

PROYECTO DE GUÍA PARA LA COMPETENCIA EN LAS COMPRAS PÚBLICAS

Mayo 2018



Participaron en la elaboración del proyecto los siguientes miembros de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia:

Jesús Eloy Espinoza Lozada – Secretario Técnico
Andrés Calderón López – Consultor
Humberto Ortiz Ruiz – Asesor
María Fe Álvarez-Calderón Campos – Practicante

INDECOPI – Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia
Calle de la Prosa 104, San Borja, Lima, Perú.
Teléfono: (51-1) 2247800 anexo 3101
Fax: (51-1) 2251096

Contenido / Índice	3
Glosario	4
1. Introducción	7
2. El marco legal de las Compras Públicas	9
3. La Competencia en las Compras Públicas	12
4. Promoción de la competencia en los procedimientos de selección	19
4.1 Identificación de mercados con mayor riesgo para la competencia	19
4.2. Pautas para fomentar la competencia	21
A) Durante los actos preparatorios	21
B) Durante la preparación de las Bases	23
C) Durante y después del desarrollo del procedimiento de selección	28
5. Señales para la detección de conductas anticompetitivas	31
5.1. Señales de advertencia en la etapa preparatoria	32
5.2. Señales de advertencia en la etapa de registros de participantes	33
5.3. Señales de advertencia en la formulación de consultas y observaciones	34
5.4. Señales de advertencia después de la pre-calificación	34
5.5. Señales de advertencia en la etapa de presentación de ofertas	35
5.6. Señales de advertencia en la etapa de ejecución contractual o posterior a la adjudicación de la buena pro	39
5.7. Otro tipo de señales	39
6. Contacto con el Indecopi	41
Anexo: Recomendaciones normativas para fomentar la competencia en las contrataciones públicas	42

GLOSARIO

- 1) **Agente económico:** personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades de derecho público o privado, estatales o no, con o sin fines de lucro, que en el mercado oferten o demanden bienes o servicios, o cuyos asociados, afiliados, agremiados o integrantes realicen dicha actividad.
- 2) **Área usuaria:** es la dependencia de una entidad pública cuyas necesidades pretenden ser atendidas con determinada contratación.
- 3) **Bases:** documento del procedimiento de Licitación Pública, Concurso Público, Adjudicación Simplificada y Subasta Inversa Electrónica que contiene el conjunto de reglas formuladas por la entidad para la preparación, participación y evaluación del procedimiento de selección y ejecución del contrato.
- 4) **Buena pro:** el acto de elección que realiza la entidad convocante respecto a un postor cuya propuesta ha obtenido el mejor puntaje en un determinado proceso de selección, otorgándosele el derecho de contratar con la entidad convocante.
- 5) **Cártel:** situación en la cual agentes económicos, competidores entre sí, deciden actuar de manera conjunta mediante acciones que tienen como objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia. Son consideradas prácticas anticompetitivas de prohibición absoluta por el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
- 6) **Comisión:** Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, órgano con autonomía técnica y funcional encargado del cumplimiento del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
- 7) **Comité de Selección:** órgano ad hoc de una entidad convocante que se encarga de la conducción de un procedimiento de selección y adjudicación de la buena pro.
- 8) **Consortio:** contrato asociativo por el cual dos (2) o más personas naturales o jurídicas se asocian, con el criterio de complementariedad de recursos, capacidades y aptitudes, para contratar con el Estado.
- 9) **Entidad Convocante:** son las entidades comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley 30225. Las entidades comprendidas son: los Ministerios y sus organismos públicos, programas y proyectos adscritos; el Poder Legislativo, Poder Judicial y Organismos Constitucionalmente Autónomos; los Gobiernos Regionales y sus programas y proyectos adscritos; los Gobiernos Locales y sus programas y proyectos adscritos; las universidades públicas; sociedades de Beneficencia Pública y Juntas de Participación Social; las empresas del Estado pertenecientes a los tres niveles de gobierno; los fondos constituidos total o parcialmente con

recursos públicos, sean de derecho público o privado; otras organizaciones que, para proveerse de bienes, servicios u obras, asumen el pago con fondos públicos. Las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional del Perú y los órganos desconcentrados tienen el mismo tratamiento.

- 10) **Especificaciones Técnicas:** descripción de las características técnicas y/o requisitos funcionales del bien a ser contratado. Incluye las cantidades, calidades y las condiciones bajo las que deben ejecutarse las obligaciones.
- 11) **Expediente Técnico:** utilizado en contratos de obra, es el conjunto de documentos que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto de obra, fecha de determinación del presupuesto de obra, análisis de precios, calendario de avance de obra valorizado, fórmulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios.
- 12) **Grupo Económico:** es el conjunto de agentes económicos que, por razones de propiedad o gestión, comparten un centro de interés económico. Uno de dichos agentes ejerce el control sobre los demás, actuando como una sola unidad de decisión, de conformidad con los criterios señalados en el Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos - Resolución de Superintendencia No. 019-2015-SMV-01.
- 13) **Ley de Contrataciones del Estado:** Ley 30225, publicada en el diario oficial El Peruano el 11 de julio de 2014.
- 14) **Órgano encargado de las contrataciones:** es el órgano de una entidad pública que se encarga de la preparación, conducción y realización del procedimiento de selección hasta su culminación.
- 15) **Prácticas colusorias horizontales:** los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como: la fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio; la limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones; el reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográfica; concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates; entre otras.
- 16) **Postor:** persona natural o jurídica que participa en un procedimiento de selección, desde el momento en que presenta su oferta.
- 17) **Procedimiento de selección:** procedimiento administrativo especial conformado por un conjunto de actos administrativos, de administración o hechos

administrativos, que tiene por objeto la selección de la persona natural o jurídica con la cual las entidades del Estado van a celebrar un contrato para la contratación de bienes, servicios en general, consultorías o la ejecución de una obra.

- 18) Proveedor:** persona natural o jurídica que vende o arrienda bienes, presta servicios en general, consultoría en general, consultoría de obra o ejecuta obras.
- 19) Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:** Reglamento de la Ley 30225, aprobado por Decreto Supremo 350-2015-EF y publicado en el diario oficial El Peruano el 10 de diciembre de 2015.
- 20) SEACE:** Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado.
- 21) Secretaría Técnica:** Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, órgano con autonomía técnica que realiza la labor de instructor del procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas y que emite opinión sobre la existencia de la conducta infractora.
- 22) Términos de Referencia:** descripción de las características técnicas y las condiciones en que se ejecuta la contratación de servicios en general, consultoría en general y consultoría de obra.
- 23) Valor referencial:** Es el valor que establece el órgano encargado de las contrataciones de cada entidad, que refleja la disposición presupuestaria de pago de la entidad pública, y que define el tipo de procedimiento de selección que debe seguirse para la contratación de un proveedor.

1. Introducción

Más de la mitad del gasto del Estado peruano se realiza a través de las contrataciones públicas. Las compras estatales –entendidas como las compras de bienes y contratación de servicios por parte de entidades públicas– representaban el 50.7% del gasto gubernamental y el 11.6% del Producto Bruto Interno del país, según un estudio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico del 2017. Cifras acordes con el promedio de la zona de la OCDE¹.

Sin embargo, debido a casos de corrupción, prácticas anticompetitivas y otras acciones ilícitas, las compras públicas no siempre cumplen su objetivo de proveer a las entidades estatales de los bienes y servicios necesarios para desarrollar la función pública al menor costo posible. Así, algunos estudios estiman que la corrupción aumenta los costos de hacer negocios a nivel global en un 10% y provoca un sobre costo de 25% en las contrataciones estatales².

En este contexto, diversas organizaciones internacionales como el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo y la OCDE han desarrollado esfuerzos por promover mejoras en los procesos de contratación pública, combatiendo la corrupción y fomentando la competencia. A nivel extranjero, esto ha motivado que diversas autoridades de competencia implementen guías, recomendaciones o lineamientos para promover la competencia y detectar conductas anticompetitivas en sus respectivos procesos de selección y contratación estatal. Entre ellas, se pueden mencionar a España, Colombia, Chile, México, Estados Unidos y la Comisión Europea. Estas guías siguen, en buena parte, el ejemplo de los Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas, aprobado por la OCDE en el 2009.

La presente guía sobre **Competencia en las Compras Públicas** se suma a esta línea de esfuerzos por fomentar la competencia y buscar el gasto eficiente por parte de las entidades estatales. Así, se constituye en un documento de consulta dirigido principalmente a todos los funcionarios que participan de los procesos de selección y contratación estatal, con un doble objetivo: ayudarlos a diseñar procesos de selección competitivos y eficientes, dentro del marco legal vigente; y, proporcionarles herramientas para advertir posibles indicios de conductas anticompetitivas al interior de las compras públicas.

Para ello, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia conformó un equipo de trabajo y celebró una serie de entrevistas con funcionarios encargados de los procesos de compras de diversas entidades públicas, así como expertos legales en materia de contrataciones y adquisiciones del Estado. Estas reuniones, a la par de la revisión de las guías de contrataciones estatales de otros

¹ OCDE. La Contratación Pública en el Perú: Reforzando Capacidad y Coordinación, Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública, Éditions OCDE, París, 2017, p. 21.

² OCDE. Implementing the OECD Principles for Integrity in Public Procurement: Progress since 2008, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing, 2013, p.21. CleanGovViz. The rationale for fighting corruption. Background Brief. 2014, p. 2.

países y organizaciones internacionales, así como el estudio de la doctrina y jurisprudencia, nacional e internacional, en la materia, han nutrido el contenido de la presente guía.

Si bien los principales destinatarios de esta guía son los funcionarios encargados de los procedimientos de selección y contratación al interior de las entidades públicas, este documento también debe servir como referencia para los funcionarios de los organismos de regulación, control y supervisión de las compras estatales como la Central de Compras Públicas - Perú Compras, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y la Contraloría General de la República, en particular, en lo que respecta a la detección de indicios de conductas anticompetitivas, que puedan ser advertidas y denunciadas oportunamente ante el Indecopi.

Del mismo modo, las empresas interesadas en contratar con entidades públicas, así como los abogados y asesores que intervienen en procedimientos de selección, pueden acudir a la presente guía que explica de forma sencilla aquellas conductas prohibidas por la legislación de defensa de la competencia en el marco de las compras públicas.

Finalmente, cabe recordarse que se trata de un documento con fines didácticos y de cooperación entre las distintas entidades públicas involucradas con las compras públicas. Por lo tanto, su contenido no es vinculante ni para las entidades públicas contratantes, ni para los organismos supervisores de las contrataciones estatales ni para el Indecopi. Sin embargo, se sugiere estudiar la presente guía y seguir las recomendaciones aquí desarrolladas –las mismas que se encuentran alineadas con los mejores estándares internacionales– con el propósito de dar cumplimiento al principio de competencia en las contrataciones estatales y hacer un uso responsable del presupuesto estatal.

2. El marco legal de las Compras Públicas

La existencia de un sistema de contrataciones y adquisiciones estatales encuentra asidero constitucional en el artículo 76 de la Carta Magna. A nivel legislativo, se han desarrollado los diversos procedimientos de selección de las personas naturales y jurídicas que pueden contratar con el Estado, así como las reglas aplicables a los contratos subsecuentes.

El marco general de compras públicas vigente en el Perú está contemplado en la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo 350-2015-EF. Como regla general, se prevé que la elección de los proveedores de obras y servicios para las entidades públicas que lo requieran se realice a través de un proceso competitivo y abierto al público; sin embargo, también se admite otras formas especiales de selección.

A continuación, se reseñan los tipos de procedimientos de selección contemplados:

- **Licitación Pública:** procedimiento competitivo y abierto al público utilizado para la contratación de bienes y obras en general, por montos que van desde los S/400,000 hasta los S/1'800,000.
- **Concurso Público:** procedimiento competitivo y abierto al público utilizado para la contratación de servicios en general, consultorías en general, consultorías de obras y modalidades mixtas (obras y servicios), por montos que superen los S/400,000.
- **Adjudicación Simplificada:** procedimiento competitivo abreviado y abierto al público utilizado para la contratación de bienes, servicios en general, consultorías en general y consultorías de obras por montos entre los S/33,200 y los S/400,000, y para la contratación de obras por montos entre los S/33,200 y los S/1'800,000.
- **Selección de consultores individuales:** procedimiento competitivo, abreviado y abierto al público utilizado para la contratación de personas naturales para brindar servicios de consultoría en función a su experiencia y calificaciones, y en los que no se requiere equipos de personal ni apoyo profesional adicional, por montos entre los S/33,200 y los S/40,000.
- **Comparación de precios:** procedimiento competitivo no abierto al público, por el cual la entidad pública escoge bienes o servicios de disponibilidad inmediata y fáciles de obtener en el mercado y que se comercializan bajo una oferta estándar, luego de recibir y comparar no menos de tres cotizaciones de proveedores habilitados para contratar con el Estado, por montos entre los S/33,200 y los S/62,250.
- **Subasta inversa electrónica:** procedimiento competitivo, realizado integralmente por vía electrónica y abierto al público, utilizado para contratar los bienes y servicios incluidos en el listado de bienes y servicios comunes, que cuenten con una ficha técnica que define sus características aprobada por el organismo central

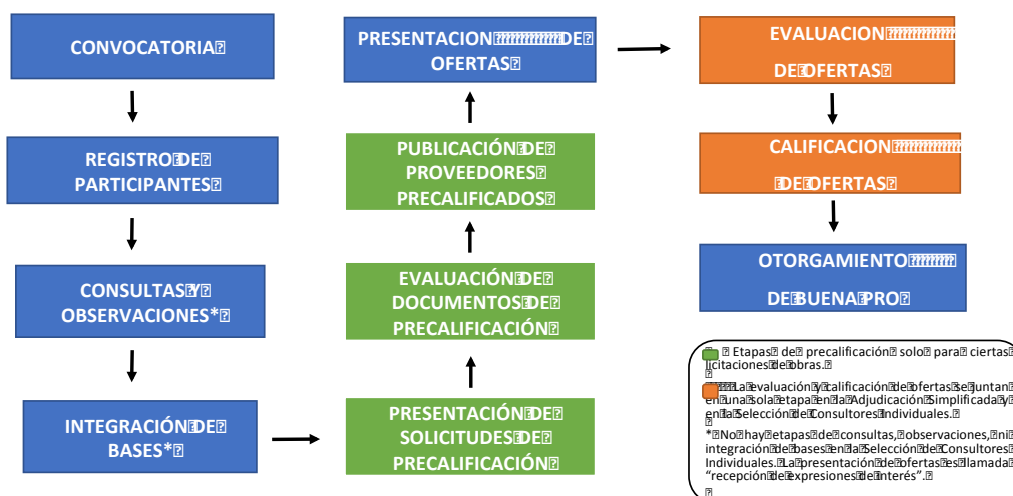
de compras (Perú Compras), y por montos superiores a los S/33,200. Los bienes y servicios escogidos por la entidad pública siempre son los de menor precio ofertado por los proveedores que participan de la subasta inversa electrónica.

- **Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco:** procedimiento competitivo de contratación abierto a los proveedores que hayan sido seleccionados para suscribir un acuerdo marco para la oferta de los bienes y servicios identificados por Perú Compras. Con dicho acuerdo, los proveedores podrán ofrecer sus productos y servicios en un catálogo electrónico (tienda virtual), los cuales estarán disponibles para ser escogidos por las entidades públicas en base a factores como costo y disponibilidad (stock).
- **Contratación directa:** contratación de proveedores sin procedimiento de selección competitivo previo, habilitado por ley para supuestos de excepción como: contratación entre entidades públicas, situación de emergencia, situación de desabastecimiento, secreto militar y orden interno, existencia de proveedor único, servicios personalísimos, servicios de publicidad para el Estado, servicios de consultoría individual, bienes o servicios científicos tecnológicos, adquisición y arrendamiento de inmuebles, servicios de asesoría legal para la defensa de funcionarios, contratos resueltos o declarados nulos, servicios educativos de capacitación, y bajo ciertas condiciones habilitantes.

Como se aprecia, las diversas modalidades de selección de la persona o empresa contratante dependen del objeto de la contratación y de los montos involucrados. Las de mayor complejidad son las modalidades de licitación pública y concurso público. Otros tipos de procedimientos como la adjudicación simplificada o la selección de consultores individuales cuentan con reducidos plazos para las mismas etapas o algunas de estas se han condensado en un menor número de fases.

Gráfico 1: Etapas de un Procedimiento de Selección

Flujograma general de procedimientos de selección



Fuente: Ley de Contrataciones del Estado y reglamento
Elaboración propia

Son las mismas entidades públicas que tienen la necesidad de aprovisionamiento de un bien o servicio las encargadas de conducir los procedimientos de selección. Dentro de ellas, son los organismos encargados de la contratación (OEC) los principales responsables de dichos procedimientos. Existen, no obstante, otros organismos públicos con un importante rol en el funcionamiento adecuado de estos procedimientos.

