Indecopi



Guía para Combatir la Concertación en las Contrataciones Públicas

2018

www.indecopi.gob.pe

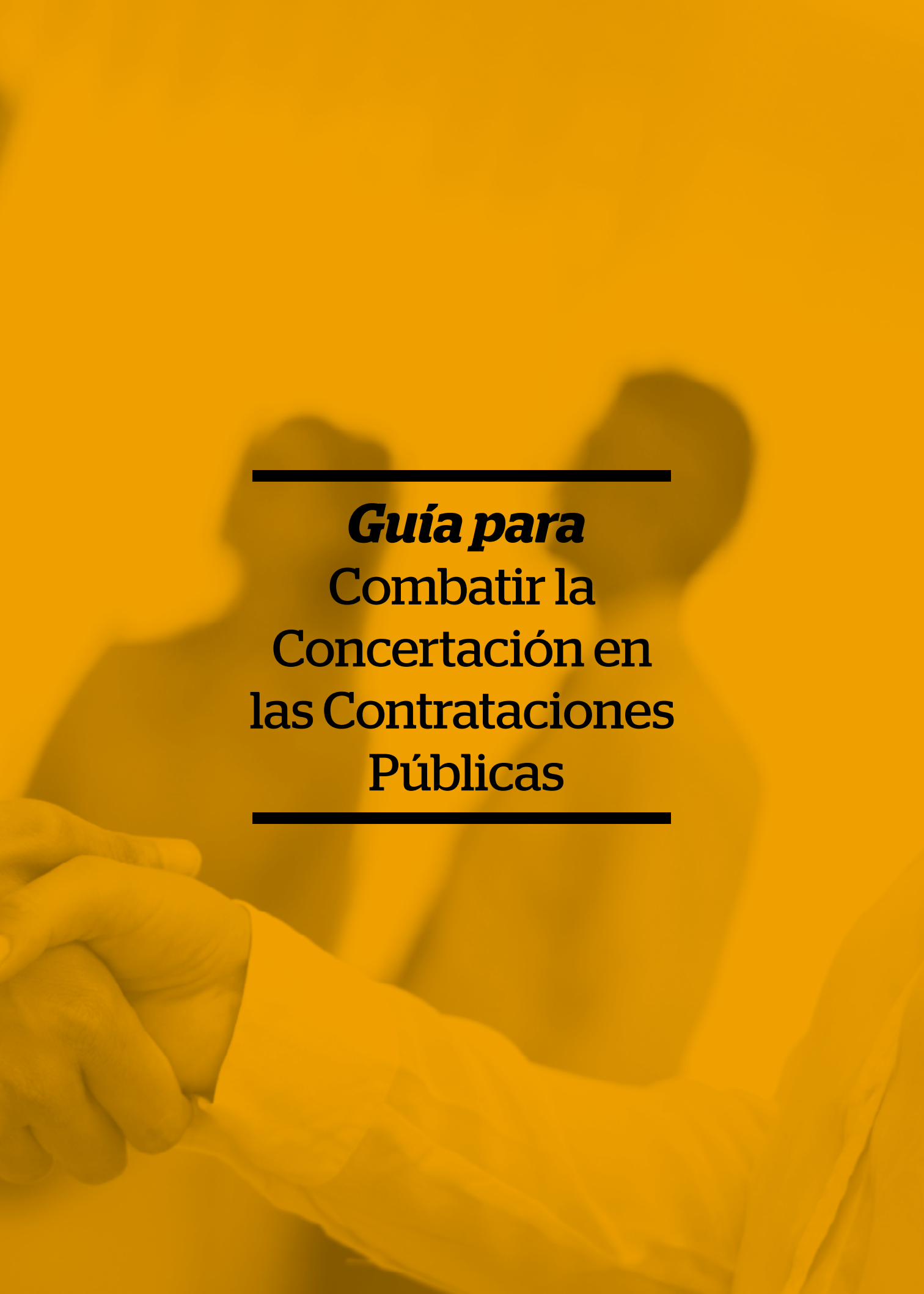


Participaron en la elaboración del documento los siguientes miembros de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia:

Jesús Eloy Espinoza Lozada
Secretario Técnico
Andrés Calderón López
Consultor
Sandro Hernández Diez
Consultor
Humberto Ortiz Ruíz
Asesor
Kirschen Mirella Antonio Sánchez
Profesional en Derecho
María Fe Álvarez - Calderón Campos
(hasta junio de 2018)

Documento aprobado por:
Comisión de Defensa de la Libre Competencia

María del Pilar Cebrecos Gonzáles
Dante Mendoza Antonioli
Ena María Garland Hilbck
Jean Paul Calle Casusol



Guía para Combatir la Concertación en las Contrataciones Públicas



ÍNDICE

ÍNDICE

1. Introducción *09*

2. La Competencia en las Contrataciones Públicas *11*

3. Mercados expuestos a poca competencia y a conductas anticompetitivas *18*

4. Pautas para fomentar la competencia *19*

5. Señales para la detección de conductas anticompetitivas *21*

5.1. Señales de advertencia en la etapa preparatoria *21*

5.2. Señales de advertencia en la etapa de registros de participantes *22*

5.3. Señales de advertencia en la etapa de formulación de consultas y observaciones *23*

5.4. Señales de advertencia en la etapa posterior a la precalificación *23*

5.5. Señales de advertencia en la etapa de presentación de ofertas *25*

5.6. Señales de advertencia en la etapa de ejecución contractual o posterior a la adjudicación de la buena pro *28*

5.7. Otro tipo de señales *29*

6. Contacto con el Indecopi *30*

Anexo 1: *32*
Lista de verificación para identificar indicios de posibles conductas anticompetitivas

