

Radicación: 10-164566

Resolución No. 40875 de 2013

COLUSIÓN EN LICITACIONES PÚBLICAS - Efectos negativos

La colusión en los procesos de selección públicos produce diversos efectos negativos para varios agentes, entre los que cabe resaltar los siguientes: (i) otros proponentes, al limitarles la competencia y la participación en un proceso de selección justo y regido por los principios de igualdad de oportunidades y de transparencia; (ii) el Estado, por los costos monetarios y de transacción que representa la presencia de proponentes no idóneos en sus procesos de selección; (iii) el mercado, porque se reduce la competencia, se generan asimetrías de información entre los proponentes e incluso se pueden elevar los precios de los bienes y servicios ofrecidos o reducirse su calidad; y (iv) la comunidad en general, por cuanto se afecta negativamente el bienestar social, al darse una pérdida irrecuperable de eficiencia en el mercado por el aumento injustificado de las utilidades percibidas por los participantes coludidos.

COLUSIÓN EN LICITACIONES PÚBLICAS - Mecanismos

Ahora bien, en lo que respecta a los mecanismos mediante los cuales se puede orquestar cualquiera de las conductas anticompetitivas arriba descritas, se han identificado entre otros, los siguientes: (i) intercambios de información sensible sobre las posturas que cada cual presentará en la subasta; (ii) no presentación de posturas por uno o más de los postulantes; (iii) retiro de las posturas ya presentadas; (iv) presentación de posturas manifiestamente destinadas al fracaso -propuestas complementarias-; (v) en licitaciones repetidas en el tiempo, los participantes frecuentes en una categoría de licitaciones pueden repartirse los contratos entre sí o turnarse en la posición de ganador o adjudicatario; y (vi) a efectos de distribuir el excedente generado entre los miembros del acuerdo, el adjudicatario en la subasta oficial puede tomar la posición de licitante en una segunda subasta efectuada sólo entre los miembros del acuerdo. En esta segunda subasta, a diferencia de la primera, las firmas anteriormente coludidas presentan ahora posturas competitivas.

COLUSIÓN EN LICITACIONES PÚBLICAS - Señales de alerta

La OCDE señala que existen ciertos patrones y prácticas de licitación que parecen no corresponder a las que normalmente ocurren en un mercado competitivo, y cuya ocurrencia apunta hacia la posibilidad de que exista manipulación en la licitación pública. En este orden de ideas, la ocurrencia de alguno o varios de los siguientes hechos constituye una advertencia que le puede indicar a la autoridad sobre la presunta manipulación de un proceso de contratación:

- *Un mismo proveedor es a menudo quien presenta la oferta más baja en el proceso de contratación.*
- *Las ofertas ganadoras tienen una ubicación geográfica. Algunas empresas presentan ofertas que ganan sólo en ciertas zonas geográficas.*
- *Los proveedores usuales no presentan ofertas en un concurso de adquisición en el que normalmente se esperaría que participaran, pero han seguido presentando ofertas en otros concursos.*
- *Algunos proveedores se retiran inesperadamente de la licitación.*
- *Algunas compañías siempre presentan ofertas pero nunca ganan.*
- *Parece que las compañías se turnan para ser el licitador ganador.*
- *Dos o más empresas presentan una oferta conjunta aun cuando al menos una de ellas podría haber licitado independientemente.*
- *El licitador ganador repetidamente subcontrata trabajo con licitadores que no ganaron.*
- *El licitador ganador no acepta la adjudicación y se determina más tarde que está trabajando como subcontratista.*

Resolución No. 40875 de 2013

- *Los competidores socializan con regularidad o programan reuniones antes de la fecha límite de presentación de ofertas.*

La OCDE también identifica las señales de advertencia que se pueden encontrar en los documentos que presentan los oferentes durante el proceso de selección, las cuales igualmente se configuran como indicios de la conducta en caso de verificarse. En este sentido, indica que estas señales se dan por descuido o culpa por parte de los colusores y que de ellas se derivan indicios que pueden llevar a descubrir la conspiración. Las señales que se deben identificar son las siguientes:

- *La detección de errores idénticos en los documentos de presentación de oferta o las cartas presentadas por compañías diferentes, como las faltas de ortografía.*
- *Ofertas de compañías diferentes que presentan caligrafía o tipos de letra similares o que utilizan formatos o papelería idéntica.*
- *Documentos presentados por una compañía que hacen referencia directa a ofertas de competidores o que utilizan papel membretado o el número de fax de otro licitador.*
- *Ofertas de diferentes compañías que contienen errores de cálculo idénticos.*
- *Ofertas de diferentes compañías que contienen un número significativo de estimaciones idénticas del costo de ciertos artículos.*
- *Los paquetes de diferentes compañías presentan sellos postales o marcas postales similares.*
- *Los documentos de licitación de compañías diferentes presentan numerosos ajustes de último minuto, como el uso de corrector blanco u otras alteraciones físicas.*
- *Los competidores presentan ofertas idénticas o los precios presentados por los licitadores aumentan en incrementos regulares.*