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) es el organismo público encargado de monitorear y vigilar el cumplimiento de las leyes y reglamentos de contrataciones del Estado y pueden, por ejemplo, revisar los cuestionamientos a las bases de los procedimientos de selección en determinados supuestos, así como revisar la legalidad en la conducción de los procedimientos. El OSCE también es el encargado de administrar el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), el portal electrónico habilitado para la publicidad e intercambio de información sobre las contrataciones del Estado así como para la realización de ciertas actividades durante las etapas de los procedimientos de selección como la convocatoria, la formulación de consultas y observaciones; y, en algunos tipos de procedimientos, la presentación de ofertas y la notificación de la adjudicación de la buena pro.

Perú Compras, por su parte, es un organismo público que cumple la tarea de ser la Central de Compras del Estado peruano. Para ello, realiza las compras corporativas obligatoriamente establecidas para todas las entidades públicas, así como las compras corporativas que otras entidades le encarguen a través de un convenio. Asimismo, elabora las fichas técnicas del listado de bienes y servicios comunes, y administra los catálogos electrónicos y la plataforma a través de la cual las distintas entidades públicas deben contratar los bienes y servicios incluidos en los Acuerdos Marco, para lo cual, Perú Compras se encarga de generar los Acuerdos Marco y seleccionar los proveedores que pueden participar en ellos.

Tanto las diversas modalidades de selección como la participación de las diversas entidades públicas involucradas con el proceso de contratación estatal apuntan a la eficiencia en la satisfacción de las necesidades de aprovisionamiento de las entidades públicas. Esto es, procurar los bienes y servicios que cumplan con las funcionalidades requeridas y al menor costo posible.

3. La Competencia en las Compras Públicas

La importancia de la competencia en las contrataciones estatales queda establecida con la incorporación de la competencia como uno de los principios rectores de la Ley de Contrataciones del Estado³.

Este principio incluye dos deberes: uno dirigido a las entidades públicas y otro que tiene a las empresas postoras como destinatarias. Para las primeras, el principio de competencia demanda que los procesos de contratación incluyan disposiciones que permitan la competencia efectiva, con el propósito de “obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación”. Para las segundas, se materializa en un deber de no incurrir en “prácticas que restrinjan o afecten la competencia”.

La tipificación de las prácticas restrictivas de la competencia se encuentra en una norma distinta, el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. En el caso de los procedimientos de selección y contratación estatal, son especialmente relevantes las denominadas prácticas colusorias horizontales, es decir, aquellos acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas entre agentes económicos que compiten en el mismo nivel de una cadena de producción, distribución o comercialización, con el objeto de eliminar, restringir o limitar la competencia en detrimento de los consumidores, de otros competidores, de los clientes o de los proveedores.

El elemento común a todas las prácticas colusorias horizontales es la voluntad concertada de los agentes económicos de un mercado para dejar de competir en algún aspecto, sea por precio, por volumen de producción u oferta, por clientes, por zonas geográficas, entre otras.

De hecho, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas contiene un inciso especial en el que se tipifica las prácticas restrictivas de la competencia cometidas al interior de un procedimiento de selección y contratación con el Estado. Así, queda prohibida y sancionada la concertación o coordinación de “ofertas, posturas o propuestas”, así como “abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates”⁴.

Las también llamadas “licitaciones colusorias” o “*bid rigging*” (por su nombre en inglés) son consideradas prohibiciones absolutas en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁵, debido a su carácter sensiblemente nocivo para la competencia y los consumidores (en este caso, las entidades públicas), y son pasibles de sanciones

³ Artículo 2, inciso e) de la Ley de Contrataciones del Estado.

⁴ Artículo 11.1, inciso j) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

⁵ Artículo 11.2, inciso d) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

por parte de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, consistentes en multas administrativas que pueden llegar a superar las 1,000 UIT.

En el ámbito de la legislación de contrataciones con el Estado, el artículo 14 de la ley establece que cuando una entidad pública, el OSCE o el Tribunal de Contrataciones del Estado constate la existencia de indicios de conductas anticompetitivas en un procedimiento de selección, deberá remitir toda la información pertinente a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, para que esta desarrolle la investigación respectiva y, de ser el caso, aplique las sanciones a los responsables.

De acuerdo con la segunda disposición complementaria final de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas –concordada con el artículo 11 de la antigua ley de contrataciones del estado (Decreto Legislativo 1017)–, en caso el Indecopi determinara la existencia de una infracción administrativa y esta quedara firme, el OSCE procedería con la inscripción de los infractores en el registro de inhabilitados para contratar con el Estado. Sin embargo, a diferencia de la ley predecesora, la actual Ley de Contrataciones del Estado (Ley 30225) no ha previsto expresamente la inhabilitación para contratar con el Estado como una sanción aplicable por el Tribunal de Contrataciones del Estado en caso se haya declarado la existencia de una conducta anticompetitiva⁶.

La Ley de Contrataciones del Estado vigente, en cambio, sí sanciona una conducta de configuración similar: la simulación o apariencia de competencia⁷. Ella se produce cuando acuden a participar en un mismo procedimiento de selección dos o más personas naturales o jurídicas que pertenecen al mismo grupo económico.

Cuando dos agentes pertenecen al mismo grupo económico, estos no son competidores, porque representan un mismo centro de interés⁸. Y en tal sentido, no puede hablarse de una práctica restrictiva de la competencia entre dos agentes que en realidad no son competidores. Es por ello que, a pesar de no calificar como una conducta anticompetitiva, la Ley de Contrataciones del Estado prohíbe que dos o más agentes del mismo grupo económico participen de un procedimiento de selección pues dan solo apariencia de competencia.

⁶ Artículos 11 y 51.1, inciso i) del Decreto Legislativo 1017.

⁷ Artículos 11.1, inciso p) y 50.1, inciso c) de la Ley de Contrataciones del Estado.

⁸ “(...) no puede existir prácticas colusorias horizontales entre agentes económicos que pertenecen a un mismo grupo económico. En efecto, los agentes económicos que forman parte de un mismo grupo económico responden al interés de una unidad de decisión y, en esa medida, no compiten efectivamente entre sí”. Resolución 028-2013/ST- CLC-INDECOPI del 14 de noviembre de 2013.

“Simulación” o “apariencia” de competencia

En muchas ocasiones, las entidades públicas remiten a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia copias de expedientes de procedimientos de selección en los que existen evidencia de una simulación de competencia.

La simulación de competencia, es decir, cuando dos o más agentes que pertenecen al mismo grupo económico se presentan a un procedimiento de selección pretendiendo ser competidores, es una infracción a la Ley de Contrataciones del Estado. Sin embargo, no es una infracción a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Este fue el caso, por ejemplo, de los procedimientos de adjudicación de menor cuantía convocados por el Ministerio de Educación para contratar el servicio de coordinación para la atención de pasajes terrestres durante los Juegos Deportivos Nacionales. En dos de ellos, se adjudicó la buena pro al señor Jorge Seminario, quien también había presentado otra oferta a través de la empresa Kusa Perú S.A.C., de la cual era accionista y gerente general.

La Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia resolvió no iniciar un procedimiento sancionador, toda vez que “el señor Seminario y Kusa actuaron como una unidad económica, cuyo centro de decisión fue el señor Seminario. (...) [E]l señor Seminario y Kusa formaron parte de un mismo grupo económico y no pueden ser considerados competidores entre sí, por lo que no puede haberse configurado una práctica colusoria horizontal entre ellos”.

Fuente: Resolución 026-2013/ST- CLC-INDECOPI del 14 de noviembre de 2013.

Volviendo a las prácticas restrictivas de la competencia que se producen en el marco de un procedimiento de selección, existe en la jurisprudencia de Derecho de la Competencia nacional e internacional una serie de casos que permiten identificar distintos tipos de licitaciones colusorias. A continuación, se presentan los más emblemáticos, a fin de que las entidades públicas puedan saber qué tipo de prácticas están prohibidas y estar alertas para denunciarlas ante la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi cuando cuenten con indicios de su ocurrencia. La clasificación que se presenta a continuación está motivada únicamente por fines didácticos y no responde a una tipificación legal de las conductas anticompetitivas.

A) Acuerdos de precios

Los acuerdos de precios son las prácticas restrictivas por antonomasia. En el caso de una licitación o concurso público, consiste en el pacto entre competidores para ofertar un mismo precio de venta de los bienes o servicios materia de contrato. También pueden adoptar modalidades más complejas como acuerdo de descuentos, precios mínimos o fórmulas de cálculo del precio a ofertar.

En el marco de un procedimiento de selección, el acuerdo de precios podría tener por objetivo que los postores integrantes del pacto colusorio se aseguren que el precio de venta final por el cual serán adquiridos los bienes o servicios objeto de un concurso público será el que ellos han acordado entre sí. De esta forma, los postores se aseguran un determinado nivel de precios conveniente a sus intereses, en caso resulten ganadores del procedimiento de selección.

Si todos los postores presentan una misma oferta económica, entonces el desempate podría resolverse por azar. En tal sentido, no son tan comunes los acuerdos de precios aislados, sino que podrían venir acompañados de acuerdos complementarios, como de fraccionamiento y repartición del concurso público, o de posterior desistimiento a favor del postor seleccionado como ganador por los integrantes del pacto colusorio.

Caso Envases para Lubricantes

La Comisión de Libre Competencia del Indecopi sancionó a dos empresas (Rheem y Envases Metálicos) por concertar el precio de venta de envases metálicos para lubricantes, requeridos por la empresa estatal Petroperú. El acuerdo consistía en un incremento concertado de los precios ofertados a Petroperú y una reducción del volumen de unidades ofrecidas, con el objetivo de que la compra de Petroperú sea fraccionada y repartida entre los dos proveedores.

Para acreditar la práctica anticompetitiva, la Comisión tuvo en cuenta los siguientes indicios:

- Las dos empresas modificaron simultáneamente los precios cotizados a Petroperú a partir de octubre de 1995.
- Entre agosto de 1992 y octubre de 1995, los precios cotizados por ambas empresas eran distintos y con tendencia a la baja.
- El precio cotizado en octubre de 1995 y en dos oportunidades posteriores (febrero y marzo de 1996) por ambas empresas fue idéntico y superior al de las últimas cotizaciones y ventas.
- Otros clientes de las empresas denunciadas recibieron ofertas de precios distintas e inferiores a las que se presentaron a Petroperú.
- Tanto Rheem como Envases Metálicos presentaron su oferta reduciendo el volumen de cilindros ofrecidos a una cantidad casi equivalente al 50% de los requeridos por Petroperú, pese a que en años anteriores dichas empresas sí habían ofertado abastecer el total de unidades solicitadas.

Propuestas de Venta a Petroperú por parte de Rheem y Envases Metálicos

Fecha	Requerimiento de Petroperú	Rheem Peruana		Envases Metálicos	
		Precio	Cantidad	Precio	Cantidad
ago-92	900	28.07	900	28.00	900
dic-92	600	27.80	600	27.85	600
mar-93	600	26.50	600	26.35	600
feb-94	3,500	22.00	3,500	22.34	3,500
mar-94	30,000	19.95	30,000	17.95	30,000
abr-95	20,000	17.70	20,000	18.97	20,000
oct-95	10,000	23.80	5,020	23.80	5,090
feb-96	10,000	23.80	5,100	23.80	5,090
mar-96	10,000	23.80	5,102	23.80	5,000

Fuente: Resolución 004-97-INDECOPI-CLC
Elaboración propia

Fuente: Resolución 004-97-INDECOPI-CLC del 21 de febrero de 1997 y Resolución 255-97/TDC del 22 de octubre de 1997.

Una sub-variante del acuerdo de precios puede presentarse en una etapa inicial del procedimiento de selección. Esto es, en la elaboración del estudio de mercado, cuando las entidades públicas suelen pedir cotizaciones a diversas empresas.

En este contexto, las empresas requeridas podrían acordar un mismo precio o un nivel mínimo de precio (“precios piso”) a ser remitido como cotización a la entidad requirente. El objetivo sería influir en la determinación del valor referencial y con ello incrementar la disponibilidad a pagar de la entidad pública por los bienes o servicios que luego serán objeto de un procedimiento de selección.

Los miembros de un pacto colusorio también podrían aprovechar el contexto de una convocatoria a un procedimiento de selección para intercambiar información sensible que normalmente no compartirían con un competidor como, por ejemplo: los precios a ser ofertados, las estructuras de costos, las condiciones técnicas a ofertar, los volúmenes a ofertar, entre otros.

Este intercambio de información puede servir para manipular los resultados de un procedimiento de selección vigente o los de futuras licitaciones de la entidad pública. El intercambio de información así puede resultar instrumental para un acuerdo de precios o para un reparto de mercado.

B) Repartos de mercado o acuerdos de no competencia

Constituyen las modalidades de licitaciones colusorias más frecuentes. Se tratan de acuerdos entre posibles postores que tienen por objeto evitar la competencia entre ellos y asignar un ganador, el cual podrá obtener condiciones más rentables en la venta de bienes y servicios a la entidad convocante.

El reparto de mercado puede darse en función a zonas geográficas (se define un ganador en función del domicilio de la entidad convocante o del lugar donde debe proveerse el bien o prestarse el servicio), tipo de clientes (el ganador es escogido en función a la entidad convocante), tipo de bienes o servicios (los postores coludidos se reparten las licitaciones en función al tipo de bien o servicio que es materia de convocatoria), montos involucrados (la repartición de las licitaciones se realiza en atención a los valores de los contratos a celebrarse), entre otros elementos.

El reparto o pacto de no competencia puede manifestarse bajo diversas modalidades:

b.1. Abstenciones en conjunto

Los postores miembros del pacto colusorio acuerdan no presentarse a un procedimiento de selección como mecanismo de presión para que la entidad pública eleve el valor referencial o para que utilice un mecanismo de contratación más favorable. Un acuerdo similar puede ser celebrado con ocasión del envío de cotizaciones.

Alternativamente, el acuerdo de abstención puede tener por objeto favorecer a un postor en particular. En dicho supuesto, los postores se abstienen de participar con excepción de aquel que ha sido escogido como ganador por los integrantes del cártel.

b.2. Ofertas de resguardo y descalificaciones

Con el objetivo de que se ejecute el acuerdo colusorio que busca favorecer a un postor en particular, el resto de empresas participantes pueden presentar ofertas que solo den la apariencia de competencia genuina. Así, estas ofertas no serán mejores que la oferta escogida por el cártel como la ganadora. Puede darse, por ejemplo, que:

- (i) Los postores acuerden presentar ofertas económicas más altas que la del competidor escogido para adjudicarse la buena pro.
- (ii) Los postores acuerden presentar ofertas que no cumplen con los requisitos técnicos mínimos del procedimiento de selección y serán descalificados.
- (iii) Los postores acuerden presentar ofertas que superan el exceso permitido respecto del valor referencial y serán descalificados.
- (iv) Una combinación de las anteriores.

b.3. Retiro de ofertas

Los integrantes de un pacto colusorio podrían acordar también el retiro de las ofertas de los postores que no han sido escogidos por el cártel para ganar el concurso público y así favorecer a uno de sus miembros.

b.4. Rotación de ganadores

En este caso, las empresas integrantes del cartel licitatorio continúan presentándose a los procedimientos de selección, en apariencia de competencia genuina, pero en realidad, se han tomado turnos para ganar los concursos. Como se ha mencionado anteriormente, el factor para decidir el postor ganador puede ser diverso: por tipo de entidad convocante, por montos involucrados, por zona geográfica, entre otros.

El favorecimiento concertado de una empresa (en cualquiera de las modalidades antes reseñadas) puede ser luego retribuido a través de diversas formas:

- La sub-contratación de los oferentes que no ganaron o no participaron del concurso.
- El pago de facturas a los oferentes que no ganaron o no participaron del concurso, por otro tipo de servicios.

- El desarrollo de negocios conjuntos en otro tipo de proyectos (consorcios, *joint ventures*, etc.) en los que las empresas que no ganaron o no participaron del concurso perciban ganancias, primas o bonificaciones especiales.

Caso de Bienes Raíces en EE.UU.

El gobierno norteamericano inició un caso contra un grupo de agentes de bienes raíces por incurrir en una práctica colusoria en el marco de las ofertas que presentaron a las subastas públicas de propiedades embargadas en Fairfax County, Virginia.

El acuerdo consistía en fijar un precio menor para la compra de estas propiedades y, para ello, habían pactado no presentar ofertas en las subastas públicas en las que se ofrecían estos bienes. Durante dichas subastas, los agentes coludidos se abstuvieron de presentar ofertas, mientras que un agente seleccionado en el acuerdo fue el único que ofertó y obtuvo la propiedad a un menor precio. Luego, los agentes se repartirían las propiedades y se dividirían los excedentes de ahorro.

Fuente: 148 F.3d 359. United States v. S Romer. United States Court of Appeals, Fourth Circuit.

