ganador).
- Revisar periódicamente el historial de ofertas de productos o servicios específicos y busque patrones sospechosos, especialmente en las industrias susceptibles de colusión.
- Adoptar una política para analizar periódicamente las ofertas adjudicadas.
- Realizar comparaciones entre listas de compañías que hayan presentado una declaración de interés y compañías que hayan presentado ofertas para identificar posibles tendencias como retiro de ofertas y uso de subcontrataciones.
- Programar entrevistas con proveedores que no presenten ya ofertas y con los que no hayan ganado.
- Establecer un mecanismo de quejas para que las empresas comuniquen sus inquietudes con respecto a la competencia. Por ejemplo, identificarse claramente la persona o la oficina a la que deben presentarse las quejas (y proporcionar los detalles para establecer contacto) y asegurarse que se cuente con el nivel de confidencialidad adecuado.
- Utilizar mecanismos de obtención de información sobre colusión en licitaciones de empresas y sus empleados. Considerar la posibilidad de presentar sus solicitudes en los medios para

invitar a las compañías a proporcionar información a las autoridades sobre posibles casos de colusión.

- Mantenerse informado acerca de la política de clemencia del país.
- Establecer procedimientos internos que alienten o requieran que los funcionarios reporten declaraciones o conductas sospechosas a las autoridades de competencia así como al grupo de auditoría interna y al contralor del organismo de adquisiciones y considere el establecimiento de incentivos para fomentar que los funcionarios en efecto hagan estas declaraciones.
- Establecer relaciones de cooperación con la autoridad de competencia (establezca un mecanismo de comunicación, listando la información a proporcionar cuando los funcionarios de adquisiciones entren en contacto con los organismos de competencia, etcétera).

2) LISTA DE VERIFICACIÓN PARA DETECTAR COLUSIÓN EN LICITACIONES PUBLICAS ¹²

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

i) Buscar Patrones y Señales de Advertencia Cuando las Empresas Presentan Ofertas

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

- El mismo proveedor a menudo es el que presenta la oferta más baja.
- Las ofertas ganadoras tienen una ubicación geográfica. Algunas empresas presentan ofertas que ganan sólo en ciertas zonas geográficas y ciertas instituciones del Estado.
- Los proveedores usualmente no presentan ofertas en un concurso de adquisición en el que normalmente se esperaría que participaran, pero han seguido presentando ofertas en otros concursos.
- Algunos proveedores se retiran inesperadamente de la licitación.
- Algunas compañías siempre presentan ofertas pero nunca ganan.
- Parece que las compañías se turnan para ser el licitador ganador.
- Dos o más empresas presentan una oferta conjunta aun cuando al menos una de ella podría haber licitado independientemente.
- El licitador ganador repetidamente subcontrata trabajo con licitadores que no ganaron.

¹² OCDE. Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas (2009).

- El licitador ganador no acepta la adjudicación y se determina más tarde que está trabajando como subcontratista.
- Los competidores socializan con regularidad o programan reuniones antes de la fecha límite de presentación de ofertas.

ii) Buscar Señales de Advertencia en Todos los Documentos que se Presenten

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

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

iii) Buscar Señales de Advertencia y Patrones Relacionados con el Establecimiento de Precios

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

estimación de costos o las ofertas previas para concursos similares también podrían ser indicio de colusión. Los siguientes elementos pueden ser motivo de sospecha:

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

iv) Siempre buscar Afirmaciones Sospechosas

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

- Referencias habladas o escritas en torno al establecimiento de un acuerdo entre oferentes.
- Afirmaciones en las que los licitadores justifican sus precios al revisar los “precios que sugiere la industria”, “los precios estándar en el mercado” o “escalas de precios de la industria”.
- Afirmaciones indicando que algunas empresas no venden en zonas específicas o a clientes específicos.
- Afirmaciones indicando que una zona o un cliente “pertenece” a otro proveedor.

- Afirmaciones indicando conocimiento anticipado, no público, de los precios de un competidor o acerca de detalles o conocimiento previo del éxito o fracaso en una competencia para la que aún no se publican los resultados.
- Afirmaciones que apunten a que un proveedor presentó una oferta de cortesía, complementaria, simbólica o de respaldo.
- Uso de la misma terminología por parte de varios proveedores al explicar los incrementos de precios.
- Cuestionamientos o inquietudes acerca de Certificados de Determinación Independiente de Licitaciones o indicios de que, aunque firmados (o incluso entregados sin firmar), podrían no haber sido tomados en serio.
- Cartas de intención de licitadores que se rehúsan a cumplir ciertas condiciones de la licitación o hacen referencia a discusiones, tal vez en el seno de asociaciones gremiales o industriales

v) Siempre buscar Conductas Sospechosas

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

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

vi) Advertencia Acerca de los Indicadores de Colusión en los Procesos de Contratación

Los indicadores de posible manipulación de los procesos de adquisición descritos arriba identifican toda una serie de patrones en la presentación de ofertas y el establecimiento de precios, así como de afirmaciones y conductas sospechosas. Sin embargo, no deberían considerarse como prueba de que las empresas están efectivamente manipulando una licitación. Por ejemplo, una empresa puede no haber presentado ofertas en una licitación específica porque estaba demasiado ocupada para realizar el trabajo que requiere la preparación de un concurso. Las ofertas altas podrían simplemente reflejar una evaluación distinta del costo de un proyecto. No obstante, cuando se detectan patrones sospechosos en la presentación de ofertas o el establecimiento de precios o cuando los representantes del organismo de adquisiciones escuchan afirmaciones extrañas u observan conductas peculiares,

se requiere una investigación más profunda para descartar que se trate de un caso de manipulación. Un patrón regular de conductas sospechosas en un periodo dado es a menudo un mejor indicador de posible manipulación, que la evidencia que arroja una sola licitación. Es importante registrar con cuidado toda la información, de manera que sea posible establecer un patrón de conducta en un horizonte temporal.

vii) Medidas que se Deberán Aplicar los Funcionarios Encargados de las Adquisiciones si se Sospecha de la Colusión

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

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

BIBLIOGRAFÍA

- Comisión para la Defensa y Promoción de la Competencia (CDPC). Licitaciones Públicas Colusorias: Teoría y Práctica. 2012.
- Correa, Isabel. CEPAL. Manual de Licitaciones Públicas. Isabel Correa. Diciembre, 2002.
- Ley de Contratación del Estado de Honduras y su Reglamento. 2001.
- OCDE. Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas, febrero 2009.
- Fiscalía Nacional Económica. Compras Públicas y Libre Competencia. Serie “Sector Público y Mercados” Abril 2011.