

Unclassified

DAF/COMP/LACF(2016)14

Organisation de Coopération et de Développement Économiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

18-Mar-2016

Spanish - Or. English

**DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE**

DAF/COMP/LACF(2016)14
Unclassified

**LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COMPETITION FORUM (Spanish Version)
FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA**

Sesión III: Promoviendo la competencia efectiva en los procesos de compras públicas

-- Contribución de El Salvador --

12-13 de abril 2016, Ciudad de México, México

Se hace circular el documento adjunto elaborado por El Salvador PARA SU DEBATE en la Sesión III del Foro Latinoamericano y Del Caribe de Competencia que se llevará a cabo los días 12-13 de abril 2016 en México.

Contacto: Lynn ROBERTSON, Coordinadora de Relaciones Globales, División de Competencia de la OCDE [Tel: +33(0)1 45 24 18 77, Correo electrónico: lynn.robertson@oecd.org]

JT03392259

Complete document available on OLIS in its original format

This document and any map included herein are without prejudice to the status of or sovereignty over any territory, to the delimitation of international frontiers and boundaries and to the name of any territory, city or area.

Spanish - Or. English

FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA



14º Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia 12-13 de abril de 2016, Ciudad de México, México

Sesión III: Promoviendo la competencia efectiva en los procesos de compras públicas

Parte 2: El uso del monitoreo (screens) para prevenir y detectar la manipulación de licitaciones en los procesos de contratación pública

-- CONTRIBUCIÓN DE EL SAVADOR --

1. En lo que se refiere a compras públicas, es innegable la importancia del Estado como demandante de bienes y servicios en la economía de un país. El Banco Interamericano de Desarrollo estimó que los recursos involucrados en las compras públicas alcanzan en promedio un 15% del Producto Interno Bruto (PIB) de los países, equivalentes a USD 800.000 millones anuales para la región¹. El Salvador no es la excepción, entre los años 2000 a 2012, las compras públicas en relación al PIB fluctuaron entre el 9% y 11%².

2. De acuerdo a estadísticas del Sistema Electrónico de Compras Públicas de El Salvador (COMPRASAL)³, en 2015 se adjudicaron alrededor de USD 985,926,768 en bienes, obras y servicios, requeridos por las instituciones autónomas (43.40%), el Gobierno Central (29.08%), las empresas públicas (16.19%), hospitales (4.05%), municipalidades (7.21%) y otras instituciones (0.07%). Estas compras se realizaron en su mayoría a través de procesos de licitación pública (45.66%), contratación directa (15.00%), libre gestión (13.29%), entre otros (26.05%).

¹ Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Eficiencia y transparencia en el sector público. Avances en las compras públicas en América Latina y el Caribe. 2002 -2012

² Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA). Las compras públicas como herramienta de desarrollo en América Latina y el Caribe. Septiembre de 2014.

³ https://www.comprasal.gob.sv/comprasal_web/estadisticaSumario, consultado el 11 de marzo de 2016 a las 4:00pm. Estos datos podrían no reflejar los totales nacionales ya que incluyen únicamente aquellos publicados en el sitio web COMPRASAL de la Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones (UNAC) del Ministerio de Hacienda.

3. Lo anterior confirma la importancia de que los fondos públicos se utilicen de forma eficiente, para lo cual es necesario promover entornos más competitivos que garanticen una multiplicidad de opciones a fin de que el Estado obtenga ofertas más favorables para la contratación de productos y servicios de mejor calidad y a mejor precio. En esa línea, las reformas a la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP)⁴ establecen que al menos 12%⁵ del presupuesto anual de las instituciones públicas destinado para la contratación y adquisición de bienes y servicios se realice a las micro, pequeñas y medianas empresas. De esta forma se promueve la competencia al abrir espacios para que micro, pequeñas y medianas empresas participen en los procesos de compras públicas, incidiendo además en el desarrollo económico del país.

4. Para tales fines, en El Salvador los procesos de planificación, adjudicación, contratación, seguimiento y liquidación de las adquisiciones de obras, bienes y servicios están regulados por la LACAP⁶ y su reglamento (RELACAP). Esta normativa establece que los procesos de compras públicas se rigen por principios y valores tales como la no discriminación, publicidad, libre competencia, igualdad, ética, transparencia, imparcialidad, probidad, centralización normativa y descentralización operativa para velar por el uso racional de los recursos financieros del Estado.

