



5ª REUNIÓN ANUAL DEL FORO LATINOAMERICANO DE LA COMPETENCIA

(20 de septiembre de 2007)

Puebla, México

AUMENTO DE LA COMPETENCIA MEDIANTE LA REDUCCIÓN DE COLUSIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS DE LICITACIÓN EN LATINOAMÉRICA

Nota introductoria de la Secretaría

1. Introducción

1. La colusión en procedimientos de licitación conlleva conspiraciones entre competidores a la hora de fijar precios, asignar mercados o clientes, o bien daña a la competencia. Normalmente la colusión en licitaciones supone una toma de acciones en contra del estado federal y los gobiernos locales para inhibir la capacidad del gobierno de obtener productos y servicios al precio más bajo posible. Debido a que los agentes encargados de adquisiciones cuentan con frecuencia con una buena posición para detectar signos de planes de licitación ilegales, una recomendación del Consejo de la OCDE aconseja que la mayoría de los países expandan sus programas de concienciación y que trabajen de forma más exhaustiva con agentes de adquisiciones en un esfuerzo por luchar en contra de la colusión en licitaciones de manera más efectiva.¹

2. Una de las razones de esta recomendación es que generalmente la adquisición pública da prueba de la gran participación de gasto público en la economía nacional. Por citar un ejemplo, una publicación reciente de la OECD calcula que en Brasil, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Jamaica, Perú y otros países latinoamericanos, los gastos por adquisiciones representan entre el 5 y el 15% del PNB (dependiendo de cómo se mida).² Además, si asumimos que sólo un 1% de todos los gastos por adquisiciones en Latinoamérica implica algún tipo de colusión en procedimientos de licitaciones entonces la colusión incrementa los gastos públicos de aproximadamente 40 millones de dólares estadounidenses cada año solamente en Chile.³ Aunque se trata, claramente, de un cálculo aproximado realmente es

1 OECD, 1998 Recomendación del consejo sobre la acción efectiva contra cárteles peligrosos.

2 Ver documento de la OECD acerca del tamaño de los mercados de adquisición de gobierno (2002).

3 Si asumimos que el PNB de Chile en 2006 fue de aproximadamente 200 mil millones de dólares estadounidenses, entonces se puede calcular el impacto de la colusión en licitaciones en Chile de la siguiente forma: 40.000.000 dólares = 200.000.000.000 dólares (PNB de Chile que representa el poder de compra de la paridad) * .1 (fracción de adquisición) * .01 (fracción sujeta a colusión en licitaciones) * .2 (incremento del precio aproximado).

indicativo de los importantes esfuerzos que se deberían dedicar para reducir la colusión en procedimientos de licitación.

3. Otra razón importante para centrar la atención en la autoridad de la adquisición pública es el hecho de que normalmente tiene un buen conocimiento del sector relevante de la industria y puede observar modelos en los procesos de licitación que podrían indicar una actividad colusoria ilegal. Además, la autoridad de adquisiciones puede tomar medidas positivas hacia una reducción de la colusión en las licitaciones y aumentar la competencia en general. Lamentablemente, esta nota introductoria se encuentra con que los esfuerzos sistemáticos para educar a los agentes encargados de adquisiciones tan sólo existen en unos pocos países. Esto sugiere que las autoridades y los agentes de adquisiciones en muchos países latinoamericanos no son todavía lo suficientemente conscientes del peligro de los cárteles entre las empresas participantes en los procedimientos de licitación ni del importante papel que pueden jugar a la hora de prevenir y detectar cárteles.

4. Los principales objetivos de esta nota introductoria son el estudio de una serie de temas relacionados con la colusión en las licitaciones y la adquisición, así como ofrecer cierta orientación a las autoridades latinoamericanas de competencia y adquisición sobre cómo reducir la formación de cárteles, diseñando concursos que maximicen una competencia efectiva.

5. Esta nota introductoria describe también los numerosos esfuerzos de defensa legal realizados por las autoridades de competencia latinoamericanas para aumentar la competencia en la adquisición a través de cambios legales en las normas de adquisición o el diseño de subastas. Señala también un satisfactorio ejemplo en el que una autoridad de defensa de la competencia latinoamericana consiguió poner freno a la colusión en las licitaciones por parte de las empresas.

6. Esta nota introductoria se estructura de la siguiente forma:

- La primera parte de esta nota resume los tipos de modelos de licitación que más se usan y los riesgos relacionados con la competencia que tales modelos pueden acarrear.
- La segunda parte habla de los esfuerzos para reducir el riesgo de colusión en las licitaciones. Concretamente, esta parte cuenta cómo los organismos de adquisición pública pueden organizar concursos para minimizar o eliminar por adelantado los riesgos de competencia y lo que las autoridades de competencia pueden hacer para ayudar a los organismos encargados de las adquisiciones.
- Finalmente, se habla de los signos de colusión en los procedimientos de licitación de los que los agentes de adquisición pública deberían ser conscientes, para incrementar la efectividad y el acierto de la intervención de las autoridades en contra de una conducta anticompetitiva.

2. Modelos de licitación, adquisición pública y cuestiones de competencia

7. La “adquisición” es la compra de bienes y servicios por parte de empresas públicas o privadas. El postor con el precio más bajo adquiere la obligación de ofrecer los bienes o servicios que hubiesen sido sacados a concurso. El objetivo primordial de una política de adquisición efectiva es el fomento de la eficacia, o sea, la selección del proveedor con el precio más bajo o, más llanamente, el logro del mejor “valor del dinero”. Es, por lo tanto, importante que el proceso de adquisición no se vea afectado por prácticas tales como la colusión, la colusión en licitaciones, la estafa y la corrupción.

8. La adquisición se lleva a cabo, a menudo aunque no siempre, mediante procesos competitivos de “licitación” o “concurso”. Existen, por supuesto, muchos rasgos de eficiencia económica deseables en los procesos competitivos. En concreto, un proceso de licitación puede identificar al proveedor más eficaz de un determinado bien o servicio y de forma simultánea determinar el precio eficaz. Los procesos abiertos y competitivos pueden asegurar también el acceso a las oportunidades de negocio de los nuevos proveedores y se pueden defender más fácilmente de alegaciones de discriminación o favoritismo.

9. La “adquisición pública” es la compra de bienes o servicios por parte del sector público. La adquisición pública levanta intereses específicos debido a la peculiar situación que tiene lugar cuando el sector público actúa como comprador en el mercado. Si la entidad de compra pública se enfrenta a un proveedor que realmente comprende una pequeña cantidad de proveedores, la interacción resultante se podría describir como la existente entre un grupo de oligopolistas y un comprador muy especial. En algunos casos, este comprador tan especial también podría representar el mayor (o incluso el único) comprador en el mercado, de ahí el disfrute del poder de mercado en la parte de la demanda (esto es un monopsonista).⁴

10. La peculiaridad que representa un comprador público comparado con un comprador privado es que el gobierno cuenta con más opciones estratégicas limitadas. Mientras que un comprador privado puede elegir sus acciones estratégicas dentro de una serie de opciones más amplia, el sector público está sujeto a los requisitos de transparencia y, de forma general, está obligado por la legislación, un detallado reglamento administrativo y ciertos procedimientos sobre la adquisición pública. Mientras que estas reglas se marcan en un intento por evitar cualquier tipo de abuso de discreción por parte del sector⁵ público, la resultante falta de flexibilidad limita las oportunidades del comprador público a reaccionar de forma estratégica al hacer frente a la cooperación entre los proveedores potenciales en busca de un incremento de beneficios.

2.1 Modelos de licitación, estrategias y resultados

11. Resulta complejo (y va más allá del alcance de esta nota) sintetizar todos los tipos de licitación o variedades de adquisición que las autoridades públicas usan para vender o comprar bienes y servicios en el mercado.

12. Los modelos de licitación estándar pueden estar sujetos a variaciones y pormenores, entre los que se pueden incluir por ejemplo precios de reserva y restricciones sobre incrementos y tiempos de puja. Se presentan más complicaciones cuando se efectúa la compra de varios objetos, ya sea de forma simultánea o consecutiva.

4 Puede existir poder del comprador de entidades de adquisición, por ejemplo, en los casos en los que la demanda del estado y/o las empresas controladas por el estado represente una parte importante del mercado y la demanda privada sea escasa o cuando las instituciones de adquisición cooperen para comprar bienes y servicios. Sin embargo, para llegar a esa conclusión se necesita un análisis en profundidad de la estructura de mercado. Podría haber compradores privados compitiendo con el sector público para captar la provisión de los mismos bienes o de bienes sustitutivos, y otros compradores privados o públicos fuera del territorio de la entidad de compra pública.

5 Las obligaciones de transparencia y no discriminación, junto con los requisitos formales que los procesos de adquisición han de acatar, pueden limitar el ejercicio del poder de negociación del sector. Éste es, por ejemplo, el caso de la Unión europea, donde los directivos de adquisición pública definen las reglas que todas las autoridades de contratación han de seguir.

Modelos de licitación estándar

Existe mucha literatura sobre la oferta en las subastas y adquisiciones que identifica cuatro principales modelos de licitación⁶. Estos cuatro modelos se pueden clasificar en modelos de oferta *abiertos* y *dinámicos* (en los que los participantes pueden presentar una serie de pujas hasta llegar a su propio valor máximo y el contenido de sus pujas se conoce públicamente) y modelos de oferta *sellados* y *estáticos* (en los que cada participante realiza de forma simultánea su “mejor y definitiva” puja, que es secreta⁷):

- *Subasta ascendente*. En una subasta ascendente el precio se eleva hasta que únicamente queda un postor y la oferta mayor representa el precio final.
- *Subasta descendente*. En una subasta descendente el precio se baja hasta que un postor se pronuncie mediante un grito y ése resulta ser el precio final.
- *Subasta de puja sellada al primer precio*. En este modelo, cada postor presenta una única puja sin conocer las otras; el postor más fuerte gana y paga su puja.
- *Subasta de puja sellada al segundo precio*. En este modelo, cada postor presenta una única puja sin conocer las otras pujas; el postor más fuerte gana, pero paga la cantidad de la segunda puja más alta.

A lo largo de los años el número de variaciones en estos cuatro básicos modelos de licitación se ha incrementado, dando lugar a modelos híbridos, tales como la *Subasta angloholandesa*, que captura características del modelo ascendente (a menudo llamado “inglés”) y del modelo sellado (u “holandés”)⁸. En una licitación anglo-holandesa el licitador comienza realizando una subasta ascendente en la que el precio se sube continuamente hasta que todos los pujadores, menos dos, hayan abandonado. Se les pide entonces a los dos pujadores que queden que realicen una oferta final sellada, no menor que el precio actual que se pide, luego el ganador paga su puja.

En cada uno de los cuatro modelos arriba descritos, si la cantidad para ganar el contrato depende *sólo* de las propias características del pujador, como sus propios precios, la subasta se llama *licitación de valor privado*. De forma alternativa, si la cantidad para ganar el contrato depende de factores que afecten a todos los postores, como la buena disposición para pagar de los consumidores y el futuro comportamiento de los reguladores, la subasta es una *licitación de valor común*⁹.

A pesar de las aparentes diferencias entre los cuatro modelos de licitación estándar, es posible agruparlos en dos categorías muy similares en términos de estrategias de puja y resultados.

Tanto en una *subasta inglesa* como en una *subasta de puja sellada al segundo precio*, cada postor permanece en el proceso de puja hasta que el precio alcance el propio valor del postor. Después de que el **postor** con la segunda mayor valoración abandone, el único postor activo que queda es el que tiene la mayor valoración. Gana el precio igual a (o quizás sólo ligeramente mayor que) la segunda mayor valoración. La diferencia entre los dos modelos es que en una *subasta de puja sellada al segundo precio* el postor que gana paga la segunda valoración más alta.

6 Para ver un debate detallado sobre los modelos de licitación y puja, consultar la OECD, Mesa redonda sobre la competencia en mercados de licitación, nota introductoria de la secretaría, DAF/COMP(2006)27.

7 Como se discutirá más adelante, la transparencia y la disponibilidad de información veraz en el proceso de licitación son, en varios sentidos, elementos clave en el diseño de subasta y adquisición.

8 Este modelo fue propuesto por primera vez en Klemperer (1998).

9 *Los valores asociados* se refieren a la situación intermedia entre valores puramente privados y valores puramente comunes (que pueden considerarse casos especiales del concepto general de valores asociados).

En una *subasta holandesa* y en una *subasta de puja sellada al primer precio*, los postores deben practicar la compensación pujando más alto, aumentando así las probabilidades de ganar, en vez de pujar bajo e incrementar el valor ganador. El postor con la puja más alta gana y paga su puja, aunque no se trate necesariamente del postor con la valoración más alta. Su puja es menor que su valoración.

13. Los distintos modelos de licitación estándar son muy similares en términos de resultados. Producen los mismos ingresos previstos bajo determinadas condiciones y repercuten en cada postor realizando el mismo pago previsto como función de su información sobre el valor del objeto. A esto se le llama *teorema de equivalencia de ingresos*.

14. Pero el “teorema de equivalencia de ingresos” no implica que todos los modelos de licitación sean iguales desde el punto de vista de la política de competencia. Como discutiremos más adelante, *los concursos abiertos* son más susceptibles de colusión que los *concursos de puja sellada*. De forma similar, *las negociaciones privadas* con proveedores potenciales comportan menos probabilidades de conducir a colusión que los procesos de concurso público.

