

GUÍA PARA LA

PREVENCIÓN Y DETECCIÓN DE

COLUSIÓN

EN PROCESOS DE COMPRAS PÚBLICAS



Nota aclaratoria:

Se indica a la persona lectora que, el presente instrumento informativo fue redactado desde la óptica del Derecho de Competencia, es por ello que se invita a leer la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (Ley 7472), Ley General de Telecomunicaciones de Costa Rica (Ley 8642), Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica (Ley 9736), para mayor claridad de las funciones y facultades de las Autoridades de Competencia que colaboraron en la redacción de esta guía.

TABLA DE CONTENIDO

Abreviaturas.....	5
Definiciones.....	7
1. Introducción.....	11
2. Marco normativo.....	15
2.1 Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor de Costa Rica (Ley 7472).....	16
2.2. Ley General de Telecomunicaciones (Ley 8642).....	17
2.3. Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica (Ley 9736).....	17
2.4. Ley General de Contratación Pública de Costa Rica (Ley 9986).....	18
2.5 Guía de Contratación Administrativa y Competencia de la COPROCOM (2019)	19
2.6. Manual de buenas prácticas en procedimientos de contratación pública de servicios de telecomunicaciones de SUTEL (2023).....	21
3. Colusión entre oferentes en procesos de contratación pública	23
4. Formas frecuentes de colusión entre oferentes en procesos de contratación pública.....	29
4.1. Formas de colusión observadas en licitaciones individuales.....	29
4.2. Formas de colusión observadas en un conjunto de licitaciones	30
4.3. Nuevas formas de colusión facilitadas por los avances tecnológicos.....	31
5. Identificación de mercados en los que es más probable que ocurran prácticas colusorias en procesos de compras públicas	33
5.1. Características del bien o servicio.....	34
5.2. Características de la estructura de mercado.....	35
5.3. Comportamiento de las empresas en el mercado.....	37
6. Enfoque preventivo: Lineamientos en materia de competencia para prevenir prácticas colusorias en procesos de compras públicas en cada una de las etapas de un procedimiento de contratación.....	39
6.1. Planeación.....	41
6.1.1. Preparación del personal a cargo del diseño del proceso de adquisición	41
6.1.2. Inteligencia de mercados	43
6.1.3. Tamaño de las licitaciones.....	44
6.1.4. Cambios en la calendarización y las cantidades licitadas	48

6.1.5.	Neutralidad competitiva. Contrataciones entre empresas públicas	48
6.1.6.	Publicidad.....	48
6.1.7.	Comunicación entre oferentes antes de la presentación de ofertas.....	51
6.2.	Elaboración del pliego de condiciones (términos de referencia)	55
6.2.1.	Especificaciones del bien o servicio.....	55
6.2.2.	Requisitos de admisibilidad	59
6.2.3.	Sistema de evaluación.....	61
6.3.	Presentación de ofertas.....	66
6.3.1.	Comunicación entre oferentes durante la presentación de ofertas.	67
6.4.	Después de la decisión de adjudicación	68
6.4.1.	Diálogo con los oferentes actuales y potenciales.....	68
6.4.2.	Plazo de los contratos.....	68
6.5.	A lo largo del proceso de compra pública	70
6.5.1.	Transparencia	70
6.5.1.1.	Obligación de usar el SICOP.....	70
6.5.1.2.	Buenas prácticas internacionales de transparencia en los procesos de compras públicas.....	70
6.5.2.	Utilización de medios electrónicos	73
7.	Lista de verificación para detectar prácticas colusorias en procesos de compras públicas	75
7.1.	Requisitos para la detección de indicios de comportamiento colusorio en procesos de compras públicas	78
7.1.1.	Sobre la preparación del personal a cargo de los procesos de compras públicas.....	78
7.1.2.	Sobre la recopilación de información por parte del personal a cargo de los procesos de compras públicas.....	79
7.2.	Señales y patrones de advertencia de la posible existencia de prácticas colusorias en procesos de compras públicas	80
7.2.1.	Señales de advertencia en la información pública de las empresas y en audiencias previas.....	80
7.2.2.	Señales de coordinación en conductas privadas de los oferentes que tuvo conocimiento la entidad contratante.....	81
7.2.3.	Señales de coordinación en el contenido de la documentación presentada.....	81
7.2.4.	Señales de coordinación en las decisiones de presentar o no una oferta	82
7.2.5.	Señales de advertencia en los precios que se ofrecen en cada proceso de compra pública	84
7.2.6.	Señales de advertencia en los resultados de un conjunto de procesos de compras públicas	85
7.3.	Sobre las actividades específicas de la autoridad de competencia	86
7.4.	Técnicas de análisis para detectar prácticas colusorias en procesos de compras públicas	87
7.4.1.	Falsos positivos y negativos en el análisis	89
7.4.2.	Estrategias de análisis para la detección de prácticas colusorias en procesos de compras públicas	91
7.4.3.	Información económica para acreditar un acuerdo colusorio	94
8.	Conclusiones	101
	Bibliografía.....	103

ABREVIATURAS

COPROCOM:	Comisión para Promover la Competencia.
Ley 7472:	Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.
Ley 8642:	Ley General de Telecomunicaciones.
Ley 9736:	Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica.
Ley 9986:	Ley General de Contratación Pública.
MIPYMES:	Micro, pequeñas o medianas empresas.
PYMES:	Pequeñas y medianas empresas.
Reglamento de la Ley 9986:	Reglamento de la Ley General de Contratación Pública.
SCJI:	Sistema Costarricense de Información Jurídica.
SICOP:	(Sistema Integrado de Compras Públicas): Sistema digital aplicable a toda la Administración costarricense con el objetivo de conseguir vincular la planificación, la presupuestación y la oportuna promoción de los procedimientos de compra, para dar satisfacción a las necesidades públicas (Transitorio X conforme el Reglamento para la utilización del sistema integrado de compras públicas "SICOP", Decreto Ejecutivo 41438-H del 12 de octubre de 2018).
SUTEL:	Superintendencia de Telecomunicaciones.



DEFINICIONES

Administrado:

Persona física o jurídica que se dirige a la Administración Pública con la intención de participar en un proceso de compra pública.

Cámara empresarial:

Organización formada por un grupo de empresas con el objetivo de promover y proteger sus intereses comunes, por ejemplo, representar los intereses del sector productivo ante el gobierno y otras entidades, brindar servicios de apoyo a sus miembros, como capacitación, asistencia técnica, promoción comercial y estudios de mercado, promover el desarrollo del sector industrial a través de la investigación, la innovación y la transferencia de tecnología, entre otros.

Benchmark o referente:

Es el estándar que permite un proceso de comparación de los procesos, bienes o servicios de una organización con los de otras en el mismo sector. El objetivo principal es identificar las prácticas y procesos exitosos de otras organizaciones y aplicarlos en la propia.

Cártel:

Cuando dos o más competidores acuerdan abstenerse de participar en ciertos procesos de compras públicas, asegurarse de que uno de ellos gane una contratación o compartir información con alguno de esos objetos o efectos.

Contacto multimercado:

Cuando dos o más empresas compiten entre sí en dos o más mercados diferentes.

Convenios marco:

Mediante esta modalidad de contratación se pueden adquirir obras, bienes y servicios para suplir necesidades de diferentes instituciones públicas, a efectos de que una sola institución realice el procedimiento licitatorio y las restantes puedan servirse de su ejecución sin tener que tramitar procedimientos ordinarios, con el propósito de aprovechar las economías de escala (más información en el artículo 84 de la Ley General de Contratación Pública y en el artículo 228 de su reglamento).

Empresas pequeñas:

El SCJI contiene fórmulas para clasificar a las empresas según su tamaño, considerando una combinación de tres variables: número de trabajadores, valor de ventas anuales netas y valor de activos. Las microempresas son las que obtienen menos de 10 puntos, las pequeñas entre 10 y 35, y las medianas entre 35 y 100 ¹. En conjunto, se les denomina PYMES o MIPYMES. En general, estas enfrentan mayores dificultades para participar en los procedimientos de contratación debido a las características derivadas de su tamaño pequeño, por ejemplo, una baja capacidad de producción, falta de cobertura en una zona específica, o menor capacidad de gestión de procesos administrativos.

¹ Tomado de: "Las pymes en América Latina y el Caribe" (2003), CAF. http://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/2132/CAF_PYMES_COSTARICA.pdf?sequence=8&isAllowed=y Se invita a leer también el artículo 17 del Decreto Ejecutivo 39295 titulado "Reglamento a la Ley de Fortalecimiento de las pequeñas y medianas empresas, Ley 8262".

Estudio de mercado:

En términos de la Ley 9986, antes de llevar a cabo la contratación, la entidad contratante deberá realizar un sondeo o estudio de mercado a fin de determinar los precios de referencia (art. 34). Asimismo, en términos de la Ley 9986, el estudio de mercado tendrá también como fin establecer la existencia de bienes, obras o servicios, en la cantidad, calidad y oportunidad requeridas, así como verificar la existencia de proveedores, permitir la toma de decisiones informadas respecto del procedimiento de contratación y proporcionar información para la determinación de disponibilidad presupuestaria (art. 34). En la presente guía toda mención al término estudio de mercado se refiere a la figura contemplada en la Ley 9986 y su reglamento. Las recomendaciones que se incluyen en la presente guía para la elaboración de ese estudio de mercado están enfocadas en que se realice la inteligencia de mercados (término definido más adelante) que corresponde a la prevención de prácticas colusorias en procesos de compras públicas.

Exploración o filtrado (“screening”):

La exploración o filtrado (“*screening*”) es el conjunto de herramientas que se diseñan para analizar datos e información económica observable² con el objetivo de identificar mercados cuyas características los hacen más susceptibles de ser afectados por una colusión (exploración de la estructura) o donde la dinámica de este es reveladora de una posible colusión (exploración del comportamiento).

Inteligencia de mercados:

Se refiere a la recopilación, procesamiento e interpretación de datos para conocer mejor cómo está operando un sector de la actividad económica. En materia de contratación y adquisiciones, esa información ayuda a identificar oportunidades rentables y a desarrollar estrategias para satisfacer las necesidades de compra. En este sentido la inteligencia de mercados tiene dos aspectos:

- 1. Interno:** comprensión de las necesidades de compra.
- 2. Externo:** comprensión de las soluciones y capacidad de abastecimiento e identificación de las tendencias del mercado, a lo que también se les denomina investigación y/o análisis del mercado de suministros.³

En materia de competencia económica, esa información sirve para realizar un monitoreo continuo de los mercados que facilite la detección de prácticas anticompetitivas (como prácticas colusorias en procesos de compras públicas).

Investigación forense:

La utilización de herramientas y técnicas para asegurar, identificar, preservar, analizar y presentar información que puede constituir indicios de violaciones a la Ley, particularmente de la comisión de prácticas anticompetitivas (como prácticas colusorias en procesos de compras públicas).

² Es importante considerar que el término “datos e información observable” excluye cualquier evidencia directa de un acuerdo ilegal a través de solicitudes de clemencia, incautación de documentos que explícitamente señalan la existencia de un acuerdo colusorio, o cualquier otro método que revele pruebas directas de un acuerdo explícito ilegal que, de otro modo, permanecería oculto.

³ Fuente: OCDE (2016). Mejorando la Contratación Pública en el ISSSTE para Obtener Mejores Resultados. Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública. OECD Publishing, Paris. Pp. 83 – 117. Disponible en: <https://www.oecd.org/publications/mejorando-la-contratacion-publica-en-el-issste-para-obtener-mejores-resultados-9789264250055-es.htm>

Ofertas en conjunto:

Cuando dos o más oferentes se unen para cotizar, respondiendo cada quien por su parte. En caso de que la diferenciación de responsabilidades no pueda realizarse, se entiende que todos responden solidariamente por la totalidad del contrato (más información en el art. 125 inciso c) del Reglamento a la Ley 9986).

Ofertas en consorcio:

Cuando dos o más oferentes participan de manera conjunta sin que ello implique crear una persona jurídica diferente, con el objetivo de cumplir y fortalecer los requisitos dispuestos por la entidad contratante en el pliego de condiciones. Las obligaciones que asume cada uno de los miembros que conforman el consorcio, quedan plasmados en el respectivo acuerdo consorcial (más información art. 125 inciso d) del Reglamento de la Ley 9986).

Programas de clemencia:

Se trata del otorgamiento de inmunidad en casos de investigaciones de prácticas anticompetitivas a la (s) primera (s) de las partes que admita (n) su participación en actividades específicas de colusión ante la autoridad en materia de competencia económica (también conocido como sistema de informantes). Para que estos programas sean efectivos debe existir una probabilidad real y significativa de que la colusión sea detectada y sancionada. Es en este sentido que los programas de detección y clemencia se vuelven complementarios. Si no hay una probabilidad significativa de detección, el programa de clemencia no sólo puede ser inefectivo, sino contraproducente al reducir la sanción esperada del comportamiento colusivo.⁴

Proveedor:

Se refiere a la persona física o jurídica que abastece o provee lo requerido para una finalidad.

Subcontratista:

Se refiere a la persona física o jurídica que acuerda un contrato con otra persona física o jurídica para la prestación de un bien o servicio relacionado con el contrato original.

⁴ Guía y materiales disponibles en la página https://www.coprocom.go.cr/publicaciones/Guias_para_investigacion.html



1. INTRODUCCIÓN



La presente Guía está diseñada para servir como herramienta de apoyo tanto para administrados, departamentos dentro de la Administración pública encargados de realizar compras públicas y autoridades de competencia.

Como objetivo general, se busca fortalecer los instrumentos normativos de las Autoridades de Competencia de Costa Rica para el cumplimiento efectivo de la política de competencia, contando con una Guía que permita contribuir en la detección de la manipulación de licitaciones en la contratación pública, así como lineamientos que orienten a que las administraciones públicas, puedan diseñar procesos de contratación pública que reduzcan los riesgos de la manipulación de los procesos de compras públicas.

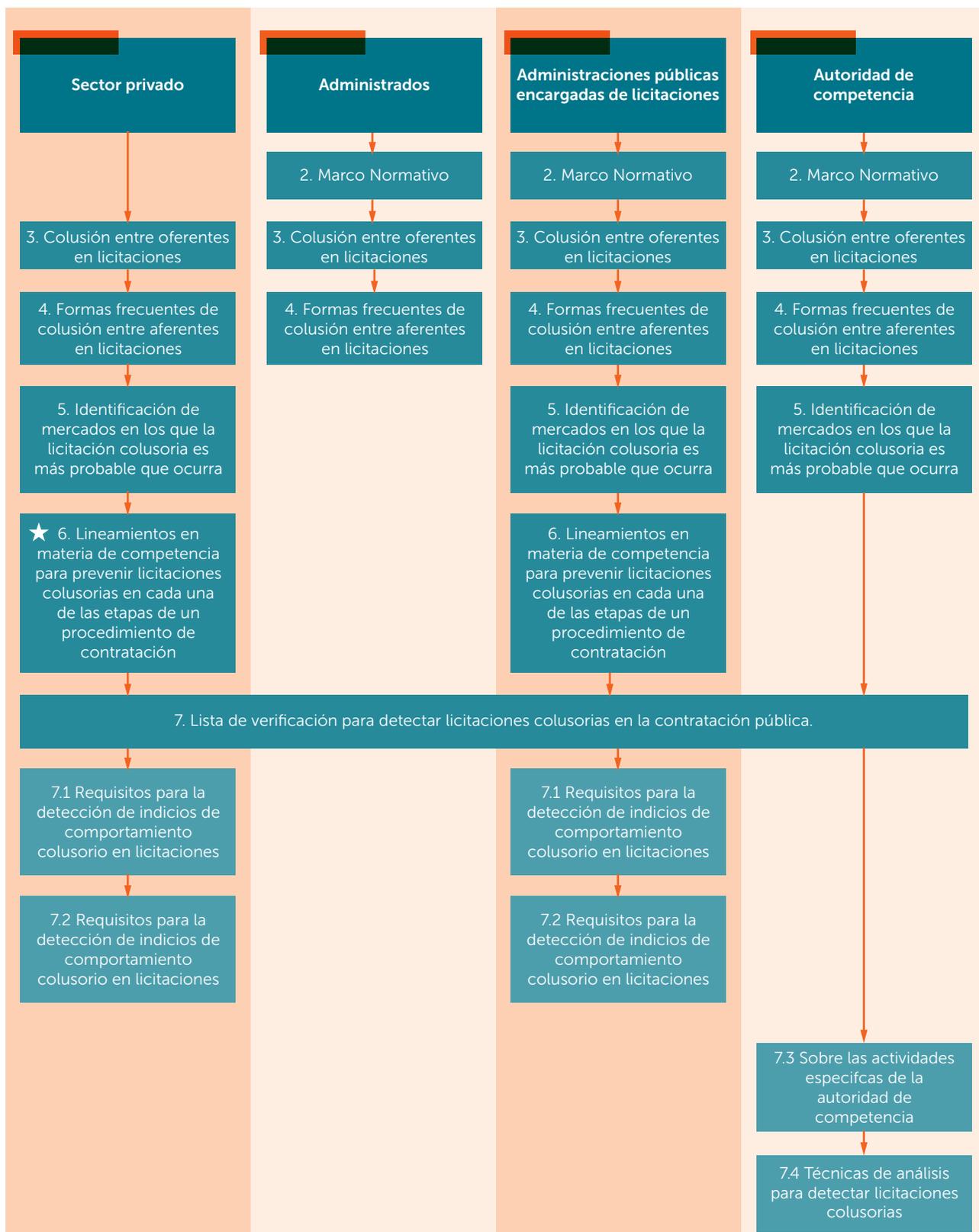
Para la realización de esta guía se hizo una revisión de prácticas internacionales en materia de prevención y detección de prácticas colusorias en procesos de compras públicas.⁵

⁵ Mayor información en el Anexo.

Se encuentra organizada de la siguiente forma: la primera parte está enfocada en el marco normativo costarricense en materia de compras públicas, después se hace un repaso de los elementos teóricos más relevantes en materia de licitaciones, posteriormente se enlistan los temas en los que debe ponerse mayor atención al diseñar un proceso de compra pública y, finalmente, se enlistan los elementos que suelen constituir indicios de un comportamiento colusorio y las técnicas que suelen ser mayormente usadas por las autoridades de competencia para acreditar la existencia de prácticas colusorias en procesos de compras públicas.

Si bien la Guía está enfocada en los procesos de compras públicas, se considera que parte del material aquí presentado también podría ser útil al realizar contrataciones privadas.

El siguiente cuadro muestra la secuencia temática que puede ser de mayor interés dependiendo del lector:



Fuente: Elaboración propia. (*) Si bien la sección 6 se elaboró considerando las condiciones normativas que prevalecen para las compras públicas en Costa Rica, se estima que pueden ser útiles para evitar licitaciones colusorias en el sector privado.





2. MARCO NORMATIVO



El marco jurídico aplicable a la promoción de la competencia en las compras públicas en Costa Rica consiste esencialmente de los siguientes instrumentos:

- Constitución Política de la República de Costa Rica, art. 182.
- La Ley 7472 que establece las bases generales para prevenir y sancionar prácticas anticompetitivas en todos los mercados, incluyendo los procedimientos de contratación. Prohíbe expresamente los acuerdos para manipular ofertas en licitaciones.
- La Ley 9736 que tiene como propósito fortalecer las autoridades de competencia de Costa Rica, la COPROCOM y la SUTEL, otorgándoles nuevas potestades y herramientas para investigar y sancionar prácticas anticompetitivas.
- La Ley 8642 regula específicamente el régimen de competencia en el sector de telecomunicaciones. Prohíbe expresamente los acuerdos para manipular ofertas en licitaciones en el sector telecomunicaciones.
- Por su parte, la Ley 9986 es la norma especial que rige los procesos de compras públicas. Esta Ley es de aplicación para toda actividad contractual en la que se empleen de manera total o parcial fondos públicos. Promueve expresamente la libre competencia, así como la igualdad de condiciones entre los proveedores que participan en licitaciones. Establece procedimientos detallados para garantizar la transparencia. Prohíbe conductas anticompetitivas como la colusión entre oferentes.
- Reglamento a la Ley 9986, Decreto Ejecutivo 43808-H, cuyo ámbito de aplicación está regulado en el artículo 1 de la Ley 9986.

- La Guía de Contratación de la COPROCOM complementa este marco legal al brindar orientaciones prácticas para detectar y prevenir problemas de competencia en los procedimientos de contratación pública, como requisitos discriminatorios en los pliegos de condiciones o indicios de colusión entre participantes.
- Finalmente, el Manual de buenas prácticas en procedimientos de contratación pública de servicios de telecomunicaciones de la SUTEL, es una herramienta para que el diseño, desarrollo y ejecución de las compras públicas de servicios de telecomunicaciones se realicen respetando los principios del régimen sectorial de competencia.

2.1 LEY DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA Y DEFENSA EFECTIVA DEL CONSUMIDOR DE COSTA RICA (LEY 7472)

Esta Ley tiene como objetivo proteger los derechos de los consumidores y promover la competencia en el mercado costarricense. Crea la COPROCOM, como el órgano encargado de investigar y sancionar prácticas anticompetitivas. Prohíbe los monopolios, carteles, concentraciones indebidas, abuso de posición dominante, entre otras conductas. La Comisión tiene amplias facultades de investigación y sanción administrativa.

La Ley define las prácticas monopólicas absolutas y relativas, también promueve la desregulación de la economía, eliminando barreras de entrada y promoviendo la competencia. Obliga a las

instituciones públicas a evaluar sus regulaciones y simplificar trámites innecesarios.

Esta Ley se refiere a las licitaciones en el artículo 11, que define la colusión como práctica monopolística absoluta: establecer, concertar o coordinar las ofertas o la abstención en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas⁶.

En conclusión, esta Ley sienta las bases de la política de competencia en Costa Rica al crear instituciones especializadas y promover la competencia.

⁶ Artículo 11- Prácticas monopolísticas absolutas. Las prácticas monopolísticas absolutas son los actos, los contratos, los convenios, los arreglos o las combinaciones entre agentes económicos competidores actuales o potenciales entre sí, con cualquiera de los siguientes propósitos: a) Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de compra o venta al que son ofrecidos o demandados los bienes o servicios en los mercados. b) Establecer la obligación de adquirir, producir, procesar, distribuir o comercializar solo una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación de un número, un volumen o una frecuencia restringida o limitada de servicios. d) Establecer, concertar o coordinar las ofertas o la abstención en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas. (Así reformado el inciso anterior por el artículo 134 inciso II) de la Ley General de Contratación Pública, N° 9986 del 27 de mayo de 2021) e) Rehusarse a comprar o a vender bienes o servicios. f) Intercambiar información con alguno de los objetos o efectos a que se refieren los anteriores incisos. Para la aplicación de este artículo, la Comisión para Promover la Competencia, de oficio o a instancia de parte, ejercerá el control y la revisión del mercado, prestando especial atención a aquellos en que los suplidores sean pocos. Los actos a los que se refiere este artículo serán nulos de pleno derecho y se sancionarán, conforme a esta Ley, a los agentes económicos que incurran en ellos. (Así reformado por el artículo 137 inciso a) de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, N° 9736 del 5 de setiembre del 2019)

2.2. LEY GENERAL DE **TELECOMUNICACIONES (LEY 8642)**

La Ley General de Telecomunicaciones, en cuanto a esta materia, busca promover la competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones de Costa Rica. Establece un régimen sectorial de competencia a cargo de la SUTEL, a quien le corresponde promover los principios de competencia, analizar el grado de competencia efectiva en los mercados, garantizar el acceso a instalaciones esenciales en condiciones equitativas y no discriminatorias, evitar abusos y prácticas monopolísticas, y autorizar o denegar concentraciones.

La Ley prohíbe las prácticas monopolísticas absolutas como fijar precios, limitar la producción o dividir el mercado entre competidores. También prohíbe las prácticas monopolísticas relativas que tengan por objeto o efecto desplazar indebidamente a competidores, negar el acceso a insumos esenciales o realizar subsidios cruzados, entre otras. La SUTEL puede imponer medidas correctivas y sanciones a quienes incurran en dichas prácticas.

Las concentraciones entre operadores de telecomunicaciones deben ser autorizadas previamente por la SUTEL, la cual puede establecer condiciones para evitar efectos anticompetitivos. Al autorizar una concentración, la SUTEL puede obligar a desinvertir activos, eliminar vínculos societarios o reducir participaciones accionarias.

En cuanto a la colusión en los procesos de compra pública, esta Ley las aborda en el artículo 53, que define la colusión como práctica monopolística absoluta: establecer, concertar o coordinar las ofertas o la abstención en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas.

En conclusión, la Ley busca promover la competencia efectiva en el sector de telecomunicaciones a través de un régimen sectorial especial a cargo de la SUTEL, que incluye la prevención de prácticas monopolísticas, el control de concentraciones y el otorgamiento de concesiones del espectro radioeléctrico por licitación pública.

2.3. LEY DE FORTALECIMIENTO DE LAS AUTORIDADES DE **COMPETENCIA DE COSTA RICA (LEY 9736)**

Esta Ley tiene como propósito fortalecer las autoridades de competencia de Costa Rica, la COPROCOM y la SUTEL, otorgándoles mayores potestades y herramientas para investigar y sancionar prácticas anticompetitivas.

Define las concentraciones ilícitas, estableciendo que las autoridades de competencia tendrán la potestad de prevenirlas, investigarlas y sancionarlas. Asimismo, se encargará del control y autorización de concentraciones económicas.

La Ley detalla la estructura orgánica de las autoridades, estableciendo, para el caso de la COPROCOM, la conformación de un Órgano Superior integrado por 3 miembros propietarios y 2 suplentes, que serán nombrados por concurso público. Establece además las causales de recusación e impedimento aplicables a los miembros del Órgano Superior.

También crea un Órgano Técnico que se encargará de realizar las investigaciones e instrucciones de los casos.

La COPROCOM cuenta con independencia técnica, administrativa y funcional.

La Ley regula el procedimiento especial que ambas autoridades deben aplicar para investigar y sancionar prácticas anticompetitivas, detallando sus etapas: de investigación preliminar, instrucción y decisión. Otorga a las autoridades potestades de inspección e imposición de medidas cautelares.

Establece además la posibilidad de terminación anticipada del procedimiento especial si el agente investigado reconoce la infracción, ofrece compromisos para eliminarla o si la autoridad determina su improcedencia manifiesta.

En cuanto a los procesos de compra pública, prohíbe los acuerdos entre competidores para establecer o manipular los precios de bienes y servicios que se ofrecen al Estado, así como para abstenerse de ofertar.

En síntesis, esta Ley busca dotar de mayor fortaleza institucional, recursos e instrumentos a las autoridades de competencia para cumplir eficazmente con su labor de promover la competencia económica en beneficio de los consumidores.

2.4. LEY GENERAL DE **CONTRATACIÓN PÚBLICA DE COSTA RICA (LEY 9986)**

Esta Ley establece los principios, requisitos, procedimientos y controles que rigen la actividad de contratación pública del Estado y otras entidades públicas. Se aplica a la actividad contractual que se realice, total o parcialmente, con fondos públicos, por parte de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos como la Contraloría General y entes descentralizados, entre otros.

Define los principios rectores como publicidad, igualdad, libre concurrencia, eficacia y eficiencia. Establece requisitos previos para contratar como alerta temprana (opcional), la decisión inicial, sondeo o estudio de mercado, audiencias previas (opcional) y pliego de condiciones.

Regula los derechos y obligaciones tanto de la Administración como de los oferentes. Determina prohibiciones y define un régimen de sanciones.

Establece que la Contabilidad Nacional será el órgano rector del subsistema de contabilidad

pública, regula las proveedurías institucionales (que realizan los procedimientos de contratación) y el registro de proveedores. Reafirma potestades de control a la Contraloría General de la República de conformidad con la Ley 7428.

Establece los distintos procedimientos de contratación como la licitación mayor, menor y reducida según el monto, además de procedimientos especiales y extraordinarios, aunque permite otros cuando convenga al fin público (art. 69). Además del establecimiento de la compra pública innovadora (art. 22). Prohíbe fragmentar el monto de las adquisiciones con propósito de variar el procedimiento de contratación, aunque podrá licitar segmentos de obra pública de punto a punto que se constituyan como unidades funcionales o soluciones que puedan funcionar por sí mismas, a fin de propiciar la mayor participación de empresas (art. 33).

También, regula en detalle el procedimiento de licitación: requisitos previos, preparación del

pliego de condiciones, publicidad, plazos mínimos para recibir ofertas, evaluación de ofertas, acto de adjudicación, formalización del contrato.

Permite mejorar los precios de los oferentes elegibles dentro del concurso, antes de la adjudicación.

Regula la objeción a los pliegos de condiciones antes de la apertura de ofertas y la impugnación contra el acto final del procedimiento.

Establece prohibiciones para participar en procedimientos de contratación pública, como que una persona física o jurídica únicamente podrá figurar para un mismo concurso en una oferta ya sea como subcontratista, oferente individual o participar de forma conjunta o consorciada, salvo casos excepcionales.

Regula sanciones por incumplir la normativa de procedimientos de contratación pública.

También, establece el principio de igualdad y libre concurrencia en su artículo 8.

Obliga a estudiar todas las ofertas, independientemente de si los proveedores fueron invitados formalmente o no.

Obliga a dar publicidad a todas las actuaciones a través de la incorporación oportuna y accesible en el SICOP de la información que se derive con ocasión de la actividad contractual (Art. 16). También permite el libre acceso a expedientes y estudios técnicos.

Inhabilita a aquellos particulares que incurran en conductas anticompetitivas, como obtener información confidencial, dar dádivas o coludirse (Art. 118 y 119).

2.5. GUÍA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA Y **COMPETENCIA DE LA COPROCOM (2019) ⁷**

La guía describe los diferentes procedimientos existentes para la contratación como la licitación pública, abreviada y la contratación directa, explicando las características de cada una. Analiza que la licitación pública es la que mayores garantías brinda para una competencia efectiva, mientras que la contratación directa, siendo un procedimiento excepcional, es el más utilizado según datos oficiales.

