



**GUÍA PARA LA PREVENCIÓN
Y DETECCIÓN DE LA COLUSIÓN EN
LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**

ÍNDICE

Presentación	3
Introducción.....	5
Pautas para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública.....	9
Detección de la colusión en la contratación pública.	14
Indicios de prácticas colusorias.....	16
Medidas preventivas.....	18
Guía práctica para combatir la colusión en las contrataciones públicas.-.....	22

Presentación.

Dado el proceso de apertura comercial y globalización de las economías y ante la entrada en vigencia del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos y Centroamérica (DR-CAFTA), el Estado dominicano debía contar con un instrumento jurídico moderno, acorde con esta realidad económica, que respaldase debidamente sus relaciones comerciales internacionales y los intereses de los sectores productivos de la República Dominicana, en un ambiente de libre y leal competencia.

En tal sentido, fue promulgada la Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08 (en lo adelante, la “**Ley Núm. 42-08**”), que tiene por objeto, con carácter de orden público, promover y defender la competencia efectiva para incrementar la eficiencia económica en los mercados de bienes y servicios, a fin de generar beneficio y valor en favor de los consumidores y usuarios de estos bienes y servicios en el territorio nacional¹.

Esta ley creó la **Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (PRO-COMPETENCIA)**, como un organismo autónomo y descentralizado del Estado, cuyo objetivo es promover y garantizar la existencia de la competencia efectiva para incrementar la eficiencia económica en los mercados de productos y servicios, mediante la ejecución y aplicación de las políticas y legislación de competencia y el ejercicio de sus facultades investigativas, de informe (en materia de promoción y abogacía), reglamentarias, dirimentes, resolutivas y sancionadoras².

Las actividades que desarrolla **PRO-COMPETENCIA** en materia de promoción y abogacía de la competencia tienen como objetivo fomentar un entorno competitivo en el desarrollo de las actividades económicas que influirá de manera positiva en los consumidores y usuarios de bienes y servicios. Estas actividades enmarcan, básicamente:

- i) La evaluación del marco regulatorio vigente, respecto de medidas y disposiciones de normas o actuaciones de las administraciones públicas, que podrían ser restrictivas de la competencia, así como presentar propuestas para la adopción de normas, políticas y disposiciones que promuevan la competencia³, y
- ii) La realización de estudios, trabajos y otras actividades de investigación y divulgación, con el fin de inducir una cultura de la competencia entre los agentes económicos del país⁴.

¹ Artículo 1, Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08

² Ibidem, Artículo 17

³ Ob Cit, Ley núm. 42-08, Artículo 34, literal b).

⁴ Ibidem, Artículo 33, literal d).

En este sentido, la presente **Guía para la Prevención y Detección de la Colusión en la Contratación Pública** ha sido elaborada por **PRO-COMPETENCIA**, como instrumento de promoción de la competencia en la actuación de los entes de la administración pública en los procesos de compras y contrataciones de bienes, obras, servicios y concesiones del Estado; así como para facilitar algunas herramientas para la detección de indicios de conductas contrarias a la normativa de defensa de la competencia, realizadas por agentes económicos que participan en procesos de compras públicas, en perjuicio de las entidades contratantes y del interés general.

En consecuencia, la misma está dirigida a todos los entes, organismos y entidades del sector público que, para el cumplimiento de sus finalidades, intervienen en el mercado como demandantes de bienes y servicios a través de los procedimientos de contratación pública, y, en particular, a aquellos que están sujetos a la Ley núm. 340-06 sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones, modificada por la Ley núm. 449-06 (en adelante la "**Ley núm. 340-06**"), en virtud de su Artículo 2 que define su ámbito de aplicación.

Introducción.

La contratación pública es *“la obtención, mediante contrato, por cualquier método de obras, bienes, servicios u otorgamiento de concesiones, por parte de las entidades del sector público dominicano”*⁵. Según datos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), la contratación pública representa aproximadamente el 13% del Producto Interno Bruto (PIB) de los países miembros de la OCDE, y el 20% del gasto gubernamental⁶.

En República Dominicana, el marco jurídico general de la contratación pública lo integran la Ley núm. 340-06 sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones del Estado, sus modificaciones y su Reglamento de Aplicación, aprobado mediante el Decreto núm. 543-12 de fecha 6 de septiembre de 2012. Dicha normativa establece los principios y normas generales que rigen la contratación pública relacionada con los bienes, obras, servicios y concesiones del Estado, así como las modalidades de compras y contrataciones a ser utilizadas por los órganos públicos: licitación pública, licitación restringida, sorteo de obras, comparación de precios, subasta inversa y compras menores.

El referido marco normativo es aplicable a los órganos del Gobierno Central⁷, a las instituciones descentralizadas y autónomas financieras y no financieras, a las instituciones públicas de la Seguridad Social, a las alcaldías/ayuntamientos de los municipios y del Distrito Nacional, a las empresas públicas no financieras y financieras, y a cualquier entidad que contrate la adquisición de bienes, servicios, obras y concesiones con fondos públicos⁸.

Así, el Sistema de Contrataciones de Bienes, Servicios y Concesiones está integrado por:

- a. La Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP), como órgano rector, y;
- b. Las unidades operativas de contrataciones de las entidades del Gobierno (unidades de compras), que tienen a su cargo la gestión de las compras y contrataciones de cada entidad en particular.

Al igual que en el resto de los países de la región, en la República Dominicana la contratación pública posee una gran importancia económica. Según datos publicados por el órgano rector

⁵ Ley núm. 340-06, Artículo 4.