Diseño de licitación y competencia en México

Recientemente la Comisión de Competencia Federal (CCF) en México ha realizado grandes esfuerzos legales para incrementar la competencia en la adquisición de productos farmacéuticos. Después de formar un equipo multidisciplinar, y revisar anteriores estrategias de compra de instituciones públicas, se llegó a dos conclusiones clave:

1. Los precios pagados por productos farmacéuticos equivalentes varían significativamente entre instituciones, lo cual indica que se pueden ahorrar sumas importantes mediante la puesta en práctica de estrategias que permitan a todas las instituciones la realización de compras a los precios más bajos; y
2. Los diseños de licitación no están sacando el mayor partido de la competencia entre proveedores alternativos; esto se cumple incluso en las instituciones que paguen el precio más bajo.

Basándose en estas conclusiones, el equipo se centra ahora en diseñar e implementar estrategias de compra específicas y diseños de licitación para impulsar el nivel de competencia en este sector. Por supuesto, tales esfuerzos parecen especialmente significativos, dado que el gasto público en productos farmacéuticos en México en 2006 fue de aproximadamente 2,3 mil millones de dólares estadounidenses.¹⁰

2.2 Las preocupaciones de la competencia afloran en la adquisición pública

15. Generalmente, las preocupaciones de competencia que pueden surgir de la adquisición pública son las mismas que pueden surgir en un contexto de mercado “normal”.

16. La preocupación primordial con la adquisición pública es que, debido a que las normas convencionales que regulan la adquisición pública facilitan la comunicación entre rivales, pueden llegar a promover la colusión entre postores y reducir por lo tanto la rivalidad, con efectos perjudiciales en la eficiencia del proceso de adquisición¹¹. Especialmente en los ejemplos en los que la entrada es difícil y cuando la licitación no se basa en una competencia del tipo “el ganador se lo lleva todo”¹², la colusión

10 OECD, mesa redonda sobre adquisición pública – El papel de las autoridades de competencia en la promoción de la competencia – México, DAF/COMP/WP3/WD(2007)40.

11 Para consultar una perspectiva general de la colusión en la adquisición ver Albano et al. (2006) y la literatura allí citada.

12 La competencia es del tipo “el ganador se lo lleva todo” cuando cada participante gana todo o nada.

puede aflorar fácilmente tanto en subastas y procesos de licitación como en mercados económicos “normales”¹³.

17. Para poder conseguir y mantener en el tiempo un equilibrio colusorio, han de aplicarse una serie de condiciones acumulativas.

- Las partes en colusión deben poder ponerse de acuerdo sobre una “política común” (o sea, una estrategia de puja común).
- Las partes en colusión han de poder controlar que las otras empresas adopten la citada política común.
- Las consecuencias del desvío de la política común (o sea, castigo y represalias) han de ser lo suficientemente severas y creíbles.
- Las reacciones previsibles, tanto de los clientes como de los participantes actuales y futuros no deberán debilitar la política común.

18. Las listas de control de factores estándar usadas para detectar el riesgo de aparición de un resultado colusorio (o sea, el cumplimiento de las condiciones acumulativas arriba citadas) son también adecuadas para predecir la posible aparición de un resultado colusorio en mercados de adquisición pública. Existen varios factores que podrían facilitar la formación de un resultado colusorio, aunque no todos esos factores han de estar presentes necesariamente para que se produzca la colusión.

19. A continuación se discuten brevemente los principales factores.

2.2.1. Estructura de mercado y concentración de mercado

20. Por intuición, cuantos menos proveedores existan, más fácil será su colusión. Una regla de manual en cualquier mercado es que la existencia de más proveedores contribuye a una competencia más intensa, dando lugar a precios más bajos y a una mejor calidad.

21. Asimismo, si la participación en un concurso se limita a un reducido número de postores, los costes para organizar un cártel sostenible serán más bajos; será más fácil para ellos encontrar términos de coordinación y controlar que tales términos sean realmente respetados por cada postor; los mecanismos de castigo serán más efectivos ya que las empresas colusorias estarán expuestas a pérdidas mucho mayores. En general, un concurso con pocos postores presenta el riesgo de no ser rentable para la entidad de adquisición, además de potencialmente ineficaz¹⁴.

22. A la inversa, si la participación en el proceso de adquisición es amplia, los postores tendrán mayores incentivos para desviarse de cualquier acuerdo colusorio para intentar ganar el concurso. El control de estas desviaciones será mucho más difícil. Los alicientes para la práctica de *estafa* serán mayores y la estabilidad de la colusión de los postores más débil.

13 OECD, Mesa redonda de competencia in mercados de puja, Nota del Prof. Klemperer, DAF/COMP/WD(2006)72.

14 Bulow y Klemperer (1996).

2.2.2. *Transparencia de mercado*

23. Se puede alcanzar y mantener la colusión si las empresas cuentan con una información completa y perfecta sobre las principales variables de competencia. La transparencia en el mercado permite a las empresas alinear sus estrategias más fácilmente, así como detectar rápidamente y castigar cualquier desviación de los términos de colusión acordados.

24. Esto quiere decir que un incremento de la transparencia en los concursos, como por ejemplo la existencia de información sobre los términos y condiciones ofrecidos tanto por postores ganadores como perdedores, puede aumentar el riesgo de colusión. Como discutiremos más adelante, existe un claro equilibrio entre la reducción de transparencia para mantener la colusión bajo control y el incremento de la transparencia para controlar la corrupción y el favoritismo.

2.2.3. *Barreras a la entrada y participación*

25. Por norma general, si las barreras a la entrada son bajas o si existen productos sustitutivos, la colusión no prosperará. Si, por el contrario, existen altas barreras a la entrada protegiendo a los que dominan de mercado de la presión competitiva de nuevos candidatos potenciales, es más posible que se alcance un resultado colusorio y que éste se mantenga lo suficientemente estable en el tiempo¹⁵.

26. El sector público puede levantar barreras para entrar en un mercado de adquisición si adopta prácticas de adquisición que tengan el efecto de restringir la participación en concursos públicos¹⁶. Es importante que las condiciones de acceso al proceso de concurso no restrinjan la participación de forma innecesaria. Si son injustificadamente selectivas, dichas condiciones podrán ser vistas como una barrera a la entrada en el mercado de adquisición.

Colusión y barreras a la entrada en Brasil

Aunque a menudo se dice que las altas barreras a la entrada tienen como consecuencia un mayor éxito de la colusión, no siempre es necesariamente el caso. En vez de eso, los participantes en el cártel podrán intentar manipular los requisitos que las empresas necesitan cumplir para excluir a la competencia como demuestra el siguiente caso de Brasil.

En octubre de 2003, la Secretaría de Derecho Económico (SDE) abrió procesos administrativos a 21 empresas, tres asociaciones comerciales y 30 particulares para investigar un supuesto cártel colusorio en licitaciones con 16 años de existencia en el que estaban implicadas compañías de seguridad. Los objetivos de este cártel eran una serie de concursos públicos organizados principalmente por la Superintendência Regional da Receita Federal de Rio Grande do Sul y la Secretaria Municipal de Saúde de Porto Alegre.

15 En los mercados de adquisición, por ejemplo, si las barreras a la entrada son bajas o no existen, entonces no importaría que los postores sin éxito en un concurso público se vieran forzados a abandonar el mercado – la amenaza de una competencia potencial por parte de nuevos participantes persistiría y constreñiría el poder de mercado de las empresas en el mercado. Si la amenaza planteada por un nuevo participante no es creíble por sus altos costes de entrada, los implicados probablemente alcanzarán y mantendrán un acuerdo de colusión.

16 Esto se debe a que el sector público puede ser más reacio al riesgo que el comprador privado. Cualquier adquisición fallida que ponga en peligro la capacidad del sector público para proporcionar servicios al público es más que evidente, y puede tener importantes efectos perjudiciales. Como resultado, evitar fracasos es una prioridad del sector público. Este hecho puede conducir a un incentivo demasiado fuerte de limitación de la participación en concursos públicos a empresas grandes y reputadas, o a quedarse con proveedores obligatorios.

En octubre de 2003, uno de los miembros del cártel decidió aplicar el Programa brasileño de lenidad, para obtener total inmunidad a las multas administrativas y a las sanciones criminales. Fue el primer acuerdo de indulgencia firmado por las autoridades brasileñas. Para poder obtener una total inmunidad, el beneficiario del programa de lenidad presentó pruebas directas de la colusión en las licitaciones, incluyendo testimonios de los empleados y grabaciones de conversaciones telefónicas, mantenidas entre los empleados del beneficiario y los otros participantes en el cártel.

La entrada en el mercado en cuestión fue fácil, aparentemente: había un importante número de empresas de seguridad con actividades en Rio Grande do Sul (60 aproximadamente), además no se contaba con un servicio sofisticado. La investigación indicaba que los demandados adoptaron una serie de estrategias para desanimar a otras empresas a que participasen en los concursos públicos para servicios de seguridad. Por ejemplo, crearon una reputación de práctica de fijación de precios depredadores para eliminar a los competidores potenciales. Sin embargo, lo interesante es que si bien la entrada en el sentido tradicional fue sencilla, los participantes de la colusión en procedimientos de licitación intentaron manipular los requisitos que una empresa debía cumplir para estar calificada para la participación en los concursos públicos. También fue notable el hecho de que, según el beneficiario del programa de lenidad, la conspiración también supuso corrupción.

En septiembre de 2006, la SDE completó su investigación y llegó a la conclusión de que 12 empresas, 12 particulares y tres asociaciones comerciales resultaban responsables de colusión en licitaciones, y pasó el caso al Tribunal antitrust de Brasil (CADE) para la obtención de una sentencia final. Aunque no se han realizado más investigaciones hasta el momento, algunas pruebas indican que los precios en concursos públicos para servicios de seguridad en Rio Grande do Sul han bajado después de la acción legal de la SDE.¹⁷

27. Por otra parte, diseñar concursos públicos únicamente para aumentar el número de postores no implica necesariamente un aumento de la competencia en los casos en los que los postores adicionales se muestran más débiles. Para incrementar la competencia, los procesos de adquisición deberían estar diseñados para garantizar la participación de los postores “adecuados” para los bienes o servicios sacados a concurso, en vez de para “cualquier” pujador¹⁸.

2.2.4. Competencia residual

28. Para que la colusión sea sostenible en el tiempo es necesario que los participantes se encuentren en posición de subir precios conjuntamente en el mercado al nivel de monopolio. El número y la fuerza de los *ajenos* al acuerdo colusorio es un factor importante a la hora de calcular si la colusión es un posible resultado de mercado.

29. A este respecto, el sector público puede organizar concursos públicos para alterar la estructura de mercado mediante la adjudicación de contratos a un número mayor de empresas y manteniendo por lo tanto la diversidad por parte de la provisión de productos y servicios. O, incluso sin hacer rotar a los proveedores en el mercado, la adquisición pública no debería incrementar la distancia existente entre los líderes de mercado y otros proveedores, o crear medidas ventajosas de mandato para proveedores en futuros concursos.

2.2.5. Poder del comprador

30. Si el comprador goza de algún grado de poder de mercado, podría usarlo para desestabilizar cualquier posible acuerdo colusorio entre los vendedores. Por lo tanto, el poder del comprador se puede

17 OECD, mesa redonda sobre adquisición pública – El papel de las autoridades de competencia en el fomento de la competencia – Brasil, DAF/COMP/WP3/WD(2007)18.

18 Esto puede resultar de gran importancia para establecer los criterios previos de cualificación de las condiciones para los concursos restringidos, que no sólo determinan el posible número de postores, sino también sus características.

usar para hacer que los proveedores compitan de forma más enérgica, haciendo peligrar los intentos de colusión.

31. En el caso de la adquisición pública, puesto que la entidad compradora es el sector público, éste podría gozar de poder de compra en virtud del tamaño de su demanda o debido a su importancia como cliente. En los casos en los que el sector público, a través de su adquisición, ejerce poder de mercado compensatorio, mantiene un control en el poder de mercado de los proveedores, haciendo que los proveedores compitan más enérgicamente por los contratos públicos, algo que en una situación distinta no harían. El ejercicio del poder de mercado compensatorio puede mantener un mercado competitivo a largo plazo, o incluso puede ayudar a nuevos proveedores a vencer barreras a la entrada.

32. Sin embargo, ya que las decisiones de adquisición pública pueden no estar necesariamente impulsadas por un deseo de maximizar beneficios¹⁹, el sector público puede considerarse con menos poder de atracción en el ejercicio del poder de comprador con el objetivo de ganar ventaja sobre otros compradores de bienes y servicios similares. A este respecto, es también importante que el marco regulador aplicable a la adquisición pública deje suficiente flexibilidad a la entidad de adquisición para ejercitar su poder de mercado compensatorio.

2.2.6. *Estabilidad de las condiciones de mercado*

33. Resulta más fácil coordinar las estrategias respectivas en un mercado cuyas condiciones (o sea, las funciones de demanda y oferta) sean relativamente estables.

34. Si tales variables tienden a cambiar con frecuencia, es decir, que la demanda es impredecible, volátil o desigual y que las condiciones de oferta cambian de manera constante, será difícil saber si las desviaciones de los términos colusorios pactados se deben a un intento poco convencional por ganar participaciones de mercado (y por lo tanto deberían ser castigadas) o si son meras reacciones a un choque de la demanda para encontrar un nuevo equilibrio.

35. En un contexto de adquisición pública, los incentivos para los competidores que hagan una oferta más baja son mayores si hay una alta demanda en este momento, aunque se espere que baje en un futuro. Esto quiere decir que un flujo de demanda constante y predecible por parte del sector público podría aumentar el riesgo de colusión.

2.2.7 *Interacción repetida y contactos multimercado*

36. Un equilibrio colusorio sólo será posible si las mismas empresas se reúnen con regularidad e interactúan en el mercado. Sólo en este caso, son empresas capaces de adaptar su respectiva estrategia al actuar y reaccionar ante las estrategias de los competidores.