Anexo 2: *33*
Gráfico de cooperación entre el Indecopi y las demás entidades públicas

Anexo 3: *33*
Gráfico de conductas anticompetitivas y Grupo Económico

Anexo 4: *34*
Ejemplos de Grupo Económico



GLOSARIO

GLOSARIO

1) **Agentes económicos:** 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) **Cártel**: acuerdo entre competidores con el exclusivo propósito de restringir, impedir o falsear la libre competencia, como la fijación concertada de precios, el reparto de mercado, la restricción concertada de la producción o la concertación entre postores de un procedimiento de selección para la contratación con el Estado. Son consideradas prácticas anticompetitivas prohibidas por el Decreto Legislativo 1034 y sus modificatorias, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

3) **Comisión:** Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, órgano con autonomía técnica y funcional encargado del cumplimiento del Decreto Legislativo 1034 y sus modificatorias, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

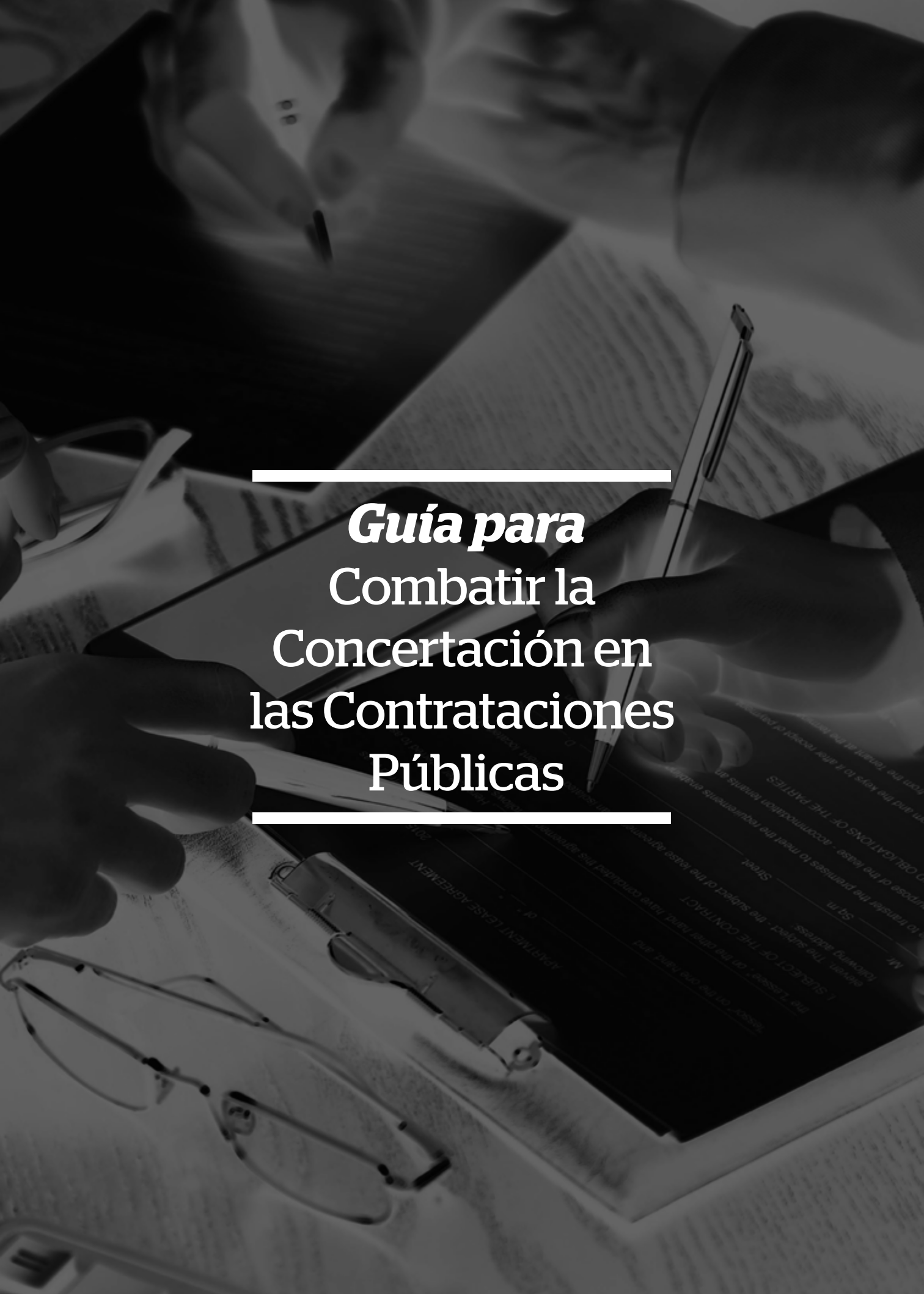
4) **Grupo Económico:** es el conjunto de agentes económicos que, por razones de propiedad, parentesco o gestión, comparten un centro de interés o unidad de decisión. En el ámbito de las compras públicas para la definición de Grupo Económico, se considera lo establecido en el Reglamento de Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de que el Indecopi pueda aplicar criterios más amplios para su definición.

5) **Ley de Contrataciones del Estado:** Ley 30225, publicada en el diario oficial El Peruano el 11 de julio de 2014 y sus modificatorias; incluida la recientemente efectuada mediante Decreto Legislativo 1444, publicado el 16 de septiembre de 2018.

6) **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 geográficas; la concertación o coordinación de ofertas, posturas o propuestas o abstención de estas 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.