5. Además, la LACAP prohíbe a los oferentes celebrar acuerdos entre ellos o con terceros que tengan por objeto restringir el libre comercio, por lo que, al tener conocimiento de la ejecución de este tipo de prácticas, se debe notificar a la Superintendencia de Competencia (SC)⁷.

6. En ese marco, la Ley de Competencia de El Salvador (LC) contempla, dentro de los acuerdos entre competidores, la prohibición de fijar o limitar los precios en subastas o en cualquier otra forma de licitación⁸, ya que estos menoscaban los intereses generales al distorsionar los mercados y no permitir el uso eficiente de los recursos públicos.

7. La Superintendencia de Competencia (SC), como institución encargada de velar por el cumplimiento de la LC en El Salvador⁹, se esfuerza por promover la libre competencia en las compras públicas a través de diversas actividades, para lo cual ha resultado estratégica la actuación conjunta con la Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública del Ministerio de Hacienda (UNAC), institución encargada, entre otras cosas, de capacitar, promover, prestar asistencia técnica y dar seguimiento a las Unidades de Adquisiciones y Contrataciones Institucionales (UACI) para el cumplimiento de toda la normativa comprendida en la LACAP¹⁰.

8. La SC y la UNAC han trabajado de la mano con las UACI con el objeto de incluir y desarrollar el principio de libre competencia en los procesos de adquisición y contratación pública. Así, en el 2012 trabajaron en conjunto en la actualización¹¹ del ahora *“Manual de Competencia y Compras Públicas:*

⁴ Reformas realizada mediante el Decreto Legislativo No. 725 de 18 de mayo de 2011, publicado en el Diario Oficial número 102, Tomo número 391 de fecha 2 de junio de 2011.

⁵ Artículo 39-C de la LACAP

⁶ Artículo 1 de la LACAP

⁷ Artículo 26 de la LACAP

⁸ Artículo 25 letra c) de la Ley de Competencia

⁹ Artículo 4 de la Ley de Competencia

¹⁰ Artículo 7 de la LACAP

¹¹ En 2009 la SC lanzó su manual “Detectando y previniendo ofertas colusorias en las compras públicas”. Sin embargo, dadas las reformas introducidas a la LACAP en el 2011, la UNAC y la SC trabajaron en conjunto en la actualización de este manual, en el que además se incluyeron otros temas como la importancia de las

promoviendo procesos competitivos para una mayor eficiencia en el gasto público”, lanzado en octubre de ese año con la finalidad de informar sobre la naturaleza de las ofertas colusorias, explicar las diferentes formas técnicas que adoptan y señalar los efectos nocivos de éstas en la economía y asimismo, analizar los diferentes pronunciamientos de la Superintendencia de Competencia sobre el tema¹².

9. Siempre con el apoyo de la UNAC, se promovió la divulgación del manual a través de capacitaciones y talleres prácticos a empleados de las UACI del gobierno central, instituciones autónomas, alcaldías, hospitales públicos, entre otros. Desde 2012 a la fecha se han capacitado alrededor de 800 empleados de estas instituciones con el objeto de socializar el manual y concientizar sobre la importancia de promover procesos más competitivos en las compras públicas, retomando así las buenas prácticas internacionales y las recomendaciones hechas por el Consejo de la OCDE¹³ en lo que al tema se refiere.