37. Por lo tanto, la colusión en la adquisición pública se mantiene más fácilmente cuando los **postores** interactúan repetidamente, ya sea en el mismo mercado y en el tiempo, o en diferentes mercados (se llaman *contactos multimercado*), ya que la interacción de forma repetida permite que los postores observen sus respectivos modelos de puja y hace posible un mayor castigo efectivo de las empresas que

19 El sector público puede perseguir una serie de objetivos de política mediante su adquisición, como una discriminación medioambiental positiva u objetivos de política industrial. Tales objetivos podrían llevar a un impacto adverso en la competición o quizás incluso necesiten de restricción o distorsión de la competencia entre proveedores. Éste podría ser por ejemplo el caso si el proceso de adquisición fuese a aumentar la distancia entre las empresas pequeñas y las grandes dentro de un mercado o a forzar a algunas empresas a abandonar el mercado totalmente.

intentan pujar bajo el nivel de colusión. Por ejemplo, la escisión de un requisito en múltiples concursos puede incrementar el riesgo de colusión.

2.2.8. *Simetría entre empresas*

38. De forma intuitiva, la colusión resulta más sencilla si las empresas son similares.

39. En caso de que existan diferencias significativas en el tamaño, participación de mercado y estructura de coste de las empresas en colusión, la estrategia colusoria probablemente no se mantendrá en el tiempo. Las asimetrías, que posiblemente se traduzcan como diferencias en las participaciones de mercado, pueden impedir que las empresas distribuyan correctamente la reducción del rendimiento requerido para obtener el incremento del precio deseado.

2.3 *Otras consideraciones relacionadas con la política de adquisición y la competencia*

40. La política de adquisición pública puede afectar a la competencia de diversas formas²⁰. Los efectos a corto plazo en la competencia entre proveedores potenciales, o sea, los efectos sobre la intensidad de la competencia entre proveedores existentes en un concurso particular representan uno de los posibles efectos, aunque no el único. La adquisición pública puede tener otros efectos a plazos mayores sobre la competencia ya que la adquisición pública puede afectar a rasgos importantes de un sector de la industria (como el grado de innovación, el nivel de inversión, la integración vertical, etc.). Esto, a su vez, se reflejaría en el nivel de competencia en futuros concursos.

41. La lucha y la prevención del fraude y la corrupción en la adquisición pública es otra importante consideración. Mientras que, en teoría, no debería existir un balance entre el aumento de la competencia y la reducción de la corrupción, alguno de los posibles enfoques que se discutirán más adelante para reducir la colusión en la adquisición pública pueden incrementar la corrupción. La intersección entre estos dos objetivos de política es por lo tanto delicado y los países latinoamericanos deberían explorar formas para aumentar la competencia sin poner en peligro los esfuerzos por controlar la corrupción y el favoritismo.

2.3.1. *Efectos a largo plazo de la adquisición al nivel de la competencia*

42. Mediante su política de adquisición pública, el sector público puede alterar la estructura del mercado y los incentivos de empresas para que compitan con mayor o menor fiereza a la larga. Por lo tanto la política de adquisición podría usarse para dar forma a los efectos de mayor plazo en la competencia en un sector de la industria.

43. La política de adquisición pública, por ejemplo, puede tener importantes efectos a largo plazo en el nivel de inversión privada o pública, en la velocidad y calidad de la innovación y, de forma general, puede afectar a la totalidad de la competitividad de un mercado, es decir, los efectos que consiguen cambios en la estructura del mercado y la tecnología causados por la adquisición pública, que se reflejarían, por ejemplo, en el nivel de competencia en futuros concursos.

- *El nivel de inversión en el mercado.* Un enfoque demasiado fuerte en concursos públicos sobre el precio como criterio de concesión puede desanimar a las nuevas inversiones a la hora de mejorar la calidad o la gama de los productos y servicios ofrecidos, ya que los postores quizás no puedan recuperar sus costes. Al mismo tiempo, una demanda importante del sector público puede usarse para ofrecer incentivos para la inversión, y como no, para

20 Informe Econ (2004).

garantizar que la capacidad a largo plazo sea suficiente para satisfacer las necesidades del sector público.

- *El ritmo y calidad de la innovación.* En los casos en los que la adquisición pública se usa para fomentar la innovación, también se podría reducir el riesgo de colusión ya que aumenta los incentivos para desviarse de un acuerdo colusorio. En los mercados en los que la innovación es importante, la coordinación puede resultar más difícil ya que las innovaciones, sobre todo las importantes, podrían permitir que una empresa tenga ventaja sobre sus rivales.
- *Integración vertical.* Mediante concursos de paquetes de productos o servicios relacionados de forma vertical, el sector público favorece las decisiones a largo plazo de las empresas para su integración vertical²¹. A la inversa, al insistir en la compra de servicios no agrupados, el sector público puede eliminar o debilitar incentivos para la integración vertical. Se trata de una decisión de política que puede tener un importante impacto en la estructura de provisión, es decir, puede limitar el número de competidores a largo plazo y al final podría forzar a pequeñas empresas (no integradas verticalmente) a salir del mercado, a pesar de que ellas puedan ofrecer bienes o servicios específicos dentro de la cadena de forma más eficaz.

44. Las consecuencias a largo plazo para la rivalidad y competitividad de estas opciones en un determinado sector de la industria son obvias.

2.3.2. *Política de adquisición, política de competencia y corrupción*

45. En muchos países existe la percepción de que la corrupción y el favoritismo representan un problema más importante en la adquisición pública. Esto se debe a que la adquisición pública tiende a comportar grandes operaciones y esto aumenta la tentación de los agentes públicos (concretamente en los países en los que el nivel de compensación para los funcionarios es bajo) de incurrir en prácticas de corrupción²².

46. La corrupción aparece en la adquisición cuando el agente del adquirente responsable de una adquisición está influenciado a la hora de diseñar el proceso de licitación o de alterar el resultado del proceso para favorecer a una empresa en particular a cambio de sobornos u otras recompensas²³. Por lo tanto, la política de adquisición pública ha de prestar un cuidado especial para evitar casos en los que se pueda dar corrupción.

47. La corrupción de agentes públicos no es solamente un hecho lamentable en sí, sino que tiene un impacto en la asignación eficiente de la adquisición. Por definición, la corrupción en la adquisición conlleva una distribución de contratos diferente de la que se habría obtenido mediante el proceso competitivo. La corrupción, en vez de dirigir la asignación del contrato a una empresa que no es el postor con el precio más bajo, la dirige a la empresa que ha ofrecido el soborno. En este sentido, la corrupción en

21 A corto plazo, las empresas sin integración vertical pueden tener relaciones comerciales con concursos de paquetes de productos formando consorcios de licitación. Esta posibilidad y sus efectos en la competencia se discuten en la sección 3.4.

22 Ver Jenny, F. “La competencia y consideraciones anticorrupción en la adquisición pública”, en la OECD (2005), “Luchando contra la corrupción y fomentando la integridad en la adquisición pública”.

23 Los ejemplos pueden incluir la redacción de las especificaciones de forma que excluyan a otras empresas de la competencia por el contrato o acorten el periodo de respuesta para limitar el número de postores posibles.

la adquisición pública implica una distorsión de la competencia. Así, las medidas contra la corrupción y las prácticas anticompetitivas son políticas altamente complementarias.

48. Sin embargo, es cierto que algunas de las propuestas para intentar reducir la colusión, que serán discutidas más adelante, podrían no facilitar la batalla contra la corrupción y el favoritismo. Por ejemplo:

- Llegaremos a la conclusión de que la total transparencia de los resultados de los concursos puede facilitar la colusión y recomendaremos que las agencias de adquisición no revelen información como la identidad de los postores y las condiciones de cada puja. Sin embargo, la reducción del grado de transparencia del proceso de concurso podría afectar a la probabilidad de corrupción, ya que una menor transparencia ofrece oportunidades para un tratamiento discriminatorio.
- De forma similar discutiremos la posibilidad de celebrar menos concursos aunque mayores, como forma de aumentar la competencia y la rivalidad. Aunque esto se traduce en que las cantidades en juego serán mayores y por lo tanto, los incentivos para la corrupción pueden aumentar.

49. Por consiguiente, en la práctica, existen equilibrios entre el aumento de la competencia y el deseo de minimizar la colusión. Aunque se podría controlar la corrupción y el favoritismo sin una transparencia absoluta, limitando la información a entidades de supervisión de adquisición designadas para tal fin. Esto puede implicar la creación de un cuerpo de control exento para monitorizar la conducta de los agentes de licitación a la vez que se limita la información pública sobre la licitación.

El Bundeskartellamt alemán actúa como Tribunal de Adquisición Pública

En Alemania, por ejemplo, la autoridad de competencia cuenta con tres cámaras de adquisición pública que actúan como una comisión inspectora de la adquisición pública (esto es; como un tribunal de apelación contra las decisiones de las entidades de adquisición pública). Las directrices de los tribunales de adquisición pública del Bundeskartellamt son: competencia, transparencia, no-discriminación y procedimientos de concurso justos.

En Alemania, los contratos públicos han de ser principalmente concedidos bajo condiciones de competencia mediante concurso público de una forma transparente y no discriminatoria. En principio, el contrato se concede al postor que presente la oferta económicamente más ventajosa.

Los tres tribunales de adquisición pública existentes en el Bundeskartellamt, revisan, previa petición, que las entidades de contratación pública hayan cumplido con sus obligaciones en el proceso de concesión. Los tribunales tienen derecho a tomar las medidas pertinentes para remediar la violación de derechos y prevenir cualquier perjuicio de los intereses afectados.

50. Algunos países han promulgado una legislación específica cuyo objetivo es la lucha contra la colusión, en los casos en los que los agentes de adquisición pública estén directamente involucrados en la organización de la colusión en licitaciones. Mientras que la conducta anticompetitiva de las empresas implicadas está reflejada por lo estipulado en las leyes de competencia, las autoridades de competencia normalmente no pueden causar ningún daño a la conducta ilegal de los agentes oficiales involucrados²⁴. Japón es un ejemplo de país en el que la autoridad de defensa de la competencia cuenta con ciertos poderes legales contra los agentes públicos implicados en la colusión en procedimientos de licitación.

24 Éste es, a menudo, el caso ya que la corrupción está considerada en muchos países como un delito, que se persigue bajo el sistema general de cumplimiento del derecho penal.

La ley de prevención de participación japonesa

Para solucionar el recurrente problema de la participación de agentes de licitación en la colusión en procedimientos de licitación, en 2002 Japón promulgó una nueva ley (la Ley sobre la eliminación y prevención de participación en licitaciones colusorias) que permite a la Comisión Japonesa de Mercado Federal (JFTC) emprender acciones contra los agentes públicos involucrados en colusión en licitaciones.

La nueva ley permite a la JFTC solicitar a la dirección de las instituciones de adquisición involucradas la investigación de la supuesta mala conducta de sus empleados, así como tomar todas las medidas necesarias para eliminar su participación en colusión en licitaciones. La medida adoptada debe hacerse pública.

Además, después de que la investigación hubiese confirmado la participación de agentes públicos en colusión en licitaciones, bajo la nueva ley, la administración tiene derecho a pedir a los empleados involucrados, compensación por los daños ocasionados.

51. Otros países han, por fin, promulgado una legislación específica con el objetivo de incrementar la transparencia en concursos públicos explícitamente para impedir un comportamiento discriminatorio por parte de la entidad pública. Tal legislación puede tener otros objetivos tácticos en mente y pueden no estar necesariamente diseñados para impedir o tratar con un comportamiento anticompetitivo. Éste es, por ejemplo, el caso del marco regulador Europeo sobre adquisición pública, que se ha diseñado principalmente para asegurar una participación abierta en concursos por parte de cualquier postor de la UE que esté interesado y empresas que reúnan los principios generales de transparencia, no discriminación, igualdad de trato, reconocimiento mutuo y proporcionalidad, como se establece en el Tratado de la CE y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo.

3. Cómo reducir los riesgos de colusión en licitaciones y maximizar la competencia en la adquisición pública

52. Hemos percibido que las legislaciones nacionales que regulan la adquisición pública pueden limitar las opciones estratégicas del sector público al enfrentarse a una conducta anticompetitiva en un marco de adquisición. A menudo se da el caso de que el sector público está sujeto a los requisitos de transparencia y sus decisiones normalmente se encuentran constreñidas por la legislación y por regulaciones y procedimientos administrativos detallados. Como acabamos de discutir, mientras que estas reglas se establecen para evitar el tratamiento discriminatorio y el favoritismo, pueden limitar las oportunidades del sector público de reaccionar estratégicamente al hacer frente a una cooperación ilegal entre proveedores potenciales en busca de un incremento de beneficios.

53. Es, por lo tanto, importante que el marco legislativo y regulador para la adquisición pública esté diseñado de manera que permita una cierta flexibilidad por parte del comprador. A este respecto, un exceso de estandarización puede ser algo negativo. Por el contrario, un aumento de flexibilidad para las entidades de adquisición, por ejemplo introduciendo nuevos y diferentes procesos de adquisición (o sea, subastas inversas o negociaciones directas) o permitiendo que la entidad de adquisición se adapte a los procedimientos de adquisición habituales según la situación de mercado a la que haga frente; puede ser algo positivo.

Defensa mexicana y regulación de la adquisición pública

El gasto público en productos farmacéuticos, así como otros gastos públicos en bienes y servicios, están regulados por la Ley de Adquisiciones, Leasing y Servicios del Sector Público (Ley de Adquisición o LA), sus Reglamentos (RLA), y provisiones asociadas bajo pactos de libre comercio (PLCs).

