



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y EMPRESARIALES

**Implementación de medidas para fomentar la competencia
de proveedores en las contrataciones con el Estado**

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de
Economista

Renzo Rafael Villanueva Urcia

Revisor:
Mgtr. Harry Omar Patrón Torres

Piura, mayo de 2022

Declaración Jurada de Originalidad del Trabajo Final

Yo, Renzo Rafael Villanueva Urcia, egresado del Programa Académico de Economía de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Piura, identificado(a) con DNI: 43405338, declaro que:

Soy autor del trabajo final titulado:

“Implementación de medidas para fomentar la competencia de proveedores en las contrataciones con el Estado”

El mismo que presento bajo la modalidad de Trabajo de suficiencia profesional para optar el Título profesional de Economista.

El texto de mi trabajo final es original y no vulnera los derechos de terceros o, de ser el caso, derechos de los coautores, incluidos los derechos de propiedad intelectual, datos personales, entre otros. En tal sentido, el texto de mi trabajo final no ha sido plagiado total ni parcialmente, para lo cual, he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas. Asimismo, el texto del trabajo final que presento no ha sido publicado ni presentado antes en cualquier medio electrónico o físico; y que la investigación, los resultados, datos, conclusiones y demás información presentada que atribuyo a mi autoría son veraces.

En caso de detectarse el incumplimiento de lo declarado asumo frente a terceros, la Universidad de Piura y/o la Administración Pública toda responsabilidad que pueda derivarse por el trabajo final presentado. Lo señalado incluye responsabilidad pecuniaria incluido el pago de multas u otros por los daños y perjuicios que se ocasionen.

La asesoría del trabajo estuvo a cargo de los siguientes docentes de la Universidad de Piura:

- Mgtr. Harry Omar Patrón Torres, identificado con DNI: 07251849

Declaro que:

Luego de haber empleado el software de coincidencia Turnitin, revisado las fuentes de información señaladas por el autor, y en razón de mi (nuestra) experiencia como investigador(es), declaro (declaramos) que las ideas expuestas en el trabajo final alcanzan las condiciones de calidad, integridad y originalidad acorde a los objetivos institucionales y estándares en materia de investigación. Finalmente, no asumo (asumimos) responsabilidad por la posible vulneración de derechos de autor en el trabajo final referido, pues tal responsabilidad es exclusiva del autor.

Fecha: 02/05/2024.



Firma del autor¹



Firma del asesor¹

¹ Firma idéntica al DNI. No se admite digital, salvo certificado.



Dedicado especialmente
a mis hijos Cesia y Booz; también
a todos los que me han apoyado.



Como cristiano, agradezco a Dios
por cuidar de mí y mi familia
en esta pandemia
y porque a pesar de la crisis
me brinda esta gran oportunidad.

Resumen

El presente estudio, tuvo como finalidad analizar la Implementación de medidas para fomentar la competencia de proveedores en las contrataciones con el Estado, teniendo en cuenta Nuestra carta magna, en su citado Art. 76 instituye que debe existir la denominada obligación de la contratación con las licitaciones públicas; por ende, cuando una entidad del Estado desea adquirir o llegar a dar un contrato deberá realizar un proceso de selección donde concurren y compiten distintos proveedores, encontrando que cuando se utilizan criterios de adjudicación que no solo se basan en el precio, sino también en la calidad, la innovación y otros factores relevantes, se busca asegurar que los bienes, servicios y obras adquiridos cumplen con estándares elevados. Estos criterios pueden incluir la evaluación del cumplimiento de plazos en contratos previos, la solidez financiera de la empresa, y su compromiso con la responsabilidad social y ética. Además, los criterios de adjudicación pueden ser diseñados para premiar los ahorros obtenidos durante la ejecución del contrato y minimizar la necesidad de modificaciones posteriores a la adjudicación. También es importante estar atento a las posibles renegociaciones para mantener la integridad del proceso de contratación.

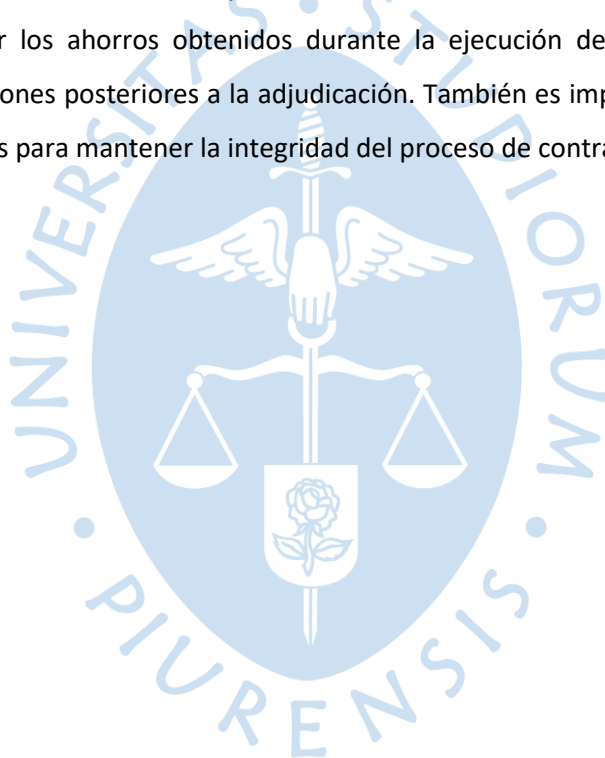
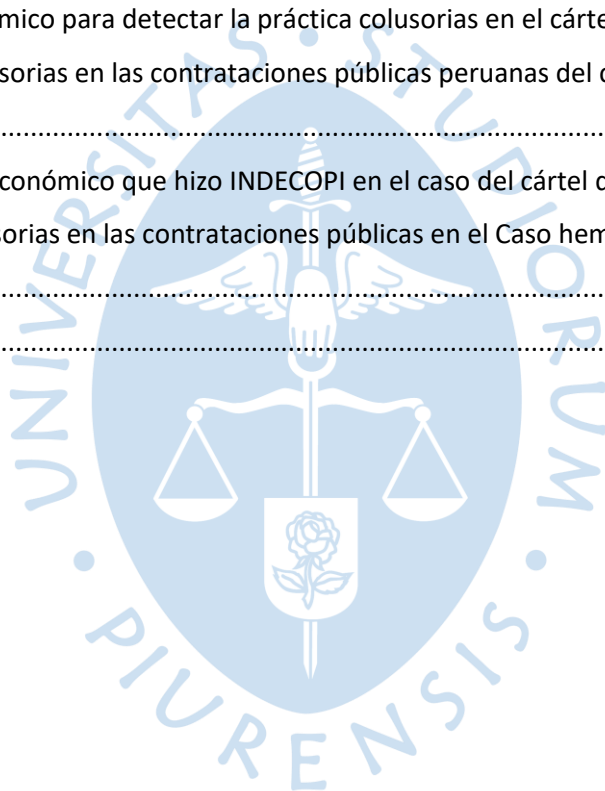


Tabla de contenido

Introducción	10
Capítulo 1. Mi experiencia laboral	11
Capítulo 2. La ley de contrataciones con el Estado (LCE) en el Perú.....	13
2.1 La ley 30225, el reglamento del LCE y sus modificatorias	13
2.2 El DL. 1444 que modifica la Ley 30225 y su Reglamento	20
2.3 El plan anual de contrataciones	22
2.4 Requisitos para convocar un procedimiento de selección.....	23
2.5 Preparación, conducción y realización del procedimiento de selección.....	24
2.6 La promoción de la competencia en las contrataciones con el Estado.....	26
2.7 El TUO de la Ley 30225 y la promoción de la competencia.	26
2.8 El TUO de la LCE y la excepción del procedimiento de selección.....	28
2.9 El complejo proceso para contratar con el Estado y la presencia de actos de corrupción	30
2.10 Principales conductas anticompetitivas en los procedimientos de selección determinadas por el INDECOPI	34
2.11 La competencia en las contrataciones públicas	35
2.11.1 Mercados expuestos a poca competencia y a conductas anticompetitivas.	37
2.12 El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) establece medidas para fomentar la libre competencia.....	39
2.12.1 Fomentar las compras corporativas.....	40
2.12.2 Evitar posibles casos de direccionamiento y requisitos desproporcionados.....	40
2.12.3 Elegir factores de evaluación que respondan al objetivo de la contratación y favorezcan la competencia.....	40
2.12.4 Mantener una comunicación fluida con la autoridad de competencia.	41
2.13 La colaboración entre la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos y el Seguro Social de Salud em contra la colusión en las compras públicas en el Perú.....	41
2.14 EsSalud solicita la asesoría de la OCDE.....	42
2.15 Alineación del régimen de compras de EsSalud con las buenas prácticas de la OCDE	43
2.15.1 Generar inteligencia de mercado	44
2.15.2 Mejorar las fuentes de investigación de mercado y el compromiso con los proveedores.....	46
2.15.3 Recomendaciones para el diseño de compras planificadas y la recolección de información	48
2.16 Segunda Recomendación General: Maximizar del número de licitadores competidores	49
2.16.1 Priorizar licitaciones competitivas.....	49

2.16.2 Reducir el tiempo de la contratación y los costos de licitación con especificaciones y documentos de licitación estándar	50
2.16.3 Identificar ofertas conjuntas anticompetitivas	51
2.16.4 Dividir contratos en lotes	53
2.16.5 Continuar el uso extendido de las compras electrónicas.....	55
2.16.6 Garantizar la simplicidad de la inscripción en el Registro Nacional de Proveedores....	56
2.16.7 Analizar ofertas de compañías relacionadas.....	57
2.16.8 Acciones recomendadas para Maximización del número de licitadores competidores	57
2.17 Casos de colusión en las compras públicas en el Perú	58
2.18 Marco Normativo para reprimir conductas anticompetitivas en el Perú	58
2.19 Análisis económico para detectar la práctica colusorias en el cártel de la construcción	59
2.20 Prácticas colusorias en las contrataciones públicas peruanas del cártel de la construcción	60
2.20.1 Análisis económico que hizo INDECOPI en el caso del cártel de la construcción.	68
2.21 Prácticas colusorias en las contrataciones públicas en el Caso hemodiálisis.....	74
Conclusiones.....	76
Referencias.....	81



Lista de tablas

Tabla 1. Detalle de la multa a las empresas sancionadas 62

Tabla 2. Detalle de las licitaciones del MTC donde se produjo la concertación..... 64



Lista de figuras

Figura 1. XI encuesta nacional anual sobre percepciones de corrupción.....	32
Figura 2. Gasto en contratación pública total del gobierno 2007 y 2017.....	33
Figura 3. Gasto en contratación pública como porcentaje del PIB, 2007 y 2017 de cada país.....	33
Figura 4. Diferentes formas de manipulación de licitaciones.....	52
Figura 5. Parámetros estimados y errores estándar del efecto de la colusión y otras variables explicativas en la determinación de las ofertas económicas.....	71
Figura 6. Medidas de tendencia y dispersión en cada caso.....	73
Figura 7. Distribución de BID por tipo.....	73



Introducción

Nuestra carta magna, en su citado Art. 76 instituye que debe existir la denominada obligación de la contratación con las licitaciones públicas; por ende, cuando una entidad del Estado desea adquirir o llegar a dar un contrato deberá realizar un proceso de selección donde concurren y compiten distintos proveedores. Esto permitirá elegir la oferta técnica y económica que reúna la mejor condición de calidad, plazo y precio; y qué, además cumple con el objetivo público para la cual ha sido contratada.

En ese sentido el presente trabajo nos enseñará como la norma para contratar con el Estado, se basa en su TUO, el cual tiene su respectiva modificatoria para el proceso de contratación en el Perú, además, nos muestra cuales son las prácticas anticompetitivas más comunes dentro del Estado y si éstas, dentro del marco normativo existente, han afectado o no las compras públicas en el Perú.

Expondremos también los esfuerzos del INDECOPI para para que se logre prevenir, detectar y finalmente llegar a una sanción de estos casos en contra de la libre competencia y recogeremos las sugerencias que el OCDE brinda ESSALUD para aplicarlas en las compras públicas de manera general a todas las entidades públicas del Perú.



Capítulo 1. Mi experiencia laboral

La experiencia laboral del autor proviene principalmente del sector público como se detalla a continuación:

Desde junio del presente año hasta la actualidad el autor se desempeña como gestor de articulación en la región de Amazonas la misma que pertenece al Ministerio de Cultura, trabajando con población Awajún y Wampis que viven en la zona; la función principal que desarrolla el autor es de asesoramiento y acompañamiento técnico, ayudándoles a comprender el estado situacional de sus proyectos de inversión, realizando constantemente visitas a las comunidades nativas para recopilar las principales necesidades que tienen, articula con entidades del Estado acciones de sensibilización en cuanto a la pandemia y apoyos sociales para casos de extrema emergencia, nosotros somos la presencia del Estado en las comunidades indígenas.

De junio de 2018 a diciembre de 2018 el autor ha laborado en el Municipio de la provincia de Bagua y el Municipio del distrito de El Parco como gerente municipal; siendo una de mis funciones actualizar los documentos de gestión, administrar de forma directa la ejecución de una obra complementaria, logramos una ejecución presupuestal de 97.3 %; gestionar las licitaciones públicas con dos obras y con ello liderar los procesos de transferencia municipal. La municipalidad recibe un fondo de compensación municipal de 480 mil soles al año y con ese presupuesto dejamos ocho proyectos de inversión con expedientes técnicos viables a la siguiente gestión.

De junio de 2015 a diciembre de 2017 el autor trabajó en la universidad nacional intercultural de Bagua, desempeñándome como técnico en el proceso de licenciamiento en donde elaboré diversos documentos de gestión como el Proyecto Institucional Universitario, el estudio de mercado de las carreras que oferta la universidad, el plan estratégico Institucional y documentos complementarios para el levantamiento de observaciones. En dicha entidad fui responsable de consolidar el expediente de licenciamiento que fue presentado a la SUNEDU.

La universidad ofrece la mitad de sus vacantes a estudiantes provenientes de pueblos originarios, principalmente Awajún y Wampis; la otra mitad de vacantes se otorga a estudiantes mestizos. El 2018 consigue la licencia para ofertar el servicio académico y dentro de los documentos de gestión que sirvieron como medios de verificación se encuentran los elaborados por mi persona.

De octubre de 2013 a mayo de 2015 trabajé en el Programa Nacional Pensión 65, como gestor de la provincia de Bagua efectuando las ejecuciones vinculadas por las gestiones que guardan relación con la vinculación a los procesos en las afiliaciones de la notificación, con ello se verifica las supervivencias y las transferencias a los usuarios, así como con las intervenciones que son complementarias cuando se realice los programas oportunos.

De enero de 2011 hasta julio de 2012 trabajé en la Municipalidad de Bagua ocupando dos cargos, el primero como gerente de servicios comunales y desarrollo social donde realizamos la tarea

de llegar a gestionar los servicios públicos en la limpieza y los ornatos, seguridad ciudadana, policía municipal, mercado y camal municipal. así mismo fui responsable de supervisar el programa social como son el vaso de leche y el programa de complementación alimentaria lleguen a los más pobres. El segundo cargo fue como gerente de administración y finanzas, desde allí, administramos los recursos públicos conforme a ley y supervisamos a la unidad en los abastecimientos y los controles patrimoniales en las adquisiciones de cada bien/servicio a los que se refiere, estableciendo una gestión adecuada de recursos humanos en la entidad. En el municipio participé como miembro de varios comités para seleccionar los procesos de contratación.

En resumen, durante mi experiencia laboral, como egresado de la Universidad de Piura he contribuido con el desarrollo técnico y social de las entidades donde laboré.



Capítulo 2. La ley de contrataciones con el Estado (LCE) en el Perú

En el Perú existe una ley que regula cada proceso de contratación de un bien/servicio en las entidades públicas, con la Carta Magna peruana; la cual en el art. 76⁴ ha establecido que debe existir la obligatoriedad de contratación y la licitación pública; por tanto, cuando una entidad del Estado desea contratar o adquirir un bien/servicio u obra, deberá realizar procedimientos para seleccionar en el que compitan o concurran diversos proveedores, de manera que se seleccione a aquel con una oferta económica y técnica reúna la mejor condición, referido a la calidad, plazo y costo que garantice atender a sus operaciones y funciones esenciales, en cada costo adecuado, y en el tiempo oportuno; así mismo, indica que será la ley la que determine los procedimientos, excepción y la respectiva responsabilidad (Morón Urbina, 2018, p.120-121).

En el Perú existe una disposición y lineamiento vigente que debe realizar cada entidad perteneciendo al sector público en el proceso de un bien/servicio, consultoría u obra que realice que se encuentran determinados, en la Ley N.º 30225, LCE, vigente desde el once de julio del 2014, y las posteriores modificaciones, contemplados por el TUO de la Ley N.º 30225, con aprobación mediante el DS. N.º 082-2019-EF, publicado en el diario oficial de la Nación, formulado un 13/03/2019 y especificados en el Reglamento de la LCE, que se aprobó con el DS. N.º 344-2018-EF, el mismo que llega a encontrar en vigencia del 30 de enero de 2019, y su modificatorias. (Organismos Superior de las Contrataciones con El Estado [OSCE], 2021).

Anteriormente se han publicado otras leyes de contrataciones, sus correspondientes reglamentos y textos únicos ordenados, con sus respectivas modificatorias, que fueron derogadas, con la actual LCE y que merecen ser mencionadas con la finalidad de conocer los diversos intentos por concretar la obligación de la licitación y contrata Pública (Carta Magna del Perú, 1993).

2.1 La ley 30225, el reglamento del LCE y sus modificatorias

La ley 30225 - LCE, publicada el 08/07/2014 y estuvo vigente en los 30 días, mismos que son contados desde que se aprobó en su reglamento y en el cual derogaría al DL. 1017 y norma modificatoria; así como la primera⁵ y tercera, disposición complementaria final del DL. 1018.

Latorre Boza (2019) indica que la norma marco uno de los hitos más importantes desde que se promulgo la 1^{ra} norma en la contratación y adquisición del Estado, Ley N.º 26850, por lo que se están produciendo los fundamentales en algunos puntos que, tradicionalmente, se han conservado, aunque,

⁴ Artículo 76. ° Obligación en contratar licitaciones públicas. Las ejecuciones de las obras y las compras de los suministros utilizando recursos públicos deben realizarse mediante contratos y licitaciones públicas, lo que también se aplica a la compra o venta de bienes. La Ley de Presupuesto estipula que los servicios y proyectos de relevancia y monto significativo deben contratarse mediante los concursos públicos. Las normativas detallan los procesos, excepciones, como también las responsabilidades correspondientes.

⁵ Primera. - Las compras y contrataciones realizadas por Gobiernos Regionales y Locales se encuentran excluidas de esta normativa, aunque pueden optar a participar en las modalidades indicadas en el artículo 2.

con los acontecimientos presentados a nivel nacional e internacional, estaba claro que era necesario un cambio.

En ese sentido los cambios más importantes que trae consigo son:

El propósito de la ley establecerá normas dirigidas a la maximización del valor de cada recurso público de tal manera que la contratación de bien/servicio se realice basadas en el enfoque de gestión basados en los resultados, es decir de forma no inoportuna, y en base a una mejor condición de la condición y precio, incidiendo de manera positiva en la condición de vida de cada ciudadano.

El principio que rige la contratación y que sirve como uno de los criterios interpretativos e integradores al aplicar la ley presente y su reglamento, sirviendo de parámetros cuando existan contratando, los mismos que han reducido bajo los 13 principios a los 9 siguientes: equidades, sostenibilidades sociales y ambientales, vigencias tecnológicas, eficiencias y eficacias, competencias, publicidades, libertad de concurrencia, igualdad en los tratos, transparencia.

La LCE se aplica a la contratación realizada por cada Entidad que asume el pago de cada fondo público; y, establece de forma clara el supuesto para no aplicar la norma y casos en que, a pesar de que no está en el ámbito aplicativo, se sigue rigiendo en criterios de supervisión a cargo del OSCE. Al momento de la vigencia de la LCE, cada entidad contrata de manera directa, sin la aplicación de procedimientos de contratación hasta 8 Unidades Impositivas Tributarias (UIT)

Por otro lado, están exceptuados de la norma, siendo supervisados por el OSCE, la contratación de cada proveedor no domiciliado en el país, siempre y cuando este sustentada la imposibilidad de contratar mediante un método previsto en la normativa.

El proceso para contratar es organizado por cada organismo, teniendo como destino a los fondos del estado que se le asignan; sin embargo, a través del convenio de la entidad podrán darse como encargo a otra las acciones del procedimiento, preparándolas para su selección pero es necesario precisar que debe aclararse la diferencia con los convenios del literal c del Art. 5, los cuales esta excluidos del ámbito aplicativo y en ningún caso son empleados para que se encarguen de realizar las actuaciones del procedimiento y/o preparatorias de selección⁶.

La ley establecerá los criterios de responsabilidad, Las actuaciones de los sujetos intervinientes en los procesos de contrataciones, por o con encargo a la entidad, las cuales deberán realizarse de manera eficiente, incrementando recursos del estado que se llegan a invertir, bajo los enfoques de la administración basada en resultados, mediante los cumplimientos en las disposiciones que son estipuladas ante la ley y principios, sin llegar hacer los prejuicios en las discrecionalidades otorgadas.

Se podrán realizar compras corporativas en donde varias entidades consolidan la contratación de un servicio o bien para que puedan cubrir las urgencias comunes, y de acuerdo con lo que se

⁶ Se aceptan convenios de colaboración o similares entre gobiernos, siempre que se ofrezcan bienes, servicios u obras relacionadas. con su función legal y sin multas de lucro.

establece en el reglamento. Además, cada entidad participa de manera obligatoria en las compras de la organización, siendo responsable la Central Perú Compras.

En ella se encuentran encargadas por los procesos en los cuales existe una contratación en la Entidad:

a) Titular de la Entidad⁷ de acuerdo con sus normas organizativas, es el Titular, quien lleva a cabo las responsabilidades establecidas en las legislaciones y sus reglamentos en las aprobaciones, autorizaciones y las supervisiones de las gestiones para la adquisición de bienes, servicios o proyectos.

b) El Área Usuaria es la unidad que tiene necesidades que deben ser satisfechas mediante una contratación específica, o que, por su especialización y responsabilidades, canalizando los requisitos de otras dependencias. Esta área aporta en la planificación de las contrataciones y se encarga de realizar la verificación técnica de las adquisiciones solicitadas antes de su aprobación.

c) El Órgano responsable es la unidad o estructura organizativa que gestiona el abastecimiento dentro de una Entidad, incluyendo la administración de los contratos. Además, puede formar comités de selección, que son grupos responsables de elegir al proveedor adecuado para el bien, servicio u obra solicitados por el área usuaria en una contratación específica, siendo su composición y responsabilidades definidas en el reglamento.

Nuestra Entidad evalúa a proveedores basándose en opinión económicos, técnica, etc., establecidos por su reglamento. Con lo cual, su documentación en los procesos de selecciones, deberán llegar a especificar requisitos que los proveedores necesitan cumplir para demostrar su calificación.