7) **Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:** Reglamento de la Ley 30225, aprobado por Decreto Supremo 344-2018-EF y publicado en el diario oficial El Peruano el 31 de diciembre de 2018.

8) **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.



Guía para Combatir la Concertación en las Contrataciones Públicas

1. Introducción

La importancia de las contrataciones estatales a nivel global ha llevado a diversas organizaciones internacionales -como el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo o la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)-, a dedicar esfuerzos para promover mejoras en los procesos de contratación pública, combatiendo la corrupción y fomentando la competencia. A nivel extranjero, diversas autoridades de competencia han implementado guías, recomendaciones o lineamientos para promover la competencia y detectar conductas anticompetitivas en sus respectivos procedimientos de selección y contratación estatal. Entre ellas, se pueden mencionar a Colombia, Chile, España, Estados Unidos, México y la Unión 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.

A través de la presente **Guía para Combatir la Concertación en las Contrataciones Públicas**, el Perú se suma a esta línea de esfuerzos por fomentar la competencia y que esta, a su vez, genere una mayor eficiencia en el gasto público. Se trata, entonces, de un documento de consulta dirigido principalmente a **todos los funcionarios o servidores públicos que participan de los procedimientos de selección y contratación estatal con un doble objetivo. Por un lado, proporcionarles herramientas para advertir posibles indicios de conductas anticompetitivas al interior de las compras públicas y, por el otro, fomentar la mayor competencia posible, dentro del marco legal vigente.**

Si bien los principales destinatarios de esta guía son los funcionarios o servidores públicos encargados de los procedimientos de selección y contratación al interior de las entidades públicas, este documento también debe servir como referencia para los demás actores relevantes en la contratación estatal como el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), la Central de Compras Públicas - Perú Compras, la Contraloría General de la República y, en general, todas las entidades que efectúan contrataciones, con independencia del régimen legal aplicable, así como las empresas interesadas en contratar con entidades públicas y sus asesores. Asimismo, aunque esta guía toma como referencia los procedimientos previstos en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, los principios y recomendaciones de este documento pueden ser tomados en cuenta en cualquier régimen de contratación estatal, con el objetivo de favorecer la competencia, en la medida que no colisione con sus normas especiales.

Esta guía es un documento con fines didácticos y de cooperación entre las distintas entidades públicas involucradas con las compras públicas en sentido amplio. Por lo tanto, su contenido es únicamente referencial y orientativo, no crea ni desarrolla obligaciones legales, y no resulta vinculante para las entidades públicas contratantes, ni para el OSCE, Perú Compras, la Contraloría, los organismos de control institucional, o el Indecopi.

Por ello, se sugiere estudiar la presente guía y en lo posible seguir las recomendaciones aquí desarrolladas, con el propósito de mejorar el cumplimiento del principio de competencia en las contrataciones estatales en general.



2. La Competencia en las Contrataciones Públicas

La competencia es la piedra angular sobre la que se basa el régimen de contratación pública, de allí que por regla general los procedimientos se caracterizan por ser competitivos y contener reglas orientadas a ello, lo cual se refuerza con la incorporación de la "competencia" como uno de los principios rectores de la Ley de Contrataciones del Estado[1]. Este principio no es exclusivo de esta norma, sino que se aplica en todos los regímenes legales especiales de contratación, donde por lo general se aplica supletoriamente la Ley de Contrataciones del Estado y en particular los principios contenidas en esta.

Este principio incluye dos deberes: uno dirigido a las entidades públicas y otro que tiene a las empresas participantes y 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 y sus modificatorias, denominada Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, que resulta aplicable a todo tipo de contratación estatal, indiferentemente del régimen legal aplicable. 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.

La Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas contiene un inciso especial dedicado a las prácticas colusorias 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 u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates"[2].

Las colusiones en licitaciones o concursos públicos o "*bid rigging*" (por su nombre en inglés) son consideradas prohibiciones absolutas en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas[3], debido a su carácter sensiblemente nocivo para la competencia y los consumidores (en este caso, las entidades públicas), y son pasibles de sanciones 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, con un tope del 12% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el agente económico o su grupo económico en el ejercicio inmediato anterior a la emisión de la resolución por parte de la Comisión.

Cuando una entidad pública, el OSCE o el Tribunal de Contrataciones del Estado, en el desarrollo de un procedimiento de selección, constate la existencia de indicios de conductas anticompetitivas en un procedimiento de selección, deberá remitir toda la información pertinente a la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, para que esta desarrolle la investigación respectiva y, de ser el caso, inicie un procedimiento sancionador y aplique las sanciones a los responsables por infringir la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. La identificación de indicios y comunicación con el Indecopi debe ser mantenida en reserva y no debe ser notificada a los presuntos responsables a fin de asegurar la eficacia de la investigación[4].

1 Artículo 2, inciso e) de la Ley de Contrataciones del Estado.
2 Artículo 11.1, inciso j) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
3 Artículo 11.2, inciso d) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
4 Artículo 14 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Es importante distinguir, no obstante, las conductas anticompetitivas en una licitación o concurso público de otro tipo de prácticas como la simulación o apariencia de competencia[5], que no son sancionadas por el Indecopi pero sí están prohibidas por la Ley de Contrataciones del Estado y otros regímenes especiales. Ello se produce, por ejemplo, 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 interés[6]. Y en tal sentido, no puede hablarse de una práctica restrictiva de la competencia entre dos agentes que en realidad no son competidores. Sin embargo, 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 una apariencia de competencia inexistente.