La LA establece que, como norma general, el gasto público en productos farmacéuticos ha de ser distribuido mediante subastas públicas y que todos los proveedores han de enfrentarse a condiciones similares.

Entre otras normas, la LA y sus reglamentos exponen las siguientes normas de subasta general:

- Las pujas son secretas (puja sellada) y los contratos se conceden a las pujas más bajas.
- Los contratos pueden concederse a dos o más postores (provisión múltiple) en caso de que sus pujas no difieran en más del 5% con respecto a la puja más baja. El postor ganador recibiría el 50% o más de la participación del contrato y el resto de los participantes recibirían participaciones previamente especificadas en las normas de la subasta.
- Dos o más personas o empresas puede presentar pujas conjuntas sin la necesidad de constituirse como una sola empresa.
- Las entidades gubernamentales pueden establecer un precio máximo, como referencia para que los postores ofrezcan porcentajes de descuento.
- Las entidades que convocan licitaciones deben verificar que los precios ofertados no se encuentren por debajo de los costes, y pueden desestimar concursos por motivos de insolvencia.
- La mayoría de los contratos de adquisición pública se reservan a ciudadanos mexicanos y bienes con un contenido nacional del 50 por ciento.

La CFC ha hecho públicas varias opiniones acerca de las características particulares del marco regulador que fomentan la conducta colusoria, como explicamos a continuación.

- La característica de provisión múltiple limita la competencia del precio y sienta las bases preliminares para los acuerdos (implícitos o explícitos) sobre la participación de mercado. En casos extremos, las pujas son idénticas y el contrato de adquisición se distribuye entre los postores más bajos a partes iguales.
- Las pujas conjuntas pueden ser un simple mecanismo de colusión. Estas pujas sólo deben permitirse en la medida en que no tengan un efecto negativo en el proceso competitivo.
- El marco regulador no expone un criterio para garantizar que los precios de referencia se establezcan a un nivel lo suficientemente bajo; de ahí que los precios máximos puedan usarse como una sencilla referencia para que los postores coludan en precios.
- La prohibición de pujar por debajo del coste puede eliminar la competencia de los postores de precio bajo, y limita el poder de las subastas como un mecanismo eficiente para descubrir información de mercado. Esta prohibición comporta un enfoque más riguroso que la prohibición de precio depredador concebida bajo la legislación de la competencia, que está sujeta a una norma de análisis de razón.²⁵

25 OECD, mesa redonda sobre la adquisición pública – El papel de las autoridades de competencia en la promoción de la competencia – México, DAF/COMP/WP3/WD(2007)40.

54. En la práctica, los riesgos de competencia en adquisición pública se pueden reducir mediante la consideración cautelosa de las varias características de la licitación y su impacto sobre la probabilidad de colusión. El diseño de la subasta y los concursos de adquisición pensando en la colusión puede contribuir de manera significativa a la lucha contra un comportamiento anticompetitivo, ya que permite la creación de un entorno en el que la habilidad de los postores y los incentivos para alcanzar acuerdos colusorios, si no se eliminan, se reducen considerablemente.

55. Dentro de los límites establecidos por las leyes nacionales y los reglamentos sobre adquisición pública, las agencias de adquisición pueden hasta cierto punto, tener influencia sobre la forma en que se organizan y se llevan a cabo los procedimientos de oferta. Están, por consiguiente, en una posición privilegiada para dificultar la formación de cárteles. Con frecuencia, las agencias de adquisición representan también las autoridades mejor situadas para detectar signos de actividades ilegales, ya que pueden observar modelos en los procesos de licitación que pueden indicar actividad colusoria ilegal.

56. En muchos ejemplos, en cambio, los agentes de adquisición no están lo suficientemente alertados de los factores que favorecen la colusión, así que no pueden prevenir la aparición de dichas condiciones de manera efectiva. De forma similar, la mayoría de los agentes de adquisición no están lo suficientemente alertados del comportamiento sospechoso que tiene lugar durante el concurso, así que no pueden intervenir para bloquearlo. Es ésta una zona en la que las autoridades de competencia pueden (y deben) jugar un más que beneficioso papel si cooperan estrechamente con las agencias de adquisición en todas las fases del proceso de adquisición y extienden sus programas de concienciación en un esfuerzo por luchar contra la colusión en licitaciones de forma más efectiva.

3.1 Creciente concienciación de los agentes de adquisición pública y los postores de los riesgos y consecuencias de la colusión en licitaciones

57. Se llevan a cabo muchos concursos de adquisición pública por municipios o pequeñas agencias que pueden no contar con el conocimiento sobre cómo diseñar un proceso de licitación eficiente, cómo minimizar la colusión y cómo detectarla. Un proceso de educación para cuerpos de adquisición pública puede ser, por lo tanto, importante.

58. En el contexto global de la lucha contra cárteles, muchas autoridades de competencia se implican directa o indirectamente en los esfuerzos legales para aumentar el nivel de concienciación sobre los riesgos de colusión en concursos de adquisición. Algunas de las autoridades cuentan con programas educativos de colusión en licitaciones para agencias de adquisición. Esta educación, como mínimo, podría ser un documento escrito por la autoridad antitrust en el que se describa la colusión y la colusión en licitaciones, las formas que puede tomar y cómo detectarla. Las autoridades de competencia pueden también desarrollar una especie de guía operativa para las agencias de adquisición y los agentes, es decir un compendio común de normas de adquisición que se podrían aplicar en licitaciones y concursos de adquisición.

Esfuerzos portugueses para formar a agentes de adquisición

La autoridad portuguesa de defensa de la competencia (APC) ha aprobado y publicado un documento que contiene lo que considera las mejores prácticas para promover la competencia en adquisición. El documento enumera y describe las formas más comunes de prácticas colusorias. Además, el documento de las mejores prácticas identifica circunstancias que podrían indicar que las empresas han incurrido en un comportamiento anticompetitivo así como una lista de control que puede ser usada por agentes de adquisición para evaluar una situación. La lista de control se ha dividido en cuatro partes que tratan temas relacionados con el número de empresas que pujan, los términos de las propuestas, el coste de ofrecer el bien o servicio, y las relaciones entre los postores.²⁶

59. Los países latinoamericanos también deberían considerar el refuerzo de las redes nacionales para combatir la colusión en la adquisición pública mediante el intercambio de información entre las agencias implicadas en la adquisición pública y las autoridades de competencia. Tanto las autoridades de competencia como las de adquisición se beneficiarían del aumento de interacción entre ellas. Éste sería el caso, por ejemplo, de los mercados donde las autoridades de competencia ya han encontrado ejemplos de colusión en licitaciones, concretamente si existe prueba de que los miembros de la red obtienen una parte importante de sus negocios de las autoridades públicas y que luego existe riesgo de reincidencia.

60. La propugnación de competencia por autoridades de competencia (y por supuesto por parte de las agencias de adquisición) también se puede dirigir a empresas privadas, en concreto a aquéllas que son frecuentemente activas en los mercados de licitación. Si bien este esfuerzo podría resultar costoso en términos de recursos y tiempo, puede tener efectos beneficiosos a largo plazo. Se podrían concebir diferentes maneras en las que esto se pudiese conseguir, incluyendo las siguientes:

- Se podría requerir que, mediante el aviso de concurso, las empresas adoptasen programas de conformidad de adquisición interna como condición para pujar en concurso de adquisición pública. Dichas directrices de conformidad podrían escribirse en cooperación con la autoridad de competencia o bien ser aprobadas por la misma.
- Otra condición que se podría incluir en el aviso de concurso podría ser el requerimiento de que los individuos, dentro de las empresas, responsables de las pujas hubiesen asistido a reuniones regulares y programas que aseguren el conocimiento de las penas por colusión y colusión en licitaciones. Estos programas podrían ser llevados a cabo por agentes de la autoridad de competencia o de las agencias de adquisición o de ambas agencias a la vez.
- El aviso de concurso podría introducir penas suplementarias negando a las empresas encontradas culpables de colusión en una adquisición anterior la opción a volver a pujar durante un cierto período de tiempo²⁷. En caso de que hubiese proveedores limitados en el mercado, el aviso de concurso podría ofrecer un ajuste automático de las pujas de las empresas encontradas culpables de colusión para penalizarlas mediante el incremento del **coste** de su puja.

26 OECD, mesa redonda sobre la adquisición pública – El papel de las autoridades de competencia en la promoción de la competencia – Portugal, DAF/COMP/WP3/WD(2007)30.

27 En algunos países (p.ej. México), es la legislación nacional que regula la adquisición pública la que incluye las provisiones que inhabilitan a los pujadores de las subastas, cuando se descubre que han realizado pactos sobre precios o que han obtenido cualquier tipo de ventaja ilegal sobre los otros pujadores.

3.2. Elegir el modelo de licitación más adecuado

61. Existen numerosas formas de concursos que se podrían adoptar en el contexto de adquisición pero, como anticipábamos antes, no todos los modelos son iguales desde el punto de vista de la competencia. La elección del modelo de licitación correcto (o, mejor aún, el modelo más adecuado dadas las circunstancias de la adquisición) es por lo tanto el punto de partida de cualquier intento para impedir la colusión en adquisición pública.

62. De forma intuitiva, *los concursos abiertos* son más susceptibles de colusión que *los concursos de puja sellada*. De forma similar, *las negociaciones privadas* con proveedores potenciales llevarán con menos probabilidad a colusión que los procesos de concurso público.

63. Los concursos abiertos permiten la comunicación entre los miembros de la red durante el concurso²⁸ y por lo tanto es más fácil para ellos llegar a un acuerdo colusorio en la subasta (se llama *colusión en subasta*)²⁹. Un sistema de licitación en el que las pujas sean abiertas de forma pública con una total identificación del precio de cada postor y las especificaciones representa el instrumento ideal para la detección de la rebaja de precios³⁰. En cambio, los concursos abiertos (ascendentes o descendentes), asignarán con mayor probabilidad el contrato al postor que le dé el valor más alto, ya que el postor con mayor valor siempre tiene la oportunidad de volver a pujar hasta superar a un postor con un valor menor. Aunque existen medidas que se pueden tomar para reducir la exposición a la colusión en un concurso abierto³¹, si el riesgo de conducta anticompetitiva es importante, los agentes de adquisición deberían considerar modelos de licitación alternativos.

Reducir la competencia mediante la señalización

Las normas de licitación constriñen rigurosamente la conducta de los rivales si se comparan con mercados ordinarios. En los mercados ordinarios, las empresas pueden variar las cantidades, los precios, las variedades y el estilo. Por contraste, en las licitaciones las únicas comunicaciones son los precios (si el objeto se define) o los pares precio-cantidad (es decir, en algunas subastas multiunidad). Con menos “ruido” las licitaciones pueden permitir una comunicación más clara por medio de las ofertas. Ésta es una distinción clave entre las licitaciones y los mercados ordinarios.

La señalización permite que los postores anuncien lo que desean ganar, amenazar con represalias si se frustran sus planes, y alcanzar de ese modo un acuerdo sobre quién ganará qué. La señalización puede realizarse en medios tales

28 La claridad de las normas de licitación hace que la comunicación sea más fácil que en los mercados ordinarios. Las normas de licitación son muy estrictas con la conducta de los rivales si se comparan con los mercados ordinarios. En los mercados ordinarios, las empresas pueden variar las cantidades, los precios, variedades y el estilo. En los concursos públicos, en comparación, las únicas comunicaciones son los precios. Con menos “ruido,” los concursos públicos pueden permitir una comunicación más clara a través de pujas (se llama señalización). La señalización permite que los pujadores anuncien lo que desean ganar, amenazar con represalias si se frustran sus planes, y alcanzar de ese modo un acuerdo sobre quién ganará qué.

29 En un concurso abierto, el cártel puede usar una regla muy simple: si un miembro del cártel puja de forma activa, se revela su intención de ganar el concurso y el miembro del cártel puede acordar tácitamente no bajar sus pujas. Si un miembro del cártel se retira del concurso, entonces podrá pujar otro, pero otro miembro del cártel no podrá pujar en su contra. Así se elimina la competencia dentro del cártel durante el concurso y no es necesario expresar comunicación subjetiva o coordinación entre los miembros del cártel. Ver Kovacic et al. (2006); Klemperer (2004).

30 Stigler (1964).

31 Ver continuación del debate en la sección 3.3.

como los periódicos, tanto en licitaciones como mercados ordinarios,³² pero en las licitaciones los postores también pueden usar el proceso de puja para señalar.

Un ejemplo de señalización durante proceso de puja son las licitaciones de licencia de telecomunicaciones de DEF celebradas en Estados Unidos en 1994. Fueron subastas ascendentes simultáneas, así que la comunicación fue análoga a la negociación entre los postores. La señalización se realizó mediante la codificación en los últimos dígitos de una cantidad de puja con el nombre de otras licencias en las que bien el postor, o el postor que fuese en cabeza, estuviese interesado en ganar. Las señales se podían usar para indicar las licencias por las que los demás deberían dejar de competir, o las licencias que podrían dar lugar a una toma de represalias, o, si la puja se había efectuado y luego retirado, proponiendo una división amistosa.³³

Esta señalización tuvo su efecto. Seis de los 153 postores de la subasta señalaron con regularidad. Estos seis ganaron alrededor de un 40% del espectro disponible en términos de población cubierta. En cuanto a las licencias por las que cualquier postor podía pujar, los postores que señalaron pagaron 2,50 \$/persona en comparación con los 4,34 \$/persona pagados por los postores que no realizaron señalización. Incluso en el caso de las licencias reservadas

32 Un ejemplo sería el siguiente:

--“Estaré satisfecho con sólo dos de los doce bloques de frecuencia que se ofertan.”

