

Guía de Contratación Administrativa y Competencia

En los últimos años la Comisión para Promover la Competencia ha recibido un número creciente de gestiones respecto a la aplicación de los principios de competencia en diversos procesos de compra que evidencian limitaciones importantes a la competencia y libre concurrencia en la contratación pública.

El presupuesto de la República para el año 2016, publicado en la página web del Ministerio de Hacienda, alcanza los €8 billones de colones. De ese monto lo asignado a la contratación de servicios, compra de materiales, suministros y bienes duraderos, corresponde a la suma de €369 mil millones de colones. Monto que solamente incluye lo presupuestado por la Asamblea Legislativa y sus órganos, el Poder Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones y el Gobierno Central conformado por 18 Ministerios y 84 órganos adscritos. Así, una mejora en la eficiencia de la contratación al aplicar principios de competencia puede significar el ahorro de millones de colones que pueden ser utilizados en atender las diversas necesidades de la ciudadanía.

Si bien, los acuerdos entre las empresas para repartirse los concursos públicos causan un daño importante a la Administración Pública, también es cierto que muchas veces son las propias instituciones las que introducen trabas injustificadas que limitan la competencia y con ello perjudican a la institución al tener que pagar precios superiores, y a los ciudadanos en general por la ineficiencia en el gasto público. También las empresas ejecutan actos que si bien no son ilegales, limitan la competencia, por lo que se deben implementar mecanismos que impidan que tales actos perjudiquen a la Administración Pública.

Los distintos Gobiernos de la última década han realizado un esfuerzo muy importante por introducir en el país la contratación pública electrónica, como una herramienta que puede aportar considerables mejoras en materia de eficiencia de las adquisiciones concretas, gestión global de la contratación pública y funcionamiento de los mercados en el ámbito de los contratos estatales. Lo anterior por cuanto permiten aumentar la participación de las empresas a través de la publicidad de las adquisiciones y la transparencia en la gestión. Sin embargo, resulta indispensable realizar cambios importantes en la normativa y en su aplicación, así como en la capacitación de las personas encargadas de las adquisiciones con el fin de mejorar la eficiencia en general de las compras públicas. El reto para este órgano es contribuir a lograr este objetivo y a su vez desarrollar nuevos instrumentos para la prevención de conductas anticompetitiva y para su investigación en este nuevo marco de acción.

Por ello esta Guía tiene dos propósitos principales: primero, ofrecer recomendaciones para que en el diseño, desarrollo y ejecución de procedimientos de contratación no se introduzcan restricciones injustificadas a la competencia, y segundo, brindar ayuda a los funcionarios de las áreas de proveeduría para reducir los riesgos de colusión entre oferentes, así como colaborar en la detección de patrones de colusión entre oferentes durante los procesos.

Esperamos que este documento llegue a ser una herramienta útil para los funcionarios responsables de la contratación administrativa que permita que el principio de competencia y libre concurrencia lleve a una gestión más eficiente para beneficio del país.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION	4
¿A quién va dirigida esta guía y cuál es su objetivo?	4
¿Por qué es importante la competencia en los procesos de contratación pública?	4
¿QUÉ PRINCIPIOS RIGEN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA Y CUÁLES SON LAS FORMAS DE CONTRATACIÓN?	6
¿Qué principios rigen la contratación administrativa?	6
¿Cuáles son las formas de contratación administrativa?	6
1. <i>Excepciones a los procedimientos de concurso</i>	7
2. <i>Procedimientos más comunes utilizados en contratación administrativa</i>	8
DESDE EL PUNTO DE VISTA DE COMPETENCIA, ¿QUÉ PROBLEMAS SE HAN EVIDENCIADO EN LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA Y EN SU IMPLEMENTACIÓN?	13
Empresas relacionadas	13
Requisitos injustificados que solicita la Administración	14
Ofertas en consorcio.....	15
EJEMPLO 1. EXIGENCIA DE CONTAR CON CERTIFICACIONES ISO	16
EJEMPLO 2. OFERTAS EN CONSORCIO EN DEMARCACIÓN VIAL	17
¿CÓMO DEBEN REALIZARSE LAS CONTRATACIONES PARA FAVORECER LA COMPETENCIA?	19
¿Qué aspectos debe tomar en cuenta al diseñar las condiciones de la contratación?	19
1. <i>Obtenga información antes de definir las condiciones de la contratación</i>	19
2. <i>Diseñe la contratación con el fin de obtener el mayor número posible de oferentes en efectiva competencia</i>	19
3. <i>Evite la predictibilidad en las contrataciones.</i>	21
4. <i>No favorezca la comunicación entre los oferentes</i>	22
¿Qué criterios se deben considerar al evaluar las ofertas?	22
¿QUÉ ES UNA LICITACIÓN COLUSORIA Y CÓMO DETECTARLA?	24
Formas comunes de licitaciones colusorias.....	24
1. <i>Ofertas encubiertas.</i>	24
2. <i>Supresión o retiro de ofertas.</i>	24
3. <i>Rotación del ganador.</i>	25
4. <i>Acuerdos de reparto de mercados o de clientes.</i>	25
Características de la industria o el producto que favorecen las licitaciones colusorias	25
¿Cómo detectar posibles licitaciones colusorias?	26
1. <i>MERCADO. ¿Quiénes forman parte del mercado del bien o servicio que se licita?</i>	27
2. <i>OFERTAS. ¿Existen similitudes entre las ofertas de los proveedores?</i>	27
3. <i>PATRONES. ¿Tienen los competidores patrones de comportamiento establecidos?</i>	27
4. <i>COMPORTAMIENTO SOSPECHOSO. ¿Tienen los oferentes comportamientos que sugieran que trabajan juntos en una licitación?</i>	28

¿Qué hacer si tiene indicios de que una licitación podría ser colusoria?	28
¿Cómo presentar una denuncia por licitación colusoria ante la COPROCOM?	29
¿LOS PRECIOS EXCESIVOS E INACEPTABLES EN UNA OFERTA PUEDEN SER SANCIONADOS?	31
Precio ruinoso	31
Precio que excede la disponibilidad presupuestaria	32
Precio colusorio o producto de una práctica colusoria	32
Precio excesivo	32
¿Cómo determinar que un precio excesivo obedece a un problema de competencia?	33
1. Existencia de un monopolio.	33
2. Existencia de barreras de entrada.....	33
3. Existencia de acuerdos entre empresas.....	34
¿Qué es competencia desleal, quién la investiga y sanciona?	34
ANEXO 1.DECLARACIÓN JURADA DE DETERMINACIÓN INDEPENDIENTE DE OFERTA	35
ANEXO 2.PROPOSTA DE ADVERTENCIA SOBRE LICITACIONES COLUSORIAS	38
BIBLIOGRAFÍA	40

¿A QUIÉN VA DIRIGIDA ESTA GUÍA Y CUÁL ES SU OBJETIVO?

Esta Guía se dirige a las entidades del sector público que intervienen en el mercado como demandantes de bienes y servicios a través de los procedimientos de contratación pública.

Tiene como objetivo promover entre los funcionarios de las entidades públicas la importancia de fomentar la competencia en los procesos de contratación pública, a través de:

- 1) Ofreciendo pautas para que en el diseño, desarrollo y ejecución de procedimientos de contratación no se introduzcan restricciones injustificadas a la competencia, y
- 2) Proporcionando orientaciones para prevenir o evitar actuaciones colusorias por parte de los licitadores, en línea con las recomendaciones de organismos internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).


¿POR QUÉ ES IMPORTANTE LA COMPETENCIA EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA?

La competencia vigorosa entre los oferentes que proveen bienes y servicios a los gobiernos, permite a éstos obtener más y mejores bienes y servicios a un precio más bajo o de mejor calidad. Esto contribuye, a su vez, a liberar recursos públicos, los cuales pueden así ser destinados a otros fines alternativos y beneficiar de este modo a los ciudadanos. La promoción de la competencia en esta área de actividad es consistente con otros principios que informan la propia normativa sobre contratación pública, a saber: eficiencia, eficacia, publicidad, libre competencia, igualdad y buena fe.

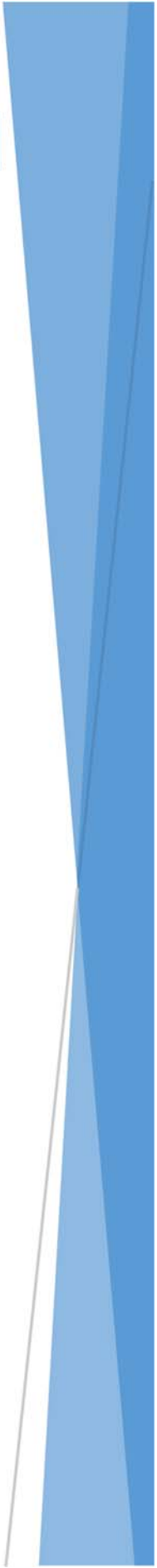
El presupuesto de la República para el año 2016, alcanzó los ₡8 billones de colones. De ese monto lo asignado a la contratación de servicios, compra de materiales, suministros y bienes duraderos, corresponde a la suma de ₡369 mil millones de colones. Monto que solamente incluye lo presupuestado por la Asamblea Legislativa y sus órganos, el Poder Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones y el Gobierno Central conformado por 18 Ministerios y 84 órganos adscritos. Sólo para tener una idea de la importancia de las compras de la totalidad del sector público, cabe señalar que lo presupuestado por la Caja Costarricense del Seguro Social para la contratación de servicios y la compra de materiales, suministros y bienes duraderos para el año 2016, asciende a ₡640 mil millones de colones.

Al participar en la contratación pública, algunas empresas tienen un incentivo para realizar **licitaciones colusorias, esto es, para ponerse de acuerdo y repartirse las contrataciones con el fin de obtener mayores ganancias, ya sea a través de precios más altos o de ofrecer menor calidad, burlando con ello los beneficios de la competencia.** Igualmente las empresas pueden tener interés en convencer a la Administración de introducir restricciones en los carteles para socavar injustificadamente la competencia y libre competencia, al impedir la entrada de competidores con la imposición de requisitos que satisfacen unos pocos. Con ello consiguen obtener precios más altos por la venta de sus productos o servicios, o bien un mercado cautivo seguro, perjudicando la eficiencia del manejo del presupuesto de la institución y a la ciudadanía al restringir la adquisición de otros bienes o servicios necesarios.

Si bien los acuerdos entre las empresas para repartirse los concursos públicos causan un daño importante a la Administración Pública, también es cierto que muchas veces son las propias instituciones las que introducen trabas injustificadas que limitan la competencia. De igual forma, la COPROCOM ha detectado casos en que las empresas ejecutan actos que si bien no son ilegales, limitan injustificadamente la competencia, por lo que se deben implementar mecanismos que impidan que tales circunstancias perjudiquen a la Administración Pública.



PRINCIPIOS Y
PROCEDIMIENTOS
QUE RIGEN LA
CONTRATACIÓN
PÚBLICA



¿QUÉ PRINCIPIOS RIGEN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA Y CUÁLES SON LAS FORMAS DE CONTRATACIÓN?

¿QUÉ PRINCIPIOS RIGEN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA?

El principio de competencia y libre concurrencia es uno de los elementos que rigen la contratación administrativa en el país. De acuerdo con el artículo 5 de la Ley de Contratación Administrativa (LCA), N°7494, “*En los procedimientos de contratación administrativa, se respetará la igualdad de participación de todos los oferentes potenciales. Los reglamentos de esta Ley o las disposiciones que rijan los procedimientos específicos de cada contratación, no podrán incluir ninguna regulación que impida la libre competencia entre los oferentes potenciales.*”

El principio de competencia es complementario de los otros preceptos que rigen la materia. La contratación pública debe sujetarse a los principios de igualdad de oportunidades, transparencia, publicidad, seguridad jurídica, formalismo de los procedimientos, equilibrio de intereses, buena fe, mutabilidad del contrato y control de los procedimientos.¹ Un procedimiento transparente y público evita la corrupción. Y esa transparencia y publicidad requieren una real competencia. La competencia necesita igualdad de oportunidades. **Se altera la competencia en la medida en que se establezcan condiciones que impliquen ventajas comparativas para un posible oferente o se coloque en situación de desventaja a un oferente.**²

¿CUÁLES SON LAS FORMAS DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA?