C) Asociaciones colusorias

Si bien la Ley de Contrataciones del Estado permite la participación conjunta de dos o más empresas en un procedimiento de selección a través de un consorcio que permita complementar las ofertas de las integrantes del vehículo asociativo, en ocasiones, la decisión de formar un consorcio puede responder no a una necesidad de complementariedad, sino a un simple pacto colusorio, por el cual los integrantes optaron por dejar de competir entre ellos en uno o varios concursos públicos.

En este supuesto, como resulta evidente, no basta con la sola conformación del consorcio para acreditar la voluntad colusoria, sino que hacen falta elementos que muestren el móvil anticompetitivo subyacente a la forma asociativa escogida, como la conducta reiterada e injustificada de integrar un consorcio en licitaciones estatales, o la prueba de comunicaciones o coordinaciones entre los agentes que demuestran que el consorcio se originó en un pacto anticompetitivo, entre otros.

4. Promoción de la competencia en los procedimientos de selección

4.1 Identificación de mercados con mayor riesgo para la competencia

La literatura de Economía y Derecho de la Competencia identifica algunas características presentes en ciertos mercados que los convierten en más propensos para la comisión de conductas anticompetitivas⁹. Es decir, mercados donde se presentan condiciones que favorecen las prácticas colusorias:

- Número reducido de empresas en el mercado¹⁰.
- Pocos o ningún nuevo entrante al mercado en los últimos años¹¹.
- Mercado altamente concentrado (HHI superior a 2500)¹².
- Bienes o servicios relativamente homogéneos¹³.
- Pocos sustitutos a los bienes y servicios¹⁴.
- Barreras altas de ingreso al mercado¹⁵.

⁹ MOTTA, Massimo. *Competition Policy. Theory and Practice*. 9th Ed. Cambridge University Press. New York, 2008, p. 142-150. TIROLE, Jean. *The Theory of Industrial Organization*. Massachusetts Institute of Technology. Massachusetts, 1988, p. 240-243. CONRATH, Craig W. *Practical Handbook of Antimonopoly Law Enforcement for an Economy in Transition*. World Bank, Washington, 1995, p. 2-14. ELHAUGE, Einer. *United States Antitrust Law and Economics*. 2nd Ed. Thomson Reuters Foundation Press. New York, 2011, p. 562-563. COLOMA, Germán. *Defensa de la Competencia. Análisis Económico Comparado*. Ciudad Argentina. Buenos Aires – Madrid. 2003, p. 80-85.

¹⁰ A menor número de empresas, mayor facilidad para ponerse de acuerdo. Es más probable un pacto colusorio entre 2, 3 o 4 empresas, que entre 10, 15 o 20.

¹¹ Se hace más viable un acuerdo colusorio entre empresas que se conocen, sin temor a que ingrese un nuevo competidor que pueda romper el pacto o reducir su efectividad. Esto se puede presentar, por ejemplo, si en los procedimientos de selección de los últimos 2 o 3 años no ha ingresado ningún nuevo postor.

¹² El HHI o Índice Herfindahl-Hirschman es una medida del nivel de concentración de un mercado que se calcula a partir de la sumatoria de los cuadrados de las participaciones de mercado de los competidores. Así, por ejemplo, en un mercado donde solo existen 4 competidores y sus participaciones de mercado son de 30%, 25%, 25% y 20%, respectivamente, el HHI será de 2550 ($900 + 625 + 625 + 400$), correspondiente a un mercado altamente concentrado. En cambio, si existen 10 competidores, y sus participaciones son de: 15%, 15%, 12%, 11%, 10%, 10%, 9%, 8%, 5% y 5%, respectivamente, el HHI será de 1010 ($225 + 225 + 144 + 121 + 100 + 100 + 81 + 64 + 25 + 25$), correspondiente a un mercado desconcentrado.

¹³ Esto se da, por ejemplo, en el caso de bienes de poca complejidad o que califican como *commodities*, como, por ejemplo, útiles de oficina o alimentos no procesados, en los que es más fácil para los proveedores ponerse de acuerdo pues las características de los productos corresponderán a un mismo estándar.

¹⁴ Si hay pocos sustitutos es más fácil la adopción y subsistencia de un acuerdo colusorio, pues no hay el temor de que los compradores adquieran otro tipo de productos. Esto puede suceder, por ejemplo, con la gasolina o el papel donde hay dificultad de sustitución.

¹⁵ En mercados con altas barreras de ingreso al mercado (inversiones muy altas o autorizaciones legales muy costosas en tiempo y recursos) hay menos competencia y mayor posibilidad de implementar una práctica restrictiva de la competencia efectiva.

- Escasa innovación en el mercado en los últimos años¹⁶.
- Demanda estable¹⁷.
- Información pública sobre precios y principales condiciones comerciales de bienes y servicios o fácilmente accesible¹⁸.
- Existencia de una asociación gremial, empresarial o profesional, relativamente activa¹⁹.

Las anteriores son circunstancias de riesgo que se pueden presentar en varios mercados y a las que debe prestarse atención para intentar evitar o detectar posibles conductas anticompetitivas. Adicionalmente, en el caso específico de los procedimientos de selección, otras señales en las que una entidad convocante podría advertir que existe un riesgo mayor de comisión de prácticas colusorias son las siguientes:

- Se trata de un procedimiento de selección que se repite de forma periódica y previsible (por ejemplo, anualmente).
- Los requerimientos o especificaciones de los bienes y servicios se mantienen con pocos cambios, haciéndose previsible para los potenciales postores.
- Durante la solicitud de cotizaciones, no se recibieron respuestas o estas fueron escasas, lo que puede ser un indicador de que habrá pocos postores y baja competencia.
- Existe antecedentes de la cancelación del procedimiento de selección o ha sido declarado desierto con anterioridad, lo que puede ser una señal de que habrá poca competencia.

Ninguna de las condiciones antes descritas es determinante de la existencia de una práctica restrictiva de la competencia. Sin embargo, cuando se presente una pluralidad de las características antes señaladas, las entidades públicas deben tener especial cuidado y procurar seguir las pautas que se describen a continuación para fomentar la mayor competencia posible. Adicionalmente, deben estar atentas para

¹⁶ En un mercado con poca innovación (por ejemplo, archivadores) es más fácil que un grupo de competidores puedan llegar a un pacto colusorio, pues no tendrán que ponerse de acuerdo sobre las características del bien o servicio, en comparación con un mercado donde hay más innovación (por ejemplo, software) y no hay un solo estándar del bien o servicio.

¹⁷ Si la compra de un bien o servicio se mantiene constante (por ejemplo, la contratación anual del servicio de vigilancia) se hace más predecible para los oferentes y menos difícil llegar a un acuerdo entre competidores.

¹⁸ Si los precios de los bienes o servicios ofertados son públicos (por ejemplo, están en un portal web, o se exhiben en letreros visibles al público) es más sencillo monitorear que los competidores hayan respetado el precio acordado en un esquema colusorio.

¹⁹ Si existe un gremio que congrega a las principales empresas del mercado, esta asociación puede servir como espacio u oportunidad de reunión y acuerdos colusorios entre los competidores.

identificar posibles indicios de la comisión de prácticas colusorias por parte de las empresas postoras.

4.2. Pautas para fomentar la competencia

Desde el momento en que una entidad pública identifica una necesidad para aprovisionarse de un bien o servicio, debe tener en consideración que mientras mayor competencia exista, cuenta con más amplias posibilidades para acceder a dichos bienes o servicios en condiciones económicas favorables, y así cuidar tanto sus objetivos institucionales como su presupuesto.

En tal sentido, los funcionarios que participan en los procedimientos de selección y contratación deben preguntarse antes de tomar una decisión si aquella fomentará o restringirá la competencia, y si no hay alguna alternativa que, respetando el marco legal existente, permita lograr los mismos objetivos, promoviendo una mayor competencia.

A continuación, se señalan las pautas que podrían seguir las entidades públicas para fomentar la competencia en distintos momentos de los procedimientos de selección y contratación a su cargo.

A) Durante los actos preparatorios

a) Buscar información preliminar sobre el bien o servicio a contratar y sobre el mercado

Es importante conocer acerca del mercado del bien o servicio que se busca contratar para identificar preliminarmente precios, proveedores, tendencias recientes, productos o servicios sustitutos. Esto puede ayudar a concebir una idea preliminar sobre la oportunidad y la modalidad idóneas para realizar un procedimiento de selección y contratación.

Esta pauta es especialmente importante cuando es la primera vez que la entidad o los funcionarios encargados hacen una contratación en dicho mercado.

Dependiendo de la relevancia, frecuencia y magnitud de las contrataciones en una entidad pública, puede resultar conveniente que esta cuente con un área y funcionarios específicamente dedicados a la elaboración de estudios de mercado, o que encargue esta tarea a un consultor independiente, bajo el deber de guardar reserva y confidencialidad.

b) Elaborar un adecuado estudio de mercado, de acuerdo a la magnitud del requerimiento

De acuerdo a la Ley de Contrataciones del Estado, las entidades convocantes determinan el valor referencial de los bienes y servicios a contratar en función

a un estudio de mercado. Esta tarea no debe tomarse como un mero requerimiento de forma a cumplirse apenas con solicitar un número determinado de cotizaciones.

El estudio de mercado no es solo un insumo para estimar el posible costo de adquisición de la entidad pública, sino también sirve para anticipar el tipo de bienes o servicios disponibles en el mercado, la cantidad de proveedores que podrían responder al requerimiento y el nivel de competencia que podría esperarse en el procedimiento de selección.

Por ello, es recomendable que tanto el área usuaria como el órgano encargado de las contrataciones se involucren en el estudio de mercado previo a la determinación del valor referencial y consideren distintas fuentes de información como: solicitud de cotizaciones, búsqueda de información en páginas *web* y plataformas de venta electrónicas, llamadas, visitas a tiendas, reuniones con potenciales proveedores (evitando reuniones grupales en las cuales estos puedan tomar contacto entre sí), y la información de procedimientos de selección anteriores conducidos por la misma entidad convocante u otras.

La profundidad del estudio de mercado dependerá de la magnitud de la contratación requerida por la entidad pública, así como de la experiencia previa en la contratación del bien o servicio requerido.

c) Revisar antecedentes de procedimientos de selección

Las entidades públicas deben aprovechar la experiencia acumulada en procedimientos de selección previos. Lo mismo sucede respecto de los procedimientos de selección de otras entidades públicas, cuya información se encuentra disponible en el SEACE.

Esta información puede ser de utilidad para diseñar correctamente el procedimiento de selección, así como para elaborar el estudio de mercado requerido como paso previo para la determinación del valor referencial.

Celebrar reuniones (formales o informales) con los funcionarios encargados de los procesos de contratación de otras entidades del sector público puede ser útil para un mejor conocimiento del mercado y de las exigencias de los procedimientos de selección de los bienes y servicios involucrados.

d) Evaluar la posibilidad de compras corporativas

Al realizar compras conjuntas con otras entidades del Estado, se incrementa la probabilidad de obtener un mejor precio por unidad de producto o servicio requerido. Al mismo tiempo, se pueden ahorrar costos en dinero y tiempo asociados con la conducción del proceso de selección.

e) Evitar la predictibilidad en los procedimientos de selección

Existen bienes y servicios que son requeridos periódicamente por las entidades públicas. La recurrencia en cierto tipo de compras públicas puede facilitar que los potenciales postores se anticipen a los eventuales requerimientos de las entidades y adopten algún acuerdo colusorio.

En este contexto, es deseable que las entidades convocantes encuentren formas de reducir la predictibilidad de sus contrataciones como, por ejemplo, variando los valores referenciales en nuevos procedimientos de selección, modificando los volúmenes de bienes y servicios requeridos (por ejemplo, agregando o desagregando compras), cambiando las fechas en que se acostumbran realizar los procedimientos de selección, entre otras.

B) Durante la preparación de las Bases

a) Definir los requisitos y especificaciones técnicas sobre la base de su necesidad

En ocasiones, se pueden incluir en las bases del procedimiento de selección ciertos requisitos o especificaciones técnicas que los funcionarios de las entidades convocantes han encontrado –como parte de su estudio de mercado– en algunos bienes o servicios que podrían satisfacer sus necesidades. Sin embargo, aquellas condiciones podrían ser meramente descriptivas de un tipo de oferta y excluir innecesariamente a potenciales ofertas competidoras.

Es preferible evitar la inclusión de ciertos requisitos cuando no se ha establecido previamente su utilidad o interés para la entidad pública.

b) Evitar requerimientos desproporcionales

Al momento de establecer las especificaciones técnicas o términos de referencia, se debe evitar incluir requisitos que resulten desproporcionales para el tipo de bien o servicio a contratar, sin que ello implique sacrificar la idoneidad y calidad de los bienes o servicios requeridos.

Ciertas exigencias vinculadas con capital mínimo, montos de contratación previa, garantías, composición o naturaleza de la empresa, cuando resultan excesivas frente a los valores involucrados en el procedimiento de selección, pueden convertirse en obstáculos para la participación de postores y el desarrollo de una mayor competencia.

c) No requerir información poco relevante

En determinados mercados, la exigencia de excesivos documentos e información puede desalentar la participación de postores, más aún si los plazos para concursar en un procedimiento de selección son reducidos. Los

funcionarios encargados del procedimiento deben preguntarse acerca de la utilidad de la información requerida y si esta no puede ser obtenida por fuentes de acceso público.

d) Evitar posibles casos de direccionamiento

Al momento de definir los requisitos para participar en un proceso de selección, es pertinente que los funcionarios de la entidad convocante se pregunten si solo una empresa podría cumplir con ellos. Si la respuesta es positiva, es recomendable volver a revisar los requisitos para identificar si alguno de ellos hace que el procedimiento de selección favorezca indebidamente a uno de los posibles postores.

Debe evitarse las referencias a productos o servicios específicos o cierto tipo de empresas. Los requisitos deben apuntar, más bien, al desempeño funcional que se espera de los bienes o servicios, así como a lo que se espera de los oferentes, admitiendo la posibilidad de fuentes de aprovisionamiento alternativas o novedosas. En ese sentido, es deseable que las especificaciones técnicas o términos de referencia permitan la participación de productos o servicios sustitutos que cumplan con la misma finalidad de los originalmente requeridos y que satisfagan adecuadamente las necesidades de aprovisionamiento de la entidad convocante.

Requisitos que restringen la competencia

En diversos pronunciamientos, el Tribunal de Contrataciones del Estado ha revisado la licitud de los requisitos contemplados en las bases de los procedimientos de selección convocados por las entidades públicas para evaluar si aquellos cumplen con los principios de competencia, igualdad de trato y libre concurrencia.

Así, por ejemplo, en un caso de una adjudicación simplificada, el Tribunal encontró que una entidad pública que requería la compra de cerámicos había previsto entre las características del bien a ser adquirido elementos como la textura y acabados que coincidían únicamente con la oferta de una determinada marca, favoreciendo así a un solo proveedor sin que, en todo caso, se haya seguido el proceso de estandarización requerido para ello.

Por tal razón, declaró la nulidad íntegra del procedimiento de selección y que este se retrotraiga a la etapa de convocatoria.

Fuente: Resolución 2054-2016-TCE-S3 del 15 de diciembre de 2016.

e) Elegir factores de evaluación que respondan al objetivo de la contratación y favorezcan la competencia

Los factores de evaluación para escoger al ganador de un procedimiento de selección deben tener una utilidad perceptible para la entidad convocante. No basta con que el factor de evaluación permita diferenciar entre ofertas, sino

que el elemento diferenciador debe ser relevante para los fines que persigue la entidad pública.

Factores como años de experiencia, contrataciones previas, dimensión y capital de empresas postores pueden ser relevantes, pero debe estudiarse previamente su utilidad para el tipo de bienes o servicios requeridos, pues se corre el riesgo de limitar la competencia de nuevos entrantes en el mercado (incluyendo a medianas, pequeñas y micro empresas) o de no obtener un mejor precio de contratación.

Caso Corredores de Transporte Público

La Licitación Pública 001-2012-MML-IMPL fue convocada por el Instituto Metropolitano Protransporte de Lima (Protransporte) por encargo de la Municipalidad Metropolitana de Lima con la finalidad de otorgar la concesión de la prestación del servicio público de transporte de pasajeros en los paquetes de rutas de los Corredores Complementarios pertenecientes al Sistema Integrado de Transporte de Lima.

La calificación en este procedimiento de selección privilegiaba con un puntaje mayor a aquellas empresas de transporte que ya ofrecían servicios en las rutas que iban a licitarse. Ello desincentivó a nuevas empresas –nacionales o extranjeras, y con una capacidad económica y técnica importante– a presentar propuestas. Como consecuencia, en 36 paquetes de rutas licitadas (de un total de 49 paquetes) apenas hubo un postor; y en 6 paquetes, ninguno.