"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 existe 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, del proceso de Licitación Pública 004-2017-EPS TACNA S.A. convocado por la Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento de Tacna S.A. para contratar la instalación de redes de agua potable y alcantarillado en diversos distritos de Tacna. En este proceso participó el Consorcio Mejesa y J&M Constructores SRL, agentes económicos que se encontraban bajo el control de la sociedad conyugal conformada por Jesús Escriba y Marita Alegre. En efecto, el señor Jesús Escriba era gerente general y accionista mayoritario de las empresas que conformaban el Consorcio Mejesa y, a su vez, la señora Marita Alegre era la accionista mayoritaria y gerente general de J&M Constructores SRL.

La Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia resolvió no iniciar un procedimiento sancionador, toda vez que Consorcio Mejesa y J&M Constructores SRL actuaron como una unidad económica, cuyo centro de decisión fue la sociedad conyugal conformada por Jesús Escriba y Marita Alegre . En efecto, Consorcio Mejesa y J&M Constructores SRL no son competidores independientes, sino que, en lugar de ello, el control y la toma de decisiones concerniente a cada una obedecen a una misma unidad de interés, por lo que no puede haberse configurado una práctica colusoria horizontal entre ellos".

Fuente: Resolución 022-2018/ST-CLC-INDECOPI del 9 de mayo de 2018 emitida por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi.

A continuación, se presentan los casos más emblemáticos de conductas anticompetitivas sancionables por la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, a fin de que las entidades públicas puedan saber qué tipo de prácticas se encuentran prohibidas y estar alertas para denunciarlas ante la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi cuando cuenten con indicios de su

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

6 "(...) 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 026-2013/ST- CLC-INDECOPI del 14 de noviembre de 2013.

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 más usuales. En el caso de una licitación o concurso público, consisten 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 acuerdos de 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, servicios, obras o consultorías de obras objeto de un procedimiento, 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 o incluso podrían repartirse el monto a obtener en el concurso público. A manera de ejemplo, en un procedimiento en el que las bases permiten que se distribuya la buena pro, dos empresas se ponen de acuerdo para ofertar el mismo precio y dividirse las cantidades requeridas, de tal forma que ambas sean contratadas por la entidad convocante.

(Ver cuadro en la siguiente página)

Caso Envases para Lubricantes

La Comisión de Defensa de la Libre Competencia sancionó a dos empresas (Rheem Peruana 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:

- Entre agosto de 1992 y octubre de 1995, los precios cotizados por ambas empresas eran distintos y con tendencia a la baja.
- Las dos empresas modificaron simultáneamente los precios cotizados a Petroperú a partir de octubre de 1995.
- 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 Peruana 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.
- De este modo, ambas empresas conseguían cobrar el mismo precio y se repartían a medias la cantidades requeridas, asegurándose que Petroperú contratara con ambas.

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 del 21 de febrero de 1997 emitida por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi y Resolución 255-97/TDC del 22 de octubre de 1997 emitida por la Sala Especializada en la Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi.

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 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 estimado o referencial y con ello incrementar el costo que debe pagar la entidad pública por los bienes o servicios que luego serán objeto de un procedimiento de selección.

b) Repartos de mercado o acuerdos de no competencia

Constituyen las modalidades de licitaciones colusorias más frecuentes. Se tratan de acuerdos entre postores o posibles postores que tienen por objeto evitar la competencia entre ellos y asignar un ganador. Debido a la ausencia de competencia, el ganador "elegido" podrá obtener condiciones más rentables en la provisión de bienes, servicios u obras a la entidad convocante.

El reparto de mercado puede darse en función a zonas geográficas (se dividen o asignan regiones o departamentos), 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 estimado o referencial o modifique requisitos o condiciones no deseadas del procedimiento de selección, incluso, un cambio del mecanismo de contratación. También pueden pactar no enviar cotizaciones en la etapa inicial de elaboración del estudio de mercado.

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 postor escogido para que este sea el ganador de la buena pro.

(ii) Los postores acuerden presentar ofertas que no cumplen con los requisitos mínimos del procedimiento de selección y serán descalificados, salvo el postor escogido para que sea el ganador.

(iii) Una combinación de las anteriores; es decir, los postores acuerdan que sus ofertas económicas sean altas y además incumplan los requisitos mínimos, para que gane el postor escogido.

(iv) Los postores acuerden que, incluso si alguno de ellos resultara elegido, no suscribirían contrato con la entidad, obligando a un nuevo procedimiento o a que se adjudique al segundo, que sería el postor escogido para adjudicarse la buena pro.

b.3. Rotación de ganadores

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

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

- La subcontratación 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

Esto ocurre cuando dos o más empresas se unen en contratos asociativos (como consorcios) como resultado de un pacto colusorio.

Los consorcios son lícitos y están permitidos como regla general por la Ley de Contrataciones del Estado y otros regímenes de contratación estatal. Sin embargo, se deberá vigilar con mayor exhaustividad cuando estos consorcios se forman en mercados en los que existen pocos competidores o cuando es conformado por empresas que tienen una alta participación en el mercado con capacidad de ofrecer de forma independiente el objeto materia de la contratación (no siendo razonable que se consorcien con un competidor). Además se requiere de pruebas (como reuniones o intercambios de comunicaciones) que evidencien que no hubo una motivación legítima de complementariedad entre los potenciales postores, sino que existió un acuerdo colusorio para no competir entre ellos, normalmente en una pluralidad de concursos públicos.