El artículo 182 de la Constitución Política dispone: ‘*Los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los poderes del Estado, las municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de esas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo*’.

*“...por licitación debe entenderse el mecanismo, modalidad, medio o conjunto de principios a los que debe sujetarse el Estado -en el sentido más amplio- para poder realizar su actividad de contratación, por cuanto en ella se dan cumplimiento los principios constitucionales que informan la contratación administrativa: libre concurrencia, igualdad, publicidad, transparencia y controles, entre otros y que luego se desarrollan. Es un procedimiento administrativo tipificado por una serie de actos cuyo principal objetivo es la selección del contratista más idóneo, para lo cual se cursa invitación en forma pública y general a los potenciales oferentes, para que éstos hagan llegar su ofertas a la administración contratante, con la finalidad de que ésta las estudie, clasifique y adjudique de acuerdo con las condiciones establecidas en el cartel, o declare desierto el concurso, si las mismas no se ajustan a los requisitos establecidos...”*³

A pesar de que el concurso es la regla en la adquisición de bienes y servicios, existe todo un régimen de contratación administrativa que prevé la ley y, dentro de él, diversas modalidades o procedimientos de contratación creados para que funcionen en situaciones determinadas y ante exigencias concretas. Con la licitación se pretende asegurar el cumplimiento de exigencias mínimas, que tienden a resguardar los principios de publicidad, libre participación y concurrencia y una adecuada selección de la oferta, en aras de lograr, también, una mejor prestación de los servicios públicos e idoneidad en la ejecución de las obras públicas. Por ello es que con las diversas formas de contratación administrativa se busca, igualmente, dar una buena difusión a los requerimientos de la Administración, a través de carteles o invitaciones,

¹ Sala Constitucional, Sentencia: 00998, del 16 de febrero de 1998.

² Procuraduría General de la República. Opinión Jurídica : 083 - J del 05/07/2004

³ Sala Constitucional, Sentencia: 00998, del 16 de febrero de 1998.

para que participe un número representativo de oferentes, a quienes se les debe brindar igualdad de oportunidades y de tratamiento, lo que también es propio de la contratación directa, en tanto estos principios que están presentes en la licitación, no resultan ajenos a la contratación directa ni a los otros procedimientos de contratación, antes bien, deben consolidarse en ellos, sin que afecten la esencia y la finalidad de cada uno de esos mecanismos contractuales.

La LCA y su Reglamento (RLCA) establecen como procedimientos ordinarios de contratación: la licitación pública, la licitación abreviada y el remate, así como las modalidades de: licitación con financiamiento, precalificación, adjudicación por subasta a la baja y convenio marco, que pueden ser utilizadas en situaciones particulares. Además, el artículo 146 del RLCA no excluye la posibilidad de que, mediante Reglamentos particulares a la LCA, se defina cualquier otro tipo contractual que contribuya a satisfacer el interés general, dentro del marco general y los procedimientos ordinarios o de excepción correspondientes.

La normativa que rige la contratación administrativa también determina las materias que están excluidas de los procedimientos ordinarios y que por ello pueden ser objeto de contratación directa entre la Administración y el contratante, en el tanto la Administración actúe en ejercicio de su competencia y el contratante reúna los requisitos de idoneidad legal, técnica y financiera para celebrar el respectivo contrato. (Art. 125 del RLCA). Tema que se desarrolla brevemente más adelante.

A su vez, el artículo 27 de la LCA, establece los procedimientos específicos que debe seguir la Administración Pública en función del tipo de contrato y su monto⁴, que pueden ser licitación pública, licitación abreviada y contratación directa. No obstante, el artículo 28 establece la facultad de variar el procedimiento a uno más calificado o riguroso que el correspondiente, según el objeto o el monto del contrato, cuando convenga más a la satisfacción del fin público.

A continuación se presentan las excepciones a los procedimientos ordinarios de contratación y se analizan, desde el punto de vista del Derecho de Competencia, las particularidades de los procedimientos de contratación más utilizados en el país.

1. EXCEPCIONES A LOS PROCEDIMIENTOS DE CONCURSO

La LCA en su artículo 2º, excluye de los procedimientos de concursos las siguientes actividades:

- a) La actividad ordinaria de la Administración, entendida *“...la actividad o servicio que constituye la prestación última o final de la Administración que realiza frente al usuario o destinatario final, actividad o servicio que deben estar definidos previamente en la ley, y cuyo desarrollo puede hacerse mediante reglamento autónomo o de servicio, pero no ejecutivo.”*⁵
- b) Los acuerdos celebrados con otros Estados o con sujetos de derecho público internacional, como por ejemplo el Banco Interamericano de Desarrollo o el Banco Centroamericano de Integración Económica. ⁶

⁴ Las sumas son ajustadas cada año por la Contraloría General de la República, tomando como referencia, entre otros, la variación porcentual del Índice general de precios al consumidor.

⁵ Interpretada por Resolución de la Sala Constitucional N° 6754-98 de las 15:36 horas del 22 de setiembre de 1998.

⁶ *“Dado que dicha Ley no regula los convenios de crédito público, se entiende que los contratos que pueden ser realizados carecen de naturaleza financiera. De esa forma, es posible concebir que entre la Administración Pública y una entidad de Derecho Público Internacional se suscriba un contrato administrativo referido a la adquisición de bienes o la prestación de*

- c) La actividad contractual desarrollada entre entes de derecho público. *"Este tipo de contratos denominados "interadministrativos", parten del supuesto de colaboración y complementación entre diversas entidades públicas, llamadas de esa forma a una mejor satisfacción del interés general. (...)*
- "...para orientar en mejor forma ese tipo de contrataciones, nos permitimos dar las siguientes pautas:*
- 1) Ambos sujetos de la contratación deben contratar en el marco de sus respectivas competencias, motivo por el cual no es admisible que una entidad pública, sujeta al principio de legalidad, aparezca obligándose a prestaciones que escapan de su ámbito competencial.*
 - 2) El equilibrio de que habla la ley está referido a que una sola parte no cargue con la totalidad o la mayoría de los recursos que sean requeridos para cumplir el objeto del contrato. (...)*
 - 3) Finalmente, si cada entidad se obliga a dar prestaciones que impliquen erogación de recursos, estos deben estar debidamente presupuestados y disponibles, para hacer frente a la obligación que se asume en el contrato.*
- (...)1. - Un ente público que, previamente ha realizado un convenio con otro ente público, no puede obviar los procedimientos de concurso cuando pretende contratar a una entidad privada, en este caso una fundación, para que ejecute lo establecido en el citado convenio. En este supuesto, se debe seguir la regla general del concurso público."⁷*
- d) La actividad de contratación que, por su naturaleza o las circunstancias concurrentes, no pueda ser sometida a concurso público o no convenga someterla, tales son los casos, entre otros, de: oferente único, bienes y servicios artísticos o intelectuales, medios de comunicación social, Suscripciones y compra de material bibliográfico, servicios de capacitación, Atención urgente de gestiones judiciales, objetos que requieren seguridades calificadas, arrendamiento o compra de bienes únicos y situaciones imprevisibles.
- e) Las compras realizadas con fondos de caja chica.
- f) Las contrataciones que se realicen para la construcción, la instalación o la provisión de oficinas o servicios en el exterior.
- g) Las actividades que resulten excluidas, de acuerdo con la ley o los instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica.
- h) La actividad que, por su escasa cuantía, no convenga que sea sometida a los procedimientos ordinarios de concurso, de conformidad con los límites establecidos en el artículo 27 de esta Ley.

2. PROCEDIMIENTOS MÁS COMUNES UTILIZADOS EN CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

La **licitación pública** es el procedimiento de contratación obligatorio en los siguientes casos: a) aquellas contrataciones de mayor cuantía de acuerdo con el presupuesto de la institución y lo determinado por el artículo 27 de la LCA. b) En toda venta o enajenación de bienes, muebles o inmuebles, o en el arrendamiento de bienes públicos, salvo si se utiliza el procedimiento de remate. c) En los procedimientos de concesión de instalaciones públicas. Si se considere conveniente para los intereses públicos, o por haberlo acordado así con el ente público internacional que financia la contratación, la Administración podrá realizar una **licitación pública internacional**. (Art. 43, LCA)

servicios. Contratos que no requerirán aprobación legislativa en tanto no se esté en presencia de crédito externo u otra forma de financiamiento externo." Procuraduría General de la República, C-210-2015 del 30/05/2015

⁷ Procuraduría General de la República, OJ-151-2001 del 17/10/2001

Por su parte, la **licitación abreviada** es un procedimiento que se utiliza para contrataciones de cuantía media de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 de la LCA. Finalmente, las contrataciones de limitado volumen y trascendencia económica, conforme al artículo 27 de la LCA, y aquellas que no pueden o no deban ser sometidas a concurso público –en los términos del inciso d) del artículo 2 de dicha norma, pueden tramitarse siguiendo el procedimiento de **contratación directa**. Se trata de un procedimiento **de excepción** que por un lado tiende a garantizar el interés público, y por otro responde a necesidades muy puntuales que urgen ser satisfechas por medios más expeditos que el que ofrece el procedimiento licitatorio común, lo que debe procurarse en armonía con los supuestos expresamente dispuestos previamente en una norma de carácter legal.⁸ Sin embargo, a pesar de ser excepcional, el 81% de los procedimientos de contratación realizados en el año 2016 por medio del Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP) se hicieron mediante esta figura.⁹

El siguiente cuadro compara las principales características de los procedimientos antes indicados:

CARACTERÍSTICA	LICITACIÓN PÚBLICA	LICITACIÓN ABREVIADA	CONTRATACIÓN DIRECTA
PUBLICIDAD	La LCA establece la obligación de publicar en el Diario Oficial La Gaceta la invitación a participar y las modificaciones al cartel y el acto de adjudicación. Sin embargo, a través del SICOP todas las licitaciones están disponibles en la página web para cualquier empresa o ciudadano.	A través del SICOP todas las licitaciones abreviadas están disponibles en la página web para cualquier empresa o ciudadano.	A través del SICOP todas las contrataciones directas están disponibles en la página web para cualquier empresa o ciudadano.
POSIBILIDAD DE OBJETAR EL CARTEL	SÍ	Si	No
Nº DE OFERENTES A INVITAR	A todo interesado en ofertar	Un mínimo de 5 proveedores acreditados en el registro correspondiente. Si el número de proveedores es inferior a cinco, la administración debe cursar invitación, mediante una publicación en el Diario Oficial. La Administración también queda facultada para que curse invitación, mediante publicación en La Gaceta, cuando así lo estime conveniente para la satisfacción del interés público.	No menos de 3 oferentes del Registro de Proveedores. Si el número de proveedores es menor de 3 se podrán invitar a otros que no lo estén.

⁸ Sala Constitucional, resolución N° 2060-01 de 15:24 horas del 4 de abril de 2001.