Por tal motivo, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia elaboró y aprobó una Abogacía de la Competencia en la que se recomendaba “evitar las restricciones a la participación de empresas entrantes favoreciendo a las empresas operadoras o establecidas”.

Fuente: Resolución 013-2015/ST-CLC y Abogacía de la competencia de la Licitación Pública 001-2012-MML-IMPL.

f) Agregar o desagregar bienes de compra

En caso se requieran varios bienes, y se escoja adquirirlos en un solo procedimiento de selección, evaluar si se puede contratar por *ítems*, para fomentar la competencia en cada uno de ellos, en lugar de una sola compra conjunta.

g) Considerar si es necesario publicar el valor de referencia

De acuerdo a la Ley de Contrataciones del Estado, el plan anual de contrataciones de las entidades públicas incluye un valor referencial de los bienes y servicios a ser contratados en el año, y dicho documento es publicado en el SEACE y el portal web de cada entidad²⁰. Así también, al momento de convocar a un procedimiento de selección y elaborar el expediente

²⁰ Artículo 15 de la Ley de Contrataciones del Estado.

respectivo²¹, se incluye el valor referencial, el cual debe ser público como regla general. Sin embargo, por excepción, se permite que este valor se mantenga reservado, previa fundamentación y aprobación del titular de la entidad.

La reserva de esta información puede ayudar a fomentar más competencia, al generar más incentivos para que los eventuales postores ofrezcan el mejor precio posible. La publicidad del valor de referencia, en cambio, puede producir dos efectos nocivos: revelar el precio de reserva de las entidades públicas y perder posibles ahorros, y facilitar la colusión entre postores quienes podrían utilizar el valor referencial como monto a partir del cual concertar un precio.

Por ello, si bien la publicidad del valor de referencia puede hacer más predecible y transparente los resultados de los procedimientos de selección, la entidad convocante debe evaluar si en determinados procedimientos –en especial, los de mayor envergadura y donde se presume que pueden participar varias empresas– resulta más conveniente mantener dicha información en reserva para fomentar mayor competencia. Ello, sin perjuicio de cumplir con el deber de hacer la estimación de dicho valor y establecer los mecanismos que permitan que terceros externos (organismos de control estatal o instituciones de la sociedad civil) supervisen que las entidades públicas respeten el valor de referencia y no paguen montos superiores a los permitidos legalmente en sus respectivas contrataciones y adquisiciones.

h) Valorar y fomentar la conformación de los comités de selección

Los comités de selección cumplen un papel fundamental durante la conducción del procedimiento de selección y elección del contratista para la entidad pública. Sin embargo, en ocasiones, esta tarea puede ser considerada una carga para los funcionarios públicos, quienes, además, asumen riesgos de supervisión y fiscalización por los órganos administrativos de control y autoridades judiciales. En vista de ello, los funcionarios públicos pueden terminar priorizando el excesivo formalismo en los procedimientos de selección o la culminación de estos procedimientos, sin fomentar la competencia ni detectar posibles casos de prácticas anticompetitivas.

Por ello, es importante que las entidades públicas den prioridad a la conformación de los comités de selección, incentivando (a través de reconocimientos o premios) a los funcionarios que cumplen una labor eficiente, tanto en la conducción regular de los procedimientos de selección como en la promoción de la competencia al interior de ellos. La elección de los integrantes de los comités de selección, asimismo, debe privilegiar el conocimiento técnico de los bienes o servicios a ser requeridos, la experiencia previa en los procedimientos de selección y la permanente capacitación de funcionarios en la materia.

²¹ Artículo 18 de la Ley de Contrataciones del Estado.

i) Requerir la presentación de declaraciones juradas

Las entidades públicas podrían requerir a los participantes de los procedimientos de selección la firma y presentación de una declaración jurada o un conjunto de ellas con el siguiente contenido:

- De oferta independiente: que su oferta no ha sido materia de pacto con ninguna otra empresa.
- De único postor en el grupo económico: que ninguna otra empresa perteneciente al mismo grupo económico (o incluso vinculada) está postulando al mismo procedimiento de selección, simulando un mayor nivel de competencia al que realmente existe.
- De razones para el consorcio: para que se especifiquen las razones de complementariedad que justifiquen la formación de un consorcio y que descarten el móvil de evitar la competencia entre los integrantes del consorcio.
- De listado de sub-contratistas: para que se identifique a los sub-contratistas con los que ha acordado o iniciado negociaciones para contratarlos en caso de adjudicación de la buena pro.

La importancia de estos documentos es que recuerdan a los postores las obligaciones previstas en la ley, en particular, aquellas vinculadas con la promoción de la competencia, e incentivan su cumplimiento. Así, en caso se detecte alguna conducta irregular como la adopción de una conducta anticompetitiva o la simulación de competencia, el postor y, en particular, la persona que firma los documentos en representación del postor, se expone a las sanciones penales y administrativas derivadas de la presentación de declaraciones falsas en un procedimiento administrativo.

j) Invertir en la capacitación de los funcionarios

Las entidades públicas deben reconocer el valor del conocimiento en los procedimientos de selección y, por ello, invertir en la capacitación no solo de los funcionarios que integran el órgano encargado de las contrataciones, sino también de otros funcionarios involucrados, como los que integran las áreas usuarias y las áreas de control administrativo. Esta inversión puede implicar un importante ahorro posterior en costos vinculados con la cancelación o suspensión de procedimientos de selección, así como en los montos de contratación, como resultado del diseño de un procedimiento más competitivo y eficiente.

La capacitación debe realizarse no solo respecto del adecuado manejo de la legislación y procedimientos vinculados con las contrataciones del Estado, sino también en la promoción de la competencia y detección de conductas

anticompetitivas, de forma periódica, apoyándose en funcionarios del Indecopi²², universidades, institutos y consultores externos.

C) Durante y después del desarrollo del procedimiento de selección

a) Apuntar y documentar las principales incidencias y hechos extraños que se hayan presentado durante el procedimiento de selección

Esta información servirá en caso resulte necesario informar al Indecopi, así como también para tomar precauciones en el diseño de procedimientos de selección futuros.

Entre las incidencias y hechos extraños a ser considerados se deben incluir los indicios de algún tipo de colusión como, por ejemplo, la identidad o similitud en la presentación de ofertas, envío de comunicaciones conjuntas entre proveedores o asociaciones gremiales, abstención de un número importante de postores que normalmente participarían del procedimiento de selección, la subcontratación de postores que no obtuvieron la buena pro o ni siquiera participaron en el procedimiento de selección, entre otros, que se encuentran detallados en el capítulo 5 de esta Guía.

Las entidades convocantes deberán analizar periódicamente y, de forma comparada, los resultados de los procedimientos de selección convocados y los sucesos relevantes ocurridos dentro de ellos para detectar posibles patrones de conducta y tendencias.

Es recomendable que cada entidad convocante maneje una propia base de datos que registre a los participantes, consorcios, ganadores y sub-contratistas de los procedimientos de selección.

b) Privilegiar los mecanismos de comunicación electrónica durante el procedimiento de selección

La Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento establecen ciertos actos que demandan la presencia física de los postores en un procedimiento de selección, como la presentación de ofertas, apertura de sobres y adjudicación de la buena pro. Si bien este tipo de ceremonias buscan garantizar una mayor transparencia y reducir el riesgo de irregularidades y actos de corrupción en los procedimientos de selección, también brindan la oportunidad para que los postores entren en contacto y puedan ponerse de acuerdo en los términos de sus ofertas (o en la abstención de alguna de ellas) o puedan monitorear el cumplimiento de un acuerdo colusorio pre-acordado. Así, puede ocurrir que un grupo de empresas haya acordado cuál o cuáles de ellas iban a participar de un determinado proceso de selección, y las reuniones presenciales (como

²² El Indecopi cuenta, por ejemplo, con una Escuela Nacional que realiza actividades de capacitación.

por ejemplo, la sesión de presentación de ofertas) les resulte útil para constatar que todas las partes involucradas respeten el pacto colusorio.

En tal sentido, en aquellos casos en los que la legislación lo permita (por ejemplo, la presentación de ofertas y apertura de sobres en la adjudicación simplificada), se debe privilegiar los mecanismos de comunicación electrónica, evitando la reunión física de los competidores en un procedimiento de selección.

Sin perjuicio de lo anterior, en las comunicaciones electrónicas que la entidad convocante sostenga con los potenciales oferentes y postores de un procedimiento de selección, deberá evitar identificarlos, pues ello también facilitaría que las empresas tomen contacto entre sí y puedan arribar a un pacto colusorio. Por ello, se desaconseja las comunicaciones electrónicas en las que se puede visualizar los nombres o las direcciones de correo electrónico de todos los destinatarios.

c) Identificar y entrevistar a empresas que desisten del procedimiento de selección

En aquellos procedimientos de selección con poca o nula afluencia de postores, conocer las razones por las cuales una empresa no participa ayuda a mejorar el diseño de futuros procedimientos en los que se promueva una mayor concurrencia.

Asimismo, la falta de explicaciones razonables podría ser un indicio de la comisión de alguna conducta anticompetitiva que conviene ser identificada.

d) Identificar y listar a las empresas que son sub-contratadas

Además de los deberes legales y contractuales que tienen las empresas adjudicatarias de la buena pro de presentar a sus sub-contratistas ante la entidad contratante, es importante que las entidades públicas identifiquen y lleven una base de datos de los sub-contratistas.

En ocasiones, los acuerdos colusorios entre competidores incluyen compromisos para sub-contratar a las empresas que forman parte del acuerdo y se abstuvieron de participar o ganar en el procedimiento de selección.

e) Mitigar los riesgos de colusión después de la precalificación

En los procesos de selección en los que medie una etapa de precalificación pueden surgir las condiciones para que los postores que superaron dicha fase puedan coludirse entre sí o formen consorcios que tengan por finalidad evitar la competencia.

Por ello, se sugiere adoptar algunas medidas para reducir estos riesgos como: no revelar la identidad de los postores pre-calificados (identificándolos con un código), limitar la posibilidad de formar consorcios o sub-contratar entre los postores que participaron inicialmente del procedimiento de selección, reducir al mínimo el lapso temporal entre la etapa de pre-calificación y la presentación final de propuestas y posterior adjudicación.

Caso Corredores de Transporte Público

En el ya referido caso, una de las condiciones que redujo el número de postores a obtener los paquetes de rutas de transporte y la competencia en la licitación convocada por la Municipalidad Metropolitana de Lima y Protransporte fue la publicación del listado de postores pre-calificados.

Ello, sumado a la preponderancia que se dio en la evaluación a las empresas que ya habían operado en dichas rutas, motivó a que algunos de los postores pre-calificados se uniesen entre sí en consorcios que no enfrentaron competencia en la etapa final de la licitación, o que algunos desistieran de concursar en algunos paquetes de rutas, en los que anticipaban que no podrían ganar la buena pro.

Fuente: Resolución 013-2015/ST-CLC-INDECOPI del 17 de junio de 2015.

f) Facilitar las denuncias de posibles prácticas anticompetitivas u otro tipo de ilicitudes

La legislación de libre competencia ya contempla mecanismos para denunciar conductas anticompetitivas e incluso para incentivar a quienes, habiendo formado parte de un acuerdo colusorio, puedan denunciar el pacto ilícito a cambio de una exoneración o reducción de la sanción aplicable.

En tal sentido, la entidad convocante debería propiciar también la colaboración y denuncia de las personas que tengan conocimiento o evidencia de conductas anticompetitivas al interior de los procedimientos de selección, mediante un canal de comunicación seguro, fácilmente accesible y confidencial. La entidad pública deberá poner en conocimiento del Indecopi de la recepción de este tipo de denuncias tan pronto resulte posible.

g) Mantener una comunicación fluida con la autoridad de competencia

Una entidad convocante debe saber cómo contactar a la autoridad de competencia (Indecopi) y mantener una vía de comunicación abierta, tanto para informar de posibles conductas anticompetitivas, como para requerir su opinión (formal o informalmente) acerca de cómo fomentar una mayor competencia al interior de un procedimiento de selección.

El conjunto de pautas desarrolladas en este capítulo deberá seguirse con mayor cuidado cuando concurren una pluralidad de factores de riesgo de colusión en los mercados y procedimientos de selección.

5. Señales para la detección de conductas anticompetitivas

Más allá del cuidado que las entidades públicas deben emplear en el diseño y conducción de los procedimientos de selección, siempre cabe la posibilidad de que estos incurran en prácticas que impidan o limiten la competencia que se espera al interior de estos procedimientos.

Los ejemplos de prácticas anticompetitivas que pueden cometerse al interior de un procedimiento de selección han sido reseñados en el capítulo 3 de esta guía.

Una entidad pública, entonces, debe estar atenta para identificar aquellos elementos que puedan ser indicativos de la comisión de una conducta anticompetitiva. Si bien la entidad pública no es la encargada de sancionar las prácticas anticompetitivas cometidas por los participantes en un proceso de selección –tarea encomendada por nuestro ordenamiento al Indecopi–, sí resulta importante que la entidad pública procure identificar y alertar al Indecopi de posibles indicios de prácticas anticompetitivas. Solo identificando y denunciando oportunamente posibles prácticas anticompetitivas se puede lograr que los procedimientos de selección logren su cometido: la contratación de los bienes y servicios requeridos por las entidades públicas al mejor precio y calidad posible, como resultado de la competencia.

En tal sentido, a continuación, se presentan algunas señales de advertencia que las entidades públicas pueden tomar en consideración para detectar y denunciar posibles conductas anticompetitivas.

Dos consideraciones previas son relevantes cuando una entidad pública tiene sospechas de la comisión de una conducta anticompetitiva o identifica algunas de las señales de colusión:

1. **Hay mayores posibilidades de comisión de conductas anticompetitivas en ciertos mercados.**

Para ello, debe tomarse en cuenta las características descriptivas de mercados proclives a la colusión, reseñadas en el capítulo 4 de la presente guía, y estar **particularmente alerta en los procedimientos de selección relacionados con tales mercados.**

2. **No toda señal prueba, por sí misma, la comisión de una práctica anticompetitiva.**

Muchas de las señales que se presentan en esta guía pueden tener explicaciones perfectamente racionales (como una subida o caída repentina de precios, o el desistimiento de participar en un procedimiento de selección) o ser meras coincidencias que no suponen un pacto colusorio previo. Por ello, es importante examinarlas a detalle y entender las razones que pueden subyacer a cada una de ellas.

Los indicios de conductas anticompetitivas tienen más peso cuando se presentan varios de ellos de forma concurrente. Si bien a mayor número de señales hay más posibilidades de que se haya cometido una conducta anticompetitiva, esto debe determinarlo finalmente la autoridad de competencia, por lo que es importante que **la entidad pública advierta de estas señales al Indecopi tan pronto sea posible**, sin que ello suponga interrumpir los procedimientos de selección.

La intervención oportuna del Indecopi, mientras continúa el procedimiento de selección, puede ayudar a recolectar más evidencias y confirmar o descartar la práctica anticompetitiva objeto de sospecha.

5.1. Señales de advertencia en la etapa preparatoria

a) Aproximaciones conjuntas o coincidentes para ofrecer un bien o servicio

Si un grupo de empresas o una asociación gremial se contactan con la entidad convocante para ofrecer conjuntamente un bien o servicio, o lo hacen de forma separada, pero con cercanía en las fechas y, coincidentemente, se trata de un mismo producto o servicio, solo que más costoso o novedoso –que no era contratado anteriormente por la entidad pública–, ello podría deberse a la existencia de un acuerdo previo entre competidores en la búsqueda de potenciales clientes.

b) Respuestas conjuntas a las solicitudes de cotización o respuestas idénticas o similares

c) Silencio o retrasos coincidentes a las solicitudes de cotización

Las empresas también se pueden poner de acuerdo para tratar de influenciar a la entidad convocante en la determinación del valor referencial. El acuerdo colusorio en este caso podría estar dirigido a obtener un monto atractivo como valor referencial o, incluso, a demorar o boicotear un procedimiento de selección, con la finalidad de que la entidad pública incremente el valor referencial u opte por un mecanismo de selección más atractivo a sus intereses (como la contratación directa).

(Ver cuadro en la siguiente página)

Caso Hemodiálisis

La Comisión de Defensa de la Libre Competencia –en decisión confirmada por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia– sancionó a un grupo de centros de hemodiálisis de Lima y Callao por haber utilizado las cotizaciones que enviaban al Seguro Social de Salud (Essalud) como un medio de coordinación de ofertas en el marco de los procedimientos de selección que esta entidad convocó durante los años 2010, 2011 y 2012 para contratar servicios de hemodiálisis. Se trataba de un cártel de precios mediante el cual remitían cotizaciones a Essalud con un precio previamente fijado entre ellos, lo cual habría originado que se incrementara el valor referencial y el precio a pagar por Essalud en los concursos públicos a los que convocaba.