Desde la perspectiva del derecho de la competencia, identifica problemas que se han evidenciado en la implementación de la normativa. Por ejemplo, la proliferación de empresas relacionadas que limitan la competencia real al participar en

las mismas licitaciones. También menciona el establecimiento de requisitos injustificados en los pliegos de condiciones que excluyen a potenciales participantes. Asimismo, advierte sobre el uso abusivo de consorcios entre empresas que perfectamente podrían participar de forma individual.

El documento brinda varias recomendaciones prácticas para favorecer la competencia tanto en el diseño de las condiciones de la contratación como en la evaluación de las ofertas. Por ejemplo, sugiere utilizar una declaración jurada de determinación independiente de ofertas y analizar la conformación de las juntas directivas de las

⁷ Disponible en el siguiente enlace: https://www.coprocom.go.cr/publicaciones/Guia_Contrata_Admin_2019.html

empresas, representantes legales y socios, para detectar vínculos.

Indica que se deben diseñar las contrataciones para obtener la mayor cantidad de oferentes posibles, evitar la predictibilidad, no favorecer la comunicación entre competidores y utilizar criterios de evaluación que premien la innovación.

Explica con detalle cómo identificar prácticas colusorias en procesos de compras públicas, proporcionando una guía de cuatro pasos para su detección basada en indicadores de mercado, ofertas, patrones y comportamientos sospechosos, como ejemplo las ofertas simbólicas, rotación de ganadores y retiro de ofertas.

Asimismo, describe el procedimiento para presentar una denuncia ante la COPROCOM e incorpora ejemplos de casos ya sancionados.

Por último, aborda el tema de los precios excesivos, analizando distintas causas que pueden motivarlos desde la perspectiva de la competencia, como la existencia de monopolios, barreras de entrada o acuerdos entre empresas. Explica en qué situaciones correspondería una investigación por competencia desleal ante los Tribunales o por prácticas anticompetitivas ante la Comisión.



2.6. MANUAL DE BUENAS PRÁCTICAS EN PROCEDIMIENTOS DE **CONTRATACIÓN PÚBLICA DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES DE SUTEL (2023)** ⁸

El objetivo del Manual es brindar una herramienta para que el diseño, desarrollo y ejecución de las compras públicas de servicios de telecomunicaciones se realicen respetando los principios del régimen sectorial de competencia establecidos en la Ley General de Telecomunicaciones y en apego al marco legal establecido en la Ley General de Contratación Pública, Ley 9986 y en el Reglamento a la Ley General de Contratación Pública, Decreto 43808-H, en lo relativo al principio de igualdad y libre competencia.

Las recomendaciones incluidas en el Manual promueven que en las diferentes fases de la actividad contractual no se impongan restricciones, obstáculos, barreras o distorsiones injustificadas que afecten la participación de proveedores de servicios de telecomunicaciones y con esto, el uso eficiente de los recursos públicos.

Las pautas propuestas se dirigen a todos aquellos funcionarios involucrados a lo largo de la cadena del procedimiento de contratación pública.

El Manual pretende promover resultados favorables para las administraciones contratantes en servicios de telecomunicaciones, para que mediante procedimientos de contratación que promuevan la competencia y la libre competencia puedan lograr contratar servicios de telecomunicaciones con los menores precios y la mayor calidad, con implicaciones positivas que esto tiene no solamente para el propio Estado, sino para todos los costarricenses.

⁸ Disponible en el siguiente enlace: https://www.sutel.go.cr/sites/default/files/manual_de_buenas_practicas_compras_publicas_servicios_telecom.pdf



3. COLUSIÓN ENTRE OFERENTES EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA⁹



Características económicas de los procesos de contratación pública. En casos donde los bienes o servicios a contratar no se ofrecen normalmente o no de forma estandarizada o transparente, es difícil identificar un mercado en el que haya una competencia continua que muestre los costos y las condiciones en las que se venden dichos bienes o servicios. Es en esas circunstancias cuando un proceso de contratación pública puede sustituir la competencia “en el mercado” por una competencia “por el mercado”, en la que los proveedores concurren con diferentes ofertas de precio, calidad y características. Incluso para bienes y servicios que se comercian de forma abierta en el mercado, el mecanismo de proceso de compra pública correctamente diseñado genera incentivos para

que las empresas mejoren sus ofertas de precio y calidad, en beneficio del Estado. Estas empresas rivalizan para obtener el derecho a vender bienes u ofrecer servicios de manera exclusiva durante un periodo de tiempo determinado. Una vez efectuada la adjudicación, la competencia por el mercado desaparece hasta el próximo proceso de contratación.

Una característica esencial para que los procesos de compras públicas sean un éxito radica en el hecho de que los oferentes preparen y presenten sus ofertas de forma totalmente independiente, de tal forma que las empresas más eficientes y, por tanto, con la capacidad de ofrecer el bien o servicio

⁹ Se extiende invitación a lectura del título tercero de la Ley 9736, referente a Defensa de la Competencia, Capítulo primero sobre el procedimiento especial, para conocimiento del proceso de denuncia y las generalidades del procedimiento dentro de los órganos de competencia.

con las condiciones requeridas al menor precio sean a las que se les asignen los contratos.

Colusión. Desde el punto de vista de la teoría económica, la colusión es un comportamiento oligopólico, donde los participantes en un mercado están conscientes de que tienen la capacidad de manipularlo si actúan coordinadamente. Esta situación ocurre generalmente porque un número pequeño de competidores concentran una gran porción del mercado y existen barreras a la entrada. Ese control puede sostenerse de dos formas: i) a partir de un acuerdo entre los competidores (propuesta y aceptación de actuar en cierto sentido) o ii) a través de decisiones unilaterales que respondan al entendido común de que conviene más adoptar un comportamiento oligopólico que uno competitivo. El primer caso corresponde a la colusión explícita y el segundo a la colusión tácita (más adelante se ofrece mayor información sobre este tipo de colusión). Este último escenario puede sostenerse sin que las empresas se reúnan ni exista intercambio de información sensible, por lo que no existe un “acuerdo” en términos jurídicos, pero el resultado para el mercado es igualmente pernicioso que el de una colusión explícita.

En términos jurídicos, la colusión se refiere a los actos, los contratos, los convenios, los arreglos o las combinaciones entre un grupo de empresas competidoras actuales o potenciales entre sí con el propósito de fijar precios, restringir la producción, segmentar mercados, coordinar las ofertas en las licitaciones o limitar la rivalidad entre ellos.¹⁰

Los acuerdos para sostener una colusión pueden ir desde un mecanismo tradicional de cartelización con reuniones secretas muy bien organizadas, frecuentemente en algún lugar alejado o en el extranjero, hasta situaciones donde las empresas encuentran alguna forma sofisticada de comunicación para mantener el acuerdo.

Es importante notar que el concepto de colusión en la teoría económica y en el derecho no

coinciden cuando se habla de colusión tácita. En la teoría económica se habla de colusión, aunque no exista un acuerdo ni intercambio de información y la conducta se derive de las decisiones unilaterales de los agentes económicos competidores en un mercado. Se trata de un comportamiento oligopólico inducido por la estructura del mercado. En el derecho, la colusión implica un convenio, pacto o acuerdo donde se da un intercambio de información, propuesta y aceptación. En el marco jurídico costarricense de competencia, se requiere la existencia de un acuerdo entre competidores directos o potenciales, para que un acto pueda considerarse colusorio.

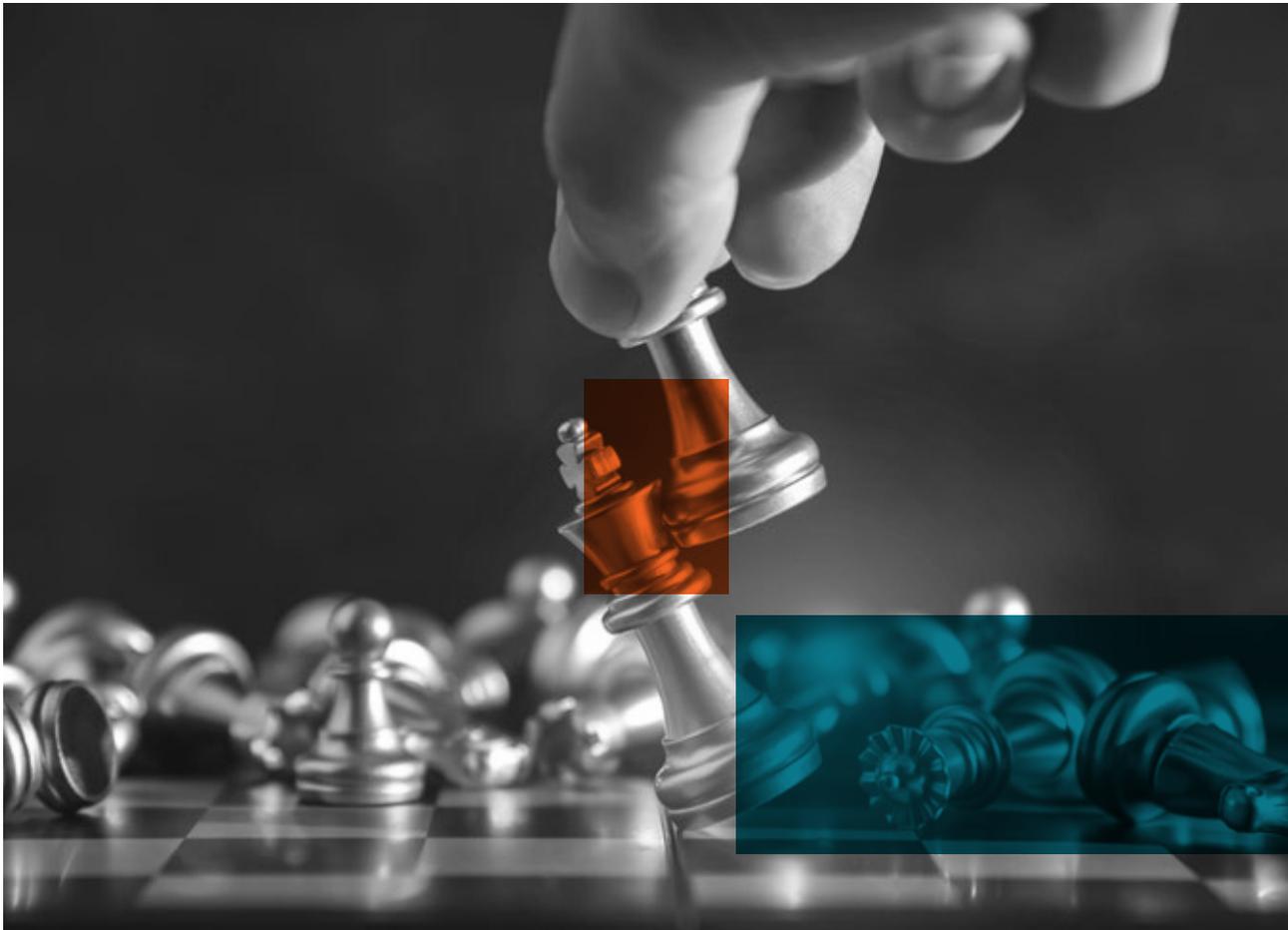
Es por ello tan importante el diseño procompetitivo de las licitaciones, para prevenir comportamientos oligopólicos, tanto implícitos como explícitos, complementando con las acciones correctivas para identificar y sancionar las prácticas monopolísticas absolutas.

Licitación colusoria (manipulación de las licitaciones o *bid-rigging*). Las empresas oferentes se pueden poner de acuerdo con el objetivo de evitar competir entre ellos y así obtener un contrato más beneficioso que aquél que habrían obtenido si hubieran competido de forma efectiva. La empresa ganadora obtiene un beneficio extraordinario, pero al mismo tiempo se establece un tipo de compensación o beneficio presente o futuro para el resto de las empresas coludidas.

La licitación colusoria es una forma de colusión entre empresas que puede ocurrir tanto en procesos de licitación públicos como privados. Sin embargo, dado que el proceso de concurso es la regla para seleccionar a los contratantes de los organismos públicos, es un comportamiento anticompetitivo de particular preocupación para este sector.

La mayoría de las jurisdicciones consideran la manipulación de licitaciones públicas como una de las prácticas colusorias más graves, pues no permite que la contratación pública se dé en las

¹⁰ Mayor detalle en el Art. 11 de la Ley 7472 y en el Art. 53 de la Ley 8642.



mejores condiciones, además de constituir un fuerte gravamen sobre el presupuesto público.

Esta conducta puede tomar diferentes formas, como la fijación de precios, la disminución de la calidad, el reparto de contratos, la abstención de participar, entre otros.

Para que las empresas la implementen con éxito deben:

- (i) Acordar un conjunto de medidas comunes;
- (ii) dar seguimiento al cumplimiento del

acuerdo por parte de las empresas involucradas, y

- (iii) establecer una manera de sancionar a las empresas que incumplan el acuerdo.

Probabilidad y sostenibilidad de acuerdos colusorios. Hay elementos que contribuyen a que la colusión sea más probable y sostenible a través del tiempo:

- (i) Cuando existen pocas empresas. Es más fácil negociar y después detectar si una empresa incumple el acuerdo colusorio cuando los coludidos son poco numerosos.



- (ii) Cuando se facilita negociar y cuando sólo debe revisarse las condiciones del acuerdo esporádicamente. Por ejemplo, cuando los costos y las características del bien son similares o están estandarizadas, es más sencillo ponerse de acuerdo en los precios. En un mercado estable donde no hay variación frecuente en los costos o en la demanda, los acuerdos pueden mantenerse vigentes por largo tiempo sin necesidad de modificarlos.
- (iii) Cuando es posible detectar las desviaciones del acuerdo colusorio de una manera oportuna. Esto ocurre cuando existen mecanismos que le dan transparencia al mercado, permitiendo conocer los precios, volúmenes y características de los bienes y servicios vendidos por cada competidor.
- (iv) Si existe la posibilidad de aplicar un castigo convincente ante un incumplimiento. Por ejemplo, si existen futuras licitaciones que ya habían sido asignadas a la empresa que se desvió originalmente del acuerdo, las otras empresas coludidas podrían presentar ofertas agresivas y así evitar que se haga efectiva la asignación acordada.

Colusión tácita. Finalmente, vale la pena ahondar en la situación denominada “colusión tácita”, es decir, en la que las empresas no necesariamente tienen que hablar entre sí ni buscar un acuerdo explícito para mantener un acuerdo colusorio.

A falta de una negociación entre las empresas, la situación colusoria puede mantenerse con base en el interés de cada una de no desatar una competencia frontal para mantener precios por encima de los que prevalecerían si se comportaran

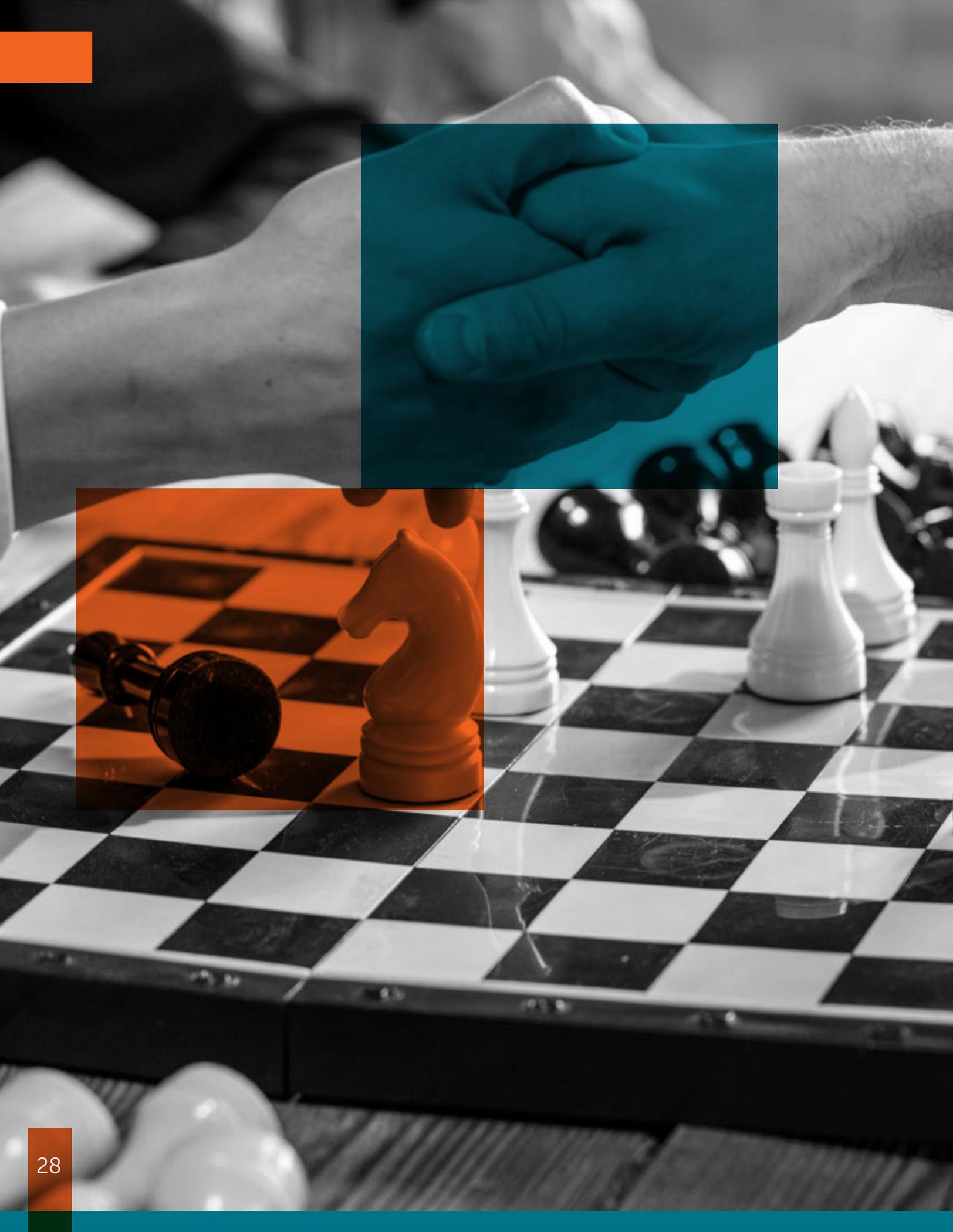


competitivamente. Mientras ninguna rompa este “pacto” tácito, se mantendrá sin competir abiertamente.

Por ejemplo, una empresa por razones históricas está bien posicionada en un mercado, con acceso a grandes fuentes de capital, y ha estado fijando sus precios en niveles que le otorgan un margen considerablemente alto. Existen pocas empresas en el mercado y hay barreras de entrada considerables, así que es poco probable que entren nuevos competidores. Bajo estas condiciones, las demás empresas eligen copiar los precios de la primera y tener acceso a los mismos márgenes de ganancia excesivos, en vez de comenzar una guerra de precios que les puede costar mucho financieramente, con el riesgo de salir del mercado. Así, van ajustando sus precios a los que adopta la primera, que se convierte en la referencia del mercado.

La líder de precios seguirá manteniendo niveles excesivos porque simplemente espera que sus rivales emulen su comportamiento, ya que así todas podrán obtener ganancias oligopólicas (superiores a las que surgirían si se comportaran competitivamente).

Bajo una colusión tácita las empresas podrían establecer precios similares a los de una colusión explícita (es decir, sin que necesariamente lleve un acuerdo directo), por lo que de cualquier forma podrían representar pérdidas para el convocante de las licitaciones. De allí que el diseño procompetitivo de los procesos sea muy relevante como medida preventiva de las prácticas colusorias en procesos de compras públicas.



4. FORMAS FRECUENTES DE COLUSIÓN ENTRE OFERENTES EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA



Las formas que puede adoptar la colusión en la contratación pública son muy diversas y pueden

presentarse individualmente en cada licitación o en el conjunto de ellas.

4.1. FORMAS DE COLUSIÓN OBSERVADAS EN LICITACIONES INDIVIDUALES

Ofertas de resguardo (*cover bidding*).¹¹ Las ofertas de resguardo o simbólicas son una manera muy frecuente de manipular licitaciones. Pueden tomar las siguientes formas:

(i) Una oferta menos competitiva que la del ganador designado.

(ii) Una oferta que se sabe demasiado alta para ser aceptada. Por ejemplo, que sobrepasa la cantidad máxima que puede pagar el convocante.

(iii) Una oferta que contiene términos especiales que se sabe son inaceptables para el comprador.

¹¹ Un ejemplo de esta forma de colusión se presenta más adelante en la sección 6.2.3: CHILE. LOS CAMBIOS EN EL SISTEMA DE EVALUACIÓN EN LICITACIONES DE MEDICAMENTOS PROVOCARON QUE UNA DE LAS EMPRESAS SALIERA DEL ACUERDO COLUSORIO.

La intención de los competidores al presentar ofertas de resguardo es aparentar una competencia genuina.

Supresión de ofertas.¹²

Una o más empresas aceptan:

- (i) Abstenerse de presentar una oferta.
- (ii) Retirar una oferta presentada.

- (iii) Presentar una oferta conjunta cuando podría un oferente por sí solo proveer todo el objeto contractual o consorciada cuando un oferente tiene la capacidad para cumplir por sí solo con todos los requisitos dispuestos por la entidad contratante en el pliego de condiciones.

Ofertas comunes.¹³ Se acuerda presentar ofertas muy parecidas para eliminar la competencia en precios.

4.2. FORMAS DE COLUSIÓN OBSERVADAS EN UN CONJUNTO DE LICITACIONES

Rotación de ofertas. Las empresas coludidas acuerdan tomar turnos para ganar. Suele ocurrir en licitaciones repetidas en el tiempo, de modo que los participantes se turnan para presentar la propuesta más atractiva, con el fin de que cada empresa gane un valor o número determinado de contratos. La forma en que se implementa puede variar, como, por ejemplo:

- (i) Rotación simple: cada una de las empresas gana el mismo número de contratos.
- (ii) Rotación con igualdad de ingresos: cada una de las empresas obtiene los mismos ingresos a largo plazo, aunque implique ganar distinto número de licitaciones.
- (iii) Rotación proporcional: cada una de las empresas obtiene un volumen de ingresos proporcional a su tamaño (activos, volumen de ventas u otro indicador).

Segmentación de mercado. Las empresas coludidas se asignan entre ellos (i) clientes específicos o (ii) ciertas zonas geográficas, (iii) especialidades de bienes o servicios, de manera que no presentan ofertas (o sólo una oferta de resguardo) en licitaciones de segmentos asignados a otra empresa.

Estos esquemas no son mutuamente excluyentes. Por ejemplo, se puede utilizar la técnica de presentación de ofertas de resguardo en conjunto con un esquema de rotación de ofertas.

Para descubrir la colusión entre las empresas participantes en las licitaciones, las personas funcionarias a cargo de las adquisiciones públicas deben poner atención en los patrones de comportamiento que pueden generar estas estrategias.

¹² Un ejemplo de esta forma de colusión se presenta más adelante en la sección 6.1.7: NORUEGA. USO DE LA FIGURA DE OFERTAS CONJUNTAS PARA RESTRINGIR LA COMPETENCIA EN LICITACIONES.

¹³ Un ejemplo de esta forma de colusión se presenta más adelante en la sección 6.1.2: COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA DE MÉXICO. MERCADO DE SONDAS DE LATEX. MANIPULACIÓN DE INFORMACIÓN PARA REALIZAR EL ESTUDIO DE MERCADO.

4.3. NUEVAS FORMAS DE COLUSIÓN FACILITADAS POR LOS AVANCES TECNOLÓGICOS

En años recientes, gracias a la implementación de nuevas formas de generar, almacenar y procesar grandes cantidades de información (*big data*) y la posibilidad de usar esos datos para entrenar máquinas que aprenden a tomar decisiones automatizadas (inteligencia artificial), algunas empresas (sobre todo las relacionadas con servicios ofrecidos a través de internet) mejoraron sus estrategias de venta y determinación de precios, con lo que han incrementado sus ganancias; sin embargo, en algunos casos lo han hecho de forma anticompetitiva.

Algunas conductas que han generado preocupaciones por sus posibles efectos anticompetitivos son la de utilizar mecanismos inteligentes de determinación de precios que pueden llevar a la coordinación de precios

entre competidores, o el perfilamiento de los consumidores a partir de información sobre sus hábitos de consumo, preferencias y capacidad económica. También existen casos en curso por la posible manipulación de licitaciones para la venta de espacios publicitarios virtuales a los anunciantes.¹⁴

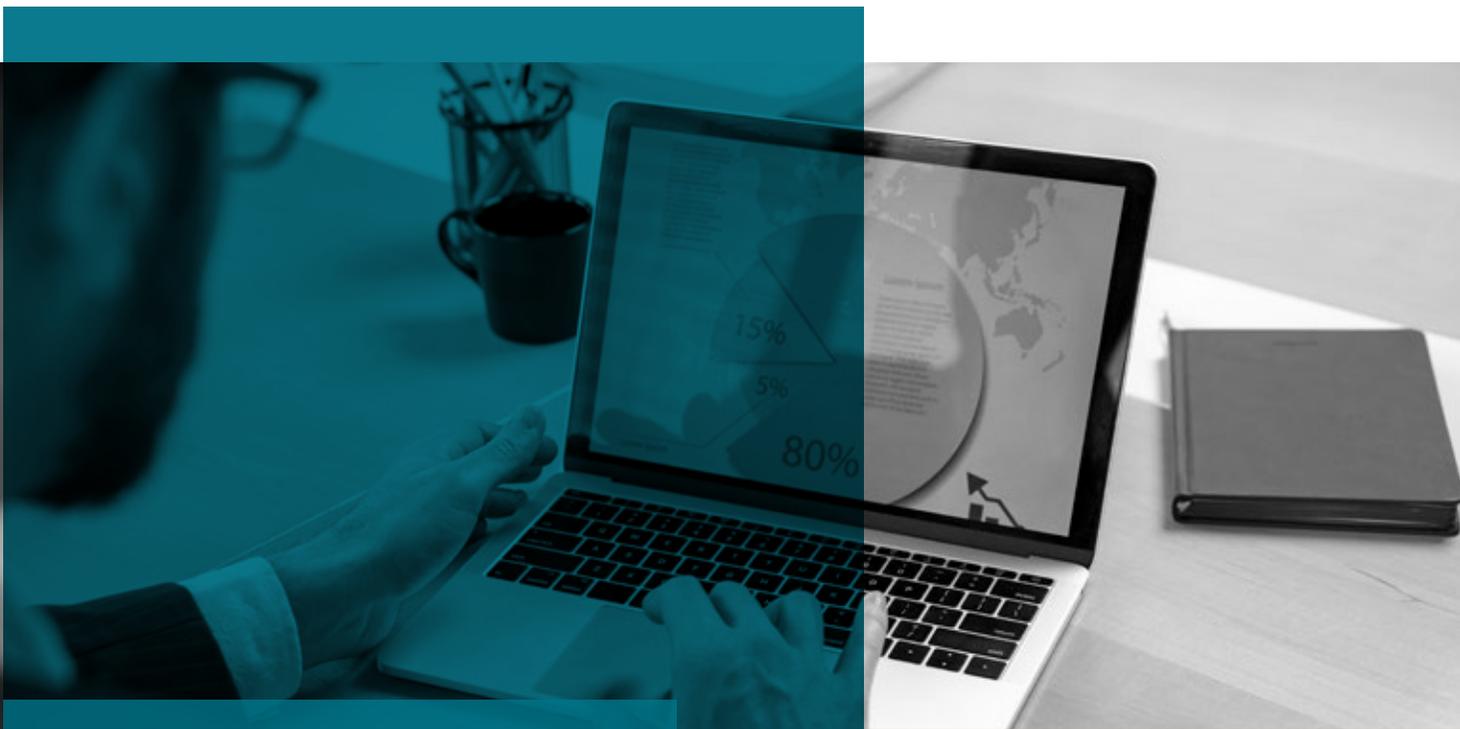
Por lo anterior, se prevé que en la medida que permee el uso de datos masivos y la inteligencia artificial, éstas se volverán más relevantes para generar estrategias de presentación de ofertas en los procesos de compras públicas. En este sentido, habrá que poner atención a dichas herramientas para que no generen mecanismos de coordinación entre los oferentes (explícita o tácitamente) en detrimento de las mejores condiciones que buscan las autoridades en sus procesos de licitación.



¹⁴ Ver: <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-google-monopolizing-digital-advertising-technologies>, <https://www.justice.gov/atr/case/us-and-plaintiff-states-v-google-llc-2023> y <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2023/09/ftc-sues-amazon-illegally-maintaining-monopoly-power>



5. IDENTIFICACIÓN DE MERCADOS EN LOS QUE ES MÁS PROBABLE QUE **OCURRAN PRÁCTICAS COLUSORIAS EN PROCESOS DE COMPRAS PÚBLICAS**



Aunque la colusión en la presentación de ofertas en licitaciones puede ocurrir en cualquier sector económico, existen ciertas características específicas del bien o servicio involucrado, de la estructura del mercado, del comportamiento de las empresas, o incluso, de las condiciones que se establecen en las licitaciones, que tienden a fomentar la manipulación de ofertas. En estos casos, las personas a cargo de las adquisiciones públicas deben prestar atención particular.

A continuación, se presentan diversas características del bien o servicio que hacen más probable la colusión, entendiendo que no es necesario que todas estén presentes para que las empresas logren manipular los procesos de compra pública. También se presentan características de la estructura de mercado, que pueden facilitar o dificultar la colusión.