En los procedimientos para seleccionar suelen ser partícipes diversos proveedores agrupados en consorcios con el propósito de concretar un contrato, sin embargo, en ningún caso, su participación implica obligarlos a crear una persona jurídica distinta.⁸

Cuando el gobierno, el OSCE o el Tribunal de Contrataciones del estado (TCE) verifica la presencia de conductas o indicios no competitivos en el proceso de elección, en requisitos estipulados en el DL. 1034, o normativas que puedan ser sustituirla, necesita enviar toda información de forma oportuna a la comisión de defensa de competencia libre del INDECOPI siendo que, de ser su situación, esta pueda iniciar con los procesos de gestión sancionadoras correspondientes contra los responsables encargados. De esa manera, cuando el OSCE advierta que un documento de selección podría estar

⁷ El encargado de la entidad puede delegar, a través de una resolución, las facultades que le confían esta norma; Sin embargo, no se pueden delegar ciertos aspectos, como la nulidad de los oficios, autorización para prestaciones adicionales a la obra, las aprobaciones de las contrataciones directas, salvo lo que llega a indicar los reglamentos según las naturalezas de los contratos, y en otros casos los que se determinan en su reglamento.

⁸ Este regula las acciones que deben implementar en sus Documentos de Organización y Funciones o en otros marcos organizativos o de gestión, excepto los procedimientos para establecer o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.

afectando a la competencia contraviniendo del principio de libertar de competencia y concurrencia, ordenan a la organización que llegue a eliminar y/o sustente, de acuerdo con como corresponda. Si de forma adicional, el OSCE advierte que existe la iniciativa de colusión, en terminología con el citado art. 384 de la normativa penal, se necesitará enviar una documentación a la fiscalía.

Con el afán de establecer el Plan Anual de Contrataciones (PAC) basándose en el semestre uno, y tomando por consideración en la etapa de poder formular como programar los presupuestos referentes a el próximo año fiscal, en cada organización necesita programar las necesidades, los requisitos de un bien, servicio u obra necesaria para cumplir con la finalidad y actividades para el año en cuestión, los mismos que tienen que están amparados al Plan operativo institucional, y necesitan estar acompañados de sus especificaciones respectivas basadas en términos y/o técnicas de referencias.⁹

El área usuaria debe realizar el requerimiento¹⁰ del bien, servicio u obra por contratar, teniendo la responsabilidad en las formulaciones de los requerimientos que son técnicos, expedientes técnicos o parámetros de referencia, por su parte, así como se puedan justificar ante el propósito público en la contratación. Las obras, servicios o bienes que se necesiten, deberán estar orientadas a los cumplimientos de las funciones que den el estado. Asimismo, en las descripciones técnicas, expedientes o términos referenciales, tendrán que formularse de una manera precisa y objetiva, ofreciendo los accesos a los contextos de igualdad en los procesos de la contratación, con los cuales no necesitan tener por afecto crear ningún obstáculo que pueda perjudicar la competencia en los mismos. Excepto con la excepción que es planteada en su reglamento.

Las Entidades en el Poder Ejecutivo son responsables en formular las políticas sectoriales y nacionales en el gobierno, los cuales tienen la facultad a través de un proceso de homologación, en el ámbito de sus competencias, a uniformizar las necesidades de los bienes y servicios contratados por las Entidades con obligaciones a la LCE.

La ley distingue que, para el caso de algún servicio o bien, la organización podrá establecer los valores estimados en contrataciones¹¹; por lo que, en las consultorías y las realizaciones de obras, podrán llegar a mantenerse los criterios para que puedan establecerse los valores referenciales. Por lo cual para estos procesos que se relacionen por objeto de la implementación o mantención de catálogos digitales basados en el marco no corresponde que se establezca el valor estimado.

⁹ El PAC que se aprueba debe incluir las compras de bienes, servicios y obras dentro del Presupuesto Institucional de Apertura y estimar su valor, independientemente de su consideración dentro del marco de esta Ley o de la fuente de financiamiento.

¹⁰ En las solicitudes no se debe hacer referencia a una fabricación específica, origen definido o procedimientos concretos que puedan favorecer o excluir a ciertos proveedores o productos con relación a marcas, patentes o tipos.

Esta decisión es de vital importancia, ya que, para el caso de un servicio o bien no se necesita el valor referencial, y, por ende, los procedimientos se lanzan sin dichos datos, lo ideal es que los proveedores establezcan los criterios de la propuesta, logrando atender a las propias condiciones del mercado, sin algún mecanismo que pueda generar una condición distinta a las del valor referencial (Latorre Boza , Derik, 2019)

En cualquier proceso de selección, es obligatorio que tengan el certificado del crédito o la previsión presupuestaria, desde el aviso hasta la formalización de la firma de los contratos, siendo estas responsabilidades por los responsables en la institución. Esta exigencia podría desincentivar a las Entidades Públicas a firmar contratos alegando la falta de presupuesto. Además, si la ejecución presupuestaria se extiende más allá del año fiscal, será prudente no solo la aprobación de crédito presupuestario, sino también el documento firmado por el jefe de la Oficina General de Administración, o su equivalente en la Entidad, misma que podrá asegurar la disponibilidad de fondos para cubrir las responsabilidades en años fiscales posteriores.

En el proceso de selección los convocados en los últimos tres meses de un año fiscal, donde las adjudicaciones y las firmas de los contratos se puedan realizar en el próximo año, la Oficina de Presupuesto proporcionará un certificado sobre la asignación anticipada de recursos necesarios para el valor estimado. Con esta regulación, será posible llevar a cabo la convocatoria durante los últimos tres meses del año, teniendo en cuenta las previsiones del presupuesto para el año siguiente. Esto resulta ventajoso para la contratación, ya que permite iniciar procesos de selección con garantías de ejecución, incluso en el último trimestre.

Finalmente, la ley impide dividir la contratación de un bien, servicio u obra con el propósito de contrarrestar la ejecución de los procesos de selección fragmentados, con la intención de eludir las aplicaciones en la ley y su reglamento. Esta prohibición también busca evitar que se contrate por montos equivalentes o menores a ocho (8) UIT, así como el incumplimiento de tratados internacionales relacionados con la contratación pública.¹²

Las entidades pueden realizar contrataciones a través de diversos métodos, como las contrataciones directas, subastas inversas electrónicas, comparaciones en precios, los consultores individuales, adjudicaciones simplificadas, concursos públicos, licitaciones públicas y con procedimientos que son generales y especificados en el reglamento. Todos estos métodos deben adherirse a los principios de los tratados internacionales y contratación que aborden la contratación pública.

¹² El reglamento también especifica las situaciones justificadas que no se consideran fraccionamiento

Las licitaciones públicas están aplicadas en adquirir las obras y bienes; los concursos públicos se destinan en las contrataciones en el servicio. Ambas modalidades son pertinentes cuando el valor referencial o estimado el cual se encuentra dentro del término estipulado ante la ley del presupuesto que ostenta el gobierno.

El proceso de asignación simplificado es empleado para la compra de servicios como también la de bienes, no siendo permisible para aquellos servicios que requieran de consultores individuales, y con ello ejecutar las obras, siempre que sus valores se ajusten a lo estipulado por la ley presupuestaria. La selección de consultores personales se aplica cuando se contratan servicios que no requieren personal adicional, basándose primordialmente en la experiencia y calificación del consultor.

Las comparaciones en los precios se emplean para adquirir bienes y servicios que están disponibles de inmediato y que no siguen especificaciones del contratante, siempre que su valor estimado no exceda una décima parte de lo mínimo permitido como límite establecido por la ley para concursos públicos y licitaciones.

En circunstancias excepcionales, las Entidades consiguen optar para realizar una contratación directa con un proveedor, especialmente cuando hacerlo con otra Entidad resulta más eficaz, con lo cual es más técnicamente viable en que se satisfaga las necesidades, no llegando a contradecir el Art. 60 de la Carta Magna peruana.¹³

En situaciones de emergencia causadas por desastres, amenazas a la seguridad nacional o defensa, riesgos de tales situaciones, o emergencias sanitarias que se declaran por la entidad competente del sistema de salud, se podrán realizar contrataciones. Asimismo, si se comprueba un desabastecimiento que impida a la Entidad que cumpla con sus funciones, también se podrá contratar.

La Policía Nacional del Perú, las fuerzas armadas y los órganos del Sistema Nacional de Inteligencia necesiten llevar a cabo contrataciones confidenciales, ya sea por motivos de seguridad o reserva legal, esto deberán llegar a contar con las aprobaciones previas de la Contraloría General de la República. También se permite las contrataciones cuando este los bienes y los servicios los cuales estarán disponibles exclusivamente por medio de un proveedor particular que tenga derechos únicos sobre ellos, así como para servicios personalísimos de personas naturales que estén debidamente justificadas.

En caso de disputas, se aumentará el límite para que se determine quién tiene la competencia para solucionar mediante apelaciones legales; estos deberán contar con decididos por los titulares de la Entidad para procedimientos con un valor estimado de hasta 65 UIT (S/. 247,000). Si exceden este monto, serán expedidos por el TCE.

¹³ El Estado reconoce la diversidad económica, fundamentando la economía nacional en la integración de diferentes maneras de propiedad y modelos empresariales. Esto busca impulsar el crecimiento económico, proporcionar servicios públicos y alcanzar las metas de desarrollo poblacional.

El OSCE establecerá un Código de Ética, el cual podrá permitir al Consejo de Ética, compuesto ante los representantes de la PCM, el MEF y el MINJUS, aplicando las sanciones a los árbitros que infrinjan las normativas de dicho Código, que pueden incluir amonestaciones, suspensiones temporales e inhabilitaciones permanentes.

Además, es importante que el Registro Nacional de Proveedores tenga acceso gratuito a varias bases de datos de entidades como poder judicial, SUNARP, SUNAT y RENIEC (ley 30225; 2014)

El Reglamento de la ley N.º 30225, llegó a ser aprobada por D.S.N.º 350-2015-EF y entró en vigencia un nueve de enero de 2016 y consta 11 títulos, 253 Art.s, 17 disposiciones complementarias finales, 15 disposiciones complementarias transitorias y 1 Anexo.

En su primera modificación la Ley N.º 30225 se produce al implementar la Ley N.º 30506, en donde se le da al Poder Ejecutivo facultades para que poder legislar en aras a la formalización y a las reactivaciones económicas, reorganización de Petroperú S.A, saneamiento y agua, luchar constantemente contra la corrupción, seguridad ciudadana.

Específicamente en el Art. 2, establece la facultad de tomar medidas para que se determinen los marcos específicos jurídicos que ayuden a dinamizar, dar por automatizado, como también modernizar la gestión administrativa, como también las modificaciones del marco legal del sistema en la contratación del estado y con ello poder reorganizar el OSCE, por lo tanto, este propósito podrá mejorar el procedimiento en la contratación para poder llegar a adquirir el bien, servicio, así como las obras y contratación de consultorías.

En ese sentido, entraría en vigencia desde el 03 de abril de 2017, D.L. N.º 1341, el cual se realizaría con las modificaciones en la ley 30225, el cual se modifica a la LCE en Art.s: 2, 5, 6, 8; del 9 al 25; en los literales k) y m) del art. 27; Art. 28 al 50, en los literales: j) del Art. 52, literal a) del Art. 59, Art. 60 la ley N.º30225.

1º Disposición Complementaria del Decreto Legislativo (DL) N.º 1341, que introdujo cambios en la Ley N.º 30225, estableció que dicha ley debía ser modificado en un periodo que no exceda los 60 días desde la publicación del decreto. En cumplimiento de esta disposición, el 3/4/2017 se aprobó el Decreto Supremo (DS) N.º 056-2017-EF, que actualiza el Reglamento de la Ley N.º 30225, anteriormente establecido por el DS N.º 350-2015-EF,¹⁴

¹⁴ el cual modifica los artículos siguientes 1, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 19, 20, 21, 23, 25, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 36, 37, 38, 40, 41, 42, 43, 44, 46, 47, 48, 51, 53, 54, 55, 57, 58, 59, 62, 64, 65, 67, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 91, 92, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 106, 107, 108, 111, 114, 115, 116, 117, 120, 122, 124, 126, 128, 135, 138, 139, 142, 143, 145, 149, 151, 152, 153, 154, 159, 160, 163, 164, 166, 170, 171, 175, 176, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 189, 190, 191, 192, 193, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 207, 212, 213, 215, 216, 218, 219, 220, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 240, 242, 243, 244, 245, 246, 248, 249; 8va, 9na, 14, 16, 17 Disposiciones Complementarias Finales; Primera y Décima Tercera Disposiciones

2.2 El DL. 1444 que modifica la Ley 30225 y su Reglamento

El Congreso ha delegado al Poder Ejecutivo la responsabilidad de legislar en áreas fundamentales como la gestión económica, la competitividad, la lucha anticorrupción, la seguridad de los individuos en situaciones de violencia y vulnerabilidad, así como la modernización de la gestión pública. Esto se ha establecido mediante la Norma N.º 30823, que otorga un plazo de 60 días para que el Ejecutivo implemente estas reformas. Dentro de estas reformas, se incluye la posibilidad de modificar la Ley N.º 30225 para facilitar la puesta en práctica de políticas gubernamentales a nivel nacional y sectorial, mediante la agilización de los procesos de contratación. El propósito es reforzar al OSCE y a la Central de Compras Públicas, buscando mejorar la optimización en los procesos de contratación.

El DL N.º 1444 tiene como objetivo precisamente fomentar la implementación de políticas públicas, tanto nacionales como sectoriales, a través de la aceleración de los procesos de contratación. Para alcanzar este fin, se han propuesto diversas modificaciones a la Ley N.º 30225, que abarcan numerosos artículos, desde el artículo 3 al 45 de la ley. Estas modificaciones están orientadas a mejorar la efectividad en el proceso de contratación pública y fortalecer las instituciones encargadas de supervisarlas.

El 30/01/2019, las modificaciones realizadas a los artículos de la Ley N.º 30225 por el DL N.º 1444 y su posterior modificación, el DL N.º 1341, no se aplicarían aún. Sin embargo, las disposiciones complementarias finales, como la 1º, 3º, 4º, 5º, 6º, 8º y 9º, comenzaron a aplicarse al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

En un plazo máximo de noventa días hábiles, se deberá proceder a modificar el reglamento de la Ley N.º 30225. Asimismo, se aplicarán las disposiciones del 1 al 8 de la 16º Disposición Complementaria Transitoria del DS N.º 350-2015-EF a los expedientes administrativos sancionadores generados después de la publicación.

Las contrataciones entre Estados para la adquisición de un bien, servicio y la ejecución de obras están permitidas por los principios del comercio global y el derecho internacional. Un DS firmado por el líder del sector pertinente autoriza estas adquisiciones, estableciendo las condiciones y declarando el propósito de la contratación como de interés nacional. El otro Estado puede gestionar, desarrollar y ejecutar el contrato mediante sus organismos, dependencias o empresas, sean estas privadas o públicas, nacionales o extranjeras.

De acuerdo con la 2º Disposición Complementaria Final del DL N.º 1034, si el INDECOPI determina que se ha generado una infracción muy grave, el OSCE inscribirá a los transgresores en el listado de personas inhabilitadas para contratar con el Estado por un año.

En cuanto a las contrataciones reguladas por la Ley N.º 28840, que rige las adquisiciones de Petróleos del Perú S.A. (PETROPERÚ), esta entidad debe utilizar el Sistema Electrónico de

Contrataciones del Estado (SEACE) para garantizar la validez y efectividad de sus convocatorias y otros actos relacionados. Según las disposiciones sancionadoras establecidas en la LCE, el TCE tiene la autoridad para sancionar los procesos de contratación de PETROPERÚ.

En el marco de los sesenta días hábiles después a la publicación del DL, PETROPERÚ deberá ajustar su reglamento. Se enviará un cuadro de artículos homologables a los Ministerios en relación con Perú Compras. Estos ministerios tendrán un plazo de 60 días hábiles para formar grupos de trabajo que analicen la información recibida y evalúen la posibilidad de homologar los artículos del listado. Si la homologación es viable, el Ministerio será responsable de crear un plan de homologación inicial.¹⁵

Según la Séptima Disposición Complementaria Final del DL N.º 1444, PETROPERÚ S.A. debe seguir las directrices de la Ley N.º 28840, diseñada para fortalecer y modernizar la empresa. A pesar de ello, la empresa está obligada a utilizar el SEACE para garantizar la validez de sus procesos de adquisición y contratación. Las modificaciones a su reglamento deben publicarse en su portal dentro de los treinta días luego de su divulgación.

El Reglamento de la Ley N.º 30225, inicialmente aprobado el 9/1/2016 mediante el DS N.º 350-2015-EF, fue modificado el 3/4/2017 por el DS N.º 056-2017-EF. Sin embargo, el 30/1/2019, un nuevo Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (RLCE), aprobado por el DS N.º 344-2018-EF, reemplazó la versión anterior.

Hoy en día, el proceso para contratar en el sector público se rige por la Ley N.º 30225 - LCE, que ha sido actualizada por varias normas: la Ley N.º 30353 el 29/10/2015, el DL N.º 1341 el 7/01/2017, y la Ley N.º 30689 en noviembre de 2017. Estos cambios buscan ajustar el conjunto normativo del sistema de contrataciones públicas, reorganizar al Organismo Supervisor de las Contrataciones y actualizar las condiciones para contratar. El DL N.º 1444, en vigor desde el 30 de enero de 2019, también introdujo importantes reformas en la Ley N.º 30225, con el fin de acelerar los procedimientos de contratación y reforzar tanto al Organismo Supervisor como a la Central de Compras Públicas, con el objetivo de mejorar la eficacia en las contrataciones.

El 13 de marzo de 2019 se publicó el Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley N.º 30225 a través el DS N.º 082-2019-EF. Este TUO, que comenzará a tener efecto treinta días después de la publicación de su reglamento.

La emergencia global ha llevado al Estado peruano a implementar estrategias para reactivar la economía y reiniciar actividades, lo que también ha conllevado modificaciones a la LCE. La base legal para estas modificaciones incluye:

¹⁵ El listado de los objetos a homologar será enviado al Ministerio, y el Plan de Homologación se remitirá a la Central de Compras Públicas - Perú Compras, que brindará el acompañamiento correspondiente.

- El DS N.º 080-2020-PCM, que aprueba la estrategia de "Reanudación de Actividades" instaurado por el Grupo de Trabajo Multisectorial mediante la Resolución Ministerial N.º 144-2020-EF/15, la cual se divide en cuatro fases. La Fase 1 ha sido aprobada.
- Las Fases 2 y 3 de la "Reanudación de Actividades" en el marco de la emergencia sanitaria nacional establecida por el DS N.º 008-2020-SA y sus extensiones han sido aprobadas a través de los Decretos Supremos N.º 101-2020-PCM y N.º 117-2020-PCM, propiamente.
- 2º Disposición Complementaria Transitoria del DL N.º 1486, aprobada por el DS N.º 044-2020-PCM y sus prórrogas, establece acciones para mejorar la ejecución de inversiones públicas y reactivar obras públicas que fueron paralizadas debido a la crisis sanitaria causada por el COVID-19.

Dentro del marco del TUO de la Ley N.º 30225, se han fijado normas reglamentarias para la tramitación de procesos de selección que se reanuden, a mediante del DS N.º 103-2020-EF. Por lo tanto, se deben establecer normas para garantizar la realización de inversiones y modificar el Reglamento de la Ley N.º 30225, aprobado por el DS N.º 344-2018-EF, con el fin de facilitar la ejecución de contratos de obra.

De acuerdo con el DL N.º 1439 del Sistema Nacional de Abastecimiento y el TUO de la Ley N.º 30225, aprobada por el DS N.º 082-2019-EF, el 3 de septiembre se modificará el RLCE a través del DS N.º 250-2020-EF. Estas disposiciones están destinadas a apoyar la implementación de contratos de obra y promover que las entidades públicas lleven a cabo inversiones dentro del marco del TUO de la Ley N.º 30225, contribuyendo así a la recuperación económica del país después de la emergencia salubridad.

La excepción a la aplicación de ciertas disposiciones reglamentarias en los procedimientos de selección implica que los numerales 72.8, 72.9, 72.10 y 72.11 del Artículo 72 del RLCE no serán de aplicación a los concursos públicos y licitaciones organizados por el estado desde la fecha de entrada en vigor del presente decreto hasta el 30 de septiembre de 2020.

2.3 El plan anual de contrataciones

En el transcurso de los primeros seis meses del año fiscal, las áreas usuarias de las entidades están encargadas de elaborar el Cuadro de Necesidades para el año siguiente. En esta etapa de programación y elaboración del presupuesto, es fundamental que incluyan todas las solicitudes de bienes, servicios generales, consultorías y obras necesarias para alcanzar los objetivos y resultados estipulados en el Plan Operativo Institucional. Para los bienes, deben proporcionarse especificaciones técnicas detalladas; para los servicios y consultorías, se deben adjuntar los términos de referencia correspondientes. En el caso de las obras, se requiere una visión general de los proyectos previstos.

El órgano responsable de las contrataciones trabaja en conjunto con las áreas usuarias para consolidar y evaluar estos requerimientos, creando así el Cuadro Consolidado de Necesidades. Antes

de que se autorice el presupuesto, las áreas usuarias deben adaptar sus solicitudes en este cuadro para que estén alineadas con las prioridades de la institución y los objetivos financieros. Una vez priorizados, estos requerimientos se envían al órgano de contratación, que se encargará de trazar el proyecto del PAC.

En el desarrollo de este plan, el órgano de contratación, en colaboración con las áreas usuarias, estima el importe de las adquisiciones, así como el gasto asociado para consultorías y realización de obras.

Después de la aprobación del Presupuesto Institucional de Apertura, el organismo de contratación ajusta el proyecto del PAC, coordinando con las áreas usuarias. El OSCE emite directrices para regular el contenido y el registro de la información en el PAC. El plan necesita la aprobación del Titular de la Entidad o de un funcionario designado dentro de los 15 días hábiles después de aprobarse el Presupuesto Institucional de Apertura. Además, debe ser publicado en el SEACE en un plazo no mayor a 5 días después de su aprobación, donde se incluye el documento que respalde dicha aprobación.

2.4 Requisitos para convocar un procedimiento de selección

Para iniciar un procedimiento de selección, es esencial cumplir con varios requisitos clave: ostentar un expediente de contratación admitido, asegurarse de que esté dentro del PAC, designar un comité de selección si es necesario y tener toda la documentación requerida, la cual debe ser publicada junto con la convocatoria, según el RLCE. Para las contrataciones destinadas a la ejecución de obras, también es necesario presentar el expediente técnico y la confirmación de que el terreno está disponible.

El órgano encargado debe conservar un expediente completo del proceso, organizando y archivando cuidadosamente toda la documentación que respalde las acciones, desde la solicitud inicial del área usuaria hasta el cumplimiento total del contrato. Esto incluye la gestión de incidencias, recursos de apelación y la resolución de controversias durante la ejecución del contrato. Las demás dependencias deben colaborar proporcionando copias de documentos importantes, como comprobantes de pago y resultados de mecanismos de resolución de conflictos, para completar el expediente. El órgano encargado debe remitir el expediente al funcionario para su aprobación antes de realizar la convocatoria, conforme a sus normas internas.

