

Bogotá D.C.,

10

Asunto: Radicación: 18-219855
Trámite: 113
Evento: 0
Actuación: 440

Respetado(a) Señor (a):

[Datos personales eliminados en virtud de la Ley 1581 de 2012]

De conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, “*por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”, fundamento jurídico sobre el cual se funda la consulta objeto de la solicitud, procede la **Superintendencia de Industria y Comercio** a emitir un pronunciamiento, en los términos que a continuación se pasan a exponer:

1. OBJETO DE LA CONSULTA.

Atendiendo a la solicitud por usted radicada de fecha 31 de agosto de 2018 en la que señala lo siguiente:

“La Secretaría de Infraestructura Física del Departamento de Antioquia durante el presente año ha desarrollado una gran cantidad de procesos de selección por Licitación Pública con el objeto de contratar las obras de infraestructura vial que serán financiadas con los recursos provenientes de la enajenación de la participación de la Nación en empresa ISAGEN S.A E.S.P, en este sentido y considerando que para la Gobernación de Antioquia es fundamental contar con herramientas que permitan prevenir y combatir los posibles hechos de corrupción en los procesos de contratación en trámite, nos permitimos requerir ante su Entidad se informen los lineamientos o instrumentos que se han oficializado con el objeto de contener y controlar las practicas colusivas c-n los procesos de selección a cargo de las Entidades Estatales.

Nos permitimos realizar las siguientes precisiones:

2. CUESTION PREVIA.

Reviste de gran importancia precisar en primer lugar que la **Superintendencia de Industria y Comercio** a través de su Oficina Asesora Jurídica **no le asiste la facultad de dirimir**

situaciones de carácter particular, debido a que, una lectura en tal sentido, implicaría la flagrante vulneración del debido proceso como garantía constitucional.

Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido en la Sentencia C-542 de 2005:

“Los conceptos emitidos por las entidades en respuesta a un derecho de petición de consulta no constituyen interpretaciones autorizadas de la ley o de un acto administrativo. No pueden reemplazar un acto administrativo. Dada la naturaleza misma de los conceptos, ellos se equiparan a opiniones, a consejos, a pautas de acción, a puntos de vista, a recomendaciones que emite la administración pero que dejan al administrado en libertad para seguirlos o no”.

En consecuencia, no le corresponde a esta Entidad pronunciarse sobre aspectos específicos, sin embargo se le suministraran las herramientas que le faciliten encontrar una solución a su inquietud.

3. SANA COMPETENCIA.

En un escenario de sana competencia, lo normal es que las empresas se encuentren en permanente pugna para procurar la conquista de un mercado de bienes o servicios, implementando para ello sus mejores esfuerzos y estrategias. Será entonces el mercado, un espacio propicio para que los agentes económicos en competencia provean a los consumidores de los bienes y servicios que guarden la mejor relación precio – calidad.

Esta sana competencia que se exige de los competidores en el mercado, no sólo se requiere para la conquista de los consumidores del sector privado, sino también cuando el Estado acude al mercado con el objeto de obtener los bienes y servicios que requiere para la prestación de los servicios públicos que la Constitución Política le ha asignado.

Cuando los agentes económicos, en su afán por conquistar a los consumidores, se apartan de la sana competencia y empiezan a realizar actos individuales o acordados con el fin de no competir, el sistema de mercado se distorsiona.

4. EL SISTEMA COLOMBIANO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

Mediante la Ley 1340 de 2009 se le concedió a la SIC la competencia privativa de las investigaciones administrativas, la imposición de multas, así como la adopción de las demás decisiones administrativas que deban tomarse por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia.

Para el cumplimiento de estos objetivos, las entidades gubernamentales encargadas de la regulación, control y vigilancia de todos los sectores y actividades económicas, le prestan a la SIC el apoyo técnico que le sea requerido.