5.1. CARACTERÍSTICAS DEL BIEN O SERVICIO

- **Bienes o servicios idénticos o simples.** Cuando los bienes o servicios que venden las empresas son idénticos o muy similares, resulta más fácil que las empresas lleguen a un acuerdo en torno a una estructura de precios común. La misma circunstancia hace que las empresas conozcan con bastante precisión la estructura de costos de sus competidores y hasta dónde pueden llegar para hacer ofertas competitivas, por lo que dicho conocimiento genera límites a las ofertas mínimas de los oferentes. En caso contrario, si existen diferencias relevantes entre los costos de las empresas, las menos competitivas tendrán más incentivos para impulsar un acuerdo para manipular las licitaciones ya que están más presionadas a hacer ofertas donde tengan menores márgenes de ganancia y, por lo tanto, necesitan la cooperación del resto de las empresas para incrementar sus utilidades. Lo mismo sucede cuando el bien o servicio es simple, porque resulta más evidente o de conocimiento común su proceso de producción y costos.
- **Pocos o nulos sustitutos.** Cuando hay pocos o ningún sustituto adecuado de los bienes o servicios que se está buscando adquirir, las empresas saben que el comprador tiene pocas o ninguna alternativa disponible y, por ende, es más probable que sus esfuerzos por elevar los precios tengan éxito.

5.2. CARACTERÍSTICAS DE LA **ESTRUCTURA DE MERCADO**

- **Número de empresas.** Es más fácil negociar y llegar a acuerdos cuando hay un número pequeño de competidores en el mercado. También, el número de competidores en el mercado impone un límite al número de participantes que puedan inscribirse en una licitación. Cuanto menor sea este número, será más fácil llegar a un acuerdo en torno a la licitación colusoria.

Los principales factores que explican esta situación son: (i) las ganancias obtenidas por la colusión serán mayores cuando se tengan que repartir entre un número menor de empresas, de manera que el incentivo individual a coludirse será más fuerte, (ii) mientras menos empresas participen en el mercado, será más fácil negociar la repartición de las ganancias, (iii) la probabilidad de que una de las empresas pueda tener intereses divergentes en el presente o futuro también disminuye, (iv) el costo de vigilar el cumplimiento del acuerdo será directamente proporcional al número de

empresas que se tienen que controlar, y (v) en caso de que alguien incumpla el acuerdo, es más fácil descubrir de quién se trata cuando son pocos los competidores.

- **Barreras a la entrada.** Cuando la incursión en el mercado es costosa (ej. altos costos hundidos), difícil (ej. alto costo de posicionar la marca) o lenta (ej. bajo crecimiento del mercado y proceso lento para generar lealtad de consumidores), los competidores quedan protegidos de la desestabilización del acuerdo colusorio que traería la entrada de nuevos participantes, lo que incentiva los esfuerzos de manipulación de licitaciones.
- **Transparencia.** Cuando existe una mayor cantidad de información pública del mercado (ej. precios, proyecciones de crecimiento de mercado, áreas geográficas donde tienen presencia los competidores, capacidad de producción, etc.) debido a, por ejemplo,



la publicación de informes anuales de las empresas, sus cámaras o asociaciones, o que existe regulación que les exige publicarla, ésta puede ser utilizada para coordinar ofertas entre competidores. Cualquier referencia de precios puede servir como punto focal para un comportamiento oligopólico.

- **Condiciones particulares del mercado.** Hábitos, historia o sucesos particulares en el mercado, por ejemplo: a) empresas que tradicionalmente operan en ciertos mercados geográficos podrían proporcionar a las empresas que pretenden coludirse un punto focal para, a partir de ahí, establecer un acuerdo para segmentar el mercado, b) durante épocas de turbulencia económica o de incertidumbre, aumentan los incentivos a que los competidores manipulen las licitaciones, pues buscan reemplazar las utilidades perdidas con ganancias extraordinarias derivadas de la colusión.
- **Cambio tecnológico.** En mercados donde no hay innovación o son altamente predecibles, existen mayores incentivos para forjar acuerdos que pueden mantenerse por mucho

tiempo. En contraste, cuando los mercados se ven expuestos a cambios tecnológicos muy dinámicos y sujetos a procesos de destrucción creativa, el riesgo de caer en la obsolescencia es muy elevado. Las empresas que logran innovar y adaptarse se mantienen o mejoran su posicionamiento, mientras que las que no lo hacen disminuyen su posicionamiento o incluso pueden salir del mercado. La perspectiva de enfrentar estos “choques tecnológicos” puede generar incentivos para que las empresas se coludan buscando mecanismos que retrasen la innovación, de manera que logren preservar su posicionamiento y ganancias.

- **Madurez de los mercados.** Cuando el mercado corresponde a un bien o servicio con características novedosas o creado recientemente, en etapa de rápido desarrollo, hay grandes espacios para que las empresas crezcan y ganen nuevos clientes, por lo que no hay incentivos para la colusión. En cambio, cuando se trata de un mercado maduro, con previsiones de crecimiento estables, muy predecible y con pleno conocimiento de los competidores, se torna más atractivo y sencillo establecer un acuerdo colusorio.



5.3. COMPORTAMIENTO DE LAS **EMPRESAS EN EL MERCADO**

- **Cámaras empresariales.** Las asociaciones gremiales o industriales persiguen fines legítimos, muchos de ellos en beneficio no sólo de sus asociados, sino de la sociedad.

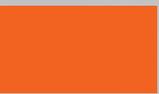
No obstante, cuando las cámaras recaban y publican información detallada histórica, actual y futura sobre precios, cantidades u otras variables, como capacidad de producción, evolución de la demanda, comportamiento de los costos o información específica sobre las empresas, ésta puede utilizarse para fines anticompetitivos. Las reuniones de las asociaciones también podrían usarse para compartir información, ocultando sus discusiones para llegar a un acuerdo de licitación colusoria e implementarlo.

- **Vínculos estructurales entre empresas.** Cuando las empresas que participan en un mercado también coinciden en otros, mantienen

participaciones cruzadas o la presencia cruzada de sus consejeros o accionistas, la facilidad de encontrarse, compartir información y tener intereses comunes puede contribuir a (i) incrementar los incentivos para maximizar los beneficios conjuntamente (no actuar de forma independiente) y (ii) facilitar el control de los acuerdos.

- **Contactos multimercado.** Las empresas que coinciden en licitaciones de distintos mercados tienen más facilidad para llegar a un acuerdo colusorio, ya que tienen intereses similares y los beneficios de una hipotética colusión serían mayores. Asimismo, se facilita encontrar esquemas de repartición de licitaciones y ganancias, además de que el castigo por un incumplimiento del pacto colusorio podría tener efectos más visibles y más diversas vías para aplicarse, circunstancia que lo podría convertir en un pacto más estable.





6. ENFOQUE PREVENTIVO: LINEAMIENTOS EN MATERIA DE COMPETENCIA PARA **PREVENIR PRÁCTICAS COLUSORIAS EN PROCESOS DE COMPRAS PÚBLICAS EN CADA UNA DE LAS ETAPAS DE UN PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN**



Este capítulo contiene recomendaciones para las entidades contratantes en cada una de las etapas del proceso de licitación.

Es especialmente relevante tomar todos los cuidados para diseñar un procedimiento de contratación competitivo ya que, cuando estos se distorsionan, sus consecuencias persistirán durante

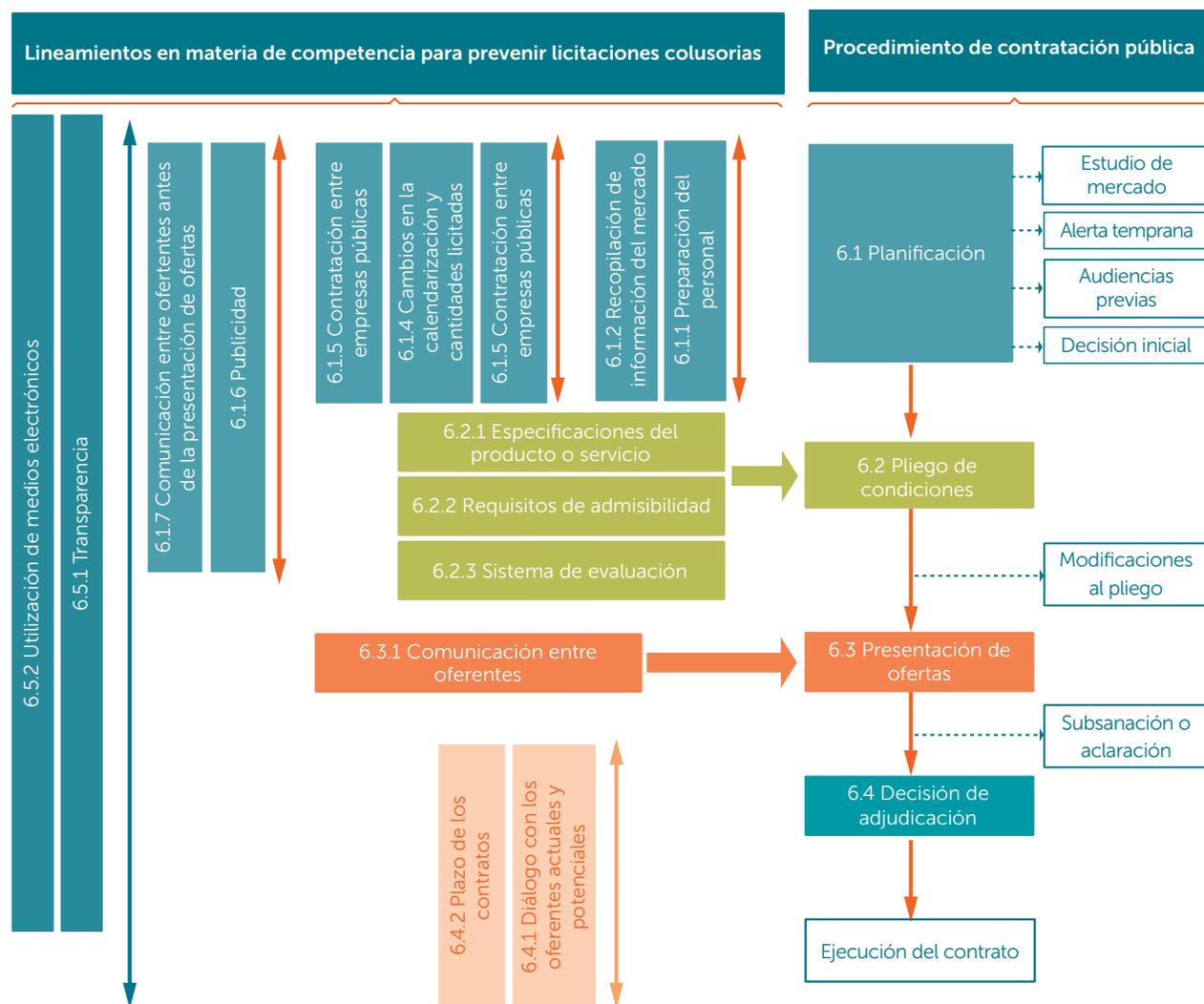
toda la vida del contrato público, en los procesos futuros e, incluso, las conductas colusorias pueden transferirse al mercado abierto del servicio o bien.

Una ventaja de los procesos de compras públicas es que las reglas del juego (o del mercado) las especifica la entidad contratante, por lo que puede actuar preventivamente (ex ante) para reducir las posibilidades de colusión. En términos generales, la colusión en los procesos de contratación pública se puede dificultar a través de un diseño adecuado de dichos procesos.

No existen reglas únicas para el diseño de un proceso de adquisición. Sin embargo, es posible identificar aspectos clave a tomar en cuenta con el objetivo de maximizar la participación y reducir los riesgos de colusión.

En el siguiente flujograma, se presentan cada uno de los temas abordados en la presente sección (lado izquierdo) y su relación con cada una de las

etapas del proceso de licitación de acuerdo con la normativa costarricense (lado derecho). Algunos temas son relevantes durante todo el proceso (6.5.1 y 6.5.2) y otros son de particular importancia en alguna de las etapas (se identifican los temas con el mismo color que la etapa en la que se activa su importancia). Por ejemplo, para los temas 6.1.6 y 6.1.7 inicia su importancia desde la planificación, aunque se extiende hasta antes de la presentación de ofertas.



Fuente: Elaboración propia.

6.1. PLANEACIÓN

Una planeación estratégica eficaz en los procesos de contratación permite:

- i) Aumentar la concurrencia y la competencia, eligiendo la forma más ventajosa de contratación (ej. optar por compras nacionales o regionales).
- ii) Desincentivar acuerdos colusorios. Es importante diseñar las licitaciones e ir actualizando el diseño a lo largo del tiempo para desincentivar (en caso de un acuerdo explícito) o desactivar (en caso de un acuerdo tácito) el comportamiento colusorio (en la sección 7 se ofrece mayor detalle sobre la forma en que los cambios en el diseño de la licitación pueden servir para obtener evidencia de colusión).

y recopilar indicios útiles. Tanto la autoridad nacional de competencia (COPROCOM) así como la autoridad sectorial de competencia (SUTEL) disponen consecutivamente de los siguientes buzones de correo: coprocom@coprocom.go.cr / competencia@sutel.go.cr, para que cualquier persona o dependencia pueda informar la detección o sospecha de posibles prácticas colusorias.

En caso de que la información se desee presentar de manera física, deberá ser remitida a la oficina de este Órgano Técnico de la COPROCOM, situada en el quinto piso del Edificio del Ministerio de Economía, Industria y Comercio (MEIC), ubicado en San José, Tibás, Llorente, de las Oficinas del Periódico La Nación, 400 metros al este, calle 13, avenida 45, Oficentro Asebanacio y en el caso de la SUTEL deberá ser remitida a Guachipelín de Escazú, Oficentro Multipark edificio Tapantí, cuarto piso.¹⁶

6.1.1. PREPARACIÓN DEL PERSONAL A CARGO DEL DISEÑO DEL PROCESO DE ADQUISICIÓN

El personal encargado de diseñar el proceso de compras pública debe ser idóneo (tal cual lo indica la Ley 9986 y su respectivo reglamento) y estar en constante capacitación para alcanzar niveles de profesionalización que le permitan estar preparado para minimizar los riesgos de que se realice una licitación colusoria y fomentar la participación. En específico se recomienda considerar lo siguiente:¹⁵

Sobre el rol de las personas funcionarias a cargo del proceso de licitación. Deben tener canales y procesos claros (ej. claridad sobre el área o superior ante el cual debe denunciarse) para denunciar posibles prácticas colusorias en procesos de compras públicas, así como el conocimiento técnico para suponer un esquema de colusión

Sobre el conocimiento que se debe tener antes del diseño de la licitación. Las personas encargadas del proceso de licitación deben estar informadas de los efectos negativos de las prácticas colusorias en procesos de compras públicas, lo cual significa que deben conocer el mercado (o mercados) del bien o servicio que están a punto de comprar antes de diseñar el proceso de licitación. Deben estar razonablemente familiarizados, por ejemplo, sobre los niveles de precios y estándares de calidad, número de competidores en el mercado, así como posibles sustitutos para el bien o servicio que desean comprar. Sería deseable entender los aspectos técnicos en caso de que los bienes o servicios sean muy especializados. También, saber si la industria en cuestión exhibe algunas de las características que hacen que la colusión sea más probable. En este sentido, resulta relevante que la elaboración del estudio de mercado que debe realizarse conforme a la Ley considere el análisis de los elementos descritos.¹⁷

¹⁵ Ver Art 131 y 132 de la Ley 9986 y Art 320, 321, 322, 323, 324, 325 y 326 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública.

¹⁶ Para mayor información favor dirigirse a: https://www.coprocom.go.cr/tramites_y_servicios/denuncias.html y/o <https://www.sutel.go.cr/pagina/formulario-alertenos>

¹⁷ Ver el Art. 85 de la Ley 9986.

La creación de un departamento especializado dedicado a los estudios e investigaciones de mercado apoyado por especialistas técnicos podría

mejorar significativamente la capacidad de diseñar una licitación que minimice los riesgos de colusión.

COPROCOM. PREPARACIÓN DE LOS RESPONSABLES DE LA CONTRATACIÓN.

La COPROCOM en la opinión que emitió sobre la propuesta de reglamentación para la Ley 9986 propuso lo siguiente:

- Crear instrumentos, herramientas para que los encargados, los responsables de la contratación, de manera previa a la elaboración y diseño de los pliegos de condiciones, tengan un conocimiento claro y detallado del mercado del cual se están adquiriendo los bienes y servicios.
- Esto implica conocer las características del producto o servicio que se está adquiriendo, valorar las alternativas a esos productos, sus sustitutos, fuentes y precios. Además, implica, tener en cuenta el desarrollo, fuentes, metodologías que reflejen la calidad, y, las mejores condiciones del mercado. En estos casos se pueden desarrollar estudios de mercado, con el tiempo suficiente para conocer las condiciones del producto y los mercados, así como realizar gestiones en tiempos adecuados y tener un mayor conocimiento de los bienes y servicios por adquirir.

Fuente: Opinión 015-2021 (COPROCOM). Propuestas a la Ley 9986 a los artículos referentes a la detección de prácticas colusorias (5 de agosto de 2021).

Sobre el rol de la consultoría. La experiencia de consultores especializados puede ser útil en cualquier etapa del proceso de licitación para minimizar los riesgos de prácticas colusorias en procesos de compras públicas y aumentar el número de oferentes participantes. En este sentido, el apoyo de consultores puede ser especialmente útil en la planeación para incrementar el conocimiento del bien o servicio o del mercado en cuestión (para elaborar el estudio de mercado), proponer sistemas de evaluación, además de ayudar a describir con claridad los criterios y especificaciones en el pliego de condiciones o en cualquier caso que debido a la complejidad del proceso de licitación se estime que pudiera existir riesgo de observar una licitación colusoria. En cualquier caso, la entidad contratante

debe ser la responsable del proceso de licitación y no debe delegar dicha responsabilidad de toma de decisiones en el consultor, para asegurarse que prevalezca el interés público.

Finalmente, es deseable que las personas consultoras firmen acuerdos de confidencialidad, código de conducta ética y que se sujeten a requisitos de declaración si detectan comportamientos indebidos de los competidores o cualquier posible conflicto de interés. Asimismo, se considera una buena práctica, además de ser congruente con la deontología profesional, que se comprometan a no participar en los procesos de licitación en los que están siendo consultores y a no trabajar con

los oferentes durante un lapso prudente no sólo durante sino después de transcurrida la licitación¹⁸.

Sobre la coordinación dentro de la entidad contratante. La asimetría en el conocimiento técnico entre los distintos departamentos de la entidad contratante podría favorecer a determinados proveedores y reducir la competencia en el proceso de adquisición, considerando que las áreas requirentes suelen tener demandas muy específicas o técnicas pero no están encargadas del diseño y operación de los procesos de compras públicas y, por otro lado, que las áreas responsables de la contratación y supervisión del contrato (áreas contratantes) por lo general carecen de los conocimientos técnicos sobre el servicio o bien requerido. Por lo anterior, la coordinación entre todas las áreas involucradas en el proceso de licitación es relevante para evitar un diseño que fomente la colusión.

6.1.2. INTELIGENCIA DE MERCADOS

En esta etapa es importante que la entidad contratante recabe la mayor información posible sobre el mercado al que pertenece el bien o servicio que pretende adquirir y verifique su veracidad, en específico:

- Conocer las características de los bienes o servicios, identificando puntos de referencia en cuanto a precios, sustitutos, estándares de calidad, cambios tecnológicos, así como las actividades o tendencias de la industria más recientes que podrían aumentar las probabilidades de colusión.

- Recabar información sobre los posibles proveedores (nacionales y extranjeros), sus bienes, sus precios y sus costos, su participación en licitaciones anteriores, su prevalencia en las asociaciones de la industria, entre otros.
- Informarse acerca de cambios recientes en precios y costos de insumos, los precios en las zonas geográficas vecinas, así como de los precios de posibles bienes alternativos.
- Considerar que los bienes estandarizados, por lo general, requieren estudios de mercado menos sofisticados, pues la información es accesible y fácil de interpretar.
- Obtener información acerca de anteriores procesos de compras públicas para bienes iguales o similares.
- Investigar con otros compradores del sector público y clientes que hayan comprado recientemente bienes o servicios similares para mejorar su comprensión del mercado y sus participantes.
- Se debe evaluar cuidadosamente en aquellos casos en que la segmentación puede aplicarse si la consolidación es más eficiente que la realización de varias licitaciones individuales por unidades funcionales.
- Si se utilizan consultores externos para ayudar a estimar precios o costos, se debe tener la seguridad de que se firmó un acuerdo de confidencialidad, y un código de ética que prevea el conflicto de interés, incluyendo una

¹⁸ Sobre este punto, se invita a leer el artículo 28 inciso e) de la Ley General de Contratación Pública (Ley 9986): ARTÍCULO 28-Alcance de la prohibición. En los procedimientos de contratación pública tendrán prohibido participar como oferentes, en forma directa o indirecta: (...) e) Las personas físicas que no se desempeñen como funcionarios del ente que promueve el concurso, o personas jurídicas que hayan intervenido como asesoras en cualquier etapa del procedimiento de contratación, que hayan participado en la elaboración de las especificaciones, los diseños y los planos respectivos, en la etapa de ejecución o deban participar en su fiscalización posterior, tendrán prohibida la participación en el procedimiento en el que hayan intervenido. Esta prohibición no se aplicará en los supuestos en que se liciten conjuntamente el diseño y la construcción de la obra, las variantes alternativas respecto de las especificaciones o los planos suministrados por la Administración, ni en aquellos casos derivados de un contrato de asociación público - privada donde se presenten tales supuestos. (...)"

restricción temporal de trabajar con actuales y posibles oferentes.

- Con base en los estudios de mercado respectivos podrían determinarse los mercados

que son más propensos a la colusión, por ejemplo, porque históricamente han mostrado niveles bajos de competencia, porque presentan barreras estructurales o donde actúan agentes económicos con antecedentes de colusión.

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA DE MÉXICO. MERCADO DE SONDAS DE LÁTEX. MANIPULACIÓN DE INFORMACIÓN PARA REALIZAR EL ESTUDIO DE MERCADO.

En 2017, la Comisión Federal de Competencia de México sancionó a 2 empresas participantes en el mercado de sondas de látex desechables por establecer un acuerdo para dividirse el mercado de la compra pública de este producto (expediente DE-024-2013).

Durante la investigación se encontró que, durante la realización del estudio de mercado respectivo de la administración licitante, lo(a)s funcionario(a)s de ambas empresas "Adex" y "Galeano" intercambiaron correos en los que compartieron información sobre los precios de sondas de látex que reportaron a la administración licitante con el fin de maximizar las cotizaciones que formarían parte del estudio de mercado de dichos insumos. Con esta acción los agentes económicos lograron incrementar el precio máximo de referencia y así garantizaron que los ganadores del concurso obtuvieran ganancias extraordinarias por sobreprecios. Además, aparentaron que en el mercado existían más competidores para que, de acuerdo con la Ley aplicable, la autoridad convocante determinara que la licitación sería de carácter nacional, evitando la concurrencia de participantes extranjeros.

Fuente: Resolución DE-024-2013 (COFECE). Caso en que se acredita la responsabilidad de: i) Productos Galeno, S. de R.L., y ii) Productos Adex, S.A. de C.V. por haber incurrido en la práctica monopólica absoluta, 8 de febrero de 2018. <https://www.cofece.mx/CFCResoluciones/docs/Asuntos%20Juridicos/V250/0/4159080.pdf>.

6.1.3. TAMAÑO DE LAS LICITACIONES

La fragmentación de adquisiciones públicas está sujeta a una prohibición general, aunque en ciertos casos puede realizarse. En los casos que la Ley lo permite¹⁹, el diseño del tamaño de las licitaciones (diseño de lotes) puede ayudar a obtener una alta concurrencia en el proceso de licitación. Sin embargo, el diseño de los lotes implica un reto; la entidad contratante debe evaluar caso por caso y determinar si se espera un efecto procompetitivo o no.

Fraccionamiento de lotes. El mayor fraccionamiento en lotes (basado en volumen o regiones) permite que se realice un número más elevado de licitaciones o bien que en un solo proceso se liciten numerosos lotes, lo cual puede tener los siguientes efectos positivos:

-

¹⁹ Ver artículo 83 de la Ley 9986 y 177 del Reglamento de la Ley 9986.

- Al permitir que la competencia se realice a lo largo de un conjunto de lotes, se favorece que los interesados evalúen, en cada caso, su participación y ajusten sus ofertas a las condiciones cambiantes del mercado o de su misma empresa. Por ejemplo, podrían considerar no participar en un lote en específico, pero después sí hacerlo al moverse las ofertas de forma distinta a la que habían previsto.
- Que disminuyan las restricciones a participar de las empresas pequeñas debido a que puede ser más viable atender un contrato por volúmenes fraccionados o de una región específica.

Ambos factores podrían ampliar el abanico de potenciales oferentes y dificultar, en consecuencia, la colusión.

Sin embargo, hay que considerar que el fraccionamiento en lotes podría, por otro lado, tener efectos negativos:

- Facilitar un acuerdo colusorio porque las licitaciones fraccionadas pueden dar más

opciones para el reparto entre empresas a través de una "rotación de ofertas" o "asignación de mercado".

El efecto procompetitivo tiende a dominar cuando los lotes son diferenciables en su valor por tener características distinguibles: la región, el tamaño, condiciones locales de proveduría o de demanda, etc., además de que se trate de bienes o servicios para los cuales no hay precios de referencia claros, como por ejemplo el espectro radioeléctrico. En cambio, la facilitación de la colusión puede ser más importante cuando los lotes son idénticos o muy comparables y se trata de bienes o servicios normalmente vendidos en el mercado, para los cuales se dispone de referencias de precio.

Ante la contraposición de dichos efectos, se recomienda que la entidad contratante evalúe cuál es el punto de equilibrio más adecuado, teniendo en cuenta el menor o mayor riesgo de colusión en cada caso concreto. Cuando no se prevea una mayor participación de empresas al fraccionar lotes se sugiere que se mantenga la licitación sin fraccionar.



COMPETENCIA DE MÉXICO. MERCADO DE GUANTES DE LÁTEX. DISTRIBUCIÓN DE MERCADO EN UNA SERIE DE LICITACIONES.

En 2017, la Comisión Federal de Competencia Económica de México sancionó a 5 empresas participantes en el mercado de guantes desechables de látex por establecer un acuerdo para dividirse el mercado de la compra pública de este producto (expediente DE-024-2013-I).

Las empresas acordaron repartirse volúmenes de compra de modo que cada uno abastecía distintas zonas geográficas y se coordinaban para mantener la proporción de mercado previamente pactada por los directores.

Para corroborar que el pacto se cumplía, las empresas elaboraron cuadros comparativos en los que registraban las adjudicaciones que lograban en las compras consolidadas; si en algún caso se observaba un desequilibrio se compensaba en otra licitación subsecuente, por lo que en este caso particular se consideró que el fraccionamiento de lotes fue propicio para sostener el acuerdo colusorio.

Fuente: Resolución DE-024-2013-I (COFECE). Caso en que se acredita la responsabilidad de i) Dentilab, S.A. de C.V., ii) Ambiderm S.A. de C.V. y iii) Degasa, S.A. de C.V., por haber incurrido en la práctica monopólica absoluta, 8 de diciembre de 2017. <https://www.cofece.mx/CFCResoluciones/docs/Asuntos%20Juridicos/V261/0/4444723.pdf>.

Consolidación de lotes. Como contraparte, la consolidación de las licitaciones puede tener los siguientes efectos positivos:

- Aumentar los incentivos a competir de las empresas grandes con la capacidad suficiente, ya que, para coludirse, se requiere que las empresas acepten dejar pasar una gran oportunidad de ventas, que no se repetirá durante un lapso considerable, con el riesgo de que las otras empresas coludidas no cumplan su parte. Además, una licitación consolidada que dota a la entidad contratante de un mayor poder de negociación.
- Disminuye las posibilidades de establecer acuerdos colusorios en su forma de "rotación

de ofertas" o "asignación de mercado" al haber un número reducido de licitaciones.

Sin embargo, hay que considerar que la consolidación de lotes podría generar efectos negativos:

- Impedir que empresas que antes participaban o que podrían concurrir, después decidan no hacerlo por su incapacidad de dar cumplimiento a un contrato de mayor tamaño. Precisamente para estas empresas podrían aumentar los incentivos de querer utilizar las figuras de "subcontratación"²⁰ y "ofertas conjuntas o en consorcio" (lo que a su vez significaría la existencia de un canal de comunicación al cual debería prestársele atención pues podría ser

²⁰ Artículo 49 de la Ley 9986 "Ley General de Contratación Pública" y 133 de su reglamento (Decreto Ejecutivo 43808).

utilizado para establecer acuerdos colusorios, conforme lo señalado en la sección 6.1.7).

Al igual que en el caso anterior, ante la contraposición de dichos efectos, se recomienda que la autoridad convocante sea quien evalúe cuál es el punto de equilibrio más adecuado, teniendo en cuenta el menor o mayor riesgo de colusión en cada caso

concreto. Por ejemplo, podrían mantenerse consolidados los lotes y, al mismo tiempo, prohibir las figuras de subcontratación o de presentación de ofertas conjuntas cuando se espera que esto no signifique una reducción de los participantes en la licitación. También podría realizarse paralelamente la licitación de algunos lotes más pequeños para no limitar la participación de empresas pequeñas.

MÉXICO. EFECTOS DERIVADOS DE CAMBIOS EN LA ESTRATEGIA DE COMPRAS DE DISTINTOS MEDICAMENTOS Y MATERIAL.

Un ejemplo de los beneficios que se obtuvieron a través de compras en lotes consolidados (además de otros factores) es la experiencia del organismo gubernamental mexicano dedicado a brindar servicios de salud y de seguridad social a la población (Instituto Mexicano del Seguro Social, IMSS).