--“Si los [otros cinco pujadores] se comportasen de forma similar sería posible conseguir las frecuencias en condiciones sensatas,” pero “[Yo] pujaría por un tercer bloque de frecuencia si uno de [mis] rivales lo hiciese”. (Klemperer, p. 136 citando a Crossland 2000) En el ejemplo, seis empresas ganaron dos licencias cada una a un bajo precio.

33 Ejemplo de Puja codificada de Cramton y Schwartz 2002, Tabla 1, p. 4.

Round	Marshalltown, IA 283 E		Rochester, MN 378 D		Waterloo, IA 452 E		
	McLeo	USWest	McLeod	USWest	AT&T	McLeo	USWest
24	56.000					287.00	
...					
46				568.000			
52			689.000				
55				723.000			
58			795.000				
59				875.000			313.37
60						345.00	
62			963.000				
64		62.378		1.059.000			
65	69.000						
68						371.00	

“La tabla 1 muestra todas las pujas realizadas en Marshalltown, bloque E y Waterloo, bloque E después de la ronda 24, y todas las pujas en Rochester, bloque D después de la ronda 46. USWest y McLeod se disputaban a Rochester, intercambiando pujas en las rondas 52, 55, 58 y 59. En vez de continuar en liza por Rochester, elevando el precio para finalmente ganar, USWest eliminó a McLeod de Waterloo en la ronda 59 con una puja codificada, 313,378 \$. El “378” que significaba mercado 378—Rochester. La puja de USWest reveló que McLeod estaba siendo castigado en Waterloo por pujar por Rochester. En la ronda 60, McLeod retomó Waterloo, pujando 345,000 \$, 58,000 \$ más que su puja de la ronda 24. Pero McLeod aún no concedió Rochester—realizó otra puja sobre Rochester en la ronda 62. Luego, USWest usó la misma técnica en la ronda 64, castigando en Marshalltown esta vez. La puja de USWest en la ronda 64 por Rochester ganó la licencia. (Hemos mostrado solamente dos de los mercados en los que USWest castigó a McLeod; USWest realmente había castigado a McLeod en varios mercados durante la misma época.)” (Cramton y Schwartz 2002, pp. 5-6)

para pequeños postores, los postores que señalaron pagaron bastante menos que aquéllos que no lo hicieron. (Cramton y Schwartz 2002) La División Antitrust demandó a los colusores.

La entidad subastadora, la Comisión Federal de Comunicaciones, cambió posteriormente el diseño de subasta para impedir la señalización. Más concretamente, especificó el/los incremento/s de puja y limitó las retiradas a dos rondas por postor.

64. En un concurso de puja sellada, en el que cada postor realice de forma simultánea la oferta “mejor y final”, la colusión es mucho más dura. La habilidad para castigar desviaciones se reduce y los incentivos para llevar el acuerdo colusorio al engaño son, de esta manera, significativamente mayores³⁴. Desde la perspectiva de animar a la entrada, los concursos de puja sellada tienen el mérito de realizar una selección mucho más inesperada que en un concurso abierto. Los participantes más pequeños o “más débiles” tienen por lo tanto la oportunidad de ganar el concurso si el postor que ofrece el mayor valor está buscando una ganga y no ofrece la máxima cantidad que daría en un concurso abierto.

65. En general, la acusación de colusión puede resultar más fácil en un concurso de puja sellada que en un concurso abierto. Un concurso de puja sellada deja un rastro en papel que identifica a todos los postores y sus pujas. En las subastas de puja sellada, las redes de oferta deben reunirse antes del proceso para determinar quién otorgará el mayor valor al objeto, qué cantidad deberá ofrecer, y luego, lo que los demás deberán ofrecer. Estas pujas “complementarias” o “encubiertas” o “de cortesía” pueden resultar “competitivas” para el precio pero contienen cláusulas inaceptables para el licitador. Según el Ministerio de Justicia de los Estados Unidos, “Los planes de puja complementaria son las formas más frecuentes de colusión en licitaciones, estafando a los compradores y creando la apariencia de competencia para ocultar unos precios inflados en secreto.”³⁵ En comparación, en las subastas ascendentes, la práctica correspondiente es la reunión previa, asignar un ganador e instruir al resto, bien para que se abstengan de pujar o, para disfrazar la colusión en licitaciones, que presenten pujas bajas y luego abandonen. Así, un concurso abierto puede no registrar formalmente todas las pujas y, como los participantes pueden no tener la oportunidad de presentar sus pujas antes de que el precio se eleve demasiado, puede no existir constancia de los participantes. Si un cártel depende de la no participación, resultaría difícil para la acusación identificar a los que no han participado en un concurso abierto³⁶.

66. Por supuesto, el trabajo empírico indica que el efecto sobre la colusión, al usar un formato ascendente en vez de uno de puja sellada, puede ser grande. En cuanto a las licitaciones estudiadas, el

34 Para asegurar una ganancia por encima de la competencia, el cártel debe hacer caer la puja del miembro con el valor más alto hasta un nivel por debajo del nivel de una puja que actúe en cooperación, y los otros postores han de abstenerse de pujar. Esta reducción de su puja abre las puertas al comportamiento desviado. Mediante un pequeño “fárol” se reduce la puja, un miembro de la red podría conseguir un beneficio que jamás se hubiese producido en caso de que el resto los pujadores no hubiesen actuado en cooperación. Las subastas de puja sellada no son, sin embargo, inmunes a la coordinación. La interacción repetida en el tiempo y a lo largo de una serie de concursos puede permitir el desarrollo de la señalización, concretamente si el agente de la adquisición ofrece información sobre comportamientos pasados.

35 División Antitrust, Ministerio de Justicia de EEUU (2005), *Fijación de precios, colusión en las licitaciones y planes de asignación de mercado: Qué son y qué buscar*, en <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/211578.htm>.

36 Para apoyar una posible interposición de acción judicial, “todos” los aspectos de una subasta deberían conservarse durante un largo periodo de tiempo y, para aumentar la disuasión, esta práctica debería anunciarse públicamente. Kovacic et al. (2006).

efecto sobre la colusión al cambiar de una subasta ascendente a una subasta de puja sellada hace el efecto de la participación del postor parezca pequeño.³⁷

67. Otra propuesta para reducir la colusión en la adquisición es la introducción de cierto grado de incertidumbre (o azar) en el resultado del proceso de adquisición. Mencionamos dos posibilidades:

- La adquisición oficial podría decidir no revelar por adelantado el mecanismo preciso por el que se compararán las ofertas en liza. En la práctica, sin embargo, las ofertas de concurso incluyen a menudo un preciso esquema de ponderación para cada uno de los componentes considerados de importancia para el comprador. Si bien esto se realiza normalmente para reducir el comportamiento discriminatorio en la selección, habría que ser consciente del hecho de que esta práctica puede aumentar el riesgo de colusión.
- El agente de adquisición podrá decidir realizar una selección al azar o mediante negociaciones individuales entre aquellas empresas cuyos precios se encuentren dentro de un determinado porcentaje de la puja ganadora. Este grado de incertidumbre, combinado con un grado de confidencialidad sobre las condiciones de la puja ganadora, puede dificultar la colusión puesto que los miembros del cártel no pueden saber, si la empresa ganadora es o no la seleccionada por el cártel, si la empresa estaba vendiendo el cártel a un precio más bajo, o si simplemente se ha seleccionado al azar.

68. Otra posibilidad es la de estructurar el proceso de adquisición de tal forma que aumente la exposición de los postores a las consecuencias de la colusión en las licitaciones. Por ejemplo, las agencias de adquisición podrían pedir que los participantes den fe del hecho de que no se han visto envueltos en prácticas colusorias (u otras prácticas ilegales) o acordar con otras empresas el precio u otras condiciones de la puja. Este testimonio tiene un doble propósito. Primero, garantizaría que las empresas y sus directivos son conscientes de las penas por colusión. Segundo, una vez que hubieran firmado tal certificado, una empresa y sus directivos, si se ven envueltos en colusión en procedimientos de licitación, se enfrentarían a duras sanciones de competencia y podrían verse expuestos a más responsabilidades, tales como sanciones por perjurio, que en muchas jurisdicciones representa un delito.

69. Finalmente, también hay que considerar que quizás no siempre sea efectivo adoptar alguna forma de proceso de licitación, sino que *una negociación individual* con un número limitado de proveedores puede aportar el resultado más eficaz. Éste podría ser el caso en las siguientes circunstancias:

- Cuando el coste de organizar y celebrar una licitación sea alto. Cada postor potencial debe incurrir en costes analizando los requisitos, evaluando su propia capacidad para satisfacer los requisitos y determinando una oferta adecuada. Los costes de preparación de licitaciones

37 Ver Athey, Susan, Jonathan Levin y Enrique Seira (2004). En este documento los autores estudiaron las subastas de madera. Para dar un sentido de la escala, descubrieron que, si ignoraban los efectos de la participación del pujador, las subastas de puja sellada generarían 651 \$ (noroeste de los Estados Unidos) o 1018 \$ (California) más de ingresos que los que generarían las subastas ascendentes. La participación de los postores más fuertes (3-6 más por cada 10 ventas) incrementó los beneficios de las subastas de puja sellada una media de 5.300 \$ (un 4% en el noroeste de los Estados Unidos) y 26.000 \$ (un 13% en California). Si las milésimas “provocan una leve cantidad de competencia de colaboración” en subastas ascendentes esto genera unos 22.000 \$ menos de ingresos que las competitivas subastas de puja sellada, o más de 27.000 \$ si los efectos de la participación se tienen en cuenta. (pp. 36-7) Esta obra se ha basado en las subastas de madera en los bosques nacionales de Lolo y Idaho Panhandle (aquí llamados “noroeste de los Estados Unidos”) y bosques nacionales del suroeste del Pacífico (llamados aquí “California”) en 1982-1990.

pueden ser importantes. La licitación debe, a su vez, ser considerada por el adquirente. El coste total para un proyecto complejo puede ser sustancial;

- Cuando los posibles postores y, por supuesto el posible postor más débil, ya sean conocidos por el adquirente. En este contexto, sería más eficiente para el adquirente un acercamiento al postor con el coste más bajo para negociar un precio directamente (quizás con la amenaza de concurso competitivo si se estima necesario);
- Si resulta imposible especificar por adelantado y de forma contractual todos los elementos de los servicios a suministrar;
- Cuando existan otras razones de política u otras razones explícitas, lo cual no requiere que el adquirente seleccione al proveedor de coste más bajo, o sea, cuando la diversidad de suministro sea esencial para asegurar la continuidad del servicio;
- Cuando existan consideraciones secretas que prohíban el ejercicio público de licitación;
- Si el número de postores potenciales es muy pequeño, un solo postor puede contar con un importante poder de mercado; en este caso, un simple concurso no dará un resultado eficaz y podría ser adecuado adoptar propuestas de contratación más sofisticadas para la adquisición.

3.3 Elaboración de un patrón del concurso de adquisición para reducir el riesgo de colusión

70. La eficacia del proceso de adquisición dependerá del modelo de licitación adoptado pero, además, de la forma en que se diseñe y se lleve a cabo el concurso³⁸. El patrón de las características concretas del proceso de licitación competitivo puede tener también una gran influencia en la eficacia del resultado. Por ejemplo, el número de licitadores puede verse reducido cuando se establecen unas condiciones iniciales demasiado restrictivas³⁹, el concurso no se publicita lo suficiente, o el plazo de presentación es excesivamente corto.

71. Desafortunadamente, no existe ninguna lista de control en la que se explique cómo se debe realizar una licitación o una oferta pública de adquisiciones. La estructura de la licitación no es “única para todos los casos”, sino que es preciso elaborar licitaciones a la medida de cada situación. Por lo tanto, se necesita tener en cuenta las condiciones concretas de cada situación. Sin embargo, el riesgo de colusión se puede reducir, generalmente, garantizando que el proceso de adquisición está estructurado y se lleva a cabo de tal forma que los tres objetivos principales están garantizados.

38 Es posible sugerir que el diseño de la adquisición/subasta pueda no tener mucha importancia cuando existe un gran número de licitadores potenciales a los que le resulta muy fácil entrar en el proceso de adquisición. Véase Klemperer (2004).

39 El comprador, al definir los bienes o servicios que desea adquirir, define el ámbito del mercado en el que tendrá lugar la competencia. Para fomentar la competencia, por lo tanto, es importante que los requisitos de la adquisición estén minuciosamente especificados para no excluir ningún bien o servicio que pueda ser sustitutivo real. Por lo tanto, las condiciones de adquisición deberían especificar, preferiblemente, los resultados que se desean obtener y dejarles a los licitadores la posibilidad de sugerir los posibles mecanismos para alcanzar dichos resultados.

3.3.1 Reducción de las barreras que impiden la participación o el aumento de los licitadores

72. La competencia se puede fomentar no sólo centrandó la atención en la demanda de la economía de mercado (el número de los potenciales sustitutivos), sino también en lo que se refiere a la oferta del mercado. En concreto, se puede ampliar el número de competidores reduciendo las barreras que impiden la participación.