Para que el expediente de contratación se apruebe, tiene que incluir lo siguiente: a) La solicitud correspondiente; b) El documento de aprobación del proceso de estandarización, si aplica; c) El informe técnico sobre la evaluación de software, cuando sea necesario; d) Las investigaciones de mercado ejecutadas y sus actualizaciones, si es relevante; e) Un síntesis ejecutivo; f) El valor referente; g) La certificación de crédito presupuestario o previsión presupuestal; h) La alternativa de contratar por paquetes, lotes o tramos, si aplica; i) La determinación del proceso de selección, el método de

contratación y el tipo de contratación con su justificación, si es pertinente; j) La fórmula de reajuste, si corresponde; k) La declaración y verificación de viabilidad si la contratación formar una sección de un proyecto de inversión pública, cuando aplique; l) Para proyectos contratados con la modalidad llave en mano que abarcan el equipamiento y las especificaciones técnicas correspondientes de los equipos necesarios; y m) Cualquier otra documentación requerida por la normativa aplicable.

Si un procedimiento de selección resulta desierto, será necesario obtener una nueva aprobación del expediente de contratación para una nueva convocatoria, siempre que el informe que evalúa las razones para declarar el procedimiento desierto así lo indique. El órgano responsable de las contrataciones deberá custodiar el expediente, salvo durante el período en que el comité de selección asuma esta responsabilidad.

2.5 Preparación, conducción y realización del procedimiento de selección

El organismo encargado de los procesos de elección es responsable de gestionar su preparación, supervisión y ejecución hasta su conclusión. Esta tarea puede ser realizada ya sea por un comité de elección o directamente por el órgano de contrataciones. En procedimientos como licitaciones públicas, concursos abiertos y la elección de consultores personales, es necesario formar un comité específico para cada proceso. Para otras modalidades, como la subasta electrónica en sentido contrario, la adjudicación simplificada para adquirir un bien y/o servicio, la evaluación de precios y la contratación sin licitación, el órgano encargado puede decidir si es necesario establecer un comité.

Para procesos relacionados con obras y consultoría de obras, es imprescindible constituir un comité de selección. Estos comités tienen la responsabilidad de preparar la documentación necesaria y tomar las decisiones durante el proceso, asegurándose de no cambiar los datos del expediente de contratación.

Cada comité debe estar conformado por tres integrantes: al menos uno tiene que ser parte del área de contrataciones de la entidad, y otro debe tener saberes técnicos sobre el objeto de la contratación. En el marco de obras y consultorías, al menos dos de los tres miembros deben contar con esta experiencia técnica. Si la entidad no dispone de especialistas adecuados, puede recurrir a expertos externos o solicitar la colaboración de profesionales de otras entidades para completar el comité.

El responsable designado tiene que nombrar formalmente a los miembros titulares y suplentes del comité, indicando sus nombres completos, según las normativas vigentes. Esta designación debe comunicarse a cada miembro. El responsable de las contrataciones debe entregar al presidente del comité el expediente correspondiente para iniciar el proceso, preparar los documentos necesarios y convocar a los postores. Los suplentes intervienen solo en ausencia de los titulares, y la entidad debe evaluar la justificación de cualquier ausencia para determinar la responsabilidad. Los miembros del

comité solo pueden ser destituidos por causas de fuerza mayor o por la finalización del servicio o motivos justificados, con documentación que acredite el motivo y, si es necesario, designar un nuevo miembro. Los miembros del comité no tienen permitido renunciar a sus cargos.

Los documentos relacionados con el procedimiento de selección, tales como las bases, las solicitudes de manifestación de interés para consultores individuales y las solicitudes de cotización para la comparación de precios, deben elaborarse utilizando los formatos estándar aprobados por el OSCE y los detalles técnicos y económicos del expediente que ha sido aprobado. Todos los documentos deben ser firmados en cada página por los miembros del comité y contar con la aprobación del funcionario competente.

El contenido básico de los documentos depende del tipo de procedimiento.

Bases de licitación pública, concurso público y similares:

- Denominación del objeto de la contratación.
- Especificaciones técnicas o términos de referencia.
- Valor referencial, con límites establecidos por la ley.
- Moneda de la oferta.
- Modalidad de ejecución, si aplica.
- Sistema de contratación.
- Fórmulas de reajuste, si corresponde.
- Costo de reproducción.
- Criterios para la precalificación o evaluación.
- Elementos de valoración.
- Indicaciones para la presentación de propuestas.
- Garantías requeridas.
- Otras disposiciones contractuales.
- Modelo del contrato, si corresponde.

Solicitudes de expresión de interés para consultores individuales:

- Nombre del objeto de la contratación.
- Descripción detallada de los términos de referencia.
- Valoración aproximada.
- Modelo de currículum vitae.
- Criterios de evaluación y proceso de calificación.
- Indicaciones para redactar la manifestación de interés.

Solicitudes de cotización para comparación de precios:

- Deben incluir al menos los términos de referencia. Si la información se obtiene de manera no escrita, se debe elaborar un informe detallado.

La entidad es responsable de verificar que los postores cumplan con las condiciones estipuladas en los documentos del proceso de elección, asegurando que tengan la capacidad adecuada para llevar a cabo el contrato. Las exigencias de calificación incluyen:

- **Capacidad legal:** Validar la representación y habilitación del postor.
- **Capacidad técnica y profesional:** Demostrar la disponibilidad de equipo, infraestructura y la experiencia del personal.
- **Experiencia del postor:** Este es un criterio esencial para la precalificación en licitaciones públicas. La entidad no está facultada para añadir requisitos adicionales a los especificados en el artículo y los documentos estándar del OSCE. Para los consorcios, únicamente se toma en cuenta la experiencia de los miembros que trabajen juntos en la ejecución del proyecto, de acuerdo con la Directiva del OSCE.

2.6 La promoción de la competencia en las contrataciones con el Estado

La LCE contiene supuestos que permiten a las entidades contratar bienes, servicios y obras al mejor precio y de calidad; de esta manera, la ley permite que se utilice mejor los recursos públicos en la obtención de los objetivos públicos para los que son convocados, es decir; que los procedimientos en las contrataciones deben repercutir positivamente en las circunstancias de vida de la colectividad y contribuir a la protección medioambiental.

Para poder conseguir la mejor propuesta en los procesos de contratación la LCE busca fomentar una competencia realmente efectiva; estableciendo criterios de publicidad y difusión que faciliten no solo la competencia abierta y real; así como también, la vigilancia y regulación de las contrataciones.

Al respecto analizamos el TUO de la LCE y el fomento de la competencia de proveedores en los procedimientos del Estado.

2.7 El TUO de la Ley 30225 y la promoción de la competencia.

La normativa de contrataciones está diseñada para incentivar una mayor involucración de proveedores en las adquisiciones públicas, garantizando un entorno competitivo y accesible. Según los artículos relevantes, las entidades tienen que facilitar el acceso de los proveedores a los procedimientos de contratación, enfrentando formalidades costosas y prácticas que puedan restringir la competitividad.

La LCE tiene como objetivo asegurar una competencia efectiva al incrementar el interés de los proveedores en participar. Esto se logra ofreciendo igualdad de oportunidades para presentar ofertas sin privilegios, evitando el direccionamiento oculto y tratando los escenarios similares de manera consistente. La LCE busca que los proveedores perciban un proceso justo y transparente, donde confíen en la integridad y honestidad de la contratación, y reciban información clara y coherente durante todas las etapas.

El propósito principal de la LCE es utilizar de forma efectiva, los recursos del sector público para satisfacer el interés general. Por ello, se orienta a obtener las propuestas más ventajosas, garantizando que los bienes, servicios y obras se adquieran al mejor precio y con condiciones adecuadas en términos de calidad y tecnología. La ley determina que para hacer una convocatoria un proceso de selección se debe contar con una certificación de crédito del presupuesto, de acuerdo con las normativas del Sistema Nacional de Presupuesto Público. Esto asegura a los proveedores que el financiamiento está garantizado y evita la cancelación de procesos por limitaciones presupuestarias.

La ley prohíbe fraccionar contratos para evadir la clase de proceso de selección adecuado o para evadir normas vigentes. Se deben seguir los procedimientos establecidos, que incluyen la licitación abierta, el concurso general, la adjudicación ágil, la elección de consultores individuales, la evaluación de precios, la subasta electrónica inversa y la contratación sin licitación. Estos procedimientos deben adherirse a los principios de contratación y a los acuerdos internacionales.

La licitación pública se emplea para la compra de bienes y la realización de obras, mientras que el concurso público se destina a la contratación de servicios. Los actos relacionados con estos procedimientos deben ser realizados con el acompañamiento de un notario público o juez de paz, según lo estipulado.

La adjudicación simplificada se aplica para bienes y servicios, salvo aquellos que requieren asesores individuales o en el caso de ejecución de obras. La elección de asesores individuales se destina a servicios que no requieren apoyo adicional, priorizando la experiencia y calificaciones del consultor.

El contraste de precios se utilizar para la compra de bienes y servicios disponibles de inmediato y no personalizados, siempre que sean sencillos de conseguir o cuenten con un estándar en el mercado.

La LCE también prevé medidas para proteger y promover la competencia, y para prevenir comportamientos indebidos. Si el OSCE o el TCE del Estado detectan indicios de prácticas anticompetitivas, deben enviar la información relevante a la Secretaría Técnica de la Comisión de la Libre Competencia de INDECOPI para que se inicien los procedimientos administrativos necesarios. La confidencialidad es esencial durante la investigación para garantizar su eficacia.

Además, si el OSCE identifica que alguna condición en la documentación de selección perjudica la competencia, debe instruir a la Entidad para que lo elimine. Si hay indicios de delito, la información debe ser remitida al Ministerio Público. Según la Segunda Disposición Complementaria Final del DL. N.º 1034, cuando INDECOPI confirme una infracción grave y definitiva, el OSCE registrará a los transgresores en una lista de personas inhabilitadas para contratar con el Estado por un período de un año.¹⁶

¹⁶ Texto según la Sexta Disposición Complementaria Final del DL. N.º 1444

2.8 El TUO de la LCE y la excepción del procedimiento de selección

La LCE regula el proceso de contratación de bienes, servicios y obras de las entidades; y, a través de sus Art.s buscará fomentar una mayor competencia y la participación sin restricciones de proveedores, por ende, incrementar el interés de éstos en participar en las contrataciones.

La LCE establece las disposiciones legales para que los proveedores realicen sus ofertas de manera libre, en condiciones de trato equitativo e imparcialidad; y, de esta forma obtener la propuesta más ventajosa; en donde los bienes, servicios y obras sean obtenidos al mejor precio y reúnan las condiciones de calidad y tecnologías necesarias para alcanzar de manera efectiva el propósito público requerido, con un período de duración definido y predecible, y con la capacidad de ajustarse, integrarse y actualizarse de acuerdo con el avance de la ciencia y tecnológicos si es necesario.

Como se puede apreciar la propuesta ventajosa o mejor propuesta en precio y calidad está asociada a una mayor concurrencia de proveedores en el procedimiento de contratación; o sea, resulta de la competencia libre, bajo principios de igualdad de trato, imparcialidad y objetividad.

Sin embargo, la LCE también considera supuestos donde se excluyen de alcance de aplicación de la ley, pero sujetos a supervisión del OSCE:

1) Las contrataciones cuyos montos no superen las ocho (8) UIT vigentes al momento de la transacción están sujetas a esta normativa. Sin embargo, esta regla no se aplica a las contrataciones de bienes y servicios que estén listados en el Catálogo Electrónico de Acuerdo Marco.

2) La contratación de servicios públicos¹⁷, siempre que no se pueda contratar a más de un proveedor.

3) Los acuerdos de colaboración u otros similares, celebrados entre las partes, siempre que proporcionen bienes, servicios u obras que correspondan a sus funciones legales y no tengan fines de lucro.

4) Las contrataciones que efectúe el Estado Peruano con otro país.

5) Las contrataciones con proveedores que no están domiciliados en el país son permitidas si se cumple alguna de las siguientes condiciones: a) se demuestra que no es posible realizar la contratación mediante los métodos establecidos en esta norma; o b) el mayor valor de los servicios se lleve a cabo en suelo extranjero¹⁸.

¹⁷ Los servicios fundamentales son regulados por el Estado para garantizar su accesibilidad y cobertura. Se les considera públicos, dado que son priorizados al estar relacionados con servicios esenciales como el agua y el alcantarillado, electricidad, gas natural, infraestructura de transporte público y telecomunicaciones.

¹⁸ El reglamento especifica las condiciones y requisitos que deben cumplirse en estas contrataciones. El OSCE fijará los estándares para llevar a cabo la supervisión. (Texto modificado según el artículo 1 del DL. N.º 1341 y los artículos 2 y 4 del DL. N.º 1444).

Además, la LCE estipula situaciones en las que una entidad tiene la posibilidad de contratar a un proveedor de manera directa, únicamente si se presenta alguna de las circunstancias mencionadas en el Art. 27 de la LCE bajo las siguientes condiciones:

a) Contratación entre Entidades: La entidad que desempeña el rol de proveedor no puede ser una empresa estatal ni estar involucrada de manera habitual en actividades empresariales, lo que se considera habitual si ha suscrito más de dos contratos relacionados con el propósito de la contratación durante los últimos doce meses.

b) Situación de Emergencia: Esta se define por alguna de las siguientes situaciones:

b.1) Eventos desastrosos de índole excepcional, ya sea por causas naturales o acciones humanas que provocan perjuicios a una comunidad en particular.

b.2) Circunstancias que ponen en riesgo la defensa o seguridad nacional, diseñadas para enfrentar agresiones externas o internas que amenacen los intereses del Estado.

b.3) Escenarios de alto riesgo, donde exista evidencia de que cualquiera de los eventos anteriores pueda ocurrir inminentemente.

b.4) Crisis sanitarias, que se declaran por la autoridad competente de salud, permitiendo así a la entidad adquirir de forma inmediata obtención de bienes, servicios o asesorías necesarios para prevenir o atender efectos derivados del evento, sin satisfacer los requisitos formales estipulados. Posteriormente, la entidad podrá realizar otras contrataciones para tareas de prevención y asistencia relacionadas con la emergencia.¹⁹

Si no se requiere un proceso de selección posterior, esta justificación debe incluirse en el informe que sustente técnicamente la contratación directa.

c) Situación de Desabastecimiento: Ocurre cuando un bien, servicio o consultoría esencial se vuelve insuficiente debido a una situación extraordinaria e inesperada que afecta las operaciones de la entidad. En estos casos, la entidad tiene la posibilidad de contratar lo necesario para solucionar el problema y llevar a cabo el proceso de elección oportuno. La declaración de desabastecimiento no puede ser invocada para ciertas contrataciones, como aquellas bajo un tratado internacional o cuando se haya presentado culpa grave de los funcionarios.

d) Contrataciones Secretas: Se refiere a aquellas cuya naturaleza esté incluida en una lista aprobada por el Consejo de Ministros mediante DS. Esta causal no incluye bienes o servicios requeridos para el funcionamiento normal de las Fuerzas Armadas o la Policía.

¹⁹ En un plazo máx. de 10 días luego de la entrega del bien, la primera entrega en el caso de suministros, el inicio del servicio o de la ejecución de la obra, la entidad debe regularizar la documentación relacionada con los procedimientos previos, los informes que respalden la contratación directa, así como la resolución o acuerdo que la autorice, el contrato y sus requisitos que no hayan sido redactados, aprobados o firmados al momento de la contratación. Además, en el mismo plazo, debe registrar y publicar en el SEACE esos informes y la resolución o acuerdos mencionados. Para el proceso de regularización de la garantía, el plazo puede extenderse por diez días adicionales.

e) Proveedor Único: Se verifica que ciertos bienes, servicios o consultorías solo pueden ser ofrecidos por un proveedor determinado en el mercado peruano.

f) Servicios personalísimos: Es posible contratar servicios especializados proporcionados por individuos siempre que se demuestre su especialidad y experiencia en el área correspondiente.

g) Servicios de Publicidad para el Estado: Este tipo de contrataciones se refiere a servicios proporcionados directamente por los medios comunicativos para distribuir contenido al público específico.

h) Servicios de Consultoría: Se permiten contrataciones esenciales para preservar el enfoque técnico en una consultoría anterior, sin superar los límites establecidos en la ley.

i) Contrataciones con Fines de Investigación: Bienes, servicios o consultorías pueden contratarse directamente para estudio o avance en el ámbito científico, con los resultados perteneciendo a la entidad.

j) Adquisición y Arrendamiento: Acondicionamiento se basa a la adecuación de un espacio físico para que la entidad pueda cumplir con sus funciones adecuadamente, el contratista es el encargado de llevar a cabo en su totalidad todas las prestaciones.

k) Contrataciones Urgentes: Aplican a contratos resueltos o declarados nulos en los cuales resulta urgente continuar con su ejecución, siempre que se haya agotado lo indicado en el Art. 167.

2.9 El complejo proceso para contratar con el Estado y la presencia de actos de corrupción

En el capítulo 2 de este trabajo, hemos analizado la evolución de la legislación de contrataciones públicas desde la divulgación de la Constitución de 1993. Esta normativa regula la compra por parte del Estado, comenzando con la Ley N.º 26850 de 1997, pasando por el DL. 1017 y la Ley 29873, hasta llegar al Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley N.º 30225. Esta última incorpora en un único documento tanto la ley original como sus modificaciones introducidas por los DL. 1341 y 1344.

Con la finalidad de garantizar que los procedimientos de selección identifiquen la propuesta más favorable en términos de calidad y precio, la LCE establece el principio de transparencia. Este principio obliga a las entidades a expedir información oportuna y accesible, permitiendo que todos los proveedores entiendan cada fase del proceso de contratación. Esto promueve la participación libre y garantiza que el proceso se realice con igualdad, objetividad e imparcialidad, salvo en las excepciones permitidas por la ley.

No obstante, nuestra investigación ha revelado una excesiva reglamentación y numerosos cambios en la ley y su reglamento, incluso poco tiempo después de su implementación. La LCE ha sido modificada y ajustada frecuentemente, lo que sugiere una falta de planificación estratégica en el proceso.

Además de la LCE, existen normativas especiales para entidades estatales específicas, como la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios, los Juegos Panamericanos, Petroperú S.A., las obras

por impuestos, las cajas municipales, asociaciones públicas y privadas, y la Ley del Vaso de Leche, que tienen modalidades de contratación diferentes y no se rigen por la LCE.

Esta proliferación de regulaciones crea una barrera para nuevos profesionales interesados en integrarse a los órganos de contratación, dificultando su comprensión para los titulares de las entidades y los proveedores del Estado. Esta complejidad va en contra del principio de transparencia, pues en lugar de clarificar la información, la hace menos accesible.

La abundancia de normativa limita la participación de proveedores, especialmente aquellos nuevos, debido a la dificultad de entender y manejar la regulación. Esto también afecta el principio de igualdad al ser tratado, ya que los nuevos proveedores, al carecer de experiencia, pueden presentar ofertas con errores que lleven a su descalificación o a problemas en la resolución de observaciones y consultas.

La LCE busca promover la competencia libre y prohibir prácticas anticompetitivas, con sanciones establecidas por el TCE y el INDECOPI. Sin embargo, contratar con el Estado patriótico sigue siendo un procedimiento tedioso, con vacíos normativos y deficiencias institucionales que facilitan la corrupción (Salazar Morales y Ángeles Arenas, 2018).

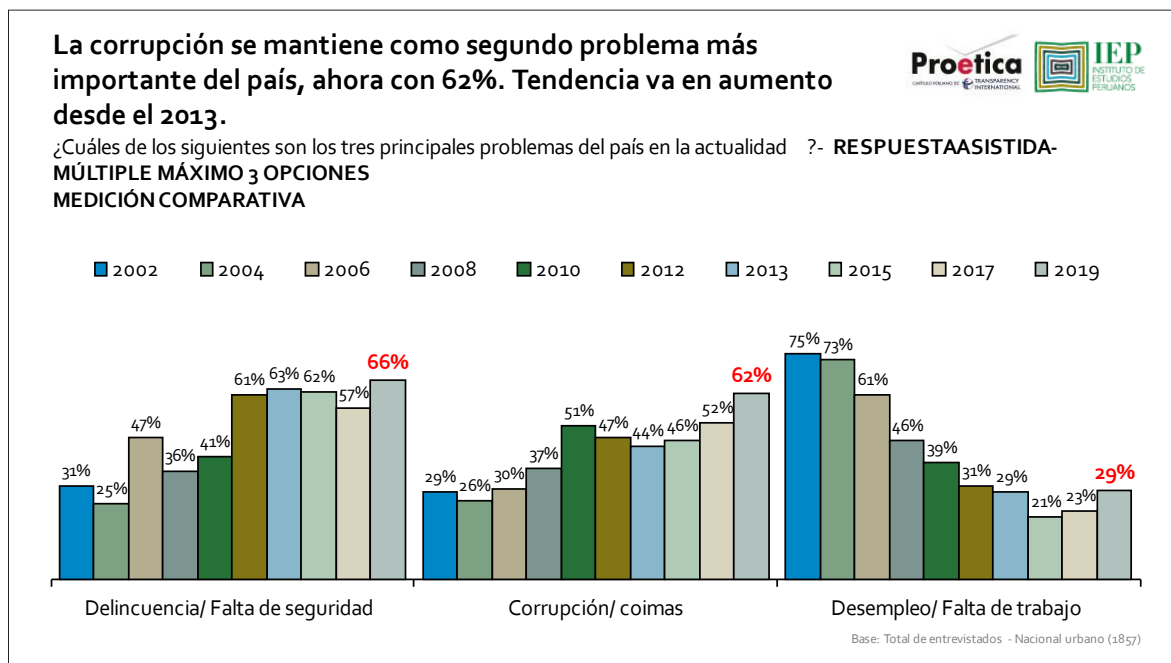
Actualmente, el PAC establece las contrataciones para el año en curso, basado en el cuadro multianual de urgencias, que abarca una programación de al menos tres años. El PAC está vinculado a la formulación presupuestal a través del plan operativo institucional, el plan de estrategia institucional y el presupuesto inicial para el inicio de operaciones de la entidad deben comprender detalles técnicos y directrices específicas, así como estimaciones de costos.

El PAC es crucial para organizar, llevar a cabo y analizar las adquisiciones del Estado, y sin él no se puede iniciar un proceso de selección. Sin embargo, el PAC presenta dos limitaciones importantes: en primer lugar, los procedimientos de adquisición pueden verse afectados por especificaciones técnicas establecidas hasta un año antes del inicio del proceso de selección. En segundo lugar, los estudios de precios llevados a cabo por la unidad encargada de la compra carecen de una regulación adecuada que facilite la identificación del precio real del mercado. Estas obstaculizaciones facilitan la aparición de actos corruptos (Salazar Morales y Ángeles Arenas, 2018).

De acuerdo con Salazar Morales y Ángeles Arenas, en 2018, las normas y procedimientos de contratación contenían vacíos que aumentaban el riesgo de corrupción. Con la implementación del cuadro multianual de necesidades, este riesgo se incrementa, dado que las especificaciones técnicas pueden estar establecidas con hasta tres años de anticipación.