Entre 2006 y 2008, el personal de adquisiciones del IMSS sospechó de conductas colusorias en sus licitaciones para la adquisición de distintos medicamentos y material. Con apoyo de la autoridad de competencia, encontraron evidencia de esos comportamientos y ajustaron sus políticas de contratación para reducir la viabilidad de la colusión. Después de cambiar el esquema de contratación hacia compras consolidadas, observaron un cambio radical en la dinámica de las licitaciones. En específico, las políticas antes y después de la revisión fueron las siguientes:

Políticas de contratación previas al rediseño:

- Los contratos estaban fragmentados en el tiempo y en todos los departamentos.
- Cuando se observaban propuestas económicas similares, se aplicaba una regla para fragmentar el contrato y asignar las compras a varios proveedores.
- Los precios de referencia se encontraban sobreestimados.

Políticas de adquisición implementadas:

- La consolidación de lotes se utilizó para incentivar a participar a nuevos competidores para diferentes medicamentos.
- El número de procedimientos por abastecimiento simultáneo se redujo.
- Se mejoró el cálculo de los precios de referencia: más bajos y agresivos (obtenidos de estudios de mercado y otras estrategias).

Fuente: OCDE (2018). Combate a la colusión en las compras públicas del IMSS: Impacto de las recomendaciones de la OCDE. OECD Web Archive.

6.1.4. CAMBIOS EN LA CALENDARIZACIÓN Y LAS CANTIDADES LICITADAS

Un flujo constante y predecible de demanda por parte del sector público tiende a incrementar el riesgo de colusión porque (i) ayuda a los miembros de un acuerdo a asignar contratos entre ellos y (ii) facilita las posibilidades de castigar a los miembros que se desvíen al poder reasignar las futuras licitaciones. Por lo tanto, los contratos para la adquisición de bienes o servicios que tienen una frecuencia regular o recurrente podrían requerir de herramientas especiales para desalentar la colusión en la presentación de ofertas (ej. alterar la frecuencia y cantidades que se licitan continuamente podría desestabilizar los acuerdos en vigor para manipular las licitaciones).

En específico, la programación de adquisiciones predecibles y con cantidades fijas puede facilitar la “rotación de ofertas” o “asignación de mercado”.

En este sentido, sería conveniente agregar o desagregar procesos de compras públicas de manera que varíe el tamaño y la calendarización de las ofertas, para lo cual podría convenir trabajar con otros encargados de adquisiciones del sector público y realizar compras conjuntas.

6.1.5. NEUTRALIDAD COMPETITIVA. CONTRATACIONES ENTRE EMPRESAS PÚBLICAS

A pesar de que el concurso es la regla en la adquisición de bienes y servicios, existe un régimen de contratación pública que prevé un procedimiento de excepción para la actividad contractual entre entes de derecho público.

Cuando la utilización de esta excepción a la compra pública no está justificada (con un estudio de mercado y dejando constancia de los motivos legales, técnicos y financieros que hacen de esta vía la mejor para la satisfacción del interés público²¹) se afecta el principio de competencia.²² En específico, se viola el principio de neutralidad competitiva, bajo el cual se requiere que las actividades comerciales del gobierno no gocen de ventajas sobre sus competidores del sector privado. Así, la neutralidad competitiva es necesaria para que las empresas con capacidad de participar en los procesos de contratación lo hagan bajo la misma reglas, supuestos y condiciones que sus contrapartes privadas; en caso contrario se generan distorsiones en el mercado.²³ En este sentido, se recomienda acudir a la contratación directa entre entes de derecho público solamente en casos plenamente justificados (ej. cuando no se identifiquen empresas privadas con capacidad e interés de proveer el bien o servicio) para no impedir artificialmente la participación de empresas en las licitaciones.

6.1.6. PUBLICIDAD

El uso del principio de publicidad por parte de la entidad contratante permite que un mayor número de potenciales participantes conozcan la existencia de un nuevo procedimiento de licitación, así como sus características básicas. Sin embargo, si no se hace adecuadamente podría disminuir la participación y fomentar prácticas colusorias en procesos de compras públicas. Por lo tanto, se recomienda considerar lo siguiente:

Antes de hacer público el pliego de condiciones. En esta etapa, el marco legal contempla que la entidad contratante puede realizar audiencias previas²⁴. Se recomienda realizarlas sólo si se estima que podrían contribuir a generar una mayor competencia, disminuir la probabilidad de una licitación colusoria, y aportar información útil para realizar el estudio de mercado, mejorar el sistema de evaluación o evitar establecer restricciones injustificadas (mayor información en la sección 6.2).

21 Incisos b) y c) artículo 3 de la Ley 9986.

22 Potencialmente se afecta este principio de competencia cuando se incluyen dentro de la excepción a empresas mercantiles propiedad del Estado quienes no son solamente entes públicos, sino agentes económicos que pueden competir con empresas privadas.

23 Se puede encontrar más información en la Opinión 023-2019 (9 de octubre de 2019) y la Opinión 020-2022 (8 de septiembre de 2022) de la COPROCOM, así como en la Opinión emitida mediante Acuerdo del Consejo de la SUTEL 035-070-2022 (19 de octubre de 2022).

SUTEL. IMPORTANCIA DE DISMINUIR LA ASIMETRÍA DE INFORMACIÓN ENTRE LOS POTENCIALES OFERENTES.

La Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) en la opinión sobre el pliego de condiciones para la contratación del “servicio de telefonía fija bajo la modalidad según demanda” puesta en consulta por el Poder Judicial, estableció que era necesario que los potenciales oferentes realizaran visitas al Poder Judicial para disminuir la asimetría de información entre el proveedor titular de la infraestructura de la red telefónica instalada en ese momento por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) al tener una ventaja inherente sobre cualquier otro proveedor alternativo; en específico recomendó:

“Disminuir la brecha de información existente a través de un ciclo de visitas a todas las instalaciones del Poder Judicial abarcadas por esta contratación, en el que los potenciales oferentes obtengan información del estado de la infraestructura y de las posibilidades reales de despliegue de sus redes y equipos, o del mecanismo que mejor considere el Poder Judicial”

Fuente: 09812-SUTEL-CS-2023 (Acuerdo 007-071-2023). Sobre la opinión sobre el pliego de condiciones para la contratación del “servicio de telefonía fija bajo la modalidad según demanda” puesta en consulta por el Poder Judicial (17 de noviembre de 2023).

En toda interacción con los potenciales oferentes, se debe evitar un intercambio de información que facilite la planeación de una licitación colusoria. Por ejemplo, no ofrecer información sobre (i) máximo precio dispuesto a pagar, (ii) posibles diseños de licitación que se emplearán o (iii) número de licitaciones que se realizarán. De ser posible, tampoco crear ocasiones para facilitar que los posibles participantes se identifiquen e intercambien información. La Ley contempla la posibilidad de realizar las audiencias de forma presencial, híbrida o remota,²⁵ por lo que, en caso de realizarse, se recomienda privilegiar la última modalidad, que disminuye los costos de los interesados para acudir, además de limitar las posibilidades de interacción e intercambio de información entre los posibles participantes.

Además, debe tomarse en cuenta que si la noticia de que se realizará la licitación llega a los potenciales oferentes con demasiada anticipación (incluso la sola intención de realizar la licitación con la publicación de la alerta temprana), podría facilitar a las empresas formar una licitación colusoria, pues dispondrían de más tiempo para conseguirlo y, en consecuencia, la posibilidad de diseñar con mayor precisión las características del acuerdo. En contraparte, el anuncio de que se realizará una licitación puede permitir a empresas que regularmente no participan en estos procesos, prepararse para poder concurrir. Por lo tanto, las buenas prácticas sugieren que cada entidad contratante analice caso por caso la relevancia de cada efecto y, una vez que se cuenta con dicho análisis, decidir qué momento es el más apropiado

²⁴ Artículo 39 de la Ley 9986 “Ley General de Contratación Pública: “Audiencias previas al pliego de condiciones. Previo a la etapa de determinación del contenido del pliego de condiciones, la Administración podrá realizar audiencias previas abiertas, presenciales o virtuales, a fin de que potenciales oferentes o terceros interesados formulen observaciones o propuestas tendientes a la mejor elaboración del pliego. Todas las actuaciones que se efectúen con ocasión de las audiencias previas deberán ajustarse al principio de transparencia. Para la validez de la audiencia, no será necesaria la presencia de todos los invitados. El reglamento regulará lo pertinente a este tipo de audiencias”.

²⁵ Art. 39 Ley 9986.

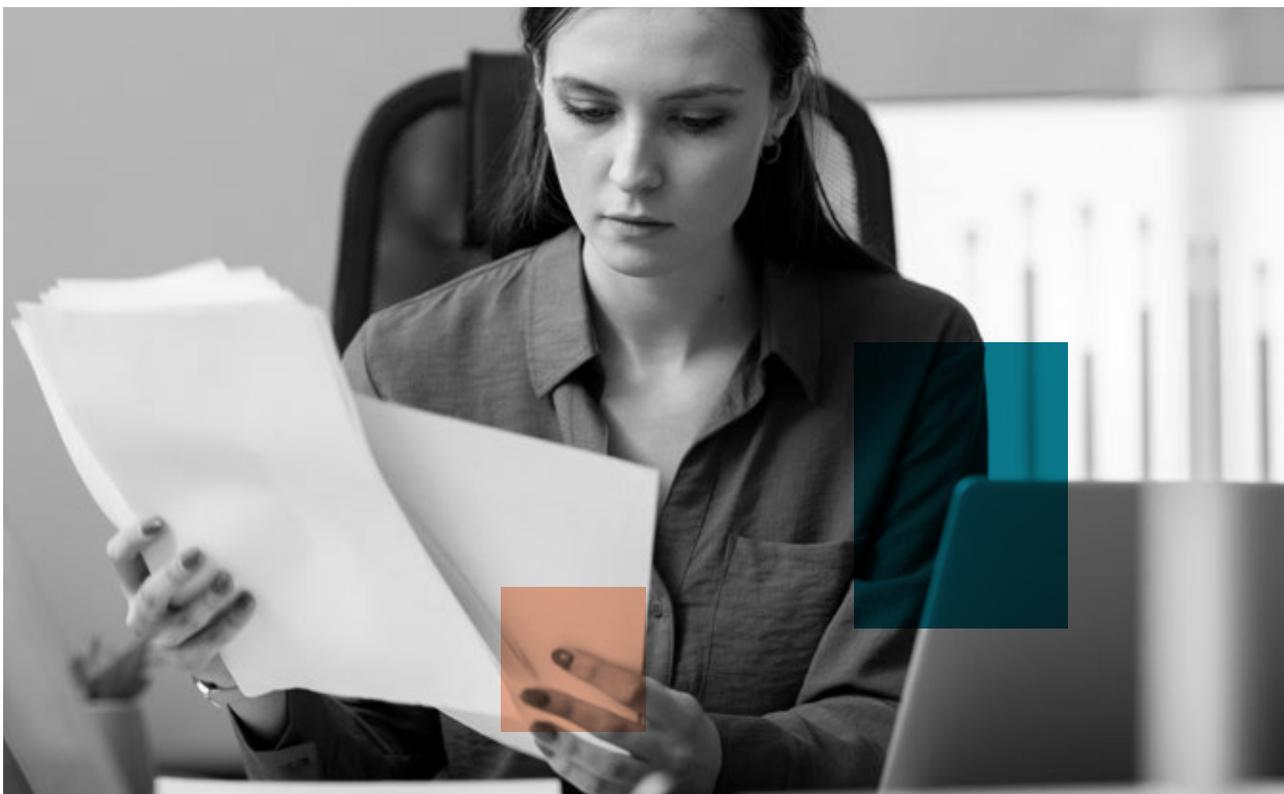
para hacer pública su intención de realizar la licitación ²⁶.

Sobre la oportunidad entre la publicación del pliego de condiciones y la fecha límite para recibir la oferta. Debe considerarse un tiempo razonable dentro de lo establecido por la normatividad entre la publicación del pliego de condiciones y la fecha límite para recibir la oferta. Imponer un tiempo reducido puede constituir una barrera a la participación, en especial si se solicitan requisitos cuya tramitación o cumplimiento consume tiempo.²⁷

Sobre la interacción de la entidad contratante y las empresas interesadas una vez publicado el pliego de condiciones. Es importante atender lo más pronto posible las solicitudes de aclaración

y los recursos de objeción²⁸ porque pueden ser decisivos para la participación de posibles oferentes. De especial relevancia son los que se refieran a especificaciones técnicas, así como cualquier duda sobre el cumplimiento de requisitos. Es importante evitar resolver dudas que lleven a revelar las estrategias de compra que competen a la entidad contratante (ej. Expectativas sobre los precios) para evitar que se facilite la colusión. Atender las aclaraciones y objeciones sirve para contrarrestar las ventajas que ya tienen las empresas que suministran bienes o servicios a la administración pública.

Por lo tanto, es importante que los requisitos de publicidad se cumplan de manera puntual sin difundir información más allá de la necesaria para no facilitar la colusión.



²⁶ Sobre este punto, se invita revisar el numeral 31 de la Ley General de Contratación Pública (Ley 9986).

²⁷ Considerando lo establecido en los artículos 145, 153 y 156 del Reglamento de la Ley 9986.

²⁸ Artículos 84, 93 y 253 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública (Decreto Ejecutivo 43808).

JAPÓN. CONDICIONES DEL MERCADO Y PROCESO DE LICITACIÓN (EJ. PUBLICACIÓN DE EMPRESAS PARTICIPANTES) FOMENTARON LICITACIONES COLUSORIAS EN LA CONSTRUCCIÓN.

En 2005 la Comisión de Comercio Justo de Japón (JFTC) inició una investigación por presunta colusión en las licitaciones de ingeniería civil y construcción de edificios en Okinawa, Japón. En 2006, se sancionó a 152 empresas involucradas en este cartel.

Se consideró que el mercado de construcción en Okinawa tiene características que facilitan la colusión. Por ejemplo, en cuanto a las condiciones geográficas, la prefectura consta de 47 islas, y considerando el tipo de mercado (pocos participantes), se consideró inevitable que siempre los mismos oferentes compitan en las licitaciones del mercado.

Aunado a lo anterior, la autoridad encargada de las licitaciones, el *Gobierno de la Prefectura de Okinawa* (OPG) utilizaba un mecanismo de invitación directa para limitar las ofertas en torno a una licitación. Esto implicaba que el OPG seleccionaba a aquellas empresas que podían presentar ofertas por una licitación y, posteriormente, publicaba las empresas seleccionadas para competir en la licitación. Esto permitía conocer con anterioridad al planteamiento de las ofertas las posibles empresas competidoras por una licitación, lo que hacía más fácil al cartel coordinar sus ofertas y detectar si un externo al cartel fue invitado a la licitación.

Fuente: Centro Competencia (2022). Modelos de detección de bid-rigging y el factor local. Modelos de detección de bid-rigging y el factor local | CeCo (centrocompetencia.com).

6.1.7. COMUNICACIÓN ENTRE OFERENTES ANTES DE LA PRESENTACIÓN DE OFERTAS

Cuando el mismo grupo de empresas participa constantemente en las mismas licitaciones, existen interacciones repetidas en el tiempo que, si las condiciones son favorables, podrían convertirse en una relación de cooperación sostenida. Para desalentar que las empresas que participan en las licitaciones se coludan, las personas a cargo de las compras gubernamentales deben poner atención a los mecanismos generados por el hecho de anunciar un proceso de licitación que

pueda ser propicio para comunicarse, antes de la presentación de ofertas.

- Las audiencias previas solo deben realizarse cuando generan ventajas para la concurrencia y la eficiencia en las licitaciones (revisar sección 6.1.2), prefiriendo la modalidad remota. La razón es que dichas reuniones podrían constituir un punto de contacto para conocer a los demás participantes y ser explotado para coludirse.
- Las empresas pueden comunicarse con la intención de utilizar las figuras de

“subcontratación”²⁹ y “ofertas conjuntas y en consorcio”, que están contempladas en el marco legal. Cada una de ellas puede tener efectos distintos en el proceso de contratación, de forma que la Administración debe evaluar caso por caso y determinar si se espera un efecto procompetitivo o no:

- Por un lado, se espera que las empresas pequeñas sean las más interesadas en involucrarse legítimamente en subcontrataciones ya que por sí solas se les dificulta, por ejemplo, hacerse cargo de todos los requisitos del contrato o de terminarlos en el periodo de tiempo que se especificó; dicho de otra forma, ésta puede ser la única forma en que ciertas PYMES puedan vender al gobierno. Por otro lado, hay que considerar que, en situaciones auténticamente competitivas, es esperable que las empresas sean reacias

a subcontratar a sus rivales, por lo que existen pocas razones plausibles de por qué el ganador de un procedimiento decide después asignar parte del contrato a uno o más de sus competidores. Por lo anterior, en muchos casos se ha demostrado que esta práctica es con frecuencia uno de los mecanismos utilizados para asegurar y recompensar la cooperación en un arreglo colusorio. En este sentido, dado que la oferta obligatoriamente debe indicar el listado de los subcontratistas, así como el objeto de subcontratación, se recomienda identificar si las características de las empresas y las circunstancias del mercado ameritan el uso de esta figura o si por el contrario se usa como una salida para no competir entre sí. Se debe recordar que la subcontratación procede “únicamente para la realización de cuestiones especializadas”,³⁰ por lo que se recomienda velar por la aplicación de esta regla.



²⁹ Artículo 49 de la Ley 9986 “Ley General de Contratación Pública” y 133 de su reglamento (Decreto Ejecutivo 43808).
³⁰ Artículo 133. Reglamento a la Ley 9986.

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA DE MÉXICO. USO DE LA FIGURA DE SUBCONTRATACIÓN Y PARTICIPACIÓN DE EMPRESAS DEL MISMO GRUPO ECONÓMICO PARA SIMULAR COMPETENCIA EN LICITACIONES.

En 2017, la autoridad de competencia de México (Comisión Federal de Competencia Económica, COFECE) sancionó a 3 empresas, Delfos Comunicación, Mercado y Prospectiva (Delfos), Especialistas en Medios (Especialistas) y SVS Internacional de México (SVS) en el mercado de los servicios de seguimiento y/o monitoreo de información difundida en medios de comunicación contratados por autoridades, por coordinarse para manipular los resultados de al menos 24 procedimientos de contratación.

El objetivo del acuerdo colutorio era que Especialistas en Medios resultara adjudicada en todos los casos; a cambio, las empresas perdedoras eran subcontratadas.

Además, se encontró que, para simular competencia en los procesos, la empresa SVS aparecía como competidor de Especialistas en Medios, siendo que ambas están relacionadas de manera corporativa y patrimonial, ya que ambas contaban con participación accionaria de una misma socia además de que compartían diversas áreas como contable, ventas y plantilla laboral.

Fuente: COFECE (2018). Análisis de caso. Acuerdos colutorios en compras públicas: casos recientes sancionados por la COFECE. ANCAs-ComprasPublicas-Ver02-2018.pdf (cofece.mx).

» Por un lado, las “ofertas conjuntas” o “en consorcio”, al igual que en el caso de la “subcontratación”, hacen posible que empresas que no tienen una dimensión o solvencia suficiente para participar en una determinada licitación se unan con otras empresas temporalmente con el fin de poder participar. Esto, en principio, tiene un efecto positivo en el número de participantes debido a que el costo asociado a la participación en el procedimiento se diluye entre las empresas que sin el uso de esta figura no participarían. Sin embargo, por otro lado, debe cuidarse que la presentación de ofertas conjuntas o en consorcio se utilice únicamente

cuando exista un impedimento real para la participación de las empresas involucradas, que no pueda solucionarse con un mejor diseño de la licitación. Por lo tanto, se considera necesario que se valore la admisibilidad de la presentación de ofertas conjuntas o en consorcio, ya que “una unión temporal de empresas no debería ser admisible si cada empresa por separado tiene la capacidad económica, financiera y técnica para suministrar los bienes objeto de concurso. Por el contrario, solo debería admitirse la unión temporal de empresas si puede demostrarse que el aporte de cada una de ellas es necesario para poder proveer el bien o servicio requerido”.³¹

31 Fuente: Opinión 23-2019, COPROCOM. Criterio Proyecto de Ley General de Contratación Pública, Expediente Legislativo 21.54 (9 de octubre de 2019).

NORUEGA. USO DE LA FIGURA DE OFERTAS CONJUNTAS PARA RESTRINGIR LA COMPETENCIA EN LICITACIONES.

La Corte Suprema de Noruega confirmó en 2016 la decisión de la autoridad de competencia al sancionar a dos empresas de taxis que ofertaron de manera conjunta en una licitación pública (Case E-3/16).

Al realizar el análisis se determinó que la oferta conjunta tuvo el objeto de restringir la competencia y constituyó una forma de fijación de precios porque las partes estuvieron de acuerdo en ofrecer un solo precio a la autoridad convocante. Se determinó que ese acuerdo significaba una menor competencia que la que hubiera existido en caso de ofrecer precios de forma separada.

Fuente: Case E-3/16 (CE). Ski Taxi SA, Follo Taxi SA and Ski Follo Taxidrift AS v The Norwegian Government, represented by the Competition Authority. 22 de diciembre de 2016. EUR-Lex - E2016J0003 - EN - EUR-Lex (europa.eu) y Herrera, I. (2017). Joint bidding and object restrictions of competition: The EFTA Court's take in the "Taxi case". (PDF) Joint Bidding and Object Restrictions of Competition: The EFTA Court's Take in the Taxi Case (researchgate.net).

En conclusión, debe considerarse que, si bien estas asociaciones podrían aumentar la concurrencia de empresas en los procesos de compras públicas, por otro lado, podrían representar un mecanismo de colusión, especialmente si se tiene en cuenta que las mismas empresas pueden ser rivales potenciales en procesos de compras públicas donde no les resulte imprescindible estas colaboraciones por razones de eficiencia económica.

Las buenas prácticas recomiendan que en todo caso se solicite que los oferentes revelen con anticipación si tienen contemplado utilizar alguna de estas figuras, identifiquen a las empresas y justifiquen las razones para ello (que de otra forma no sea posible para los involucrados participar con posibilidades de ganar el proceso de compra pública), para que finalmente la entidad contratante determine si admite o no la oferta.

Algunos casos que pueden justificar la autorización de subcontrataciones o de ofertas conjuntas o en

consorcio por no tener efectos anticompetitivos, son:

- Dos o más empresas combinan sus recursos para afrontar un contrato que es demasiado grande para que cualquiera de ellos participe de forma individual. Es importante considerar en el diseño del proceso de compra pública, si es mejor opción disminuir el monto del contrato o hacer la contratación en varios paquetes, dentro del margen permitido por la Ley.
- Dos o más empresas, en diferentes partes de la cadena productiva, ofrecen un servicio integrado que ninguno de ellos puede suministrar de forma independiente.
- Dos o más empresas, en diferentes áreas geográficas, presentan una sola oferta (o realizan una subcontratación) que incluye áreas que ningún proveedor tiene la capacidad de

abastecer por sí mismo. En este caso también es recomendable analizar si es mejor alternativa fragmentar el proceso de compra pública por área geográfica, dentro de los supuestos permitidos por la Ley.

En todo caso (sea ofertas conjuntas o subcontrataciones), la entidad contratante

debe estar atenta al registro de sanciones del SICOP, cuando se trata de empresas que ya han sido - sancionadas por colusión por parte de las autoridades de competencia respectivas. La precaución es importante incluso si la colusión se presentó en otros mercados o si las empresas involucradas no tienen la capacidad económica de presentar ofertas separadas.

6.2. ELABORACIÓN DEL PLIEGO DE **CONDICIONES (TÉRMINOS DE REFERENCIA)**

La elaboración del pliego de condiciones³² presenta el reto de promover procedimientos de contratación sin imponer requisitos que se conviertan en barreras injustificadas que limiten el número de oferentes o que propicien la colusión, sin dejar de lado el cumplimiento de la normativa legal asociada. El contenido del pliego³³ debe ajustarse a lo establecido en la Ley 9986 y su reglamento. Debe establecer los aspectos relacionados con especificaciones del bien o servicio objeto del procedimiento, requisitos de admisibilidad (incluyendo identificación de documentos para efectuar la valoración de idoneidad) y los criterios de adjudicación, entre otros.

La Ley faculta a la entidad contratante para modificar el pliego de condiciones en hasta dos ocasiones.³⁴ El hacer uso de este mecanismo para modificar alguno de los elementos que se mencionan a continuación en las secciones 6.2.1 y 6.2.2 podría dificultar la capacidad de reacción de los oferentes para presentar una oferta válida, por lo que sólo debe usarse en casos extraordinarios.

6.2.1. ESPECIFICACIONES DEL BIEN O SERVICIO

En el pliego de condiciones se debe describir de manera precisa las características del bien o servicio, señalando las actividades que lo configurarán (en caso de tratarse de un servicio), las características técnicas y los procedimientos que se espera utilice el prestador del bien o servicio, así como el resultado final esperado.

Para evitar que estas especificidades tengan efectos no deseados como: (i) restringir la participación de oferentes viables y calificados o (ii) facilitar acuerdos colusorios, debe considerarse lo siguiente respecto del pliego de condiciones:

- **Ser claros y sencillos.** Cuanto más claros y sencillos sean los términos de referencia más fácil será su comprensión para los participantes potenciales y más confianza tendrán cuando

³² Ver artículo 24 del Reglamento de la Ley 9986 "Ley General de Contratación Pública".

³³ Artículo 40 de la Ley 9986.

³⁴ Art. 40 Ley 9986 y 93 de su Reglamento.

preparen y presenten ofertas. En caso contrario, se puede afectar el número y tipo de empresas que atrae el proceso; por ejemplo, se podría fomentar la participación sólo de quienes ya han participado en procesos de compras públicas similares.

- **No deben tener sesgos** a favor o en contra de algún tipo de empresas determinadas. Por ejemplo, se debe evitar hacer referencias altamente descriptivas, sobre todo si dichas descripciones son tomadas de bienes o servicios que ofrecen empresas específicas. Es preferible enfocarse en lo que se busca lograr, la necesidad que se pretende satisfacer, para motivar la participación y presentación de soluciones innovadoras (no establecer métodos de producción o tecnologías específicas).
- **No deben ser ambiguos**, de tal forma que las empresas no se concentren en la planeación de ofertas estratégicas o definir términos clave que faciliten un acuerdo colusorio.
- **Deben ser flexibles** para permitir el acceso de un número importante de oferentes. Debe buscarse que no sólo las empresas identificadas como capacitadas para ofrecer un bien o servicio puedan participar en el proceso de compra pública, sino también todas aquellas que puedan crear bienes equivalentes. Las especificaciones requeridas deben dejar lugar para bienes sustitutos funcionales cuando sea posible, porque cuando existen fuentes alternativas o innovadoras de suministro se dificultan las prácticas de colusión. Por ejemplo, las especificaciones técnicas pueden ir acompañadas de la expresión "o equivalente". En algunos casos la valoración de existencia de sustitutos funcionales puede requerir una opinión experta independiente (por ejemplo, cuando pudiera existir una afectación a la seguridad o salud de las personas en caso de no cumplir las especificaciones), de forma que es posible que pocas empresas puedan cumplirlos. Ante esta situación la entidad contratante debe actuar con precaución y no subestimar el impacto de las certificaciones u homologaciones, esto con el objetivo de buscar incrementar la concurrencia en la licitación.

COPROCOM. CERTIFICACIONES COMO REQUISITO Y/O PUNTAJE ADICIONAL PARA DETERMINAR EL GANADOR EN LICITACIONES.

COPROCOM ha emitido diversas opiniones en las que ha considerado prudente que los entes de la administración pongan especial cuidado a la forma en que redacten las condiciones y requisitos que son parte de los procesos de contratación para no incluir condiciones irrelevantes para la satisfacción del fin público, que atenten contra el principio de libre competencia. En específico ha señalado:

- “la administración pública debe abstenerse de solicitar artículos de marcas específicas o con características que solo ofrece un oferente”
- “no se justifica que las entidades públicas opten por considerar tan solo una certificación, o los criterios establecidos por un certificador en particular, para incluirlos como parte de los aspectos a valorar dentro del proceso de contratación administrativa”
- “algunas certificaciones tienen un alto costo que no puede ser cubierto por todos los participantes. De manera tal que se privilegia a empresas grandes y de mayores recursos en perjuicio de las de menor tamaño”
- “el Gobierno debe favorecer la adquisición de bienes y servicios, ofrecidos por empresas que cuenten con certificados que brinden algún grado de seguridad respecto a la calidad de lo adquirido; sin embargo, en el proceso hacia la búsqueda de la calidad, no se debe exigir de forma abrupta y sin justificación aparente la acreditación con certificaciones - de cualquier especie- el cumplimiento de normas técnicas específicas, en especial cuando se tenga conocimiento de que los oferentes en el mercado que pueden hacerlo son escasos o que existen otros medios válidos para comprobar el compromiso de las empresas con la calidad o el medio ambiente.”
- “los principios que se sugieren seguir para introducir el cumplimiento de normas técnicas en la adquisición de un producto, por parte de las proveedurías de las instituciones públicas, son:
 - a. Identificar las normas existentes en el mercado que se estiman son equivalentes o similares y que satisfacen el objetivo de la Administración Pública.
 - b. Si la cantidad de empresas que cuenta con una certificación es pequeña en relación con el total de empresas que producen el bien y pueden ofertar a la Administración Pública, la exigencia de la certificación debe introducirse paulatinamente. Al inicio del periodo de introducción debe ser un ítem para valorar en el cartel que otorga puntos adicionales con una ponderación baja (menor al 5%). Con el tiempo la puntuación puede ir aumentando y al final del periodo de introducción puede convertirse en requisito técnico.
 - c. La duración del periodo de introducción debe ser lo suficientemente larga para que una empresa que desea mantenerse en el mercado de compras del Estado pueda en condiciones normales certificar el cumplimiento de alguna de las normas consideradas equivalentes o similares según el literal a) anterior.”