En cuanto al establecimiento de los precios, la OCDE señala que es importante buscar patrones que apunten a compañías que podrían estar coordinando sus esfuerzos, como en el caso de aumentos de precios que no tienen explicación en aumentos de costos. Cuando las ofertas perdedoras son mucho más altas o bajas que la ganadora, los conspiradores podrían estar utilizando un esquema de licitación de respaldo. Los precios que superan la estimación de costos o las ofertas previas para concursos similares también podrían ser indicio de colusión. Los siguientes elementos pueden ser motivo de sospecha:

- *Aumentos repentinos e idénticos en intervalos de precios por parte de licitadores, que no pueden explicarse mediante incrementos en costos.*
- *Expectativas de descuentos o reembolsos que desaparecen inesperadamente.*
- *Los precios idénticos pueden plantear inquietudes, en especial cuando se cumple una de las siguientes condiciones:*
 - *Los precios de los proveedores fueron los mismos durante largo tiempo;*
 - *Los precios de los proveedores eran previamente distintos unos de otros;*
 - *Los proveedores aumentaron el precio sin que sea justificable por aumentos de costos; o*
 - *Los proveedores eliminaron descuentos, especialmente en un mercado donde usualmente se ofrecían.*
- *Se observa una gran diferencia entre el precio de una oferta ganadora y otras ofertas.*
- *La oferta de cierto proveedor es mucho más alta para un contrato específico que la del mismo proveedor para un contrato similar.*
- *Se observan reducciones significativas con respecto a los niveles anteriores de precios, después de que un proveedor nuevo o que participa con poca frecuencia presenta una oferta; es decir, el nuevo proveedor podría haber entorpecido el funcionamiento de un cartel existente de manipulación de licitaciones.*
- *Los proveedores locales están ofreciendo precios más altos para las entregas locales que para las entregas a destinos más alejados.*
- *Las compañías locales y las no locales especifican costos de transporte similares.*
- *Sólo un licitador establece contacto con los mayoristas para obtener información sobre precios antes de presentar un concurso.*

Resolución No. 40875 de 2013

- *Características inesperadas en licitaciones públicas en una subasta por medios electrónicos o de otro tipo -como ofertas que contienen cifras poco usuales en renglones en los que se esperarían cifras redondeadas a centenas o miles-, podrían ser indicio de que los licitadores están utilizando los concursos como vehículo de colusión al comunicarse información o destacar preferencias.*

COLUSIÓN EN LICITACIONES PÚBLICAS - CONSORCIOS - Responsabilidad integrantes

Teniendo en cuenta que los consorcios carecen de personería jurídica, sus miembros conservan su individualidad y estarán afectados por las acciones de la forma asociativa. Asimismo, en la medida que el consorcio actúa por conducto de un representante que atiende a nombre de sus integrantes los requerimientos y trámites exigidos, las acciones de éste en nombre del consorcio también afectan a sus integrantes.

Las normas vigentes sobre la materia disponen que la conformación de un consorcio para presentar una propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato con una entidad estatal, comporta la responsabilidad solidaria de sus integrantes por todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. Por lo tanto, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que conforman el consorcio.

COLUSIÓN EN LICITACIONES PÚBLICAS - CONSORCIOS - Responsabilidad por actos de sus representantes legales

La representación que ejerció DIEGO DORADO RODRÍGUEZ sobre el CONSORCIO H&F conlleva a que se radiquen en cabeza de los integrantes del consorcio, como mandantes, los efectos jurídicos nacidos de sus actuaciones.

Es evidente que incluso en el escenario en que los integrantes del CONSORCIO H&F no estuvieran al tanto de la conducta anticompetitiva desplegada por DIEGO DORADO RODRÍGUEZ actuando como representante legal del consorcio (que se reitera no es de recibo ese argumento toda vez que HÉCTOR EDUARDO RÍOS FUENTES y la FUNDACIÓN COLOMBIA VIVA son responsables de los actos cometidos por el CONSORCIO H&F a través de su representante legal), es claro que debieron haber actuado con mayor diligencia y conocer las actuaciones que se estaban presentando en el proceso de selección, con observancia de los principios generales de las actuaciones contractuales.

Así bien, no puede afirmarse que hubo una extralimitación en la actuación del representante legal del CONSORCIO H&F, ni escindirse como es pretendido los resultados de dicha representación. Si existieron irregularidades por parte del representante, en este caso el señor DIEGO DORADO RODRÍGUEZ, dichas irregularidades se realizaron en nombre y representación de su representado, quien no puede evadir su responsabilidad en el caso.