“Cabe recordar que la conducta de los Centros investigados se centró en presentar cotizaciones consensuadas ante EsSalud. Dicha acción tenía la potencialidad de incrementar el límite superior de las propuestas económicas (valor referencial) a ser presentadas en los procesos de selección que convocara EsSalud para la contratación anual del servicio de hemodiálisis, permitiendo a [los centros de hemodiálisis] de este modo recibir en Lima y Callao un precio más cercano al pagado en otras ciudades del país.

(...)

Ante esta situación, y de no haber descubierto EsSalud que las expectativas de pago enviadas en las cotizaciones de los Centros correspondían a una actuación colectiva para obtener un mayor pago, EsSalud habría tomado estas cotizaciones como una fuente fidedigna del precio existente en el mercado de prestación del servicio de hemodiálisis con reuso, incrementando el límite superior de las propuestas económicas, al utilizar esta información como una de las fuentes para su determinación”.

Fuente: Resolución 019-2016/CLC-INDECOPI del 10 de febrero de 2016 y Resolución 068-2018/SDC-INDECOPI.

5.2. Señales de advertencia en la etapa de registros de participantes

a) Participantes inusuales o de monitoreo

Por el tipo de procedimiento de selección convocado, puede resultar extraño que algunas empresas se inscriban como participantes, debido a que no tienen la verdadera intención de remitir una propuesta u obtener la buena pro. Esto se puede presentar, por ejemplo, si acuden a etapas claves del procedimiento de selección como la presentación de ofertas, pero no presentan ninguna oferta o presentan una que no cumple con las condiciones mínimas exigidas.

En ese escenario, se puede formular la hipótesis de que el participante inusual es parte de un esquema de monitoreo o supervisión de un pacto colusorio.

b) Ausencia inesperada de participantes

Una forma de ejercer presión por parte de un conjunto de empresas o una asociación gremial consiste en no participar en un procedimiento de selección pese a que sí tienen las condiciones para hacerlo. Ello puede ser un indicio de un acuerdo colusorio si viene acompañado de otras conductas como, por ejemplo, comunicaciones de un conjunto de empresas o una asociación

gremial oponiéndose a algún aspecto del procedimiento de selección (el valor referencial, o el plazo de la convocatoria, por ejemplo).

Los potenciales postores, además, cuentan con incentivos legales para acordar no participar en un procedimiento de selección, toda vez que, si este se declara desierto por segunda vez, la entidad convocante puede pasar a un esquema de selección simplificado.

5.3. Señales de advertencia en la formulación de consultas y observaciones

a) Consultas y observaciones con formatos o contenidos idénticos o similares

Puede ser un indicador de un acuerdo previo entre empresas competidoras para influenciar conjuntamente en la determinación de las bases del procedimiento de selección. Ello puede tener por objetivo, por ejemplo, direccionar las bases para favorecer a una empresa en particular, que ha sido seleccionada por el cártel para adjudicarse la buena pro.

b) Consultas y observaciones direccionadas

Un aspecto inusual podría producirse si más de una empresa formula una consulta u observación a las bases de un procedimiento de selección, cuyo contenido –de ser atendido por la entidad convocante– favorece a una empresa postora en particular. Ello podría ser un indicador de un pacto colusorio para beneficiar a una empresa.

5.4. Señales de advertencia después de la pre-calificación

a) Desistimientos o descalificaciones inesperadas

En los procedimientos de selección en los que se ha previsto una etapa de pre-calificación, se produce una oportunidad para que las empresas participantes se identifiquen entre sí y tomen contacto para un potencial acuerdo colusorio. Esto ocurre entre el momento en que se publica la lista de postores pre-calificados y el momento en que deben enviar su oferta final.

Si alguno de los postores pre-calificados desiste sorpresivamente de enviar una propuesta final, o la que envía incumple con los requisitos mínimos exigidos, se debe explorar la hipótesis de que ello se haya producido como consecuencia de un pacto colusorio.

b) Consorcios entre empresas pre-calificadas

Si una empresa ha logrado superar la etapa de pre-calificación es posiblemente porque se encuentra apta para hacerse cargo del contrato convocado, en caso fuera elegida.

En este contexto, puede resultar extraño que dos o más empresas precalificadas decidan formar un consorcio (cuando las bases lo permitan), y la decisión podría responder a un móvil de evitar la competencia entre ellas y repartirse las ganancias del procedimiento de selección.

5.5. Señales de advertencia en la etapa de presentación de ofertas

a) Ofertas idénticas o con un patrón repetido

Uno de los casos más típicos de licitación colusoria es el de acuerdo de precios. La coincidencia de precios, sin embargo, puede también responder a un mercado altamente competitivo o a señales propiciadas por la propia entidad convocante, lo que sucede, por ejemplo, cuando varios postores presentan una propuesta de precios que coincide con la del valor referencial.

Por ello, la coincidencia de precios adquiere relevancia como indicio de una posible conducta colusoria cuando se trata de un patrón repetido en más de un procedimiento de selección (ante la misma entidad convocante u otra). El patrón repetido también se puede apreciar cuando las ofertas económicas de los postores son distintas, pero en proporciones similares. Por ejemplo, todos los postores ofrecen un precio superior al de la oferta ganadora en un mismo porcentaje (5% o 10% más); o las proporciones en que las ofertas son más elevadas (un postor presenta una oferta 5% más cara y otro 10% más cara) se repiten en distintos procedimientos de selección.

Las coincidencias en estructuras o estimaciones de costos, cuando estas son requeridas como parte de la descripción de la oferta económica, también pueden ser indicadores de un pacto colusorio.

b) Un mismo proveedor presenta la oferta más baja de forma recurrente

Puede indicar un acuerdo previo entre competidores para favorecer a uno de ellos. El ganador, luego, repartiría sus ganancias con sus competidores mediante pagos o la subcontratación de sus bienes o servicios.

c) Ofertas reiteradamente perdedoras o descalificadas

Con el objetivo de dar apariencia de legalidad y de la inexistencia de un acuerdo colusorio, algunas empresas pueden participar del concurso sin expectativas de ganar. En este supuesto, presentan ofertas destinadas a perder (por ejemplo, ofertas que superan el valor referencial cuando reiteradamente la oferta ganadora está al mismo nivel o por debajo del valor referencial), o incluso ofertas que serán descalificadas por incumplir algún requisito mínimo o por exceder el valor referencial más allá de lo permitido legalmente.

d) Subidas repentinas o inusuales en los precios ofertados

La entidad convocante, gracias al estudio de mercado realizado, puede tener una idea preliminar del nivel de precios que espera encontrar en las ofertas de los postores.

Un precio elevado en la oferta de algunos postores, puede deberse a una conducta racional maximizadora de utilidades. Sin embargo, si los precios son extrañamente altos en varios de los postores, o si ocurre una subida considerable en comparación con procedimientos de selección previos o cercanos en el tiempo (conducidos por la misma entidad u otras entidades convocantes), ello puede ser un indicio preliminar de un pacto colusorio entre los postores.

e) Reducciones repentinas o inusuales en los precios ofertados

En el sentido opuesto, una caída súbita en los precios ofertados por los postores no explicada por una reducción de costos o una variación en las condiciones de mercado, puede ser un indicador del fin de un pacto colusorio. Por ello, conviene analizar respecto de este indicador qué cosas han cambiado entre un procedimiento de selección y otro. La entrada de un nuevo competidor, por ejemplo, puede gatillar un mayor nivel de competencia y el término de un pacto colusorio.

f) Diferencias llamativas y sostenidas entre los precios ofertados y el precio ofertado por la empresa ganadora

Puede ocurrir que un conjunto de empresas haya coordinado efectuar un reparto de licitaciones, de modo que se tomen turnos para ganar ciertos concursos públicos. Cuando ello ocurre, un modo de ejecutar dicho acuerdo consiste en que las empresas perdedoras presenten ofertas lejanas en precios y condiciones favorables a las de la empresa designada para ganar el concurso público. Si ello ocurre reiteradamente en varios procedimientos de selección en los que participan el mismo grupo de empresas, puede deberse a un patrón de conducta previamente acordado entre las empresas postores.

g) Las ofertas y las adjudicaciones de contratos responden a un patrón geográfico

Los proveedores pueden haber pactado un reparto geográfico de licitaciones y, en virtud de dicho acuerdo, un mismo postor gana los concursos de determinada zona, mientras que el resto de postores, constantemente, optan por no presentarse, o por presentar una propuesta que es descalificada o que pierde en el concurso.

Caso Oxígeno medicinal

La Comisión de Defensa de la Libre Competencia determinó que tres empresas (Praxair Perú, Aga y Messer Gases del Perú) se habían repartido procedimientos de selección convocados por el Seguro Social de Salud (Essalud) para la adquisición de oxígeno medicinal líquido y gaseoso, entre enero de 1999 y junio de 2004. El reparto se había realizado de forma geográfica, de modo tal que una empresa ganaba las licitaciones en el Norte del país, otra en el Centro, y la tercera en la capital, Lima, y el Sur del país.

Durante dicho período, las empresas aludidas ejecutaron un esquema colusorio por el cual, en cada procedimiento de selección, dos de ellas presentaban posturas “de resguardo”, por encima del límite superior establecido por las normas de contratación pública entonces vigente, con la finalidad de descalificarse y garantizar que Essalud otorgase la buena pro a la tercera empresa que previamente había sido designada entre ellas.

Fuente: Resolución 051-2010/CLC-INDECOPI del 13 de agosto de 2010 y Resolución 1167-2013/SDC-INDECOPI del 15 de julio de 2013.

h) Los proveedores se abstienen extrañamente de concurrir a una licitación

Ocurre cuando proveedores que anteriormente participaban en un procedimiento de selección dejan de hacerlo sin razón aparente, o cuando se abstienen de participar pese a que sí concurren en procedimientos similares convocados por otras entidades públicas. Esta decisión podría responder a un acuerdo colusorio para dejar de competir o para repartirse el mercado en función a las entidades convocantes.

i) Los proveedores se retiran del procedimiento de selección o desisten de presentar una oferta

Una señal de alerta adicional puede presentarse cuando una empresa se ha registrado como participante y acude a algunas etapas del procedimiento de selección como la presentación de sobres y se desiste en el último momento. La concurrencia a este tipo de sesiones puede deberse a un monitoreo del pacto colusorio, o para cuidar las apariencias, simulando competencia genuina.

j) Rotaciones en el adjudicatario de la buena pro

Un patrón extraño en los procedimientos de selección se presenta cuando los adjudicatarios van rotando de forma regular, como si hubieran pactado tomar turnos para ganar los concursos públicos.

k) Consorcios sospechosos

De acuerdo con la legislación de contrataciones del Estado, salvo estipulación expresa en las Bases, dos o más postores pueden presentar una oferta conjunta a través de un consorcio. Sin embargo, el consorcio podría no tener

origen en una necesidad de complementariedad, sino en un pacto colusorio, cuando se advierta que, por los montos involucrados o los requerimientos estipulados, las empresas integrantes del consorcio podrían haber concursado de forma separada. Asimismo, el acuerdo podría involucrar la participación consorciada no solo en un concurso o licitación pública sino en un conjunto de procedimientos de selección.

Consortios y competencia

La Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia (SIC) investigó por licitación colusoria en el marco de un concurso convocado por el Instituto de Desarrollo Urbano a dos consorcios relacionados con la prestación de servicios informáticos y soluciones tecnológicas: Consorcio Computadoras 2002 y Consorcio Implementación Técnica.

La SIC detectó la existencia de varios indicios de una práctica restrictiva de la competencia. En primer lugar, verificó que las personas naturales que integraban los consorcios competidores, habían sido a su vez socias integrantes de consorcios en anteriores concursos y licitaciones. Además, estas personas compartían oficina, personal y equipo para el desarrollo de sus actividades.

Asimismo, las personas naturales se habían ayudado mutuamente en la constitución de los consorcios competidores (Consorcio Computadoras 2002 y Consorcio Implementación Técnica) y hasta en la elaboración de las propuestas para la licitación –siguiendo un mismo formato y una propuesta económica muy similar– en la que supuestamente iban a competir. Finalmente, los dos consorcios se constituyeron el mismo día. Y volvieron a coincidir en la fecha de presentación de sus propuestas a la licitación.

Ello llevó a concluir a la SIC que los integrantes de los consorcios se habían coludido para adjudicarse la licitación convocada por el Instituto de Desarrollo Urbano, y que la conformación de los consorcios había sido parte del esquema colusorio.

Fuente: Resolución 21822 de 2004 de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia.

l) Las ofertas presentan contenidos o formatos idénticos o similares

En ocasiones, los postores que forman parte de un cártel, deciden encargar a uno de ellos o a un tercero la elaboración de los documentos que contienen sus ofertas. La identidad o gran similitud en los formatos de presentación pueden ser un indicador de la existencia de un pacto de esta naturaleza.

Las características similares se pueden encontrar en la tipografía, caligrafía, membrete, estructura y presentación de los documentos, papelería, e incluso en las faltas ortográficas y errores (errores de cálculo, correcciones o tachaduras, inclusión de datos correspondientes a otras empresas, etc.)

m) Personas comunes entre los postores

Resultaría inusual que una misma persona sea representante, administradora o funcionario clave en dos empresas distintas que compiten por hacerse de la buena pro en un procedimiento de selección.

Los funcionarios de la entidad convocante pueden darse cuenta de ello a partir de los documentos presentados por las empresas postoras o revisando la información pública reportada ante bases de acceso público como los registros públicos de personas jurídicas o de la administración tributaria.

De darse el caso, ello puede ser una señal de un intento de simulación de competencia entre dos o más empresas que en realidad pertenecen a un mismo grupo económico (en cuyo caso, no se trataría de una conducta anticompetitiva sancionable por el Indecopi), o de un pacto colusorio cuando se tratan de empresas independientes.

5.6. Señales de advertencia en la etapa de ejecución contractual o posterior a la adjudicación de la buena pro

a) El ganador de la buena pro subcontrata a sus ex competidores

Ello puede responder a un pacto colusorio previo, por el cual, el ganador de la licitación comparte sus ganancias con sus consortes mediante sub-contratos.

b) El ganador de la buena pro desiste y es subcontratado por el nuevo adjudicatario de la buena pro

Se podría tratar de una variante de un acuerdo colusorio. Se produce cuando el ganador original desiste de la adjudicación y luego es sub-contratado por quien obtuvo el segundo lugar, conforme a lo acordado previamente en un pacto colusorio.

5.7. Otro tipo de señales

a) Contactos sospechosos

Los participantes de un procedimiento de selección se reúnen en fechas cercanas a momentos clave del procedimiento de selección (luego de solicitadas las cotizaciones por parte de la entidad convocante, o en una fecha próxima al plazo final para el registro de participantes o para la presentación de ofertas, por ejemplo). Estas reuniones podrían responder a la necesidad de acordar acciones frente al procedimiento de selección.

(Ver cuadro en la siguiente página)

Caso Hemodiálisis

En el caso ya mencionado, uno de los indicios considerados por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia para concluir que se había producido un pacto colusorio entre varios centros de hemodiálisis de Lima y Callao fue la existencia de reuniones de los representantes de dichos establecimientos en fechas cercanas a la solicitud de cotizaciones requeridas por el Seguro Social de Salud (Essalud):

Reuniones entre centros de hemodiálisis en relación con el Concurso Público 1-2010-ESSALUD/CNSR y la Adjudicación de Menor Cuantía 1190-2011-ESSALUD/CNSR

		Etapa Previa	Concurso Público		Primera	Segunda	Tercera
		Mayo 2009	Agosto	Octubre	Convocatoria	Convocatoria	Convocatoria
Reunión	Convocatoria a reunión dentro de las 24 horas siguientes a solicitud de cotización de Essalud	✓	✓	✓	✓	X	X
	Reunión programada para el mismo día o día siguiente de la convocatoria	✓	✓	✓	✓	X	X

Fuente: Resolución 019-2016/CLC-INDECOPI del 10 de febrero de 2016.

b) Referencias habladas o escritas respecto a un acuerdo entre oferentes

En el marco de alguna comunicación escrita por parte de los oferentes o una reunión o entrevista con funcionarios de las entidades convocantes, los mismos postores pueden revelar involuntariamente algún indicio de un pacto colusorio.

Esto se puede presentar si los postores hacen alusión a algún acuerdo entre ellos, a alguna reunión gremial o acuerdo gremial, a algún “pacto de caballeros”, a “precios sugeridos” por una asociación gremial o “la industria”, a la existencia de “precios estándar en el mercado”, a la existencia de zonas o clientes “pertenecientes” a otros proveedores, entre otros similares.

c) Instrumentos compartidos

Otros datos coincidentes que pueden revelar que dos empresas en realidad pertenecen a un mismo grupo económico (y, por lo tanto, han simulado competencia), o que siendo independientes han acordado dejar de competir, pueden ser: una misma cuenta bancaria (desde donde se realizan o reciben pagos con la entidad pública), una misma cuenta de correo electrónico, un mismo computador (dirección IP) para el envío de documentación en el caso de licitaciones electrónicas, una misma dirección para el envío y recepción de comunicaciones, un mismo domicilio fiscal, una misma dirección señalada como almacén, fábrica, punto de distribución, punto de venta, y otros similares. Incluso, una misma persona podría presentar las ofertas y documentaciones de dos o más postores, o recoger o adquirir los documentos para dos o más empresas.