10. Complementariamente la SC elaboró un test rápido para ser utilizado por las UACI como herramienta para identificar patrones o indicios sobre la posible existencia de un acuerdo entre competidores. Este test comprende más de veinticinco preguntas que se agrupan en tres pasos:

1. Analizar rápidamente las ofertas recibidas, este paso permite identificar si existe identidad o similitud en las características de las ofertas o los precios, si existen dos o más ofertas con errores similares, si dos o más propuestas reflejan cambios de última hora, si dos o más ofertas fueron remitidas de la misma dirección de correo, número de fax, correo electrónico, o entregados por la misma persona, entre otros;
2. Buscar patrones de comportamiento que puedan ser comunes entre los oferentes, para lo cual se recomienda tener en cuenta información sobre procedimientos de compras anteriores para identificar si siempre gana el mismo oferente, si se puede identificar una rotación de ganadores, si existe similitud en el número de contratos adjudicados a los distintos competidores, entre otros; y,
3. Examinar cualquier tipo de conducta sospechosa que pueda indicar que ha existido colaboración entre los oferentes durante el proceso, tales como incremento de precio por parte de un proveedor sin razón objetiva aparente, en comparación con precios que ofertó antes, si ciertos proveedores se retiran del proceso teniendo la posibilidad de resultar ganadores, si una empresa que no tiene posibilidades de cumplir con el objeto del contrato de la licitación presente una oferta, entre otros.

11. Si producto de los resultados del test se obtienen indicios de acuerdo colusorio, las UACI deben informar a la SC para analizar la información y proceder según sus facultes.

12. Por otra parte, siempre en el marco de las actividades para promover procesos competitivos en las compras públicas, la SC ha emitido, desde 2010, alrededor de 70 recomendaciones como resultado de opiniones sobre normativa¹⁴, actuaciones previas¹⁵ y procedimientos por prácticas anticompetitivas¹⁶,

contrataciones públicas en la economía nacional, modalidades de contratación públicas y pronunciamientos de la SC sobre procesos de licitación pública.

¹² Superintendencia de Competencia. Competencia y Compras Públicas: promoviendo procesos competitivos para una mayor eficiencia en el gasto público. 2012.

¹³ Para mayor información ver “Recomendación del Consejo de la OCDE para combatir la colusión en la contratación pública”, aprobado por el Consejo el 17 de julio de 2012.

¹⁴ SC-020-OP/PN/R-2010, Resolución de fecha 18 de mayo de 2010; SC-002-OP/PN/R-2011, Resolución de fecha 15 de abril de 2011; SC-048-O/PN/R-2012, Resolución de fecha 16 de enero de 2013; SC-028-O/PN/R-2013, Resolución de fecha 31 de julio de 2013; SC-030-O/PN/R-2013, Resolución de fecha 21 de agosto de 2013.

dirigidas a diferentes instituciones de Gobierno con la finalidad de mejorar las condiciones de competencia en estos procesos.

13. Los esfuerzos realizados a la fecha han permitido educar y sensibilizar a los directamente involucrados en los procesos de compras públicas. Sin embargo, la adopción y aplicación de herramientas para la detección puntual de indicadores de posible colusión en estos casos requiere de cierto acompañamiento, en razón de lo cual, para este 2016, la SC ha elaborado el “Plan Piloto sobre la Incorporación de Principios de Competencia en las Licitaciones Públicas¹⁷”, con el objeto que la SC en conjunto con una institución copartícipe, realicen un análisis de competencia de los procesos de contratación pública de un bien o servicio previamente definido y para cierto período, que dote a la UACI de la institución copartícipe de las herramientas necesarias para que periódicamente implemente auto-auditorías de competencia en sus procesos.

14. Específicamente se pretende incorporar principios de competencia en el diseño e implementación de los procesos de contratación; advertir posibles situaciones de colusión en las contrataciones públicas; y profundizar la cultura de competencia dentro de las instituciones públicas partícipes.

15. Dentro de este último objetivo se contempla el diseño de un sistema electrónico de monitoreo de la competencia en las compras públicas (conocido también como cribado o *screening*), que sirva como herramienta a la UACI de la institución copartícipe para realizar ella misma el monitoreo de sus procesos para la detección de posibles prácticas anticompetitivas que deban ser reportadas a la SC.

16. En cuanto a la metodología, se propone ejecutar el plan piloto en seis etapas. Estas iniciarán con (1) la identificación y selección de la institución copartícipe considerando variables como la ubicación geográfica, el tamaño del presupuesto asignado, el monto de las compras públicas, disponibilidad, seguridad y contexto político. (2) Definido esto, se procederá a conformar el equipo de trabajo interinstitucional y se iniciará la capacitación de los funcionarios de la UACI para desarrollar sus habilidades y capacidades para interpretar y aplicar la legislación de competencia en lo concerniente a los procesos de adquisición y contratación pública, además de fomentar una comunicación permanente entre la UACI y la SC.