⁹ Disponible en: <https://www.sicop.go.cr/index.jsp>

N° DE OFERTAS QUE SE ANALIZAN	Todas las ofertas recibidas	Sólo las de los proveedores invitados, a menos que se haya realizado publicación en el Diario Oficial, caso en el cual se analizarán todas.	La Administración se encuentra obligada a estudiar todas las ofertas presentadas independientemente si provienen de oferentes que han sido invitados o no. Para participar no es requisito estar inscrito en el registro de proveedores.
PLAZO PARA PRESENTAR OFERTAR	Mínimo de 15 días hábiles	No puede ser menor a cinco ni superior a veinte días hábiles.	Mínimo de un día y máximo de 5 días hábiles
PLAZO PARA ADJUDICAR	No podrá ser superior al doble del fijado para recibir ofertas	No podrá ser superior al doble del fijado para recibir ofertas	Plazo máximo de 10 días prorrogable por un plazo igual en casos justificados
POSIBILIDAD DE OBJETAR LA ADJUDICACIÓN	Sí, pueden presentar recurso de apelación, lo que significa que la objeción la resuelve el superior del funcionario que adjudicó la compra	Sí, pueden presentar recurso de apelación si se superan ciertos montos (Art. 84 LCA) Así, la objeción la resuelve el superior del funcionario que adjudicó la compra.	Sí, pueden presentar recurso de reposición, lo que significa que lo resuelve el mismo funcionario que adjudicó la compra.

El procedimiento de licitación pública es el que ofrece la mejor garantía, tanto a la Administración como a las empresas oferentes, de que se seleccionará a aquella empresa que satisfaga de mejor manera el interés público. No obstante, su implementación tiene un mayor costo y requiere más tiempo, además el uso y el abuso de los recursos, tanto al cartel como a la adjudicación, llevan a que se torne más complejo y requiera más tiempo en su ejecución. Igualmente si se no se han tomado en cuenta todos los principios y requisitos que deben seguirse será anulado y será necesario reiniciar el proceso nuevamente. De allí que lamentablemente este procedimiento sea poco utilizado, ya que de acuerdo con datos del SICOP¹⁰, de las 13.018 contrataciones efectuadas en el año 2016, sólo 140(1,1%) se realizaron por el procedimiento de licitación pública. Además sólo se realizaron 3 licitaciones públicas internacionales, 2 por el Consejo de Seguridad Vial y 1 por el Ministerio de Educación.


Desde el punto de vista del Derecho de Competencia se trata del procedimiento que mejor garantiza la competencia y libre concurrencia de las empresas. La única preocupación se relaciona con la posibilidad que tiene la Administración, en el período en el que prepara el cartel de licitación, de celebrar audiencias con oferentes potenciales, a fin de recibir observaciones que permitan la más adecuada elaboración del pliego de condiciones. Lo anterior debido a que celebrar reuniones conjuntas con los potenciales oferentes puede coadyuvar a que éstos se conozcan y, si se dan ciertas circunstancias, puede facilitar la realización de acuerdos colusorios que perjudican a la institución contratante y al interés público.

Cabe indicar que en el procedimiento de contratación directa no procede recurso alguno contra el cartel.

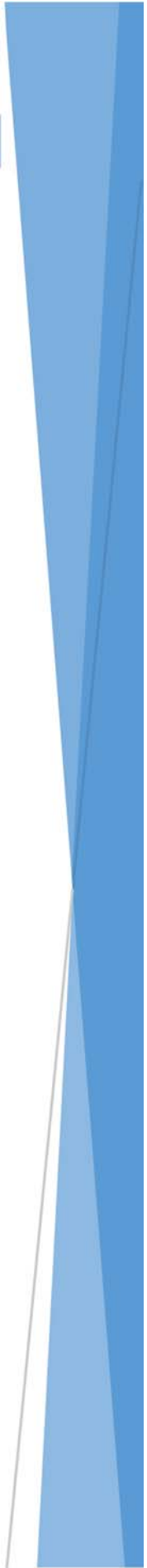
¹⁰ Disponible en: <https://www.sicop.go.cr/index.jsp>

Lo que impide que empresas que se encuentran disconformes con los requisitos, especialmente en el caso de que estén orientados a que sólo los satisfaga una sola empresa, no tienen ninguna posibilidad de hacerlo ver a la Administración. Si se tratara de un procedimiento efectivamente excepcional, la limitación a la competencia podría no ser importante, no obstante, está comprobado que la mayor parte de las contrataciones públicas se realizan mediante este procedimiento.

Finalmente, tanto en el caso de la licitación abreviada, en el que se invitan 5 proveedores, como el de la contratación directa en el que participan tres proveedores, tales números pueden ser adecuados para generar una competencia efectiva, no obstante es importante señalar que la Administración debe tener certeza de que esas empresas sean efectivamente compañías independientes entre sí y que les interesa competir por obtener la adjudicación del contrato que se gestione. (Ver el título “Empresas Relacionadas”). De no ser así, la cantidad de oferentes invitados es insuficiente para generar una competencia efectiva entre los participantes por lo que la Administración debería recurrir a otro procedimiento más riguroso, tal como lo permite la LCA en beneficio del interés público.



PROBLEMAS
EVIDENCIADOS
DESDE EL PUNTO
DE VISTA DE
COMPETENCIA



DESDE EL PUNTO DE VISTA DE COMPETENCIA, ¿QUÉ PROBLEMAS SE HAN EVIDENCIADO EN LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA Y EN SU IMPLEMENTACIÓN?

De lo anteriormente expuesto se concluye que la Ley N°7494 está concebida para que los principios de competencia y libre concurrencia sean aplicados en la contratación administrativa de bienes y servicios, en todas las modalidades cuyas características lo permitan. A pesar de precisar el procedimiento que debe utilizarse según el monto, que resulta menos público según se reduce su cuantía, es a su vez flexible al admitir que se varíe el procedimiento determinado por la ley a uno más calificado o riguroso, cuando convenga más a la satisfacción del fin público.

No obstante lo dispuesto por la ley, en años recientes la Comisión para Promover la Competencia ha detectado la existencia de diversos problemas en la implementación de la normativa que vienen a limitar la competencia y que perjudican a la Administración al hacer más ineficientes sus compras.

Entre los problemas que mayor preocupación causan se encuentran:

- a) la proliferación de empresas relacionadas que aparentan la existencia de competencia en los concursos de manera irreal
- b) la introducción de requisitos injustificados en los carteles que limitan la competencia, y
- c) la permisividad de ofertas en consorcio que no se justifican y que son sólo una forma de evitar competir.

EMPRESAS RELACIONADAS

La experiencia reciente de la COPROCOM es que es común que empresas que se encuentran relacionadas participen en los mismos concursos públicos. Así, los registros de proveedores cuentan en muchas ocasiones con sociedades que pueden llevar a presumir que se cuenta con una cantidad apropiada de oferentes, cuando en realidad son sociedades creadas por empresas ya registradas aparentemente con el fin de ser incorporadas en el registro para tener mayores probabilidades de ser seleccionadas y eliminar la posibilidad de que la invitación a la contratación aparezca publicada en La Gaceta –en el caso de la licitación abreviada- o se invite a un mayor número de proveedores promoviendo con ello mayor competencia.

Desde el punto de vista de competencia, la realización de varias ofertas por parte de empresas vinculadas, o con socios comunes, que claramente no sean independientes, no debe ser permitida para los fines de la contratación pública. Sin embargo, la legislación costarricense no cuenta con una norma expresa que lo prohíba.

La finalidad de todo empresario que concurre a la licitación de un contrato público es la de ser el adjudicatario de ese contrato, por lo que no es posible que ese empresario pueda presentar al mismo tiempo dos o más ofertas más ventajosas o más económicas por la sencilla razón de que el licitador no puede licitar contra sí mismo y, por otro lado, el principio de igualdad tiende a garantizar que los diferentes empresarios que puedan estar interesados en una contratación ostenten las mismas oportunidades, lo que supone que si un licitador puede presentar más de una oferta este hecho le podría colocar en una situación de ventaja en relación con el resto de empresarios que concurren a la contratación y suponer una manipulación del procedimiento y de la adjudicación en cuanto a la selección de la oferta más ventajosa.

Es por ello que es importante que las autoridades encargadas de la contratación pública introduzcan disposiciones que impidan o regulen este tipo de conductas que perjudican a la Administración Pública, ya que al eliminar el proceso competitivo, los bienes y servicios que se adquieren tienen sobrepuestos injustificados que afectan los presupuestos públicos y con ello a todos los ciudadanos.

Algunos países han solucionado este problema a través del impedimento de que empresas vinculadas o no independientes puedan ofertar para un mismo concurso. Solución que no resulta viable en el corto plazo por requerirse un cambio en la ley.

Si eso no es posible, las mejores prácticas internacionales sugieren la implementación de la obligación a todos los oferentes de realizar una certificación de determinación independiente de ofertas, que informe a los proveedores que los acuerdos colusorios representan un delito y que las autoridades encargadas de las compras están al pendiente de este riesgo. Así, además de las sanciones por licitaciones colusorias los proveedores incriminados pueden ser acusados de haber mentado en una declaración oficial. En el Anexo 1 se proporciona un borrador de esta certificación a fin de que sea utilizada en las diferentes contrataciones para evitar que empresas relacionadas lleguen exclusivamente a aparentar condiciones de competencia.

Además de requerir la certificación a la que se refiere el párrafo anterior, es posible introducir la obligación a nivel reglamentario, de indicar la conformación de la junta directiva de las empresas que desean inscribirse en el registro de elegibles, o mejor aún contar con una herramienta que permita averiguarlo y de esta forma conociendo si existen vínculos entre las empresas registradas que serían invitadas, aumentar el número de empresas a fin de promover una efectiva competencia, para así contar con un mayor número de ofertas entre las cuales escoger aquella que satisfaga de mejor manera el interés público.

REQUISITOS INJUSTIFICADOS QUE SOLICITA LA ADMINISTRACIÓN

Es frecuente encontrarse que la Administración establece en la oferta de compra un requisito que solamente cumple una compañía o un pequeño número de empresas en el país, con lo cual se limita el número de oferentes.

La normativa que rige las compras de los entes públicos establece que todo requisito específico que la administración incluya como parte de los factores a considerar en un proceso de contratación, **debe ser indispensable para la satisfacción del interés público que la justifica**. Por ello, los entes de la administración, están obligados a poner especial cuidado en la forma en que redactan las condiciones y requisitos a considerar, para no incluir condiciones irrelevantes para la satisfacción del fin público, que atenten contra el principio de libre competencia, que de conformidad con la ley, debe imperar en todo proceso de contratación administrativa. Con ello se evita que sin justificación alguna, oferentes potenciales no puedan participar en el concurso público, causando con ello un perjuicio a la administración, al verse impedida de contemplar quizás mejores ofertas.

También la COPROCOM ha determinado que es frecuente que se establezcan barreras a la entrada de nuevos competidores en los concursos a través del requerimiento de que las empresas cuenten con diversas certificaciones de calidad. Al respecto, este órgano ha indicado lo siguiente:

“A. El problema evidenciado es la forma en que los entes administrativos han tratado de comprobar la existencia de la calidad o de compromiso con el medio ambiente a través de la certificación de una única norma técnica, sin considerar otras normas o medios válidos, sin la justificación que la normativa

de contratación establece y sin un estudio de mercado que asegure que tal solicitud no tiene como fin establecer una barrera a la competencia y libre concurrencia en el mercado.