6. Contacto con el Indecopi

Los funcionarios pertenecientes a las entidades públicas convocantes, los organismos supervisores de un procedimiento de selección y contratación, o cualquier ciudadano pueden contactar a la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi para comunicar la existencia de indicios de la comisión de una conducta anticompetitiva.

Para facilitar la tarea de la Secretaría Técnica, es recomendable que la persona que realice el contacto tenga a la mano cierta información relevante como los datos del procedimiento de selección y el mercado involucrados, la identificación de los postores, el tipo de conductas que presume se ha cometido, y cualquier evidencia de la posible conducta anticompetitiva (documentos, correos electrónicos, videos, fotografías, entre otros).

De ser necesario, la Secretaría Técnica puede guardar la confidencialidad de la identidad del denunciante y actuará con reserva en el desarrollo de sus investigaciones.

Del mismo modo, cualquier funcionario puede también contactar a la Secretaría Técnica para recibir orientación sobre cómo fomentar mayor competencia en los procedimientos de selección y contratación de su entidad, o para formular cualquier consulta sobre el contenido y alcance de esta guía.

El contacto con la Secretaría Técnica se puede realizar de lunes a viernes en el horario de 8:30 a.m. a 5:30 p.m. a través de los siguientes medios:

<p>Teléfono: (511) 2247800, anexo 3101 Correo Electrónico: compraspublicas@indecopi.gob.pe Dirección: Calle de la Prosa 104, San Borja, Lima 41, Perú</p>
--

Anexo: Recomendaciones normativas para fomentar la competencia en las contrataciones públicas

Resulta común que los esfuerzos por promover la competencia en determinados mercados encuentren ciertas dificultades de índole institucional o normativo. Es decir, que algunas regulaciones impidan un entorno más competitivo, sea porque limitan la libertad de empresa, restringen el acceso o salida del mercado, o porque establecen condiciones favorables para adoptar prácticas anticompetitivas.

En tal sentido, y considerando las facultades atribuidas a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi de recomendar la implementación de medidas que restablezcan o promuevan la competencia a través de su labor de “abogacía de la competencia”²³, a continuación, se establecen ciertas recomendaciones para fomentar la competencia en el sistema de compras públicas:

1) Publicidad del valor referencial

La Ley 302225, Ley de Contrataciones del Estado, contempla, con acierto, a la transparencia y a la publicidad²⁴ como dos de los principios rectores que deben guiar a los procedimientos de selección y contratación pública.

En estos principios se sustentan diversas obligaciones de difusión aplicables a las entidades convocantes, que van desde la formulación del Plan Anual de Contrataciones hasta la adjudicación de la buena pro. Sin embargo, un exceso de publicidad puede ser también nocivo para las propias entidades públicas, cuando ello

²³ **Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**

14.2. Son atribuciones de la Comisión:

(...)

e) Sugerir a la Presidencia del Consejo Directivo del INDECOPI, emitir opinión, exhortar o recomendar a las autoridades legislativas, políticas o administrativas sobre la implementación de medidas que restablezcan o promuevan la libre competencia, tales como la eliminación de barreras a la entrada, la aplicación de regulación económica a un mercado donde la competencia no es posible, entre otros (...).

²⁴ **Ley de Contrataciones del Estado**

Artículo 2.- Principios que rigen las contrataciones

Las contrataciones del Estado se desarrollan con fundamento en los siguientes principios, sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del derecho público que resulten aplicables al proceso de contratación.

Los principios sirven de criterio de interpretación para la aplicación de la presente Ley y su reglamento, de integración para solucionar sus vacíos y como parámetros para la actuación de quienes intervengan en dichas contrataciones:

c) Transparencia. Las Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que todas las etapas de la contratación sean comprendidas por los proveedores, garantizando la libertad de concurrencia, y que la contratación se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad. Este principio respeta las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico.

d) Publicidad. El proceso de contratación debe ser objeto de publicidad y difusión con la finalidad de promover la libre concurrencia y competencia efectiva, facilitando la supervisión y el control de las contrataciones.

posibilita la actuación estratégica de los postores consistente en la realización de conductas anticompetitivas.

Un aspecto en el que la publicidad de información puede ser perjudicial es el del valor referencial, esto es, el valor calculado por una entidad pública antes de convocar a un procedimiento de selección y que revela la estimación aproximada del precio de mercado de tales bienes o servicios, así como la disposición a pagar de la entidad pública.

A diferencia de lo que sucede en la contratación privada –donde las empresas contratantes no revelan de antemano su precio de reserva–, y de lo que se preveía en el original Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado²⁵ antes de su modificación²⁶, la actual Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento prevén que el valor referencial sea publicado en diversos momentos²⁷.

²⁵ **Reglamento de la Ley de Contrataciones del estado**

Artículo 33.- Convocatoria

La convocatoria de los procedimientos de selección, con excepción de la comparación de precios, se realiza a través de la publicación en el SEACE, y debe incluir la siguiente información:

(...)

4. El valor referencial en los casos previstos en el artículo 18 de la Ley;

Es obligatorio registrar en el SEACE el valor estimado de la contratación, el cual es difundido en el sistema luego del otorgamiento de la buena pro. Tratándose del procedimiento de selección de consultores individuales la difusión del valor estimado se realiza con la convocatoria. (Subrayado añadido).

(Subrayado añadido)

²⁶ Mediante Decreto Supremo 056-2017-EF.

²⁷ Con excepción de los procedimientos de contratación mediante catálogos electrónicos de acuerdo marco. Artículo 18 de la Ley de Contrataciones del Estado.

La primera oportunidad en que el precio que está dispuesta a pagar una entidad convocante se hace público es con el Plan Anual de Contrataciones, el cual incluye el valor referencial de las contrataciones de bienes, servicios y obras que espera ejecutar una entidad pública. Dicho documento se publica en el SEACE y en el portal web de la entidad^{28,29}.

El valor referencial, además, forma parte del expediente de contratación, junto con el estudio de mercado que le da sustento³⁰, el cual debe incluirse en las bases del procedimiento de selección a ser convocado³¹.

²⁸ **Ley de Contrataciones del Estado**

Artículo 15. Plan Anual de Contrataciones

15.1 Formulación del Plan Anual de Contrataciones: A partir del primer semestre, y teniendo en cuenta la etapa de formulación y programación presupuestaria correspondiente al siguiente año fiscal, cada Entidad debe programar en el Cuadro de Necesidades los requerimientos de bienes, servicios y obras necesarios para el cumplimiento de sus objetivos y actividades para dicho año, los que deben encontrarse vinculados al Plan Operativo Institucional, con la finalidad de elaborar el Plan Anual de Contrataciones. Dichos requerimientos deben estar acompañados de sus respectivas especificaciones técnicas y/o términos de referencia, los cuales pueden ser mejorados, actualizados y/o perfeccionados antes de la convocatoria.

15.2 Contenido del Plan Anual de Contrataciones: El Plan Anual de Contrataciones que se apruebe debe prever las contrataciones de bienes, servicios y obras cubiertas con el Presupuesto Institucional de Apertura y el valor referencial de dichas contrataciones, con independencia de que se sujeten al ámbito de aplicación de la presente Ley o no, y de la fuente de financiamiento.

15.3 El Plan Anual de Contrataciones se publica en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) y en el portal web de la respectiva Entidad.

(Subrayado añadido)

²⁹ **Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado**

Artículo 5.- Formulación del Plan Anual de Contrataciones

5.1. En el primer semestre de cada año fiscal, durante la fase de programación y formulación presupuestaria, las áreas usuarias de las Entidades deben programar, en el Cuadro de Necesidades, sus requerimientos de bienes, servicios en general, consultorías y obras cuya contratación se convocará en el año fiscal siguiente, para cumplir los objetivos y resultados que se buscan alcanzar, sobre la base del proyecto de Plan Operativo Institucional respectivo, adjuntando, para tal efecto, las especificaciones técnicas de bienes y los términos de referencia de servicios en general y consultorías y, en el caso de obras, la descripción general de los proyectos a ejecutarse, los mismos que deben ser remitidos por las áreas usuarias.

5.2. Para elaborar el Cuadro Consolidado de Necesidades, el órgano encargado de las contrataciones, en coordinación con el área usuaria, consolida y valoriza las contrataciones de bienes, servicios en general, consultorías y obras.

5.3. Antes de la aprobación del proyecto de presupuesto de la Entidad, las áreas usuarias deben efectuar los ajustes necesarios a sus requerimientos programados en el Cuadro Consolidado de Necesidades en armonía con las prioridades institucionales, actividades y metas presupuestarias previstas, remitiendo sus requerimientos priorizados al órgano encargado de las contrataciones, con base a lo cual se elabora el proyecto del Plan Anual de Contrataciones.

Solo por excepción, el reglamento de la ley faculta a mantener en reserva el valor referencial, y previo informe justificado por parte del órgano encargado de las contrataciones de la entidad y aprobación por el titular de la entidad. En dicho caso, la reserva culmina en el acto público de apertura de sobres que contienen las ofertas

5.4. Para elaborar el proyecto del Plan Anual de Contrataciones, el órgano encargado de las contrataciones, en coordinación con el área usuaria, debe determinar el monto estimado de las contrataciones de la Entidad.

(...).

(Subrayado añadido)

Artículo 6.- Aprobación y modificación del Plan Anual de Contrataciones

(...)

6.3. La Entidad debe publicar su Plan Anual de Contrataciones y sus modificaciones en el SEACE y, cuando lo tuviere, en su portal de internet. Dicha publicación debe realizarse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la aprobación del Plan Anual de Contrataciones o de sus modificaciones e incluir la publicación del correspondiente documento aprobatorio o modificadorio, de ser el caso.

(...).

(Subrayado añadido)

³⁰ **Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado**

Artículo 21.- Contenido del expediente de contratación

21.3. El órgano encargado de las contrataciones es el responsable de remitir el expediente de contratación al funcionario competente para su aprobación, en forma previa a la convocatoria, de acuerdo a sus normas de organización interna. Para su aprobación, el expediente de contratación debe contener:

(...)

e) El estudio de mercado realizado, y su actualización cuando corresponda;

f) El Resumen ejecutivo;

g) El valor referencial; (...).

(Subrayado añadido)

³¹ **Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado**

Artículo 27.- Contenido mínimo de los documentos del procedimiento

27.1. Las bases de la licitación pública, el concurso público, la adjudicación simplificada y la subasta inversa electrónica deben contener:

(...)

c) El valor referencial. Para el caso de obras y consultoría de obras se debe indicar el límite superior que señala el artículo 28 de la Ley. Este límite se calcula considerando dos decimales y sin efectuar el redondeo en el segundo decimal;

Artículo 33.- Convocatoria

33.1. La convocatoria de los procedimientos de selección, con excepción de la comparación de precios, se realiza a través de la publicación en el SEACE, y debe incluir la siguiente información:

a) La identificación, domicilio y RUC de la Entidad que convoca;

b) La identificación del procedimiento de selección;

c) La descripción básica del objeto del procedimiento;

d) El valor referencial a que se refiere el artículo 18 de la Ley, salvo en el caso de que este sea reservado conforme a lo previsto en el artículo 12 del Reglamento; (Subrayados añadidos).

(Subrayado añadido)

económicas de los postores, o en el acto de otorgamiento de la buena pro, en procedimientos abreviados³².

Mediante la publicidad del valor referencial se da una ventaja a los potenciales postores, al informarles sobre el precio que está dispuesto a pagar una entidad pública por la contratación de determinados bienes o servicios. Al conocer el precio de reserva, los potenciales postores tendrían incentivos para no ofrecer un precio menor o muy inferior a aquél, y de ese modo, extraer un mayor excedente del cliente (la entidad convocante). Es decir, se reduce las posibilidades de ahorro para la entidad.

Por otra parte, al hacerse público este valor, también se facilita la posibilidad de que los potenciales postores lleguen a un acuerdo colusorio. Así, por ejemplo, las empresas podrían acordar presentar una misma oferta económica (y dejar de competir por la variable precio) que sea igual al valor de referencia, o pactar que el monto de la oferta económica sea superior o inferior al valor referencial en un determinado porcentaje.

Del mismo modo, las empresas podrían acordar un reparto de licitaciones y determinar que el ganador “elegido” presente una oferta económica igual al valor referencial o superior en un cierto porcentaje. El valor referencial se convertiría así en la medida de alusión para un pacto colusorio.

Por esta razón es que, a nivel internacional, las más importantes guías o lineamientos sobre compras públicas recomiendan no publicitar el valor referencial o precio de reserva de la entidad pública, para fomentar una mayor competencia y la oferta de mejores precios por parte de los postores³³.

³² **Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado**

Artículo 12.- Valor referencial

12.1. El valor referencial es público. Excepcionalmente, en el caso de bienes y servicios, por la naturaleza de la contratación o por las condiciones del mercado, el valor referencial puede ser reservado, en cuyo caso el órgano encargado de las contrataciones de la Entidad debe emitir un informe fundamentado, el cual debe ser aprobado por el Titular de la Entidad y adjuntarse al expediente de contratación.

12.2. La reserva del valor referencial cesa cuando el comité de selección lo hace de conocimiento de los postores, en el acto público de apertura de los sobres que contienen la oferta económica o en el acto de la buena pro, según corresponda.

12.3. En los procedimientos de selección con valor referencial reservado no se aplican los límites mínimos y máximos para admitir la oferta económica, previstos en la Ley y el Reglamento.

12.4. En cualquiera de los supuestos, es obligatorio registrar el valor referencial en el SEACE, debiendo garantizarse los mecanismos de confidencialidad en el caso de ser reservado.

(Subrayado añadido).

³³ La OCDE recomienda no publicar el precio de reserva de las entidades públicas: “El precio de reserva no debe publicarse, sino mantenerse en confidencialidad en el expediente o depositarlo en otra autoridad pública”. OCDE. Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas. 2009, p. 9. La Comisión Federal de Competencia Económica de México, por su parte,

Excepcionalmente, si el estudio de mercado muestra que las probabilidades de acceder a un bien o servicio son limitadas porque se trata de un mercado nuevo o incipiente, o las características requeridas por la entidad pública no se ofrecen actualmente en el mercado, y se necesita incentivar a los postores mediante el anuncio previo del valor que está dispuesto a pagar una entidad pública, se podría prever que el valor referencial sí sea publicado³⁴.

Por tal sentido, se recomienda modificar el artículos 15 de la Ley de Contrataciones del Estado y los artículos 5, 6, 12, 21, 27 y 33 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado para disponer que la estimación del valor de las contrataciones en el Plan Anual de Contrataciones y el valor referencial en los procedimientos de contratación se mantengan en reserva hasta el momento de adjudicación de la buena pro, bajo responsabilidad de los funcionarios que tengan acceso y custodia de dicha información. Por excepción, y previo informe que justifique la necesidad de publicitar el valor referencial y previa autorización del titular de la entidad pública, se puede publicar dicho monto en las bases de convocatoria del procedimiento de selección y en el expediente de contratación.

2) Declaraciones juradas

Resulta común encontrar en las bases de un procedimiento de selección los formatos de ciertas declaraciones juradas que la entidad convocante exige a los participantes interesados en contratar con ella.

Estos documentos suelen incluir compromisos de la empresa declarante, afirmaciones sobre el cumplimiento de determinados requisitos, o afirmaciones sobre el cumplimiento de algunas obligaciones legales o, en sentido opuesto, no haber infringido alguna ley. El contenido mínimo que debe comprender la(s) declaración(es) jurada(s) se encuentra desarrollado en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado³⁵.

advierte que el conocimiento de precios de referencia por sujetos distintos a las entidades convocantes tiene efectos nocivos puesto que “puede servir como indicador o postura focal para todos los licitantes, lo cual podría provocar que ofrezcan precios cercanos o alineados al de referencia en lugar de revelar los precios que estarían dispuestos a ofrecer (con base en sus costos) y competir de manera más agresiva por los contratos”. Y por ello, recomienda:

“Evitar la publicación, antes o durante los concursos, de precios de referencia, presupuesto disponible detallado, investigaciones de mercado o información que permita identificar plenamente a cada participante”, y “Cuando resulte obligatorio revelar información cuya naturaleza pudiera facilitar acuerdos colusorios, publicarla lo más agregada posible o una vez que haya concluido el procedimiento”. COFECE. Recomendaciones para promover la competencia y la libre concurrencia en la contratación pública, p. 52-53.

³⁴ Por ejemplo, el artículo 11 del Reglamento de Adquisiciones y Contrataciones de Petroperú prevé que el monto estimado referencial (MER) de adquisición o contratación sea reservado, como regla general, hasta que se otorgue la buena pro. Solo por excepción, puede autorizarse la publicación del MER.