73. Ya hemos visto antes que el modelo de licitación también puede influir en el porcentaje de participación del proceso de concurso público. Si la asistencia a la licitación es importante, se puede fomentar la participación adoptando una licitación en pliego cerrado mejor que una licitación abierta⁴⁰. En las licitaciones en pública subasta, los licitadores más débiles saben que sólo los más fuertes lograrán llegar hasta el final del proceso, con lo que es probable que piensen que, si más tarde o más temprano van a abandonar la subasta, es mejor que ni siquiera presenten ninguna oferta, con lo que se ahorrarán los costes de preparación de la oferta⁴¹. Sorprendentemente, este efecto se produce incluso cuando la diferencia entre los licitadores más fuertes y los más débiles es mínima. Por el contrario, en las subastas en pliego cerrado, los licitadores más débiles pueden haber presentado una oferta que bien podían haber superado los postores más fuertes, pero que no hicieron. En las subastas cerradas, los licitadores más fuertes no pueden cambiar su oferta después de ver la oferta de los más débiles, como hacen en las subastas públicas.

74. A la hora de elaborar el patrón del proceso de adquisiciones público, el mismo proceso de selección no debería privar a las empresas del derecho a presentar ofertas basándose en criterios que no están relacionados directamente con la adquisición (por ejemplo, un requisito de experiencia o de solidez económica puede reducir innecesariamente el número de competidores), ni debería excluir del proceso a empresas de otras zonas geográficas.

75. Existen varias formas de disminuir las barreras que impiden la participación en los mercados de adquisiciones:

- Se podrían eliminar las barreras normativas que impiden la participación, como son los controles que se establecen sobre el número, tamaño, composición o naturaleza de las empresas que pueden presentar ofertas, o aquellas políticas encaminadas a favorecer ciertas empresas basándose en criterios que resultan económicamente irrelevantes para la industria en cuestión.
- Se podrían eliminar las barreras al comercio exterior, eliminando las restricciones a la participación extranjera en el proceso de adquisición.
- Se pueden abordar directamente los costes ocultos que constituyen una barrera que impide la participación. Por ejemplo, cuando la participación en un mercado de competencia exige contar con algún equipo de alta especialización, el agente de adquisiciones puede comprar dicho equipo y arrendárselo al adjudicatario para reducir, de esta manera, los costes ocultos que puedan existir en algún proceso.

76. La participación también se pueden favorecer reduciendo los costes de preparación de las ofertas. En algunos casos, dichos costes pueden suponer una barrera importante a la hora de impedir la

40 Sin embargo, todo tiene sus inconvenientes. Aunque una licitación en pliego cerrado pueda favorecer la participación, genera colusión entre el promotor del concurso y los licitadores más problemáticos.

41 Klemperer (2004).

participación, sobre todo cuando se trata de pequeños proveedores. Esto se puede conseguir de diversas formas:

- dotando de uniformidad a los procedimientos de subastas, incluidos tiempos y jurisdicciones. Esto puede suponer una cierta concesión a la recomendación de elaborar subastas específicas a cada circunstancia para algunos aspectos de las mismas, aunque no para todos.
- agrupando las subastas con el fin de repartir los costes fijos de preparación de ofertas entre varios procedimientos o dividiendo los objetos en partes más pequeñas; con lo que se atraerán más licitadores
- concediéndoles a las empresas el tiempo necesario para preparar y presentar sus ofertas, ya que puede que no hayan contado con antelación con el anuncio de la oferta pública.
- utilizando un sistema de licitación electrónica, lo que también reduce los costes de la licitación⁴².

El aumento de la competencia a través del aumento de la información que se da a los licitadores

El servicio de compras del Estado puede aumentar potencialmente la competencia haciendo más fiable el cálculo del valor del proyecto que realiza cada licitador. Un estudio de los concursos públicos para la adjudicación de la construcción de autopistas proporciona datos empíricos a esta teoría sobre los concursos públicos. Los concursos que se estudiaron tuvieron lugar en Oklahoma y alrededores de Texas entre 1998 y 2003. Oklahoma cambió su política de revelación de información en abril de 2000 y les dio acceso a los licitadores a los presupuestos que los técnicos del estado hicieron de cada proyecto. Texas no ha cambiado su política y nos servirá de valor de control. En los proyectos relacionados con puentes, en donde la incertidumbre de los costes comunes se consideraba mayor, las propuestas medias y las adjudicatarias disminuyeron en un 10% tras el cambio en la política informativa. En las labores de asfaltado, donde la incertidumbre de los costes comunes es menor, no hubo cambios significativos en las propuestas medias o adjudicatarias. En los últimos tiempos, algunos estados han decidido, o están pensándolo, cambiar su política informativa tendiendo a hacer públicos los presupuestos elaborados por los técnicos del estado⁴³.

77. Otra forma de aumentar la participación es la de fortalecer a los licitadores más débiles. Fomentar la participación, sobre todo de las pequeñas empresas, también reduce el *abuso de la posición dominante*⁴⁴. Esto también se puede conseguir de distintas maneras. Una de las posibilidades es la denominada *restricción de propuestas*; es decir, permitirles sólo a las pequeñas empresas que participen en concursos sobre ciertas licencias⁴⁵. Otra de las posibilidades es la de dividir los objetos o los lotes⁴⁶.

3.3.2 Reducción de la transparencia y los flujos de información

78. Ya se ha destacado antes que un alto grado de transparencia en las transacciones mercantiles puede favorecer la colusión puesto que puede favorecer la detección y sanción de las desviaciones de un acuerdo de constitución de un cartel. Esto queda patente en las ofertas públicas abiertas en las que los

42 Para el caso de la licitación electrónica, véanse los ejemplos que se mencionan más adelante, en el apartado 4.3

43 Véase DeSilva, Dakshina G., Timothy Dunne, Anuruddha Kankanamge y Georgia Kosmopoulou.

44 Esto tiene lugar cuando ser el adjudicatario de uno de los concursos le proporciona ventajas en otros concursos. Por ejemplo, el adjudicatario de un primer concurso, que pasaría a tener una posición dominante, puede tener ventajas en concursos posteriores del mismo producto debido a la información que obtuvo al convertirse en el adjudicatario del primer concurso.

45 Un ejemplo de una restricción de propuestas, aunque quizá pensado más para controlar el poder posterior que se ejerce en el mercado, sería el de prohibirle la participación al licitador que cuenta con la posición dominante en el mercado.

46 Grimm et al. (2006); Dimitri et al. (2006).

licitadores se pueden comunicar durante todo el proceso. Se podrían utilizar una serie de métodos para dificultar la colusión en una oferta pública abierta:

- los licitadores podrían estar obligados a presentar cifras “redondas” y la cantidad exacta se podría definir previamente en la oferta pública de adquisiciones, lo que evitaría la comunicación por señas⁴⁷.
- las ofertas se podrían realizar de forma anónima, y el número de licitadores que se mantienen en el proceso podría ser secreto⁴⁸.

79. Debido al efecto potencialmente desestabilizador que los licitadores no identificables⁴⁹ tienen en los carteles de licitaciones, el agente de licitaciones podría considerar mantener ocultas las identidades de los licitadores, quizá refiriéndose a ellos por un número. Por ejemplo, este agente también podría permitir que se presentasen propuestas por teléfono o por correo, en lugar de exigir la comparecencia personal de los licitadores en la hora y el lugar indicados donde todos se pueden ver. O el agente de licitaciones puede permitir que un mismo licitador presente varias ofertas con distintos números de identificación, o con diferentes identidades.

80. Se puede fomentar la futura competencia si, después de resolver un concurso, el agente de licitaciones simplemente no revela la identidad del adjudicatario ni las cláusulas y condiciones de la propuesta que ganó el concurso. En el caso de que los licitadores conozcan las identidades del resto, así como las condiciones de sus respectivas propuestas, entonces podrán controlar el cumplimiento del acuerdo colusorio, tomar represalias contra las desviaciones y cooperar entre ofertas.

81. Esto marca el fuerte contraste existente entre las ofertas de adquisición del sector público y el privado.

82. En las ofertas de adquisición públicas, existe la necesidad de transparencia al anunciar el adjudicatario y el precio, aunque esto facilite la colusión. Resulta claro que una mayor transparencia ayuda a reducir la corrupción puesto que la transparencia ayuda a controlar la neutralidad del proceso de selección. En las adquisiciones públicas, un grado suficiente de transparencia en el proceso de selección es crucial sobre todo cuando empresas extranjeras están implicadas o podrían estarlo⁵⁰.

83. En el caso de las adquisiciones privadas, los grandes compradores industriales por lo general confían en las negociaciones secretas que tienen lugar en sus procesos de adquisición. Las negociaciones privadas fomentan la reducción de precios por parte de los licitadores individuales sin el temor de ser detectados por otros miembros del cartel. Un efecto similar podría conseguirse en las licitaciones públicas si el proceso de licitación permitiese una ronda final de negociaciones individuales después de que el proceso de adquisición hubiese elaborado un listado con los mejores proveedores.

47 Klemperer (2004).

48 Crampton y Swartz (2000).

49 También se conocen como “licitadores señuelo”, es decir, cuando un agente de un determinado licitador no es reconocido como tal por el agente de adquisiciones ni por el resto de los licitadores

50 Por ejemplo, en la Unión Europea y en la Organización Mundial del Comercio existen normas que exigen la notificación pública de la propuesta adjudicataria para minimizar la posibilidad de reclamaciones extranjeras por falta de neutralidad en el proceso. El Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP), acuerdo multilateral de la OMC, obliga a los países firmantes a utilizar procedimientos públicos de adquisición abiertos, transparentes y no discriminatorios en todas las adquisiciones que haga el Estado y que superen una cierta cifra.

3.3.3 Reducción de la frecuencia de oportunidades de adquisición

84. Ya se ha comentado antes que se facilita la colusión cuando las empresas competidoras se encuentran con frecuencia en diferentes mercados. El motivo es que una interacción repetida y frecuente facilita las represalias entre licitadores competidores, lo que es necesario para mantener la colusión efectiva de manera continuada. Modificando el tamaño y la periodicidad de los concursos, los agentes de licitaciones pueden favorecer que el grupo colusorio se disuelva por romper su pacto.

85. Reducir el número de oportunidades en las que se pueden encontrar estas empresas, puede reducir las oportunidades de ejercer represalias y, por lo tanto, facilitar la competencia. Esto se puede conseguir, por ejemplo, organizando menos concursos públicos, pero más grandes, como en el caso de los concursos destinados a conseguir ciertos servicios por un período de cinco o diez años, en lugar de organizar un concurso público todos los años. Si el período de tiempo es lo suficientemente largo, las empresas no deben temer a las represalias futuras por rebajar el precio pactado en el cartel. Por el contrario, organizar un concurso público a intervalos de tiempo cortos y regulares puede favorecer la colusión.

86. Un programa de adquisición o concurso público previsible, así como cantidades invariablemente fijas que se compran o venden, puede favorecer un sistema de alternancia de propuestas, ayudando a los que pretenden manipular las licitaciones a encontrar un punto de referencia, una forma “natural” de compartir las adjudicaciones. Los concursos de adquisiciones de menor cuantía o con una frecuencia mayor reducen los incentivos para traicionar al cartel. A este respecto, si la colusión es una amenaza real, los agentes de licitaciones deberían considerar agrupar los concursos más pequeños⁵¹ y evitar anunciar el calendario de futuros concursos.

3.4 Otras consideraciones sobre el diseño efectivo del proceso de adquisición

87. Existen otras consideraciones que los agentes de licitaciones deberían tener en cuenta cuando elaboran las ofertas públicas de adquisiciones. Dependiendo de los hechos de cada adquisición, estas consideraciones pueden afectar la eficacia del resultado del proceso de adquisición. Entre ellas hay que destacar la posibilidad de que varias empresas presenten una oferta conjunta, el derecho del adjudicatario a subcontratar todo o parte de la adjudicación o la imposición de un precio inicial por parte del agente de licitaciones.

88. Permitir a las empresas participar de forma conjunta en el concurso público, denominado *licitación mancomunada* o unión temporal de empresas, puede producir efectos diferentes en el resultado del proceso, algunos de los cuales van en sentidos opuestos.

- La licitación mancomunada fomenta la competencia si le permite a las empresas que no pueden suministrar productos complementarios que se unan a otras empresas para que, de forma conjunta, suministren dichos productos complementarios.
- Sin embargo, cuando las firmas competidoras presentan propuestas de manera conjunta, reduce normalmente la competencia, puesto que este tipo de participantes reduce el número de licitadores.

51 Grimm et al. (2006); Dimitri et al. (2006). Sin embargo, debemos advertir que la agrupación de concursos más pequeños puede reducir el número de licitadores potenciales (y, por lo tanto, aumenta el riesgo de colusión), porque las pequeñas empresas pueden evitar participar en las grandes licitaciones de adquisiciones, a no ser que formen consorcios temporales para la licitación.

89. Algunas jurisdicciones permiten la presentación conjunta de ofertas en el mismo mercado, sólo si resulta costoso realizar la oferta o el contrato exigiría tener un cierto tamaño. En estas circunstancias, la participación conjunta es una forma de permitir a las empresas pequeñas que participen en los concursos grandes, de los que, de otra manera, quedarían excluidas. Sin embargo, no siempre resulta obvio que las pequeñas empresas, trabajando de manera conjunta, cuenten con la estructura organizativa para realizar el trabajo tal como lo haría una gran empresa. Si no es el caso, no está claro por qué habría de permitirse este tipo de licitaciones puesto que aumenta el riesgo de colusión. 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 concurso⁵².

Algunas razones pro competencia de la Unión Temporal de Empresas.