Fuente: Opinión 03-2011 (COPROCOM). Informe por una consulta con relación al requisito de las certificaciones ISO y otros requisitos en las contrataciones administrativas capaces de restringir la libre competencia (18 de enero de 2011).

Opinión 04-2012 (COPROCOM). Informe sobre la solicitud de aclaración presentada por la Cámara de Industrias de Costa Rica en relación con el informe sobre Procesos de Contratación Administrativa, Certificaciones ISO y otros requisitos (31 de enero de 2012) y Opinión 02-2019 (COPROCOM). Solicitud presentada por la empresa Servicios Múltiples Especializados S.A. en relación con el impedimento a una sana y libre competencia que está ocasionando las condiciones que imponen algunas administraciones públicas sobre el requerimiento de certificados ISO (5 de febrero de 2019).

- **Verificación del pliego de condiciones.** Es deseable que se realice una validación final de las condiciones antes de publicarse de manera definitiva. Esto es recomendable de forma especial para procesos de compras públicas de bienes o servicios complejos, que no se adquieren frecuentemente ni en el curso de transacciones regulares de mercado. Lo anterior

es importante para hacer el menor uso posible de cambios en el pliego de condiciones,³⁵ sobre todo si se modifica alguna especificación o requisito de admisibilidad, porque podría obstaculizar la participación de los oferentes al tener que reaccionar rápidamente para modificar su oferta.

SUTEL. REQUISITOS EN EL PLIEGO DE CONDICIONES QUE RESTRINGÍAN LA PARTICIPACIÓN DE COMPETIDORES.

La Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) en la opinión sobre el pliego de condiciones de la compra pública 2021CD-000030- 0002700001 para la contratación de "ENLACE DE INTERNET POR MEDIO DE FIBRA ÓPTICA" de la Municipalidad de Alajuelita, emitió diversas recomendaciones basadas en que observó que se habían incluido especificaciones que restringían la participación de competidores:

- Modificar las especificaciones técnicas ajustando la experiencia requerida de modo tal que se aumente la concurrencia de oferentes y se resguarden las necesidades técnicas de la administración contratante.
- La autenticación notarial del título habilitante resulta un requisito excesivo porque existe un mecanismo, en caso de duda por parte de la administración, sencillo y de acceso público para verificar los alcances del título habilitante del oferente.
- Las posibilidades de una empresa de instalar el servicio en el plazo solicitado de una semana, incluyendo los trámites para alquilar el uso de un espacio en los postes de distribución, son prácticamente imposibles, a menos que se trate de una empresa que ya cuente con el contrato, por tanto, deviene en un requisito que reduce el número de oferentes.

Fuente: 05150-SUTEL-OTC-2021. Informe de opinión sobre el pliego de condiciones de la compra pública 2021CD-000030- 0002700001 para la contratación de "ENLACE DE INTERNET POR MEDIO DE FIBRA ÓPTICA" de la Municipalidad de Alajuelita (17 de junio de 2021).

³⁵ Artículo 40, Ley 9986 y artículo 93 de su reglamento.

6.2.2. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD

El diseño de requisitos y el establecimiento de las reglas para promover la participación ofrece la oportunidad a la entidad contratante de descartar oferentes que se consideran “inadecuados” para proveer el bien o servicio que se desea adquirir. Esto se logra mediante el establecimiento de criterios que todos los oferentes potenciales deben cumplir.

En estricto sentido desde la perspectiva de la competencia, la solicitud de requisitos constituye un obstáculo a la participación. Sin embargo, los criterios utilizados, idealmente, deben ser objetivos y transparentes, y no imponer cargas innecesarias o desiguales que puedan excluir potenciales proveedores disminuyendo con ello la posibilidad de que ocurra colusión.

Algunos puntos por considerar para maximizar la participación y restringir las posibilidades de colusión son:

- Evitar calificar empresas (incluso informalmente) con antelación al proceso de contratación.
- Tener flexibilidad respecto al número de empresas de las que se requiere una oferta. Por ejemplo, si invitan a todos los potenciales oferentes inscritos bajo el mismo código en el SICOP, pero se reciben ofertas sólo de 3 empresas, cabría considerar la posibilidad de obtener un resultado competido de las 3 en lugar de insistir en realizar el ejercicio de nuevo, lo que probablemente dejará más claro que la competencia es escasa y podría incidir en la presentación de ofertas menos competitivas en la segunda ocasión. Esta posibilidad debe contemplarse en el pliego de condiciones.
- Evaluar caso por caso la asignación del tiempo adecuado para que las empresas preparen y presenten la documentación requerida para participar en el proceso de compra pública, debido que en algunos casos la preparación de la oferta puede representar un reto importante (ej. cuando se trate de bienes o servicios complejos). Lo anterior para que las dificultades que las empresas puedan encontrar para presentar una oferta no constituyan una barrera a la participación. Sin embargo, por otro lado, debe considerarse que un mayor tiempo podría usarse para negociar un acuerdo colusorio.
- Para evitar que la inobservancia de determinados requisitos procedimentales excluya ofertas, hacer uso de la figura de “subsanación y aclaración de ofertas” prevista en la Ley 9986.³⁶ En cada caso debe evaluarse la complejidad de modificar la oferta y, con base en ello, procurar dejar tiempo suficiente a los oferentes para modificarla dentro de los límites mínimos y máximos que permite la normativa.
- Especificar requisitos mínimos que sean proporcionales con el tamaño, composición o naturaleza del contrato licitado para que no creen obstáculos a la participación. Por ejemplo:
 - » La exigencia de requisitos de solvencia, cuando éstos son necesarios y proporcionales, permite asegurar que sean más creíbles las sanciones financieras en caso de incumplimiento y reducen los incentivos de una participación especulativa. Sin embargo, pueden constituir obstáculos a la participación cuando no son necesarios o proporcionales al objeto del contrato, de manera que reducen la competencia que puede tener lugar en los procesos de compras públicas e incrementan el riesgo de colusión.

³⁶ Art. 50.

- » No excluir a empresas que no han presentado ofertas en licitaciones anteriores.
 - » Permitir la participación de empresas de otras regiones u otros países.
 - » No favorecer a las empresas que ya prestan sus servicios a la entidad contratante pública exigiendo como requisito experiencia previa de este tipo.
 - » Para no favorecer a proveedores actuales o que ya han ganado otros procesos de compras públicas, considerar tanto los registros de desempeño en procesos anteriores, como otras experiencias equivalentes y relevantes fuera del ámbito gubernamental, para acreditar experiencia o capacidad.
 - » Buscar formas de reducir el costo de cumplir los requisitos que enfrentan las empresas, en específico:
 - ◆ Racionalizar los procesos de compra pública en términos de tiempo y de bienes (por ejemplo, mediante la utilización de los mismos formatos de solicitud y el requerimiento del mismo tipo de información), sin impedir que la autoridad convocante busque mejoras continuas en los procesos de adquisición.
 - ◆ Analizar la posibilidad de agrupar distintos proyectos de adquisición para el mismo bien o servicio para que los interesados puedan repartir los costos fijos de preparar su participación (debe considerarse también los riesgos de consolidar lotes expuestos en la sección 6.8).
- ◆ Evaluar que el cumplimiento de determinados requisitos de participación se pueda realizar por una única vez ante la entidad contratante para disminuir la carga regulatoria de participación en múltiples procesos de compras públicas y estimular la participación. Sin embargo, hay que tener cuidado de que este tipo de acreditación sea sencillo y no incluya requisitos excesivos para no constituir una barrera a la entrada para nuevas empresas interesadas.
- Cuando no existe un estándar para algún bien particular, es recomendable utilizar las especificaciones de rendimiento y funcionalidad del bien, en lugar de proporcionar una descripción de este.
 - No debe existir ningún vínculo entre los participantes de un mismo concurso, ni tener participación común en una tercera empresa, o los mismos consejeros, accionistas, directivos, ni representantes ni, en general pertenecer al mismo grupo de interés.
 - De la misma manera, los participantes de un mismo concurso no deben apoyarse en los mismos servicios externos, como consultores, despachos de abogados, peritos, etc.

COPROCOM. OPINIÓN SOBRE LOS REGISTROS DE PROVEEDORES Y SU RELACIÓN CON EL NÚMERO DE PARTICIPANTES INDEPENDIENTES EN LAS LICITACIONES.

La COPROCOM se ha pronunciado respecto a la participación de empresas relacionadas en la contratación administrativa:

- Es común que empresas que se encuentran relacionadas participen en los mismos concursos públicos. Así, los registros de proveedores cuentan en muchas ocasiones con sociedades que pueden llevar a presumir que se cuenta con una cantidad apropiada de oferentes, cuando en realidad son sociedades creadas por empresas ya registradas aparentemente con el fin de tener mayores probabilidades de ser invitadas, o por el contrario impidiendo que se invite a un mayor número de proveedores limitando la competencia.
- Se recomienda la inclusión de una prohibición en el proyecto (Ley 9986) que establezca: “Se prohíbe la participación de más de una empresa perteneciente a un mismo grupo de interés económico en un procedimiento de contratación administrativa”. Esta recomendación pretende que la administración implemente un mecanismo de declaración jurada que debe ser presentada por todos los agentes económicos, indicando que no existen otros agentes que forme parte de un mismo grupo de interés económico, con lo cual se facilita a la administración su reconocimiento y evitar desequilibrios.

Fuente: Opinión 015-2021 (COPROCOM). Propuestas a la Ley 9986 a los artículos referentes a la detección de prácticas colusorias (5 de agosto de 2021) y Opinión 020-2022 (COPROCOM). Propuestas al Reglamento de la Ley 9986 en relación con la figura de subcontratación (8 de septiembre de 2022).

- Los oferentes deben estar impedidos para intercambiar información entre ellos que tenga cualquier relación con el proceso de compra pública y, si ocurre en el curso de sus actividades normales en el mercado, obligarse a revelar toda la comunicación que sostengan con sus competidores.
- Requerir una declaración de cada oferente en torno a que la oferta se presentó como genuina, sin coludirse con otras empresas y con la intención de aceptar el contrato en caso de ser adjudicado. Debe prestarse atención a solicitar la firma del representante legal con capacidad adecuada, sumando penalizaciones adicionales en caso de realizar afirmaciones fraudulentas

o imprecisas. Esta declaración actúa como un disuasivo para los directivos de las empresas, pues los hace directamente responsables en caso de que se compruebe que su empresa incurrió en prácticas colusorias.

6.2.3. SISTEMA DE EVALUACIÓN

Debe considerarse como regla general que los procesos de compras públicas deben ser el modelo de adquisición preferente, pues promueven la competencia entre las empresas y permiten al gobierno maximizar el valor por el dinero.³⁷

³⁷ Hay situaciones en las que los otros métodos de contratación como adjudicación directa o invitación restringida (ej. convenio marco con sistema cerrado) pueden ser los procedimientos más eficientes, aunque son raras. Por ejemplo: (i) cuando se requiera secrecía, porque la publicidad de una oferta pública podría representar una amenaza para la seguridad nacional o (ii) en los casos de emergencia que no permiten la organización de un concurso público.

COPROCOM Y SUTEL. OPINIONES SOBRE EL USO DE EXCEPCIONES PARA LA ASIGNACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS

Las autoridades de competencia de Costa Rica (COPROCOM y SUTEL) en reiteradas ocasiones han manifestado que la utilización de figuras distintas al concurso público (licitaciones ordinarias) deben ser utilizadas solo en casos muy particulares:

COPROCOM:

“La COPROCOM reitera su posición respecto a que la utilización de figuras distintas al concurso público, deben ser utilizadas en casos muy calificados y únicamente ante la ausencia de suficientes oferentes y con plena garantía de que los estudios de mercado y otros requisitos sustanciales fueron realizados para que no se afecte el principio supremo de competencia.”

Fuente: 04-2021 (COPROCOM). Criterio solicitado por la señora Amelia Solera en relación con la problemática que enfrenta la actividad de la comunicación comercial en Costa Rica en relación con las excepciones a los procedimientos ordinarios de contratación pública (11 de marzo de 2021).

“(…) la COPROCOM ha sido muy activa en criticar la excepción de la contratación entre entes de derecho público, por cuanto se ha evidenciado como una forma de burlar el concurso en la contratación administrativa y con ello limitar la competencia y libre concurrencia en la contratación pública”.

Fuente: Opinión 019-2021 (COPROCOM). Criterio sobre las razones que justifican el utilizar la figura de convenio marco (3 de septiembre de 2021).

SUTEL:

“(…) en el tanto el Estado decida favorecer a través de sus compras a sus propios operadores, podría provocar una discriminación susceptible de afectar la competencia del mercado, ya que al asignar sus recursos en favor de un determinado tipo de operadores afecta los principios de libre competencia, libre concurrencia e igualdad jurídica ante los procesos de licitación.

(…)

mediante el empleo de esta excepción la propia administración pública renuncia a los beneficios de la competencia, limitando la posibilidad de eventualmente obtener mejores condiciones (precio, plazo de entrega, calidad de servicio, entre otras) en los bienes y servicios que contrata.”.

Fuente: SUTEL (2022). Estudio de mercado referente a la contratación pública de servicios de telecomunicaciones. https://www.sutel.go.cr/sites/default/files/informe_estudio_mercado_compras_publicas.pdf.

Cuando existan inquietudes debido a que las características del mercado puedan limitar la participación y facilitar la colusión, se sugiere evaluar con cuidado el método del proceso de compra pública empleado, tomando en cuenta lo siguiente:

- Los procesos de compras públicas abiertos ascendentes (o descendentes)³⁸ pueden aumentar la eficiencia en los procesos cuando el número de posibles participantes es amplio y/o no existen referencias públicas sobre los precios del bien o servicio. En este caso la revelación de precios durante el proceso es muy valiosa para la competencia porque permite a los oferentes ajustar sus ofertas conforme se revelan las demás ofertas y converger a un nivel “eficiente”.
- Cuando se prevén muy pocos participantes, donde los pocos existentes pueden tener costos muy distintos por su experiencia, tecnología, capital físico o humano, puede preferirse los procesos de compras públicas a sobre cerrado en una sola ronda (*one-shot*) para disminuir la probabilidad de colusión³⁹ pues no se revela (i) las posturas de los oferentes durante el desarrollo del concurso ni (ii) precios de referencia.
- Evitar obstaculizar la participación de empresas pequeñas, para lo cual se pueden buscar distintos niveles de empaquetamiento de los bienes o servicios para motivar su participación. Por ejemplo, permitir ofertas sobre ciertos lotes o combinaciones de estos en lugar de licitar únicamente un gran contrato. Sin

embargo, es importante considerar que (i) al implementar procesos de compras públicas más atomizadas podría existir el riesgo de que las empresas encuentren una oportunidad para repartirse los contratos, sobre todo cuando estas divisiones resultan predecibles (mayor información en la sección 6.8) y (ii) mientras que los precios inicialmente podrían no ser los más competitivos, con el tiempo se prevé que la competencia generaría incentivos para innovar, mejorar la calidad, y fomentar bienes o servicios de mayor valor.

- Evaluar la posibilidad de dar mayor importancia a criterios de valoración distintos al precio, además de aplicar métodos alternativos de adquisición en los que se hace un seguimiento particular con los interesados de tal forma que se dificulte el establecimiento de algún acuerdo colusorio. En la medida que esto se haga se podrían dificultar las posibilidades de alcanzar un acuerdo colusorio. No obstante, también existe el riesgo de restringir la participación si no se hace adecuadamente.
 - » **Incluir una pluralidad de criterios como: calidad del bien, servicios postventa u otros, directamente en la valoración de la oferta ganadora dificulta establecer un acuerdo colusorio.** Sin embargo, es necesario describir los criterios con claridad, ponderarlos adecuadamente con anticipación y hacer disponibles los criterios de evaluación a los interesados porque, en la medida en que sean valorados de forma subjetiva o discrecional, podrían restringir el número de competidores interesados en la licitación.

³⁸ Un ejemplo de subastas abiertas es una de precio máximo de referencia con descuentos sucesivos.

³⁹ Revelar dicha información podría facilitar a las empresas la detección de las desviaciones y el monitoreo del acuerdo colusorio.

CHILE. LOS CAMBIOS EN EL SISTEMA DE EVALUACIÓN EN LICITACIONES DE MEDICAMENTOS PROVOCARON QUE UNA DE LAS EMPRESAS SALIERA DEL ACUERDO COLUSORIO.

En 2020 la Corte Suprema de Chile investigó a los laboratorios “Fresenius Kabi Chile”, “Laboratorio Sanderson” y “Laboratorios Biosano”, por haber celebrado y ejecutado un acuerdo que tuvo por objeto afectar los resultados de las licitaciones públicas convocadas por la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud (Cenabast) para adquirir medicamentos inyectables.

Los involucrados acordaron que una empresa ofrecería el precio más bajo y las demás solo un precio de referencia (para perder la licitación), lo cual se materializaba a través de reuniones donde se aportaron documentos internos.

En algún momento Cenabast cambió su pliego de condiciones y disminuyó la relevancia del precio como variable de adjudicación. Como consecuencia en algunas ocasiones Biosano se apartó del acuerdo para ofertar precios más bajos. Luego, Biosano manifestó que le resultó difícil continuar con el acuerdo, por lo que se acogió al programa de inmunidad (exención de multa por aportar pruebas para la investigación del cartel).

Fuente: Sentencia 278-2019 (Corte Suprema de Chile). Caso de los laboratorios Fresenius Kabi y Sanderson, acusados de colusión en el mercado de medicamentos inyectables. Sentencia-Corte-Suprema-278-19-laboratorios.pdf (fne.gob.cl).

- » **Los convenios marco al ser una forma específica de compra consolidada pueden aumentar los incentivos a competir (más información en la sección 6.8).** Sin embargo, quien se queda fuera del convenio marco cerrado se queda también fuera de los contratos concretos que puedan celebrarse durante la vigencia de este. Por ello, la utilización de convenios marco cerrados de manera reiterada y sin

una justificación puede ir asociada a la creación de barreras de entrada frente a los agentes económicos que no forman parte de ellos e, inclusive, el desplazamiento de competidores. Es recomendable limitar el uso y duración de este tipo de convenios marco y en su lugar hacer uso de convenios marco abiertos que permiten la adhesión de nuevos proveedores para disminuir los riesgos asociados.

COPROCOM Y SUTEL. OPINIÓN SOBRE COMO LOS CONVENIOS MARCO PODRÍAN RESTRINGIR EL NÚMERO DE COMPETIDORES.

Las autoridades de competencia de Costa Rica (COPROCOM y SUTEL) se han manifestado respecto a los riesgos que pueden existir al usar los convenios marco:

COPROCOM

“(…) pueden provocar, efectos negativos sobre la competencia consistentes en un cierre temporal de mercado definido por la propia licitación que, a su vez, propicia un entorno más favorable para la colusión, especialmente, en las contrataciones derivadas posteriores. De allí que debe velarse por no recurrir a estos instrumentos de forma abusiva, o en forma tal que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada.”.

“(…) dicho instrumento de contratación pública [convenios marco] deberá instrumentarse de tal manera que garantice la más amplia y libre participación de oferentes, que se permita, de ser el caso, la participación de ofertas, incluidas las ofertas en consorcio y que se estructura una metodología para la prestación del servicio en diferentes grupos regiones, etcétera, según ubicación geográfica u otros parámetros objetivos”.

“Debe considerarse si el plazo por el cual se establece el convenio puede llevar a la desaparición de empresas y ello reducir considerablemente las opciones de la administración a futuro”.

Fuente: Opinión 019-2021 (COPROCOM). Criterio sobre las razones que justifican el utilizar la figura de convenio marco (3 de septiembre de 2021).

SUTEL

“...la vigencia de este tipo de convenios [marco] son esenciales para garantizar un entorno competitivo de los mercados, procurando la existencia de procesos recurrentes de contratación por parte de la administración pública y lo que abre oportunidad para que nuevos oferentes puedan participar de este tipo de procesos y para que la propia administración se pueda beneficiar de los efectos de la libre concurrencia en la adquisición de sus bienes y servicios, en el caso particular en materia de servicios de telecomunicaciones.

En este sentido se recalca que se debe velar porque el plazo de este tipo de instrumentos sea el adecuado de forma tal que la competencia del mercado no se vea obstaculizada, restringida o falseada”.

Fuente: Opinión emitida por Acuerdo 015-013-2023 (SUTEL). Opinión sobre la contratación 2022-CD-00059-0007300001 (16 de febrero del 2023).

- » La selección comparativa (*beauty contest*) podría representar criterios de adjudicación no claros. Bajo este esquema la decisión de asignación no es el precio sino las características del bien o servicio a prestar. Esto puede tener sentido si el objetivo es lograr la mejor calidad en un contexto en el que los precios pagados por el bien o servicio no es un elemento primordial, sin embargo; aumenta el grado de discrecionalidad. En todo caso, los criterios diferentes al precio deberían ser definidos de la forma más clara posible, así como la ponderación y valoración de estos.
 - » Reservar el derecho de no adjudicar el contrato cuando se tenga una sospecha fundada de que la participación de empresas en los procedimientos de contratación no es genuina y que el proceso ha sido manipulado. Los criterios deben ser claros y el razonamiento hacerse público para no generar incertidumbre ni falta de confianza en la entidad contratante.
- La decisión en torno a los criterios de selección de la oferta ganadora no sólo es importante para el proyecto en vigor, sino también para mantener un grupo de oferentes potenciales con credibilidad y con un interés continuo por presentar ofertas para proyectos futuros (competencia futura).
 - Los cambios en el método de adquisición hacen menos predecibles los resultados y dificulta mantener los acuerdos colusorios. Se puede experimentar con el tamaño de los concursos (dentro de los márgenes que permite la Ley), cambiar el método de proceso de compra pública o alternar diferentes herramientas de contratación, tales como los sistemas abiertos o cerrados dentro de los convenios marco.⁴⁰

6.3. PRESENTACIÓN DE OFERTAS

- Evaluar caso por caso el periodo idóneo entre la decisión inicial (o alerta temprana si es el caso) y la presentación de ofertas, para ello deben identificarse y sopesarse dos posibles efectos: (i) por un lado ese tiempo podría usarse para negociar un acuerdo entre los participantes y (ii) por otro lado, es importante que se otorgue un lapso suficiente para que los interesados acrediten el cumplimiento de requisitos y preparen sus ofertas, sobre todo cuando se trata de empresas pequeñas o que no han participado previamente en estos procesos.
- El SICOP está diseñado para transparentar las ofertas e identidad de los oferentes, pero incluye la posibilidad de encriptar ciertos valores durante un lapso.⁴¹ Es recomendable utilizar esta funcionalidad para reforzar el comportamiento competitivo, por ejemplo, manteniendo encriptadas las ofertas hasta que todos los participantes hayan presentado las suyas en los procesos de compras públicas que permiten mejorar las ofertas. Asimismo, se debe restringir la posibilidad de que los oferentes puedan comunicarse a través de los valores de sus ofertas como se explica en el recuadro de la sección 6.3.1 (ej. que las ofertas sean presentadas en números "cerrados").⁴²
- Evitar cualquier tipo de trato preferencial para cualquier oferente.
- A veces en los procesos de compras públicas se les da a los oferentes la oportunidad de hacer una pausa y reflexionar sobre su estrategia, con

⁴⁰ Art. 236 del Reglamento de la Ley 9986. En los sistemas abiertos, el pliego de condiciones prevé los mecanismos para analizar las ofertas de nuevos proveedores para ingresarlos al convenio marco. En los sistemas cerrados el pliego de condiciones no prevé la posibilidad de incluir nuevos proveedores.

⁴¹ Para más información: Manual de apertura de ofertas, solicitud de subsanación y estudios de ofertas

⁴² Ver artículo 120 del Reglamento de la Ley 9986.

el objetivo de que el equipo del oferente pueda recalcular sus posturas y, quizá, comunicarse con directivos u otras partes que deban dar su perspectiva o autorizar modificaciones. Sin embargo, estas pausas presentan la posibilidad de ser aprovechadas por los oferentes para realizar un acuerdo colusorio, por lo que sólo deben considerarse dentro del proceso de compra pública en caso de ser estrictamente necesarias y ser cortas.

- La determinación de ganador (es) sin respetar los criterios previamente determinados puede enviar la señal a los oferentes genuinos de que el proceso de adquisición no es justo, y con ello evitar que participen en futuros procesos de compras públicas.
- Investigar si los precios o las ofertas no parecen tener sentido, pero sin discutir estos temas con los oferentes (mayor detalle en la siguiente sección 8).

6.3.1. COMUNICACIÓN ENTRE OFERENTES DURANTE LA PRESENTACIÓN DE OFERTAS.

Se han observado casos en que los oferentes se comunicaron a través de las posturas presentadas para señalar alguna manera de compartir los bienes o servicios (pujas en código⁴³), por lo cual resulta importante imponer restricciones al envío de señales durante el proceso de compra pública.

Para dificultar que se realice este tipo de comunicación entre los oferentes se recomienda ofertar en números "redondos" (definiendo que los incrementos exactos se especifiquen previamente).

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. LOS OFERENTES SE COMUNICARON CON LOS VALORES DE SUS OFERTAS PARA ASIGNARSE LAS LICITACIONES.

En las licitaciones de la Comisión Federal de Comunicaciones de los Estados Unidos, que pusieron a la venta licencias de espectro radioeléctrico de diferentes mercados en una licitación ascendente simultánea se observó lo siguiente después de varias rondas:

- Mercury PCS y High Plan Wireless, habían participado activamente por la región de Lubbock, Texas.
- En algún momento, Mercury PCS que no había ofertado por la región de Amarillo, Texas, presentó la oferta más alta para ese mercado, donde también participaba High Plains Wireless.
- La oferta de Mercury PCS tuvo la intención de mandar la señal a su rival de que, dejara de ofertar por Lubbock. Si no, habría tomado represalias participando en Amarillo.
- Para asegurarse que la señal era clara, la oferta de Mercury PCS por Lubbock tuvo como 3 últimos dígitos el número de código de Amarillo ("013") y su oferta por Amarillo terminó con el código de Lubbock ("264").
- Se observó que efectivamente, High Plan Wireless dejó de participar en Lubbock, Texas, después de recibir el mensaje.

Fuente: Motta, M. (2018). *Política de competencia, teoría y práctica*. Fondo de Cultura Económica.

⁴³ Comunicación entre empresas que participan en un proceso de compra pública a través de los valores de las ofertas que presentan cada una. Para que exista dicha comunicación es una condición necesaria que todos los participantes puedan observar los valores de las ofertas de los demás. Para más información revisar el caso "ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. LOS OFERENTES SE COMUNICARON CON LOS VALORES DE SUS OFERTAS PARA ASIGNARSE LAS LICITACIONES." que se menciona más adelante.

6.4. DESPUÉS DE LA DECISIÓN **DE ADJUDICACIÓN**

6.4.1. DIÁLOGO CON LOS OFERENTES ACTUALES Y POTENCIALES

Las buenas prácticas recomiendan establecer un diálogo abierto, documentado y uno a uno, con los oferentes que, habiendo participado en los concursos, no hayan sido beneficiados con un contrato, así como con las empresas que nunca han participado o hayan dejado de participar en los procesos de contratación pero que han sido identificados en los estudios de mercado como potenciales participantes, así como también con otras autoridades que adquieren los mismos bienes o servicios.

El propósito de este ejercicio es (i) mejorar los requisitos de los procedimientos; (ii) ayudar a la mejor selección de los criterios de adjudicación en futuros procesos de compras públicas y (iii) proporcionar una mayor certeza a los participantes.

6.4.2. PLAZO DE LOS CONTRATOS

La normativa establece posibles mecanismos de prórroga en los contratos⁴⁴ y una duración máxima de los mismos de hasta de 4 años⁴⁵, en cualquier caso, significa un incremento en el plazo en el que no existirían oportunidades para que nuevos proveedores ofrezcan sus servicios o bienes. En este sentido, el uso injustificado de la figura de prórroga para extender el plazo de los contratos podría representar una importante restricción de la competencia.

La prórroga sin una justificación económica constituye un cierre temporal del mercado definido por el propio proceso de compra pública lo que, a su vez, propicia un entorno más favorable para la colusión, especialmente en las contrataciones derivadas posteriores. Se recomienda no acudir a la

prórroga de forma automática, sino que la entidad contratante justifique a través de un estudio los beneficios derivados de la continuidad del contrato (por ej., ahorros que no podrían obtenerse de otra manera) contra la posibilidad de obtener mejores condiciones de compra a través de un nuevo proceso de compra pública, haciendo una consideración particular de las modificaciones en las condiciones de competencia del mercado (entrada de nuevos competidores, cambios tecnológicos, modificaciones en los costos, etc.).



44 Art. 101, 104 y 105 de la Ley 9986.

45 Art. 104 de la Ley 9986.

SUTEL. OPINIÓN SOBRE LAS RESTRICCIONES A LA COMPETENCIA QUE PUEDEN DERIVARSE DE LA EXTENSIÓN DEL PLAZO DE LOS CONTRATOS.

La Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) en la Opinión sobre la contratación 2022-CD-00059-0007300001 "Migración de Contratos del Convenio para Servicio de Telecomunicaciones con el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) de conformidad con lo establecido en la CIRCULAR DGABCA 0023-2022" del Ministerio de Educación Pública (MEP), mencionó que no se puede interpretar que el contrato sujeto a migración en este acto se trata de una contratación nueva, sino que mediante esta gestión se pretende dar continuidad a un contrato iniciado bajo la figura de convenio cuyo servicio se brinda de forma continua.