⁶ “Fighting bid rigging in public procurement: report on implementing the OECD recommendation”. OECD, 2016, pág. 6. Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/Fighting-bid-rigging-in-public-procurement-2016-implementation-report.pdf>

⁷ De conformidad con el Párrafo I del Artículo 2 de la Ley núm. 340-06, se entenderá por Gobierno Central, la parte del sector público que tiene por objeto la conducción político-administrativa, legislativa, judicial, electoral y fiscalizadora de la República, conformada por el Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial, la Junta Central Electoral y la Cámara de Cuentas.

⁸ Ob cit, Ley núm. 340-06, Artículo 2.

de las contrataciones públicas, en el año 2016 las instituciones públicas dominicanas publicaron 64,917 procesos de selección de oferentes, realizando adjudicaciones por un monto superior a los 63 mil millones de pesos dominicanos, que derivaron en la suscripción de más de 75,335 contratos públicos⁹.

De conformidad con la Ley núm. 340-06, las compras y contrataciones públicas se rigen, por los principios de eficiencia, igualdad y libre competencia, transparencia y publicidad, economía y flexibilidad, equidad, responsabilidad, moralidad, buena fe, reciprocidad, participación y razonabilidad¹⁰.

Dichos principios procuran que la selección del adjudicatario del proceso de selección sea resultado de un análisis objetivo de las ofertas, desprovisto de consideraciones subjetivas por parte de los funcionarios encargados de dicho proceso, y libre de la posible manipulación de los propios oferentes; esto, con el propósito de que la oferta escogida sea la más favorable, en cuanto a la satisfacción del interés general y el cumplimiento de los fines y cometidos de la administración¹¹, así como al uso eficiente de los recursos públicos.

A estos fines, en el marco de la contratación pública, *“la competencia promueve la eficiencia, ayudando a garantizar que los bienes y servicios ofrecidos a las entidades públicas se ajusten al máximo a sus preferencias, generando ventajas como precios más bajos, mejor calidad, un incremento en la innovación, mayor productividad y, en líneas generales, “buena relación calidad/precio” para el beneficio de los consumidores finales, los usuarios de servicios públicos y los contribuyentes”*¹².

En este sentido, un proceso de selección podría desviarse de los principios de eficiencia y libre competencia que lo rigen no solo por las conductas de agentes económicos privados, sino como consecuencia de debilidades estructurales del sistema de compras y contrataciones públicas, en aquellos casos en que los funcionarios encargados de la selección incurran en algunos de estos supuestos: **i)** que respondan a criterios subjetivos para escoger al contratista; **ii)** que desconozcan los principios que rigen los procesos de contrataciones públicas a que hemos hecho referencia; **iii)** que tengan resistencia a introducir medidas que propicien la competencia que afecten los intereses de proveedores habituales; **iv)** que definan las especificaciones técnicas y económicas de la licitación en connivencia con proveedores habituales; **v)** que definan en el pliego de la licitación o convocatoria a presentación de

⁹ Memoria Institucional 2016, Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP), pág. 7. Disponible en: http://www.dgcp.gob.do/new_dgcp/documentos/planificacion_y_desarrollo/memorias%20institucionales/Memoria%20Anual%20DGCP%202016.pdf

¹⁰ Ob cit, Ley núm. 340-06, Artículo 3.

¹¹ Ibidem, Artículo 3, numeral 1

¹² “Recomendación del Consejo de la OCDE para combatir la colusión en la contratación pública”. OCDE, 2012, pág. 2. Disponible en: https://www.oecd.org/daf/competition/Recommendation_fighting-bid-rigging-2012-ES.pdf

ofertas en otras modalidades de compras tiempos de entrega, cantidad de productos y/o una descripción del producto o servicio requerido con tanta especificidad que solo uno o pocos agentes económicos pueden participar en el proceso.

Por otra parte, en ocasiones las empresas oferentes utilizan estrategias o prácticas para manipular el proceso o renuncian a competir entre sí, en franca violación de las disposiciones normativas que gobiernan los procesos de contratación pública, lo cual necesariamente incidirá en el costo final de esos bienes y servicios que pretende contratar la Administración, y en definitiva, en el interés general¹³. La situación antes descrita es lo que la doctrina ha denominado como *bid rigging* o *collusive tendering* (colusión), que se presenta comúnmente en los procesos contractuales en que dos o más empresas que se espera compitan para obtener la adjudicación de un contrato deciden aliarse para no hacerlo¹⁴.

El acuerdo puede presentarse de diversas formas, pero siempre estará enfocado en lograr la adjudicación concertada o el favorecimiento de uno de los participantes de la colusión. De igual forma, los mismos pueden presentarse con el consentimiento o no de los funcionarios públicos encargados del proceso de contratación, pero siempre tendrán como resultado no solamente una restricción a la libre competencia y acarrear un incremento significativo en los precios de los bienes y servicios contratados, sino también una disminución en la percepción de transparencia del proceso por parte de los demás oferentes y la ciudadanía en general¹⁵.

En ese orden de ideas, la contratación pública es el escenario en el cual los efectos de esta práctica concertada resultan mucho más dañinos por ser el Estado uno de los mayores consumidores de bienes y servicios. Si bien la colusión se puede presentar en cualquier escenario de contratación, sus mayores efectos se proyectan en el proceso licitatorio, por ser este el procedimiento por el cual se llevan a cabo las adquisiciones de bienes y servicios de mayor envergadura; además de que se trata de un procedimiento reglado, que por su propia estructura puede facilitar la conformación de estos acuerdos¹⁶.