- B. Si la administración contratante cuenta con justificación para requerir una norma técnica particular, tal requerimiento no resultaría ilegal ni contrario al principio de competencia.
- C. El Estado costarricense como principal consumidor de bienes y servicios, debe promover la adquisición de aquellos bienes y servicios que demuestren contar con la calidad necesaria o el compromiso con el medio ambiente para satisfacer el interés público, sin embargo, esta comprobación no la puede hacer exclusivamente por medio de la certificación de una norma técnica específica, cuando existan otras normas similares o equivalentes a ésta.
- D. Los requisitos ambientales y de calidad deben ser instaurados en los sistemas de compras públicas con el fin de que el Estado adquiera bienes de calidad y amigables con el ambiente. Sin embargo, esto debe hacerse a través de una política que fomente la certificación paulatina de las empresas con puntajes escalonados que premien el cumplimiento de ese requisito cuando no existan suficientes empresas que aseguren una competencia efectiva.” (Voto 04-12 del 24 de enero de 2012)

No tomar en cuenta estos criterios puede llevar a favorecer a las empresas de mayor tamaño que, en general, cuentan con los recursos para certificarse en las más diversas normas técnicas, en perjuicio de las PYMES, lo que resulta totalmente contrario a las políticas que implementa el Estado para la promoción de estas últimas. (Ver Ejemplo 1)

OFERTAS EN CONSORCIO

Otro tema que ha preocupado a la Comisión para Promover la Competencia se relaciona con las posibilidades que brinda la normativa para que empresas, usualmente competidoras, puedan presentar ofertas en forma unida ante la Administración.

La Ley de Contratación Administrativa, en el artículo 38, establece la posibilidad de que en los procedimientos de contratación puedan participar distintos oferentes unidos en un consorcio, sin que ello implique crear una persona jurídica diferente. Asimismo, el artículo 39, permite que la Administración autorice, que participen oferentes conjuntos cuando, por la naturaleza del bien o el servicio licitado, sea posible y conveniente para los intereses públicos que distintos componentes de la prestación sean brindados por diversas personas.

A su vez el Reglamento a la Ley citada establece lo siguiente:

“Artículo 72.-Ofertas en consorcio. Dos o más participantes podrán ofertar bajo la forma consorciada, a fin de reunir o completar requisitos cartelarios, para lo cual deberá advertirse en la propuesta de manera expresa e indicar el nombre, calidades y representante de cada uno de ellos, con la documentación de respaldo pertinente. En el cartel se podrá solicitar que los oferentes actúen bajo una misma representación.

La Administración, tiene la facultad de disponer en el cartel que una empresa solo pueda participar en un consorcio para un mismo concurso. Para efecto de los procedimientos será suficiente que una sola de las empresas consorciadas haya sido invitada, para que el grupo pueda participar.

Además de lo anterior, se podrá exigir en el cartel, las condiciones de capacidad y solvencia técnica y financiera para cada uno de los miembros del consorcio, sin perjuicio de que para cumplir ciertos requisitos se admita la sumatoria de elementos. Para esto deberá indicar con toda precisión cuáles requisitos deben ser cumplidos por todos los integrantes y cuáles por el consorcio.

Este tipo de normas pueden promover la competencia al permitir que empresas que individualmente no cumplían la totalidad de los requisitos exigidos en la contratación, se unan con otras a fin de completar exigencias y realizar una oferta que de otra manera no podían haber presentado. Sin embargo, el problema radica en que las empresas que individualmente pueden ofertar, se unan a fin de evitar la competencia y de esta forma repartirse la contratación.

Una unión temporal de empresas no debería ser admisible si cada empresa por separado tiene la capacidad económica, financiera y técnica para suministrar los productos objeto de concurso. Por el contrario, solo debería admitirse la unión temporal de empresas si puede demostrarse que el aporte de cada una de ellas es necesario para poder proveer el bien o servicio requerido.

No obstante, el mayor problema se presenta cuando es la misma Administración la que propicia por los servicios que incluye en el cartel y los requisitos que exige, que las empresas se unan en un único consorcio. (Ver Ejemplo 2)

EJEMPLO 1. EXIGENCIA DE CONTAR CON CERTIFICACIONES ISO

La COPROCOM analizó un caso en el cual varias instituciones exigían a los proveedores de productos de papel (papel higiénico, servilletas, entre otros) contar con certificaciones ISO 9000 y 13000. No obstante, sólo una empresa en el país cumplía con tales requisitos, por lo que era la única que podía participar y resultar ganadora. Al respecto, la COPROCOM indicó:

A. *“El problema evidenciado es la forma en que los entes administrativos han tratado de comprobar la existencia de la calidad o de compromiso con el medio ambiente **a través de la certificación de una única norma técnica, sin considerar otras normas o medios válidos, sin la justificación que la normativa de contratación establece y sin un estudio de mercado que asegure que tal solicitud no tiene como fin establecer una barrera a la competencia y libre concurrencia en el mercado.** (...)”*

D. *Los requisitos ambientales y de calidad deben ser instaurados (...) a través de una política que fomente la certificación paulatina de las empresas con puntajes escalonados que premien el cumplimiento de ese requisito cuando no existan suficientes empresas que aseguren una competencia efectiva.” (Voto 04-12 del 24 de enero de 2012).*

No tomar en cuenta estos criterios puede llevar a favorecer a las empresas de mayor tamaño que, en general, cuentan con los recursos para certificarse, en perjuicio de las PYMES, lo que resulta totalmente contrario a las políticas que implementa el Estado para la promoción de estas últimas.

Además, ¿Cree usted que una empresa, conectora de que no tiene competidores, va a ofrecer el menor precio posible?

EJEMPLO 2. OFERTAS EN CONSORCIO EN DEMARCACIÓN VIAL

Luego de un análisis de las contrataciones realizadas por el Consejo Nacional de Viabilidad y el Consejo de Seguridad Vial de los años 2000 a 2009, la COPROCOM identificó las siguientes deficiencias desde la óptica de los principios de libre competencia:

“A. La mayoría de las empresas que prestan los servicios de demarcación vial cuentan con una limitada cantidad de equipos y de recursos humanos, lo que dependiendo del tamaño de las obras a contratar lleva a que deban unirse entre ellas para poder resultar adjudicatarias. En este sentido, la forma en que la Administración realizó los concursos a partir del año 2006 abarcando todas las zonas en un solo contrato, a diferencia de los años anteriores en que se hacían las licitaciones para cada zona por separado, generó que resultara prácticamente imposible que las empresas participaran en forma individual en las contrataciones.

B. Así, se evidencia que empresas que participaban en forma individual o a través de consorcios de dos o tres empresas en las contrataciones previas al año 2006, pasaron a constituirse en una única oferta en consorcio, integrado por siete agentes, que dejaban prácticamente sin opciones a la Administración. (...).


C. El análisis de los precios en los contratos de los servicios de demarcación vial no son concluyentes para determinar si se dieron o no precios significativamente más altos como resultado de la participación en consorcio. No obstante, es de esperar que aunque al principio la Administración pueda obtener ciertas ventajas de este tipo de ofertas, (principalmente para evitar el trámite de apelaciones y otros incidentes legales), es muy probable que en el mediano y largo plazo tienda a ser perjudicial para la Administración resultado de la supresión de competencia, situación que se da al integrar en un consorcio a todos los agentes que prestan estos servicios, conocedores además de que no existe ningún otro oferente que pueda ejercer una presión sobre los precios en el concurso.

*D. Si bien la normativa permite la presentación de ofertas en conjunto o en consorcio, (...) **solo debería admitirse la unión temporal de empresas si puede demostrarse que el aporte de cada una de ellas es necesario para poder proveer el bien o servicio requerido.***

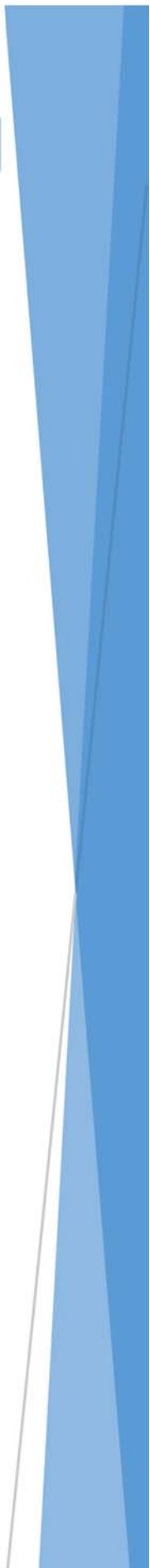
E. Por lo expuesto se considera que esta facultad puede y debe ser limitada con el objetivo de que la Administración elija entre un mayor número de oferentes, en aras del interés público y de promover una competencia efectiva entre las empresas en el mercado de la demarcación vial.

(...)” (Artículo Cuarto, Sesión Ordinaria N°17-2012 del 22 de mayo de 2012)

¿Cree usted que el consorcio, conocedor de que no tenía competencia en las ofertas, ofreció los menores precios posibles a la Administración?



FAVORECIENDO
LA COMPETENCIA
EN LAS
CONTRATACIONES



¿QUÉ ASPECTOS DEBE TOMAR EN CUENTA AL DISEÑAR LAS CONDICIONES DE LA CONTRATACIÓN?

Las condiciones que se impongan en las diferentes contrataciones, y, en particular, las disposiciones técnicas, son las que determinan el acceso de potenciales oferentes. A su vez, representan las principales variables en las que dichos oferentes van a competir, es por ello que deben ser analizadas cuidadosamente a fin de no introducir barreras injustificadas que limiten el número de oferentes o que lleven a favorecer las licitaciones colusorias.

Es por ello, que las entidades públicas contratantes deben procurar diseñar las diferentes contrataciones de manera que garanticen los principios de igualdad y no discriminación entre oferentes, así como las mejores condiciones de competencia posibles.

Los aspectos del diseño de los pliegos más relevantes a efectos de la competencia son:

1. OBTENGA INFORMACIÓN ANTES DE DEFINIR LAS CONDICIONES DE LA CONTRATACIÓN

La mejor forma de diseñar un proceso de compras que apunte al mejor uso del dinero o a la mejor relación precio/calidad consiste en recopilar información sobre la gama de productos y/o servicios disponibles en el mercado que podrían satisfacer los requerimientos del comprador, así como información sobre los proveedores potenciales.

- Procure conocer las características del mercado en que se verificará la contratación y sobre las recientes actividades o tendencias de la industria que puedan afectar la competencia en la licitación.
- Determine si el mercado en que se verificará el abastecimiento presenta o no las características que hacen más probable la colusión. (Ver página 10)
- Recopile información sobre potenciales proveedores, sus productos y sus precios.
- Recopile información sobre cambios de precios recientes y sobre precios de productos que representen alternativas posibles.
- Recopile información sobre licitaciones anteriores para productos idénticos o similares.

2. DISEÑE LA CONTRATACIÓN CON EL FIN DE OBTENER EL MAYOR NÚMERO POSIBLE DE OFERENTES EN EFECTIVA COMPETENCIA

La competencia efectiva puede incrementarse si un número suficiente de oferentes está dispuesto a responder a la invitación para participar en la contratación y estos oferentes tienen incentivos para competir por el contrato. Por ejemplo, la participación puede ser facilitada si se reducen los costos de presentar ofertas, se establecen requisitos de participación que no restringen la competencia injustificadamente, autorizan la participación de empresas de otras regiones o países, o diseñan mecanismos para incentivar a las empresas más pequeñas a participar, aun cuando no puedan presentar ofertas por todo el contrato.

- Evite restricciones innecesarias que puedan reducir el número de oferentes calificados. Especifique los requisitos mínimos que sean proporcionales al tamaño y contenido del contrato de abastecimiento. No especifique requisitos mínimos que creen un obstáculo a la participación, tales

como controles al tamaño, composición o naturaleza de las empresas que están habilitadas para presentar ofertas.