Mencionó que se cuenta con un plazo extenso para la ejecución de esta contratación (este convenio es de 4 años, pudiéndose extender de manera automática por 10 años) lo cual representa una importante restricción de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones, principalmente por las siguientes razones:

- Respecto a la justificación brindada acerca de que el servicio de telefonía es vital para las actividades operativas realizadas por el MEP, el ser un servicio vital no impide que este pueda ser provisto por algún otro operador. Si bien al momento de suscribir el contrato entre ambas entidades solo el ICE proveía servicios de telefonía en país, hoy el mercado cuenta con más operadores que pueden proveer servicios.
- No existe un estudio de mercado dentro del expediente del SICOP que permita respaldar lo indicado en los informes técnicos del MEP y evidenciar con un análisis riguroso y actualizado, que la oferta de servicios del ICE es la mejor para satisfacer los fines del interés público, lo que requiere una valoración de precios y calidades en cuanto a los servicios requeridos por el MEP.
- Si bien se entiende la pertinencia de que cada administración valore y sopesa el cumplimiento de sus fines públicos en este tipo de procesos, es importante que se tenga en consideración que los procesos de licitación no sólo protegen los intereses financieros del Estado, sino que también logran generarle a la administración una diversidad de opciones para la selección de la oferta que mejor logre satisfacer el interés público perseguido.

En consecuencia, se recomendó que el MEP debe valorar, de acuerdo con la normativa aplicable en el ámbito de las compras públicas, optar a futuro por procesos de licitación para fomentar la libre concurrencia de oferentes.

Fuente: 01278-SUTEL-OTC-2023. Opinión sobre la contratación 2022-CD-00059-0007300001 "Migración de Contratos del Convenio para Servicio de Telecomunicaciones con el ICE de conformidad con lo establecido en la CIRCULAR DGABCA 0023-2022" del Ministerio de Educación Pública (14 de febrero de 2023).

Asimismo, hay que estudiar el desarrollo de los procesos de compras públicas a lo largo del tiempo, tanto las convocadas por la misma entidad contratante como por otras, del mismo bien o servicio, de otros relacionados, o de otros

distintos donde participen las mismas empresas, para observar tendencias y probables patrones de comportamiento. También, para conocer diseños novedosos que puedan mejorar la eficacia de los procesos.

6.5. A LO LARGO DEL PROCESO DE **COMPRA PÚBLICA**

Existen medidas y principios que es importante observar a lo largo de todo el proceso de compra pública, por su capacidad para incrementar el número de oferentes y evitar prácticas colusorias en procesos de compras públicas, los cuales se mencionarán a continuación.

6.5.1. TRANSPARENCIA

6.5.1.1. OBLIGACIÓN DE USAR EL SICOP

La normativa costarricense establece que el SICOP debe poner a disposición la información de compras públicas que permita, tanto a la entidad contratante como a las partes intervinientes, la sociedad civil u otro organismo interesado, la consulta de información general, de reportes o indicadores de los procedimientos, plazos del pliego de condiciones, de ejecución del contrato y montos, entre otros (artículo 16, Ley 9986).

Como ya se señaló, el SICOP incluye la posibilidad de encriptar ciertos valores durante un lapso⁴⁶. Se recomienda utilizar esta funcionalidad para reforzar el comportamiento competitivo, por ejemplo, manteniendo encriptadas las ofertas hasta que todos los participantes hayan presentado las suyas en los procesos de compras públicas que permiten mejorar las ofertas⁴⁷.

6.5.1.2. BUENAS PRÁCTICAS INTERNACIONALES DE TRANSPARENCIA EN LOS PROCESOS DE COMPRAS PÚBLICAS

En términos generales, la transparencia es saludable para las instituciones. Contribuye a crear confianza, a la rendición de cuentas y a combatir la corrupción, lo que favorece una mayor participación en los procesos de compras públicas. No obstante, una de sus pocas desventajas es que cuando la transparencia se aplica a la información comercial que normalmente las empresas mantienen confidencial y usan como estrategia de competencia, se puede facilitar el comportamiento colusivo. La experiencia internacional muestra que en la medida que aumenta la transparencia también se incrementan los riesgos de observar prácticas colusorias en procesos de compras públicas, al existir más información disponible que facilite la negociación y vigilancia de acuerdos colusorios por parte de los competidores. Lo anterior evidencia la relevancia de que las entidades contratantes pongan atención en el diseño del proceso de compra pública con las dinámicas de interacción y comunicación entre participantes que pueden propiciarse, para prevenir cualquier tipo de acuerdo ilegal.

Las buenas prácticas internacionales en materia de prevención de prácticas colusorias en procesos de compras públicas hacen énfasis en tener cautela

⁴⁶ Ver artículo 120 del Reglamento de la Ley 9986.

⁴⁷ Para más información: Manual de apertura de ofertas, solicitud de subsanación y estudios de ofertas

sobre el tipo de información que se hace pública, así como la manera y el momento de hacerlo, pues la disponibilidad de información puede facilitar acuerdos colusorios. Aunque existen limitaciones en el marco legal costarricense para aplicar ciertas

buenas prácticas internacionales para desalentar las prácticas colusorias en procesos de compras públicas, vale la pena conocer las recomendaciones más recurrentes en materia de transparencia:

BUENAS PRÁCTICAS INTERNACIONALES EN MATERIA DE TRANSPARENCIA PARA DESALENTAR LAS PRÁCTICAS COLUSORIAS EN PROCESOS DE COMPRAS PÚBLICAS

Durante todo el proceso de contratación procurar mantener como información confidencial el número de oferentes y su identidad.

Realizar preferentemente licitaciones cerradas⁴⁸ donde la presentación de ofertas sea anónima (identificando a los oferentes mediante números o símbolos).

Las actividades abiertas⁴⁹ y transparentes pueden mejorar el monitoreo y prevalencia de los acuerdos colusorios por parte de las empresas coludidas, por lo que debe ponerse atención a la información que la autoridad recopila y publica, en especial las que se refiere a investigaciones de mercado, precios de referencia, presupuesto asignado, oferentes, valor y características de las ofertas y contratos adjudicados

La información contenida en los estudios de mercado puede facilitar que los oferentes tomen referentes de precios, condiciones y desarrollen una estrategia para coludirse, permitirles identificar plenamente a sus posibles rivales, entre otras cuestiones, por lo que se recomienda mantenerla confidencial.

En caso de que la administración licitante decida establecer un precio de reserva, se recomienda no publicarlo y mantenerlo reservado en el expediente. Inclusive después de la conclusión del proceso es preferible destruir el dato sin revelarlo, si el marco jurídico lo permite. Asimismo, que sean muy pocas las personas que lo conozcan dentro de la administración licitante y que firmen compromisos específicos de confidencialidad y conducta ética.

Dentro de lo que permita la Ley, la información sobre el presupuesto asignado a la adquisición no debe publicarse, sobre todo antes y durante la licitación.

Igualmente, dentro de los márgenes legales, conviene no revelar la identidad de las personas interesadas en participar en la licitación ni la del participante que hace una oferta en específico, para no facilitar la negociación de acuerdos colusorios y su posterior monitoreo.

(Continúa en página siguiente)

48 El término licitación cerrada, se refiere a un proceso de compra pública en la que, durante su desarrollo, la actividad de cada oferente (incluyendo sus ofertas) no es visible para todos los demás oferentes.

49 El término de licitación abierta, se refiere a un proceso de compra pública en la que, durante su desarrollo, la actividad de cada oferente (incluyendo sus ofertas) es visible para todos los demás oferentes.

(Continuación)

Antes y durante la licitación, revelar la información estrictamente necesaria para la conducción del proceso en lo que se refiere a las ofertas presentadas, número de participantes y contratos adjudicados.

La transparencia sobre la adjudicación de contratos, precios pagados, condiciones de contratación, identidad de los adjudicados y otros, pueden facilitar el sostenimiento de colusiones a lo largo del tiempo, pero, por otro lado, también ayudan a detectar situaciones de corrupción, así como esquemas de colusión. Para obtener estas ventajas sin alentar la colusión, es posible establecer niveles diferenciados de acceso, en cuanto a la agregación y anonimización de los datos, así como al tipo de personas e instituciones que pueden tener autorización para verla.

Conviene considerar como sanción en caso de colusión, la inhabilitación de los responsables para participar en procesos similares, tanto al agente económico como a las personas físicas involucradas.⁵⁰

En general, cuando se prevea la realización de procedimientos similares en un futuro cercano, conviene mantener la información como reservada por un tiempo.

Es recomendable que se publique de forma agregada, de tal manera que no puedan identificarse los aspectos señalados.

Cuando la normativa de transparencia es demasiado rígida, para minimizar los riesgos de licitaciones colusorias, se pueda al menos retrasar la publicación de la información relevante, antes, durante y después del proceso (estudios de mercado, presupuesto asignado, montos de las ofertas, ofertas adjudicadas).

Fuente: Preparación propia a partir de las buenas prácticas consultadas para la elaboración del presente documento, incluidas en el Anexo.

⁵⁰ La Unión Europea en la Directiva sobre Contratación Pública establece que las empresas que participen en colusión en los procedimientos de contratación pueden ser inhabilitadas para participar en futuras licitaciones durante un período de hasta cinco años. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32014L0024>.

OPINIÓN DE SUTEL SOBRE EL REGLAMENTO DE LA LEY 9986 EN MATERIA DE TRANSPARENCIA

La Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) en su opinión a la consulta pública del reglamento de la Ley 9986, se refirió de la siguiente forma respecto del efecto esperado de hacer disponible públicamente información relevante de los oferentes, sobre la incidencia de conductas colusivas en las licitaciones públicas:

- “La propuesta favorece que los participantes en los mercados intercambien, compartan o hagan pública información sobre precios, ventas, producción u otros datos confidenciales (...)”.
- “(...) con la normativa transcrita se podrían propiciar conductas colusivas entre competidores, al disminuir los costos de contar con información relevante de sus oponentes, como serían, los mercados en los que participan, costos y precios, métodos de producción, normas de calidad, entre otros. Lo anterior podría favorecer el desarrollo de prácticas anticompetitivas, tales como, fijación de precios, restricción de oferta o segmentación de mercados, que afectan indebidamente la competencia y en última instancia las finanzas públicas del Estado”.

Fuente: 03757-SUTEL-CS-2022. Opinión observaciones consulta pública Reglamento Ley 9986” (26 de abril de 2022).

6.5.2. UTILIZACIÓN DE MEDIOS ELECTRÓNICOS

Facilitar los trámites asociados a todos los procesos de compra pública a través de medios electrónicos reduce los costos de participación, circunstancia que puede incentivar la concurrencia de un mayor número de empresas. Este es el caso costarricense, donde es obligatorio realizar todos los procesos de compras públicas a través de la plataforma electrónica SICOP.

Los medios electrónicos reducen los costos de acudir a la oficina de la entidad contratante para tener acceso al pliego de condiciones, solicitar aclaraciones, además de presentar las ofertas correspondientes, lo que favorece la concurrencia. También limitan la interacción física entre los interesados o posteriores participantes, lo que es deseable para disminuir el riesgo de colusión.



7. LISTA DE VERIFICACIÓN PARA DETECTAR **PRÁCTICAS COLUSORIAS EN PROCESOS DE COMPRAS PÚBLICAS**



Los puntos descritos en el apartado 6 están enfocados en disminuir el riesgo de colusión en los procesos de compras públicas; no obstante, no eliminan la posibilidad de que se lleve a cabo una conducta colusoria. Los acuerdos colusorios en los procesos de licitación suelen ser muy difíciles de detectar ya que, generalmente, los oferentes que los realizan son conscientes de que son contrarios a la política de competencia, por lo que toman medidas para mantenerlos ocultos.

La recopilación de información de los procesos de compras públicas y su análisis ha permitido a las entidades contratantes funcionar como el primer

frente para detectar la existencia de acuerdos colusorios, para que después los procesos de compras públicas que han despertado sospechas puedan ser revisadas a profundidad por las autoridades de competencia. Estas estrategias de detección deben verse como complementarias a los programas de clemencia, cumpliendo dos funciones principales: (i) detectar un comportamiento coordinado de los oferentes que participan en los procesos de compras públicas; y, (ii) disuadir a los oferentes de formar un cartel o incentivar su disolución, al saber que existe un monitoreo continuo de sus estrategias para detectar comportamiento coordinado.

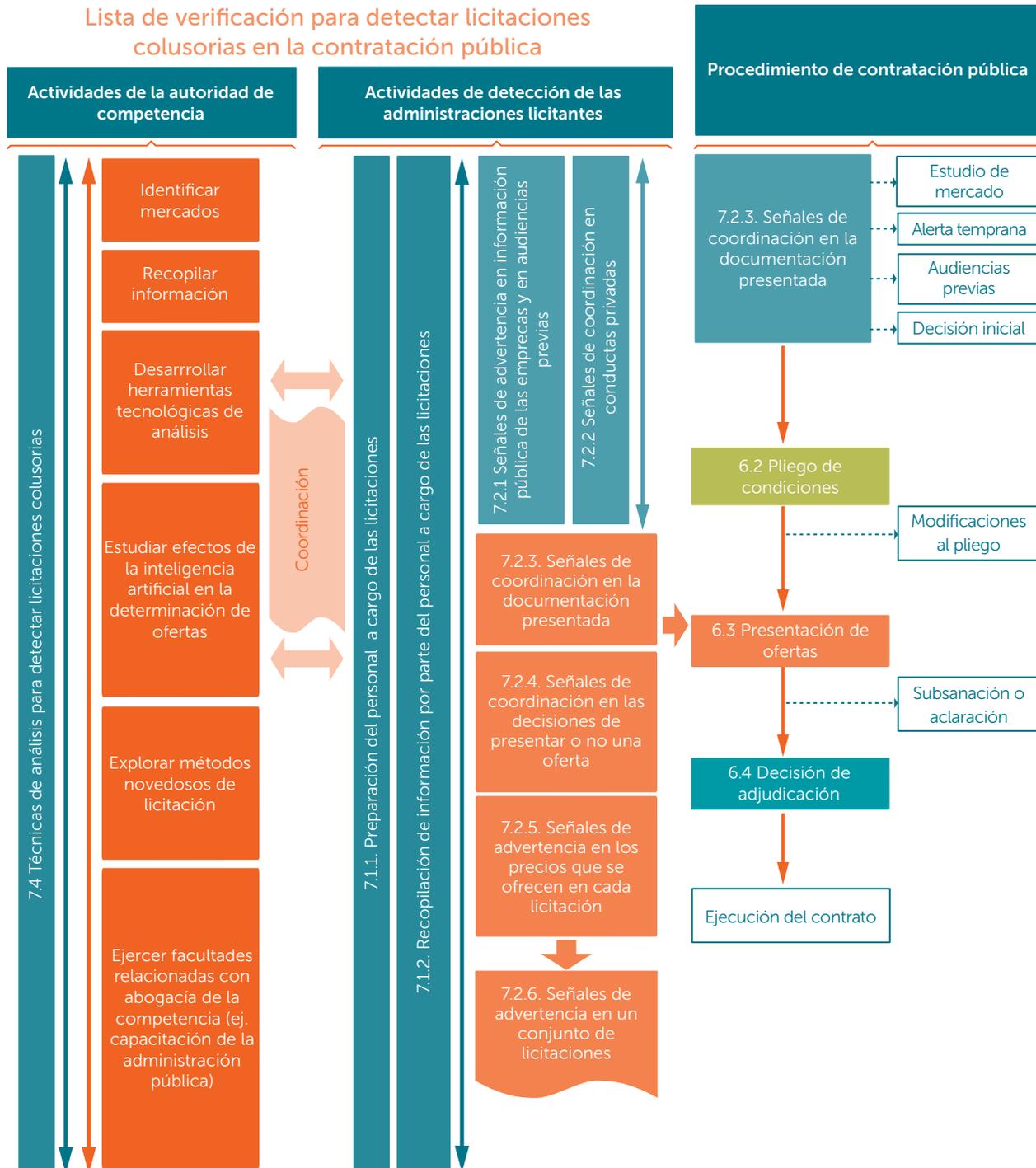
La primera parte de esta sección está enfocada principalmente en las **entidades contratantes**. Incluye: (i) las condiciones necesarias para poder detectar indicios de prácticas colusorias en procesos de compras públicas; y, (ii) los elementos a los que debe de ponerse mayor atención durante el proceso de licitación.

La segunda parte está enfocada principalmente en las **autoridades de competencia**. Incluye: (i) las técnicas generales de análisis para detectar colusiones; y, (ii) las variables económicas que suelen utilizarse para la detección.

En el siguiente flujograma, se presentan cada uno de los temas abordados en la presente sección (lado izquierdo) y su relación con cada una de las etapas del proceso de compra pública de acuerdo con la normativa costarricense (lado derecho). Algunos temas son relevantes durante todo el proceso (los que corresponden a la autoridad de competencia y los 7.1.1 y 7.1.2 que corresponden a la entidad contratante) y otros son de particular importancia en alguna de las etapas (se identifican los temas con el mismo color que la etapa en la que se activa su importancia). Por ejemplo, para los temas 7.2.1 y 7.2.2 su relevancia inicia desde la planificación, aunque se extiende hasta antes de la presentación de ofertas.



Lista de verificación para detectar licitaciones colusorias en la contratación pública



Fuente: Elaboración propia.

7.1. REQUISITOS PARA LA DETECCIÓN DE INDICIOS DE COMPORTAMIENTO COLUSORIO EN PROCESOS DE COMPRAS PÚBLICAS

Para poder realizar las actividades de monitoreo y detección de colusión en procesos de compras públicas es necesario que el personal a cargo de dichas actividades tenga la preparación adecuada para la detección de prácticas colusorias en procesos de compras públicas, además de que la información con la que se cuente sea suficientemente robusta y tenga las características idóneas para detectar dicho comportamiento. A continuación, se ofrecen más detalles sobre ambos puntos.

7.1.1. SOBRE LA PREPARACIÓN DEL PERSONAL A CARGO DE LOS PROCESOS DE COMPRAS PÚBLICAS

El personal a cargo de las adquisiciones debe estar atento a los indicios que puedan suponer un esquema de colusión y realizar la denuncia que corresponda ante las autoridades de competencia si se detectan prácticas colusorias.⁵¹ La Ley 9986 en su artículo 132 prevé una estrategia de profesionalización y capacitación continua de los funcionarios encargados de la contratación pública, la cual incluye el intercambio de buenas prácticas y proporcionar apoyo a las personas funcionarias por parte de la Autoridad de Contratación Pública, para garantizar el trabajo cooperativo y la transmisión de conocimientos técnicos.

En este sentido, el personal puede realizar aportaciones valiosas en la detección de carteles usando técnicas de exploración: en primer lugar, porque pueden compartir los análisis que hagan

con la autoridad de competencia respectiva, funcionando como un primer filtrado para que ésta pueda destinar recursos de investigación a los casos con mayor probabilidad de existencia de acuerdos colusorios. En segundo lugar, porque pueden tener mejor información sobre el funcionamiento de los mercados y la actividad de los oferentes que la que pueden tener las autoridades de competencia; dicha información puede ser crucial para limitar el número de falsos positivos y negativos en la detección de prácticas colusorias en procesos de compras públicas. En particular, debido a que interactúan directamente con los oferentes, pueden observar comportamientos o notar declaraciones que no están registradas en los documentos presentados por los oferentes y que pueden estar fuera del alcance directo del organismo de competencia.

A continuación, se presentan los elementos que pueden facilitar la detección de prácticas colusorias en procesos de compras públicas:

- Implementar un programa periódico de capacitación sobre detección de prácticas colusorias en procesos de compras públicas para el personal.
- Establecer procedimientos internos que alienten o requieran que las personas a cargo reporten declaraciones o conductas sospechosas a las autoridades de competencia, de conformidad con lo señalado en el artículo 138 del Reglamento a la Ley 9986, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley 7472 y la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de

⁵¹ Conforme el art. 89 del Reglamento de la Ley 9986.

Competencias de Costa Rica, Ley 9736⁵². Establecer relaciones de cooperación con la autoridad de competencia (es importante conocer la información que se debe proporcionar al organismo de competencia para investigar un posible acuerdo colusorio). La recopilación de la información por parte de las entidades contratantes ha mostrado ser de vital importancia para las investigaciones de las autoridades de competencia.

- Conocer el Programa de beneficios de exoneración y reducción de sanciones administrativas (también conocido en otras jurisdicciones como programa de clemencia, establecido en los artículos 121 a 128 de la Ley 9736)⁵³ y facilitar un canal de comunicación para las personas representantes de las empresas que han participado en procesos de compras públicas para incentivar su adhesión al programa, por ejemplo, haciendo anuncios en medios de comunicación para hacer la invitación.

7.1.2. SOBRE LA RECOPIACIÓN DE INFORMACIÓN POR PARTE DEL PERSONAL A CARGO DE LOS PROCESOS DE COMPRAS PÚBLICAS

Debe realizarse la recolección de información histórica sobre las conductas de las empresas en todos los procesos de compras públicas, lo que permite tener una base sólida de análisis para la detección de acuerdos colusorios. Además, es importante que las personas funcionarias

mantengan comunicación con las empresas que han participado en los procesos de compras públicas para extraer información útil. En específico:

- Documentar todos los procedimientos relacionados con los procesos de contratación: conservar y clasificar información como el nombre y código del bien, las fechas, el número y la identidad de los participantes en las audiencias previas al pliego de condiciones y en el concurso, las cantidades compradas y su precio unitario, el número de lotes o partidas en que se divida el concurso, las propuestas rechazadas, qué criterios de evaluación se utilizaron, etc. Además de cualquier circunstancia anómala que haya tenido lugar en el marco de cada procedimiento: retirada de ofertas, presentación de ofertas con valores especialmente elevados, subcontratación, ofertas conjuntas, etc. También consultar periódicamente con otras autoridades que adquieren los mismos bienes o servicios.
- Programar entrevistas con los oferentes que, habiendo participado en los concursos, no hayan sido beneficiados con un contrato, así como con las empresas que nunca han participado o hayan dejado de participar en los procesos de contratación, pero que han sido identificados en los estudios de mercado como potenciales participantes. El propósito de este ejercicio debe ser identificar indicios de posibles acuerdos colusorios. Cualquier información obtenida no debe compartirse con los entrevistados.
- Establecer un mecanismo de quejas para que las empresas comuniquen sus inquietudes

⁵² Se sugiere revisar la Ley 7472; los artículos 3 y 30 a 34, siguientes y concordantes de la Ley 9736, referentes a las funciones y potestades que tienen las autoridades de competencia y a las etapas del procedimiento especial, la denuncia y sus requisitos, así como la obligación que tienen las autoridades de denunciar las prácticas contrarias a la competencia.

Tanto la autoridad nacional de competencia (COPROCOM), como la autoridad sectorial de competencia (SUTEL), disponen consecutivamente de los siguientes buzones de correo: coprocom@coprocom.go.cr / competencia@sutel.go.cr para que cualquier persona o dependencia pueda informar la detección o sospecha de posibles prácticas colusorias.

En caso de que la información se desee presentar de manera física, deberá ser remitida a la oficina del Órgano Técnico de la COPROCOM, situada en el quinto piso del Edificio del Ministerio de Economía, Industria y Comercio (MEIC), ubicado en San José, Tibás, Llorente, de las Oficinas del Periódico La Nación, 400 metros al este, calle 13, avenida 45, Oficentro Asebanacio. En el caso de la SUTEL, en sus oficinas ubicadas en San José, Guachipelín de Escazú, Oficentro Multipark, edificio Tapantí, 4to piso.

⁵³ La Guía del Programa de beneficios de exoneración y reducción de sanciones administrativas está disponible en https://www.sutel.go.cr/sites/default/files/guia_del_programa_de_beneficios_de_exoneracion_y_reduccion_de_sanciones_0.pdf

con respecto a los procedimientos de compra pública, asegurándose que se trata de un mecanismo confidencial. En específico es relevante que se les comunique a las empresas claramente cuál es la persona o la oficina a la que deben presentarse las quejas. Puede también crearse un canal de comunicación anónimo en cada institución contratante.

- Incorporar toda la información que se recopile en formato electrónico de manera que se

pueda configurar una base de datos que permita identificar fácilmente patrones de comportamiento recurrentes.

- Revisar periódicamente el historial de los procesos de compras públicas de bienes o servicios específicos, especialmente en las industrias susceptibles de colusión (ver sección 4).

7.2. SEÑALES Y PATRONES DE ADVERTENCIA DE LA POSIBLE EXISTENCIA DE PRÁCTICAS COLUSORIAS EN PROCESOS DE COMPRAS PÚBLICAS

La presente sección se enfoca en listar elementos en el comportamiento de los oferentes que pueden ser indicios de la existencia de acuerdos colusorios: asimismo, estas señales pueden servir como un primer marcador de casos que requieren un análisis con mayor profundidad ("screening"; más información en sección 7.4).

La primera parte se enfoca en la información que está a disposición de la entidad contratante en las distintas etapas del proceso de compra pública y la segunda se enfoca específicamente en las estrategias de las empresas al presentar sus ofertas.

7.2.1. SEÑALES DE ADVERTENCIA EN LA INFORMACIÓN PÚBLICA DE LAS EMPRESAS Y EN AUDIENCIAS PREVIAS

Las personas encargadas de los procesos deben poner especial atención en los anuncios públicos hechos por las empresas interesadas en participar en los procesos de compras públicas y en toda comunicación que mantengan con ellas,

pues es probable que las empresas muestren comportamientos similares indiciarios de un comportamiento coordinado. En específico, debe ponerse atención, entre otros a:

- Afirmaciones en las que los oferentes justifican sus precios al revisar el "benchmark" de la industria, en específico frases como "precios que sugiere la industria", "los precios estándar", "escalas de precios de la industria" y dichos similares.
- Afirmaciones indicando que algunas empresas no venden en zonas específicas o a clientes específicos.
- Afirmaciones indicando o sugiriendo que una zona o un cliente "pertenece" a otro proveedor.
- Afirmaciones indicando que tuvieron conocimiento anticipado de información de los competidores. Por ejemplo, los precios de un competidor o el éxito o fracaso en un proceso de compra pública para la que aún no se publican los resultados.

- Afirmaciones que apunten a que una empresa presentó una oferta ficticia⁵⁴, conocida en materia de competencia como oferta de resguardo.
- Presentación de cuestionamientos similares por parte de varias empresas ante la entidad contratante.
- Uso de la misma terminología por parte de varias empresas al explicar los incrementos de precios.
- Cuestionamientos o inquietudes cuando se les solicita una declaración de que su oferta se presentó de forma genuina e independiente o si existen indicios de que dicha declaración podría no haber sido tomada en serio (ej. entregada sin firmar).
- Manifestaciones con la intención de rehusarse a cumplir ciertas condiciones del proceso de compra pública.
- Mencionar que una determinada empresa sólo vende su bien a clientes específicos.
- Mencionar que existen “turnos” o algún término análogo para que una determinada empresa gane un determinado proceso de compra pública.
- Manifestaciones de los oferentes que revelen que tuvieron conocimiento de las características del proceso de compra pública antes de ser publicada; este punto no está necesariamente ligado a una colusión, pero sí a algún acto de negligencia o corrupción, que debe ser investigado porque puede eliminar la competencia dentro del proceso.

Es importante reparar en que esta lista no es exhaustiva.

7.2.2. SEÑALES DE COORDINACIÓN EN CONDUCTAS PRIVADAS DE LOS OFERENTES QUE TUVO CONOCIMIENTO LA ENTIDAD CONTRATANTE

Por su relación directa con la industria, el personal de la entidad contratante puede recibir información que levante sospechas sobre la coordinación entre los participantes:

- Las empresas programan reuniones privadas antes de la fecha límite para presentar ofertas.
- Las empresas socializan con regularidad o parecen mantener reuniones periódicas.
- Cuando se espera que las empresas interesadas contacten al menos a algún proveedor para poder participar (por ejemplo, porque no tienen la capacidad para hacerlo por sí solos) y sólo uno de los oferentes establece contacto con proveedores para obtener información sobre precios antes de presentar su oferta.

Es importante reparar en que esta lista no es exhaustiva.

7.2.3. SEÑALES DE COORDINACIÓN EN EL CONTENIDO DE LA DOCUMENTACIÓN PRESENTADA

Los diversos documentos que presentan las empresas en un proceso de compra pública

⁵⁴ El término “ficticia” hace referencia a una acción con intención de no hacerla o no cumplirla.

pueden contener señales de que fueron preparados por la misma persona o que fueron preparados en conjunto para coludirse. Es importante comparar cuidadosamente todos los documentos en busca de evidencia. De particular relevancia considerar entre otros, los siguientes puntos:

- Errores idénticos en algunos de los documentos presentados por empresas diferentes, como las faltas de ortografía.
- Documentos de distintas empresas que presentan tipos de letra similares o que utilizan formatos o papelería idéntica.
- Documentos presentados por una empresa que utilizan papel membretado o datos de contacto de otro oferente.
- Documentos presentados por una empresa que hacen referencia directa a ofertas de competidores.
- Presentación de estimaciones de costos similares, entre empresas que en principio se esperaría que presentaran costos distintos debido a los costos de transporte (ej. entre las empresas locales y las no locales) u otros elementos diferenciadores.
- Los documentos de empresas diferentes presentan numerosos ajustes de último minuto.
- Los documentos presentan las mismas alteraciones físicas.
- Documentos presentados por empresas diferentes pero que son similares en sentido de que tienen menos o más detalles de los necesarios o esperados.
- Una empresa presenta su documentación junto a la de un competidor.
- La identificación de asesores comunes, por ejemplo, mismos consultores o firmas jurídicas.

Es importante reparar en que esta lista no es exhaustiva.

7.2.4. SEÑALES DE COORDINACIÓN EN LAS DECISIONES DE PRESENTAR O NO UNA OFERTA

Debe ponerse atención a situaciones anómalas y cuando las empresas no participan sin motivo aparente, en específico cuando:

- Una empresa muestra interés por participar en un proceso de compra pública, pero también lo hace a nombre de otra empresa.
- Las empresas no participan en un proceso de compra pública en la que normalmente se esperaría que participaran (porque lo han hecho en ocasiones anteriores o se observa que han seguido presentando ofertas en otros procesos de compras públicas o porque tienen una participación activa en el mercado).
- Dos o más empresas presentan una oferta conjunta o en consorcio aun cuando al menos una de ellas podría haber licitado independientemente.
- alguna(s) empresa(s) se retiran inesperadamente durante alguna etapa del proceso de compra pública.
- En algunos procesos de compras públicas se

presenta sólo una oferta o sólo una que es válida.