Los primeros estudios empíricos aseguraban que las licitaciones de las UTE, no reducían, de hecho el número de ofertas. Es más la presentación conjunta de ofertas se consideraba una forma de diversificar el riesgo, debilitar la liquidez o las restricciones de capital y de permitir compartir información privada⁵³. Si los licitadores comparten información privada sobre un objeto de valor desconocido pero común (es decir, un puro contexto de valor común), entonces sus presupuestos son más exactos y podrán presentar ofertas mucho más agresivas. El decisivo trabajo de DeBrock y Smith en 1983 se centraba en las concesiones petrolíferas, para las que el puro valor común y el uso compartido de la información eran supuestos razonables⁵⁴. Pero también indicaron que con la licitación conjunta se podría llegar a producir un efecto reductor de la competencia. En otras palabras, esta obra descubrió que, en un contexto puro de valor común, la UTE, hasta cierto punto, puede tener un efecto positivo.

90. Permitirle a la empresa adjudicataria que realice subcontrataciones tiene un efecto potencialmente importante en la probabilidad de que se produzca colusión en el proceso de licitación. En concreto, dichos mecanismos del cartel pueden ser del tipo de recompensar a aquellos licitadores que reduzcan su propuesta o no participen en la licitación con la subcontratación de sus servicios por parte de la empresa adjudicataria. Por lo tanto, si es posible, no debería existir la subcontratación en las ofertas presentadas.

91. La imposición de un precio inicial agresivo pero creíble, es decir, un precio máximo por encima del cual no se podrá ganar el concurso de adquisición, puede reducir la colusión⁵⁵. Un precio inicial

52 Albano et al. (2006)

53 Quizá se mejora la perspectiva indicando que la mayor parte de los primeros trabajos estaban centrados en los concursos petrolíferos del Golfo de México, cuando habían habido pocas perforaciones y las prospecciones sísmicas eran relativamente primitivas. En este contexto de gran incertidumbre de los valores comunes, las compañías petrolíferas formaban Uniones Temporales de Empresas para hacer frente a estos grandes y arriesgados proyectos. (Para consultar sobre la historia de la tecnología de las prospecciones sísmicas, véase la página de la Society of Petroleum Engineers http://www.spe.org/spe/jsp/basic/0,,1104_1714_1004089,00.html) Ya más recientemente y con respecto a proyectos mucho más pequeños, Felsö, Baarsma y Mulder (2006) estudiaron UTE adjudicatarias y el sistema de concurso público holandés, en concursos de construcción. Descubrieron que en tres cuartas partes de los casos de estas “combinaciones” (dos o más empresas que acuerdan realizar un proyecto juntas y por lo tanto presentan una oferta de manera conjunta) estaban relacionados con empresas que serían incapaces de cumplir el contrato de manera separada, incluyendo el hecho de que no tenían un grado de experiencia especial, o cuya capacidad no era lo suficientemente grande. Mientras que los licitadores y los agentes de licitaciones no estaban de acuerdo en las ponderaciones relativas entre los motivos específicos, la cifra de tres cuartos se mantiene para ambos tipos de demandados. Para más información, véase Felsö, Flóra, Barbara Baarsma y José Mudler (2006).

54 DeBrock, Larry M., y James L. Smith (1983)

55 Kovacic et al. (2006)

agresivo reduce la posibilidad de colusión⁵⁶. Además, fijar un precio inicial reduce el número de rondas de la subasta pública abierta, con lo que se reduce la posibilidad de comunicarse por señas de los licitadores.

3.5 Cumplimiento de la normativa en materia de competencia en los concursos públicos de adquisiciones

92. Además de las posibilidades antes mencionadas, la colusión en los concursos públicos de adquisiciones se puede reducir, por supuesto, con un cumplimiento estricto y efectivo de la legislación en materia de competencia. Muchos estados tienen prohibiciones específicas en su legislación sobre competencia con las que se prohíbe la colusión en un procedimiento de licitación o considerándola una violación *per se* de la normativa en materia de competencia. Otros países latinoamericanos simplemente confían la prohibición de la colusión en los procedimientos de licitación a la normativa general antitrust contra los acuerdos anticompetitivos.

93. Aunque un cumplimiento activo de la normativa en materia de competencia en contra de la colusión en los procedimientos de licitación concediéndole una gran publicidad a dicha exigencia de cumplimiento puede resultar muy disuasorio, muchos países han introducido una serie de sistemas para evitar la formación de grupos que puedan manipular subastas o licitaciones.

94. Aunque un análisis detallado de estos sistemas sobrepasa lo que se pretende con este documento, consideramos que es útil mencionarlos porque, si se ponen en práctica, ayudarían a reducir la posibilidad de colusión en las subastas públicas.

- Retirada de todos o de parte de los beneficios del programa de amnistía o de clemencia que se le aplique al cabecilla y/o a los demás miembros activos del grupo manipulador.
- Aumento de los incentivos a los denunciantes para que colaboren destapando las prácticas colusorias en los procedimientos de licitación (por ejemplo, un sistema de primas).
- Aumento de las multas (o limitar la reducción de las mismas) a los cabecillas y/o demás miembros activos del grupo manipulador.
- Fomento de la efectividad de las acciones judiciales de entidades privadas; es decir, proporcionar incentivos para que las entidades privadas emprendan acciones legales demandando indemnizaciones para recuperar las pérdidas ocasionadas a raíz de la colusión en el procedimiento de licitación (daños triplicados, acción popular, proposición de prueba del demandante, exigencia mínima de la práctica de la prueba, etc.).
- Acciones legales por la vía penal contra los miembros del grupo manipulador, incluso en aquellos países latinoamericanos donde el incumplimiento de la legislación antitrust no constituye un delito penal.

56 Los precios iniciales tienen que ser creíbles para que sean efectivos. Un precio inicial muy bajo puede aumentar el riesgo de que participen un número insuficiente de licitadores. Un precio inicial creíble sería el que se fija según el coste de sustitución (como el coste de autoabastecimiento, ampliar un contrato existente o adaptar un sustitutivo).

4. ¿Cómo se detecta una conducta anticompetitiva en los concursos públicos de adquisiciones?

4.1 Formas en las que se puede manifestar la colusión en los procedimientos de licitación

95. Al igual que ocurre por lo general con los acuerdos horizontales, la colusión en los procedimientos de licitación puede adoptar diversas formas:

- Simple acuerdo para fijar los precios, a través del cual se elige como adjudicatario a uno de los licitadores y los demás reciben instrucciones para que presenten propuestas más caras. Para que se pueda mantener este tipo de acuerdo, las ganancias obtenidas por el adjudicatario deben repartirse entre los demás miembros del cartel. Por ejemplo, esto se podría conseguir cambiando la identidad del licitador adjudicatario de acuerdo con alguna fórmula preestablecida (como una fórmula que conservaba las cuotas de mercado existentes).
- Acuerdo de reparto de mercado, a través del cual los clientes se reparten según el tipo o la localización geográfica y los licitadores que participan presentan propuestas más caras en aquellos mercados que están asignados a otras empresas. Esto, además, podría ir unido a un sistema de reparto de beneficios, si la demanda de los diferentes mercados es variable.
- Tasa de presentación de ofertas, el grupo colusorio cobra una tasa a cada uno de sus miembros por presentar una oferta y los licitadores simplemente le añaden esta tasa al precio final de su oferta. Los fondos generados se devuelven después a los miembros a través de algún tipo de mecanismo.
- Reparto de pérdidas; la empresa adjudicataria acuerda compensar a los demás licitadores “por los **costes** de presentar sus ofertas”. Este cargo extra se le añade al precio de la oferta de cada una de las empresas. Una variante de esta fórmula consiste en que el adjudicatario acuerda subcontratar el trabajo a los demás adjudicatarios para, de esta forma, repartir algunos de los beneficios.

96. Este tipo de infracción se puede lograr de diversas maneras, pero normalmente se emplean una o varias de las siguientes técnicas:

- Supresión de ofertas: en la fórmula de supresión o limitación de ofertas, una o más empresas, que en condiciones normales también participarían en el concurso, o que lo han hecho con anterioridad, acuerdan no presentarse, o retirar la propuesta ya presentada para que la empresa que se designa adjudicataria consiga el concurso. En ocasiones, uno o más de los licitadores que participan en la conspiración pueden presentar alguna reclamación falsa para intentar evitar el pago de compensaciones a los que no estaban en la trama. Después de que se resuelva el concurso, el adjudicatario puede pagar los servicios prestados de sus colegas en la conspiración o bien en metálico o con subcontratas.
- Presentación de ofertas complementarias: Se presentan ofertas complementarias (también llamadas ofertas “protectoras” u ofertas “sombra”) cuando las ofertas de algunas empresas son muy caras para que ganen el concurso o cuando, teniendo un precio aparentemente competitivo, no cumplen con el resto de las condiciones. Este tipo de ofertas no están pensadas para conseguir la aceptación del promotor de la subasta, sino que simplemente pretenden dar la apariencia de una licitación legítima. Esto garantiza la elección de la empresa designada como adjudicataria cuando el agente encargado de las adquisiciones exige un número determinado de licitadores.
- Sistema de rotación en las propuestas: en este sistema, todos los miembros de la trama presentan sus propuestas, pero se van turnando en presentar la mejor oferta.

- Subcontratación: En los acuerdos de subcontratación, aquellos licitadores que acordaron no presentar ninguna propuesta, o presentar una que no pueda ganar el concurso, serán subcontratados o recibirán contratos de suministro por parte del adjudicatario. En algunos casos, el mejor postor aceptará retirar su oferta a favor del siguiente mejor postor a cambio de una lucrativa subcontrata que reparta los beneficios obtenidos con el incremento ilegal del precio.

4.2 Lista de verificación de la posible colusión: ¿qué factores y comportamientos sospechosos se deberían controlar durante el proceso de licitación?

97. La colusión en los procedimientos de licitación, los acuerdos para fijar los precios, así como otros tipos de colusión, son muy difíciles de detectar. Los acuerdos colusorios por lo general se realizan en secreto y del que sólo tienen conocimiento las personas que participan en el mismo. Sin embargo, algunas sospechas pueden levantar la presentación poco habitual de ofertas o un modelo en el establecimiento del precio, o algo que pueda hacer o decir alguno de los proveedores.

98. Algunos países (como Canadá, Suiza, Suecia o Estados Unidos) han elaborado listas de verificación para ayudar a los agentes encargados de las licitaciones a detectar posibles colusiones. Estas listas contienen simples indicaciones de las conductas potencialmente colusorias. Por ejemplo, el hecho de que el nivel de las ofertas sea demasiado alto en comparación con lo presupuestado no se debería considerar prueba de colusión puesto que simplemente puede reflejar un presupuesto equivocado. Por lo tanto, estos indicadores simplemente alertan a los agentes de que se necesita una mayor investigación para determinar si existe algún caso de colusión o si existe alguna explicación factible que justifique ese dato en cuestión.

Directrices norteamericanas para los agentes encargados de las licitaciones

Se ofrecen a continuación, a modo de ejemplo, los indicadores de la colusión en los procedimientos de licitación que aparecen en un folleto⁵⁷ reciente de la División Antitrust del Departamento de Justicia norteamericano y destinado a los subastadores. En el folleto se hace una distinción entre los indicadores relacionados con las ofertas en sí y sus patrones, con los precios y con otros comportamientos sospechosos.

Ofertas

- La misma empresa siempre gana una licitación concreta. Esto podría ser aún más sospechoso si una o más empresas están presentando continuamente ofertas que nunca salen adelante.
- Siempre son las mismas empresas las que presentan las ofertas y parece que se van turnando a la hora de resultar adjudicatarias
- Algunas ofertas son mucho más caras que las listas de precios públicas, que anteriores ofertas de la misma empresa o que los costes presupuestados por los técnicos.
- Presentan ofertas un número de licitadores inferior al normal.
- Una misma empresa presenta ofertas mucho más caras en unas licitaciones que en otras, sin que existan razones de peso para dicha diferencia.
- Caen los precios de las ofertas cuando aparece un nuevo licitador o uno inesperado.
- El adjudicatario subcontrata el trabajo de los demás licitadores que participaron en el mismo concurso.

57 Véase el texto de la División Antitrust del Departamento de Justicia norteamericano (2005) titulado: *Price Fixing, Bid Rigging, and Market Allocation Schemes: What They Are and What to Look For*.

- Una empresa retira su oferta, que resultaría adjudicataria, y después es subcontratada por el nuevo adjudicatario.

Precios

Precios idénticos pueden indicar un acuerdo para fijar el precio, sobre todos si:

- Los precios permanecen invariables durante largos períodos de tiempo.
- Antes los precios eran diferentes.
- El incremento de precios no parece deberse al incremento de los costes.
- Se eliminan los descuentos, sobre todo en un mercado donde habitualmente se hacían descuentos.
- Los vendedores cobran precios más elevados a los clientes más próximos que a los más lejanos. Esto puede indicar que han acordado fijar los precios del lugar.

Comportamiento sospechoso

- Las ofertas presentadas por diferentes licitadores contienen irregularidades, del tipo de cálculos idénticos, mismas faltas de ortografía, misma caligrafía o tipo de fuentes, mismo tipo de papel. Esto podría indicar que el que han designado como adjudicatario ha elaborado algunas o todas las ofertas que no ganarán el concurso.
- Los documentos de la oferta/precio contienen espacios en blanco o correcciones que indican cambios de última hora en el precio.
- Una empresa solicita la agrupación de ofertas para ella y otra de las empresas licitadoras o presenta su oferta y la de otras empresas.
- Una empresa presenta una oferta cuando es incapaz de cumplir el contrato (probablemente se trate de una oferta complementaria)
- Una empresa lleva varias ofertas preparadas y sólo presenta una cuando sabe (o lo ha intentado) quiénes se van a presentar.