En desarrollo de sus funciones, la SIC vela por la observación de las disposiciones sobre protección de la competencia, atiende las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y da trámite a aquellas que sean significativas, todo ello con la finalidad particular de alcanzar los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

5. LA IMPORTANCIA DE LA COMPETENCIA EFECTIVA EN LAS LICITACIONES

La colusión no es una conducta que afecta solamente a los demás oferentes que no participaron en un acuerdo colusorio, sino que consecuentemente tiene un impacto directo en el mercado al incrementar los precios de los bienes y servicios contratados, generando así desequilibrios en el gasto público. En efecto, los contratos estatales representan valiosas oportunidades de negocios para cualquier particular. Esta característica los hace nichos propicios para la colusión en virtud del tamaño de las contrataciones, los montos involucrados y la complejidad en la normatividad. Según estudios de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), las adquisiciones del sector público representan hasta el 15% del Producto Interno Bruto (PIB), lo que convierte a la contratación pública en un componente importante de la actividad económica de cualquier país, y hace a su vez urgente y necesario el diseño de políticas orientadas a la disminución y detección de la colusión en las licitaciones públicas.

5.1. La colusión como lesión a la competencia y aspectos generales.

El artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, define el acuerdo como todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas. De manera tal, que un acuerdo implica la existencia de unos hechos que permitan colegir un comportamiento consecuente de agrupación de objetivos y finalidades que se identifican entre sí, es decir, una actuación conjunta y mancomunada.

Por su parte, la colusión ha sido definida como la acción o efecto de coludir, es decir, el hecho o circunstancia de pactar en contra de un tercero. Sobre este punto ha precisado la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en sentencia del 26 de enero de 1995, que “las maniobras fraudulentas pueden provenir del acuerdo de las partes (colusión) para perjudicar a terceros, o de una de las partes para perjudicar a la otra”.

Entonces, cuando los oferentes coluden entre sí para distorsionar el proceso licitatorio, la adjudicación podría no ser el resultado de un proceso competitivo sino de un acuerdo ilícito que contraría la libre competencia, constituyéndose en una de las principales vías de defraudación al Estado. Eso es lo que en la doctrina se conoce con el nombre de colusión entre oferentes en licitaciones o concursos, también llamada bid rigging o collusive tendering, la cual se produce cuando empresas, que en ausencia de dicha colusión habrían competido sin compartir información entre sí, se ponen de acuerdo para elevar los precios o disminuir la calidad de los productos o servicios a ser proveídos a adquirentes interesados en obtenerlos mediante un proceso competitivo.

Según cifras de la OCDE, los carteles generan un sobreprecio estimado entre 10 y 20% comparado al precio en un mercado competitivo. Es por ello que en los últimos años, las autoridades de defensa de la competencia de diversos países han intensificado sus esfuerzos para identificar e imponer sanciones severas a fin de combatir estas prácticas anticompetitivas.

5.2. Los carteles en licitaciones.

Las licitaciones son un ambiente propicio para la actuación de los carteles, los cuales pueden adquirir varias formas:

5.2.1. Durante la elaboración de los pliegos de condiciones.

Se trata de una etapa vulnerable que puede prestarse para manipulaciones. Dentro de las prácticas más comunes se encuentra el intercambio de información entre los funcionarios y los futuros proponentes: con el fin de direccionar la adjudicación, se implanta un precio de oferta muy bajo, garantizando así la adjudicación, pero estableciendo posibilidades dentro del contrato para reestablecer su equilibrio o extender su tiempo de ejecución, entre otras conductas.

5.2.2. Durante la presentación de ofertas.

Si bien, identificar la existencia de un acuerdo colusorio no es fácil, pues su característica principal es la clandestinidad con la que obran sus participantes, se han podido identificar algunos esquemas de manipulación de licitaciones que suelen utilizar los proponentes:

Posturas encubiertas (cover bidding): Se produce cuando los individuos o empresas acuerdan presentar ofertas que contienen, a lo menos algunas de las siguientes características: (1) un competidor acuerda presentar una oferta que es más elevada que la oferta del ganador previamente determinado en el acuerdo, (2) un competidor presenta una oferta que es ostensiblemente más elevada que las demás, (3) un competidor presenta una oferta con condiciones que serán claramente inaceptables para el contratante. En general, apuntan hacia la presentación de ofertas que no tienen la posibilidad de obtener la adjudicación, ya sea por los altos precios o por no cumplir con las exigencias realizadas por la entidad.