Lo anterior en el entendido de que la conducta investigada por esta Superintendencia fue el acuerdo colusorio entre el CONSORCIO H&F y VALME LTDA. y la consecuencia que generó en el mercado, y no el aspecto volitivo o el desconocimiento que HÉCTOR EDUARDO RÍOS FUENTES y la FUNDACIÓN COLOMBIA VIVA manifiestan haber tenido sobre las actividades que se estaban llevando a cabo, elementos que salen de la órbita del análisis del derecho de la competencia.

De esta forma, queda claro que la responsabilidad de HÉCTOR EDUARDO RÍOS FUENTES y la FUNDACIÓN COLOMBIA VIVA deviene del hecho de ser parte del CONSORCIO H&F, una de las partes del acuerdo anticompetitivo, y que su actitud negligente no sirve para exonerarlos de la responsabilidad por la realización del mismo.

COLUSIÓN EN LICITACIONES PÚBLICAS - Afectación al mercado

El derecho a la libre competencia ampara, como su propio nombre lo indica, al proceso competitivo en sí mismo y no a los competidores, como lo consideran erróneamente los investigados. Dicho esto, lo que hay que observar en este caso es que al CONSORCIO

Resolución No. 40875 de 2013

INVERSIONES DEL NORTE se le privó de competir libremente en el proceso de selección No. SA-03-06-2010, no que éste incurriera en unos daños económicos causados por los investigados.

En este sentido, la conducta investigada en la presente actuación -esto es, el acuerdo de dos agentes en el mercado para fijar precios en un proceso de selección público- por sí misma ya constituye un acto ilegal. Así lo indica el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, el cual recoge los acuerdos que pueden considerarse contrarios a la libre competencia.

Este Despacho entiende que VALME LTDA. y el CONSORCIO H&F llevaron a cabo un acuerdo que marcaba los precios a ofrecer por parte de cada uno dentro del proceso de selección desarrollado por la Gobernación de Arauca. Nótese que la norma en cuestión en ningún momento habla de daño económico a terceros (tanto competidores como el mercado en general), y menos aún como condición necesaria para probar la existencia de ilegalidad del mismo.

Además, la norma nunca especifica si los precios que fijan los agentes coludidos debe ser al alza o a la baja para ser considerada contraria a la libre competencia, por lo que el hecho de que el precio fijado por el CONSORCIO H&F haya sido inferior al de sus competidores no anula la ilegalidad del pacto.

PRINCIPIO DE BUENA FE - Aplicación en investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia

La aplicación de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas no tiene como requisito sine qua non que los agentes económicos obren de "buena o mala fe", pues precisamente la redacción y para el caso sub examine del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, rechaza las conductas que tengan por objeto "la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas". Es decir, no se requiere la intencionalidad en la conducta desplegada por los agentes económicos; basta simplemente demostrar la potencialidad de causar un daño -objeto-, independientemente del aspecto volitivo, de carácter doloso o culposo que hubiese podido tener el sujeto.

Así bien, en la presente actuación administrativa no se ha señalado que la actuación de los investigados hubiese sido dolosa; no obstante, tal circunstancia no exime de responsabilidad frente al incumplimiento de las normas que comprenden el régimen de protección de la libre competencia económica, pues como se desprende del contenido del pronunciamiento de la Corte Constitucional citado, el principio de buena fe no reemplaza las normas vigentes.

Aceptar una interpretación diferente de las normas de libre competencia equivaldría a exonerar de responsabilidad a aquella persona que realiza un cartel para aumentar los precios con la simple intención de beneficiar una industria que se encuentra pasando por un momento económico difícil, y sin la intención de perjudicar los consumidores, lo cual es a todas luces contrario al régimen de libre competencia.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA -
Resolución de Apertura - Periodo de investigación

En las actuaciones por infracción al régimen de protección de la competencia la resolución de apertura de investigación es aquella en la que se determina cuáles serán las conductas a investigar, con fundamento en algunas pruebas que sugieren que dichas conductas han tenido lugar. Dicha apertura, sin embargo, no es el escenario para establecer de manera rígida y exhaustiva todos los hechos que deban ser analizados por la Entidad para determinar la existencia de una conducta anticompetitiva, ni mucho menos para realizar el análisis final de los medios de prueba obrantes en el expediente, como lo es, para el presente caso, el análisis de las ofertas económicas presentadas por los investigados. De hecho, con la apertura de la investigación apenas comienza el proceso probatorio y el ejercicio bajo el cual la administración recogerá un conjunto de pruebas y testimonios que ratifiquen unas sospechas que se tienen al momento de la apertura, razón por la cual sería absurdo pensar que la administración debe contar con todos los elementos al momento de

Resolución No. 40875 de 2013

abrir la investigación, cuando lo que pretende la investigación es precisamente recolectar y analizar elementos que permitan desentrañar la verdad de un asunto.