3. Mercados expuestos a poca competencia y a conductas anticompetitivas

Algunos mercados, más que otros, presentan condiciones en las que es más fácil para las empresas coludirse. Estas condiciones no son negativas en sí mismas, pero sí ameritan una atención especial de las autoridades para detectar posibles conductas anticompetitivas. La literatura de Economía y Derecho de la Competencia identifica las siguientes características de mercado:

- Número reducido de empresas en el mercado[7].
- Pocos o ningún nuevo entrante al mercado en los últimos años[8].
- Bienes o servicios relativamente homogéneos[9].
- Pocos sustitutos a los bienes y servicios[10].
- Barreras altas de ingreso al mercado[11].
- Escasa innovación en el mercado en los últimos años[12].
- Demanda estable[13].
- Información pública sobre precios y principales condiciones comerciales de bienes y servicios, o fácilmente accesible[14].
- Existencia de una asociación gremial, empresarial o profesional, relativamente activa[15].

En el caso de las compras públicas, es común que se presenten bienes o servicios homogéneos o que la demanda sea previsible, pues se busca generar predictibilidad y agilidad en las contrataciones[16]. Ello no impide, sin embargo, que las entidades convocantes y el organismo supervisor estén atentos a posibles indicios de conductas anticompetitivas, especialmente, cuando se pueda prever que podría haber poca competencia en un procedimiento de selección. Esto último se puede dar, por ejemplo, si:

- Durante la etapa de elaboración del estudio de mercado, no se recibieron cotizaciones o estas fueron escasas.
- Existe antecedentes de la cancelación del procedimiento de selección o ha sido declarado desierto con anterioridad.

Cuando se anticipe que puede haber poca competencia o que pueden existir conductas anticompetitivas, las entidades públicas deberán prestar especial atención. Por ello, se sugiere tener en cuenta las pautas para fomentar la competencia desarrolladas en el capítulo 4 e identificar los posibles indicios de conductas anticompetitivas presentados en el capítulo 5.

7 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.

8 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.

9 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.

10 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.

11 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.

12 En un mercado con poca innovación (por ejemplo, archivadores) es más fácil que un grupo de competidores pueda 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.

13 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.

14 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.

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

16 De hecho, con la reciente modificación de la Ley de Contrataciones del Estado aprobada mediante Decreto Legislativo 1444, se ha fortalecido el concepto de "homologación", permitiendo a las entidades públicas, emisoras de políticas nacionales y sectoriales, estandarizar las características técnicas en el ámbito de sus competencias. Este cambio tiene el potencial de reducir los costos de transacción de los procesos de contratación pública, mejorar la estandarización, generar previsibilidad y facilitar la participación de un mayor número de proveedores mediante una lista única de requisitos. Incluso, la OCDE recomienda que en las contrataciones públicas se desarrollen y utilicen instrumentos para mejorar los procedimientos de contratación, reducir duplicaciones y lograr una mayor rentabilidad. En: Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública: La Contratación Pública en el Perú; reforzando capacidad y coordinación. 2017.

4. Pautas para fomentar la competencia

Es importante que los funcionarios que participan en los procedimientos de selección y contratación tengan presente los beneficios de la competencia y, antes de tomar una decisión, se pregunten 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 algunas pautas que podrían seguir las entidades públicas para fomentar la competencia en distintos momentos de los procedimientos de selección y contratación a su cargo. Estas pautas no son obligaciones legales ni vinculantes sino siguen aquellas formuladas por la OCDE y agencias de competencia de otros países.

a) *Fomentar las 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 procedimiento de selección. Por ello, es recomendable que las entidades consideren recurrir a este mecanismo cuando resulte posible.

b) *Evitar posibles* casos *de direccionamiento y requisitos desproporcionados*

Al momento de definir los requisitos para participar en un procedimiento de selección es recomendable identificar si alguno de ellos solo puede ser cumplido por un (1) postor, quien podría verse injustificadamente favorecido. De ser posible, los requisitos deberían apuntar preferentemente al desempeño funcional que se espera de los bienes o servicios, así como a lo que se espera de los oferentes, evitando cualquier tipo de direccionamiento y convocando a más postores.

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

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 de los bienes a ser adquiridos 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 emitida por el Tribunal de Contrataciones del Estado del OSCE.

c) *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 buscar una utilidad perceptible para la entidad convocante. Así, se recomienda que el factor de evaluación para elegir un postor no solo permita diferenciar entre ofertas, sino que el elemento diferenciador sea relevante para los fines que persigue la entidad pública. Se debe evitar que el factor de evaluación se convierta en una forma indirecta de direccionamiento o de limitación a la competencia.

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"[17].

Fuente: Resolución 013-2015/ST-CLC del 17 de junio de 2015 emitida por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi y Abogacía de la Competencia de la Licitación Pública 001-2012-MML-IMPL aprobada por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi.

d) *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.

Se encuentra a disposición de ellos el correo electrónico: ST-CLC@indecopi.gob.pe y el número telefónico: (511) 2247800, anexo 3101, para este tipo de comunicaciones.

17 La Municipalidad Metropolitana de Lima aceptó las recomendaciones e informó que la licitación de los corredores complementarios se encontraba en la fase de formulación y que las recomendaciones se implementarían en la fase de transacción que involucra la apertura del proyecto al mercado y la recepción de ofertas de los postores.

5. Señales para la detección de conductas anticompetitivas

Una entidad pública debe estar atenta para identificar aquellos elementos que puedan ser indicativos de la comisión de una conducta anticompetitiva al interior de un procedimiento de selección, como las reseñadas en el capítulo 2 de esta guía. Si bien la entidad pública no es la encargada de sancionar las prácticas anticompetitivas cometidas por los participantes en un procedimiento de selección –tarea encomendada por nuestro ordenamiento al Indecopi–, sí resulta importante que la entidad pública procure identificar y alertar al Indecopi de indicios de posibles prácticas anticompetitivas[18].