Supresión de ofertas: En esta clase de esquemas los competidores acuerdan la abstención de uno o más competidores, o el retiro de las ofertas presentadas a fin de que la adjudicación necesariamente se le otorgue a un proponente que hace parte de la colusión.

Rotación de ofertas: En éstas, las empresas coludidas continúan con el proceso licitatorio pero acuerdan turnos para ganar.

Asignación de mercado: Se produce una repartición de mercado o de zonas geográficas entre los competidores.

5.2.3. Durante la ejecución del contrato.

La experiencia indica que en ocasiones los proponentes, con el objeto de camuflar acuerdos colusorios durante la ejecución del contrato, acuden a múltiples técnicas, tales como la subcontratación para vincular a los demás postulantes que no fueron escogidos o la utilización de la figura de la cesión del contrato, entre otras.

5.3 La contribución de las entidades contratantes en la lucha contra la colusión.

Las adquisiciones del sector público de bienes y servicios entregan al Estado un poder financiero enorme, en tanto, en su desarrollo, se involucran grandes volúmenes de capital. Esto, por una parte, hace mucho más agresiva la competencia entre las empresas, pero, por otra, propicia conductas que, a la luz de los fines de la contratación pública, pueden ser contrarias a los principios de ésta.

Dotar de confianza al oferente privado debe ser uno de los objetivos buscados por la Administración. Un escenario de desconfianza propicia que oferentes capacitados se abstengan de licitar por no encontrar protegidos sus intereses. En Colombia por ejemplo, según la Encuesta de Probidad 2006, el 84,4% de los empresarios se abstiene de participar en procesos de contratación con el Estado porque considera que la competencia no es justa. Por ello, de manera conjunta, cada una de las entidades encargadas de la contratación del Estado debe buscar que las ofertas sean valoradas a partir de mecanismos de selección justos, en donde sea la oferta más adecuada a las necesidades de la Administración la que resulte seleccionada y no aquella fruto de un acuerdo entre los proponentes.

5.4 ¿Cómo poder identificar una conducta colusiva?

Aunque existen dificultades para su detección, es necesario que los funcionarios públicos se mantengan alerta durante todo el proceso de contratación, identificando ciertas señales que pueden indicar su presencia:

5.4.1. Señales de advertencia en la etapa de presentación de ofertas en licitaciones públicas.

Identificar patrones extraños en la manera como las empresas presentan sus ofertas, la frecuencia con la que son o no seleccionadas, la clase de licitaciones a las que se presentan, entre otras conductas que pueden levantar sospechas.

- Un mismo proveedor es el que frecuentemente presenta la mejor oferta.
- Parece existir un reparto geográfico entre los oferentes (algunas empresas solamente presentan ofertas en cierta parte del territorio colombiano aunque estarían en capacidad de presentarse en otra región).
- Ciertos proponentes desisten inesperadamente de participar de la licitación.

- Hay un claro patrón de rotación entre los vencedores de las licitaciones.
- Empresas que a pesar de encontrarse calificadas para licitar, no acostumbran a presentar propuestas a una determinada entidad pública, aunque sí lo hagan para otra.
- Ciertos proponentes presentan propuestas frecuentemente pero nunca resultan adjudicatarios.
- El participante vencedor repetidamente subcontrata el trabajo de oferentes no adjudicatarios.
- Licitantes que tendrían condiciones para participar aisladamente del concurso presentan propuestas en consorcio o unión temporal.
- El proponente al cual es adjudicada la licitación, desiste o cede el contrato, y posteriormente aparece como subcontratista.
- Los competidores regularmente socializan o celebran reuniones días antes del cierre de la licitación.