- Dos o más empresas presentan sus ofertas al mismo tiempo.
- Una empresa presenta documentación con la intención de participar cuando no tiene posibilidad de cumplir el contrato con éxito (por ejemplo, por no contar con capacidad de producción suficiente).
- Una empresa presenta su propia oferta y otra oferta diferente en nombre de un competidor.
- Una empresa se retracta de haber presentado una oferta, para después presentarla de nuevo

(tal vez para modificarla después de establecer contacto con las otras empresas interesadas en el proceso de compra pública).

- Se observan diferencias significativas entre el número de empresas que muestran interés en participar y las que efectivamente participaron (tal vez después de saber quiénes más están compitiendo).
- La presentación de ofertas conjuntas o en consorcio y subcontrataciones debe considerarse como indicador de alerta de una posible colusión, aunque deben evitarse presunciones generales.

Es importante reparar en que esta lista no es exhaustiva.

COPROCOM. COLUSIÓN EN LICITACIÓN PROMOVIDA POR EL ICE.

La autoridad de competencia costarricense COPROCOM sancionó en 2012 a diversas empresas por licitación colusoria al concertar entre sí y acordar la abstención de ofertar bajo los términos establecidos en una contratación administrativa del ICE, determinando lo siguiente:

- No se puede obviar el hecho aquí comprobado de que un grupo de competidores entre sí, todos interesados en participar en una licitación, seis días después de publicado el cartel de la contratación, se habían comunicado para coordinar sus posiciones respecto a algunos alcances del cartel, a tal grado, que lograron acordar los términos para efectuar la petición al ICE de extender el plazo de entrega de las ofertas y además que fuera contado a partir de una fecha específica.
- Esta comunicación, que denota claramente intercambio de información y falta de independencia en las actuaciones de los competidores, no se limitó al hecho de solicitar una ampliación de plazo. Cinco días después de esa primera nota, firmaron otra nota conjunta en la que hacían ver al ICE que los firmantes habían incurrido en un error en el número de licitación al que hacían referencia en la primera misiva.
- Lo cierto es que las empresas se coordinaron entre ellas con el objeto de llegar a un acuerdo para informar al ICE que, bajo las condiciones actuales, habían acordado abstenerse de ofertar.

Fuente: Voto 13-2012 (COPROCOM). Resolución final en el caso bajo el expediente administrativo D-04-08 por licitación colusoria al concertar entre sí y acordar la abstención de ofertar bajo los términos establecidos en una contratación administrativa del Instituto Costarricense de Electricidad (12 de junio de 2012).

7.2.5. SEÑALES DE ADVERTENCIA EN LOS PRECIOS QUE SE OFRECEN EN CADA PROCESO DE COMPRA PÚBLICA

La detección de la colusión es difícil y todavía lo es más si únicamente se analiza un proceso de compra pública de forma individualizada. Sin embargo, en este último caso es posible observar indicios de una manipulación:

- El precio de una empresa es claramente inaceptable (fuera de referencias de mercado).
- Las ofertas de diferentes empresas contienen errores de cálculo idénticos.
- Los competidores presentan ofertas idénticas.
- Se observa una gran diferencia entre el precio de la oferta ganadora y las otras ofertas.
- Como se mencionó en la sección 6.3.1, pueden observarse características inesperadas en los valores de las ofertas presentadas, como cifras poco usuales en renglones en los que se esperarían cifras redondeadas, indiciario de que los oferentes están utilizando los precios como vehículo de comunicación.

COPROCOM. SANCIÓN POR COLUSIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE PRODUCTOS DE HIGIENE. OFERTAS DE PRECIOS IDÉNTICAS.

La autoridad de competencia costarricense COPROCOM sancionó en 2014 a diversas empresas por coordinar las ofertas en distintos procedimientos de contratación pública de productos de higiene y aseo personal, en específico la autoridad determinó lo siguiente:

- Debido a que la coincidencia en precio es absoluta incluso en decimales, resulta inverosímil la repetida coincidencia si las empresas utilizan elaboradas estrategias y fórmulas para determinar sus precios en los concursos analizados.
- En este caso, al haberse demostrado la existencia del acuerdo, el intercambio de información no requiere mayor desarrollo, a pesar de que, al menos entre algunas de las empresas es innegable que existió y consta en autos, como antes se indicó.

Fuente: Voto 08-2014 (COPROCOM). Resolución Final contra Cek, Lemen y otras por licitación colusoria (20 de mayo de 2014).

7.2.6. SEÑALES DE ADVERTENCIA EN LOS RESULTADOS DE UN CONJUNTO DE PROCESOS DE COMPRAS PÚBLICAS

La existencia de un proceso de colusión en los procesos de adquisición suele no ser evidente a partir de los resultados de un solo proceso de compra pública. A menudo, los esquemas de colusión sólo se revelan cuando se analizan los resultados de una serie de procesos de compras públicas en un periodo dado o en un conjunto de procesos convocados por distintas autoridades.

En la mayoría de los casos, los acuerdos colusorios se mantienen persistentemente en el tiempo y afectan no sólo una sino múltiples licitaciones. Esta circunstancia se explica tanto por la voluntad de los participantes en la colusión de obtener el máximo beneficio como por el hecho de que la interacción repetida permite un control y una amenaza futura que no sería posible si el objeto de la colusión se limita a un único proceso de compra pública.

En particular, ciertos patrones en los precios pueden no corresponder a un ambiente competitivo y apuntar hacia la posibilidad de que exista colusión. Los precios presentados en un proceso de compra pública deben ser considerados como una herramienta poderosa para descubrir casos de colusión. En este sentido, es importante buscar patrones que apunten a la posibilidad de que las empresas estén coordinando sus esfuerzos. Los siguientes elementos pueden ser motivo de sospecha:

- La misma empresa a menudo es la que presenta las ofertas más bajas cada vez que se realiza un proceso de compra pública para el mismo bien o servicio o para procesos de compras públicas de una misma región.
- Algunas empresas siempre presentan ofertas, pero nunca ganan.
- La oferta de cierta empresa es mucho menos competitiva en un proceso de compra pública si se compara con las que ha presentado en procesos de compras públicas similares en otro momento u otras regiones.
- Parece que las empresas se turnan para ser el oferente ganador.
- Hay una tendencia en la que el mismo grupo de empresas participa en un proceso de compra pública para el mismo bien o servicio y las ofertas ganadoras son las mismas.
- Algunas empresas presentan ofertas que ganan sólo en ciertas zonas geográficas, mientras que en otras regiones presentan ofertas menos competitivas.
- Un mismo participante ofrece precios diferentes en relación con licitaciones similares.
- Aumentos repentinos e idénticos en las ofertas de precios que no pueden explicarse mediante incrementos en costos.
- Los oferentes presentan precios que aumentan en incrementos regulares.
- Ciertas empresas participan juntas o en consorcio repetidamente en procesos de compras públicas.
- Los precios idénticos pueden plantear inquietudes, en especial cuando se cumple alguna de las siguientes condiciones:

- » Los precios de los oferentes han sido los mismos durante mucho tiempo.
- » Se ha identificado que los precios de los oferentes antes eran distintos unos de otros, pero después convergen.
- » Los oferentes aumentaron los precios sin que sea justificable por un aumento de costos.
- Una empresa que no había participado o que participa con poca frecuencia, presenta ofertas y al mismo tiempo se observan reducciones significativas con respecto a los niveles de precios de procesos de compras públicas anteriores (precios más competitivos), es decir, la nueva empresa podría haber trastocado el funcionamiento de un acuerdo colusorio. Este es un indicio de que pudo existir colusión en licitaciones anteriores.
- Los oferentes locales están presentando precios más altos (menos competitivos) para las entregas locales que para las entregas a destinos más alejados. Lo anterior podría ser evidencia de un reparto geográfico de las licitaciones.
- El oferente con la propuesta ganadora no acepta la adjudicación y se determina más tarde que está trabajando como subcontratista en licitaciones subsecuentes.
- El oferente ganador subcontrata el contrato con oferentes que no ganaron en licitaciones pasadas.
- Como se mencionó en la sección 3, alguna empresa puede recibir tácitamente el papel de fijar los precios de la industria, lo cual es posible observar en las estrategias de precios en los procesos de compras públicas.

Es importante reparar en que esta lista no es exhaustiva.

7.3. SOBRE LAS ACTIVIDADES ESPECÍFICAS DE LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA

Las autoridades de competencia tienen conocimientos especializados, experiencia en la materia y mecanismos más robustos para investigar prácticas colusorias en procesos de compras públicas, por lo que tienen el rol principal en la detección, sanción y corrección de comportamientos colusorios en los procesos de compras públicas, si bien pueden contar con el apoyo de las entidades contratantes.

Para ello las autoridades de competencia deben:

- Identificar los mercados/sectores más propensos a la colusión y vigilarlos a través de programas periódicos de monitoreo. Esta identificación debe priorizar los mercados/sectores de acuerdo con sus características estructurales, precedentes de colusión y presencia de agentes económicos que han sido sancionados/investigados. Las herramientas de filtrado que han diseñado y hecho públicas las autoridades de competencia se han vuelto importantes para que la entidad contratante pueda identificar los mercados donde hay mayor riesgo.

- Recopilar información de forma regular de los procesos de compras públicas para identificar niveles de participación, detectar desviaciones, comparar mercados distintos, entre otros. Para obtener la información necesaria, es importante la abogacía con los distintos niveles de gobierno (ej. realizar reuniones formales e informales entre agencia de competencia y las entidades contratantes).
- Crear un área especializada en procesos de compras públicas, inteligencia de mercados y/o investigación forense con especialidad en ciencias de datos.
- Desarrollar herramientas tecnológicas de análisis de resultados de los procesos de compras públicas. Los modelos teóricos suelen estar limitados a aplicaciones simples; por el contrario, los modelos empíricos basados en analítica de datos masivos e inteligencia artificial tienen un alto potencial para mejorar la precisión de la detección de acuerdos colusorios. Para desarrollar este potencial, el acceso a los datos es fundamental para mejorar la precisión de los modelos. Un camino prometedor para estas investigaciones es combinar los datos de las licitaciones y de las empresas (por ejemplo, los ingresos de operación, niveles de deuda, entre otros).⁵⁵ En este caso, se debe poner especial cuidado en minimizar sesgos, y cuidar la confidencialidad de la información con niveles apropiados de ciberseguridad.
- Estudiar el efecto que tendrá en la competencia el uso de inteligencia artificial en la determinación de posturas en las licitaciones.
- Explorar métodos novedosos en procesos de compras públicas, incluyendo experiencias prácticas y resultados obtenidos en otros países, que incrementen la participación y dificulten la formación de prácticas colusorias en procesos de compras públicas.
- Ejercer las facultades relacionadas con abogacía de la competencia, las cuales incluyen capacitar a la administración pública para que: estén familiarizados con los beneficios de la competencia, se eviten implementar medidas anticompetitivas en el diseño de licitaciones, estén atentos a la detección de prácticas colusorias en procesos de compras públicas, entre otros; así como informar al Poder Legislativo sobre el marco legal ideal para desincentivar el comportamiento colusorio. Asimismo, las autoridades de competencia costarricenses (COPROCOM y SUTEL) tienen facultades para emitir opiniones respecto a procesos de compras públicas que consideren que pudieran materializar condiciones anticompetitivas.

7.4. TÉCNICAS DE ANÁLISIS PARA DETECTAR PRÁCTICAS COLUSORIAS EN PROCESOS DE COMPRAS PÚBLICAS

La exploración o filtrado (“screening”) tiene el objetivo de identificar mercados cuyas características los hacen más susceptibles de ser afectados por una colusión (exploración de la estructura) o donde la dinámica de este es reveladora de una posible colusión (exploración del comportamiento). A continuación, se describe con mayor detalle ambas categorías:

- (i) **Exploración estructural.** Se identifica si están presentes en un mercado en particular las características estructurales que facilitan la colusión, como pueden ser bienes o servicios idénticos o simples, pocos o nulos sustitutos, número reducido de empresas que proveen el bien o servicio, baja innovación y alta transparencia de la

⁵⁵ Fuente: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0926580521004982#s0080>

información en el mercado, entre otros (mayor detalle en la sección 4). A partir de esta exploración se puede integrar una lista inicial de mercados que merecen mayor atención, donde la autoridad de competencia puede centrar sus recursos creando un programa de revisión calendarizado, la generación de reportes o indicadores periódicos u otras acciones.

- (ii) **Exploración conductual.** En este caso se observa el comportamiento de las empresas dentro del mercado o en los procesos de compras públicas, para identificar patrones de conducta colusoria, o el cambio de un comportamiento competitivo a uno colusorio o viceversa, basándose en el análisis de variables como precios, cantidades, cuotas de mercado, decisiones de participar en procesos de compras públicas, etc. En virtud de estas observaciones se evalúa si es más o menos

probable que el comportamiento observado sea consistente con una colusión.

Este enfoque es útil tanto para generar herramientas y estrategias que ayuden a la detección de oficio de colusiones por parte de la autoridad (ver ejemplos a continuación de Brasil y Corea), como para el análisis de expedientes abiertos.

Para la aplicación de ciencia de datos y la inteligencia artificial en la exploración conductual, es necesario que las autoridades de competencia cuenten con amplias bases de datos, para lo cual deben colaborar permanentemente con las entidades contratantes, asegurando que durante los procesos se genere y recopile la información necesaria. Para ello, y atendiendo al marco legal de transparencia, también es importante considerar cuál información es conveniente que se procese y se haga disponible solamente para las investigaciones de las autoridades de competencia.

SISTEMAS INTELIGENTES DE DETECCIÓN DE COLUSIONES EN COREA Y BRASIL.

Reconociendo el potencial de la exploración o filtrado en sus actividades de vigilancia, algunas autoridades de competencia han invertido importantes recursos en el desarrollo de herramientas basadas en algoritmos que ayudan a identificar posibles signos de colusión, como patrones o precios sospechosos. En Corea (Bid Rigging Indicator Analysis System, BRIAS) y en Brasil (Cérebro). Ambas permiten la integración de grandes bases de datos de contratación pública mediante la aplicación de herramientas de minería de datos y filtros económicos capaces de identificar y medir la probabilidad de que se produzcan cárteles en licitaciones públicas.

Estos programas utilizan bases de datos electrónicas sobre contrataciones públicas para vigilar las ofertas y las pautas de licitación a fin de identificar las licitaciones colusorias.

Para el análisis, las herramientas electrónicas se basan en conocimientos de la literatura económica sobre las circunstancias en las que es más probable que surja la manipulación de licitaciones (como un pequeño número de empresas), así como la evidencia recopilada de casos históricos de manipulación de licitaciones.

Fuente: OCDE (2021). OECD Business and Finance Outlook 2021. [OECD Business and Finance Outlook 2021 : AI in Business and Finance | OECD Business and Finance Outlook | OECD iLibrary \(oecd-ilibrary.org\)](#).

El objetivo principal del filtrado es identificar situaciones que merecen una investigación adicional, donde el comportamiento observado no es consistente con un funcionamiento competitivo del mercado. El filtrado no pretende servir como prueba directa de que las empresas han incurrido en conductas colusorias, pero sí generar indicios para investigar y construir posteriormente la prueba indirecta de una colusión, además de dar guía en las investigaciones sobre dónde obtener pruebas directas o evidencia adicional de soporte. En este punto, es importante hacer énfasis en la importancia de la prueba indirecta en los casos de colusión.

7.4.1. FALSOS POSITIVOS Y NEGATIVOS EN EL ANÁLISIS

La exploración conductual puede producir falsos positivos (señalar casos en que las empresas no tuvieron un acuerdo colusorio) o falsos negativos (no identificar una colusión donde sí la hubo), esto es algo que debe tenerse en cuenta al analizar los datos e información disponible.

En cuanto a los riesgos de falsos positivos, los filtros conductuales generalmente no pretenden servir como prueba única y suficiente de que se ha producido una conducta ilegal, sino como punto de partida para que las agencias de competencia realicen investigaciones con mayor profundidad para encontrar evidencia de la existencia de acuerdos colusorios, por ejemplo, a través de evidencia forense de intercambio de información entre las empresas a través de correos, minutas de reuniones u otros.

Un tipo específico de falso positivo puede resultar de la incapacidad de un filtro para distinguir entre

colusión explícita y tácita. Esto es porque, si bien los equilibrios colusorios pueden lograrse y mantenerse mediante acuerdos explícitos, también pueden ocurrir situaciones similares sin que exista un acuerdo como tal (como se mencionó en la sección 2). Como el análisis de la información se centra en el comportamiento de las empresas que puede ser observable tanto en casos de colusión explícita como tácita, es difícil que los filtros conductuales sin ninguna acción adicional puedan distinguir entre actividades legales e ilegales.

Un filtro conductual podría distinguir entre colusión explícita y tácita solamente en caso de conductas observables que fueran imposibles o muy improbables de darse sin algún tipo de intercambio de información, propuesta y aceptación de táctica, el acceso a información privilegiada o alguna situación similar. Lo anterior implica que, en la práctica, se requiere buscar evidencia adicional para poder distinguir entre la colusión tácita y la explícita.

Aunque un falso positivo a partir de un filtro conductual no llevará a la sanción de una conducta en particular, puede tener utilidad para identificar condiciones estructurales, de diseño y otras sobre las cuales la autoridad de competencia pueda actuar, pues la colusión tácita sólo ocurre en mercados donde existen condiciones estructurales que facilitan este comportamiento.

En cuanto a los falsos negativos, aunque los filtros lleguen a dejar pasar indetectada una práctica colusoria en un proceso de compra pública, el hecho de que las empresas tengan conocimiento de que se realizan dichos análisis, puede contribuir a que no se forme un cártel o al desistimiento de un acuerdo por alguno (s) de sus miembros.

Elementos a considerar ante el riesgo de observar falsos positivos o negativos en la exploración conductual para detectar prácticas colusorias en procesos de compras públicas

Falsos positivos	¿La exploración conductual debe considerarse como prueba suficiente de la existencia de un acuerdo colusorio?	No. Deben realizarse investigaciones con mayor profundidad para encontrar evidencia de la existencia de acuerdos colusorios (ej. correos, minutas de reuniones u otros.)
	¿La exploración conductual distingue entre colusión explícita y tácita?	En principio no porque es difícil que los filtros conductuales sin ninguna acción adicional puedan distinguir entre actividades legales e ilegales. Solamente puede distinguirse en caso de conductas observables que fueran imposibles o muy improbables de darse sin algún tipo de intercambio de información, propuesta y aceptación de táctica, el acceso a información privilegiada o alguna situación similar.
	¿Por qué es útil la exploración conductual ante el riesgo de un falso negativo?	Puede tener utilidad para identificar condiciones estructurales, de diseño y otras sobre las cuales la autoridad de competencia pueda actuar, pues la colusión tácita sólo ocurre en mercados donde existen condiciones estructurales que facilitan este comportamiento.
Falsos negativos	¿Por qué es útil la exploración conductual ante el riesgo de un falso negativo?	El hecho de que las empresas tengan conocimiento de que se realizan dichos análisis, puede contribuir a que no se forme un cártel o al desistimiento de un acuerdo por alguno (s) de sus miembros

Fuente: Elaboración propia

7.4.2. ESTRATEGIAS DE ANÁLISIS PARA LA DETECCIÓN DE PRÁCTICAS COLUSORIAS EN PROCESOS DE COMPRAS PÚBLICAS

Cualquier esfuerzo enfocado en la detección de colusión en procesos de compras públicas debe basarse en alguno de estos dos principios fundamentales:

- Los eventos improbables o inusuales pueden ser un signo de una colusión si éstos no pueden explicarse sino por la coordinación de los oferentes (ej. la documentación presentada por dos empresas tienen los mismos errores o las ofertas realizadas son exactamente iguales hasta en números decimales).
- La comparación del comportamiento de empresas que participan en los procesos de compras públicas puede revelar que un grupo está coludido. El análisis puede hacerse en distintas dimensiones:

- » Diferentes períodos de tiempo. Se compara el comportamiento de los oferentes y los resultados de los procesos de compras públicas en un momento en el cual se sospecha la existencia de un acuerdo colusorio con otro periodo del cual no se tiene la sospecha.
- » Diferentes grupos de oferentes dentro de uno o varios procesos de compras públicas. Se compara el comportamiento entre oferentes que se sospecha que están en un acuerdo colusorio con otros de los que no se tiene sospecha, pudiendo ser dentro de un mismo proceso de compra pública o en procesos distintos.
- » Diferentes mercados geográficos: En algunos casos, puede ser posible identificar procesos de compras públicas que sean comparables, es decir, que compartan una dinámica general similar (ej. mismos bienes, misma metodología de asignación u otros factores). En este caso, se puede comparar el comportamiento de las empresas o los resultados del proceso de compra pública donde se sospecha que existió un acuerdo colusorio con la misma información de otros procesos de las que no se sospecha comportamiento colusorio.



COLUSIÓN EN OBRAS FERROVIARIAS ESPAÑOLAS.

En 2021, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España, sancionó a empresas que crearon una colusión que se repartió de forma fraudulenta al menos 82 licitaciones entre 2002 y 2017 para la construcción, ejecución de obras, suministro, instalación, puesta en servicio y mantenimiento de las instalaciones de seguridad y comunicaciones de la red ferroviaria. Las empresas implicadas se repartieron las licitaciones con uniones temporales, seleccionando previamente quién presentaría la oferta más competitiva, y presentaban ofertas de resguardo en distintas zonas geográficas. Este es un ejemplo de análisis en 2 dimensiones: diferentes grupos de oferentes y de mercados geográficos.

Al comparar las ofertas (descuento promedio sobre el precio de referencia) de las empresas coludidas con las ofertas que en otras licitaciones fueron realizadas por empresas que no formaron parte del acuerdo colusorio, se observó una notable diferencia, las ofertas en el primer caso fueron menos competitivas (10.9%) comparado con el segundo (26.2%).

Comparación del porcentaje de descuento promedio sobre el precio de referencia que ofrecieron las empresas que pertenecieron al cártel y las que no.

Total	Pertenecientes al cártel	No pertenecientes al cártel
13,3%	10,9%	26,2%

Fuente: Pág 227 de la Resolución.

Fuente: Resolución S/DC/0614/17 (CNMC). Caso en que se acredita la existencia de un cártel en la construcción, ejecución de obras, suministro, instalación, puesta en servicio y mantenimiento de las instalaciones de seguridad ferroviaria. 29 de septiembre de 2021. [S/DC/0614/17 - SEGURIDAD Y COMUNICACIONES FERROVIARIAS | CNMC.](#)

- Diferentes diseños de procesos de compras públicas. Se compara el comportamiento entre oferentes antes y después del cambio de un diseño de compra pública. El mismo diseño de un proceso de compra pública puede servir para obtener evidencia de colusión en caso de requerirse, por ejemplo, al volver más estrictas las reglas de comunicación entre participantes, de tal forma que se pueda probar después si se rompieron esas reglas. Una forma de desestabilizar comportamientos colusivos (explícitos o tácitos) es consolidando o desagregando procesos de compras públicas para cambiar los incentivos.

MÉXICO. CAMBIO EN EL DISEÑO DE LICITACIONES EN LA COMPRA DE DISTINTOS MEDICAMENTOS Y MATERIAL

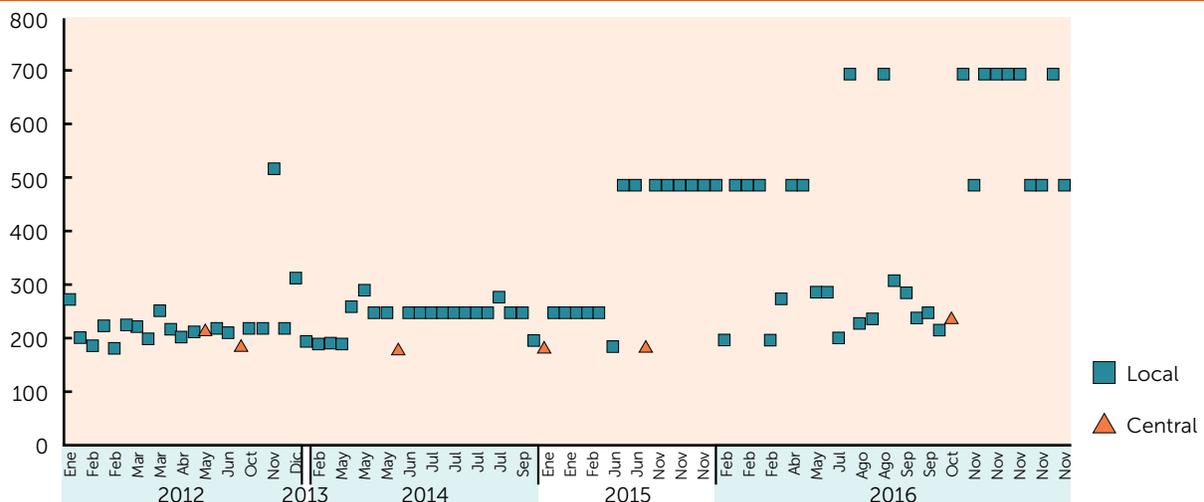
En la sección 6.1.3, se hizo referencia al caso en el que el organismo gubernamental mexicano dedicado a brindar servicios de salud y de seguridad social a la población (IMSS), ante la sospecha de conductas colusorias en sus licitaciones, ajustó su política de contratación.

Entre 2009 y 2012, todas las adquisiciones del IMSS de toallas de papel se realizaron localmente (en los estados federales). La mayoría de los precios fueron uniformes, con unas cuantas excepciones, lo cual se atribuyó, en parte, al hecho de que fueron sólo dos los proveedores principales.

A partir de 2012, el IMSS transfirió la mayoría de sus compras de toallas de papel a licitaciones organizadas centralmente. Desde entonces, más de 95% de sus requerimientos de volumen anuales se abastecieron a través de licitaciones centrales.

En la gráfica se puede observar que las licitaciones centralizadas del IMSS generaron en gran medida precios menores a las asignaciones locales. Las licitaciones centrales consolidaron los requerimientos de tal modo que las ofertas para los contratos correspondientes fueron más agresivas y los ahorros de economías de escala se traspasaron a la oferta del precio final.

Precios para las toallas de papel en las adquisiciones públicas del IMSS, 2012- 2016



En términos generales, cualquier prueba para la detección de colusión debe: (i) minimizar el número de falsos positivos y negativos; (ii) ser fácil de implementar; y, (iii) ser costoso para los agentes disfrazar ese comportamiento (preferiblemente hasta el punto en que los costos de evadir la detección sean lo suficientemente altos como para desalentar la colusión en primer lugar).

7.4.3. INFORMACIÓN ECONÓMICA PARA ACREDITAR UN ACUERDO COLUSORIO

La información que es útil para detectar casos de posible colusión en procesos de compras públicas debe poder identificar que las decisiones

de las empresas no fueron tomadas de forma independiente. Tomando en cuenta lo anterior, la siguiente información y señales han mostrado ser útil para detectar una posible práctica colusoria en procesos de compra pública:

Ofertas iguales: Las ofertas iguales son eventos de baja probabilidad que generalmente pueden sólo ser explicados por acuerdos colusorios; incluso muchos casos de colusión en los procesos de compras públicas han sido denunciados ante los organismos de competencia por convocantes que han detectado ofertas idénticas.

SUECIA. IDENTIFICACIÓN DE UN CÁRTEL POR EL PATRÓN EN LAS DIFERENCIAS ENTRE OFERTAS.

En Suecia, la autoridad de competencia analizó la posible existencia de un cártel ante la sospecha de que se fijaba la oferta ganadora como punto de partida y luego se decidían los porcentajes en los que cada oferta perdedora se diferenciaría de esa oferta. El análisis implicó observar el primer decimal de la diferencia porcentual entre ofertas.

Si las ofertas eran calculadas independientemente unas de otras no debería haber ningún patrón identificable en el primer decimal (por ejemplo, 7.51%) de las diferencias porcentuales entre la oferta ganadora y cada oferta perdedora. Cada número, del 0 al 9, debía tener la misma prevalencia cuando las diferencias porcentuales se redondean a un decimal. En específico, si un patrón se repetía en varias licitaciones entre más de dos actores clave se consideró que probablemente sería el resultado de un comportamiento colusorio. La probabilidad de que un patrón como el identificado pudiera surgir al azar era sólo de aproximadamente 1 entre 3,000, si las ofertas se presentaban de forma independiente.

Fuente: OCDE (2013). Ex officio cartel investigations and the use of screens to detect cartels, p. 185. [Ex officio cartel investigation and the use of screens to detect cartels \(oecd.org\)](http://www.oecd.org).

Desconexión entre la oferta y los costos subyacentes del oferente: Las ofertas presentadas por oferentes independientes deben reflejar adecuadamente sus costos cuando se trata de un mercado competitivo. Cuando las empresas se coluden, la relación entre las ofertas y los costos se rompe, ya que las empresas involucradas en el acuerdo intentarán lograr ganancias extraordinarias. (ej. es razonable predecir que, en

circunstancias normales, las empresas ubicadas a gran distancia del lugar de abastecimiento se abstendrían de presentar ofertas). El análisis puede realizarse comparando ofertas presentadas por el mismo oferente en procesos de compras públicas similares (o situaciones de mercado similares) o comparando su comportamiento con posturas de otros oferentes en situaciones competitivas similares (ej. licitaciones similares).

ESTADOS UNIDOS. IDENTIFICACIÓN DE EMPRESAS COLUDIDAS Y NO COLUDIDAS A PARTIR DE LA DISOCIACIÓN ENTRE OFERTAS Y COSTOS DEL RECUBRIMIENTO ASFÁLTICO.