- Si va a solicitar certificaciones de calidad, asegúrese primero que sean comunes entre las empresas oferentes, de no ser así, analice si son indispensables para cumplir con el fin público que persigue la contratación. (Ver siguiente ejemplo 1)
- Determine sus especificaciones permitiendo productos sustitutos o con definiciones generales de desempeño y requisitos funcionales cuando sea posible. Fuentes de abastecimiento alternativas o innovadoras hacen más dificultosos los acuerdos colusorios.
- Tenga presente que requerir elevadas garantías a los oferentes, como condición para presentar ofertas, puede inhibir la participación de pequeños oferentes que sin dicho requerimiento calificarían para ingresar al proceso licitatorio. De ser posible, asegúrese que los montos de las garantías sean sólo lo suficientemente elevados para lograr la finalidad de ésta.
- Cada vez que sea posible, reduzca las restricciones a la participación de empresas extranjeras en el abastecimiento.
- Al volver a realizar contratos ya celebrados anteriormente, los órganos de contratación deberían evitar aplicar automáticamente los pliegos antiguos a la nueva licitación, y analizar si su contenido debe ser actualizado o revisado, para asegurarse de que son suficientemente favorecedores de la competencia.
- Asegúrese que las empresas que presentan su oferta, lo están haciendo de manera independiente y no se encuentran relacionadas. Se ha determinado que es usual que se presenten diferentes empresas que aparentan competencia, cuanto en realidad cuentan con los mismos o muy similares directivos. Por ello sería recomendable aplicar para todos los oferentes una **Declaración Jurada de Oferta Independiente**. (Se adjunta formato en Anexo 1)
- Dado que las ofertas en consorcio pueden servir como mecanismo para repartirse las utilidades mal habidas entre los miembros del acuerdo colusorio, merecen especial supervisión, particularmente, cuando ellas son presentadas por empresas que individualmente pueden abastecer lo solicitado. (Ver ejemplo 2)
- Exija a los oferentes que indiquen anticipadamente si piensan utilizar subcontratistas, ya que la subcontratación puede ser un mecanismo para repartirse las utilidades mal habidas entre los miembros del pacto.
- No sobrevalore la importancia de los registros de experiencia o desempeño. Siempre que sea posible, considere otra experiencia relevante y no solamente la que tengan con la institución.
- No establezca requisitos para favorecer a las empresas establecidas, estas son las que siempre participan y salen adjudicadas. Favorecer la entrada de nuevos agentes, lo ayudará a determinar si efectivamente son las mejores y de menor precio. Mecanismos que aseguren el mayor anonimato posible pueden ser deseables. (Ver pronunciamiento de Sala Constitucional y Ejemplo 3)

Pronunciamento de Sala Constitucional Resolución N° 2633-93 de 9 de junio de 1993

“La práctica administrativa de otorgar “extensiones a las concesiones” existentes, modificando el contrato original en beneficio exclusivo de los concesionarios establecidos, en criterio de la Sala, es totalmente inadmisibles, ya que además de burlar el procedimiento constitucional de licitación pública, en detrimento de los principios de la más amplia participación de los administrados y de la búsqueda de las mejores condiciones para la Administración, propicia y provoca, de hecho, la creación de monopolios de carácter privado, lo que el Estado está llamado a evitar. Y precisamente el camino para hacerlo, es permitiendo, como se indicó, la mayor participación posible de los particulares interesados, en condiciones de absoluta igualdad, en un procedimiento amplio y cristalino de contratación administrativa”.

EJEMPLO 3. REQUISITOS EN CONTRATACIÓN DE SERVICIOS DE DEMARCACIÓN VIAL

También en el caso de la contratación de servicios de demarcación vial antes expuesto la COPROCOM concluyó:

“F. Finalmente se considera que otros requisitos del cartel parecen ser desproporcionados para el servicio requerido, lo que pareciera indicar el establecimiento de barreras de entrada para nuevos participantes en el mercado. Tal es el caso de la demostración de 10 años de experiencia, una vez asociado al Colegio de Ingenieros y Arquitectos, en demarcación vial y en la colocación de captaluces, tareas que por su poca complejidad, no parecieran requerir tantos años y que por ser un servicio que mayoritariamente se presta a la Administración es difícil que pueda demostrarse que se ha desarrollado en otros sectores.” (Artículo Cuarto, Sesión Ordinaria N°17-2012 del 22 de mayo de 2012)

- Incluya una advertencia sobre las sanciones aplicables en el país para casos de colusión entre oferentes en licitaciones, tales como las sanciones por infringir lo expresado en la declaración jurada sobre determinación independiente de la oferta, la posibilidad del organismo comprador de pedir indemnización de perjuicios, además de las sanciones previstas en la normativa de competencia. (Ver Anexo 2 Propuesta de advertencia)
- Advierta a los oferentes que toda pretensión de aumento del presupuesto, derivado de un incremento en los costos de los insumos, será minuciosamente investigada.
- Si durante el proceso de contratación recibe asistencia de consultores externos, asegúrese de que éstos tengan la formación adecuada, que firmen acuerdos de confidencialidad, y que se encuentran obligados a reportar toda conducta impropia de competidores de la que tengan conocimiento o de un eventual conflicto de intereses.

3. EVITE LA PREDICTIBILIDAD EN LAS CONTRATACIONES.

Cronogramas de abastecimiento predecibles y cantidades constantes de compras o ventas pueden facilitar la colusión. Lo anterior por cuanto, las empresas que se pongan de acuerdo obtendrían contratos y ganancias similares, por lo que el acuerdo es más fácil de alcanzar. En cambio, si las contrataciones varían en cuanto al valor y son oportunidades de abastecimiento de mayor valor y menos frecuentes incrementan los incentivos a competir de los oferentes.

- Considere agregar o desagregar contratos para así modificar el tamaño y la oportunidad de las licitaciones.

- Evite presentar contratos de valores idénticos que pueden ser fácilmente compartidos entre competidores.

4. NO FAVOREZCA LA COMUNICACIÓN ENTRE LOS OFERENTES


Al realizar el proceso de contratación, los funcionarios de las áreas de proveeduría deben poner atención a varios factores que pueden facilitar la colusión. Las exigencias de transparencia son indispensables para un proceso de contratación eficiente y para ayudar en el combate contra la corrupción. El cumplimiento de dichas exigencias debe ser balanceado para así no difundir información más allá de los requerimientos legales y facilitar con ello la colusión. Es importante considerar los siguientes principios:

- Invite a los proveedores interesados a dialogar con el organismo comprador sobre las especificaciones técnicas y administrativas de la contratación. Sin embargo, evite hacer concurrir en conjunto a los potenciales proveedores sosteniendo reuniones regularmente programadas, previas a la licitación.
- Restrinja en lo posible las comunicaciones entre oferentes durante el proceso de licitación, por ejemplo, evitando visitas conjuntas a lugares o el presentar las ofertas en persona.

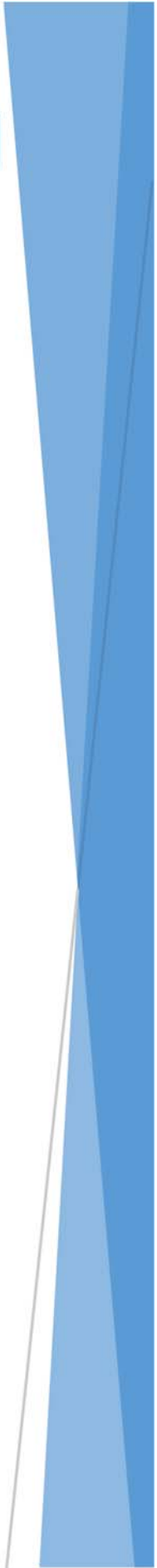
¿QUÉ CRITERIOS SE DEBEN CONSIDERAR AL EVALUAR LAS OFERTAS?

Todo criterio de selección afecta la intensidad y la efectividad de la competencia en el proceso de contratación. La decisión sobre qué criterios de selección utilizar incide no sólo en el proceso actual, también es útil para mantener un conjunto de oferentes potenciales con un interés continuo en participar en futuros procesos. De allí la importancia de seleccionar criterios totalmente apegados al objetivo de la contratación, que no puedan prestarse a desincentivar la participación de las empresas, ante la certeza de que el concurso está hecho para adjudicárselo a una empresa ya definida.

- Tenga en cuenta el impacto que su elección de criterio podrá tener en la competencia a futuro.
- Siempre que las ofertas sean evaluadas en base a criterios distintos al precio (por ej., calidad de los productos, servicios de post-venta, etc.) tales criterios deben ser descritos y ponderados adecuadamente. Utilizados adecuadamente, tales criterios pueden premiar la innovación y las medidas de reducción de costos y, al mismo tiempo, promover precios competitivos.
- Evite cualquier tratamiento preferente para determinada clase o tipo de proveedores.
- Evite repartir o dividir los contratos entre proveedores con idénticas ofertas. Investigue las razones que hay detrás de las ofertas idénticas.
- Realice indagaciones si los precios o las ofertas carecen de sentido, pero jamás discuta estas cuestiones con todos los oferentes reunidos.
- Resérvese el derecho de no adjudicar el contrato para el caso en que se sospeche que el resultado de la licitación no es competitivo.



PREVENGA Y
DETECTE
LICITACIONES
COLUSORIAS



¿QUÉ ES UNA LICITACIÓN COLUSORIA Y CÓMO DETECTARLA?

Una licitación colusoria se produce cuando empresas competidoras entre sí se ponen de acuerdo para concertar o coordinar las ofertas o la abstención en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas. Así, empresas que habrían competido sin compartir información entre sí, se ponen de acuerdo para elevar los precios o disminuir la calidad de los productos o servicios a ser proveídos. Alcanzar precios menores y/o mejores productos resulta deseable ya que permitirá el ahorro de recursos o su liberación para ser usados en la adquisición de otros bienes o servicios. El proceso competitivo permite lograr precios menores o mejoras en la calidad.

Las licitaciones colusorias son conductas prohibidas y sancionadas por la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor N° 7472, artículo 11, inciso d), ya que impiden el uso efectivo del medio elegido (concurso, subasta o licitación) para seleccionar aquella que más convenga a la satisfacción del interés público. En caso de comprobarse la conducta las empresas que participaron en el acuerdo pueden ser sancionadas con una multa hasta por 200 millones de colones y, en casos de reincidencia o especial gravedad, pueden ser sancionadas hasta con el 10 % de las ventas.

Los acuerdos entre oferentes en licitaciones puede ejecutarse de diversas formas; todas ellas obstaculizan o menoscaban los esfuerzos de los compradores de obtener productos y servicios al menor precio posible o de la mejor calidad. El objetivo común de un acuerdo colusorio entre los oferentes de una licitación es elevar el monto de la oferta ganadora, incrementando consecuentemente la ganancia ilegítima que será luego distribuida entre los oferentes que participaron en el acuerdo.

FORMAS COMUNES DE LICITACIONES COLUSORIAS

Las empresas o las personas pueden acordar implementar diversos esquemas de acuerdos colusorios, no obstante, generalmente desarrollan una o más estrategias comúnmente conocidas. Estrategias que no son excluyentes entre sí.

1. OFERTAS ENCUBIERTAS.

También conocidas como ofertas de cortesía, simbólicas, simuladas o complementarias, constituyen la forma más frecuente en que los acuerdos colusorios entre oferentes son llevados a cabo. Se presenta cuando individuos o empresas han acordado presentar ofertas que contienen alguna de las siguientes características: (1) un competidor acuerda presentar una oferta más elevada que la del ganador previamente determinado por el acuerdo, (2) un competidor presenta una oferta que es conocida y manifiestamente demasiado elevada para ser aceptada, o (3) un competidor presenta una oferta que contiene entre sus condiciones generales términos conocida y claramente inaceptables para el comprador. Los integrantes del acuerdo colusorio siguen este esquema para dar la apariencia de una competencia genuina.

2. SUPRESIÓN O RETIRO DE OFERTAS.

Se relaciona con acuerdos entre los competidores en el sentido de que una o más empresas consienten en no presentar ofertas, o bien en retirar la oferta previamente presentada o retirarse del concurso, con la finalidad de que el ganador previamente designado sea el escogido por la Administración. En esencia, en esta figura la empresa no presenta una oferta o desistió de su participación en la evaluación final realizada por el adquirente.