5.4.2 Señales de advertencia en la documentación presentada.

- Las propuestas presentadas contienen los mismos errores de ortografía, correcciones o tachaduras.
- Los fondos con los cuales se pagan los pliegos de condiciones o las pólizas de seguros provienen de una cuenta conjunta de los oferentes.
- Las propuestas presentadas por distintos oferentes se redactan de manera semejante, con similar papelería, tipografía o formatos.
- Los documentos presentados por uno de los proponentes hacen referencia expresa a las ofertas de otros competidores, utilizan el membrete, dirección o fax de otro de los participantes.
- Se presentan coincidencias en la relación de personal que presentan distintos oferentes.
- Ofertas de distintas empresas contienen errores de cálculo similares, o valores coincidentes o equivalentes.

5.4.3 Señales de advertencia relacionadas con el precio.

Existen patrones que sugieren que las empresas pueden estar coordinando sus propuestas, ya sea para incrementar los precios o excluir a algún otro oferente. En estos casos hay circunstancias que pueden evidenciar la existencia de un cartel:

- Hay un margen de precios extraño y poco racional entre la propuesta vencedora y las otras propuestas.

- Algunos licitantes presentan precios muy diferentes en las diversas licitaciones en las que participan, a pesar de que el objeto y las características de las licitaciones sean coincidentes.
- Se presentan diferencias significativas entre el precio de la oferta ganadora y el precio de las otras ofertas.
- Los precios presentados en una oferta son significativamente diferentes a otra presentada en un proceso licitatorio similar en la misma época.
- Empresas locales y no locales determinan costos de transporte similares.
- Las propuestas de algunos oferentes presentan variaciones de precios mínimas.
- El valor de las propuestas es significativamente reducido cuando un nuevo competidor entra en el proceso (probablemente no integrante del acuerdo).

5.4.4 Señales de advertencia en cualquier momento.

- Las observaciones presentadas por la Administración a las ofertas son similares o idénticas.
- Las propuestas son presentadas por distintos oferentes en tiempos sucedáneos antes del cierre de la licitación.
- Una empresa presenta su oferta y la de un competidor.
- Los oferentes se han unido frecuentemente a través de uniones temporales o consorcios para participar en otras licitaciones.
- Una empresa adquiere los pliegos de condiciones para sí y para un competidor.
- Los proveedores socializan constantemente o sostienen reuniones frecuentemente.

Si bien, las anteriores son conductas indicativas de la presencia de un acuerdo colusorio, no son suficientes para determinar su existencia. Probablemente, un patrón constante de conductas sospechosas que se extiendan en el tiempo sería un indicador más eficaz de la existencia de una conducta colusiva.

6. CIRCUNSTANCIAS QUE FACILITAN LA CONSOLIDACIÓN DE ACUERDOS COLUSORIOS.

Varios son los factores que podrían hacer más probable la colusión entre oferentes, sin que para su existencia se exija la presencia de todos ellos.

Concentración de mercado. Este factor apunta a la existencia de una mínima cantidad de oferentes, lo cual hace casi nugatoria la competencia, puesto que es regla, de vieja data conocida, que entre más oferentes menores serán las posibilidades de que se concrete un acuerdo colusorio. Así mismo, entre menos oferentes existan, menores serán los costos que se tendrán que implementar para mantener un cártel sostenible, se podrán establecer controles que serán respetados por todos los participantes y las sanciones por su incumplimiento podrán imponerse con mayor efectividad.

Barreras a la entrada. El establecimiento de barreras para los nuevos participantes, protegen a las empresas que se encuentran en el mercado de la presión competitiva de nuevos oferentes. Si bien el establecimiento de unas condiciones mínimas para licitar pueden asegurarle a la administración un oferente medianamente apto, el establecimiento de requerimientos excesivos podría llevar a restringir la participación de otros oferentes de manera innecesaria.