Figura 1

XI encuesta nacional anual sobre percepciones de corrupción



Nota. Proética, 2019, Encuesta nacional sobre percepciones de la corrupción en el Perú, Encuesta nacional anual sobre percepciones de corrupción (XI).

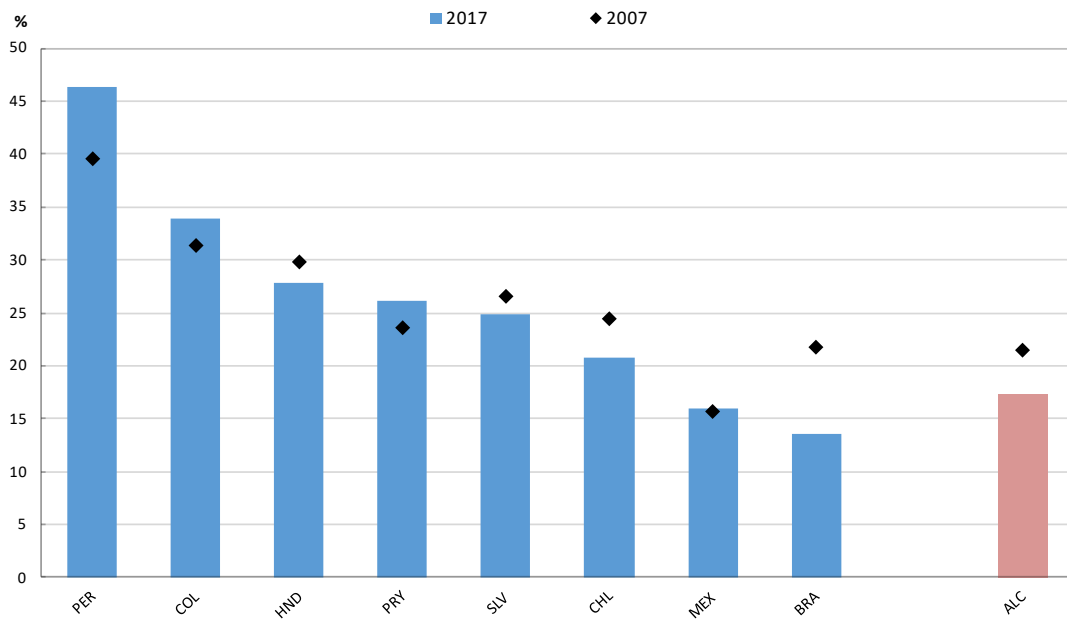
En 2017, el gasto en contratación pública tuvo un promedio del 17,4% del total del gasto gubernamental en países de Latinoamérica, aunque el porcentaje varió significativamente entre las distintas naciones. En Perú, el gobierno destinó una porción considerable de su presupuesto a inversiones, alcanzando un 46,4% del gasto público.

La importancia de la contratación pública en un país es significativa y se refleja claramente en el Producto Interno Bruto (PIB). Por el año 2017, en Perú, las contrataciones públicas representaron el 9,9% del PIB, superando el promedio de Latinoamérica, siendo el 6,7%. Dicha relevancia ha llevado a los gobiernos a implementar reformas en procesos de contrataciones públicas con el objetivo de promover la eficacia, enfrentar la presión fiscal y utilizar la contratación como una herramienta estratégica para alcanzar metas de las políticas estatales.

Por su parte en nuestro país, el gasto que genera el gobierno central en contrataciones representó el 51% de su presupuesto, lo que equivale a más de la mitad del total. Sin embargo, las contrataciones públicas en el país enfrentan los riesgos de los derroches, los malos usos, como también la corrupción debido a las prácticas anticompetitivas y delictivas por parte de quienes gestionan los procesos de selección, exacerbados por vacíos en la normativa vigente (OECD, 2020, p.158).

Figura 2

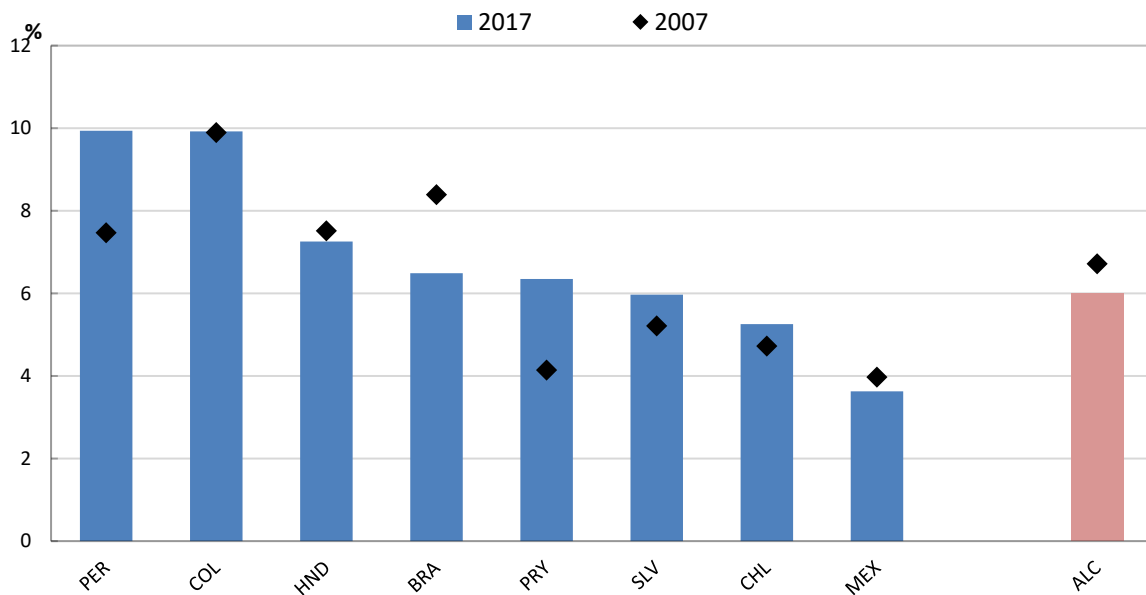
Gasto en contratación pública total del gobierno 2007 y 2017



Nota. OECD (2020), Panorama de las Administraciones Públicas América Latina y el Caribe 2020, Publicaciones de la OECD, Paris.

Figura 3

Gasto en contratación pública como porcentaje del PIB, 2007 y 2017 de cada país



Nota. OECD (2020), Panorama de las Administraciones Públicas América Latina y el Caribe 2020, Publicaciones de la OECD, Paris.

Desde 2014, el Estado peruano ha destinado, en promedio, alrededor del 10% de su PIB, contratando bienes y servicios. No obstante, se ha identificado una discrepancia significativa entre los montos presupuestados para estas contrataciones y los montos realmente adjudicados. Estas discrepancias pueden atribuirse a diversos errores y factores.

El OSCE, identificó cuatro principales causas del desempeño deficiente en las contrataciones públicas: 1) Competencias limitadas e inadecuadas en los procesos, 2) Insuficiencia y falta de adecuación en la información disponible para gestionar los procesos de contratación, 3) Débil identificación y gestión de riesgos asociados a la contratación, y 4) Gestión inadecuada de las relaciones con los proveedores del Estado.

Estos problemas se ven agravados por los gastos asociados con las acciones corruptibles. La Contraloría General de la República reportó 23,297 millones de soles en pérdidas por corrupción e inconducta funcional en 2019, pero se redujo a 22,059 millones de soles en 2020. A marzo de 2018, la Contraloría abrió proceso a más de 26,000 funcionarios por inconducta para combatir estos actos corruptos. De ellos, 3,671 recibieron sanciones como suspensión o inhabilitación temporal. A finales de 2016, el Ministerio Público, mediante la Procuraduría Especializada en Delitos de Corrupción, investigaba 32,925 casos de corrupción, con Lima, Ancash y Junín los más numerosos.

La corrupción afecta también a proveedores del Estado, y no es un problema exclusivo de Perú. En 2013, el Tribunal de Cuentas Europeo realizó una auditoría comparativa de proyectos viales entre Europa y América Latina, descubriendo que los costos de las obras en América Latina eran hasta siete veces mayores que en Europa. A pesar de que la mano de obra en América Latina es generalmente más barata, los costos adicionales atribuibles a la corrupción elevan significativamente los precios de los proyectos (OSCE, 2019).

2.10 Principales conductas anticompetitivas en los procedimientos de selección determinadas por el INDECOPI

Este artículo tiene como objetivo promover la competencia y aumentar la eficiencia del gasto público. La guía se utiliza para encontrar indicios potenciales de comportamiento anticompetitivo en los procedimientos de contratación pública.

La fijación de precios basados entre dos o más empresas para controlar el mercado, impedir que funcione normalmente y afectar negativamente a los consumidores al privarlos de competencia real. Según Sergio Salinas, experto en la Escuela de Gestión Pública de la Universidad del Pacífico, el acuerdo sobre precios es una costumbre que tiene como objetivo obtener beneficios extraordinarios para las partes involucradas, a expensas de distorsionar el mercado y dañar a los consumidores.

El sector público también se ve perjudicado por esta situación, como el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo y la OCDE están trabajando para mejorar los procedimientos de contratación estatal a nivel global, combatir la corrupción y fomentar la competencia. Perú ha creado

la Guía para Combatir la Concertación en las Contrataciones Públicas en consonancia con estas iniciativas. El objetivo principal de este documento es motivar a los funcionarios y servidores públicos a detectar comportamientos anticompetitivos y promover la competencia en el marco legal actual. A pesar de que la guía se basa en la LCE y su reglamento, sus principios y sugerencias también son válidas para otros regímenes.

2.11 La competencia en las contrataciones públicas

Los sistemas de contrataciones públicas se basan en las competencias, lo que resulta en procedimientos competitivos y regulaciones que fomentan esta dinámica. Este principio es uno de los fundamentos clave en la LCE.

El principio conlleva dos responsabilidades: una para las entidades públicas y otra para las empresas participantes y postoras. El principio de competencia exige que las entidades incluyan en sus fases que faciliten una competitividad idónea con el objetivo de "obtener la propuesta más favorable que beneficie al interés público subyacente en la contratación". Se traduce en la obligación de las empresas de abstenerse de "prácticas que limitan o afectan la competencia" (INDECOPI 2018, pág. 11).

El D.L. 1034, que aborda las represiones de conductas anticompetitivas y sus modificaciones, regula las acciones que limitan la competencia y se aplican a cualquier tipo de contratación pública, sin importar su régimen legal. La normativa sobre la Represión de Conductas Anticompetitivas incluye una sección específica que trata sobre las prácticas colusorias en los procedimientos de elección y contratación con el Estado, prohibiendo y penalizando la coherencia de "ofertas, postulaciones o propuestas", así como la decisión de no participar en licitaciones, concursos u otras modalidades de contratación pública según la normativa vigente.

La ley prohíbe explícitamente las fusiones en licitaciones, también denominadas "bid rigging", ya que ponen en riesgo la competitividad y afectan a los usuarios, en este contexto a las entidades públicas. Estas acciones pueden ser sancionadas por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (CDLC) del INDECOPI, que puede imponer sanciones administrativas que podrían exceder las 1.000 UIT.

Es responsabilidad de un organismo estatal, la OSCE o el TCE proporcionar la información necesaria a la Secretaría Técnica del INDECOPI para llevar a cabo una investigación adecuada y, si es necesario, iniciar un procedimiento sancionador contra los infractores de la ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. La información recopilada debe mantenerse segura para asegurar que la investigación se realice de forma efectiva.

Sin embargo, distinguir entre comportamientos anticompetitivos en las licitaciones y otros métodos, como la simulación de competencia, es crucial. A pesar de que el INDECOPI no aplica sanciones, la LCE y otras regulaciones especiales prohíben la participación de personas o entidades del mismo grupo económico en un único procedimiento.

Dos actores que forman parte del mismo grupo económico no son rivales, ya que comparten el mismo centro de interés. En estos casos, aunque no se considera competencia desleal, la participación conjunta está prohibida por la ley debido a la apariencia falsa de competencia que podría generar.

Se enumeran a continuación las conductas anticompetitivas más conocidas y estas son:

a) Acuerdos en precios: son prácticas restrictivas comunes entre los competidores que se ponen de acuerdo sobre un precio de venta uniforme para un bien o servicio. En caso de ganar el proceso de selección, los participantes en un pacto colusorio buscan asegurarse de que el precio final se ajuste a sus intereses. Es común que estos acuerdos sean acompañados de otras estrategias, como el fraccionamiento de contratos. Además, pueden ocurrir en el proceso de elaboración del estudio de mercado, cuando las empresas establecen precios acordados para afectar el valor estimado del procedimiento.

b) Los repartos de mercado: también conocidos como acuerdos de no competencia, son prácticas comunes en las licitaciones en las que los postores acuerdan evitar la competencia entre sí y elegir un "ganador". Cuando no hay competición, el seleccionado puede obtener condiciones más ventajosas para proporcionar bienes. Los pactos pueden manifestarse de varias maneras, como la ausencia de coordinación en un proceso de selección, lo que podría resultar en que la entidad modifique los requisitos o aumente el precio del bien o servicio convocado.

Además, mediante esta estrategia, es posible que los funcionarios de las entidades públicas que convocan se involucren y lleguen a un acuerdo financiero para ayudar a un ofertante a obtener la convocatoria.

b.2. Ofertas simuladas y descalificaciones: Para llevar a cabo el acuerdo colusorio entre los integrantes del cártel y favorecen a un oferente, el resto de las empresas pueden hacer propuestas que aparenten competencia real. Esto puede manifestarse de las siguientes maneras:

Los prestamistas pueden convenir en presentar ofertas económicas que sean superiores a las del prestamista seleccionado, garantizando así que este último sea el ganador de la adjudicación.

Los postores pueden acordar que las ofertas que no cumplan con los requisitos básicos del proceso de selección serán descalificadas, excepto la del postor seleccionado como ganador.

- Los postores también pueden optar por una combinación de los dos primeros; en otras palabras, los oferentes acuerdan que sus propuestas sean elevadas y que no cumplan con los requisitos mínimos para garantizar la victoria del postor elegido.

- Los postores pueden decidir que, incluso si uno de ellos es elegido, no firmarán el contrato con la entidad, lo que obligaría a iniciar un nuevo proceso o a adjudicar el contrato al segundo.

b.3. Rotaciones en ganadores: Por esta modalidad, las instituciones que conforman el cártel continúan participando en los procedimientos de selección para simular competencia auténtica,

mientras que realmente se han alternado los turnos para ganar los concursos. El apoyo acordado a una empresa específica puede ser compensado posteriormente por ella hacia las demás de varias formas:

- A través de las subcontrataciones de aquellos postores que no resultaron ganadores o que no tomaron parte en el concurso.

- A través del abono de facturas a los oferentes que no resultaron ganadores o que no tomaron parte en la competición, por otros tipos de servicios.

- Por medio del desarrollo de proyectos conjuntos (como consorcios o joint ventures) en los que las empresas excluidas del concurso puedan obtener beneficios, pagos adicionales o incentivos especiales.

b.4. Colusión entre empresas: Cuando dos o más compañías se combinan en un acuerdo colusorio, se crea una asociación colusoria. Es importante destacar que, aunque los consorcios son legales y generalmente autorizados por la ley de contrataciones estatales y otros reglamentos de contratación estatal, deben someterse a una supervisión rigurosa, especialmente en mercados con pocos competidores o entre empresas con una significativa cuota de mercado y que pueden ofrecer de manera independiente lo que se está licitando. Se requerirán pruebas contundentes que demuestren que no existió una verdadera motivación de complementariedad entre los postulantes potenciales, sino que en realidad hubo un acuerdo colusorio que les impidió competir entre sí, con frecuencia en múltiples concursos públicos. (INDECOPI 2018, pág. 16).

2.11.1 Mercados expuestos a poca competencia y a conductas anticompetitivas.

Las empresas pueden coludirse más fácilmente en ciertos mercados que en otros. En este contexto, surgen acciones anticompetitivas que destruyen la competencia ideal en el mercado, dejando lugar a comportamientos engañosos y desleales en lugar de priorizar la honestidad, la transparencia, la adherencia a las reglas y a las prácticas adecuadas. Aunque estas circunstancias no son perjudiciales en sí mismas, requieren una atención especializada por parte de las autoridades para identificar posibles comportamientos anticompetitivos. Las siguientes características de mercado se enumeran en la literatura sobre economía y derecho de la competencia:

- Escaso número de empresas operando en el mercado²⁰.
- Pocos o ningún nuevo entrante al mercado en los últimos años²¹.
- Pocas o ninguna nueva empresa ha ingresado al mercado recientemente.²²

²⁰ Un menor número de empresas facilita el acuerdo entre ellas. Es más probable que se produzca un pacto colusorio entre 2, 3 o 4 empresas, en comparación con 10, 15 o 20.

²¹ Los acuerdos colusorios son más factibles entre empresas que se conocen, ya que no enfrentan el riesgo de que nuevos competidores ingresen al mercado y rompan el pacto o afecten su eficacia. Esto puede ocurrir, por ejemplo, si en los últimos 2 o 3 años no ha habido nuevos postulantes en los procesos de selección.

²² Este fenómeno se observa, por muestra, en el suministro de bienes simples o clasificados como commodities, como suministros de oficina o alimentos sin procesar, donde los proveedores pueden llegar a un entendimiento más fácilmente debido a que los productos tienen características similares.

- Los productos o servicios son en su mayoría similares entre sí²³.
- Hay pocos productos o servicios que puedan reemplazar a los existentes²⁴.
- Existen grandes obstáculos para ingresar al mercado²⁵.
- La innovación ha sido limitada en el mercado en los últimos años²⁶.
- La demanda se mantiene constante²⁷.
- La información sobre precios y las principales condiciones comerciales es pública o fácilmente accesible.²⁸.

En el caso de las compras públicas, es común que se presenten bienes o servicios homogéneos o que la demanda sea previsible, pues se busca generar predictibilidad y agilidad en las contrataciones²⁹. Sin embargo, esto no quita que las organizaciones convocantes y el organismo responsable de la supervisión estén atentos a posibles indicios de comportamiento anticompetitivo, especialmente en casos en los que se cree que la competencia en un proceso de selección podría ser restringida. Esto podría ocurrir, por ejemplo, si:

- Durante la etapa de desarrollo del estudio de mercado, no se recibieron propuestas de precios o estas fueron mínimas.
- Existen historial de que el proceso de selección ha sido cancelado o declarado desierto anteriormente.

Las entidades públicas deben ser especialmente cautelosas para evitar prácticas colusorias y detectar indicios de conductas anticompetitivas cuando se espera poca competencia o la posibilidad de conductas anticompetitivas (INDECOPI 2018, pág. 18).

²³ Cuando hay escasos sustitutos, es más sencillo que un acuerdo colusorio se establezca y mantenga, dado que no existe el temor de que los compradores elijan productos alternativos. Esto puede ser el caso de la gasolina o el papel, donde la sustitución es complicada.

²⁴ En mercados donde hay barreras de entrada significativas (inversiones muy elevadas o trámites legales costosos en tiempo y recursos), hay menos competencia y una mayor posibilidad de que se implementen prácticas que restrinjan la competencia efectiva.

²⁵ En mercados con baja innovación (como los archivadores), es más probable que un grupo de competidores llegue a un acuerdo de colusión, ya que no necesitarán consensuar sobre las especificaciones del bien o servicio, a diferencia de sectores con mayor innovación (como el software), donde no existe un estándar único.

²⁶ Si la adquisición de un bien o servicio permanece inalterada (como un contrato anual de seguridad), se vuelve más predecible para los oferentes y más sencillo alcanzar un acuerdo entre ellos.

²⁷ Cuando los precios son públicos (por ejemplo, disponibles en un sitio web o exhibidos en carteles), se facilita el monitoreo del cumplimiento de precios acordados en un contexto colusorio.

²⁸ La existencia de un gremio que agrupe a las principales empresas del sector puede ofrecer un espacio para reuniones y acuerdos colusorios entre competidores.

²⁹ El concepto de "homologación" se ha fortalecido recientemente con la modificación de la LCE por el DL 1444, que permite a las entidades públicas encargadas de las políticas nacionales y sectoriales, se les pide unificar las especificaciones técnicas en sus áreas de competencia. Con una lista única de requisitos, este cambio puede disminuir los costos asociados a las transacciones en los procesos de contratación pública, mejorar la previsibilidad y facilitar la inclusión de un mayor número de proveedores. La OCDE incluso recomienda la creación e implementación de herramientas para simplificar y mejorar la eficiencia en los procedimientos de contratación pública. En el libro "Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública: La Contratación Pública en el Perú", se aborda el tema de fortalecer la capacidad y la cooperación.

2.12 El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) establece medidas para fomentar la libre competencia.

Es fundamental cumplir con el propósito de la LCE, que busca obtener la oferta más beneficiosa en términos de precio y calidad, así como promover la libre competencia de proveedores durante los procesos de licitación. Por lo tanto, en el sistema de contratación pública, la competencia es fundamental, lo que implica que los procesos de contratación suelen ser competitivos y regulados para facilitar esta dinámica. Este enfoque se refuerza al incluir la competencia como uno de los principios fundamentales de la ley de contrataciones estatales. El DL 1034 y sus modificaciones, también conocido como la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, regula las prácticas que restringen la competencia y se aplican a todos los tipos, según INDECOPI (2018).

Los procedimientos de selección y contratación estatal requieren prácticas colusorias horizontales. Estas se refieren a acuerdos, recomendaciones, decisiones o acciones concertadas entre competidores en el mismo nivel para producir, distribuir y comercializar para suprimir, restringir o limitar la competencia con el fin de perjudicar a los consumidores, competidores, clientes o proveedores.

Un apartado específico sobre las prácticas colusorias en los procedimientos de selección y contratación con el Estado se encuentra en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Por lo tanto, es ilegal coordinar ofertas, postulaciones o propuestas y abstenerse de participar en licitaciones o concursos, así como en otras formas de contratación pública establecidas por la ley, como subastas y remates.

Debido a su impacto negativo en la competencia y los consumidores (en este caso, las entidades públicas), las colusiones en licitaciones o concursos públicos, comúnmente denominadas "bid rigging", se consideran prohibiciones absolutas en esta ley. Es posible que sean sancionados con multas administrativas que superen las 1,000 UIT y alcancen el 12% de las ventas obtenidos por el agente económico o su grupo en el periodo anterior a la resolución de la CDLC del INDECOPI.

Se debe notificar a la Secretaría Técnica de la CDLC del INDECOPI en caso de que alguna entidad pública, OSCE o TCE detecte indicios de conducta anticompetitiva durante un procedimiento de selección. La responsabilidad de llevar a cabo la investigación correspondiente, iniciar el procedimiento sancionador y aplicar las multas correspondientes recaerá en esta entidad. Para garantizar la eficacia de la investigación, los indicios deben mantenerse en secreto y los investigados no deben ser informados (p. 11).

En su guía, INDECOPI ofrece recomendaciones para fomentar la libre competencia entre las empresas, evitando direccionamientos o posibles colusiones entre las entidades ofertantes, con el fin de promover una competencia auténtica y transparente en las contrataciones con el Estado. Es fundamental que los encargados de los procesos de selección y contratación consideren los beneficios

de la competencia y se pregunten si sus decisiones fomentan o restringen la misma, además de explorar alternativas que puedan alcanzar objetivos similares, fomentando una mayor competencia, sin contradecir el marco legal vigente.