¹³ Palabras de Angel Gurría, Secretario General de la OCDE, en el marco de la firma del Memorándum de Entendimiento entre la OCDE, la CFC y el IMSS para la Implementación de las Directrices del Comité de Competencia de la OCDE para combatir la colusión en las licitaciones para las compras públicas, "Las experiencias en los países de la OCDE revelan que los cárteles pueden aumentar el costo de los bienes y servicios en 20% o más. Las primeras víctimas de un cártel son los clientes del mismo. Cuando esos clientes son los organismos públicos, los cárteles perjudican a los contribuyentes y por tanto a la economía en su conjunto." Disponible en <https://www.oecd.org/centrodemexico/medios/cooperacionocde-cfc-imss.htm>

¹⁴ Cfr OECD, "Guidelines for Fighting bid rigging in public procurement. Helping governments to obtain best value for money", p. 1. Disponible en <https://www.oecd.org/competition/cartels/42851044.pdf>

¹⁵ Cfr Galvis-Quintero, Deisy, "La colusión como una práctica restrictiva de la competencia que afecta gravemente los procesos de selección de contratistas", 132 *Universitas*, 133-196 (2016). Disponible en <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.cprc>

¹⁶ *Ibidem*

Es por ello que la colusión entre oferentes se encuentra expresamente tipificada como una práctica contraria a la libre competencia, de conformidad con las disposiciones del Artículo 5, literal b) de la Ley General de Defensa de la Competencia, que establece que se incluyen dentro de las prácticas concertadas y acuerdos anticompetitivos las conductas orientadas a *"concertar o coordinar las ofertas o la abstención en licitaciones, concursos y subastas públicas"*, y por lo tanto son sancionables en virtud del Artículo 61 del mismo texto legal.

En tal virtud, atendiendo a las disposiciones legales y doctrinales antes referidas, podemos establecer que existe colusión cuando, en el curso de un procedimiento de selección de oferentes, bajo cualquier modalidad, éstos se ponen de acuerdo ya sea para coordinar sus ofertas, mediante el establecimiento del precio o cualquier otra condición comercial, o para repartirse el mercado de bienes o servicios de que se trate.

Los funcionarios a cargo de los procesos de contratación pública, así como cualquier oferente que participe en los múltiples procedimientos desarrollados por las unidades de compras de los órganos públicos, pueden detectar prácticas colusorias al identificar patrones y señales que generalmente están presentes cuando existen acuerdos colusorios. De este modo, se pueden aplicar medidas preventivas que ayuden a reducir el riesgo de prácticas colusorias entre los agentes participantes de los procesos de contratación pública y, en caso de proceder, aplicar las sanciones de lugar.

La finalidad de esta guía es mostrar, conforme al marco normativo existente, esas características y condiciones que pueden fomentar prácticas colusorias, los patrones que comúnmente suelen aplicarse en temas de contratación pública, los indicios que pueden llevar a detectar estas conductas, así como medidas preventivas adoptables con el fin de evitar la indeseable práctica en los procesos de licitación pública.

Pautas para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública.

Cuando los proveedores de productos en el mercado rivalizan entre sí, se ven incentivados a innovar, ofrecer mejores precios, más variedad de productos y servicios de mejor calidad, como forma de conquistar la demanda de bienes y servicios de los consumidores y/o usuarios.

Según la Constitución y las leyes adjetivas, es obligación del Estado proveer los bienes y servicios públicos que la población demanda, y para ello debe acudir al mercado a abastecerse mediante procesos transparentes y procurando el uso eficiente de los fondos públicos. Siempre que los procesos de contratación pública se desarrollen en observación de los principios rectores de la Administración Pública y en un marco de libre competencia en ausencia de prácticas colusorias que eliminen la rivalidad competitiva entre los oferentes, el Estado puede obtener los beneficios que se derivan de la competencia, en cuanto a calidad - precio de los productos y/o servicios.

Sin embargo, cuando los participantes de un procedimiento de selección de oferentes coluden entre ellos para distorsionar el resultado del mismo, la selección y adjudicación no resultan de un proceso competitivo, sino de un acuerdo contrario a la libre competencia, que a su vez conlleva la defraudación del Estado.

Los factores que favorecen la incidencia de prácticas colusorias han sido objeto de estudio por parte de la teoría económica, llegando a la definición de modelos y explicaciones simplificadas de por qué en ciertas circunstancias la colusión es más factible que en otras. El establecimiento de un cartel generalmente cuenta con tres elementos básicos:

- 1) Capacidad para incrementar los precios, por efecto de un bajo grado de sustitución de los productos que produce o comercializa el cartel;
- 2) Bajas penalidades esperadas; y,
- 3) Bajos costos para organizar el cartel.¹⁷

Una línea coincidente es la que señala entre las condiciones que facilitan la colusión las siguientes características del mercado:

- **Mercados muy concentrados.** La concentración de mercado, entendido como la cantidad de competidores en un mercado y sus respectivas posiciones en el mismo, facilita la colusión, porque: (i) cuando en el mercado sólo existe un número reducido de proveedores que ofrecen el bien o servicio objeto de contratación será más fácil llegar a un acuerdo en torno a la manipulación de los procedimientos de selección

¹⁷ Coloma, Germán: Derecho de Competencia, Ciudad Argentina. 2009, págs. 96-100

de oferentes; (ii) los costos de mantener e implementar un acuerdo colusorio serán mucho menores; y, (iii) facilita detectar si el comportamiento de alguno de los miembros del acuerdo colusorio se desvía de lo pactado, lo que a su vez garantiza que el cartel opere con mayor efectividad.