Además de la atención que brindan durante el procedimiento de selección, es recomendable que las entidades convocantes analicen periódicamente y de forma comparada los resultados de los procedimientos de selección convocados, y tomen nota de los sucesos relevantes ocurridos dentro de ellos para detectar posibles patrones de conductas y tendencias.

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 3 de la presente guía, y estar particularmente alerta en los procedimientos de selección relacionados con tales mercados.

2. **No todo indicio o señal prueba, por sí mismo, la comisión de una práctica anticompetitiva.**

   Muchas de las señales que se presentan en esta guía pueden tener explicaciones perfectamente racionales 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.

   Cuando se presentan varios indicios de forma conjunta, hay más probabilidades de la existencia de una conducta anticompetitiva. En estos casos, es importante que **la entidad pública, en la medida que advierta estas señales, lo comunique al Indecopi de manera reservada tan pronto le sea posible, sin interrumpir los procedimientos de selección.**

   La intervención oportuna y confidencial 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) *Respuestas conjuntas a las solicitudes de cotización o respuestas idénticas o similares*

Las empresas se pueden poner de acuerdo para tratar de influenciar a la entidad convocante en la determinación del valor estimado o referencial. El acuerdo colusorio en este caso podría consistir en la presentación de cotizaciones a un determinado nivel de precios –con cuantías bastante similares o incluso idénticas–, en respuesta a los requerimientos efectuados por la entidad para la determinación del valor referencial. De esta manera, la fijación de dicho valor responderá al monto concertado por los potenciales postores.

18 Artículo 14 de la Ley de Contrataciones del Estado.

b) *Silencio o retrasos coincidentes a las solicitudes de cotización*

Las empresas también se pueden poner de acuerdo para abstenerse conjuntamente de atender a los requerimientos de cotizaciones efectuados por la entidad convocante, con la finalidad de que, ante la aparente falta de interesados, aquella fije un valor referencial elevado y atractivo, o cancele el procedimiento de selección y opte por un mecanismo de selección o contratación más conveniente a los intereses de los potenciales postores (por ejemplo, la contratación directa).

Caso Hemodiálisis

La Comisión de Defensa de la Libre Competencia –en decisión confirmada por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal– 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 incremente el valor referencial y el precio a pagar por Essalud en los concursos públicos a los que convocaba.

> *"385. 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.*
> *(...)*
> *390. 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 reúso, 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 emitida por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi y Resolución 068-2018/SDC-INDECOPI del 26 de marzo de 2018 emitida por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi.

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

a) *Participantes inusuales*

Puede resultar extraño que algunas empresas se inscriban como participantes y acudan a etapas importantes del procedimiento de selección (como la presentación de ofertas), pero no presenten ninguna oferta o presenten una que está destinada a la descalificación (por ejemplo, por no cumplir con las condiciones mínimas exigidas).

Si bien existe la libertad para que una empresa decida no participar como postor, tampoco debe descartarse la hipótesis de que el participante inusual sea parte de un esquema de monitoreo o supervisión de un pacto colusorio, lo cual tiene más sentido si ocurre de forma reiterativa en diversos procedimientos de selección.

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).

Ocurre también 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, en principio legítima, podría responder también a un acuerdo colusorio para dejar de competir o para repartirse el mercado en función a las entidades convocantes.

Los potenciales postores, además, podrían acordar no participar en un procedimiento de selección, con el objetivo de que este se declare desierto y que la entidad convocante pase a un esquema de selección más atractivo para sus intereses (por ejemplo, pasar de un concurso público a una adjudicación simplificada).

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

a) ***Consultas y observaciones idénticas o similares***

Si las consultas y observaciones de una pluralidad de empresas son coincidentes o hasta idénticas puede ser un indicador de un acuerdo previo entre empresas competidoras para influenciar conjuntamente en la determinación de las bases del procedimiento de selección.

Estas similitudes pueden presentarse no solo en el contenido de las consultas y observaciones, sino también en aspectos de forma (distintos a los exigidos legal o institucionalmente), como, por ejemplo, los errores ortográficos o de redacción, entre otros.

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 en la etapa posterior a la precalificación

a) ***Desistimientos o descalificaciones inesperadas***

En los procedimientos de selección en los que se ha previsto una etapa de precalificación, 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 precalificados y el momento en que deben enviar su oferta final.

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



b) ***Consorcios entre empresas precalificadas***

Si una empresa ha logrado superar la etapa de precalificación es porque se encontraría 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). Se debe estudiar también la hipótesis de que la decisión responda 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 económicas o técnicas idénticas o con un patrón repetido***

La coincidencia de precios en una oferta económica puede deberse a más de una razón. Puede responder, por ejemplo, a un mercado altamente competitivo o a señales propiciadas por la propia entidad convocante, lo que sucede, por ejemplo, cuando varios postores presentan una oferta de precios que coincide con la del valor referencial o estimado.

Por ello, la coincidencia de precios adquiere relevancia como indicio de una posible conducta colusoria cuando se tratan de precios extrañamente elevados (en comparación con concursos previos, por ejemplo) o cuando se trata de un patrón repetido en más de un procedimiento de selección (ante la misma entidad convocante u otra).

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.

Otro patrón repetitivo se puede apreciar cuando dos o más postores presentan el mismo plantel profesional en las ofertas de un mismo procedimiento de selección en un mercado donde no existe escasez de profesionales. La hipótesis colusoria toma más sentido si esta coincidencia viene acompañada de otras como, por ejemplo, identidad de contenido o fecha en las cartas legalizadas de compromiso de personal clave presentadas por distintos postores.