3. ROTACIÓN DEL GANADOR.

En los esquemas de rotación del ganador, las empresas del pacto presentan ofertas pero han previamente acordado ir rotando el adjudicatario o ganador (es decir, la mejor propuesta). Son varias las maneras en que los acuerdos de rotación del ganador son implementados. Por ejemplo, los miembros del acuerdo pueden decidir asignar contratos por montos aproximadamente iguales a cada firma o bien asignar volúmenes de negocio que correspondan al tamaño de cada empresa.

4. ACUERDOS DE REPARTO DE MERCADOS O DE CLIENTES.

Los competidores se reparten el mercado y acuerdan no competir por determinados clientes o en determinadas áreas geográficas. Empresas competidoras pueden, por ejemplo, repartirse clientes determinados o tipos de clientes entre diferentes empresas y así, empresas competidoras no presentarán ofertas (o sólo presentarán posturas simbólicas) respecto de aquellos contratos licitados por determinada clase de clientes potenciales que ha sido asignada a otra empresa en específico. Como contrapartida, dicho competidor no presentará una oferta competitiva respecto de un grupo determinado de clientes asignado a otras empresas del pacto.

Es importante considerar que los esquemas colusorios suelen incluir mecanismos de asignación y distribución del excedente ilegítimo que se obtiene como resultado del precio más elevado que se ha conseguido gracias al acuerdo colusorio. Por ejemplo, los competidores que consintieron en no presentar ofertas o bien en presentar ofertas destinadas al fracaso pueden ser beneficiarios de subcontratos de productos o servicios por parte del oferente adjudicatario, o bien pueden incluir pagos en dinero por parte del adjudicatario designado a uno o más de los miembros del pacto.

CARACTERÍSTICAS DE LA INDUSTRIA O EL PRODUCTO QUE FAVORECEN LAS LICITACIONES COLUSORIAS

Los acuerdos entre oferentes en licitaciones pueden ocurrir en cualquier sector económico, sin embargo son más probables dadas ciertas características de la industria o del producto en cuestión. A continuación se enumeran algunas características que facilitan los acuerdos, aunque debe destacarse que no necesariamente deben estar todas presentes para que las empresas manipulen las licitaciones con éxito.

PEQUEÑO NÚMERO DE EMPRESAS

La colusión entre oferentes en licitaciones será más probable cuando un pequeño número de empresas proveen el bien o servicio. Mientras más pequeño el número de empresas vendedoras, más fácil será para ellas juntarse y llegar a acuerdos sobre cómo manipular la licitación.

ESCASA O NULA ENTRADA

Cuando en el tiempo reciente no ha existido y es poco probable que exista nueva entrada de empresas al mercado, por ser costosa, dificultosa o lenta, las empresas que ya están en ese mercado se encuentran protegidas de las presiones competitivas de potenciales nuevos entrantes.

CONDICIONES DE MERCADO ESTABLE

Cambios importantes en las condiciones de demanda u oferta tienden a desestabilizar los acuerdos colusorios. En cambio, un flujo constante y predecible de demanda tiende a incrementar los riesgos de colusión.

ASOCIACIONES INDUSTRIALES

Si bien las asociaciones industriales tienen fines legítimos y en general procuran el desarrollo de mecanismos pro-competitivos para sus miembros, en ocasiones pueden ser utilizadas para que los ejecutivos de las empresas se junten y oculten sus discusiones sobre las formas en que un acuerdo colusorio podría ser implementado.

LICITACIONES REPETIDAS

Las compras repetidas incrementan las posibilidades de colusión, ya que ayudan a las empresas a asignarse los contratos entre ellos. Por ello, los contratos por bienes o servicios que son regulares y periódicos pueden requerir herramientas especiales y supervisión para desincentivar la colusión entre oferentes.

PRODUCTOS O SERVICIOS IDÉNTICOS O SIMPLES

Cuando los productos o servicios que las empresas venden son idénticos o muy similares, es más fácil para éstas alcanzar un acuerdo sobre una estructura común de precios.

POCOS SUSTITUTOS, SI ES QUE LOS HAY

Las compañías que desean manipular la licitación se sienten más seguras cuando son pocos los productos o servicios alternativos que pueden reemplazar a aquel que se está adquiriendo. De esta forma es más probable que sus esfuerzos por elevar los precios prosperen ya que la institución cuenta con pocas o ninguna otra opción.

¿CÓMO DETECTAR POSIBLES LICITACIONES COLUSORIAS?

Los acuerdos colusorios en licitaciones pueden resultar muy difíciles de detectar toda vez que son típicamente negociados en secreto. Adicionalmente, la implementación de contratación pública por medios electrónicos, si bien resulta una herramienta muy útil para la mejora de las adquisiciones, también cambia la forma de detección de esta conducta ilegal y puede dificultarla un poco más. En el pasado constituían indicios de la conducta tachones realizados a última hora, sobre todo en los precios, o bien, formatos idénticos que se pasaban de una empresa a otra sólo variando las condiciones esenciales de la contratación, para que se escogiera a la ya determinada por el grupo de oferentes. Otro indicio de este tipo de conductas era cuando todas las ofertas eran entregadas por una misma persona, o provenían de un mismo fax.

No obstante, existen diversos indicadores que proporcionan información que puede ayudar a las Administraciones Públicas a decidir cuándo deben proceder a realizar una investigación detallada. Es importante destacar que estos indicadores son muy útiles ya que pueden proporcionar indicios de una conducta sancionable, sin embargo, por sí solos no deben ser tomados como una condición necesaria ni suficiente para demostrar la existencia de una licitación colusoria.

En la interpretación de estos indicadores debe tenerse en cuenta que, en general, su fiabilidad y capacidad para revelar la existencia de licitaciones colusorias es mayor si su análisis se realiza de forma sistemática, comparando los resultados y las prácticas observadas a lo largo del tiempo o en licitaciones similares. Así, el esfuerzo dirigido a la detección de patrones de conductas sospechosas mantenidos durante determinados periodos de tiempo es más útil que los intentos de identificación de problemas en una única operación específica.

Usted puede ayudar a prevenir o detectar la colusión en las licitaciones públicas usando esta simple guía de análisis de cuatro partes:

1. MERCADO. ¿Quiénes forman parte del mercado del bien o servicio que se licita?

Averigüe cuántos proveedores pueden competir por ofrecer el bien o servicio que se contrata. La licitación puede ser el objetivo de una colusión si:

- ✓ Existen pocos proveedores que ofrecen los bienes o servicios en el mercado.
- ✓ Un pequeño grupo de importantes vendedores controla un gran segmento de mercado.
- ✓ Los bienes o servicios solicitados son homogéneos entre los distintos oferentes, de manera que el precio es un factor determinante en la elección.
- ✓ Existen oportunidades de comunicación entre los competidores, como en reuniones de asociaciones.

2. OFERTAS. ¿Existen similitudes entre las ofertas de los proveedores?

Examine detenidamente las ofertas presentadas y busque semejanzas. La licitación puede ser el objetivo de una colusión si:

- ✓ Dos o más ofertas contienen errores similares: de escritura, tipográfico o de cálculo.
- ✓ Dos o más ofertas son enviadas desde el mismo de correo electrónico.
- ✓ Dos o más ofertas electrónicas muestran que fueron creadas o editadas por un solo vendedor.
- ✓ Dos o más ofertas son idénticas en aspectos tales como precio.
- ✓ Uso por parte de varios oferentes de terminología similar al explicar, por ejemplo, aumentos de precios.
- ✓ Ofertas de diferentes empresas contienen un número considerable de estimaciones idénticas sobre los costos de algunas partidas

3. PATRONES. ¿Tienen los competidores patrones de comportamiento establecidos?

Revise los resultados de las licitaciones previos para el mismo producto o servicio e identifique patrones de comportamiento en el tiempo. La licitación puede ser el objetivo de una colusión si:

- ✓ Las compañías rotan el ganador por cada licitación.
- ✓ La compañía gana por los mismos o similares montos que sus competidores en otros concursos.
- ✓ El ganador siempre es el mismo, a pesar de que existen competidores.
- ✓ El ganador subcontrata a las compañías perdedoras, las que se rehusaron a ofertar o retiraron su oferta.
- ✓ Algunas empresas se presentan siempre a pesar de que nunca resultan ganadoras.
- ✓ Hay empresas que sólo tienen ofertas ganadoras en determinadas áreas geográficas o entidades compradoras, aunque se presentan en varias.
- ✓ Sólo uno de los oferentes contacta a los mayoristas para obtener información de precios antes de las presentaciones de ofertas a la licitación.
- ✓ Cambios significativos de los niveles de precio tradicionales ante la entrada de un nuevo oferente o ante la reaparición de un proponente poco frecuente, por ej., un nuevo proveedor puede haber desestabilizado un acuerdo colusorio existente.
- ✓ Los precios idénticos pueden suscitar sospechas especialmente cuando se da alguna de las siguientes circunstancias:
 - Los precios de los proveedores se habían mantenido sin variación por largo tiempo;
 - Anteriormente, los precios de los proveedores eran diferentes entre sí;
 - Los proveedores elevaron el precio, lo que no se justifica por aumento de costos, o
 - Los proveedores eliminaron los descuentos, especialmente en un mercado donde tradicionalmente existían.

4. COMPORTAMIENTO SOSPECHOSO. ¿Tienen los oferentes comportamientos que sugieran que trabajan juntos en una licitación?

Esté atento a comportamientos sospechosos que indiquen que los competidores trabajan juntos. La licitación puede ser el objetivo de una colusión si:

- ✓ Un oferente presenta una oferta pero no posee la capacidad para cumplir lo solicitado.
- ✓ Un oferente presenta múltiples propuestas en persona.
- ✓ Un oferente hace afirmaciones sobre la posibilidad de ganar, dado que sabe el precio de sus competidores.
- ✓ Los posibles oferentes presentan una oferta en consorcio cuando cada uno, de manera independiente, cumple los requisitos del cartel y puede brindar el bien o servicio.
- ✓ Referencias verbales o escritas que hagan los proveedores a acuerdos entre oferentes.
- ✓ Declaraciones de los proveedores justificando sus precios como “precios sugeridos por la industria”, “precios estándar del mercado” o “nómina de precios de la industria”.
- ✓ Declaraciones que indiquen que ciertas empresas no venden en un área particular o a determinados clientes.
- ✓ Declaraciones que indiquen que un área o cliente “pertenece” a otro proveedor.

Los indicadores ya descritos sobre un posible acuerdo en una licitación, no necesariamente demuestran que las empresas están involucradas en licitaciones colusorias. Por ello, cuando se detecten patrones en las ofertas y en los precios, o bien, cuando los funcionarios de proveeduría escuchen extrañas declaraciones u observen comportamientos peculiares, se hace necesaria una investigación para determinar si el acuerdo colusorio se está o no produciendo. Como ya se indicó, un patrón constante de conductas sospechosas a través de un período considerable es con frecuencia un mejor indicador de una posible colusión que la evidencia obtenida de una sola licitación. Conserve un adecuado registro de toda la información, de tal manera de poder identificar un patrón de conducta a través del tiempo.

¿QUÉ HACER SI TIENE INDICIOS DE QUE UNA LICITACIÓN PODRÍA SER COLUSORIA?

Si usted sospecha que un acuerdo colusorio puede estarse produciendo, hay varios pasos que usted debe seguir a fin de contribuir a descubrir este ilícito y conseguir ponerle fin.