Licitaciones repetidas o frecuentes. Esto ocurre cuando la Administración acude a documentos marco, que oferentes frecuentes pueden conocer.

Estabilidad en las condiciones en el mercado. Si la demanda o la oferta fuesen impredecibles, volátil o desiguales, se lograrían desestabilizar los acuerdos colusorios.

Productos homogéneos sin sustitutos cercanos. En estos casos los individuos o empresas se sienten más seguros cuando saben que el comprador cuenta con pocas opciones, lo que posibilitará la elevación de precios en sus propuestas.

Consortios o uniones temporales. Si bien son figuras lícitas, que han sido concebidas para la facilitación de esfuerzos entre los individuos o las empresas competidoras, en ocasiones pueden resultar un instrumento idóneo para prácticas anticompetitivas, en la medida en que son un escenario ideal para el intercambio de información por parte de los integrantes de los mismos.

7. PENALIDADES A LOS MIEMBROS DE UN ACUERDO COLUSORIO.

El numeral 9° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, considera contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos: “9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos, o los que tengan como efecto la distribución de adjudicación de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas”.

El régimen actual de protección de la competencia, amplía su espectro de aplicación, en la medida en que la Ley 1340 de 2009, establece la posibilidad de aplicar el régimen sancionatorio a todo aquel que afecte o pueda afectar el desarrollo de las actividades económicas, independientemente de su forma o naturaleza jurídica. En esa medida, asociaciones y otras entidades que no participan de actividades comerciales podrán ser sancionadas.

Las sanciones por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial, las derivadas de su aprobación bajo condiciones o las de terminación de una investigación por aceptación de garantías, consistirán en la imposición de multas por cada violación y respecto de cada infractor, que en caso de ser una persona jurídica podrá ser hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta el 150% de la utilidad derivada de la conducta. Mientras que para las personas naturales que colaboren, faciliten, autoricen, ejecuten o toleren dichas conductas, incluyendo a los administradores y representantes legales, las multas serán hasta de 2.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción.

Por su parte, la Ley 80 de 1993 establece la responsabilidad de los servidores públicos, contratistas y consultores por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a la entidad o a los contratistas, casos en los cuales deberán resarcir los daños ocasionados. Los servidores públicos son adicionalmente sujetos a responsabilidad disciplinaria.

8. PROCEDIMIENTO DE LA SUPERINTENDENCIA.

Cuando recibe una denuncia o inicia una actuación de oficio, la Delegatura para la Protección de la Competencia, de la SIC, verifica si hay indicios suficientes que justifiquen una investigación y si la materia a ser investigada está en el ámbito de su competencia legal. Analizados estos aspectos, el Delegado para la Protección de la Competencia decidirá acerca de su admisibilidad.

Durante el trámite de la averiguación preliminar aún no existen “partes” en la medida en que aún no existe proceso; en esta etapa, la SIC a través de la Delegatura para la Protección de la Competencia, busca recabar los elementos de juicio necesarios para determinar la posible existencia de una infracción al régimen de competencia y la justificación de iniciar una Investigación. Durante su tramitación, la SIC puede realizar requerimientos, solicitar el suministro de datos, informes, libros y papeles del comerciante, interrogar bajo juramento, así como practicar visitas de inspección sin previo aviso a las empresas.

Una vez culminada la averiguación preliminar, la Delegatura para la Protección de la Competencia decidirá si inicia investigación o archiva la averiguación preliminar. La resolución que ordena la apertura de investigación por la presunta violación de las normas sobre protección de la competencia se notifica a los investigados, para que soliciten las pruebas que pretendan hacer valer y fijen un aviso de amplia circulación informando sobre el inicio de la investigación, con el fin de que los interesados intervengan aportando las consideraciones y pruebas que estimen pertinentes.