Las siguientes son sugerencias que las entidades públicas podrían seguir para fomentar la competencia en las distintas etapas de sus procesos de selección y contratación.

La siguiente es una descripción de las normas establecidas por INDECOPI:

2.12.1 Fomentar las compras corporativas.

Estas pautas no son obligatorias ni vinculantes, pero se corresponden con las establecidas por la OCDE y las agencias de competencia de otras naciones. Según INDECOPI, es más probable obtener precios más bajos por cada unidad de producto o servicio requerido al colaborar con otras entidades del Estado, lo que ahorra costos y tiempo en el proceso de selección. Por lo tanto, es recomendable que las entidades tomen en cuenta esta opción una vez que sea factible.

2.12.2 Evitar posibles casos de direccionamiento y requisitos desproporcionados.

Al establecer los requisitos de participación en un procedimiento de selección, es importante asegurarse de que ninguno de ellos pueda ser cumplido exclusivamente por un solo postor, lo que podría resultar injustamente favorecido. Estos requisitos, siempre que sea posible, deben centrarse en el rendimiento funcional esperado de los bienes o servicios, así como en las necesidades de los ofertantes, evitando sesgos que limiten la convocatoria a más postores.

Por lo tanto, la entidad debe evitar incluir requisitos desproporcionados al contratar sin comprometer la idoneidad y calidad de lo requerido al formular las especificaciones técnicas o los términos de referencia.

2.12.3 Elegir factores de evaluación que respondan al objetivo de la contratación y favorezcan la competencia.

Los criterios utilizados para elegir al ganador de un proceso de selección deben beneficiar significativamente a la entidad convocante. Se propone que estos estándares no solo diferencien las ofertas, sino que también distingan las cosas que las hacen diferentes para el gobierno, evitando que se conviertan en una forma oculta de regulación o restricción de la competencia.

La calidad del bien o servicio, el nivel de conocimiento de los ofertantes sobre el mismo y un precio justo y acorde al mercado son factores a tener en cuenta para la evaluación.

El Protransporte solicitó la Licitación Pública 001-2012-MML-IMPL por parte de la Municipalidad Metropolitana de Lima. El objetivo de la licitación es proporcionar un servicio de transporte público de pasajeros en paquetes de rutas de los Corredores Complementarios del Sistema Integrado de Transporte de Lima. En este proceso, se otorgaba una puntuación superior a las compañías de transporte que ya prestaban sus servicios en las rutas que se licitaban, lo que desalentó a nuevas empresas, tanto nacionales como extranjeras, con un gran potencial económico y técnico, a

presentar sus propuestas. Como resultado, solo hubo un postor en 36 de los 49 paquetes de rutas licitados, y ninguno se presentó en 6 paquetes. La CDLC creó y aprobó una recomendación que buscaba "restringir la participación de empresas nuevas y favorecer a las empresas operadoras ya consolidadas"³⁰. (INDECOPI 2018, pág. 20)

2.12.4 Mantener una comunicación fluida con la autoridad de competencia.

La entidad convocante debe conocer cómo comunicarse con la autoridad de competencia, en este caso INDECOPI, y mantener una comunicación fluida tanto para informar sobre posibles comportamientos anticompetitivos como para solicitar instrucciones (formales o informales) sobre cómo mejorar la competencia en el proceso de selección (INDECOPI 2018, pág. 20).

2.13 La colaboración entre la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos y el Seguro Social de Salud em contra la colusión en las compras públicas en el Perú

Según el artículo 76 de la Constitución Política peruana, es necesario realizar una licitación pública para la adquisición de obras, bienes y servicios financiados por el Estado. De acuerdo con el Tribunal Constitucional peruano, esta disposición tiene como objetivo garantizar que todas las adquisiciones estatales se lleven a cabo de manera regulada, con el fin de garantizar la obtención eficiente y oportuna, seleccionando a los licitadores con las mejores condiciones técnicas y financieras, cumpliendo con los principios de transparencia, equidad, libertad de participación de los proveedores y justicia.

Con la aprobación de la Ley de Compras Públicas N.º 30225 LCE en 2014, Perú emitió el reglamento correspondiente mediante el Decreto N.º 344-2018-EF en 2018. La legislación fue actualizada por última vez en 2019 con el Decreto N.º 082-2019-EF, mientras que el reglamento fue revisado en 2021. Además, OSCE elabora normas y directrices para las licitaciones públicas (OCDE 2021, pp. 23).

Las compras públicas son una forma en que el sector público compra y contrata obras del sector privado para brindar servicios a la comunidad. Estas compras son una actividad económica crucial, ya que en 2019 representaron el 12.6% del PIB de los países miembros de la OCDE y casi el 30% del gasto total del gobierno. Sin embargo, la manipulación de licitaciones, como cuando los proveedores modifican sus ofertas para predecir quién ganará una licitación, compromete los principios de las compras y afecta el presupuesto estatal y la calidad de los servicios prestados.

La OCDE enfatiza la importancia de acabar con la manipulación de las licitaciones en las adquisiciones públicas y, en 2009, estableció pautas para prevenir la asociación entre los ofertantes en estas licitaciones. Para promover la participación y reducir el riesgo de colusión durante los procesos

³⁰ La Municipalidad de Lima ha acogido las sugerencias señaladas y comunicó que la licitación para los corredores complementarios se encuentra en la etapa de formulación. Estas sugerencias serán aplicadas durante la fase de transacción, que incluye la apertura del proyecto a licitación y la recepción de propuestas de los oferentes.

de selección, sugiere que los gobiernos examinen sus leyes y prácticas en compras públicas en todos los niveles, señalando que la prevención y detección de la manipulación en las licitaciones son esenciales para asegurar que los procedimientos sean realmente competitivos. La probabilidad de que el sector público alcance una mejor relación calidad-precio se incrementa como resultado de tener acceso a productos de mayor calidad a precios más bajos.

La OCDE también asesora a las instituciones públicas sobre cómo minimizar el riesgo de manipulación en las licitaciones mediante un adecuado diseño de los procesos, así como en la identificación de prácticas colusorias. Incluye dos listas de verificación: la primera se centra en la prevención y ofrece recomendaciones para optimizar el diseño de los procesos de licitación y así reducir el riesgo de colusión; la segunda proporciona orientación sobre cómo identificar la manipulación durante y después de los procesos, señalando patrones inusuales en la fijación de precios y el comportamiento de los licitadores, además de mencionar indicios que podrían alertar a los funcionarios encargados de las compras públicas sobre potenciales manipulaciones en los procesos de adquisiciones.

2.14 EsSalud solicita la asesoría de la OCDE

EsSalud, creado en 1998 por la Ley N° 27056, es un organismo público que se encarga de brindar seguro de salud y servicios médicos a los empleados formales, profesionales independientes, empleados domésticos y sus familias. Esta organización funciona como un órgano descentralizado dependiente del Ministerio de Trabajo y Promoción de Empleo y tiene autonomía técnica, administrativa y contable. Su financiamiento proviene principalmente del 9% de las ganancias de los empleadores y del 4% de las ganancias de las personas aseguradas. En todo el país, EsSalud brinda atención médica en 415 centros de salud y en 2015, brindó atención al 25% de la población peruana, lo que equivale a cerca de 12 millones de ciudadanos. En 2020, sus gastos totales alcanzaron los 12.6 mil millones de soles (OCDE, 2021, pp. 25).

Como entidad descentralizada bajo el Ministerio de Trabajo y Promoción de Empleo, EsSalud está obligada, de acuerdo con el artículo 3 de la LCE, a cumplir con la legislación de contrataciones, así como con sus reglamentos y regulaciones pertinentes, para llevar a cabo compras públicas de bienes, servicios u obras mediante fondos públicos.

En noviembre de 2019, EsSalud solicitó la ayuda de la OCDE para evaluar sus normas y prácticas de adquisiciones públicas para mejorar los resultados de las adquisiciones, de acuerdo con las recomendaciones y directrices de la OCDE. El objetivo es recibir asesoramiento para evitar la manipulación de licitaciones mediante procesos de compra pública competitivos y eficientes, así como para optimizar la detección de posibles prácticas colusorias en relación con regulaciones específicas de EsSalud, así como normas y prácticas generales que sean relevantes para la entidad.

En el marco de la colaboración, la OCDE acordó mejorar la colaboración entre EsSalud y la entidad de competencia peruana, el INDECOPI. El objetivo de este acuerdo es fomentar la competencia y evitar la manipulación en las licitaciones de compras públicas de EsSalud, así como mejorar la capacidad de INDECOPI para detectar e investigar estas prácticas. Esto se logrará mediante la capacitación basada en la investigación y la experiencia de proyectos de la OCDE, que demuestran que los funcionarios encargados de las compras públicas deben comprender los riesgos asociados a estas prácticas y los requisitos para evitar y aplicar efectivamente la manipulación de licitaciones.

Finalmente, la OCDE creó una estrategia para que EsSalud lleve a cabo las sugerencias del informe. Para ser efectivos, ninguna recomendación o etapa del plan puede aplicarse uniformemente a todas las licitaciones, por lo que es esencial que tanto las recomendaciones como el plan de acción se adapten de manera flexible y dinámica. Es posible que aquellos participantes en licitaciones que involucren colusión reaccionen ante cambios en la política y encuentren nuevas y más complejas formas de colaborar. Por lo tanto, la implementación debe ser adaptable y tener en cuenta las capacidades cambiantes del sector público y las circunstancias del mercado privado (OCDE 2021, pp. 1 -16)

2.15 Alineación del régimen de compras de EsSalud con las buenas prácticas de la OCDE

En el marco del proyecto de Lucha contra la colusión en el sector salud en Perú: un análisis del régimen de contratación pública, EsSalud ha obtenido la oportunidad de elaborar un plan de acción para llevar a cabo las recomendaciones e iniciar un proceso de colaboración interinstitucional con el INDECOPI, con el objetivo de fomentar la competencia y combatir la manipulación de licitaciones, siguiendo las mejores prácticas de la OCDE. El régimen de compras de EsSalud se basa en dos pilares fundamentales: una planificación adecuada y la recopilación de información relevante.

La investigación de la OCDE reveló que el PAC de EsSalud para 2021 no incluía información completa sobre muchos bienes, servicios y obras, careciendo de detalles sobre el procedimiento de compra y las fechas. Por lo tanto, EsSalud debe invertir en planificación, ya que una planificación adecuada mejora la programación de proyectos, la gestión de riesgos y puede generar ahorros presupuestarios, permitiendo la publicación del PAC lo más pronto posible (OCDE, 2021, pp. 64-65).

Según el estudio, el PAC de EsSalud, al igual que el de otras entidades públicas, suele modificar sus detalles a lo largo del año. Aunque en algunos casos estas modificaciones pueden ser justificadas (como ante nuevas necesidades por emergencias, como la pandemia de COVID-19), los cambios frecuentes perjudican los beneficios de una planificación adecuada y a menudo reflejan una ineficiencia en la misma. La investigación concluyó que estos contratos frecuentemente son de bajo valor y se gestionan localmente mediante adjudicaciones directas, lo que probablemente resulta en precios más altos para EsSalud en comparación con licitaciones competitivas centralizadas. Por tanto, el PAC debería modificarse lo menos posible y publicarse en un formato más accesible y consultable

para que potenciales proveedores y actores de la sociedad civil puedan analizarlo con facilidad. Asimismo, para que el PAC funcione como una herramienta de planificación efectiva, debería ser publicado a la brevedad, idealmente antes del inicio del año correspondiente (OCDE, 2021, pp. 64-65).

2.15.1 Generar inteligencia de mercado

La inteligencia de mercado consiste en la recopilación de datos sobre las cualidades de productos, servicios y sectores económicos específicos. Esta información es valiosa para las entidades compradoras, ya que les permite comprender las soluciones disponibles y las capacidades de suministro. Además, facilita la creación de licitaciones que sean técnicamente adecuadas, consideren opciones innovadoras y fomenten la competencia, a la vez que disminuyen el riesgo de colusión entre los proveedores. La inteligencia de mercado incluye detalles sobre especificaciones técnicas de compras, presupuestos o precios de referencia, la posibilidad de presentar ofertas en uno o varios lotes, la consolidación de la demanda y el tipo específico de procedimiento de licitación que se debe aplicar (OCDE, 2021, p. 66).

La investigación de la OCDE (2021) sugiere que la información a recopilar en una investigación de mercado debe incluir:

La presencia de proveedores en el mercado, incluyendo su localización, nuevos competidores, tamaño, disponibilidad, capacidades y desempeño previo.

Los servicios y bienes a disposición, abarcando las soluciones de carácter innovador, políticas de descuentos, precios, condiciones de entrega y términos de venta.

Las circunstancias de oferta y demanda locales que puedan informar el diseño de licitaciones, incluida la composición de los lotes y la segmentación geográfica de los contratos.

Las características del mercado que pueden influir en la probabilidad de manipulación de licitaciones, como el número de proveedores, los niveles de transparencia y las barreras a la entrada (pp. 67).

De acuerdo con la OCDE (2017) el análisis del mercado brinda una comprensión estratégica de:
Cómo opera un mercado.

La competitividad dentro de un mercado.

Información sobre proveedores clave, sus cuotas de mercado y posibles riesgos de colusión.

Cómo evolucionar el mercado para satisfacer mejor las necesidades de los clientes.

La estructura de precios en el mercado, incluyendo estructuras de costos y tendencias recientes.

Los riesgos del mercado y estrategias para mitigarlos.

La posibilidad de fracaso en el mercado.

Los resultados del análisis de mercado en relación con los procedimientos de licitación incluyen:

Las actividades de planificación y elaboración de presupuestos.

La elección apropiada del procedimiento y estrategia de compra, considerando la operatividad actual del mercado y su futuro en torno a nuevos competidores o tecnologías innovadoras.

La estructuración de licitaciones públicas para lograr ofertas competitivas saludables.

Métodos de compra que no perjudiquen la oferta y demanda en el mercado.

Los resultados clave de este análisis son: 15. Un mejor valor por el dinero. 16. Identificación y gestión de riesgos relacionados con el suministro. 17. Oportunidades más justas y amplias para los proveedores.

A medida que aumenta el riesgo del negocio y el gasto en bienes o servicios, también lo hacen los beneficios del análisis de la oferta del mercado (pp. 83-108).

La OCDE sugiere la creación de departamentos dedicados a la investigación de mercado en las entidades contratantes, o bien, asegurar que los compradores públicos dispongan de los recursos y el respaldo necesario para realizar un análisis exhaustivo del mercado utilizando las estructuras disponibles. Los equipos encargados de investigar el mercado deben estar formados por personal calificado que esté al tanto de los avances e innovaciones del sector, así como contar con un presupuesto adecuado y acceso a herramientas tecnológicas, incluyendo sitios web especializados. Asimismo, es imprescindible que todos los funcionarios responsables de las compras públicas cuenten con la certificación del OSCE y cumplan con los estándares preestablecidos en términos de experiencia y formación académica.

En EsSalud, las áreas responsables de la investigación de mercado son el Departamento de Logística y la Central de Abastecimiento de Bienes Estratégicos (CEABE). Aunque en Perú no existe una carrera específica para los funcionarios de compras públicas, ya que esta actividad no se considera una categoría profesional, la OCDE propone que sería ventajoso centralizar la investigación de mercado en un solo departamento, como la CEABE. Esto garantizaría la disponibilidad de recursos adecuados y directrices actualizadas sobre los aspectos mínimos que debe abarcar la investigación del mercado, teniendo en cuenta criterios que vayan más allá del precio.

El propósito de la investigación de mercado es fijar un valor de referencia o estimado, identificar el número de proveedores potenciales y considerar si es conveniente distribuir el contrato entre varios de ellos. Esta investigación se centra principalmente en los precios, con el objetivo de determinar el valor estimado de los bienes y servicios, así como el valor de referencia para la contratación de obras (OCDE, 2017, pp. 68).

El Departamento logístico, la CEABE o la unidad descentralizada tienen la posibilidad de pedir asistencia para determinar el valor aproximado de cualquier unidad perteneciente a EsSalud. El valor

de referencia empleado para la realización de obras está incluido en el expediente técnico. La LCE no detalla el método para calcular este valor, pero subraya que la investigación de mercado debe tener en cuenta insumos, cantidades y precios, así como los costos generales y beneficios (OCDE, 2017, pp. 67).

Siguiendo las recomendaciones de la OCDE, Perú debería contemplar la implementación de directrices para la investigación de mercado que abarquen no solo el precio, sino también aspectos futuros significativos, como innovaciones, acceso a mercados, productos alternativos, estabilidad en el suministro, capacidad de ampliar la producción actual y tiempos de entrega, así como, en determinados casos, la inclusión de proveedores extranjeros. Todos estos factores son esenciales para manejar riesgos. En el suministro, como la escasa participación de licitadores, se busca fomentar la competencia y generar oportunidades para alcanzar una buena relación calidad-precio. EsSalud tendría que requerir la realización de un estudio de mercado que considere elementos ajenos al precio y, en su caso, evaluar la posibilidad de colaborar con el OSCE para elaborar guías sobre la manera de llevar a cabo investigaciones de mercado específicas para el ámbito de la salud (OCDE, 2017, pp. 69).

2.15.2 Mejorar las fuentes de investigación de mercado y el compromiso con los proveedores

En términos generales, la investigación de mercado debe basarse en una amplia variedad de fuentes de información. Aunque los datos históricos de contratos gubernamentales previos son un buen inicio, es imprescindible complementarlos utilizando otras fuentes, como artículos especializados o acuerdos del sector privado. Los convenios previos pueden derivar de procesos no competitivos, estar afectados por colusiones o reflejar condiciones de mercado que ya no son relevantes, lo que restringe la utilidad de estos datos históricos para el análisis del mercado, ya que no representan con exactitud la situación actual (OCDE, 2019, pp. 91-92).

En este ámbito, el análisis de mercado también debe abarcar datos relacionados con el cumplimiento de los acuerdos, incluyendo la calidad de los productos y servicios, así como los cambios en los contratos. Durante la fase de investigación, algunos participantes observaron que el estudio de mercado no es lo suficientemente completo y se fundamenta en un número limitado de fuentes, lo cual podría deberse a la ausencia de directrices adecuadas o listas de verificación que especifiquen el contenido mínimo que dicha investigación debería incluir.

Se sugiere que EsSalud trabaje en conjunto con los proveedores desde las fases iniciales de la planificación de adquisiciones, dado que ellos suelen poseer más datos que la entidad compradora respecto a costos, precios, tendencias del mercado, así como sobre productos o servicios y sus diferentes opciones. Este intercambio de información desde el principio puede fomentar una mayor participación en el proceso de licitación al notificar sobre futuras oportunidades de compra y dar a los licitadores el tiempo necesario para elaborar sus propuestas (OCDE, 2019, pp. 95-98). Las modalidades

de participación anticipada pueden abarcar peticiones de información, diálogos directos con los proveedores y sesiones informativas (OCDE, 2016, pp. 151-152).

En el transcurso de la investigación, se observó que las especificaciones técnicas de EsSalud frecuentemente coinciden con las de un solo proveedor, limitando así la competencia a ese único proveedor. Esto sugiere que la información proporcionada por los proveedores en el estudio de mercado podría no estar siendo valorada adecuadamente, lo que podría indicar un posible sesgo.

Por ende, EsSalud debe ser cauteloso al no restringir los términos de las licitaciones de manera demasiado rigurosa, basándose únicamente en la información suministrada por los proveedores durante la evaluación del mercado. Es fundamental que se sirvan de diversas fuentes y de su propio juicio para ajustar los términos de las licitaciones a las realidades del mercado y a sus necesidades particulares.

La consulta anticipada con los proveedores tiene que seguir normas de transparencia y publicidad, lo que puede incluir la publicación de resúmenes o minutas de las reuniones celebradas con los proveedores (OCDE, 2021, pp. 92). No obstante, la identidad de los proveedores debe permanecer en secreto, ya que dar a conocer esta información podría facilitar la formación de acuerdos colusorios, permitiendo a los licitadores identificar a sus competidores y posiblemente conspirar. Además, se podrían emplear herramientas electrónicas para garantizar la transparencia en el proceso de consulta con los proveedores.

Trabajar conjuntamente con los proveedores puede resultar altamente ventajoso para optimizar la calidad de las especificaciones técnicas. Involucrarse con ellos desde las etapas iniciales del proceso de contratación permitirá a EsSalud mantenerse informado sobre las tendencias y circunstancias del mercado, garantizando que los términos de las licitaciones no se alteren únicamente basado en la información proporcionada por los proveedores.

Promover el intercambio de información entre las entidades encargadas de adquisiciones públicas resulta fundamental. Sin embargo, en la práctica, EsSalud, que tiene la capacidad de compartir los datos de su análisis de mercado con otros organismos, lo hace con muy poca frecuencia. Asimismo, rara vez obtiene datos de otros compradores estatales o de entidades importantes como el OSCE, Perú Compras o INDECOPI. En el transcurso de una misión de estudio realizado por la OCDE, se concluyó que la interacción y coordinación entre las entidades públicas es limitada. Por ello, EsSalud debería iniciar la coordinación y el intercambio de información con otras organizaciones relevantes y compradores públicos, como el OSCE y la DIGEMID. Esto le permitiría recopilar información y análisis del mercado, resultados de licitaciones en distintos formatos, comparaciones entre los grupos de proveedores que participan en licitaciones de contratos similares y los precios presentados, además de detectar posibles patrones sospechosos en las licitaciones de diversas autoridades, así como mantenerse al tanto de nuevos productos aprobados en el mercado y saber sobre el vencimiento de

patentes. Además, EsSalud debería contemplar la posibilidad de establecer acuerdos de cooperación con estas partes interesadas, entre las que se incluyen el OSCE y la DIGEMID (OCDE, 2021, pp. 73-74).

Al concluir la evaluación, se constató que EsSalud no dispone de una base de datos que consolide todas las adquisiciones efectuadas por sus diversos departamentos. Las principales entidades de compra, como la CEABE y el Departamento logístico, operan con bases de datos separadas. En este contexto, se sugiere establecer una base de datos integrada en EsSalud que recoja información sobre procesos de compras públicas, tanto pasados como actuales, y que sea detallada, fiable y pertinente. Esta base de datos debería incluir datos sobre la investigación de mercado, la cantidad de licitadores, los productos adquiridos y sus precios. Dicha información permitirá a los diferentes departamentos de EsSalud llevar a cabo análisis sobre las adquisiciones, incluyendo detalles sobre el cumplimiento de los contratos.

Además, el INDECOPI debe tener derechos de acceso a las bases de datos de adquisiciones que genere EsSalud, con el fin de examinar información sobre comportamientos sospechosos e identificar y validar transgresiones en materia de competencia. En la actualidad, el INDECOPI únicamente recibe datos de compras a través del SEACE (OCDE, 2021, pp. 76).