- **Barreras de acceso al mercado.** La imposición de requisitos excesivos o que tornan costosa, difícil o lenta la entrada de nuevos agentes económicos en el mercado, conocido como barreras de acceso al mercado, provoca que los que se encuentran presentes en él permanezcan protegidos de la presión competitiva que representa la entrada de nuevos participantes. Esa barrera de protección fomenta la manipulación de los procedimientos de selección de oferentes, porque restringe innecesariamente la participación de otros oferentes.
- **Estabilidad de las condiciones del mercado.** Un flujo constante y predecible de demanda por parte del sector público tiende a incrementar el riesgo de colusión, mientras que los cambios significativos en las condiciones de la demanda o la oferta rompen el equilibrio necesario para que los acuerdos colusorios puedan mantenerse en vigor. No obstante, en algunos rubros, la satisfacción del interés general mantiene estables las condiciones del mercado.
- **Distorsión del rol de las asociaciones empresariales.** Las asociaciones gremiales o industriales pueden promover la competitividad de un sector económico, fomentando la aplicación de estándares, la innovación y la competencia. Sin embargo, cuando se utilizan como foro de encuentro entre los ejecutivos de las empresas asociadas para discutir acuerdos de manipulación del mercado, mecanismos de implementación de los mismos y estrategias de captura de órganos reguladores, sus fines legítimos se desvirtúan para tornarse ilegales y anticompetitivos, facilitando la colusión en procedimientos de selección de oferentes.
- **Regularidad en la frecuencia de los procesos de licitación.** Los contratos para la adquisición de bienes o servicios que tienen una frecuencia regular o recurrente aumentan significativamente el riesgo de colusión porque facilita la asignación de contratos entre los miembros de un acuerdo colusorio (rotación del ganador). No obstante, en algunos rubros, la satisfacción del interés general obliga la contratación recurrente de ciertos productos o servicios, incluso por el flujo presupuestario de los órganos públicos.
- **Homogeneidad de productos que carecen de sustitutos cercanos.** En este caso los participantes de un acuerdo tienen la ventaja de que saben con anticipación que el mercado ofrece pocas alternativas para el abastecimiento de determinados productos o servicios, lo que a su vez viabiliza la implementación de acuerdos para incrementar los precios al momento de presentar ofertas.

- **Integración de consorcios o alianzas estratégicas.** Aun cuando están permitidas por la ley y usualmente conllevan eficiencias significativas que elevan el nivel de competitividad de las empresas, este tipo de uniones temporales pueden convertirse en un instrumento ideal para la implementación de acuerdos colusorios, sobre todo por el intercambio de información que se produce entre sus integrantes.
- **Deficiencias del Sistema de Compras y Contrataciones Públicas.** La entrada en vigencia de la Ley 340-06 y su Reglamento de Aplicación conllevó a una mejora sustancial del sistema de compras y contrataciones del Estado en términos de transparencia; sin embargo, su implementación práctica no se ejecuta en observación de los principios rectores de competencia, ni en procura del cumplimiento de los objetivos estratégicos del gasto público. De esta manera, la eficiencia del sistema de compras y contrataciones se ve afectada por algunos factores, tales como: **i)** la descentralización de las transacciones en las unidades de compra de los diversos entes públicos sujetos a su aplicación, que conlleva a una falta de estandarización en los criterios fundamentales para el diseño de los pliegos de las licitaciones, la calificación de los oferentes, evaluación de ofertas y definición de las condiciones contractuales; **ii)** la escasez de recursos humanos especializados para realizar todas las tareas que su implementación eficaz implica; **iii)** la interferencia indebida de superiores jerárquicos de los comités de compras de las entidades contratantes en la evaluación de las ofertas de los participantes en la licitación; **iv)** la falta de incentivos para el ahorro, pues el importe del mismo no es acreditado al presupuesto del ente público que lo generó; **v)** la supervisión está enfocada en el cumplimiento normativo, en lugar de los objetivos de eficiencia en la selección de productos o servicios. Estas deficiencias estructurales podrían conllevar la generación de condiciones idóneas para prácticas colusorias.

En efecto, los acuerdos colusorios en la contratación pública afectan negativamente la competencia en los mercados de bienes y servicios, así como también la gestión y utilización de los recursos públicos por parte de las instituciones públicas contratantes. Concretamente, cuando los oferentes anulan la competencia entre ellos, se producen los siguientes efectos negativos:

- a. Se genera ineficiencia y desbalance en el gasto público,** puesto que, al eliminarse la competencia entre los participantes de procedimiento de selección de oferentes, se incrementa el precio de los bienes y servicios contratados. Esto provoca que el Estado tenga que pagar un precio mayor y a cambio recibir productos y/o servicios de menor calidad, dado que los oferentes no tendrán incentivos para proveer bienes y servicios de calidad superior. Es decir, los fondos provenientes de las recaudaciones impositivas del Estado, que podrían destinarse a la realización de

obras y prestación de servicios que mejoren la calidad de vida de la población, terminan en manos de quienes articulan e implementan los acuerdos colusorios.