17. La ejecución continúa con (3) la identificación de la información sujeta a análisis. Para ello se seleccionarán los procesos finalizados de bienes o servicios sensibles por su magnitud en el presupuesto institucional y que estén comprendidos en los últimos 5 años. (4) Identificada esta información, se analizarán y evaluarán las bases de licitación elaboradas por la institución copartícipe a efectos de verificar que no existan condiciones que limiten o excluyan la participación de otros competidores o que influyan en su comportamiento dentro del proceso.

18. (5) Posteriormente, se analizará el comportamiento de las ofertas y adjudicaciones, lo que permitirá generar registros históricos que contribuyan a la detección de posibles ofertas colusorias mediante la identificación de rotaciones o patrones de adjudicación. Esto le servirá a la UACI como herramienta para realizar a futuro sus propios monitoreos de información sobre el comportamiento de sus procesos de adquisiciones y contrataciones públicas.

¹⁵ SC-005-O/AP/R-2010, Resolución de fecha 9 de marzo de 2010; SC-020-O/AP/NR-2012, Resolución de fecha 27 de septiembre de 2012; SC-051-O/AP/NR-2013, Resolución de fecha 31 de enero de 2015.

¹⁶ SC-012-O/PS/R-2013, Resolución de fecha 17 de abril de 2015; SC-029-D/PS/NR-2013, Resolución de fecha 08 de julio de 2015.

¹⁷ Se pretende iniciar la ejecución de este plan piloto en el segundo semestre del año 2016.

19. (6) La última etapa contempla la elaboración de un informe que contenga los hallazgos del análisis, en el cual se detallarán los resultados e indicios identificados. Este informe será elaborado por la SC y presentado a las autoridades de la institución copartícipe, a quienes además se presentarán las posibles mejoras o pasos a seguir para velar por la competencia en los procesos de compras públicas.
20. Los resultados también podrán ser divulgados a la ciudadanía para trasladarles la importancia y los beneficios de la competencia en estos procesos.
21. El plan piloto contempla el seguimiento, por parte de la SC, de la eficiencia de las herramientas elaboradas con el objeto de evaluar el impacto de su aplicación. Para ello se tomarán en cuenta indicadores como el aumento o disminución de oferentes en nuevas licitaciones, la razón de bases retiradas versus ofertas recibidas, cambio de precios o razón calidad/precio, comportamientos sospechosos denunciados, ofertas colusorias detectadas, entre otros.
22. Con la ejecución de este plan, la SC dará un salto importante en el tema de compras públicas al acompañar a la UACI de la institución copartícipe a aprender haciendo, permitiendo que la misma tome un rol más activo en la prevención y detección de posibles ofertas colusorias con el objeto de garantizar el uso eficiente de los fondos públicos en los procesos de adquisiciones y contrataciones.
23. Se espera que este esfuerzo pueda ser ampliado y replicado en otras instituciones públicas interesadas en su ejecución, por lo que las lecciones aprendidas con la realización de este plan serán incorporadas en otros proyectos de similar naturaleza.
24. En cuanto a la interacción de las herramientas proactivas para la detección de cárteles (como los *screening*) y las herramientas reactivas (como los programa de clemencia), es necesario mencionar que la SC ha presentado una serie de reformas a la LC que incluyen el programa de clemencia¹⁸ con el objeto de hacerlo más eficiente y atractivo a los agentes económicos. En tal sentido, no es posible realizar una valoración de cómo interactúan las herramientas, ya que ambas se encuentran en proceso de discusión y desarrollo.

¹⁸ La propuesta de reforma de las disposiciones relativas al beneficio de clemencia consisten en redactar claramente los requisitos de acceso al beneficio y exonerar totalmente de sanciones al beneficiado cuando la colaboración es efectiva para comprobar la existencia de la práctica. En la actualidad, el beneficio de clemencia contempla una exoneración parcial de la sanción para el agente económico que cumple con los requisitos establecidos en el artículo 39 de la LC.