2.15.3 Recomendaciones para el diseño de compras planificadas y la recolección de información

1. Para garantizar que las adquisiciones se efectúen con datos precisos, la OCDE (2021) propone las siguientes recomendaciones:
2. EsSalud debe elaborar y difundir el PAC lo antes posible (antes del inicio del año correspondiente) y realizar el menor número de ajustes necesarios, ya que la tardanza en la publicación y los cambios concurrentes pueden menoscabar los beneficios de la planificación de compras.
3. El PAC debe ser accesible y sencillo de utilizar, preferiblemente en formatos que faciliten la búsqueda y manipulación, como hojas de cálculo, en lugar de PDF, para promover un análisis eficiente de su contenido.
4. Perú debería contemplar la implementación de directrices sobre el contenido fundamental de la investigación de mercado, que incluyan aspectos futuros de suministro más allá del precio, tales como innovación, acceso al mercado, proveedores internacionales, potencial de expansión de la producción actual y capacidad de entrega.
5. EsSalud debería actualizar sus propias directrices sobre la investigación, que fueron formuladas bajo la antigua PPL, incorporando buenas prácticas de otros proveedores de salud tanto en Perú como en el extranjero. Si es necesario, debería considerar colaborar con la OSCE en la elaboración de estas nuevas directrices mediante un acuerdo de cooperación.

6. EsSalud debe mantenerse al tanto de los avances en el lado de los proveedores en el mercado, especialmente en áreas como la expiración de patentes y litigios, así como en el caso de productos de fuentes originalmente y la entrada de nuevos proveedores.
7. EsSalud debe relacionarse con los proveedores en las fases iniciales del proceso de adquisición para recabar información acerca de costos, precios, tendencias del mercado, productos o servicios y alternativas.
8. EsSalud debe evitar redactar términos de licitación que sean excesivamente semejantes a la información proporcionada por los posibles proveedores durante el análisis de mercado, ya que esto podría facilitar la colusión entre proveedores o sesgar la competencia (pp. 77-78).

2.16 Segunda Recomendación General: Maximizar del número de licitadores competidores

Maximizar la participación de licitadores competidores Promover la participación suficiente de licitadores y la inclusión de competidores potenciales incrementa la competencia y reduce las posibilidades de colusión en las compras. Este capítulo aborda cómo lograr esto.

2.16.1 Priorizar licitaciones competitivas

Para reducir la posibilidad de manipulación en las licitaciones, es esencial garantizar la participación de un considerable número de licitadores confiables en los procesos de adquisición pública. Una alta tasa de concurrencia disminuye la probabilidad de colusión, ya que sería necesario que una mayor cantidad de licitadores se pusieran de acuerdo en un plan de manipulación, lo cual se vuelve más complicado con un número mayor de participantes. (OECD, 2009, pp. 4 – 6)

En Perú, la LCE establece la libre competencia como un principio esencial en las compras públicas, indicando que las entidades gubernamentales deben promover la participación y acceso de proveedores. El art. 2 de la ley N.º 30225 establece el principio de libre participación, obligando a las entidades estatales a facilitar el acceso sin costo alguno y a asegurar la participación de proveedores en sus procesos, evitando trámites costosos e innecesarios.

Todas las convocatorias y condiciones de licitación deben ser publicadas en el SEACE, excepto por las comparaciones de precios, todos los compradores, incluyendo EsSalud, tienen la obligación a utilizar el SEACE para sus procesos de adquisición. Esto fomenta una mayor transparencia en las oportunidades de compra y debería atraer a más licitadores. No obstante, investigaciones realizadas en EsSalud indican que la cantidad media de licitadores por licitación es relativamente baja, oscilando entre dos y tres participantes. Por lo tanto, la OCDE sugiere que EsSalud examine las razones de esta escasa participación y adopte medidas para fomentarla, dado que una cantidad limitada de ofertas

reduce las posibilidades de encontrar soluciones óptimas en el mercado y eleva el riesgo de manipulación en las licitaciones.³¹

EsSalud debe evitar las compras directas y propiciar la participación de la mayor cantidad de proveedores; sin embargo, si la situación lo amerita, debe verificar que las condiciones y razones, incluso durante la pandemia estén dentro de la ley y las políticas de la OCDE. (OECD, 2021, pp. 4 – 6)

2.16.2 Reducir el tiempo de la contratación y los costos de licitación con especificaciones y documentos de licitación estándar

Utilizar documentos y especificaciones normalizados que cubran todas las etapas del proceso de adquisición, desde la planificación hasta la formalización del contrato, optimiza la eficiencia, acorta el tiempo requerido para preparar las compras, disminuye los costos vinculados a la licitación y fomenta la participación en estos procesos. El OSCE ha desarrollado formatos de licitación estandarizados para 20 tipos de procedimientos de compra, diferenciados según las categorías de adquisición (como el suministro de bienes, servicios, consultoría en obras o ejecución de obras) y los tipos de modalidades de selección (como la oferta pública, el concurso público y la adjudicación simplificada). Asimismo, se han establecido documentos estandarizados para dos servicios particulares (seguridad y limpieza). De cara al futuro, sería aconsejable que el OSCE busque la colaboración del INDECOPI en la elaboración de estos documentos estandarizados, para garantizar la inclusión de aspectos relacionados con la competencia, como la eliminación de restricciones innecesarias. Además, resultaría provechoso analizar si los funcionarios responsables de las compras públicas están utilizando adecuadamente estos documentos estándar, con el fin de reducir los riesgos de cancelación y asegurar un tratamiento justo, aplicando las mismas normas en entidades como EsSalud y en el resto del sector público (OECD, 2021).

De acuerdo con las regulaciones vigentes, Perú Compras se encarga de difundir fichas técnicas y de mantener un inventario de bienes y servicios habituales. Sin embargo, durante una misión de investigación, se observó que este inventario podría limitar la competencia al excluir a algunas empresas que ofrecen productos sustitutos, pero no idénticos a los listados, incluso si cumplen la misma función. Además, otros ministerios, como el Ministerio de Salud

³¹ La recomendación de la OCDE sugiere impulsar la utilización de licitaciones competitivas como método estándar de adquisición, restringiendo las adjudicaciones directas (OCDE, 2015), asegura una adecuada relación entre calidad y costo. Las licitaciones competitivas son la forma más efectiva de lograr esto. La competencia genuina entre los proveedores que presentan sus propuestas de forma independiente mejora la eficiencia, reduce la corrupción, ofrece resultados más competitivos y puede generar ahorros significativos. Por ejemplo, las licitaciones competitivas implementadas por el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) entre 2013 y 2017 resultaron en precios entre un 11.2% y un 11.9% inferiores en comparación con las licitaciones de adjudicación directa o aquellas limitadas a solo tres proveedores (OCDE, 2018[20]). EsSalud, al igual que otras entidades del sector público, debe utilizar documentos estándar de licitación que incluyan una sección con términos generales sobre el proceso de adquisición y la ejecución del contrato, así como una sección de términos específicos que la entidad compradora debe completar. Los términos generales se mantienen consistentes en todos los procedimientos de compra, y cualquier alteración anularía el proceso de adquisición.

(MINSA) a través de CENARES, asimismo, es posible estandarizar las especificaciones técnicas y los criterios de calificación mediante la publicación de fichas técnicas de estandarización (o fichas de homologación) por parte de Perú Compras apoya este proceso y emite un dictamen positivo antes de que se apruebe la estandarización. Una vez aceptada, la ficha de homologación se encuentra disponible en el sitio web de Perú Compras y es obligatoria para todos los compradores del sector público.

En situaciones con una estandarización completa, los compradores podrían optar por adquirir el producto mediante un proceso de adjudicación simplificado. Para EsSalud, el Instituto de Evaluación de Tecnologías en Salud e Investigación (IETSI) se encarga de desarrollar estas fichas de homologación. Estas fichas pueden ser incorporadas al Listado de Bienes y Servicios Comunes (lo que implicaría la compra mediante una subasta inversa electrónica) o al catálogo electrónico de un acuerdo marco (donde la compra debe realizarse con uno de los proveedores seleccionados en dicho acuerdo).

Perú Compras señala que las fichas de estandarización disminuyen considerablemente el número de solicitudes de aclaración y comentarios de los proveedores, fomentan una mayor participación y acortan los tiempos del proceso, ya que las especificaciones técnicas están previamente establecidas. El IETSI desarrolló fichas para más de 600 artículos, y su utilización es mandatoria para EsSalud. Aunque los esfuerzos para estandarizar deben persistir y fortalecerse, algunos actores han señalado algunas fichas de homologación podrían ser excesivamente detalladas o imponer requisitos innecesarios. Las entidades responsables de elaborar estas fichas, junto con Perú Compras, deben asegurarse de que la homologación no limite involuntariamente el acceso a las licitaciones, manteniendo las fichas claras y accesibles para los licitadores. Para asegurar la adecuación de las exigencias en las fichas de homologación, Perú Compras publica borradores y organiza mesas técnicas con académicos, asociaciones y principales compradores y proveedores, así como con la inclusión de la sociedad civil.

2.16.3 Identificar ofertas conjuntas anticompetitivas

En Perú, los compradores del sector público tienen la posibilidad de permitir que las compañías hagan propuestas en conjunto y en consorcio. Las condiciones de las licitaciones pueden ser modificadas para restringir el número de empresas que pueden integrar un consorcio, establecer un porcentaje mínimo de participación para cada integrante, o solicitar que la empresa del consorcio con más experiencia cuente con un mínimo de porcentaje de participación. No se permite que las empresas

presenten ofertas en consorcios para licitaciones relacionadas con acuerdos marco, y los miembros de un consorcio no pueden presentar ofertas de manera individual ni participar en otros consorcios durante el mismo procedimiento de adquisición. OECD (2012) señala prácticas que pueden ser incompatibles con un mercado competitivo, sugiriendo posibles manipulaciones en las licitaciones. Esto incluye casos en los que dos o más empresas realizan una oferta conjunta cuando al menos una de ellas podría haber presentado una oferta de forma individual, lo que sugiere que esas propuestas pueden ser una táctica para repartir el lucro entre quienes manipulan la licitación.

Hay diversas tácticas para alterar una oferta. La OCDE señala que los esquemas de licitaciones a menudo simulan un ambiente competitivo. Entre los ejemplos se encuentran las ofertas cubiertas, donde los licitadores presentan propuestas sabiendo que no tienen posibilidades de éxito, ya sea por incluir condiciones inaceptables o precios excesivamente altos. La supresión de ofertas se produce cuando un proveedor acuerda con sus competidores no presentar una propuesta o, tras participar en las etapas iniciales, decide no realizar la oferta definitiva. En la rotación de ofertas, los integrantes de un cártel continúan presentando propuestas diversas, pero se turnan para salir ganadores. En un contexto de división del mercado, el cártel puede segmentar el mercado (por regiones, subsectores o clientes), determinando previamente qué empresas deben resultar ganadoras en cada segmento. Estos métodos no son excluyentes; por ejemplo, es posible emplear ofertas cubiertas junto con la rotación de ofertas. (OCDE, 2021).

Figura 4

Diferentes formas de manipulación de licitaciones



Nota. OCDE (2021)

Durante la misión de investigación, se observó que las entidades de compras públicas no siempre consideran adecuadamente los costos y riesgos de las licitaciones conjunta, y los consorcios pueden ser aceptados incluso si las empresas involucradas podrían haber licitado por separado.

Tabla 1

Criterios para determinar si una oferta conjunta competitiva o anticompetitiva

Competitiva	Anticompetitiva
Los proveedores operan en diferentes mercados (de productos).	Cada compañía cuenta con las capacidades económicas, financieras y técnicas para cumplir el contrato por sí sola.
Los cooperadores proporcionan un servicio integrado único que nadie podría abastecer de manera independiente.	Los licitadores conjuntos son los competidores más fuertes en el mercado relevante.
Dos o más proveedores activos en diferentes áreas geográficas presentan una oferta única para la totalidad del área contratante, lo que produce eficiencias.	Una oferta conjunta no produce ninguna eficiencia, o las eficiencias no se pasan al comprador en términos de menor precio, mayor calidad o mejor entrega.
Dos o más proveedores combinan sus capacidades para cumplir un contrato demasiado grande para hacerlo de manera individual.	Un consorcio permite que sus miembros intercambien información sensible que

Nota. OCDE (), *Combate a la colusión en las compras públicas del IMSS: Impacto de las recomendaciones de la OCDE.*

El INDECOPI debería contemplar la publicación de guías dirigidas a las agencias compradoras sobre las condiciones para presentar ofertas conjuntas que sean beneficiosas para la competencia y llevar a cabo iniciativas de promoción, que incluyan la capacitación de los funcionarios de compras públicas. Esto tiene como objetivo aumentar la conciencia sobre el impacto que pueden tener las ofertas conjuntas en la competencia en una licitación, así como atender consultas específicas que puedan tener los compradores públicos sobre este asunto. Es crucial que INDECOPI y OSCE trabajen juntos para proporcionar orientación y aumentar la conciencia, ya que INDECOPI cuenta con experiencia en temas de competencia, mientras que OSCE tiene un conocimiento más detallado de otros aspectos del proceso de compras, incluyendo su complejidad técnica y la importancia de la cooperación. EsSalud debería detallar claramente en sus convocatorias de licitación que las ofertas conjuntas solo serán aceptadas si están justificadas y contribuyen a la competencia. Además, EsSalud debería requerir información a los licitadores para determinar si una oferta conjunta realmente favorece la competencia, exigiendo explicaciones sobre la razón por la cual no presentaron ofertas por separado, especialmente en casos donde esto podría haber sido viable.

2.16.4 Dividir contratos en lotes

La Recomendación de la OCDE sugiere que las entidades que realizan compras públicas deben permitir, siempre que sea posible, que se presenten ofertas en partes o lotes del contrato, en lugar de restringirse a propuestas para el total del mismo. En el caso de contratos de gran envergadura, es recomendable identificar secciones dentro de la licitación que sean atractivas para pequeñas y medianas empresas (OECD, 2012, p. 10).

Dividir los contratos en lotes puede facilitar la participación de proveedores más pequeños que de otro modo podrían no tener la capacidad para competir en un contrato único grande, además de servir como una estrategia para reducir la concentración del mercado (Sánchez Graells, 2020, pp. 7-10). La LCE autoriza a las entidades públicas a segmentar contratos en lotes (bienes del mismo tipo) o secciones (partes útiles de un proyecto público). EsSalud puede considerar esta opción para aumentar el número de licitadores, ya que actualmente es bastante bajo.

La decisión de cómo dividir un contrato en lotes requiere un análisis detallado. Los responsables de compras públicas deben tener en cuenta las condiciones del mercado y el objeto de la adquisición, así como los riesgos de manipulación en las licitaciones, eligiendo la segmentación de modo que se evite facilitar la colusión entre licitadores. Las Guías de compras públicas del INDECOPI no brindan directrices sobre el uso de lotes, por lo que es fundamental que este organismo apoye a los funcionarios de compras para asegurar que la fragmentación no afecte la competencia.

Según la OCDE (2020), es recomendable dividir los contratos en lotes cuando hay dudas sobre si contratos más grandes y agrupados podrían limitar la competencia por diversas razones. Por ejemplo, empresas pequeñas y medianas eficientes, o firmas especializadas, pueden no estar en capacidad de suministrar todos los bienes o servicios solicitados. Cuando un contrato se adjudica a una sola empresa, especialmente en compras que representan una parte significativa del mercado para un bien o servicio, esto puede incrementar el poder del proveedor y reducir la cantidad de oferentes en futuras licitaciones. Antes de optar por la segmentación, los compradores deben llevar a cabo un análisis de mercado para evaluar si la licitación en lotes menores resulta ser la opción más adecuada, considerando el tipo de producto o servicio necesario.

En relación al primer punto, ¿existen otros métodos para fomentar la participación de pequeñas empresas? Por ejemplo, ¿podría la simplificación de los procesos de licitación ayudarles a presentar sus ofertas? ¿Pueden colaborar formando un consorcio para licitar en conjunto? En cuanto al segundo punto, ¿es posible que los licitadores no seleccionados se retiren del mercado y no participen en futuras adquisiciones? ¿O tendrían la capacidad de volver a presentar ofertas en una próxima licitación? De manera similar, ¿puede la falta de experiencia afectar la calidad de sus ofertas en el futuro, o tendrían la oportunidad de mejorar sus propuestas compitiendo con personal de contratistas actuales?

Para segmentar un contrato en lotes y mantener la competencia antes de la licitación, la entidad debe:

1. Facilitar a todos las ofertantes documentaciones precisa que contenga toda la información relevante sobre el bien o servicio a adquirir, para reducir cualquier ventaja desleal.

2. Evaluar la opción de dividir el contrato en lotes si se considera que las empresas más pequeñas o especializadas podrían no participar de otra forma; no se debe descartar un lote adicional solo porque se anticipa menor competencia.
3. Permitir ofertas combinadas cuando un licitador pueda presentar propuestas para distintas combinaciones de lotes, lo que podría incentivar a oferentes no locales a ofrecer paquetes en lugar de participar en lotes individuales.
4. Establecer límites en la adjudicación, en lugar de limitar la participación, para evitar que un solo proveedor obtenga todos los lotes, siempre que los beneficios superen la posible reducción en competencia.
5. Optar por un número menor de lotes en comparación con el número anticipado de licitadores, siempre que esto no cause ineficiencias; esto puede reducir el riesgo de acuerdos colusorios entre licitadores sobre la división de lotes, mejorando el valor final.
6. Evaluar la creación de lotes de diferentes tamaños en relación con la cuota de mercado de los ofertantes, siempre que no genere ineficiencias, para dificultar que los licitadores coludidos lleguen a un acuerdo sobre la división de lotes, mejorando así el valor final.
7. En adquisiciones recurrentes, considerar una segmentación impredecible de los lotes (por ejemplo, variando el tamaño o la composición de los lotes), siempre que no se genere ineficiencia, para minimizar el riesgo de que la segmentación favorezca la colusión.

Durante la etapa de licitación, la autoridad encargada debe:

1. Informar a la autoridad de competencia sobre cualquier conducta sospechosa por parte de los licitadores que impida a otros competidores presentar ofertas atractivas, lo que constituye una conducta anticompetitiva.
2. Reportar cualquier indicio de manipulación en la licitación por parte de los ofertantes.
3. Estar alerta a que las ofertas combinadas pueden resultar anticompetitivas si los licitadores tienen la capacidad de presentar propuestas de manera independiente (pp. 1-3).

2.16.5 Continuar el uso extendido de las compras electrónicas

La adopción de compras electrónicas ayuda a mitigar el riesgo de colusión al evitar que los ofertantes se reúnan físicamente durante la presentación de sus propuestas o en otras etapas del proceso de licitación. Además, es probable que estas compras electrónicas reduzcan los costos de licitación para los potenciales licitadores, especialmente para aquellos internacionales que operan en diferentes regiones del país donde se encuentra la entidad adjudicadora. Esto puede incentivar una mayor participación y fomentar una competencia más robusta en las adquisiciones.

Asimismo, las compras vía electrónica pueden amentar ahorros para el sector público al reducir los tiempos de adquisición, disminuir el número de recursos humanos necesarios, ahorrar en

espacios para eventos y almacenamiento de documentos físicos, y reducir los costos asociados a la organización y recepción de ofertas, así como a la adjudicación de contratos.

En Perú, las compras electrónicas están bien establecidas, ya que todas las entidades públicas deben utilizar el SEACE, sin importar el monto, la fuente de financiamiento o la normativa aplicable (PPL u otra). Como se detalla en la Sección 3.3.1, se publican en el SEACE únicamente después de su adjudicación. Cualquier persona puede acceder al SEACE para consultar información sobre todas las compras públicas, tanto a nivel nacional como regional. Perú debe continuar avanzando en la implementación de compras electrónicas en todas las fases y tipos de adquisiciones. (OCDE. 2021, pp. 95 – 96)

2.16.6 Garantizar la simplicidad de la inscripción en el Registro Nacional de Proveedores

Para participar en las adquisiciones reguladas por la LCE, los proveedores deben registrarse en el Registro Nacional de Proveedores (RNP), que es una plataforma electrónica dividida en cuatro secciones: 1) bienes, 2) servicios, 3) consultoría para obras y 4) obras. Los proveedores tienen la opción de inscribirse en uno o varios de estos registros según su área de interés.

El proceso de inscripción en el registro de consultoría para obras y proyectos es particularmente exigente. Los proveedores deben presentar información detallada sobre su experiencia en la supervisión de obras o en la elaboración de expedientes técnicos, incluyendo copias de documentos que respalden esta experiencia. Si un proveedor no puede demostrar su trayectoria, será clasificado en la categoría más baja del RNP, lo que limita su participación a procesos de compra de menor valor, donde no se requiere una experiencia significativa. Por ello, se sugiere considerar una revisión y simplificación de estos criterios de registro.

Las empresas extranjeras también pueden registrarse en el RNP, pero deben seguir algunos pasos adicionales. Primero, deben designar a un representante legal en Perú y formalizar el poder notarial correspondiente ante los Registros Públicos del país. Este representante debe presentar al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) un documento oficial que certifique que la empresa está operativa en su país de origen, junto con una traducción oficial al español. Si todos los requisitos se cumplen, el representante puede ingresar la información en el portal del RNP y enviarla al OSCE.

Cabe destacar que el RLCE establece un principio de reciprocidad. Esto implica que las empresas extranjeras deben recibir el mismo trato que las empresas peruanas en su país de origen. Por lo tanto, pueden enfrentar restricciones o no estar habilitadas para participar en licitaciones si su país de origen no permite que las empresas peruanas participen en sus procesos de contratación pública (OCDE, 2021, pp. 96).

2.16.7 Analizar ofertas de compañías relacionadas

En Perú, de acuerdo con la Opinión No. 256-2017/DTN emitida por el OSCE, las empresas que pertenecen al mismo grupo económico o que mantienen algún tipo de vínculo no pueden participar con ofertas en un mismo proceso de compra. La OCDE recomienda que, en el futuro, Perú evalúe cada caso de manera individual para determinar si las empresas vinculadas han elaborado sus propuestas de forma autónoma, basándose en la evidencia presentada. Para ello, es fundamental que Perú mejore las capacidades de evaluación de los funcionarios encargados de este análisis y actúe con cautela para no limitar de forma injusta la competencia, ya que esto podría resultar en una reducción en el número de propuestas y en la presentación de ofertas realmente independientes (OCDE, 2021, pp.97)

2.16.8 Acciones recomendadas para Maximización del número de licitadores competidores

Para fomentar una mayor participación de licitadores realmente competitivos, la OCDE (2021) sugiere las siguientes acciones:

1. EsSalud debe examinar el grado de participación en sus procesos de licitación y eliminar cualquier barrera que impida dicha participación.
2. EsSalud necesita investigar las causas detrás de las adjudicaciones directas, incluyendo aquellas realizadas durante la pandemia de COVID-19, para garantizar que se respeten las disposiciones de la LCE.
3. Al desarrollar los documentos de licitación estándar, es recomendable que el OSCE consulte con el INDECOPI para abordar aspectos relacionados con la competencia. Asimismo, sería útil que el OSCE evaluara si los funcionarios encargados de las compras públicas están utilizando correctamente dichos documentos.
4. Las fichas de homologación deben ser claras y completas, evitando incluir requisitos que limiten de manera accidental el acceso a las licitaciones, como condiciones innecesarias que favorezcan a ciertos proveedores.
5. EsSalud necesita especificar en sus convocatorias que la presentación de ofertas conjuntas y la subcontratación solo son aceptables si están justificadas y promueven la competencia, solicitando a los licitadores que expliquen sus decisiones, como la razón por la que no presentan ofertas individualmente cuando ello parece viable.
6. El INDECOPI, en colaboración con el OSCE, debería proporcionar más orientación y promoción sobre las condiciones adecuadas para las ofertas conjuntas y la subcontratación.
7. Perú debería evaluar la posibilidad de incluir licitadores internacionales en sus compras corporativas.
8. Es necesario que Perú revise la simplificación de su sistema de consolidación y centralización de compras en el sector de la salud. Las estructuras actuales, que involucran a Perú Compras, CENARES,

gobiernos regionales y otras entidades, así como diferentes unidades dentro de EsSalud, generan una fragmentación innecesaria.