Instruida la investigación, el Delegado para la Protección de la Competencia presenta al Superintendente de Industria y Comercio un informe motivado respecto de si ha habido una infracción, del cual se correrá traslado a los investigados para que presenten las observaciones que consideren pertinentes. Una vez vencido dicho traslado, el Superintendente adoptará una decisión definitiva, previa convocatoria del Consejo Asesor, cuando sea obligatoria su consulta. Contra dicha resolución procederá el recurso de reposición, el cuál será decidido por el Superintendente.

Adicionalmente a estas facultades, la Ley 1340 de 2009 ha creado la figura de la Abogacía de la Competencia, en virtud de la cual la SIC podrá rendir concepto previo sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia de los mercados.

9. ¿CÓMO SE COMBATE LA COLUSIÓN EN LAS LICITACIONES?

Son innumerables las estrategias que se pueden implementar para disminuir los riesgos de colusión en las adquisiciones públicas, entre ellas destacamos:

- Adopción de políticas internas de las empresas licitantes para evitar la colusión, como requisito previo para hacer parte del concurso o licitación.
- Establecimiento de campañas educativas por parte de las entidades contratantes, acerca de lo que se entiende por colusión, sus repercusiones en la competencia, así como de las sanciones por incurrir en la misma.
- La introducción de cláusulas en los pliegos de condiciones que permitan disminuir, por haber sido sancionado por violación de las normas de libre competencia, un porcentaje del total del puntaje obtenido por parte del proponente. Por ejemplo, disminuyendo en 10 puntos por conductas contrarias a la competencia y con 15 puntos por incurrir en conductas colusorias.
- Que exista proporcionalidad entre los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y el objeto a contratar, por ejemplo, es común observar pliegos en los que se producen excesos en los requisitos de experiencia, organización de la empresa, capacidad financiera, entre otros.
- Seguimiento especial a la contratación realizada por entidades territoriales, pues en ocasiones no cuentan con las herramientas ni el conocimiento necesario para detectar la presencia de conductas colusorias.
- Ejercer un control sobre la ejecución del contrato también podría ser una medida a tomar, evaluando en qué casos podría permitirse la subcontratación o cesión de contratos a otros oferentes.

- El control previo de determinados pliegos de condiciones por parte de la autoridad encargada de la defensa de la competencia, para impedir el establecimiento de cláusulas que afecten la libre competencia.

10. ¿QUÉ PASOS SE DEBEN SEGUIR EN CASO DE IDENTIFICAR O SOSPECHAR DE UN ACUERDO COLUSORIO ENTRE OFERENTES EN UNA LICITACIÓN?

Si usted sospecha que un acuerdo colusorio puede estarse produciendo, hay varios pasos que se deben seguir a fin de descubrirlo y ponerle fin:

- Conozca las normas vinculadas a la colusión entre oferentes en licitaciones.
- No discuta sus sospechas con miembros de las empresas sospechosas.
- Guarde en un lugar seguro todos los documentos relacionados con la licitación, especialmente la correspondencia, sobres y registros de comunicaciones, entre otros.
- Realice un registro detallado de todas aquellas conductas y declaraciones sospechosas.
- Informe acerca de sus sospechas a la SIC.

Finalmente le informamos que algunos conceptos de interés general emitidos por la Oficina Jurídica, así como las resoluciones y circulares proferidas por ésta Superintendencia, las puede consultar en nuestra página web <http://www.sic.gov.co/Doctrina>.

En ese orden de ideas, esperamos haber atendido satisfactoriamente su consulta, reiterándole que la misma se expone bajo los parámetros del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, esto es, bajo el entendido que la misma no compromete la responsabilidad de esta Superintendencia ni resulta de obligatorio cumplimiento ni ejecución.

En la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Industria y Comercio estamos comprometidos con nuestros usuarios para hacer de la atención una experiencia de calidad. Por tal razón le invitamos a evaluar nuestra gestión a través del siguiente link <http://www.encuestar.com.co/index.php/2100?lang=esQ%>

Atentamente,

JAZMIN ROCIO SOACHA PEDRAZA
JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA

Elaboró: XXX
Revisó: Rocío Soacha
Aprobó: Rocío Soacha