- b. La falta de competencia desincentiva a los agentes económicos coludidos a ser más eficientes e innovadores**, lo que impacta negativamente la productividad y competitividad de los agentes económicos; y en última instancia eleva el costo de hacer negocios en toda la economía en sentido general.
- c. Las irregularidades en los procesos de licitación** generadas por la debilidad institucional de la entidad contratante y las prácticas concertadas de los proveedores cartelizados, **genera un alto nivel de abstención de nuevos agentes económicos con la capacidad de suplir la demanda de bienes y servicios del Estado.**
- d. La colusión en las contrataciones públicas socava la confianza de la ciudadanía en el manejo de fondos públicos por parte de los órganos de la Administración Pública.**

Por ello, el Artículo 3 de la Ley núm. 340-06, establece expresamente que en los procesos de compras y contrataciones se debe respetar y salvaguardar la libre participación y competencia, mediante el cumplimiento de los siguientes principios:

- 1)** El principio de igualdad y libre competencia, según el cual *“en los procedimientos de contratación administrativa se respetará la igualdad de participación de todos los posibles oferentes”* y la no inclusión de *“ninguna regulación que impida la libre competencia”* entre éstos.
- 2)** El principio de eficiencia, según el cual *“se procurará seleccionar la oferta que más convenga a la satisfacción del interés general y el cumplimiento de los fines y cometidos de la administración”*.
- 3)** El principio de participación, según el cual *“...el Estado procurará la participación del mayor número posible de personas físicas o jurídicas que tengan la competencia requerida...”*.

En consecuencia, atendiendo a los principios rectores antes descritos es deber de los órganos de contratación favorecer, en todo caso, la competencia; y en este sentido, están llamados a, por un lado, prevenir actos de colusión en el marco de los procedimientos de selección, y por otro lado detectarlos, en caso de existir.

En efecto, la Ley núm. 340-06 contiene los instrumentos y mecanismos necesarios para garantizar la libre competencia en cada una de las fases de los procedimientos de selección,

y en caso de infracción a las disposiciones contenidas en el marco normativo que rige los procesos de compras y contrataciones públicas, establece la facultad del órgano rector de poder realizar investigaciones sobre procesos particulares, y ordenar la inhabilitación del Registro de Proveedor del Estado del agente económico infractor.

A estos fines, la Ley núm. 340-06, en su Artículo 11, establece que *"las prácticas corruptas o fraudulentas comprendidas en el Código Penal o dentro de la Convención Interamericana contra la Corrupción, o cualquier acuerdo entre proponentes o con terceros, que establecieren prácticas restrictivas de la libre competencia, serán causales determinantes del rechazo de la propuesta en cualquier estado del proceso o de la rescisión del contrato, si éste ya se hubiere celebrado."*

Del mismo modo, el Artículo 66, Párrafo III, numeral 3 de la Ley núm. 340-06, y el Artículo 29, numeral 3 del Reglamento de Aplicación de dicha Ley, prevén la potestad de la Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP) para ordenar la inhabilitación permanente del Registro de Proveedores del Estado (RPE) de aquellos proveedores que incurran en actos de colusión debidamente comprobado, en la presentación de su oferta en una licitación pública.

Adicionalmente, la Ley núm. 340-06, en sus Artículos 71 y siguientes, y su Reglamento de Aplicación, en los Artículos 133 al 136, establecen el procedimiento a seguir para realizar denuncias de irregularidades en los procesos de contratación pública; y la potestad de la Dirección General de Contrataciones Públicas para iniciar un proceso de investigación en tales casos, ya sea de oficio o a petición de parte interesada.

No obstante, es la autoridad de defensa de la competencia, en nuestro caso PRO-COMPETENCIA, el órgano responsable de analizar y, si corresponde, sancionar esta tipología de conductas restrictivas de la competencia.

En resumen, la normativa vigente en materia de contrataciones públicas y de defensa de la competencia, contienen los elementos jurídicos necesarios para regular los procesos de compras y contrataciones gubernamentales desde la perspectiva de la defensa de la libre y leal competencia, en beneficio de la colectividad.

Detección de la colusión en la contratación pública.

Las contrataciones públicas siempre han constituido un ambiente propicio para la colusión. En tal sentido, resulta conveniente conocer las numerosas modalidades y prácticas que los carteles han desarrollado con el objetivo de vulnerar la libre competencia en los procedimientos de selección de oferentes, que van desde acordar, con anticipación a los procedimientos, incluyendo los precios de las ofertas, hasta los esquemas de reparto y distribución de los beneficios generados por el sobreprecio cobrado al Estado.

Las agencias de competencia y autoridades competentes de otras jurisdicciones han implementado una metodología para la detección de prácticas colusorias mediante la definición de una serie de criterios para evaluar y determinar si una práctica comercial constituye una violación a la normativa de competencia. De esta manera, ante indicios de una práctica colusoria se aplica una especie de "lista de comprobación" de cuatro puntos esenciales que se consideran elementos tipificantes de estas conductas ilícitas¹⁸:

- a) Existencia de un acuerdo verbal o escrito entre participantes de una licitación pública que tenga por objeto alinear las actividades de los oferentes involucrados.
- b) Participación de los mismos oferentes de manera recurrente.
- c) Existencia de una restricción perceptible de la competencia generada por una práctica colusiva.
- d) Generación de un efecto negativo perceptible, real o potencial en el mercado.