También en este supuesto, la coincidencia de personal calificado, almacenes, infraestructura u otros aspectos adquieren relevancia como indicio de una posible conducta colusoria, cuando se trata de un patrón repetido e injustificado en más de un procedimiento de selección.

b) ***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, los postores reiteradamente 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 no contar con la respectiva capacidad de ejecución de obra, o por exceder el valor referencial más allá de lo permitido legalmente.

c) ***Subidas repentinas o inusuales en los precios ofertados***

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.

d) ***Reducciones repentinas o inusuales en los precios ofertados***

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 de la conclusión de un pacto colusorio. Por ello, conviene analizar respecto de este indicador qué cosas han cambiado entre un procedimiento de selección y otro. Una hipótesis podría ser que la entrada de un nuevo competidor, por ejemplo, haya motivado un mayor nivel de competencia y el término de un pacto colusorio.

e) ***Diferencias llamativas y sostenidas entre los precios ofertados y el precio ganador***

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 o condiciones menos 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 estudiarse la hipótesis de que este patrón de conducta haya sido previamente acordado entre las empresas postoras.

f) ***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. Este supuesto se produciría cuando hay la posibilidad de competencia a nivel nacional.

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 ser descalificadas 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 emitida por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi y Resolución 1167-2013/SDC-INDECOPI del 15 de julio de 2013 emitida por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi.

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

Una señal de alerta adicional puede presentarse cuando una empresa o grupo de empresas se han registrado como participantes y acuden a algunas etapas del procedimiento de selección como la presentación de ofertas y se desisten de seguir concursando 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.

Caso Hemodiálisis

En el referido caso, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia comprobó que, luego de presentar sus cotizaciones concertadas y debido a que EsSalud no elevó el valor referencial para la contratación del servicio de hemodiálisis en función de aquellas, los centros de hemodiálisis se abstuvieron de forma conjunta y concertada de participar en los procedimientos de selección convocados por dicha entidad, con el objeto de obligarla a hacer uso de sus cotizaciones para la determinación del referido valor referencial. Lo anterior llevó a EsSalud a declarar desiertos dichos procedimientos de selección y a realizar sucesivas convocatorias durante un periodo de más de dos (2) años.

De otro lado, la Comisión verificó que, a pesar de que los referidos centros de hemodiálisis se abstuvieron de presentarse a los procedimientos de selección convocados por EsSalud, muchos de estos continuaron prestándole el servicio de hemodiálisis en favor de sus afiliados en virtud de otras modalidades de contratación pública (como la adjudicación directa).

Fuente: Resolución 019/2016/CLC-INDECOPI del 10 de febrero de 2016 emitida por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi y Resolución 068-2018/SDC-INDECOPI del 26 de marzo de 2018 emitida por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi.

h) *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.

i) *Consorcios inusuales*

Los consorcios son, en principio, lícitos y permitidos por el régimen legal de contrataciones del Estado e incluso, en determinados casos pueden favorecer la competencia (por ejemplo, pequeñas o medianas empresas que se unen para cumplir con los requerimientos técnicos y competir con empresas de mayor envergadura). Sin embargo, en casos excepcionales, cuando concurran otros elementos, podrían ser indicio de un pacto colusorio.

En efecto, 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. Un indicio para este tipo de casos se puede presentar cuando, sin mayor variación de las condiciones de mercado, dos o más empresas empiezan a acudir en consorcio a un procedimiento de selección, cuando antes lo hacían de forma independiente. Asimismo, el acuerdo podría involucrar la participación consorciada no solo en un concurso o licitación pública sino en un conjunto de procedimientos de selección.

Consorcios y competencia

La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), agencia de competencia de Colombia, 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.

j) ***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 (distintos a los exigidos legalmente o institucionalmente) 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 e incluso en las faltas ortográficas y errores (errores de cálculo, correcciones o tachaduras, inclusión de datos correspondientes a otras empresas, etc.)

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***

Cuando se presenta esta situación, se debe estudiar la hipótesis de que ello responda a un pacto colusorio previo, por el cual, el ganador de la licitación comparte sus ganancias con los integrantes del cártel mediante subcontratos.

b) ***El ganador de la buena pro no firma el contrato como consecuencia de un pacto colusorio***

Este supuesto se produciría cuando el ganador original no firma el contrato con la entidad convocante, conforme a lo acordado previamente en un pacto colusorio (por ejemplo, en un escenario en el que

un competidor gana una licitación que no debía ganar, decide no firmar el contrato para cumplir el pacto colusorio). Debe considerarse que la no firma de un contrato se encuentra sancionada por la normativa de contrataciones. Por ello, el beneficio económico que se derive de una eventual conducta anticompetitiva debería ser mayor a la multa que tendría que asumir el postor ganador por no firmar el contrato.

5.7. Otro tipo de señales

a) *Contactos sospechosos*

Los participantes de un procedimiento de selección se reúnen en fechas cercanas a momentos claves 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.

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 a la solicitud de cotizaciones requeridas por Essalud. En efecto, se convocaba a reuniones dentro de las 24 horas siguientes a la solicitud de cotización para el mismo día o al día siguiente de la convocatoria.

Fuente: Resolución 019/2016/CLC-INDECOPI del 10 de febrero de 2016 2016 emitida por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi y Resolución 068-2018/SDC-INDECOPI del 26 de marzo de 2018 emitida por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi..

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: la declaración de una misma cuenta bancaria, una misma cuenta de correo electrónico, un mismo computador 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.