1. Desarrolle una comprensión general sobre las normas legales vinculadas a la colusión entre oferentes en licitaciones en su jurisdicción.
2. No discuta sus inquietudes con las empresas sospechosas.
3. Guarde en lugar seguro todos los documentos, incluidos los de las ofertas y demás documentación de la licitación, correspondencia, sobres, registros de comunicaciones, etc.
4. Guarde un registro detallado de todas aquellas conductas y declaraciones sospechosas, indicando las fechas en que ellas se produjeron, quienes aparecen involucradas en ellas y quién más presencié la conducta o declaración, indicando con precisión qué fue lo ocurrido o lo que se dijo. Estos registros o notas deben hacerse en el momento mismo en que ocurre el evento o inmediatamente después mientras permanece fresco en la memoria del funcionario para así proveer una descripción adecuada de lo ocurrido.
5. Contacte a la Unidad Técnica de Apoyo a la Comisión para Promover la Competencia mediante el correo coprocom@meic.go.cr, o bien, directamente.
6. Luego de asesorarse con su equipo jurídico, decida frente a estos antecedentes, si seguir o no adelante con la licitación.

¿CÓMO PRESENTAR UNA DENUNCIA POR LICITACIÓN COLUSORIA ANTE LA COPROCOM?

La Comisión para Promover la Competencia, puede actuar de oficio o por denuncia en la investigación de conductas anticompetitivas, tales como las licitaciones colusorias.

Si se desea presentar una denuncia, ésta debe contener conforme lo establece el artículo 27 del Reglamento a la Ley N° 7472, y la Ley General de la Administración Pública, artículos 284 a 295, lo siguiente:

- ✓ Hacerse por escrito y en idioma español.
- ✓ Incluir nombre y apellidos del denunciante, residencia y lugar para notificaciones
- ✓ Estar firmada por el interesado u otra persona a su ruego.
- ✓ Contener una descripción de los hechos denunciados, que incluya los nombres o razones sociales de las empresas implicadas en tales hechos.
- ✓ Aportar toda la prueba disponible o, si no la tuviera, indicar donde se encuentra.

La denuncia puede ser presentada por medio de telegrama, carta certificada o entregada en las oficinas de la Unidad Técnica de Apoyo a la Comisión para Promover la Competencia, ubicada en el Edificio del Ministerio de Economía, Industria y Comercios, situado a 400 metros oeste y 50 sur de la Contraloría General de la República, Sabana Sur, San José. El horario de atención es de 8.00 am a 4:00 pm.

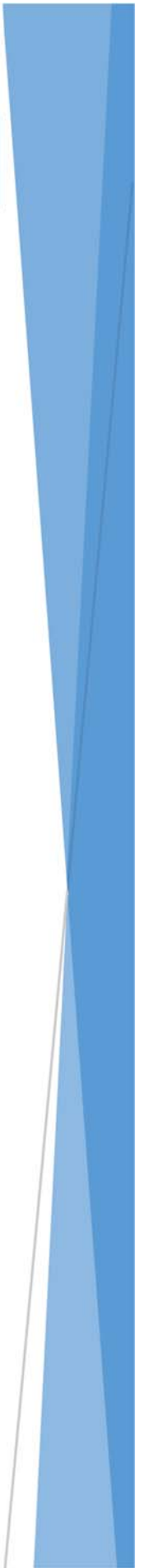
CASOS SANCIONADOS

La COPROCOM ha sancionado a un total de 12 empresas y 5 personas físicas por incurrir en licitaciones colusorias. Las multas impuestas en total casi alcanzan los 900 millones de colones. Estos acuerdos que han perjudicado a diversas instituciones se han realizado en relación con:

- 1) **Productos de papel:** Varias empresas distribuidoras de una misma marca de productos de papel para la higiene, participaban en los mismos concursos ofreciendo precios idénticos. En ocasiones, la contratación se dividía entre los participantes, por lo que tenían incentivos en tener precios iguales.
- 2) **Sistemas de telecomunicaciones:** Todos los posibles oferentes de un servicio acordaron no participar en un concurso hasta tanto las condiciones no se variaran. Es criterio de esta Comisión que si a una empresa no le interesan las condiciones simplemente no concursa, no es necesario el acuerdo con otras empresas a menos que se desee disciplinar al contratante.
- 3) **Administración del redondel de toros para los festejos populares.** Varias empresas y personas físicas participaron en la subasta de la administración del redondel de toros para los festejos populares 2012-2013 y 2013-2014. A pesar de adquirir el derecho a participar por 20 millones de colones, el servicio fue adjudicado por el precio base, no hubo ninguna puja y las empresas informaron a la prensa que habían hecho un acuerdo para “beneficio de los consumidores”



TRATAMIENTO DE LOS PRECIOS EXCESIVOS



El RLCA establece que pueden existir precios que resulten inaceptables y que permitan la exclusión de la oferta que los contenga. Al respecto el artículo 30 de dicha norma establece:

“Artículo 30.-Precio inaceptable. *Se estimarán inaceptables y en consecuencia motivo de exclusión de la oferta que los contenga, los siguientes precios:*

- a) **Ruinoso o no remunerativo para el oferente**, *que dé lugar a presumir el incumplimiento por parte de éste de las obligaciones financieras por insuficiencia de la retribución establecida. La Administración deberá indagar con el oferente si con el precio cobrado será capaz de cumplir con los términos del contrato. (...).*
- b) **Precio excesivo** *es aquel que comparándose con los precios normales de mercado los excede o bien que supera una razonable utilidad. Igualmente, la Administración, indagará con el oferente cuáles motivos subyacen para ese tipo de cotización, antes de adoptar cualquier decisión.*
- c) **Precio que excede la disponibilidad presupuestaria**, *en los casos en que la Administración no tenga medios para el financiamiento oportuno; o el oferente no acepte ajustar su precio al límite presupuestario, manteniendo las condiciones y calidad de lo ofrecido. En este último caso, la oferta se comparará con el precio original.*
- d) **Precio producto de una práctica colusoria o de comercio desleal.**

La Administración deberá acreditar en el estudio de ofertas, mediante un estudio técnico, las razones con base en las cuales concluye que el precio es inaceptable, y de ser pertinente informar por escrito al Ministerio de Economía, Industria y Comercio.”

La norma no es clara en las circunstancias en que es pertinente informar al Ministerio de Economía, Industria y Comercio (MEIC), por lo que es importante conocer aquellas situaciones en las que el MEIC o alguno de sus órganos tiene competencia para investigarlas y facultades para hacer algo al respecto.

PRECIO RUINOSO

Un precio ruinoso o no remunerativo para el oferente, podría obedecer a muy diversas circunstancias. Desde que la empresa no comprendió adecuadamente el bien o servicio que se está contratando y sus alcances, hasta que se trata de una nueva empresa que por tener un bien o servicio innovador o nuevo en el mercado puede efectivamente ofrecer precios más bajos a los que tradicionalmente ha adquirido la Administración. También podría tratarse de una empresa que rompió el acuerdo colusorio que tenía con sus competidores y desea quedarse con el contrato ofreciendo precios más bajos. Por ello es importante indagar con el oferente si con el precio cobrado será capaz de cumplir con los términos del contrato.

Una razón que podría también explicar un precio ruinoso, es que obedezca a una práctica que se conoce como depredación de precios. En esta conducta una empresa establece el precio de su producto por debajo de su costo por un periodo lo suficientemente largo como para sacar a los competidores del mercado. El propósito de tal estrategia sería cobrar precios monopólicos en el futuro, y así recuperar las pérdidas incurridas en el período de depredación.

Intuitivamente, la fijación de un precio bajo no es anticompetitiva, ya que se supone que el propio proceso competitivo resulta en precios bajos. Es decir, cuando una empresa fija un precio bajo para ganarle mercado a un competidor, esto generalmente se puede tomar como indicio de que existe una competencia sana en el mercado. Dado lo antes indicado, la depredación de precios es poco frecuente en el mercado por cuanto a) es demasiado costosa, b) no es seguro su éxito para desplazar a los competidores del mercado y c) difícilmente el depredador puede recuperar las pérdidas. Es decir, en términos económicos es irracional que una empresa realice esta práctica, a menos que pueda recuperar las pérdidas en que ha incurrido.

Sin embargo, desde el punto de vista de las compras públicas, aunque es relativamente poco probable, podría ocurrir en aquellos casos en que el bien o servicio sólo sea adquirido por una o muy pocas instituciones del Estado y ningún ente privado. Así, puede darse el caso de que una empresa está a dispuesta a incurrir en pérdidas con tal de llevar a la quiebra a sus rivales, al adjudicarse todas las contrataciones y dejar sin contrataciones a sus rivales. Sin embargo, se debe tener presente que si se trata de un mercado en el que no hay barreras de entrada, al subir sus precios podrían ingresar nuevas empresas o las mismas del pasado a competir, lo que no les permitiría recuperar las pérdidas.

De tal forma que sólo en el caso de que los precios ruinosos parezcan estar justificados en una supuesta conducta de depredación de precios, sería pertinente la remisión del caso al Ministerio de Economía, Industria y Comercio.

PRECIO QUE EXCEDE LA DISPONIBILIDAD PRESUPUESTARIA

Por ser una circunstancia particular de la institución solicitante, (cálculos erróneos o ausencia de investigación de mercado de previo a la confección del cartel) no tienen que ser informadas al MEIC ya que no corresponde a alguna conducta que en general deba ser investigada.

PRECIO COLUSORIO O PRODUCTO DE UNA PRÁCTICA COLUSORIA

Como ya se explicó a lo largo de esta guía, lo dispuesto en el inciso d) en relación con los precios producto de una práctica colusoria, sí es materia que compete a la Comisión para Promover la Competencia, órgano de máxima desconcentración del MEIC, por lo que en ese caso resulta pertinente informar por escrito a esta entidad.

PRECIO EXCESIVO

Se puede definir como un *“precio claramente superior al que tendría lugar en una situación de competencia, que es consecuencia de la existencia de un monopolio o del ejercicio de un cierto poder de mercado. Sin embargo, en ausencia de asociación fraudulenta o de acuerdo de precios, o sin que sea evidente un poder de mercado derivado de una elevada concentración, es extremadamente difícil establecer que un precio debe ser considerado como abusivo, ya que presenta grandes dificultades toda comparación de precios o de beneficios entre diferentes productos, empresas, mercados y países, por el gran número de problemas jurídicos y económicos”*.

Un precio excesivo puede obedecer a muchas razones, algunas justificadas, tales como un aumento de la materia prima, escasez del producto, entre otras. Sin embargo también pueden ser el resultado de un acuerdo colusorio entre las empresas para repartirse las contrataciones, y sin competencia, imponer los precios mucho más altos que si hubieran competido. O bien puede evidenciar la existencia de fallas de mercado que le otorgan poder de mercado a alguna empresa

Cabe destacar que las únicas fijaciones de precios que se mantienen en el país en la actualidad son las del arroz en todas sus variedades, y las de los servicios públicos que fija la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos, por lo que existiendo libertad de precios, un precio muy alto, no es por sí mismo sancionable. **El MEIC, ni ninguna otra institución pública, tienen potestades para sancionar a una empresa por establecer precios arbitrariamente altos.** No obstante, tal como lo establece la norma es importante conocer los motivos que subyacen tras ese precio excesivo, ya que podrían tomarse acciones de política (reducción de aranceles, revisión de reglamentos técnicos, u otras) para evitar que los consumidores deban enfrentar ese abuso.

Si bien pueden existir razones de mercado que expliquen ese precio más alto, tales como aumentos recientes e importantes en la materia prima, escasez internacional, entre otros, desde el punto de vista de competencia, resulta importante investigar si ese precio responde a alguna de las siguientes situaciones:

1. Existencia de un monopolio¹¹.

Un monopolio es una situación de mercado en la que una sola empresa ofrece un bien o servicio que no tiene sustitutos cercanos. Un monopolio siempre va a tener precios más altos y a ofrecer menores cantidades al mercado, en comparación con un mercado en competencia, porque con ello obtiene mayores utilidades.

Desde el punto de vista de las compras públicas, adquirir productos de un monopolio es una situación poco deseable, ya que se depende de un único proveedor que sabe que su producto es necesario y puede establecer precios más altos.