4.3 Control permanente del mercado de ofertas como forma de detectar las posibles conductas colusorias

99. Otra posible forma de detectar y evitar la colusión en los procedimientos públicos de licitación es controlar constantemente las actividades de la licitación y realizar un análisis cuantitativo de los datos de la oferta. Esto podría permitirles a los agentes encargados de las licitaciones (con el apoyo de las autoridades competentes en materia de competencia) identificar claramente aquellos sectores en los que es más posible que se infrinja la legislación antitrust.

100. Para ello, sin embargo, resulta crucial examinar las ofertas que se han presentado en el pasado para determinar si el modelo concuerda con un proceso plenamente competitivo. Estos análisis les permitirían a los servicios de provisión maximizar sus esfuerzos a la hora de mejorar el diseño de la licitación para aquellos sectores industriales que se encuentran en peligro y permitiría a los subastadores distribuir de manera eficaz los recursos con los que cuentan para detectar la colusión en estos sectores especialmente sensibles.

101. Este ejercicio es mucho más fácil en los países latinoamericanos donde los procedimientos de licitación pública están centralizados y el proceso se realiza por vía electrónica.

El sistema electrónico coreano de licitaciones y el control centralizado de los resultados de la licitación

Corea ha introducido recientemente un sistema electrónico de licitaciones con carácter obligatorio, denominado KONEPS. Dicho sistema, basado en la tecnología web, permite el proceso íntegro por vía electrónica de la licitación (incluyendo el registro, la presentación de ofertas, el contrato, la inspección y el pago) y proporciona información al respecto en tiempo real. El Servicio Público de Licitaciones introdujo KONEPS en 2002 y todos los organismos públicos están obligados a utilizarlo para sus concursos.

En la actualidad más del 90% de los concursos públicos de Corea se realizan por vía electrónica. Según el último informe anual de KONEPS⁵⁸, la introducción del sistema electrónico de licitaciones ha aumentado la participación en los concursos públicos y ha mejorado significativamente la transparencia de la administración de los concursos, eliminando toda forma de corrupción⁵⁹. Además, este sistema ha mejorado la eficacia de las licitaciones, aumentando el número de transacciones y reduciendo los costes de transacción de manera considerable.

Gracias a los datos generados por el sistema electrónico de subastas, la Comisión de Comercio Justo Coreana puede depurar los casos de colusión en los procedimientos de licitación. El programa de inspección (denominado BRIAS, siglas en inglés del Sistema de análisis de los indicadores de colusión en los procedimientos de licitación) fue implantado por la Comisión coreana en 2006 y realiza de forma automática análisis estadísticos y empíricos para estudiar la posibilidad de que se produzcan ofertas colusorias, basándose en la información sobre las ofertas que se presentaron a concursos públicos del Estado, de los ayuntamientos y de más instituciones públicas.

El sistema electrónico brasileño de licitaciones

El gobierno federal brasileño también ha implantado un sistema electrónico estatal de licitaciones, denominado COMPRASNET⁶⁰. El sistema es utilizado, vía web, por todas las unidades de licitaciones del Gobierno federal.

COMPRASNET es un sistema en el que la organización pública de adquisiciones registra las licitaciones que necesita. Entonces, el sistema informa, de manera automática, por correo electrónico a todos los proveedores registrados, que podrán bajarse los documentos de la licitación. Para los bienes clasificados como de menor cuantía, se puede realizar on-line todo el proceso, utilizando un sistema de partida presupuestaria⁶¹. Para las adquisiciones más grandes, se utiliza un procedimiento de subasta inversa. En este tipo de subastas, las ofertas se presentan por vía electrónica y cada proveedor puede reducir el precio de su oferta durante la subasta. Ganará el concurso aquel que ofrezca el precio más bajo al final del tiempo acordado que dure la subasta.

Las licitaciones y los precios están a disposición del público en general y los resultados de la licitación se cuelgan de inmediato. El sistema por lo tanto, mejora la transparencia de la licitación, además de reducir la duración del proceso. Por ejemplo, un procedimiento de licitación normal puede durar más de dos meses. La subasta inversa on-line puede estar finalizada en menos de 15 días hábiles. El uso del sistema electrónico de licitaciones también ha aumentado la participación de las pequeñas empresas en los concursos del Estado. En lo que se refiere al efecto sobre la competencia, se calcula que este sistema ha reducido de media un 20% el precio final de los bienes y servicios adquiridos a través de él.

58 Disponible en inglés en www.pps.go.kr/english/

59 Antes de la introducción de KONEPS, los informes hablaban de que el número de casos de corrupción en las licitaciones superaba la cifra de 100 casos por año. Desde 2004, año en que se implantó el sistema, no se ha tenido que adoptar ninguna medida disciplinaria por casos de corrupción en las licitaciones. Para saber más del efecto que producen los sistemas electrónicos de licitación en la corrupción, véase Lengwiler y Wolfstetter (2006)

60 Más información disponible en portugués en: <http://www.comprasnet.gov.br/>

61 Se trata de un sitio de anuncio de compras de dos a tres días

102. Resulta evidente que esta herramienta puede que no produzca unos resultados muy útiles en aquellos países latinoamericanos donde existen muchos servicios de licitaciones de pequeño tamaño y puede que no cuenten con los recursos necesarios para llevar a cabo dichos análisis. El tamaño de la licitación pública como parte del PIB de la OCDE es grande y el control de los resultados de las licitaciones sería una gran tarea. Sin embargo, una política oficial de revisión de un porcentaje de las licitaciones públicas disuadiría con total seguridad algunas posibles tramas colusorias.

5. Resumen y conclusiones

103. Las licitaciones públicas son la forma de comprar bienes y servicios por parte del sector público y en la mayoría de los países latinoamericanos, por no decir en todos, constituye una parte importante de la economía nacional. Prácticas tales como colusión, fraude, colusión en los procedimientos de licitación, o la corrupción, evitan unos resultados eficaces de dichos procedimientos. Las formas más habituales de adquisición pública implican algún tipo de licitación o subasta, aunque también se utilizan otras prácticas (negociaciones individuales), sobre todo cuando el número de posibles licitadores es escaso.

104. Muchos países de la OCDE han centrado, de manera explícita, sus esfuerzos en hacer cumplir la legislación antitrust combatiendo y evitando la colusión en los procedimientos de licitación. Este tipo de colusión se considera, casi universalmente, una violación de la legislación antitrust y, en algunos países de Latinoamérica, se juzga por la vía penal, como es el caso de Brasil. Es más, algunas de las autoridades responsables de temas de competencia han dado pasos concretos encaminados a reducir este tipo de colusión, asesorando a los organismos públicos en la elaboración del diseño y normativa de las licitaciones, así como durante el proceso de subasta. Además, las autoridades responsables de temas de competencia de varios países han diseñado programas de formación para los agentes subastadores con el fin de enseñarles los indicios y riesgos de la colusión en los procedimientos de licitación, como es el caso de Portugal.

105. Este documento describe con detalle que la colusión en los procedimientos de licitación se puede reducir con una elección minuciosa del modelo de licitación así como con un diseño esmerado de dicho proceso. Desafortunadamente, no existe un modelo ideal que se pueda aplicar a todo tipo de situaciones, pero se deben establecer licitaciones a la medida de las condiciones específicas de cada procedimiento.

106. Sin embargo, el riesgo de colusión se puede reducir, en general, garantizando que el procedimiento de licitación sea diseñado y se lleve a cabo de tal manera que se puedan conseguir tres objetivos principales: (i) disminución de las barreras que impiden la participación; (ii) limitar la cantidad de información disponible sobre los resultados de las propuestas; y (iii) reducción de la frecuencia de los procedimientos de licitación.

107. Sin embargo, algunas de las posibles fórmulas de reducción de la colusión que se sugieren en este documento puede que no faciliten la lucha contra la corrupción y el favoritismo. Puede que lo que se gana en el control de la colusión se pierda en el control de la corrupción, pero los países latinoamericanos deberían buscar nuevas formas de fomentar la competencia sin poner en peligro los esfuerzos que se emplean para controlar la corrupción.

Referencias

ABA Section of Antitrust Law (2005), Mike Shor and Luke Froeb, "Auction Models," Capítulo 9 de *Econometrics: Legal, Practical, and Technical Issues*, John Harkrider (ed.), pp. 225-246.

Albano, G.L., Buccirosi, P., Spagnolo, G. y Zanza, M., (2006), "Preventing Collusion in Procurement: a Primer", ponencia en *Handbook of Procurement – Theory and Practice for Managers*, editado por Dimitri, Piga and Spagnolo, Cambridge University Press.

División Antitrust, Departamento norteamericano de Justicia (2005), *Price Fixing, Bid Rigging, and Market Allocation Schemes: What They Are and What to Look For*, disponible en <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/211578.htm>.

Athey, Susan y Philip A. Haile (2002), "Identification of Standard Auction Models," *Econometrica*, vol. 70(6), pp. 2107-2140.

Athey, Susan, Jonathan Levin y Enrique Seira (2004), "Comparing Open and Sealed Bid Auctions: Theory and Evidence from Timber Auctions".

Aubert, C., Kovacic, W., y Rey, P., (2006), "The Impact of Leniency and Whistleblowers Programs on Cartels", *International Journal of Industrial Organization*, vol. 24(6), pp. 1241-1266

Bajari, Patrick & Garrett Summers (2002), "Detecting Collusion in Procurement Auctions," *Antitrust Law Journal*, vol. 70, pp. 143-170.

Bulow, J. I. y Klemperer, P. D. (1996), "Auctions vs. Negotiations", *American Economic Review*, vol. 86, pp. 180–194.

Cramton, P. y Schwartz, J. A. (2000), "Collusive Bidding: Lessons from the FCC Spectrum Auctions", *Journal of Regulatory Economics*, vol. 17, pp. 229–252.

DeBrock, Larry M. y James L. Smith (1983), "Joint Bidding, Information Pooling, and the Performance of Petroleum Lease Auctions", *Bell Journal of Economics*, vol. 14(2), pp. 395-404.

DeSilva, Dakshina G., Timothy Dunne, Anuruddha Kankanamge y Georgia Kosmopoulou, "The Impact of Public Information on Bidding in Highway Procurement Auctions," Noviembre.

Dimitri, N., Pacini, R., Pagnozzi, M. y Spagnolo, G., (2006), "Multi-Contract Tendering and package Bidding in Procurement", ponencia en *Handbook of Procurement – Theory and Practice for Managers*, editado por Dimitri, Piga and Spagnolo, Cambridge University Press.

Informe económico de la Oficina de Comercio Justo (2004): "Assessing the Impact of Public Sector Procurement on Competition".

Unión Europea (2004), "A report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future", disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/public-proc-market-final-report_en.pdf.

Felsö, Flóra, Barbara Baarsma y José Mulder (2006), "Cooperation for Tenders: Is it a Threat to Competition?" ponencia de la European Association for Research in Industrial Economics, disponible en http://www.earie2006.org/admin/papers/Felso_060814_20060814_1143.pdf.

Grimm, V., Pacini, R., Spagnolo, G. y Zanza, M. (2006), "Division in Lots and Competition in Procurement", ponencia en *Handbook of Procurement – Theory and Practice for Managers*, editado por Dimitri, Piga y Spagnolo, Cambridge University Press.

Klemperer, Paul (1998), "Auctions with Almost Common Values", *European Economic Review*, vol. 42, pp. 757-769.

Klemperer, Paul (2004), *Auctions: Theory and Practice*, Princeton University Press. También disponible en <http://www.paulklemperer.org/>.

Kovacic, William E., Robert C. Marshall, Leslie M. Marx y Matthew E. Raiff (2006), "Bidding Rings and the Design of Anti-Collusion Measures for Auctions and Procurements," ponencia en *Handbook of Procurement – Theory and Practice for Managers*, editado por Dimitri, Piga y Spagnolo, Cambridge University Press.

Laffont, J.J. y J. Tirole (1994), "A Theory of Incentives in Procurement and Regulation".

Lengwiler, Y. y Wolfstetter E. (2006), "Corruption in Procurement Auctions", ponencia en *Handbook of Procurement – Theory and Practice for Managers*, editado por Dimitri, Piga y Spagnolo, Cambridge University Press.

Marshall, Robert C. y Michael J. Meurer (2004), "Bidder Collusion and Antitrust Law: Refining the Analysis of Price Fixing to Account for the Special Features of Auction Markets," *Antitrust Law Journal*, 72, pp. 83-118.

McAfee, R. Preston (1999), "Four Issues in Auctions and Market Design," disponible en <http://www.market-design.com/library-general.html>.

McAfee, R. Preston y John McMillan (1987), "Auctions and Bidding," *Journal of Economic Literature*, vol. 25, n° 2, junio, pp. 699-738.

Milgrom, Paul R. (2004), "Putting Auction Theory to Work", Cambridge University Press.

OCDE (2002), The Size of Government Procurement Markets, disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/34/14/1845927.pdf>.

OCDE (2005), "Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement", ponencias presentadas en el Foro Mundial de la OCDE sobre gobernabilidad

OCDE, Bribery in Procurement, Methods, Actors and Counter-Measures, 2007.

OCDE, Competition Policy and Procurement Markets, DAF/CLP(99)3/FINAL.

OCDE, Hard Core Cartels, Third Report on the Implementation of the 1998 Recommendation, 2005.

OCDE, Raising Awareness of Cartels, Documento de información, DAF/COMP/WP3/WD(2004)8.

OECD, Roundtable on Competition in Bidding Markets, Documento de información de la Secretaría, DAF/COMP(2006)27.

OECD, Roundtable on Competition in Bidding Markets, Documento del profesor Klemperer, DAF/COMP/WD(2006)72.

Stigler, George J. (1964), "A Theory of Oligopoly", *Journal of Political Economy*, febrero, vol. 72(1), pp. 44-61.