De acuerdo a lo previsto en el Reglamento, sin embargo, solo existe un contenido mínimo vinculado con la protección de la competencia. Se encuentra expresada en términos generales en el literal a) del inciso 1 del artículo 31, en la que se solicita que el postor declare que “no tiene impedimento para postular en el procedimiento de selección (...) conforme al artículo 11 de la ley”, el cual, entre una de sus prohibiciones contempla la que impide postular a un procedimiento de selección a dos personas naturales o jurídicas del mismo grupo económico. Es decir, veta la simulación de competencia.

Este tipo de declaraciones juradas tienen por objeto que las empresas postoras y sus representantes tengan pleno conocimiento de las infracciones a la ley y sus consecuencias. En tal sentido, ellos asumen las responsabilidades administrativas y penales en caso formulen una declaración jurada que resulte falsa. En tal sentido, y siguiendo las mejores prácticas internacionales³⁶, se recomienda modificar el artículo 31 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado para que se exija también la declaración jurada de:

- Oferta independiente: que dicha oferta no ha sido coordinada ni acordada con ninguna otra empresa.

³⁵ **Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado**

Artículo 31.- Contenido mínimo de las ofertas

Los documentos del procedimiento establecen el contenido de las ofertas. El contenido mínimo es el siguiente:

1. Declaración jurada declarando que:

- a) No tiene impedimento para postular en el procedimiento de selección ni para contratar con el Estado, conforme al artículo 11 de la Ley;
- b) Conoce, acepta y se somete a los documentos del procedimiento de selección, condiciones y reglas del procedimiento de selección;
- c) Es responsable de la veracidad de los documentos e información que presenta en el procedimiento;
- d) No ha incurrido y se obliga a no incurrir en actos de corrupción, así como a respetar el principio de integridad;
- e) Se compromete a mantener su oferta durante el procedimiento de selección y a perfeccionar el contrato en caso de resultar favorecido con la buena pro; y,
- f) Conoce las sanciones contenidas en la Ley y su Reglamento, así como las disposiciones aplicables de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

2. Declaración jurada y/o documentación que acredite el cumplimiento de las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico, según corresponda.

³⁶ La OCDE recomienda sobre este particular, requerir “que los licitadores revelen todas las comunicaciones con competidores. Considere requerir que los licitadores firmen un Certificado de Determinación Independiente de Ofertas”, y también “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”. OCDE. Op. Cit., p. 9-10. La Fiscalía Nacional Económica de Chile también recomienda expresamente exigir “una declaración jurada de que no hay colusión”. FNE. Op. Cit., p. 16. La recomendación 3.1. de la Comisión Federal de Competencia Económica de México consiste en “Exigir a los participantes en un procedimiento de contratación la presentación de declaraciones de integridad y no colusión”. COFECE. Op. Cit., p. 9.

- Razones para el consorcio: especificando las razones de complementariedad que justifican el consorcio y que impiden que dos o más empresas consorciadas postulen al procedimiento de selección por separado.
- Sub-contratistas: en la cual se identifique a los sub-contratistas con los que ha acordado o iniciado negociaciones para contratarlos en caso de adjudicación de la buena pro.
- Único postor en el grupo económico: que ninguna otra empresa perteneciente al mismo grupo económico (o incluso vinculada) está postulando al mismo procedimiento de selección, simulando un mayor nivel de competencia al realmente existente.

Complementariamente, se debe incluir como infracción administrativa en el artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado la presentación de declaraciones juradas falsas.

3) Consorcios

La Ley de Contrataciones del Estado permite que varios proveedores se agrupen en un consorcio para postular a un procedimiento de selección. La justificación de esta opción consiste en que determinados requisitos o exigencias no serían cumplidos por una sola empresa y por ello resulta necesario que ella complemente sus calificaciones con los aportes de otra(s) empresa(s).

Se entiende así que, en realidad, no se produce una reducción en la cantidad de oferentes en un procedimiento de selección (y, consecuentemente, una reducción del nivel de competencia), puesto que, si dos o más empresas no se hubieran consorciado, no hubieran tenido la posibilidad de participar en el concurso público.

Sin embargo, la legislación actual no pone ninguna condición específica a la participación de consorcios. El artículo 13 de la ley habilita de manera general a la participación en consorcio “con la finalidad de complementar sus calificaciones”³⁷,

³⁷ **Ley de Contrataciones del Estado**

Artículo 13. Participación en consorcio

13.1 En los procedimientos de selección pueden participar varios proveedores agrupados en consorcio con la finalidad de complementar sus calificaciones, independientemente del porcentaje de participación de cada integrante, según las exigencias de los documentos del procedimiento de selección y para ejecutar conjuntamente el contrato, con excepción de los procedimientos que tengan por objeto implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco. En ningún caso, la participación en consorcio implica la obligación de crear una persona jurídica diferente.

13.2 Los integrantes del consorcio son responsables solidariamente ante la Entidad por las consecuencias derivadas de su participación durante la ejecución del contrato. El contrato de consorcio debe contar con firma legalizada.

13.3 Las infracciones cometidas por un consorcio durante el procedimiento de selección y la ejecución del contrato, se imputan a todos sus integrantes de manera solidaria, salvo que, por la

pero sin establecer ninguna prohibición o consecuencia para las empresas que se agrupan en un consorcio aun cuando de forma separada hubieran podido cumplir con las exigencias requeridas por las Bases. Es decir, en la práctica, las empresas podrían formar un consorcio no solo para cumplir con los requisitos mínimos exigidos, sino también para mejorar su calificación, o incluso cuando no resultaba necesario unir sus esfuerzos.

Solo por excepción, la ley permite que la entidad convocante ponga un tope al número máximo de integrantes del consorcio, límite que, además, debe estar justificado en el expediente de contratación³⁸.

naturaleza de la infracción, la promesa formal, contrato de consorcio, o cualquier otro medio de prueba documental, de fecha y origen cierto, pueda individualizarse la responsabilidad. En este caso, se aplica la sanción únicamente al consorciado que la cometió.

13.4 Los documentos del procedimiento de selección podrán establecer un número máximo de consorciados, en función a la naturaleza de la prestación.

13.5 A los integrantes del consorcio les son aplicables las disposiciones establecidas en los artículos precedentes del presente Capítulo.

(Subrayado añadido)

³⁸ **Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado**
Artículo 21.- Contenido del expediente de contratación
(...)

21.3. El órgano encargado de las contrataciones es el responsable de remitir el expediente de contratación al funcionario competente para su aprobación, en forma previa a la convocatoria, de acuerdo a sus normas de organización interna. Para su aprobación, el expediente de contratación debe contener:

(...)

d) El sustento del número máximo de consorciados, de corresponder; (...).

Artículo 28.- Requisitos de calificación

28.5. El área usuaria puede establecer un número máximo de consorciados en función a la naturaleza de la prestación, debiendo dicha decisión encontrarse debidamente sustentada. Asimismo, puede establecer un porcentaje mínimo de participación en la ejecución del contrato, para el integrante del consorcio que acredite mayor experiencia.

(Subrayado añadido)

Artículo 31.- Contenido mínimo de las ofertas

Los documentos del procedimiento establecen el contenido de las ofertas. El contenido mínimo es el siguiente:

(...)

4. Promesa de consorcio legalizada, de ser el caso, en la que se consigne los integrantes, el representante común, el domicilio común y las obligaciones a las que se compromete cada uno de los integrantes del consorcio, así como el porcentaje equivalente a dichas obligaciones. El representante común del consorcio se encuentra facultado para actuar en nombre y representación del mismo en todos los actos referidos al procedimiento de selección, suscripción y ejecución del contrato, con amplias y suficientes facultades. La promesa de consorcio constituye un requisito de calificación.

Los integrantes de un consorcio no pueden presentar ofertas individuales ni conformar más de un consorcio en un procedimiento de selección, o en un determinado ítem cuando se trate de procedimientos de selección según relación de ítems.

Considerando que la participación de consorcios en un procedimiento de selección supone una disminución de la competencia cuando estos consorcios no se encuentran justificados por una necesidad de complementariedad para cumplir con las exigencias mínimas, se recomienda modificar el artículo 13 de la Ley de Contrataciones del Estado y los artículos 21, 28 y 31 del Reglamento de la ley, para que se contemple como regla general que las empresas deberán participar individualmente en los procedimientos de selección.

Por excepción, cuando la entidad convocante lo determine se podrá permitir la formación de consorcios, en la medida que ello resulte necesario para que dos o más integrantes del consorcio complementen sus ofertas y cumplan con los requisitos mínimos exigidos en las Bases. Así, los integrantes del consorcio deberán presentar una declaración jurada en la que sustente las razones de complementariedad que motivan la postulación conjunta en consorcio ante la imposibilidad de poder presentarse al procedimiento de selección por separado³⁹.

4) Rechazo de ofertas

Normalmente, la presentación de ofertas económicas por debajo del valor referencial debería ser algo favorable para una entidad convocante, pues supone un ahorro en el costo de adquisición de bienes y contratación de servicios. Asimismo, podría ser un reflejo de la pugna competitiva entre los participantes de un procedimiento de selección.

Sin embargo, la Ley de Contrataciones del Estado habilita a la entidad convocante a rechazar ofertas de este tipo cuando estime su probable incumplimiento. Para ello, la entidad debe haber requerido al postor la descripción detallada de su oferta económica y concluir mediante “razones objetivas” el probable incumplimiento del postor⁴⁰. De manera similar, la ley y el reglamento también disponen que, en el caso

³⁹ Ver la recomendación 2 del presente Anexo.

⁴⁰ **Ley de Contrataciones del Estado**

Artículo 28. Rechazo de ofertas

28.1 Para la contratación de bienes y servicios, la Entidad puede rechazar toda oferta por debajo del valor referencial si determina que, luego de haber solicitado por escrito o por medios electrónicos al proveedor la descripción a detalle de la composición de su oferta para asegurarse de que pueda cumplir satisfactoria y legalmente sus obligaciones del contrato, se acredita mediante razones objetivas un probable incumplimiento. El rechazo de la oferta debe encontrarse fundamentado.

Adicionalmente, la Entidad puede rechazar toda oferta que supera la disponibilidad presupuestal del procedimiento de selección, siempre que haya realizado las gestiones para el incremento de la disponibilidad presupuestal y este no se haya podido obtener.

28.2 Tratándose de ejecución o consultoría de obras serán devueltas las ofertas que excedan el valor referencial en más de 10%. En este caso, las propuestas que excedan el valor referencial en menos del 10% serán rechazadas si no resulta posible el incremento de la disponibilidad presupuestal.

En los casos de ejecución o consultoría de obras, la entidad rechaza las ofertas que se encuentren por debajo en un 20% del promedio de todas las ofertas admitidas, incluido el Valor Referencial.

de procedimientos de selección para ejecución o consultoría de obras, la entidad convocante rechaza todas las ofertas “que se encuentren por debajo en un 20% del promedio de todas las ofertas admitidas, incluido el Valor Referencial”⁴¹.

Se trata de dos casos en los que, por presumir el incumplimiento, se rechazan ofertas competitivas y más atractivas para la entidad pública. Además, en el caso de los procedimientos de selección para ejecución o consultoría de obras, se podría facilitar la adopción de prácticas colusorias, toda vez que los postores coludidos sabrían que las ofertas que vayan considerablemente por debajo de la oferta económica acordada serían descalificadas.

Si bien es cierto, esta previsión normativa responde a la posible presencia de ofertas temerarias, en las que un proveedor se hace de una buena pro, pese a que no podrá cumplir con la prestación del bien o servicio debido al bajo monto de su oferta económica, se propone incorporar alternativas que permitan una mayor competencia por precios sin dejar de resguardar el cumplimiento adecuado y oportuno de las contrataciones con el Estado. Por tal razón, se sugiere modificar el artículo 28 de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 47 del Reglamento, estableciendo que en caso las ofertas económicas se encuentren por debajo de un 20% del valor referencial, la entidad pública queda habilitada para requerir al postor, en caso obtuviera la buena pro, una garantía financiera de cumplimiento por un monto a ser determinado en las bases del procedimiento de selección.

(Subrayado añadido)

⁴¹ **Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado**

Artículo 47.- Rechazo de ofertas

47.1. En el supuesto contemplado en el numeral 28.1 del artículo 28 de la Ley, respecto al rechazo de ofertas por debajo del valor referencial, en el caso de la contratación de bienes, servicios en general y consultoría en general, el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, debe solicitar al postor la descripción a detalle de todos los elementos constitutivos de su oferta, así como contar con la información adicional que resulte pertinente, otorgándole para ello un plazo mínimo de dos (2) días hábiles de recibida dicha solicitud. Para tal efecto, se consideran razones objetivas, entre otras: (i) cuando la oferta se encuentra sustancialmente por debajo del valor referencial; o (ii) cuando no se incorpore alguna de las prestaciones requeridas o estas no se encuentren suficientemente presupuestadas.

Una vez cumplido con lo indicado en el párrafo precedente, el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, determina si rechaza la oferta en la etapa de evaluación, decisión que debe ser fundamentada.

47.2. En el caso de consultoría de obras, ejecución de obras y modalidad mixta, se rechaza la oferta que supere el valor referencial en más del 10%. Las ofertas que excedan el valor referencial en menos del 10% serán rechazadas en tanto no se haya obtenido el incremento de la disponibilidad presupuestal correspondiente. Asimismo, la Entidad rechaza las ofertas que se encuentren por debajo en un veinte por ciento (20%) del promedio de todas las ofertas admitidas, incluido el valor referencial.

(Subrayado añadido)

5) Inhabilitación por conductas anticompetitivas

La Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas dispone en su segunda disposición complementaria final que, en caso el Indecopi determinara la existencia de una infracción administrativa y esta quedara firme, el OSCE procedería con la inscripción de los infractores en el registrado de inhabilitados para contratar con el Estado.

Sin embargo, pese a que la actual Ley de Contrataciones del Estado contempla el principio de competencia por el cual se prohíbe “la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia”⁴², la propia norma no ha listado entre las infracciones a su normativa (artículo 50) a la comisión de conductas anticompetitivas previamente declaradas como tales por el Indecopi, a diferencia de lo que contemplaba su antecesora (el Decreto Legislativo 1017)⁴³.

Esta omisión debe ser subsanada, pues a pesar de la gravedad de una infracción de esta naturaleza, se podría interpretar que una empresa podría continuar participando en procedimientos de selección, ya que no pesaría sobre ella ninguna infracción expresamente declarada por el Tribunal de Contrataciones del Estado y la consiguiente inhabilitación.

Por tal motivo, se propone modificar el artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado para incluir como infracción la comisión de conductas anticompetitivas previamente declaradas por el Indecopi, sancionable con una inhabilitación temporal, aplicable también a todas las empresas que formen parte del mismo grupo económico de la persona jurídica responsable por violar las normas de libre competencia. La previsión de una infracción de este tipo no debe obviar una eventual exoneración de la sanción de inhabilitación a la primera empresa que colabora con el Indecopi, a través del Programa de Clemencia, para la detección y sanción de la conducta anticompetitiva.

6) Contacto entre participantes

Debido a la publicidad de ciertos actos en los procedimientos de selección, existen diversas oportunidades para que los participantes puedan identificarse entre ellos y tomar contacto.

⁴² **Ley de Contrataciones del Estado**

Artículo 2.- Principios que rigen las contrataciones

(...)

e) Competencia. Los procesos de contratación incluyen disposiciones que permiten establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia.

⁴³ Artículos 11 y 51.1, inciso i) del Decreto Legislativo 1017.

Así, por ejemplo, la presentación de ofertas en los procedimientos de licitación pública y concurso público se realiza en acto público⁴⁴; es decir, todos los postores pueden saber en ese momento quiénes son sus competidores.

Ello conlleva un doble riesgo. Por un lado, puede motivar conductas estratégicas por parte de algunos postores. Algunas entidades públicas han dado cuenta de que algunos postores asisten al acto público de presentación de ofertas con la documentación necesaria, pero desisten de presentar los documentos cuando detectan la presencia de otros competidores. Algunos otros llevan más de un sobre (es decir, tienen dos o más tipos de ofertas económicas) y eligen cuál presentar dependiendo de la concurrencia de otros postores.

Por otro lado, el acto público de presentación de ofertas puede servir como herramienta de monitoreo de un pacto colusorio. Si, por ejemplo, los miembros de un cártel acordaron que solo uno de ellos se presentaría al procedimiento de selección, o que uno de ellos sería el ganador, pero otros dos presentarían propuestas de cobertura o simuladas, el acto público de presentación de ofertas les permite supervisar que los integrantes del cártel actúen conforme a lo previamente acordado.

⁴⁴ **Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado**

Artículo 53.- Presentación de ofertas

53.1. La presentación de ofertas se realiza en acto público en presencia de notario o juez de paz en el lugar indicado en las bases, en la fecha y hora establecidas en la convocatoria, salvo que estos se posterguen de acuerdo a lo establecido en la Ley y el presente Reglamento.