9. EsSalud podría explorar fortalecer su colaboración con CENARES y Perú Compras.
10. EsSalud debería considerar la opción de dividir contratos en lotes para aumentar la participación de licitadores, que actualmente es bastante baja, apoyándose en directrices de la OCDE sobre la segmentación de contratos.
11. Perú necesita revisar si los requisitos para el registro en el RNP relacionados con consultoría de obras pueden ser flexibilizados.
12. Las entidades del país deben seguir utilizando compras electrónicas en todas las etapas y tipos de adquisiciones (pp. 98 -99)

2.17 Casos de colusión en las compras públicas en el Perú

En las compras públicas se ha detectado una fuerte evidencia de actos en contra de la libre competencia, los casos conocidos como el cártel de la construcción y en los servicios de hemodiálisis se desarrollan en este capítulo.

También en el presente capítulo se desarrolla el marco normativo existente para reprimir conductas anticompetitivas en las compras públicas de nuestro país; también se detalla el análisis económico que realiza el INDECOPI para detectar los casos de colusión y las sanciones aplicadas.

2.18 Marco Normativo para reprimir conductas anticompetitivas en el Perú

La manipulación de licitaciones implica que empresas competidoras se confabulen de manera ilegal para fijar precios altos o reducir la calidad de los productos o servicios que ofrecen en un proceso de licitación. Este tipo de conducta se conoce como colusión, una forma de cártel que está prohibida por las leyes de competencia.

Los términos “colusión”, “cártel” y “manipulación de licitaciones” son sinónimos y se refieren al acto de coordinar o fijar ofertas entre competidores en el ámbito de compras públicas. Aunque la manipulación de licitaciones se produce entre los licitadores sin necesidad de la intervención de un funcionario público, si dicho funcionario está involucrado, la manipulación puede estar asociada con otras prácticas ilegales como corrupción, fraude, información engañosa o mal manejo de fondos públicos (OCDE, 2021).

Las infracciones relacionadas con prácticas anticompetitivas están reguladas por el TUO del DL. 1034, conocido como TUO de la LRCA. Según el Art. 1 de esta normativa, se prohíben y sancionan las conductas anticompetitivas para promover la eficiencia económica y proteger el bienestar del consumidor. El Art. 11, numeral 11.1, define las prácticas colusorias horizontales como acuerdos o acciones concertadas por competidores para restringir, impedir o alterar la libre competencia. En particular, el literal j se refiere a la coordinación de ofertas o a la decisión de no presentar propuestas

en licitaciones, ya sean públicas o privadas, así como en otras formas de contratación pública, como subastas y remates.

Además, el literal d del numeral 11.2 prohíbe las prácticas colusorias horizontales entre marcas no complementarias, buscando evitar la fijación de posturas o abstenciones en licitaciones y concursos públicos.

Según el TUO de la LRCA, la CDLC del INDECOPI actúa como la autoridad de competencia en primera instancia, encargada de identificar conductas anticompetitivas y de imponer sanciones. En segunda instancia, el Tribunal de Defensa del INDECOPI revisa estas decisiones.

Las multas por infracciones anticompetitivas varían según su gravedad. Para infracciones leves, la sanción puede llegar a 500 UIT, sin exceder el 8% de los ingresos o ventas brutas del infractor en el año anterior. En casos graves, la multa puede alcanzar hasta mil UIT, con un límite del 10% de los ingresos brutos. Para infracciones muy graves, la sanción puede superar mil UIT, pero no debe exceder el 12% de los ingresos. En el caso de colegios profesionales, gremios empresariales o agentes que hayan comenzado sus actividades después del 1 de enero del año anterior, la multa máxima será siempre de mil UIT

2.19 Análisis económico para detectar la práctica colusorias en el cártel de la construcción

De acuerdo con la literatura económica es posible señalar que el análisis sobre conductas colusorias en licitaciones se centra en evaluar: i) los niveles de las ofertas económicas y ii) la dispersión de los niveles de las ofertas económicas.³²

En relación con el análisis de los niveles de las ofertas económicas, la evidencia más clara de la presencia de pujas fraudulentas se observa en los precios altos a los que se adjudican los contratos y en los niveles más altos de las ofertas que resultan no ganadoras. Como es evidente, para indicar que una oferta económica es elevada se debe contar con un punto de referencia o comparación. Sobre el particular, se utilizan los costos como referencia de producción y las ofertas económicas de concursos similares cuando estos se resuelven en condiciones de competencia (Jiménez y Coronado, 2009).

En cuanto al análisis de dispersión de las ofertas económicas, se puede señalar que las medidas utilizadas para este examen, tales como la varianza o el coeficiente de variación, son más acotadas cuando se determinan con información de ofertas económicas coludidas respecto a si estas medidas se determinan con información de ofertas económicas competitivas. Abrantes-Metz (2006) al respecto concluye:

La experiencia indica que las ofertas coludidas (complementarias o acompañantes) contraen la varianza (volatilidad) de las ofertas y el valor medio de estas se verá incrementado respecto

³²Imhoff, David (2017) menciona que los métodos más frecuentes para identificar actos colusorios son el alto costo y la baja variabilidad.

de una situación competitiva. El cartel típicamente truncará la distribución de probabilidades de las ofertas acompañantes por la parte inferior de este subconjunto.

La literatura económica relacionada con el análisis de prácticas colusorias en la adquisición pública realiza evaluaciones principalmente a partir de econométricos y estadísticos. Por un lado, los métodos econométricos estiman principalmente el valor de las ofertas económicas o la probabilidad de que una empresa gane una licitación en función de factores de oferta y demanda.

En ese sentido se evalúan los coeficientes estimados. Al respecto Porter y Zona en 1992, al analizar los contratos de licitación de construcción de carreteras en Long Island para el periodo abril de 1979 a marzo de 1985, estimaron dos ecuaciones para empresas competitivas y coludidas: la primera estima el valor de la oferta económica en función de la capacidad y la ubicación geográfica de la empresa y la segunda estima la probabilidad de que la empresa gane la licitación en función de estos mismos factores. Los autores encuentran que los signos de los parámetros estimados para la ecuación de las empresas competitivas son los esperados y son estadísticamente significativos. No obstante, esto no ocurre cuando la estimación se realiza con información de empresas coludidas, lo cual evidenciaría la colusión.

También, se analizan los residuos que se obtienen de tales estimaciones, en tal caso Bejari y Ye en 2003 determinaron la oferta económica de la empresa en función de la distancia entre la ubicación de la empresa y el proyecto de licitación, la capacidad utilizada de la empresa, la máxima capacidad disponible del resto de competidores, la distancia mínima entre la ubicación de un competidor y el proyecto de licitación y la proporción del trabajo realizado. Primero, los autores evalúan si los residuos de la estimación están correlacionados, lo cual sería indicio de colusión, y segundo, evalúan si los coeficientes de las variables explicativas son estadísticamente iguales para todas las empresas. De dicha evaluación, los autores encuentran que tres empresas pueden estar coludidas en dos posibles carteles de manipulación de licitaciones.

Los métodos estadísticos, por otro lado, se centran en evaluar el desempeño de medidas de tendencia central y de dispersión de las ofertas económicas que presentan los participantes en este tipo de procesos; En relación con ello, Imhof, David (2017) y Abrantes-Metz et al. (2006) concluyen que si las medidas de dispersión de los valores de las ofertas económicas coludidas son menores a las medidas de dispersión de los valores de las ofertas económicas competitivas es una condición que sería evidencia de colusión en este tipo de procedimientos.

2.20 Prácticas colusorias en las contrataciones públicas peruanas del cartel de la construcción

Frente a la posible aparición de prácticas colusorias horizontales, que se pueden manifestar de las siguientes maneras: (1) fijación de precios u otras condiciones comerciales o de servicios de forma acordada, ya sea directa o indirectamente; y (2) coordinación de ofertas, propuestas o posturas, o la decisión de no participar en licitaciones, tanto en concursos públicos como privados, así como en otras

formas de contratación pública establecidas en la normativa vigente, el INDECOPI emprendió de oficio un procedimiento administrativo sancionador debido a la supuesta existencia de una práctica colusoria horizontal. Esta práctica se relaciona con el establecimiento de posiciones o la ausencia de participación en licitaciones y concursos, así como en otros métodos de contratación pública, en el sector de obras públicas (rehabilitación, mejora, construcción, reconstrucción y mantenimiento periódico) asignadas mediante procedimientos de contratación con el Estado, a nivel nacional, entre noviembre de 2002 y diciembre de 2016. Esto involucra a empresas como Constructora Aterpa S/A Sucursal Perú (en adelante, Aterpa Sucursal), Constructora Aterpa S/A (de aquí en adelante, Aterpa Matriz), TyT, Superconcreto, San Martín, Obrainsa, Mota Engil Perú, Mota Engil Sucursal, Mota Engil Matriz, Montes Hnos, Johesa, JJC, JCCG, Jaccsa, Iccgsa, Grupo Plaza, GyM, Energoprojekt Sucursal, Energoprojekt Matriz, Evisac, E. Reyna, Cosapi, Queiroz Galvao Sucursal, Queiroz Galvao Matriz, OAS Sucursal, OAS Matriz, CyM, Upacá, OHL Sucursal, OHL Matriz, Constructora TP, Odebrecht Perú, Odebrecht Sucursal, Odebrecht Matriz, Constructora Málaga, Camargo Correa Sucursal, Camargo Correa Matriz, Conciviles Sucursal, Conciviles Matriz, CASA, Conalvías, Aramsa, Andrade Gutiérrez Sucursal, Andrade Gutiérrez Matriz y Altesa, lo que se denominaría el cártel de la construcción.



Tabla 1

Detalle de la multa a las empresas sancionadas

Nº	Empresa	Multa aplicable en soles	Multa aplicable en UIT
1	Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S.A.	S/ 339 966 600.80	77 265.14
2	Obras de Ingeniería S.A.C.	S/ 320 301 328.84	72 795.76
3	Construcción y Administración S.A.	S/ 239 801 991.94	54 500.45
4	Cosapi S.A. Constructora Queiroz Galvao S.A.	S/ 163 274 531.88	37 107.85
5	Constructora Queiroz Galvao S.A. Sucursal del Perú	S/ 152 418 941.26	34 640.67
6	Johe S.A.	S/ 147 249 411.62	33 465.78
7	Constructora Málaga Hnos. S.A. CNO S.A. (antes Constructora Norberto Odebrecht S.A.)	S/ 136 757 758.52	31 081.31
8	CNO S.A. Sucursal Perú (antes Constructora Norberto Odebrecht S.A. Sucursal Perú) Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. Obrascon Huarte Lain S.A.	S/ 111 542 787.67	25 350.63
9	Obrascon Huarte Lain S.A. Sucursal del Perú Constructora TPS.A.C. Andrade Gutiérrez Engenharia S/ A.	S/ 109 477 550.25	24 881.26
10	Andrade Gutiérrez Engenharia S/ A. Sucursal del Perú	S/ 98 854 418.38	22 466.91
11	Conalvias Construcciones S.A.C.	S/ 90 601 823.77	20 591.32
12	Constructores y Mineros Contratistas Generales S.A.C.	S/ 84 583 509.78	19 223.52
13	Superconcreto del Perú S.A.C. (antes Superconcreto del Perú S.A.) Energoprojekt Niskogradnja S.A.	S/ 84 034 962.63	19 098.86
14	Energoprojekt Niskogradnja S.A. Sucursal del Perú	S/ 78 930 084.21	17 938.66
15	Constructora OAS S.A.	S/ 77 955 013.48	17 717.05

N°	Empresa	Multa aplicable en soles	Multa aplicable en UIT
	Constructora OASS.A. Sucursal del Perú (Antes Constructora OAS Ltda. Sucursal del Perú) Construccoes e Comercio Camargo Correa S.A.		
16	Construccoes e Comercio Camargo Correa S.A. Sucursal Perú	S/ 71 384 987.88	16 223.86
17	Cumbra Perú S.A. (antes G y M S.A.)	S/ 66 895 639.08	15 203.55
18	Conviales Perú S.A.C. (antes E. Reyna C. S.A.C. Contratistas Generales)	S/ 52 285 367.70	11 883.04
19	Construcciones Civiles S.A. Construcciones Civiles S.A. Sucursal Perú	S/ 50 578 583.42	11 495.13
20	Altesa Contratistas Generales S.A.	S/ 49 979 731.37	11 359.03
21	J. Alva Centurión Contratistas Generales S.A.C.	S/ 43 869 235.54	99 70.28
22	San Martín Contratistas Generales S.A.	S/ 42 809 241.86	97 29.37
23	JJC Contratistas Generales S.A.	S/ 42 243 632.93	96 00.83
24	T y T S.A.C. Contratistas Generales	S/ 36 422 506.23	82 77.84
25	Constructora Aterpa S/ A. Constructora Aterpa S/ A. Sucursal Perú	S/ 18 610 275.52	42 29.61
26	Montes Hnos. S.R.L.	S/ 17 187 434.98	39 06.24
27	Constructora TP S.A.C. (antes C. Tizón P. S.A.C.)	S/ 14 905 523.54	33 87.62
28	Grupo Plaza S.A.	S/ 2 711 470.22	61 6.24
29	J.C. Contratistas Generales E.I.R.L.	S/ 2 130 370.58	48 4.18
30	Aramayo S.A.C. Contratistas Generales	S/ 1 413 790.47	32 1.32
31	ELVIS.A.C.	S/ 177 148.11	40 .26
32	Constructora Upacá S.A.	S/ 166 878.57	37.93
	Multa aplicable en total	S/ 2 749 522 533.03	62 4891.5

Nota. Listado de empresas sancionadas en primera instancia por el INDECOPI

Fuente: Elaborado por INDECOPI, según la Resolución 80-2021/CLC-INDECOPI del 15 de noviembre de 2021.

La CDLC decidió imponer multas a las empresas involucradas, totalizando 624,891.50 UIT, lo que equivale a más de S/ 2,749,000,000. Asimismo, los 26 ejecutivos implicados en la infracción fueron sancionados con multas que suman 1,531.3 UIT, equivalentes a más de S/ 6.7 millones.

Adicionalmente, la Comisión instruyó a las empresas del cártel a implementar "Programas de Cumplimiento de Normas de Libre Competencia" durante un periodo de cinco años, basándose en las recomendaciones de la Guía de Programas de Cumplimiento de Normas de Libre Competencia (2020). Esto tiene como finalidad garantizar el cumplimiento de estas normas internamente y reducir el riesgo de reincidencia en estas infracciones.

Según lo establecido por INDECOPI, las empresas sancionadas diseñaron un mecanismo ilegal para el reparto de 112 licitaciones convocadas por el MTC, Comunicaciones y Gobiernos Regionales entre 2002 y 2016, según se detalla a continuación:

Tabla 2

Detalle de las licitaciones del MTC donde se produjo la concertación

N°	Proceso	Valor Referencial de la Obra
1	LPN-21-2002/MTC/15.17	S/ 58 780 622.83
2	LPN-20-2002/MTC/15.17	S/ 15 539 133.17
3	LPN-5-2002/MTC/15.02	S/ 49 696 547.98
4	LPN-7-2002/MTC/20	S/ 17 709 173.51
5	LPN-6-2002/MTC/15.02	S/ 21 924 963.72
6	LPN-9-2002/MTC/15.02	S/ 26 422 200.00
7	LPN-22-2002/MTC/15.17	S/ 19 380 968.13
8	LPN-1-2002/ZOTAC	S/ 23 419 868.13
9	LPN-3-2002/MTC/15.02	S/ 29 013 120.00
10	LPN-6-2003/GRL	S/ 47 613 886.63
11	LPN-2-2003/MTC/20	S/ 19 803 985.34
12	LPN-4-2003/MTC/20	S/ 20 805 275.62
13	LPN-3-2003/MTC/20	S/ 23 398 659.62
14	LPN-7-2003/MTC/20	S/ 8 553 020.65
15	LPN-1-2003/MTC/20	S/ 26 543 506.24
16	LPN-5-2003/MTC/20	S/ 12 045 323.23
17	LPN-2-2005/MTC/22	S/ 19 038 295.06

Nº	Proceso	Valor Referencial de la Obra
18	LPN-6-2004/MTC/20	S/ 23 124 889.18
19	LPN-1-2005/MTC/20item1	S/ 34 278 413.35
20	LPN-1-2005/MTC/20item2	S/ 33 904 580.42
21	LPN-1-2005/MTC/20item3	S/ 19 458 841.24
22	ADS-26-2005/MTC/20	S/ 80 883 508.48
23	LPN-8-2005/MTC/20item1	S/ 49 476 897.57
24	LPN-8-2005/MTC/20item2	S/ 36 482 693.92
25	LPN-1-2005/GR.CAJ	S/ 43 911 429.04
26	LPN-12-2005/MTC/20	S/ 60 509 641.89
27	LPN-1-2006/GRTACNA	S/ 31 140 079.39
28	LPN-3-2006/MTC/20	S/ 46 229 550.41
29	LPN-5-2006/MTC/20	S/ 36 054 132.31
30	LP-23-2006/MTC/20	S/ 50 892 205.88
31	LP-20-2006/MTC/20	S/ 37 469 640.38
32	LP-22-2006/MTC/20	S/ 35 465 155.48
33	LP-32-2006/MTC/20	S/ 49 587 509.89
34	LP-26-2006/MTC/20	S/ 24 839 841.93
35	LP-24-2006/MTC/20	S/ 146 945 998.23
36	LP-27-2006/MTC/20	S/ 24 688 146.74
37	LP-1-2007/MTC/20	S/ 85 334 906.08
38	LP-25-2006/MTC/20	S/ 74 628 399.30
39	LP-2-2007/MTC/20	S/ 178 809 028.58
40	LP-26-2007/MTC/20	S/ 40 022 166.22
41	LP-13-2007/MTC/20	S/ 135 595 892.99
42	LP-22-2007/MTC/20	S/ 101 460 603.60
43	LP-16-2007/MTC/20	S/ 14 858 343.41
44	LP-19-2007/MTC/20	S/ 82 956 350.39
45	LP-29-2007/MTC/20	S/ 110 714 779.77
46	LP-27-2007/MTC/20	S/ 94 667 034.95
47	LP-4-2008/MTC/20	S/ 10 244 748.80
48	LP-2-2008/MTC/20	S/ 47 378 238.25
49	LP-3-2008/MTC/20	S/ 55 133 511.25
50	LP-5-2008/MTC/20	S/ 62 902 267.39

Nº	Proceso	Valor Referencial de la Obra
51	LP-6-2008/MTC/21	S/ 11 505 004.94
52	LP-6-2008/MTC/20	S/ 151 078 265.00
53	LP-8-2008/MTC/20	S/ 74 613 672.80
54	LPI-3-2009/MTC/20	S/ 65 913 467.15
55	LP-9-2009/MTC/20	S/ 128 168 376.36
56	LP-10-2009/MTC/20	S/ 61 815 176.30
57	LP-14-2009/MTC/20	S/ 61 893 369.10
58	LP-1-2009/MDI	S/ 81 298 226.83
59	LP-20-2009/MTC/20	S/ 170 631 457.18
60	LP-12-2009/MTC/20	S/ 146 821 777.88
61	LP-26-2009/MTC/20	S/ 41 868 394.48
62	LP-19-2009/MTC/20	S/ 170 453 542.53
63	LP-23-2009/MTC/20	S/ 80 412 143.45
64	LP-6-2009/GRP	S/ 60 118 056.18
65	LP-24-2009/MTC/20	S/ 110 074 596.25
66	LP-1-2010/MTC/20	S/ 257 069 848.18
67	LP-2-2009/MTC/20	S/ 63 021 640.61
68	LP-6-2010/MTC/20	S/ 249 377 174.45
69	LP-7-2010/MTC/20	S/ 64 742 500.96
70	LP-2-2010/MTC/20	S/ 162 917 292.43
71	LP-12-2010/MTC/20	S/ 162 234 058.54
72	LP-4-2010/MTC/20	S/ 120 477 392.39
74	LP-1-2011/MTC/20	S/ 229 700 816.35
75	LP-2-2011/MTC/20	S/ 203 540 667.79
76	LP-6-2011/MTC/20	S/ 442 379 316.27
77	LP-5-2011/MTC/20	S/ 205 936 903.45
78	LP-7-2011/MTC/20	S/ 224 980 760.32
79	LP-14-2011/MTC/20	S/ 293 326 002.49
80	LP-8-2011/MTC/20	S/ 140 118 227.92
81	LP-13-2011/MTC/20	S/ 53 282 508.61
82	LP-9-2011/MTC/20	S/ 165 635 638.45
83	LP-2-2012/MTC/20	S/ 78 225 753.48
84	LP-6-2012/MTC/20	S/ 156 781 675.14

N°	Proceso	Valor Referencial de la Obra
85	LP-10-2012/MTC/20	S/ 62 567 279.85
86	LPI-1-2012/MTC/20	S/ 68 000 000.00
87	LP-3-2012/MTC/20	S/ 167 450 620.79
88	LP-7-2012/MTC/20	S/ 381 447 502.63
89	LP-162012/MTC/20	S/ 116 738 842.27
90	LP-13-2012/MTC/20	S/ 75 352 912.44
91	LP-27-2012/MTC/20	S/ 488 937 190.44
92	LP-18-2012/MTC/20	S/ 194 694 516.16
93	LP-23-2012/MTC/20	S/ 281 638 864.35
94	LP-24-2012/MTC/20	S/ 505 290 560.57
95	LP-29-2012/MTC/20	S/ 109 757 067.97
96	LP-33-2012/MTC/20	S/ 261 855 715.12
97	LPI-1-2013/MTC/20	S/ 103 685 348.03
98	LP-6-2013/MTC/20	S/ 155 126 819.30
99	LP-1-2014/MTC/20	S/ 202 669 808.36
100	LP-2-2014/MTC/20	S/ 360 735 615.56
101	LP-5-2014/MTC/20	S/ 450 849 247.39
102	LP-6-2014/MTC/20	S/ 79 829 821.44
103	LP-12-2014/MTC/20	S/ 109 987 504.20
104	LP-19-2014/MTC/20	S/ 238 693 754.72
105	LP-3-2015/MTC/20	S/ 32 006 727.76
106	LP-17-2014/MTC/20	S/ 244 770 600.23
107	LP-2-2015/MTC/20	S/ 356 409 612.93
108	LP-16-2014/MTC/20	S/ 293 447 744.94
109	LP-9-2015/MTC/20	S/ 130 985 057.33
110	LP-18-2015/MTC/20	S/ 139 715 742.75
111	LP-17-2015/MTC/20	S/ 231 117 525.65
112	LP-20-2015/MTC/20	S/ 188 025 778.39
Valor Referencial de las licitaciones concertadas en total		S/ 13 121 939 461.42

Nota. Listado de las 112 licitaciones concertadas que fueron convocadas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) y Gobiernos Regionales desde el 2002 al 2016.