Lo recomendable es analizar si otro producto o servicio puede llegar a ser un sustituto adecuado, con el fin de que puedan ofertar otras empresas, o bien analizar la posibilidad, de que se pueda abrir el concurso a la competencia internacional.

Cabe señalar que un monopolio no puede ser sancionado sólo por esta característica, sin embargo el Poder Ejecutivo debe analizar la conveniencia de adoptar medidas tales como la reducción de aranceles, o la revisión y eliminación de barreras legales a fin de permitir la entrada de nuevas empresas o de productos extranjeros.

Si ninguna de estas medidas permitiera la entrada de competidores, el artículo 5 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, N°7472, establece que en situaciones de monopolio la Administración Pública está en la obligación de fijar los precios.

2. Existencia de barreras de entrada

En ocasiones, la Administración Pública o las mismas instituciones establecen normas o condiciones, tales como reglamentos técnicos, demostraciones de bioequivalencia, cumplimiento de certificaciones u otros que impiden o dificultan la participación de otras empresas en un concurso, que en ocasiones están plenamente justificados, sin embargo en otros casos, pueden tener el objeto o el efecto de que una sola empresa los satisfaga, y conectora de que no tiene competencia, establece precios mucho más altos en la oferta.

Si este es el caso, es recomendable hacer una revisión de los factores que llevan a que solo una o unas pocas empresas puedan ser oferentes, y **determinar si efectivamente están justificados para la satisfacción del interés público**. Es importante mencionar que muchas veces las mismas empresas promueven que se dicte una normativa que tiene como fin el restringir la competencia, ya que con ello eliminarán la presión competitiva.

De allí la relevancia de analizar si esa barrera se justifica o más bien viene a favorecer a unas pocas empresas. Si tales requisitos no están plenamente justificados o son más dañinos para el interés público que el beneficio que provocan, debería buscarse la forma de eliminar tales restricciones a fin de promover la competencia y la eficiencia en las compras públicas.

¹¹ Lo desarrollado en este punto se refiere a monopolios privados.

3. Existencia de acuerdos entre empresas

Otra posibilidad que permite explicar los precios excesivos es la existencia de licitaciones colusorias. Como antes se comentó, el objetivo común de un acuerdo colusorio entre los oferentes de una licitación es elevar el monto de la oferta ganadora, incrementando consecuentemente el provecho ilegítimo que será luego distribuido entre los oferentes que participaron en el acuerdo.

Así las cosas, luego de investigar las razones que según la empresa llevaron a un precio excesivo y luego de revisar la posibilidad de que alguna de las circunstancias antes descritas puedan a su vez explicar dicho precio, resulta pertinente remitir por escrito la situación al MEIC, en los casos en que se presente:

- una situación de monopolio, para que se determine si puede tomarse alguna acción de política pública o bien se requiere la fijación de precios,
- un reglamento técnico emitido por dicho ente para que sea revisado y si es el caso se eliminen las normas restrictivas de la competencia,
- o bien, si existen indicios de una licitación colusoria para que este lo traslade a la Comisión para Promover la Competencia para la que se investigue y si es el caso, se sancione.

¿QUÉ ES COMPETENCIA DESLEAL, QUIÉN LA INVESTIGA Y SANCIONA?

Según lo establece el artículo 17 de la Ley N°7472, por competencia desleal se entienden aquellos actos entre los agentes económicos contrarios a las normas de corrección y buenos usos mercantiles, generalmente aceptados en el sistema de mercado, que causen un daño efectivo o amenaza de daño comprobados.

Esos actos son prohibidos cuando:

- a) Generen confusión, por cualquier medio, respecto del establecimiento comercial, los productos o la actividad económica de uno o varios competidores.
- b) Se realicen aseveraciones falsas para desacreditar el establecimiento comercial, los productos, la actividad o la identidad de un competidor.
- c) Se utilicen medios que inciten a suponer la existencia de premios o galardones concedidos al bien o servicio, pero con base en alguna información falsa o que para promover la venta generen expectativas exageradas en comparación con lo exiguo del beneficio.
- d) Se acuda al uso, la imitación, la reproducción, la sustitución o la enajenación indebidos de marcas, nombres comerciales, denominaciones de origen, expresiones de propaganda, inscripciones, envolturas, etiquetas, envases o cualquier otro medio de identificación, correspondiente a bienes o servicios propiedad de terceros.

También son prohibidos cualesquiera otros actos o comportamientos de competencia desleal, de naturaleza análoga a los mencionados, que distorsionen la transparencia del mercado en perjuicio del consumidor o los competidores.

De conformidad con el artículo antes citado *“Los agentes económicos que se consideren afectados por las conductas aludidas en este artículo, para hacer valer sus derechos **sólo pueden acudir a la vía judicial,** por medio del procedimiento sumario establecido en los artículos 432 y siguientes del Código Procesal Civil.”*

Si bien es poco probable que los funcionarios de las proveedurías institucionales detecten actos de competencia desleal, no es un caso que corresponda informar al MEIC por cuanto no tendría competencia para analizarlo. Se trata de un problema entre empresas que debe ser llevado a los tribunales de justicia por aquella que se sienta lesionada por la conducta del otro.

ANEXO 1.

DECLARACIÓN JURADA DE DETERMINACIÓN INDEPENDIENTE DE OFERTA

CERTIFICADO DE DETERMINACIÓN INDEPENDIENTE DE OFERTA¹²

El abajo firmante, al entregar la oferta que acompaña este documento a:

(Nombre del funcionario que recibe la propuesta)

para:

(Nombre y número del proyecto de compra)

en respuesta a la solicitud de propuestas realizada por:

(Nombre de la Unidad Convocante)

Hago las siguientes declaraciones y certifico su autenticidad, a nombre de:

(Nombre de la empresa que presenta la propuesta [denominado "proveedor"])

1. He leído y entendido el contenido de este certificado;
2. Acepto que en caso de que lo afirmado en este Certificado sea encontrado falso se descalificará mi propuesta;
3. Estoy autorizado para firmar este Certificado, y a presentar la propuesta que lo acompaña, en representación del proveedor
4. Cada persona cuya firma aparece en la propuesta que acompaña este Certificado ha sido autorizada por el proveedor para determinar los términos y firmar la propuesta, en nombre del proveedor;
5. Para los propósitos de este Certificado y la propuesta que lo acompaña, declaro entender que el término "competidor" incluye a cualquier organismo o individuo -diferente al proveedor-, independientemente de si está afiliado con el proveedor, a aquel que:
 - (a) le haya sido solicitado presentar una propuesta en respuesta a esta licitación;
 - (b) potencialmente podría presentar una propuesta en respuesta a esta licitación basándose en sus cualidades, habilidades o experiencia;
6. Para presentar la propuesta... *(marcar una de las siguientes afirmaciones, según aplique):*

¹² Documento tomado de la propuesta de Ley Modelo de Adquisiciones, Arrendamiento de Bienes Muebles y Prestación de Servicios Estatales de México, que a su vez se basó en el certificado utilizado por el Gobierno de Canadá

(a) el proveedor la ha determinado de manera independiente, y sin consultar, comunicar, acordar con ningún otro competidor;

(b) el proveedor ha hecho consultas, comunicados o acuerdos con uno o más competidores en relación a esta licitación y presenta en los documentos que adjunta detalles completos, incluyendo los nombres de los competidores y la naturaleza y las razones para tales consultas, comunicaciones y acuerdos;

7. En particular, sin limitar la generalidad de los párrafos (6)(a) ó (6)(b), no han existido consultas, comunicación o acuerdos con ninguno de los competidores en relación a:

(a) precios;

(b) métodos, factores o fórmulas usadas para calcular precios;

(c) la intención o decisión de presentar o no presentar, una propuesta o,

(d) la entrega de una propuesta que no cumpla con las especificaciones estipuladas en las bases y la convocatoria;

Exceptuando lo ya señalado en el párrafo (6)(b);

8. Adicionalmente no ha existido consulta, comunicación o acuerdo con ningún competidor en relación a la cantidad, calidad, especificaciones de bienes o servicios con los cuales se relaciona esta licitación, exceptuando aquellas que han sido autorizadas por la autoridades competentes o especificadas en el párrafo (6)(b) ;

9. Los términos establecidos para la propuesta que acompaña a este Certificado no han sido, ni serán, reveladas de manera consciente por el proveedor, directa o indirectamente, a ningún competidor, previamente a la fecha y hora señaladas para la apertura y entrega de propuestas, o al fallo del contrato –lo que ocurra primero-, salvo que la ley lo requiera o se haya realizado de acuerdo a lo establecido en el párrafo (6)(b).

10. Manifiesto que conozco las conductas en las que pueden incurrir los participantes en los procesos de adquisiciones, arrendamientos y servicios, las cuales se encuentran previstas y sancionadas por los artículos 11 y 28 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, N°7472.

(Nombre y firma de la persona autorizada por el proveedor)

(Cargo)

(Fecha)

ANEXO 2.

PROPUESTA DE ADVERTENCIA SOBRE LICITACIONES COLUSORIAS

PROPUESTA DE TEXTO A INCLUIR EN EL PLIEGO DE CONDICIONES

En Costa Rica los acuerdos entre empresas para repartirse las licitaciones o bien para coordinar la participación o la abstención en éstas, se encuentran prohibidos por el artículo 11, inciso d) de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, N^a7472. El párrafo final de dicho artículo establece que estas conductas son nulas de pleno derecho.

De acuerdo con el artículo 28 de la norma citada, estas infracciones pueden ser sancionadas con una multa hasta por 680 salarios mínimos mensuales, lo que equivale a 200 millones de colones. En casos de reincidencia o especial gravedad estas conductas la multa podría alcanzar el 10% de las ventas de cada empresa implicada en el acuerdo.

Asimismo el mencionado artículo 28 establece que estas conductas no serían únicamente imputables a la empresa que directamente la ejecute sino también a las personas que participan en el acuerdo en representación de personas jurídicas o entidades de hecho o por cuenta y orden de ellas. Las personas que se demuestre que participaron en estos acuerdos pueden ser sancionadas con una multa hasta por 75 salarios mínimos mensuales lo que equivale a 22 millones de colones.

BIBLIOGRAFÍA

1. Comisión para Promover la Competencia. Voto N° 04-12 del 24 de enero de 2012.
2. Comisión para Promover la Competencia. Voto N° 13-12 del 12 de junio de 2012
3. Comisión para Promover la Competencia. Artículo Cuarto, Sesión Ordinaria N° 17-2012 del 22 de mayo de 2012.
4. Comisión para Promover la Competencia. Voto 08-14 del 20 de mayo de 2014
5. Comisión para Promover la Competencia. Voto 09-15 del 10 de marzo de 2015
6. Detecte licitaciones colusorias. Comisión para Promover la Competencia. Costa Rica. 2012.
7. Guía OCDE para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones de Abastecimiento Público. Fiscalía Nacional Económica de Chile y Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. 2008
8. Guía sobre Contratación Pública y Competencia. Comisión Nacional de Competencia. España. 2011.
9. <http://www.mer-link.co.cr/index.jsp>
10. Ley de Contratación Administrativa, N°7494 y sus reformas. Costa Rica.
11. Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, N°7472 y sus reformas. Costa Rica
12. Procuraduría General de la República, OJ-151-2001 del 17/10/2001
13. Procuraduría General de la República. Opinión Jurídica : 083 - J del 05/07/2004
14. Procuraduría General de la República, C-210-2015 del 30/05/2015
15. Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Decreto Ejecutivo N° 33411. Costa Rica.
16. Sala Constitucional, Sentencia N° 2633-93 de 9 de junio de 1993
17. Sala Constitucional, Sentencia: 00998, del 16 de febrero de 1998.
18. Sala Constitucional, Sentencia N° 6754-98 del 22 de setiembre de 1998
19. Sala Constitucional, Sentencia N° 2060-01 de 15:24 horas del 4 de abril de 2001.