



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

OCTUBRE, 2021

LIBRE¹ COMPETENCIA Y LICITACIONES PÚBLICAS

**PROGRAMA UC - LIBRE
COMPETENCIA**

**LIBRE COMPETENCIA EN POCAS
PALABRAS - N°13**

**DOCUMENTO ELABORADO POR EL PROGRAMA UC | LIBRE COMPETENCIA, CON LA
COLABORACIÓN DE DANIELA POBLETE GUZMÁN**

1. INTRODUCCIÓN

El fenómeno del “Bid-rigging” ocurre cuando dos o más empresas se coluden para subir los precios y/o reducir la calidad de los bienes o servicios ofrecidos a los compradores que buscan comprarlos a través de un proceso de licitación. El asegurar un proceso competitivo, honesto e independiente es fundamental para obtener precios justos y productos o servicios de calidad. Esta situación puede ocurrir tanto a nivel privado como público.

En tanto, una licitación pública es definida como un “procedimiento administrativo de carácter concursal mediante el cual la Administración realiza un llamado público, convocando a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente”, según el artículo 7 de la Ley N° 19.886 de Compras Públicas.

En su documento “Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement”(2) , la OECD se refiere a los graves efectos que puede tener el “Bid-rigging” en las licitaciones públicas: “La manipulación de licitaciones puede ser particularmente dañina si afecta la contratación pública. Tales conspiraciones toman recursos de compradores y contribuyentes, disminuyen la confianza del público en el proceso competitivo y socaban los beneficios de un mercado competitivo”.

2. ¿QUÉ DEBEMOS SABER SOBRE LAS LICITACIONES PÚBLICAS?

Los gobiernos adquieren grandes cantidades de bienes y servicios para implementar políticas públicas y brindar otros servicios necesarios para la ciudadanía. El caso a la vista ha sido el impacto que han tenido todas las ayudas gubernamentales en la lucha contra el

Covid-19. De hecho, en los 22 países de la OCDE-UE, las contrataciones públicas aumentaron en 8% en 2020 con respecto al año anterior, en gran medida por los gastos extras que trajo la pandemia para los gobiernos. En Reino Unido y como porcentaje del PIB el aumento fue de 13,2% a 16,1%, mientras que en Noruega se pasó de un 15,8% a un 17,1%. (3)

Las buenas prácticas en las licitaciones públicas inciden fuerte y directamente en el bienestar de las personas, y por eso es tan relevante que todos los países sean capaces de encontrar la máxima eficiencia entre el precio y calidad de los bienes adquiridos.

Las compras públicas abarcan un gran espectro de áreas dentro de las funciones gubernamentales: salud, medioambiente, orden público, infraestructura, transporte, comunicaciones, energía, investigación y desarrollo, educación, defensa, protección social, entre otros. A 2019, las compras públicas en salud representaban un 29,3% del gasto total público de los países de la OECD. En tanto, en Italia, Japón y Eslovaquia las compras en salud llegaban a cerca de un 45% del gasto público.

A nivel mundial, las contrataciones públicas representan, en promedio, entre un 13-20% del GDP, equivalentes a cerca de US\$ 9.5 trillones y donde entre un 10-25% del valor es perdido por corrupción. (4)

Desde una perspectiva económica, la “competencia” opera como un mecanismo que permite comunicar los precios como indicadores de las condiciones de oferta y demanda, diferencias de calidad y en términos y condiciones de productos y servicios.

En el documento "Lineamientos para

3 Government at a Glance 2021, OECD. Disponible en: https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/1c258f55-_____.en.pdf?expires=1634585781&id=id&accname=guest&checksum=E42A3582D0ACD5E45FC69088A6FE1209

4 Global Public Procurement Database: Share, Compare, Improve! (Marzo 23, 2020). Disponible en: <https://www.worldbank.org/en/news/feature/2020/03/23/global-public-procurement-database-sharecompare-improve>

2 Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement, documento de la OECD. Disponible en: <https://www.oecd.org/competition/cartels/42851044.pdf>

combatir la Colusión entre oferentes en Licitaciones Públicas”, la OECD enumera una serie de características que hacen un proceso de contratación pública más susceptible de caer en un caso de colusión. Por ejemplo: bajo número de empresas, escasa o nula entrada de nuevas empresas al mercado, condiciones de mercado estables y predecibles para la industria, licitaciones repetidas, productos homogéneos, pocos sustitutos sin cambios tecnológicos significativos. (5)

3. ¿QUÉ SABEMOS SOBRE LAS LICITACIONES PÚBLICAS EN EL MUNDO?