Dentro de las principales prácticas colusorias en los procedimientos de selección de oferentes están:

- **Acuerdo de Precios.** Son convenios explícitos o implícitos entre oferentes concertados con el propósito de fijar de manera conjunta los precios de los productos o servicios objeto de la licitación pública. Estos acuerdos pueden presentarse en la modalidad de establecer precios equivalentes en las ofertas económicas o la determinación de precios máximos o mínimos que deben ser respetados por los miembros del cartel. Se incluyen en esta categoría de práctica colusoria los acuerdos de bonificaciones, descuentos, comisiones u otros elementos auxiliares para la determinación del precio del producto o servicio.
- **Posturas encubiertas.** Que comprenden ofertas de resguardo, complementarias, de cortesía o simbólicas, y ocurren cuando los oferentes acuerdan presentar ofertas que

¹⁸ Coloma, Germán; Obra citada, pág. 125

contemplan por lo menos uno de los elementos siguientes: (1) un competidor acepta presentar una oferta más alta que la del ganador designado; (2) un competidor presenta una oferta que se sabe demasiado alta para ser aceptada; o, (3) un competidor presenta una oferta con términos especiales, que de antemano se sabe son inaceptables para la institución pública contratante, de conformidad con los criterios de selección.

- **Supresión de propuestas.** Conlleva el establecimiento de un acuerdo entre competidores para que uno o más de ellos se abstenga de presentar una oferta, o bien retire una propuesta presentada con anterioridad, de manera que se adjudique el proceso al ganador designado.
- **Rotación del ganador.** En este caso, los competidores que participan en un procedimiento de selección de oferentes, acuerdan tomar turnos para ganar, comúnmente mediante la utilización de posturas encubiertas. Esta rotación del ganador asegura la adjudicación de al menos un contrato para cada uno de los participantes del acuerdo colusorio, por lo que además posibilita implementar la colusión sin necesidad de que haya una repartición posterior de las ganancias entre los miembros del acuerdo.
- **Asignación de mercado.** Es un acuerdo en el que los competidores convienen repartirse el mercado mediante las modalidades de asignación de cuotas, de participaciones fijas en la producción de los productos, de áreas geográficas, de proveedores o de clientes. En caso de la asignación de clientes, los competidores coludidos no hacen ofertas (o sólo presentan una oferta de resguardo) en contratos que ofrezcan un tipo de cliente potencial asignado a otro competidor que forma parte del acuerdo. A cambio de esto, el competidor en cuestión no presentará ofertas competitivas para un grupo designado de clientes que, según el acuerdo, corresponde a otros miembros del cartel.

Indicios de prácticas colusorias.

Las estrategias de colusión más comunes pueden resultar en patrones que los funcionarios a cargo de los procedimientos de selección de oferentes pueden detectar y denunciar si se aplican herramientas de monitoreo apropiadas. Los principales patrones y señales que sugieren la presencia de colusión en las compras y contrataciones públicas y constituyen un indicio de su existencia, pueden enlistarse, de forma no limitativa, en los siguientes puntos:

- ✓ Una misma persona presenta varias ofertas utilizando vehículos societarios diferentes, o distintas personas jurídicas.
- ✓ Presentación de ofertas económicas idénticas.
- ✓ Un mismo proveedor resulta siempre ganador.
- ✓ Algunas empresas solo presentan propuestas en ciertas áreas geográficas, aun estando instaladas o contando con canales de distribución en otras.
- ✓ Algunos oferentes se retiran sorpresivamente.
- ✓ Algunas empresas no presentan ofertas en un proceso en la que normalmente hubieran participado; sin embargo, continúan presentándose en procedimientos similares ante otras instituciones públicas.
- ✓ Algunos proponentes están presentes en todos los procesos, aun cuando nunca resultan ganadores.
- ✓ El adjudicatario subcontrata el servicio de otros participantes.
- ✓ Propuesta conjunta injustificable. Es decir que no tenga una justificación de carácter económico o lógico que amerite la presentación en conjunto.
- ✓ Los competidores socializan o se reúnen antes de la adjudicación del procedimiento.
- ✓ Errores ortográficos o de cálculo, correcciones o tachaduras idénticas en varias propuestas.
- ✓ Los pagos provienen de una cuenta conjunta de los oferentes.
- ✓ Papelería, tipografía o formatos semejantes en la redacción de distintos oferentes.
- ✓ Referencia expresa de una oferta en otra.
- ✓ Membrete y/o datos de contacto (dirección, teléfono, correo electrónico) semejantes entre oferentes.
- ✓ Margen de precios irracional entre el ganador y otros oferentes.
- ✓ Un mismo agente económico realiza ofertas muy distintas en procesos similares.
- ✓ Se establecen costos similares para empresas con distintas condiciones.
- ✓ Un nuevo competidor presenta una propuesta muy distinta de las existentes.

En relación con la detección de la colusión resultaría adecuado, una vez finalizado cada procedimiento de selección, que los órganos de contratación incorporen la información en un registro que sirva de base de datos, que permita identificar patrones de comportamiento recurrentes en los procesos de licitación que puedan constituir indicios de una posible colusión. De manera general, dicho registro debería contener las siguientes variables:

- Presupuesto de la licitación
- Adjudicatario del contrato
- Precio del contrato adjudicado
- Breve descripción del contrato
- Duración
- Empresas participantes en la licitación y precios ofertados por cada una de ellas
- Descripción de cualquier circunstancia anómala que haya ocurrido en el marco del procedimiento, por ejemplo: retirada de oferta, presentación de ofertas con valores sumamente elevados, subcontratación, etcétera.

Medidas preventivas.