En la década de los 80, en Estados Unidos, varias empresas fueron investigadas y sancionadas por formar licitaciones colusorias para añadir recubrimiento asfáltico en carreteras. El análisis de la información mostró que la distancia, entre otros costos, eran determinantes importantes de los precios en este mercado. Utilizando un modelo de regresión con la oferta de una empresa como variable dependiente y como variables explicativas el costo de ingeniería, la distancia desde el proyecto y el trabajo pendiente, encontraron que las ofertas dependían de dichas variables. Se encontró que dicha relación fue consistente solamente para las empresas que no estaban coludidas.

Fuente: Bajari, P. y Ye, L. (2012). Deciding Between Competition and Collusion. [bajari.pdf \(nber.org\)](#).

Correlación entre ofertas: Si las correlaciones entre ofertas no pueden explicarse por variables observadas en las condiciones del mercado (por ejemplo, variaciones de precio en insumos comunes), entonces es posible que esto pueda explicarse por un comportamiento coordinado

(explícito o tácito) entre los oferentes. Cuanto mayor sea el grado de correlación y su persistencia en el tiempo, más probable será que la correlación pueda explicarse por la coordinación entre los oferentes.

ESTADOS UNIDOS. CORRELACIÓN DE OFERTAS EN COMPRA DE LECHE PARA ESCUELAS.

En Estados Unidos se acusó a trece proveedores de leche de manipulación de ofertas en licitaciones de adquisición de leche en escuelas entre 1980 a 1990. Al comparar el comportamiento de ofertas de tres empresas demandadas con el de empresas no demandadas se encontró que la función de oferta de cada empresa demandada era estadísticamente diferente de las funciones de oferta de las empresas no demandadas.

Fuente: Porter, R. y Zona, D. (1997). Ohio school milk markets: an analysis of bidding (working paper 6037). National Bureau of Economic Research. [eds4332.tmp \(nber.org\)](https://www.nber.org/papers/w6037).



Diferencias entre las ofertas ganadoras y perdedoras: Las diferencias pueden explicarse por razones legítimas; sin embargo, en un entorno competitivo no se esperarían diferencias significativas entre los competidores. Si una vez descontados los factores que pueden hacer que la oferta ganadora sea la más competitiva (por

ejemplo, porque sus costos de transporte son bajos), aún existen diferencias significativas entre las ofertas presentadas por el oferente ganador y las de los demás participantes, puede ser una señal de que la colusión afectó la competencia en el proceso de compra pública.

ESTADOS UNIDOS. OFERTAS DE RESGUARDO PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA CARRETERA ESTATAL EN NY.

Un estudio mostró que las licitaciones convocadas por el Departamento de Transporte de New York entre 1979-1985 para la construcción de una carretera estatal, las cuales habían sido sancionadas por comportamiento colusorio, tuvieron características que reflejaron este comportamiento.

En específico, se mostró que las ofertas de resguardo que presentaron las empresas que formaron parte del cartel y las ofertas perdedoras presentadas por las empresas que no formaron parte de él fueron estadísticamente distintas. Estas últimas reflejaron estar basadas en costos, por el contrario, las ofertas no ganadoras de las empresas que formaron parte del cártel no mostraron dicha relación.

Fuente: Porter, R. y Zona, D. (1992). Detection of bid rigging in procurement auctions (working paper No. 4013). National Bureau of Economic Research. [w4013.pdf](http://www.nber.org/papers/w4013) (nber.org).

Cambios en los patrones de ofertas de las empresas: Los cambios en los patrones de las ofertas pueden ser el resultado de la formación o disolución de un cártel⁵⁶. Los movimientos bruscos de ofertas también pueden estar asociados con los llamados “cambios de régimen”, que pueden

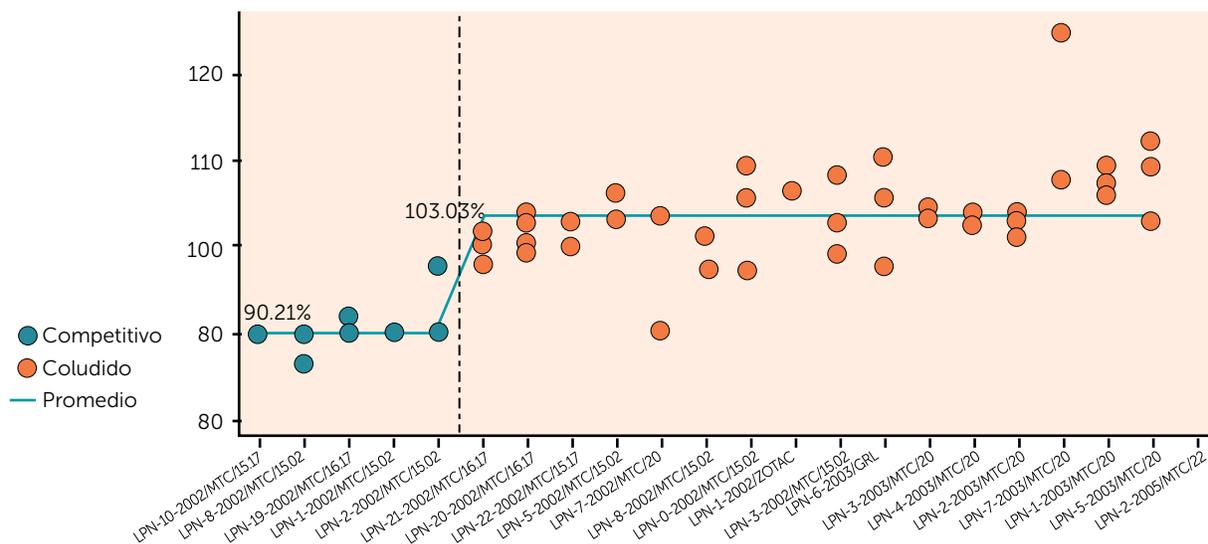
resultar de que los cárteles entren o salgan de fases de castigo, o de “guerras de precios” diseñadas para desalentar la entrada o persuadir a un nuevo participante a unirse al cartel, etc. No obstante, también pueden deberse a cambios exógenos, o a la modificación en el diseño de las licitaciones.

INDECOPI, PERÚ. REPARTICIÓN DE LICITACIONES DE OBRA DE CARRETERAS.

En 2021, el Instituto Nacional para la Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), autoridad de competencia en Perú, sancionó a un grupo de constructoras por haber adoptado un sistema de coordinación para repartirse diversas licitaciones convocadas por el Ministerio de Transporte y Comunicaciones, y otras entidades del Estado, para la ejecución de obras en carreteras a nivel nacional.

En dicha investigación se mostró que las ofertas presentadas sufrieron un cambio de tendencia importante después de una reunión realizada entre las empresas investigadas. Antes de esa fecha las ofertas se ubicaron alrededor del 90% del valor referencial mientras que, con posterioridad a esa fecha las ofertas presentadas se incrementaron drásticamente alrededor del 103% del valor referencial.

Propuestas económicas como porcentaje del valor referencial*
(Procesos de selección 2002- 2004)



Fuente: Resolución 080-2021/CLC-INDECOPI (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Protección al Consumidor del Perú). Caso de sanción por haber adoptado un sistema de coordinación secreto para repartirse diversas licitaciones convocadas por Proviás del Ministerio de Transporte y Comunicaciones, y otras entidades del Estado, para la ejecución de obras en carreteras a nivel nacional (15 de noviembre de 2021). Resolución 080-2021-CLC-INDECOPI - OneDrive (sharepoint.com).

56 Ver artículo 53 de la Ley 8642 y el artículo 11 de la Ley 7472.

Estabilización de cuotas de mercado: Los esquemas de colusión pueden reflejarse con la estabilización de las cuotas de mercado. Hay cárteles⁵⁷ cuyos miembros acuerdan explícitamente que la regla de funcionamiento del cártel es mantener las cuotas de mercado pasadas (es decir, el *statu quo*), eliminando así cualquier fluctuación de las cuotas de mercado a lo largo del tiempo. Cuando se trata de procesos de compras públicas, esto

puede reflejarse al realizarse acuerdos colusorios para repartirse procesos de compras públicas específicos. Sin embargo, los cárteles también pueden acordar cambios en las cuotas de mercado asignadas a lo largo del tiempo. Por ejemplo, si se observa una cuota de mercado inesperadamente alta en un período seguida por una cuota de mercado inesperadamente baja en el siguiente período, podría representar un indicio de colusión.

COFECE, MÉXICO. COLUSIÓN EN EL SERVICIO DE AUTOTRANSPORTE DE CARGA EN EL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA SUR.

La COFECE inició la investigación gracias a la evidencia e información proporcionada por un agente económico que se acogió al programa de clemencia. La conducta investigada era un acuerdo entre competidores para fijar los precios cobrados por sus servicios, restringir la oferta de los mismos y repartirse el mercado. En el curso de la investigación, la COFECE (en ese entonces CFC) obtuvo copias de 9 convenios firmados por representantes de 4 empresas (Baja, Geos, Sindicato y Alianza), y además descubrió que los convenios fueron promovidos por el entonces Director de Transporte del Gobierno.

Mediante los convenios, los agentes económicos acordaron: (i) fijar el precio del servicio de autotransporte de cemento, (ii) limitar el número de camiones de carga que cada uno de los proveedores podría poner en servicio para el traslado de mercancías y (iii) repartirse los clientes que cada proveedor atendería de manera exclusiva.

Respecto a los dos últimos puntos, se tuvo información que corroboró que se repartieron los servicios con porcentajes específicos de participación de mercado. Una de las declaraciones de uno de los empleados del sindicato que fue usada como prueba fue *“Cuando se formó el Sindicato, se buscó la manera de conseguir trabajo, se observó que Logística Geos [Geos] tenía la mayoría del trabajo, manejaban cemento y cajas de mercancías, y se les pidió el trabajo de cemento y nos dieron el 100% del mismo, 50% para Alianza y 50% para el Sindicato”*.

Fuente: Resolución IO-001-2010 (COFECE). Caso en que se acredita responsabilidad de las empresas Baja Ferris, S.A. de C.V. (Baja), Operadora Logística Geos, S.A. de C.V. (Geos), Sindicato Único de Transportistas Hombre Camión de Baja California Sur (Sindicato) y Alianza de Transportistas La Paz, A.C. (Alianza) por la realización de prácticas monopólicas absolutas.

⁵⁷ Ver artículo 53 de la Ley 8642 y el artículo 11 de la Ley 7472.



8. CONCLUSIONES



Las prácticas colusorias en procesos de compras públicas son consideradas una de las prácticas anticompetitivas más dañinas en términos de competencia económica, porque representan un daño importante a las finanzas públicas, limitan la capacidad de que el gobierno adquiera bienes y servicios adecuados a sus necesidades y de la población en general a precios competitivos, y también distorsionan las condiciones generales de competencia de los mercados, desalentando la oferta de nuevos y mejores bienes y servicios.

La academia, las personas practicantes de la competencia y las autoridades de competencia han ido generando un cuerpo de conocimiento alimentado por la teoría económica, las ciencias del comportamiento y la experiencia económica y legal. Las buenas prácticas y los casos de estudio internacionales y costarricenses mostrados a lo largo del documento pretenden sistematizar dicha experiencia para ofrecer recomendaciones específicas que permitan a las entidades contratantes diseñar procesos que desalienten la formación de

acuerdos colusorios y que, cuando ocurran, puedan detectarse y corregirse efectivamente, ofreciendo también recomendaciones para la actuación de las autoridades de competencia.

Esta Guía busca minimizar los riesgos de que se presenten prácticas colusorias en procesos de compras públicas considerando las buenas prácticas internacionales y el marco legal costarricense (enfoque preventivo), así como también fortalecer la capacidad de las entidades contratantes y de las autoridades de competencia para detectar prácticas colusorias en procesos de compras públicas (enfoque correctivo). En la medida que ambas visiones se fortalezcan, se espera que las empresas se vean desincentivadas a incurrir en prácticas colusorias en procesos de compras públicas, para comportarse competitivamente y así lograr que las compras públicas sean un vehículo para usar eficientemente los recursos públicos, acceder a más y mejores bienes y servicios en beneficio de la población, y contribuir al ambiente de competencia y libre concurrencia de los mercados.



BIBLIOGRAFÍA⁵⁹

Bibliografía **general**

- ACC (2010). *Guía para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública*. https://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/guias_gidak/es_guias/adjuntos/guia_prev_det_colusio_contractacio_publica_esp.pdf.
- ACCC (2019). *Cartels deterrence and detection: A guide for government procurement professionals*. [1646_Cartels_deterrence_and_detection-a_guide_for_government_procurement_professionals_FA.pdf](https://www.accc.gov.au/1646_Cartels_deterrence_and_detection-a_guide_for_government_procurement_professionals_FA.pdf) (accc.gov.au).
- Bajari, P. y Ye, L. (2012). *Deciding Between Competition and Collusion*. [bajari.pdf](https://www.nber.org/papers/w18478) (nber.org).
- Banco de desarrollo de América Latina y el Caribe (2023). *Las pymes en Costa Rica*. [CAF_PYMES_COSTARICA.pdf](https://www.bancomundial.org/es/publication/CAF-PYMES-COSTARICA.pdf).
- Centro Competencia (2022). *Modelos de detección de bid-rigging y el factor local*. [Modelos de detección de bid-rigging y el factor local | CeCo](https://www.centrocompetencia.com/Modelos_de_deteccion_de_bid-rigging_y_el_factor_local) (centrocompetencia.com).
- CBC (2022). *Preventing bid-rigging: tips for tendering authorities*. <https://ised-isde.canada.ca/site/competition-bureau-canada/en/bid-rigging-price-fixing-and-other-agreements-between-competitors/preventing-bid-rigging-tips-tendering-authorities>.
- CE (2021). *Comunicación relativa a las herramientas para combatir la colusión en la contratación pública y a las orientaciones acerca de cómo aplicar el motivo de exclusión conexo 2021/C 91/01*. [EUR-Lex - 52021XC0318\(01\) - EN - EUR-Lex](https://eur-lex.europa.eu/eur-lex-content-objective/dir/toc.do/cs/uri/?uri=CELEX:52021XC0318(01)-EN:EUR-Lex) (europa.eu)
- CMA (2016). *Report on bid-rigging algorithms*. https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a82308ee5274a2e8ab57f73/Report_on_bid-rigging_algorithms.pdf.
- CNC (2011). *Guía sobre contratación pública y competencia*. https://www.hacienda.gob.es/DGPatrimonio/junta%20consultiva/guia_contratacion_v41_0.pdf.
- CNMC (2020). *Guía sobre contratación pública y competencia*. https://www.cnmc.es/sites/default/files/3334635_0.pdf.
- COFECE (2016). *Recomendaciones para promover la competencia y libre concurrencia en la contratación pública*. <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/11/RecomendacionesContratacionPublica-v2.pdf>.
- COFECE (2018). *Análisis de caso. Acuerdos colusorios en compras públicas: casos recientes sancionados por la COFECE*. [AnCAs-ComprasPublicas-Ver02-2018.pdf](https://www.cofece.mx/AnCAs-ComprasPublicas-Ver02-2018.pdf) (cofece.mx).
- COPROCOM (2019). *Guía de contratación administrativa y competencia*. [Guia_Contrata_Admin_2019](https://www.coprocom.go.cr/Guia_Contrata_Admin_2019) (coprocom.go.cr)

58 El significado de las siglas utilizadas se encuentra en el Anexo.

- DOJ (2015). *Red Flags of Collusion*. [Antitrust Division | Red Flags Of Collusion \(justice.gov\)](https://www.justice.gov/antitrust/division/red-flags-collusion)
- DOJ (2021). *Price Fixing, Bid Rigging, and Market Allocation Schemes: what they are and what to look for*. [Price Fixing, Bid Rigging, and Market Allocation Schemes: What They Are and What to Look For \(justice.gov\)](https://www.justice.gov/antitrust/division/price-fixing-bid-rigging-and-market-allocation-schemes-what-they-are-and-what-to-look-for).
- DOJ (2023). *Justice Department Sues Google for Monopolizing Digital Advertising Technologies*. [Office of Public Affairs | Justice Department Sues Google for Monopolizing Digital Advertising Technologies | United States Department of Justice](https://www.justice.gov/opa/record/2023-01-11/record-2023-01-11-1).
- DOJ (2023). *U.S. and Plaintiff States v. Google LLC [2023]*. [Antitrust Division | U.S. and Plaintiff States v. Google LLC \[2023\] | United States Department of Justice](https://www.justice.gov/opa/record/2023-01-11/record-2023-01-11-1).
- Estavillo, M.E. (2007). *La prevención de colusiones*. Editorial Porrúa.
- FNE (2011). *Guía de compras públicas y libre competencia*. <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/11/Material-de-Promocion-1-Compras-publicas-Abr2011.pdf>.
- FTC y DOJ (2000). *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*. Antitrust Guidelines (ftc.gov).
- FTC (2023). *FTC Sues Amazon for Illegally Maintaining Monopoly Power*. *FTC Sues Amazon for Illegally Maintaining Monopoly Power | Federal Trade Commission*.
- Herrera, I. (2017). *Joint bidding and object restrictions of competition: The EFTA Court's take in the "Taxi case"*. (PDF) *Joint Bidding and Object Restrictions of Competition: The EFTA Court's Take in the Taxi Case (researchgate.net)*.
- IMCO (2012). *Guía práctica de compras públicas*. https://imco.org.mx/wp-content/uploads/2013/7/Guia_de_compras_publicas_011012.pdf.
- Motta, M. (2018). *Política de competencia, teoría y práctica*. Fondo de Cultura Económica.
- OCDE (2013). *Combate a la Colusión en los Procesos de Contratación Pública en México: Informe analítico del Secretariado sobre el Marco Jurídico y las Prácticas de Contratación Pública llevadas a cabo por el ISSSTE*. [OECD Web Archive](https://www.oecd.org/mexico/combate-a-la-colusion-en-los-procesos-de-contratacion-publica-en-mexico/).
- OCDE (2013). *Ex officio cartel investigations and the use of screens to detect cartels*. [Ex officio cartel investigation and the use of screens to detect cartels \(oecd.org\)](https://www.oecd.org/competition/ex-officio-cartel-investigations-and-the-use-of-screens-to-detect-cartels/).
- OCDE (2014). *Combatiendo la Colusión en los Procesos de Contratación Pública en Colombia*. [OECD Web Archive](https://www.oecd.org/mexico/combate-a-la-colusion-en-los-procesos-de-contratacion-publica-en-colombia/).

- OCDE (2015). *Combate a la Colusión en los Procesos de Contratación Pública en México: Informe Analítico del Secretariado sobre el Cumplimiento de la Legislación, Regulaciones y Prácticas de la CFE con las Mejores Prácticas de la OCDE*. [OECD Web Archive](#).
- OCDE (2016). *Fighting bid rigging in public procurement: Report on implementing the OECD Recommendation*. [Fighting Bid Rigging in Public Procurement: Report on Implementing the OECD Recommendation 2016](#).
- OCDE (2016). *Mejorando la Contratación Pública en el ISSSTE para Obtener Mejores Resultados*. Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública. <https://www.oecd.org/publications/mejorando-la-contratacion-publica-en-el-issste-para-obtener-mejores-resultados-9789264250055-es.htm>.
- OCDE (2018). *Combate a la colusión en las compras públicas del IMSS: Impacto de las recomendaciones de la OCDE*. [OECD Web Archive](#).
- OCDE (2019). *Combate a la colusión en contrataciones de obras públicas en Argentina*. [537292-Fighting-bid-rigging-procurement-public-works-Argentina-SP-web.pdf \(oecd.org\)](#).
- OCDE (2019). *Enhancing the Use of Competitive Tendering in Costa Rica's Public Procurement System*. [536530-costa-rica-public-procurement-system.pdf \(oecd.org\)](#).
- OCDE (2021). *Fighting bid rigging in Brazil: A review of federal public procurement*. [Fighting bid rigging in Brazil: A review of federal public procurement - OECD](#)
- OCDE (2021). *Fighting bid rigging in the health sector in Peru: A review of public procurement at EsSalud*. [OECD Web Archive](#).
- OCDE (2021). *Fighting bid rigging in public procurement in the energy sector in Ukraine*. [Fighting bid rigging in public procurement in the energy sector in Ukraine - OECD](#).
- OCDE (2021). *OECD Business and Finance Outlook 2021*. [OECD Business and Finance Outlook 2021 : AI in Business and Finance | OECD Business and Finance Outlook | OECD iLibrary \(oecd-ilibrary.org\)](#).
- OCDE (2023). *Recommendation of the Council on Public Procurement*, OECD/LEGAL/0411. [OECD Legal Instruments](#).
- Porter, R. y Zona, D. (1992). *Detection of bid rigging in procurement auctions* (working paper No. 4013). National Bureau of Economic Research. [w4013.pdf \(nber.org\)](#).

Porter, R. y Zona, D. (1997). *Ohio school milk markets: an analysis of bidding* (working paper No. 6037). National Bureau of Economic Research. [eds4332.tmp \(nber.org\)](#).

SUTEL (2023). *Manual de buenas prácticas en procedimientos de contratación pública de servicios de telecomunicaciones*. <https://sutel.go.cr/guias-competencia>.

SUTEL (2022). *Estudio de mercado referente a la contratación pública de servicios de telecomunicaciones*. https://www.sutel.go.cr/sites/default/files/informe_estudio_mercado_compras_publicas.pdf.

Legislación de **Costa Rica**

Ley 7472 (1995). *Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor* (última versión de abril del 2023). https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=26481.

Ley 8642 (2008). *Ley General de Telecomunicaciones* (última versión de noviembre del 2023). https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=63431&nValor3=138897&strTipM=TC.

Ley 9736 (2019). *Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica* (última versión de septiembre del 2019). https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=90054.

Ley 9986 (2022). *Ley General de Contratación Pública* (última versión de diciembre del 2023). https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=94469.

Reglamento de la Ley 9986 (2022). *Reglamento a la Ley General de Contratación Pública* (última versión de noviembre del 2022). https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=98344&nValor3=133694&strTipM=TC.

Resoluciones de la **SUTEL**

05150-SUTEL-OTC-2021. *Informe de opinión sobre el pliego de condiciones de la compra pública 2021CD-000030- 0002700001 para la contratación de "ENLACE DE INTERNET POR MEDIO DE FIBRA ÓPTICA" de la Municipalidad de Alajuelita (17 de junio de 2021).*

05926-SUTEL-SCS-2021 (Acuerdo 031-046-2021). Acuerdo sobre la opinión sobre el pliego de condiciones de la compra pública 2021CD-000030- 0002700001 para la contratación de "ENLACE DE INTERNET POR MEDIO DE FIBRA ÓPTICA" de la Municipalidad de Alajuelita (29 de junio de 2021).

03757-SUTEL-CS-2022. Opinión observaciones consulta pública Reglamento Ley 9986 (26 de abril de 2022).

08690-SUTEL-OTC-2022. Opinión sobre el pliego de condiciones de la compra pública 2022CD-000173- 0002100001 para la contratación de "SERVICIO COMUNICACION PUNTO A PUNTO E INTERNET PARA CFP, CE, UR HACIA LOS CENTROS DE DATOS" del Instituto Nacional de Aprendizaje (3 de octubre de 2022).

09205-SUTEL-SCS-2022 (ACUERDO 035-070-2022). Acuerdo sobre la opinión sobre el pliego de condiciones de la compra pública 2022CD-000173-0002100001 para la contratación de "SERVICIO COMUNICACION PUNTO A PUNTO E INTERNET PARA CFP, CE, UR HACIA LOS CENTROS DE DATOS" del Instituto Nacional de Aprendizaje" (19 de octubre de 2022).

01278-SUTEL-OTC-2023. Opinión sobre la contratación 2022-CD-00059-0007300001 "Migración de Contratos del Convenio para Servicio de Telecomunicaciones con el ICE de conformidad con lo establecido en la CIRCULAR DGABCA 0023-2022" del Ministerio de Educación Pública (14 de febrero de 2023).

01752-SUTEL-SCS-2023 (Acuerdo 015-013-2023). Acuerdo sobre la opinión sobre la contratación 2022-CD-00059-0007300001 "Migración de Contratos del Convenio para Servicio de Telecomunicaciones con el ICE de conformidad con lo establecido en la Circular DGABCA 0023-2022" del Ministerio de Educación Pública (8 de marzo de 2023).

09812-SUTEL-CS-2023 (Acuerdo 007-071-2023). Acuerdo sobre la opinión sobre el pliego de condiciones para la contratación del "servicio de telefonía fija bajo la modalidad según demanda" puesta en consulta por el Poder Judicial (17 de noviembre de 2023).

Resoluciones de la **COPROCOM**

Voto 13-2012 (COPROCOM). Resolución final en el caso bajo el expediente administrativo D-04-08 por licitación colusoria al concertar entre sí y acordar la abstención de ofertar bajo los términos establecidos en una contratación administrativa del Instituto Costarricense de Electricidad (12 de junio de 2012).

Voto 08-2014 (COPROCOM). Resolución Final contra Cek, Lemen y otras por licitación colusoria (20 de mayo de 2014).

Opinión 023-2019 (COPROCOM). Criterio Proyecto de Ley General de Contratación Pública, Expediente Legislativo Número 21.54 (9 de octubre de 2019).

Opinión 019-2021 (COPROCOM). Criterio sobre las razones que justifican el utilizar la figura de convenio marco (3 de septiembre de 2021).

Opinión 019-2022 (COPROCOM). Criterio sobre los mecanismos de excepción previstos en la Ley de Contratación Administrativa (8 de septiembre de 2022).

Opinión 10-2020 (COPROCOM). Proyecto 21.563: "Ley General de Contratación Pública" (7 de julio de 2020).

Opinión 04-2021 (COPROCOM). Criterio solicitado por la señora Amelia Solera en relación con la problemática que enfrenta la actividad de la comunicación comercial en Costa Rica en relación con las excepciones a los procedimientos ordinarios de contratación pública (11 de marzo de 2021).

Opinión 015-2021 (COPROCOM). Propuestas a la Ley 9986 a los artículos referentes a la detección de prácticas colusorias (5 de agosto de 2021).

Opinión 015-2022 (COPROCOM). Recomendaciones respecto al Decreto Ejecutivo 42709-H-MEIC-MTSS-MINAE-MICITT, denominado "Medidas para Incentivar la Participación de Empresas, PYME y Empresas de la Economía Social en las Compras Públicas, Según Criterios de Localización y Sostenibilidad" (7 de julio de 2022).

Opinión 020-2022 (COPROCOM). Propuestas al Reglamento de la Ley 9986 en relación con la figura de subcontratación (8 de septiembre de 2022).

Resoluciones internacionales

Case E-3/16 (CE). Ski Taxi SA, Follo Taxi SA and Ski Follo Taxidrift AS v The Norwegian Government, represented by the Competition Authority. 22 de diciembre de 2016. [EUR-Lex - E2016J0003 - EN - EUR-Lex \(europa.eu\)](#).

Resolución IO-001-2010 (COFECE). Caso en que se acredita responsabilidad de las empresas Baja Ferris, S.A. de C.V. (Baja), Operadora Logística Geos, S.A. de C.V. (Geos), Sindicato Único de Transportistas Hombre Camión de Baja California Sur (Sindicato) y Alianza de Transportistas La Paz, A.C. (Alianza) por la realización de prácticas monopólicas absolutas. 8 de septiembre de 2011. <https://www.cofece.mx/CFCResoluciones/docs/Asuntos%20Juridicos/V45/7/1524195.pdf>.

Resolución DE-024-2013-I (COFECE). Caso en que se acredita la responsabilidad de i) Dentilab, S.A. 1 de C.V., ii) Ambiderm S.A. de C.V. y iii) Degasa, S.A. de C.V., por haber incurrido en la práctica monopólica absoluta. 8 de diciembre de 2017. [4444723.pdf \(cofece.mx\)](#).

Resolución DE-024-2013 (COFECE). Caso en que se acredita la responsabilidad de: i) Productos Galeno, S. de R.L., y ii) Productos Adex, S.A. de C.V. por haber incurrido en la práctica monopólica absoluta. 8 de febrero de 2018. [4159080.pdf \(cofece.mx\)](#).

Sentencia N° 278-2019 (Corte Suprema de Chile). Caso de los laboratorios Fresenius Kabi y Sanderson, acusados de colusión en el mercado de medicamentos inyectables. 27 de enero de 2020. [Sentencia-Corte-Suprema-278-19-laboratorios.pdf \(fne.gob.cl\)](#).

Resolución S/DC/0614/17 (CNMC). Caso en que se acredita la existencia de un cártel en la construcción, ejecución de obras, suministro, instalación, puesta en servicio y mantenimiento de las instalaciones de seguridad ferroviaria. 29 de septiembre de 2021. [S/DC/0614/17 - SEGURIDAD Y COMUNICACIONES FERROVIARIAS | CNMC](#).

Resolución 080-2021/CLC-INDECOPI (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Protección al Consumidor del Perú). Caso de sanción por haber adoptado un sistema de coordinación secreto (cártel) para repartirse diversas licitaciones convocadas por Provias del Ministerio de Transporte y Comunicaciones, y otras entidades del Estado, para la ejecución de obras en carreteras a nivel nacional. 15 de noviembre de 2021. [Resolución 080-2021-CLC-INDECOPI - OneDrive \(sharepoint.com\)](#).



Tel.: 2549-1400

E-mail:
coprocom@coprocom.go.cr

Dirección: 400 metros al este del
Periódico La Nación, Oficentro
ASEBANACIO, San José, Costa Rica



SUPERINTENDENCIA DE
TELECOMUNICACIONES

Tel.: 800-88 SUTEL
(800-88-7-8835)

Tel. Oficinas Centrales:
4000-0000

E-mail: info@sutel.go.cr

Dirección: Guachipelín de
Escazú, Oficentro Multipark
edificio Tapantí, 4to piso