3.1. Estados Unidos

Las bases del sistema actual de licitaciones públicas en Estados Unidos se basan en dos leyes: la ley “Armed Services Procurement Act” (1974) y la ley “Federal Property and Administrative Services Act” (1949). Actualmente, se utiliza como guía el documento “Federal Acquisition Regulation”, el cual sirve para cualquier empresa que desee obtener contratos gubernamentales, además de la ley de “Competition in Contracting Act” (CICA, 1984), en la cual se enmarca el proceso oficial de licitación de contratos gubernamentales competitivos.

El proceso de licitación público en los EE.UU. generalmente, consiste en que la empresa debe enviar su propuesta de trabajo y el gobierno examinará la calidad y adecuación de ésta en áreas como: adecuación de recursos, conocimientos, personal y capacidad operativa; capacidad para cumplir con las fechas de producción y entrega; buen historial de desempeño y reputación; acceso a equipos e instalaciones adecuados; elegibilidad legal, entre otros. (6)

5 Lineamientos para combatir la Colusión entre oferentes en Licitaciones Públicas. Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/40/38/42761715.pdf>

6 What is Government Procurement? Disponible en: <https://www.gmpgov.com/what-is-governmentprocurement/>

3.2. Europa

Según el documento “Public Procurement in the EU: Legislative Framework, Basic Principles and Institutions” (7), los principios básicos de las contrataciones públicas son: la Competencia, la Igualdad de trato y no-discriminación, y la Transparencia. En el mismo documento, se destaca la relevancia de que toda compra pública represente una buena relación calidad-precio, es decir, una combinación óptima entre todos los costos asociados a una compra (monetarios y no monetarios) y los resultados que se desean obtener con el producto o servicio contratado.

En 2017, se publicó el documento “Making Public Procurement Work in and for Europe”⁸ donde se describen cuáles son las prioridades estratégicas para mejorar el proceso de contrataciones públicas:

- Garantizar una mayor aceptación de la contratación pública estratégica.
- Profesionalización de los compradores públicos.
- Mejorar el acceso a los mercados de adquisiciones.
- Mayor transparencia, integridad y mejor data.
- Impulsar la transformación digital de la contratación.
- Cooperación para las compras públicas.

A pesar de la promoción de estas y otras prácticas a favor de la competencia en materia de licitaciones, la Global Corruption Barometer – EU survey reveló que un 52% de los habitantes de la Unión Europea duda que los contratos gubernamentales se asignen de manera competitiva y que, por el contrario, creen que estos son ganados a

7 Public Procurement in the EU: Legislative Framework, Basic Principles and Institutions. Disponible en: <http://www.sigmaweb.org/publications/PublicProcurement-Policy-Brief-1-200117.pdf>

través de sobornos y conexiones personales. En Bulgaria, Chipre y Grecia, este porcentaje sobrepasa el 70% del total de habitantes encuestados. (9)

El mismo estudio revela una alta correlación entre la confianza en los gobiernos y la percepción de corrupción en las compras públicas. Es decir, en países donde la confianza hacia los gobiernos es baja, las personas tienden a creer que las compras que estos hagan se basan más en las conexiones personales y sobornos que en un proceso justo y competitivo.

3.3. Brasil

En 2020, en Brasil se gastó cerca de \$35 mil millones de reales en la contratación de productos y servicios públicos. Debido al tamaño de estos flujos de dinero, es de suma relevancia contar con guías y procedimientos claros para todo el proceso licitatorio. (10)

Según la Ley Federal N° 8.666 / 1993 (Ley General de Contratación), existen cuatro procedimientos para las compras públicas:

a. "Licitaciones competitivas abiertas": Abiertas a todos los licitadores, quienes presentan dos sobres sellados, uno donde se demuestra el cumplimiento de la empresa de los requisitos de elegibilidad y otro con la oferta financiera.

b. "Solicitudes de precios": Similar a las licitaciones abiertas, pero de menor plazo, con ciertos umbrales de precios y sólo para licitadores registrados en el Sistema Unificado de Registro de Proveedores ("SICAF", por sus siglas en portugués). "Invitación a licitar": La entidad contratante debe invitar al menos a tres proveedores potenciales, quienes deben presentar sus propuestas dentro de un plazo definido

9 EU Residents See Corruption in Public Contracting: What Can Governments Do? Disponible en: <https://www.transparency.org/en/news/gcb-eu-2021-public-contracting-bribery-connections-corruptiontrust-integrity-pacts#>

10 Fighting Bid Rigging in Brazil: A Review of Federal Public Procurement. Disponible en: <https://www.oecd.org/competition/fighting-bidrigging-in-brazil-a-review-of-federal-publicprocurement.htm>

c. "Concursos": Se utilizan para la contratación de trabajos técnicos, científicos o artísticos. Las reglas del concurso deben estar claramente establecidas y el premio tiene la forma de una recompensa económica.