Para minimizar el riesgo de colusión, resultan de gran importancia las medidas que el Estado pueda tomar para evitar la conformación de estos acuerdos desde la etapa de planeación o de elaboración de los pliegos de condiciones del proceso, donde los entes contratantes deben implementar medidas que garanticen que todos los competidores puedan acceder al proceso contractual para ofrecer sus bienes y servicios, en un escenario de igualdad, transparencia y sin barreras injustificadas.

La aplicación de medidas preventivas disminuye el riesgo de colusión en los procesos de selección, sin embargo, no eliminan las posibilidades de que se lleven a cabo conductas colusorias en dichos procesos.

Para poder minimizar el riesgo de colusión, resulta de gran utilidad disponer de información detallada sobre el mercado involucrado en el proceso de selección, ya que en ocasiones los mercados, o los productos y servicios objeto de un procedimiento de contratación presentan características propias particularmente favorecedoras para la concertación de acuerdos entre dos o más partes para limitar la competencia (colusión), lo que amerita un mayor cuidado en el diseño de los pliegos de condiciones del proceso.

Las instituciones públicas y, especialmente, las unidades de compras y los Comités de Compras y Contrataciones, deben conocer las condiciones del mercado, las características de los productos y el perfil de los proveedores relacionados con las áreas y servicios usualmente contratados por ellas.

En adición a esta, las siguientes recomendaciones pueden reducir el riesgo de colusiones en licitaciones:

1. Contar con información adecuada antes de diseñar el proceso de compra o contratación.

- ❖ Conocer las características del mercado en el cual se realizarán las compras.
- ❖ Recabar información sobre los posibles proveedores, que pueda afectar la objetividad e imparcialidad de los términos de referencia.
- ❖ Obtener información acerca de procedimientos anteriores para productos iguales o similares.

2. Diseñar el proceso de licitación para maximizar la participación potencial de oferentes que compiten genuinamente.

- ❖ Evitar, en el marco de la normativa vigente, restricciones innecesarias que reduzcan el número de oferentes calificados.
- ❖ Evitar el establecimiento de valores mínimos de referencia, ya que esto podría conllevar un alto porcentaje de sobrevaloración y promover la práctica concertada de fijación de precios.
- ❖ Evitar el establecimiento de estándares técnicos discriminatorios y/o requisitos que establecen condiciones indebidas e innecesarias, que sólo pueden ser cumplidos por un proveedor preestablecido excluyendo por diseño a otros potenciales oferentes.
- ❖ Mantener la confidencialidad del proceso de licitación hasta la fecha de la publicación de la convocatoria oficial, de manera que todos los potenciales oferentes tengan el mismo plazo para la preparación de sus ofertas y la coordinación de sus planes de producción y/o exportación.
- ❖ Publicar la notificación de convocatoria a la licitación en medios asequibles al público en general.

3. Definir los requisitos con claridad y evitar las medidas predecibles.

- ❖ En cumplimiento de la normativa vigente, utilizar especificaciones de desempeño y establecer lo que se requiere evitando ofrecer la descripción específica del producto con referencias a marcas, modelos, dimensiones y capacidades específicas, que conlleve a la descalificación de los competidores por no cumplir con especificaciones irrelevantes para el desempeño del producto requerido.

4. Diseñar el proceso de contratación para reducir eficazmente la comunicación entre oferentes.

- ❖ Ofrecer de forma completa y oportuna información a los oferentes sobre el proceso mediante medios de comunicación oficiales, desincentivando así el diálogo entre ellos.

- ❖ Implementar el uso de medios de comunicación virtuales para la divulgación de las aclaraciones e informaciones del proceso de selección, para reducir o eliminar la generación de espacios de encuentro entre los oferentes.
- ❖ Es importante considerar atentamente qué información se revela a los oferentes al momento de iniciar el procedimiento de selección de oferentes, en los términos de la normativa vigente.
- ❖ Al publicar los resultados de un procedimiento, se debe poner atención al tipo de información que se publica y evitar revelar, atendiendo a las disposiciones normativas vigentes, datos sensibles en términos de competencia.
- ❖ Estar atento en lo relacionado con las ofertas conjuntas.

5. Elegir y exponer con detalle los criterios para evaluar y adjudicar la oferta.

- ❖ Cuando se evalúen ofertas con base en criterios distintos del precio (como calidad del producto, servicios post-venta, otros), es necesario describir los criterios y ponderarlos adecuadamente con anticipación, a fin de evitar cuestionamientos posteriores a la adjudicación.
- ❖ Promover la integración de peritos o especialistas en el producto o servicio requerido a los procesos de selección que realizan los comités de compras de las entidades contratantes, para la eficientización del proceso de elaboración de las especificaciones técnicas y el proceso de evaluación de las ofertas presentadas en la licitación.

6. Realizar evaluaciones posteriores al proceso de licitación para determinar la eficacia del mismo e identificar distorsiones a la normativa vigente para la aplicación de medidas correctivas y preventivas.

- ❖ Tomando en consideración la periodicidad y homogeneidad que caracteriza a las compras estatales, realizar revisiones y ajustes a los términos contractuales de las contrataciones en base a las experiencias de procesos cerrados.
- ❖ Crear y mantener actualizado un registro de los resultados de los procesos de licitación y el cumplimiento de los adjudicatarios, que sirva de base de datos para la aplicación de medidas correctivas y preventivas.