Los instrumentos compartidos pueden ser indicios de conductas anticompetitivas, siempre que las empresas involucradas no formen parte de un mismo grupo económico[19] y cuando no haya justificaciones de mercado (escasez de oferta, por ejemplo) para la coincidencia en insumos o instrumentos declarados por los postores.

6. Contacto con el Indecopi

Los funcionarios o servidores públicos pertenecientes a las entidades públicas convocantes, el OSCE, 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 involucrado, la identificación de los postores, el tipo de conducta 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 o servidor público 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:

Teléfono: (511) 2247800, anexo 3101
Correo Electrónico: ST-CLC@indecopi.gob.pe
Dirección: Calle de la Prosa 104, San Borja, Lima 41,

19 Cabe precisar que no existe una infracción a las normas de libre competencia cuando se trata de una actuación conjunta en el mercado por parte de agentes que pertenecen a un mismo grupo económico, debido a que se les considera como un mismo centro de interés y, por tanto, no se cumple con uno de los requisitos de las prácticas colusorias horizontales que exige que las coordinaciones anticompetitivas sean realizadas por operadores independientes entre sí.



ANEXOS

Anexo 1:

Lista de verificación para identificar indicios de posibles conductas anticompetitivas

Etapa	Señales/Indicios de conductas anticompetitivas	
Preparatoria	Respuestas conjuntas, idénticas o similares a solicitudes de cotización	✓
	Silencios o retrasos coincidentes a solicitudes de cotización	✓
Registro de participantes	Participantes inusuales	✓
	Ausencia inesperada de participantes	✓
Consultas y observaciones	Consultas y observaciones idénticas o similares	✓
	Consultas y observaciones direccionadas	✓
Posterior a la precalificación	Desistimientos o descalificaciones inesperadas	✓
	Consorcios entre empresas precalificadas	✓
Presentación de ofertas	Ofertas económicas o técnicas idénticas o con un patrón definido	✓
	Ofertas reiteradamente perdedoras o descalificadas	✓
	Subidas repentinas o inusuales en los precios ofertados	✓
	Reducciones repentinas o inusuales en los precios ofertados	✓
	Diferencias llamativas y sostenidas entre precios ofertados y precio ganador	✓
	Ofertas y adjudicaciones que siguen un patrón geográfico	✓
	Participantes que se retiran del procedimiento o desisten de presentar oferta	✓
	Rotaciones en el adjudicatario de la buena pro	✓
	Consorcios inusuales	✓
	Ofertas con contenidos o formatos idénticos o similares	✓
Después de la adjudicación de la buena pro	El ganador subcontrata a sus ex competidores	✓
	El ganador no firma el contrato	✓
Otras señales	Contactos o reuniones sospechosos entre competidores	✓
	Referencias a un acuerdo entre oferentes	✓
	Instrumentos o recursos compartidos entre competidores	✓

Anexo 2:

Gráfico de cooperación entre el INDECOPI y las demás entidades públicas

1



Pueden surgir sospechas de la realización de conductas anticompetitivas en los procesos de contrataciones con el Estado.

2



En estos casos, la Guía para Combatir la Concertación en las Contrataciones Públicas orienta a las entidades estatales a identificar posibles indicios de conductas anticompetitivas.

3

Calle de la prosa 104,
San Borja

2247800, anexo 3101

ST-CLC@indecopi.gob.pe

De verificarse la existencia de posibles indicios pueden comunicarse con el Indecopi, sin informar a los presuntos responsables.

4



Indecopi se encargará de investigar y, de ser el caso, sancionar por la comisión de conductas anticompetitivas.

Anexo 3:

Gráfico de conductas anticompetitivas y Grupo Económico



Indicios de que dos o más participantes de un procedimiento de selección actúan coordinadamente.

2 posibles situaciones



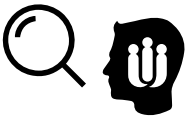
Las empresas forman parte de un mismo Grupo Económico (simulación de competencia)



Indecopi NO es competente y, por tanto, estos casos no le deben ser remitidos.
La Ley de Contrataciones del Estado prohíbe que se presenten personas naturales o jurídicas que pertenezcan a un mismo Grupo Económico.



Son empresas independientes y competidoras



Indecopi SÍ es competente.
Esto debe ser investigado y sancionado por el Indecopi en aplicación de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Anexo 4:

Ejemplos de Grupo Económico

CASO 1

A, **B** y **C** tienen el mismo Gerente General, que tiene facultad para la toma de las principales decisiones administrativas y comerciales de las 3 empresas, entre ellas, su oferta en los procedimientos de selección. Por ello, **A**, **B** y **C** pertenecen al mismo Grupo Económico pues comparten una misma fuente de control en el Gerente General.

CASO 2

A, **B** y **C** tienen como accionista mayoritario al señor Pérez o a la señora López, que forman una sociedad conyugal. Por ello, **A**, **B** y **C** forman parte de un mismo Grupo Económico al tener como fuente de control a la sociedad conyugal Pérez López, quienes tienen la capacidad de influir en la adopción de las decisiones estratégicas de tales empresas en los procedimientos de selección.

CASO 3

A tiene como accionista mayoritario al señor Pérez y la empresa **B** tiene como accionista mayoritario a la empresa **C**, que a su vez tiene como único accionista al señor Pérez. En este caso, **A**, **B** y **C** forman parte de un mismo Grupo Económico, al tener como fuente de control (directo o indirecto) al señor Pérez, quien tiene la capacidad de influir en la adopción de las decisiones estratégicas de tales empresas en los procedimientos de selección.



El Perú Primero

Indecopi



Radio Indecopi
www.indecopi.gob.pe/radio

www.indecopi.gob.pe