Los criterios generales para la adjudicación de los contratos son: precio más bajo y/o mejor técnica o método. Este último se utiliza más en trabajos intelectuales, como planificación de proyectos, cálculos, auditorías, consultorías.

3.4. Chile

En abril del año 2011, la Fiscalía Nacional Económica ("FNE") publicó la Guía "Compras Públicas y Libre Competencia", en la cual -y siguiendo las principales recomendaciones internacionales- se otorgaron ciertas pautas para la promoción de la libre competencia en temas de licitaciones públicas, entregando los principales lineamientos para el cumplimiento del Decreto Ley N° 211.

En el referido Decreto Ley 211 se establece que: "Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

a) Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación." (11)

La guía de la FNE también plantea los principios básicos para la prevención activa de la colusión entre oferentes en las licitaciones públicas:

a. Estudiar con detención el diseño del proceso de contratación.

11 DL 211, Artículo 3° inciso 2° letra a)

- b. Evitar la arbitrariedad.
- c. Evitar la creación de barreras artificiales a la competencia.
- d. Promover la competencia.
- e. Denunciar las ilegalidades.

Por otro lado, se enumeran las estrategias de prevención más comunes como:

- a. Conocer toda la información relevante del mercado antes de comenzar el proceso de licitación.
- b. Fomentar la participación, maximizando el número de oferentes.
- c. Ser impredecible con los oferentes en cuanto a los requisitos específicos del producto, permitiendo la novedad y ofertas alternativas.
- d. Cortar lazos, es decir, intentar minimizar la comunicación entre los oferentes.
- e. Definir claramente los criterios para la evaluación de las ofertas y la adjudicación final del contrato.
- f. Capacitar al personal a cargo del proceso de compra.
- g. Desarrollar una buena base de datos de las licitaciones pasadas.

4. EJEMPLO CASO JUDICIAL

“Contratista del gobierno condenado a 57 meses de prisión por fraude en adquisiciones por US\$ 3,7 millones”

Chester L. Neal Jr., un ciudadano estadounidense de 45 años de Missouri, fue ordenado a pagar una indemnización de US\$3,7 millones por fraude.

Neal se declaró culpable el 19 de agosto de 2019 de un cargo de fraude. Según las

admisiones hechas en relación con su declaración de culpabilidad, Neal estableció y controló varias empresas a través de las cuales licitó y ganó al menos 105 contratos gubernamentales para proporcionar bienes y servicios a agencias federales, incluido el Departamento del Interior, el Ejército de los EE.UU. Y la Fuerza Aérea de los EE.UU. Los contratos requerían que Neal comprara y transportara roca, grava y otras materias primas a bases militares y parques nacionales.

Después de ganar estos contratos, Neal indujo fraudulentamente a los subcontratistas a realizar el trabajo requerido. Pero cuando el gobierno le pagó a Neal por el trabajo de sus subcontratistas, él no pagó a sus subcontratistas. En cambio, Neal se quedó con el dinero y lo gastó en lugares como casinos, clubes nocturnos, restaurantes y hoteles. En total, entre julio de 2008 y diciembre de 2017, Neal defraudó a sus subcontratistas con aproximadamente \$ 3.7 millones.

Link de Consulta:
<https://www.justice.gov/opa/pr/government-contractor-sentenced-57-months-prison-37-million-procurement-fraud-scheme>

REFERENCIAS

Government at a Glance 2021, OECD. Disponible en: <https://www.oecdilibrary.org/docserver/1c258f55-en.pdf?expires=1634585781&id=id&accname=guest&checksum=E42A3582D0ACD5E45FC69088A6FE1209>

Compras Públicas y Libre Competencia, FNE. Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wpcontent/uploads/2017/11/Material-de-Promocion-1-Compraspublicas-Abr2011.pdf>

Ley 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

Decreto Ley N° 211, que fija normas para la Defensa de la Libre Competencia, FNE. Disponible en: https://www.fne.gob.cl/wpcontent/uploads/2010/12/DL_211_refundido_2016.pdf