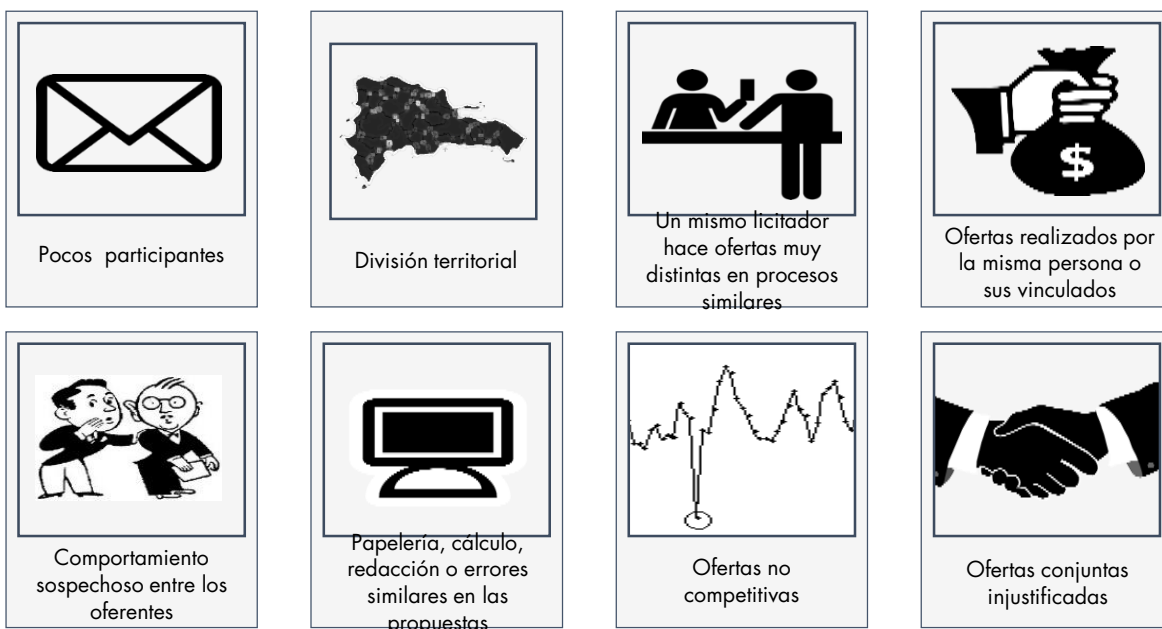
- ❖ En caso de detección de irregularidades que comporten los elementos de una práctica restrictiva de la competencia y/o una desviación de los principios rectores de la Ley núm. 340-06, iniciar los procedimientos administrativos pertinentes a los fines de que se apliquen las medidas correctivas y régimen de consecuencias establecidos por el marco legal aplicable.

7. Crear conciencia entre el personal de la entidad contratante acerca de los riesgos de la colusión en los procesos de compras y contrataciones.

- ❖ Establecer relaciones de cooperación con la autoridad de competencia.
- ❖ Implementar un programa periódico de capacitación sobre detección de manipulación de ofertas y carteles para el personal con ayuda del organismo de competencia.
- ❖ Acumular y compartir con la autoridad de competencia, para su base de datos, información acerca de las características de ofertas anteriores (el producto adquirido, la oferta de cada participante y la identidad del ganador).

Guía práctica para combatir la colusión en las contrataciones públicas.

A continuación, presentamos un listado de algunos indicios de prácticas colusorias en procedimientos de selección de oferentes. Para conocer otros indicios de acciones violatorias al marco legal aplicable a las compras y contrataciones públicas, puedes consultar la **GUÍA PARA LA PREVENCIÓN Y DETECCIÓN DE LA COLUSIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA** en nuestra página de internet www.procompetencia.gob.do.



En caso de que sospeche sobre la existencia de colusión en un procedimiento de selección de oferentes, por la detección de dos o más de los indicios contenidos en este listado, notifique a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (PRO-COMPETENCIA). La institución recibe denuncias sobre prácticas anticompetitivas en contrataciones públicas, incluso de oferentes, a quienes se garantizará la confidencialidad de la información suministrada.



Calle Caonabo núm. 33, Gascue.
Santo Domingo, Distrito Nacional,
República Dominicana.

www.procompetencia.gob.do

Teléfono: (809) 338-4005

Correo electrónico: info@procompetencia.gob.do

Horario de atención: lunes a viernes de 8:30 A.M. a 4:30 P.M.

Referencias

- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Lineamientos para Combatir la Colusión entre oferentes en Licitaciones Públicas: <http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/42761715.pdf>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Designing Tenders to Reduce Bid Rigging: <http://www.oecd.org/competition/cartels/42594504.pdf>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Policy Roundtables Public Procurement: <http://www.oecd.org/competition/cartels/39891049.pdf>
- Superintendencia de Industria y Comercio (Colombia). Guía Práctica para Combatir las Colusiones en Licitaciones: http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/articulos/2010/Guia_Contratacion.pdf
 - [Autoridad Catalana de la Competencia \(ACCO\). Guía para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública:](http://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/guias_gidak/es_guias/adjuntos/guia_prev_det_colusio_contractacio_publica_esp.pdf)
http://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/guias_gidak/es_guias/adjuntos/guia_prev_det_colusio_contractacio_publica_esp.pdf
- The Competition Authority (Ireland). The Detection and Prevention of Collusive Tendering: <https://www.ccpc.ie/business/wp-content/uploads/sites/3/2017/02/Booklet-The-Detection-and-Prevention-of-Collusive-Tendering.pdf>