53.2. El acto público se inicia cuando el comité de selección empieza a llamar a los participantes en el orden en que se registraron en el procedimiento, para que entreguen sus ofertas. Si al momento de ser llamado el participante no se encuentra presente, se le tiene por desistido.

(...)

53.4. En la apertura del sobre que contiene la oferta, el comité de selección debe anunciar el nombre de cada participante y el precio de la misma; asimismo, verifica la presentación de los documentos requeridos en los numerales 1, 2, 3 y 5 del artículo 31. De no cumplir con lo requerido, la oferta se considera no admitida. Esta información debe consignarse en el acta, con lo cual se da por finalizado el acto público. Después de abierto el sobre que contiene la oferta, el notario o juez de paz procederá a sellar y firmar cada hoja de los documentos de la oferta.

Artículo 62.- Presentación de ofertas

62.1. La presentación de ofertas se realiza en acto público en presencia de notario o juez de paz en el lugar indicado en las bases, en la fecha y hora establecidas en la convocatoria, salvo que estos se posterguen de acuerdo a lo establecido en la Ley y el Reglamento.

(...)

62.3. El acto público se inicia cuando el comité de selección empieza a llamar a los participantes en el orden en que se registraron en el procedimiento, para que entreguen sus ofertas. Si al momento de ser llamado el participante no se encuentra presente, se le tiene por desistido.

62.4. El comité de selección solo abre los sobres que contienen las ofertas técnicas, debiendo anunciar el nombre de cada uno de los proveedores; asimismo, verifica la presentación de los documentos requeridos en los numerales 1, 2, y 3 del artículo 31. De no presentar lo requerido, la oferta se considera no admitida. Esta información debe consignarse en acta, con lo cual se da por finalizado el acto público. Después de abierto cada sobre que contiene la oferta técnica, el notario o juez de paz procederá a sellar y firmar cada hoja de los documentos de la oferta técnica.

(Subrayado añadido)

De forma similar, el acto público de apertura de ofertas económicas⁴⁵ puede servir no solo para identificar a los postores competidores sino para verificar el monto ofertado y, de ser el caso, supervisar el cumplimiento de los términos de un acuerdo colusorio si este se hubiera producido.

Finalmente, la enunciación de los postores participantes, así como de la información de los puntajes obtenidos y la adjudicación de la buena pro en acto público también pueden servir para la supervisión del cumplimiento de un pacto colusorio por parte de sus integrantes, en caso este se haya producido. Lo mismo sucede cuando esta información es incorporada al expediente de contratación y publicada en el SEACE, sin ningún tipo de restricción o reserva⁴⁶.

⁴⁵ **Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado**

Artículo 64.- Apertura y evaluación de ofertas económicas

64.1. Las ofertas económicas se abren en acto público en la fecha, hora y lugar especificado en las bases y con la presencia del notario público o juez de paz que las custodió. Solo se abren las ofertas económicas de los postores que alcanzaron el puntaje técnico mínimo. En dicho acto se anuncia el nombre de los postores, el puntaje de evaluación técnico obtenido y el precio total de las ofertas. Después de abierto cada sobre que contiene la oferta económica el notario público o juez de paz procederá a sellar y firmar dicha oferta.

(Subrayado añadido)

⁴⁶ **Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado**

Artículo 40.- Acceso a la información

40.1. Después de la apertura de los sobres que contienen las ofertas no debe darse a conocer información alguna acerca del análisis, subsanación y evaluación de las ofertas hasta que se haya publicado la adjudicación de la buena pro.

40.2. Una vez otorgada la buena pro, el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, está en la obligación de permitir el acceso de los participantes y postores al expediente de contratación, salvo la información calificada como secreta, confidencial o reservada por la normativa de la materia, a más tardar dentro del día siguiente de haberse solicitado por escrito. Asimismo, también puede solicitarse dicho acceso en el acto público de otorgamiento de buena pro, mediante la anotación de su solicitud en el acta.

Artículo 42.- Notificación del otorgamiento de la buena pro

42.1. El otorgamiento de la buena pro en acto público se presume notificado a todos los postores en la fecha del acto, oportunidad en la que se entrega a los postores copia del acta de otorgamiento de la buena pro y el cuadro comparativo, detallando los resultados de la calificación y evaluación. Dicha presunción no admite prueba en contrario. Esta información se publica el mismo día en el SEACE.

42.2. El otorgamiento de la buena pro en acto privado se publica y se entiende notificado a través del SEACE, el mismo día de su realización, bajo responsabilidad del comité de selección u órgano encargado de las contrataciones, debiendo incluir el acta de otorgamiento de la buena pro y el cuadro comparativo, detallando los resultados de la calificación y evaluación. Adicionalmente, se puede notificar a los correos electrónicos de los postores, de ser el caso.

Artículo 45.- Publicidad de las actuaciones

La evaluación, calificación y el otorgamiento de la buena pro deben constar en actas debidamente motivadas, las mismas que deben ser publicadas en el SEACE en la oportunidad del otorgamiento de la buena pro.

Artículo 56.- Otorgamiento de la buena pro

Únicamente en procedimientos de menor complejidad como la adjudicación simplificada se permite la presentación de ofertas y apertura de sobre en acto privado⁴⁷. En el caso de la selección de consultores individuales, la presentación de expresión de interés se realiza por la unidad de trámite documentario de la entidad pública y el otorgamiento de la buena pro se realiza únicamente vía electrónica a través del SEACE⁴⁸. Esto último también ocurre en la modalidad de comparación de precios⁴⁹.

Luego de la calificación de las ofertas, el comité de selección debe otorgar la buena pro, mediante su publicación en el SEACE.

Artículo 65.- Otorgamiento de la buena pro

65.1. La buena pro se otorga en el acto público de apertura de sobres económicos luego de la evaluación correspondiente.

(Subrayado añadido)

⁴⁷ **Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado**

Artículo 67.- Procedimiento de la adjudicación simplificada

(...)

4. En el caso de bienes, servicios en general y obras, la presentación de ofertas y apertura de sobres puede realizarse en acto privado o en acto público.

5. En el caso de consultorías de obras o consultorías en general, la presentación de ofertas, apertura de sobres económicos y el otorgamiento de la buena pro puede realizarse en acto privado o en acto público.

Artículo 68.- Presentación de ofertas en acto privado

La presentación de las ofertas en acto privado se sujeta a las siguientes reglas:

a) Se presentan por escrito y firmadas, debidamente foliadas correlativamente empezando por el número uno, y en sobre(s) cerrado(s); en la Unidad de Trámite Documentario de la Entidad, dentro del plazo estipulado en las bases.

b) La Entidad entrega al postor un cargo de recepción de la oferta en el que conste fecha y hora.

La Entidad debe preservar la seguridad, integridad y confidencialidad de toda oferta, encargándose de que el contenido de la misma sea revisado únicamente después de su apertura. (...).

(Subrayado añadido)

⁴⁸ **Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado**

Artículo 73.- Recepción de expresiones de interés

Los participantes deben presentar sus expresiones de interés dentro del plazo previsto en la solicitud de expresión de interés, el cual no puede ser menor de cinco (5) días hábiles contados desde el día siguiente de la convocatoria, mediante la presentación, en la Unidad de Trámite Documentario de la Entidad, de un (1) sobre que contiene los formatos requeridos en la solicitud de expresión de interés, adjuntando la documentación que sustente los requisitos de calificación y los factores de evaluación. La presentación de expresiones de interés implica la aceptación del precio fijado en los documentos del procedimiento

Artículo 75.- Otorgamiento de la buena pro

75.1. La buena pro se otorga mediante su publicación en el SEACE, al postor que obtuvo el mejor puntaje, a más tardar al día hábil siguiente de realizadas las entrevistas. (...).

(Subrayado añadido)

⁴⁹ **Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado**

Artículo 77.- Procedimiento

La mayoría de guías de compras públicas y lineamientos a nivel internacional recomiendan evitar estos actos públicos que permiten el contacto entre los postores y facilitan la supervisión de un pacto colusorio de ser el caso⁵⁰. Sin embargo, diversas entidades públicas y expertos en contrataciones con el Estado en el Perú han comentado lo peligroso que sería eliminar la publicidad de las actuaciones, puesto que podrían facilitar la comisión de actos de corrupción entre funcionarios de las entidades convocantes y las empresas postores.

Por otro lado, también se ha advertido de los riesgos de reemplazar todos los actos públicos presenciales por transacciones electrónicas a través del SEACE, debido a las deficiencias tecnológicas que dicho portal presentaría para cargar y descargar archivos, así como para establecer formatos de fácil lectura, filtrado y comparación que reemplacen completamente a la presentación de documentación impresa.

En este contexto, se sugiere modificar el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, para permitir:

1. La reserva del nombre de los postores de un procedimiento de selección. En lugar de publicar el nombre de los postores, se les asignará un código que será de conocimiento únicamente de cada postor y de la entidad convocante.
2. El reemplazo opcional de los actos públicos de entrega de ofertas, apertura de sobres y adjudicación de la buena pro, por actos electrónicos a través del SEACE o la plataforma electrónica que lo reemplace, en cuanto sea técnicamente posible y aconsejable.
3. La incorporación de comités ciudadanos de vigilancia –integrados por miembros de la sociedad civil como las universidades, asociaciones de consumidores, organismos no gubernamentales, y funcionarios de otras entidades como la Contraloría General de la República–, que monitoreen el adecuado desarrollo de los procedimientos de selección en los casos en los que se determine la reserva de cierta información, como el valor referencial y la identidad de los postores, así como cuando los actos de presentación de

(...)

77.2. El otorgamiento de la buena pro lo realiza el órgano encargado de las contrataciones mediante su publicación en el SEACE, debiendo registrar la solicitud de cotización cuando corresponda, las cotizaciones obtenidas y el acta respectiva de buena pro. (Subrayado añadido).

⁵⁰ La Fiscalía Nacional Económica de Chile, recomienda, por ejemplo, evitar “las reuniones presenciales antes de la subasta”, permitir, “en lo posible, la presentación de ofertas vía email u otros medios electrónicos”, y mantener “la identidad del oferente anónimo (por ejemplo, usando número en vez de nombres)”. FNE. Compras Públicas y Libre Competencia. Abril 2011, p. 16. Por su parte, la Comisión Nacional de Competencia de España sugiere que “en aquellos casos en los que la legislación contempla la posibilidad de mantener reuniones con las empresas antes del procedimiento de licitación, éstas deben realizarse de forma individual y nunca de forma conjunta” y, “con el fin de salvaguardar el secreto de las ofertas, su presentación debe llevarse a cabo mediante medios no presenciales, y su gestión administrativa debe realizarse de forma codificada”. CNC. Guía sobre Contratación Pública y Competencia, p. 33.

ofertas, apertura de sobres y adjudicación de buena pro, se realicen mediante sesiones privadas o por vía electrónica. Ello, con el objetivo, de vigilar y evitar la comisión de algún acto de corrupción o algún otro proceder irregular.

7) Identidad y publicidad de postores pre-calificados

La difusión de la identidad de los postores es un problema en especial en aquellos procedimientos de selección donde existe una etapa de precalificación, como sucede en algunos casos de licitaciones públicas⁵¹.

Ello porque permite el contacto entre postores pre-calificados y la adopción de un pacto colusorio antes de la etapa de presentación de ofertas finales, sea para acordar un precio en las ofertas económicas, repartirse concursos o dejar de competir uniéndose en un consorcio, por mencionar algunos ejemplos.

Por tal motivo, se recomienda modificar el artículo 57 del Reglamento, para disponer que, en estos casos, la relación de postores pre-calificados sea notificada única e individualmente a los propios postores o, alternativamente, que la relación sea publicada con códigos que permitan guardar la reserva de la identidad de los postores.

Asimismo, se recomienda establecer la prohibición de que postores pre-calificados puedan formar consorcios luego de la etapa de pre-calificación, quedando obligados a presentar ofertas independientes.

8) Proveedor único

La Ley de Contrataciones del Estado habilita a las entidades públicas a eximirse de conducir un procedimiento de selección competitivo cuando exista un proveedor único del bien o servicio requerido⁵². Sin embargo, según el Reglamento de la ley, para

⁵¹ **Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado**

Artículo 57.- Licitación con precalificación

57.1. La Entidad puede optar por convocar la licitación pública con precalificación para la ejecución de obras cuando el valor referencial de la contratación es igual o superior a veinte millones de Soles (S/ 20 000 000,00), con la finalidad de preseleccionar a proveedores con calificaciones suficientes para ejecutar el contrato, e invitarlos a presentar su oferta. Esta modalidad exige la existencia de, por lo menos, dos participantes precalificados.

(...)

57.3. Los participantes registrados deben presentar su solicitud de precalificación en acto público dentro del plazo de diez (10) días hábiles, computados desde el día siguiente de la integración de Bases. Dicho plazo puede ser ampliado con la finalidad de incentivar mayor competencia.

(...)

57.5. El comité de selección debe publicar la relación de los proveedores precalificados en el SEACE dentro del plazo previsto en la convocatoria, el que no puede exceder de diez (10) días hábiles, contados desde el día siguiente de vencido el plazo para presentar solicitudes de precalificación. Entre la publicación de los precalificados y la presentación de ofertas no puede mediar menos de siete (7) días hábiles computados a partir del día siguiente de la publicación de los precalificados.

⁵² **Ley de Contrataciones del Estado**

Artículo 27. Contrataciones Directas

que se considere que existe proveedor único basta con determinar que no existe otro oferente en el mercado peruano⁵³.

Ello resulta una restricción injustificada, toda vez que la provisión de bienes y servicios también puede ser conseguida en el extranjero. En tal sentido, se recomienda modificar el artículo 85 del Reglamento, para especificar que la determinación del proveedor único debe realizarse analizando las fuentes alternativas de aprovisionamiento en el territorio nacional y en el extranjero, salvo que en este último caso la entidad pública sustente la imposibilidad o inviabilidad económica de acudir a un proveedor en el extranjero.

9) Contacto y cooperación con el Indecopi

De acuerdo con la Ley de Contrataciones del Estado, existe la obligación de parte de las entidades convocantes, del OSCE y del Tribunal de Contrataciones del Estado de remitir toda la información vinculada con un procedimiento de selección a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, cuando verifique la existencia de indicios de conductas anticompetitivas⁵⁴.

En la práctica, no obstante, esto se ha convertido en un acto de comunicación formal y poca utilidad, por el cual las entidades públicas antes mencionadas envían un oficio al Indecopi remitiendo copia del expediente administrativo de contratación junto a un informe que describe someramente los supuestos indicios.

Excepcionalmente, las Entidades pueden contratar directamente con un determinado proveedor en los siguientes supuestos:

(...)

e) Cuando los bienes y servicios solo puedan obtenerse de un determinado proveedor o un determinado proveedor posea derechos exclusivos respecto de ellos.

⁵³ **Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado**

Artículo 85.- Condiciones para el empleo de la contratación directa

La Entidad puede contratar directamente con un proveedor solo cuando se configure alguno de los supuestos del artículo 27 de la Ley bajo las condiciones que a continuación se indican:

(...)

5. Proveedor único

En este supuesto, la verificación de que los bienes, servicios en general y consultorías solo pueden obtenerse de un determinado proveedor debe realizarse en el mercado peruano.

(Subrayado añadido)

⁵⁴ **Ley de Contrataciones del Estado**

Artículo 14. Protección y promoción de la competencia y prevención del delito

14.1 Cuando la Entidad, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) o el Tribunal de Contrataciones del Estado verifique la existencia de indicios de conductas anticompetitivas en un procedimiento de selección en los términos de la normativa especial, debe remitir toda la información pertinente a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI para que esta, de ser el caso, inicie el procedimiento administrativo sancionador correspondiente contra los presuntos responsables. (...)

Por tal motivo, se sugiere modificar el artículo 14 de la Ley de Contrataciones del Estado, para establecer que, con independencia de la remisión de documentación del expediente administrativo de contratación al Indecopi, las entidades públicas convocantes, el OSCE, Perú Compras y el Tribunal de Contrataciones del Estado, se comuniquen con funcionarios de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, tan pronto tengan indicios o sospechas de la comisión de una conducta anticompetitiva. Estas comunicaciones podrán realizarse de forma presencial, por llamada telefónica o por correo electrónico seguro, de modo tal que se asegure una intervención oportuna por parte de la autoridad de competencia y se puedan recolectar más evidencias de la comisión de una práctica anticompetitiva, si fuera el caso.

Asimismo, se propone incluir en la ley, la posibilidad de que la entidad convocante pueda solicitar la cooperación de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi en el diseño de los procedimientos de selección con el objetivo de fomentar la mayor competencia posible al interior de ellos, sin que ello implique la vinculatoriedad para la entidad convocante de la opinión verbal o escrita de la autoridad de competencia.