Fuente: CDLC del INDECOPI, 2021.

Según la Comisión, en el transcurso de este periodo, las empresas infractoras concertaron un acuerdo para dividirse 112 procesos de contratación pública relacionados con la construcción, mejora, rehabilitación y mantenimiento de carreteras en el país. El total de los montos adjudicados por las obras objeto de la investigación superó los 13 mil millones de soles.

La resolución emitida por la Comisión es susceptible de apelación ante la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, que es la última instancia administrativa y que tendrá la facultad de confirmar, revocar o anular dicha decisión.

2.20.1 Análisis económico que hizo INDECOPI en el caso del cártel de la construcción.

Tal como se ha expuesto anteriormente, el análisis económico sobre colusión en licitaciones se centra, principalmente, en la evaluación de los niveles de las ofertas económicas y la dispersión asociada a dichas ofertas. En ese sentido y considerando que, para el presente caso, se cuenta con información para discriminar entre ofertas coludidas y ofertas competitivas, el análisis de que realizó INDECOPI se concentraría en determinar si, incluyendo factores tales como el tiempo, la ubicación geográfica, el tipo de obra, el tamaño de obra y las diferencias a nivel de empresas, la diferencia entre el desempeño de las ofertas coludidas difiere del desempeño de las ofertas competitivas (Resolución 80-2021/CLC-INDECOPI)

En el Informe Técnico 019-2021/ST-CLC-INDECOPI, la Secretaría Técnica³³ analizó la oferta económica presentada por cada empresa en el marco de los procesos de selección investigados y el valor promedio de las ofertas presentadas por cada una de estas empresas en aquellos procesos no investigado, la Secretaría Técnica determinó la existencia de ofertas económicas coludidas (BID coludidos) y las ofertas económicas competitivas (BID competitivos).³⁴

La Comisión evaluó si la diferencia observada entre las ofertas coludidas (BID coludidos) y las ofertas competitivas (BID competitivos) se explica únicamente por la conducta anticompetitiva o si pudiera existir otros factores que podrían incidir en dicha diferencia, para ello determinó el indicador siguiente:

$$BIDip = \frac{\text{Oferta Económica } ip}{\text{Valor Referencial } ip} \% = \frac{OE \ ip}{VR \ ip} \%$$

³³ Esto hace referencia a la Secretaría técnica de la CDLC, que actualmente se conoce como la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia. Según los artículos 96 y 97 del Texto Único del Nuevo Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi, esta dirección cumple las funciones de la Secretaría Técnica de la CDLC.

³⁴ En el análisis del caso del cártel de la construcción, se compararon las disparidades entre las ofertas económicas coludidas y las competitivas utilizando un indicador llamado BID, que se define como el cociente entre la propuesta económica de la empresa y el valor referencial del proceso de selección.

En donde, el subíndice i identifica al participante del proceso de selección, mientras que el subíndice p identifica al proceso. El término OE_{ip} representa la oferta económica del participante i en la licitación p y el término VR_{ip} representa el valor referencial de la licitación.

El indicador BID_{ip} se calcula como el cociente entre la oferta económica presentada por un participante o postor (OE_{ip}) y el valor referencial calculado por la entidad convocante de la licitación (VR_{ip}) y muestra que tan por encima o por debajo se encuentra la oferta económica del participante respecto del valor referencial de la licitación. Así, un BID_{ip} superior al 100% indicará que la oferta económica del participante supera al valor referencial de la licitación. Por su parte, un BID_{ip} inferior al 100% implicará que la oferta económica del participante se encuentra por debajo del valor que la entidad convocante ha presupuestado para la licitación.

Durante el periodo investigado, el BID promedio total (de ofertas coludidas y competitivas) estuvo generalmente por encima del 100%, a excepción de los años 2002 y 2017. Por su parte, si se evalúa el BID promedio de las licitaciones coludidas y el BID promedio de las licitaciones competitivas, esta Comisión aprecia que el primero se encontró por encima del segundo en todos los años para los que se cuenta con información de licitaciones de ambos tipos.

Tal como se ha mostrado en la sección anterior, el valor del BID promedio de las ofertas coludidas es mayor que el BID promedio de las ofertas competitivas. En principio, estas diferencias podrían atribuirse a la conducta anticompetitiva, tal como lo ha advertido la Secretaría Técnica en el Informe Técnico 019-2021/STCLC-INDECOPI. Sin embargo, como se explicó anteriormente, algunos agentes investigados consideran que dichas diferencias podrían estar afectadas por factores como el tiempo, la ubicación geográfica, el tamaño de la obra, el tipo de obra y por diferencias entre las propias empresas, factores que afectarían los niveles de las ofertas económicas que las empresas presentan en el marco de los procesos de selección.

INDECOPI (2021), en virtud de incluir factores diferentes a la conducta anticompetitiva para verificar si las diferencias entre el BID promedio de las ofertas coludidas y el BID promedio de las ofertas competitivas se mantiene, esta Comisión consideró estimar tres (3) modelos siguientes:

En el modelo 1, se consideran como variables explicativas de los niveles del BID a cinco variables, las cuales se presentan a continuación:

1. Conducta anticompetitiva ($Colusión_{ip}$) variable dicotómica igual a 1 cuando existen medios probatorios de que la oferta económica de la empresa i en el proceso p es coludida.

2. Tamaño de licitación ($VR_Millones_{ip}$). variable que corresponde al valor referencial en millones de soles de la obra p , donde la empresa i presenta una oferta económica. Se incluye como un valor aproximado del costo total de la obra.

3. Número de postores ($Postores_{ip}$): corresponde al número de ofertas económicas presentadas por las empresas investigadas del proceso p , donde la empresa i presenta una oferta económica.

4. Ubicación geográfica ($zona_sierra_{ip}$ y $zona_selva_{ip}$): son variables dicotómicas, iguales a 1 si la obra p donde la empresa i presenta una oferta económica, se encuentra en la sierra o en la selva, respectivamente. Cuando ambas variables sean cero, la obra estará ubicada en la costa.

5. Variable de interacción ($I1_{ip}$): considerando que se ha observado que la colusión estaría asociada a procesos de mayor valor referencial se incluye en la estimación un efecto de interacción ($I1_{ip}$) que resulta del producto entre las variables de costo ($VR_millones_{ip}$) y colusión ($Colusión_{ip}$).

Modelo 1:

$$BID_{ip} = \beta_0 + \beta_1 Colusión_{ip} + \beta_2 VR_millones_{ip} + \beta_3 Postores_{ip} + \beta_4 zona_sierra_{ip} + \beta_5 zona_selva_{ip} + \beta_6 I1_{ip} + \varepsilon_{ip}$$

En el modelo 2, se incluye variables categóricas a efectos de controlar las heterogeneidades temporales que podrían incidir sobre la determinación de los BID. En particular, se incluyen quince (15) variables dicotómicas, las cuales se encuentran en el modelo dentro del término $\sum_{k=2003}^{2017} \beta_k - 1996 Ak$

Modelo 2:

$$BID_{ip} = \beta_0 + \beta_1 Colusión_{ip} + \beta_2 VR_millones_{ip} + \beta_3 Postores_{ip} + \beta_4 zona_sierra_{ip} + \beta_5 zona_selva_{ip} + \beta_6 I1_{ip} + \sum_{k=2003}^{2017} \beta_k - 1996 Ak + \varepsilon_{ip}$$

Por último, se plantea el modelo 3, a efectos de incluir la heterogeneidad por firma, En ese sentido, se estima la ecuación anterior controlando el efecto por firma, mediante una estimación de panel de efectos fijos. (Resolución 80-2021/CLC-INDECOPI)

Los resultados se muestran en la siguiente figura.

Figura 5

Parámetros estimados y errores estándar del efecto de la colusión y otras variables explicativas en la determinación de las ofertas económicas

VARIABLES	Modelo 1 BID	Modelo 2 BID	Modelo 3 BID
Colusión	8.623*** (0.888)	7.629*** (0.904)	6.900*** (0.740)
VR millones	-0.000174 (0.00177)	-0.00495** (0.00223)	-0.00804*** (0.00229)
Postores	-0.966*** (0.102)	-0.649*** (0.138)	-0.744*** (0.139)
Zona sierra	1.781*** (0.500)	1.928*** (0.582)	2.008*** (0.604)
Zona selva	0.478 (0.616)	1.273** (0.578)	1.214** (0.496)
I1	0.0131*** (0.00226)	0.00974*** (0.00252)	0.0104*** (0.00287)
A2003		4.797*** (1.167)	4.932*** (1.393)
A2004		6.198*** (1.481)	7.325*** (1.085)
A2005		7.938*** (0.715)	7.519*** (0.598)
A2006		4.126*** (1.205)	4.470*** (0.904)
A2007		4.814*** (1.184)	4.710*** (1.263)
A2008		6.194*** (0.971)	6.352*** (1.130)
A2009		7.940*** (1.298)	7.381*** (1.291)
A2010		7.751*** (0.861)	7.310*** (0.689)
A2011		7.143*** (1.051)	7.070*** (1.158)
A2012		6.052*** (1.124)	5.938*** (1.044)
A2013		7.129*** (1.171)	6.802*** (1.094)
A2014		8.016*** (0.969)	7.913*** (0.865)
A2015		8.021*** (0.878)	8.244*** (0.681)
A2016		8.435*** (1.092)	8.452*** (0.669)
A2017		4.683*** (1.040)	5.294*** (1.144)
Constante	98.67*** (1.138)	93.28*** (1.170)	94.60*** (1.059)
Observaciones	547	547	547
R-squared	0.666	0.737	0.728
Número de firmas			36

Errores estándar robustos (en paréntesis) para los modelos pooled 1 y 2 estimados por mínimos cuadrados ordinarios. Para el caso del modelo 3, estimado por el método de panel de efectos fijos, los errores estándar (en paréntesis) se han calculado considerando *clusters* por unidad de corte transversal.

Nota. CDLC del INDECOP, 2021.

De acuerdo con los resultados obtenidos, la Comisión aprecia que, incluso considerando los factores alegados por las empresas que podrían incidir en la determinación del BID y posteriormente en la diferencia entre BID coludidos y BID competitivos, se observa una diferencia positiva atribuida a la colusión.

Con respecto al análisis de la dispersión de los niveles de las ofertas económicas, previamente se indicó que la colusión en licitaciones reducía las medidas de dispersión de las ofertas económicas,

en donde se precisó que, si las empresas que participaron del acuerdo anticompetitivo hubieran presentado ofertas económicas a valores competitivos, estos valores tendrían una dispersión mayor que la que se obtendría con las ofertas coludidas. No obstante, el valor competitivo referido en el numeral anterior, es un valor no observable. Una primera aproximación a dicho valor sería el valor de las ofertas competitivas que las empresas presentaron en otros procesos. Sin embargo, tal como se ha evidenciado en la sección anterior, la determinación de estos valores podría estar afectada por otros factores como el tiempo, la ubicación geográfica, el tamaño de la licitación, entre otros factores ya mencionados.

En ese sentido, INDECOPI consideraría pertinente determinar un valor competitivo alternativo al obtenido en otros procesos competitivos. Para ello, en la sección anterior se determinó un contrafactual competitivo con base en la estimación del modelo 3 referido en dicha sección, al cual se le denominó BID contrafactual

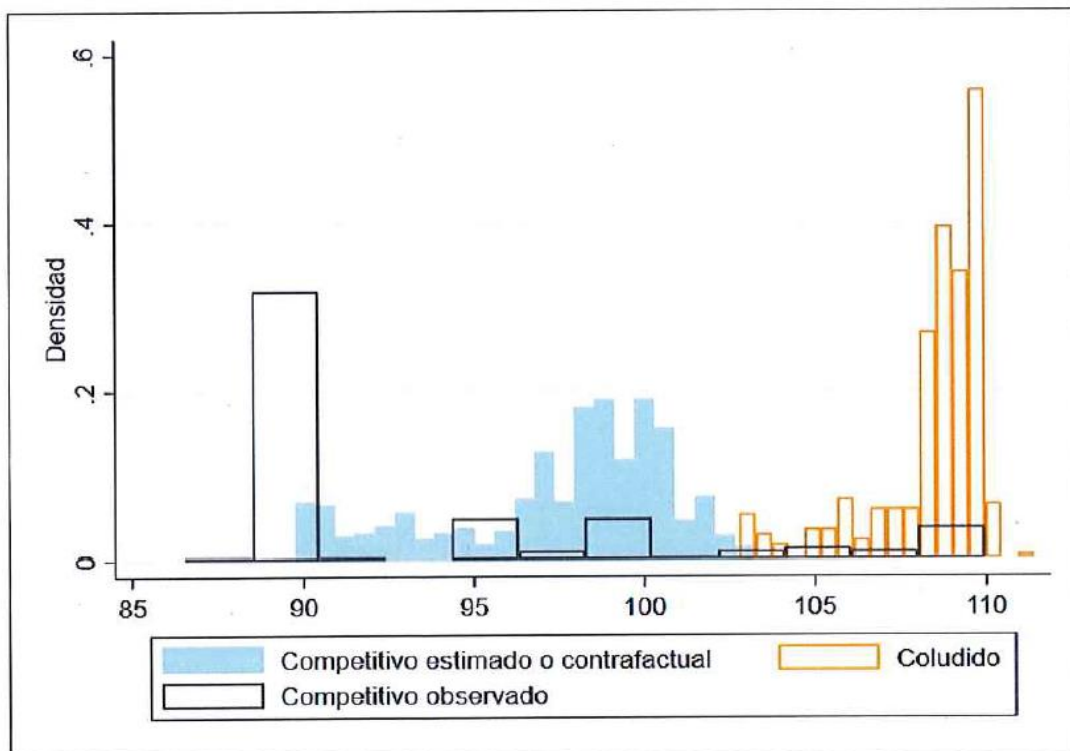
De acuerdo con lo anterior, se presentaron las medidas de tendencia central y dispersión de tres (3) distribuciones de frecuencias de las ofertas económicas: i) los BID competitivos, ii) los BID coludidos y iii) los BID estimados (competitivo estimado o contrafactual). En particular, este contrafactual corresponde a la oferta económica estimada para las ofertas observadas.

En particular, tal como se aprecia en el siguiente gráfico, la distribución de las ofertas económicas coludidas tiene un valor promedio mayor y una dispersión menor respecto la distribución de su contrafactual. En efecto, la distribución de las ofertas económicas coludidas cuenta con una varianza de 2,78% alrededor de un BID promedio de 108,47%, mientras que la distribución del contrafactual presenta una varianza de 11,29% alrededor de un BID promedio de 97,47% respecto, la Comisión observa que este comportamiento obedece a que, en el caso de los BID competitivo observados y estimados, la determinación de las ofertas económicas (BID) deriva de la evaluación individual de la empresa, dando mayor margen de variabilidad a las ofertas económicas que se presentan. En contraste, la conducta anticompetitiva incrementa el valor de las ofertas económicas y acota al valor de la oferta ganadora al rango de valores que podrían tener el resto de las ofertas económicas, generando a su vez, un menor margen de variabilidad de las ofertas presentadas.

Figura 6*Medidas de tendencia y dispersión en cada caso*

Medida/Tipo de ofertas	Coludido	Competitivo observado	Competitivo estimado
Media	108,47%	94,13%	97,13%
Varianza	2,78%	40,27%	40,27%
Desviación estándar	1,67%	6,35%	5,35%
Coefficiente de variación	0,02%	0,07%	0,07%

Fuente: CDLC del INDECOPI, 2021.

Figura 7*Distribución de BID por tipo*

Nota. CDLC del INDECOPI, 2021.

En consecuencia, de esta manera la Comisión concluyó que, la distribución de las ofertas coludidas tiene un BID promedio mayor en 11,0% respecto del BID promedio de las ofertas competitivas estimadas y una varianza menor, equivalente a 0,25 veces la varianza de la distribución de las ofertas competitivas estimadas, lo cual es coherente con la existencia de colusión en los procesos de licitación investigados del Expediente 001-2020/CLC, como se mencionó anteriormente, la Comisión informa que durante este periodo, las empresas involucradas se pusieron de acuerdo para

adjudicarse 112 contratos públicos relacionados con la construcción, mejora, rehabilitación y mantenimiento de carreteras en el país. El total de los montos asignados en las obras bajo investigación superó los S/ 13,000 millones, lo que llevó a la CDLC a imponer sanciones a las empresas, acumulando multas que alcanzan 624,891.50 UIT, que equivalen a más de S/ 2,749,000,000. Asimismo, los 26 ejecutivos implicados en la infracción recibieron multas que suman 1,531.3 UIT, lo que se traduce en más de S/ 6.7 millones.

2.21 Prácticas colusorias en las contrataciones públicas en el Caso hemodiálisis

El 24 de octubre de 2014, mediante la Resolución 015-2014/ST-CLC-INDECOPI, la Secretaría Técnica decidió aceptar la denuncia de EsSalud y abrir un procedimiento administrativo sancionador de oficio. Este procedimiento se dirigió contra varios centros de hemodiálisis y las personas de Aurelio Cesti, Miguel de la Mata y Raúl Barrios, debido a la presunta colusión para fijar precios en el Concurso Público 1-2010-EsSalud/CNSR y la Adjudicación de Menor Cuantía 1190-2011-EsSalud/CNSR. Estas prácticas, que abarcaron las primeras cuatro convocatorias de estos procesos, tuvieron lugar entre 2010 y 2012 en Lima y Callao, en el ámbito de los servicios de hemodiálisis con reúso.

La investigación de la Secretaría Técnica se centró en una posible colusión para fijar precios con el objetivo de limitar la competencia, sin abordar posibles violaciones de las normativas de contratación pública. En 2016, INDECOPI impuso una multa cercana a 7 millones de soles a 34 empresas de hemodiálisis que, entre 2010 y 2012, manipularon precios en cinco procesos de compra pública. Las empresas habían coordinado sus cotizaciones para aumentar el valor referencial, lo que les permitió obtener precios más altos en las licitaciones. También acordaron no participar en ciertos concursos, lo que llevó a la cancelación de los mismos. INDECOPI calculó que, si la manipulación no se hubiera descubierto, EsSalud habría perdido hasta 34.2 millones de soles. Aún se está a la espera de un dictamen judicial definitivo.

La Sala Especializada en Defensa de la Competencia (SDC) de INDECOPI ratificó la sanción impuesta a 31 de los 34 centros de hemodiálisis involucrados en un caso de colusión (los tres restantes no apelaron). Estos centros habían acordado presentar ofertas uniformes en los procesos de selección de EsSalud para el servicio de hemodiálisis con reúso de filtros en Lima y Callao. Esta práctica tenía el objetivo de aumentar los precios del servicio, constituyendo una violación de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Si no se hubiera detectado esta colusión, EsSalud podría haber enfrentado una pérdida de 34.2 millones de soles, recursos que eran necesarios para el tratamiento de otros pacientes.

La colusión fue descubierta en cinco procesos de selección principales organizados por EsSalud entre 2010 y 2012, destinados a contratar servicios de hemodiálisis con reúso de filtros para pacientes con enfermedad renal crónica avanzada en Lima y Callao. Estos procesos estaban destinados a cubrir 501,706 sesiones de hemodiálisis durante un año para 3,484 pacientes. Como resultado, se impuso

una multa total de 1,671.06 UIT (unidades impositivas tributarias) a los centros involucrados. De esta cantidad, los 31 centros que apelaron deben pagar 1,620.02 UIT, equivalentes a aproximadamente 6,723,083 soles.

La SDC verificó que los centros de hemodiálisis llevaron a cabo múltiples reuniones para coordinar las ofertas presentadas a EsSalud, ajustándose a los requisitos de la entidad para establecer el valor referencial en los procesos de selección. Además, se constató que estos centros se abstuvieron de participar en ciertos concursos para consolidar el acuerdo de colusión. Esto llevó a EsSalud a cancelar concursos y convocar nuevos procesos durante casi dos años, afectando la provisión oportuna del servicio de hemodiálisis y poniendo en riesgo a los pacientes. Tras analizar la evidencia, la SDC confirmó la implicación de los centros en la colusión y también sancionó a uno de los representantes con una multa de 13.31 UIT por su papel en la planificación y ejecución de la colusión. (RESOLUCIÓN 068-2018/SDC-INDECOPI, EXPEDIENTE 008-2012/CLC)..³⁵



³⁵ INDECOPI (2018), *Resolución 068-2018/SDC-INDECOPI*.

Conclusiones

Hemos llegado a la etapa final del presente trabajo de suficiencia profesional y quisiera empezar argumentando que experiencia profesional está vinculada principalmente al Estado; en ese sentido se puede decir que he sido y actualmente soy un servidor público; tal vez, por esta razón me incliné por desarrollar complejo debido a la excesiva normatividad y cambios ocurridos a la LCE.

Creo que la política de modernización del Estado es un punto importante para realizar un trabajo articulado, planificado, orientado a metas, resultados y a los objetivos estratégicos del sector al cual pertenece la entidad, de esa manera se puede utilizar mejor los recursos del Estado para conseguir el fin público, que es mejorar la calidad de vida de las personas.

Hemos abordado el tema de la LCE desde el año 1997 Hasta la ley N.º 30225 y sus modificatorias que rigen en la actualidad y he podido observar como la ley a pesar de las muchas modificatorias que ha tenido con la finalidad de buscar la mejor propuesta al mejor precio y calidad en la contratación de bienes servicios y obras; ha venido actualizándose e integrando conceptos como la modernización del Estado, la sostenibilidad ambiental y el desarrollo humano.

A través de la presente investigación he podido concluir que la LCE no es inmediata, y por ende establece criterios para exceptuar su aplicación en casos de emergencia en donde se tiene que actuar de forma rápido, la ley toma su tiempo desde los actos preparatorios hasta la ejecución del contrato; y por ende es burocrática, y lo es, debido a la existencia de conductas anticompetitivas que resultan en actos de corrupción durante el proceso de selección, también lo es, porque los servidores a cargo de las contrataciones en muchas entidades no tienen el conocimiento suficiente para interpretarla de forma adecuada.

Por una parte, la ley considera la modernización del Estado y tiene al PAC como un instrumento de gestión muy importante con respecto a la planificación estratégica de las necesidades de la entidad al estar vinculada al cuadro multianual de necesidades, a la programación multianual de inversiones, al plan estratégico institucional y el plan operativo institucional; sin embargo, el mismo instrumento de gestión que articula el planeamiento estratégico en las contrataciones de bienes, servicios y obras; se concluye podría contener con 3 años de anticipación lineamientos sesgados o especificaciones técnicas manipuladas con la intención de direccionar con antelación los procesos de selección.

Concluyo que el INDECOPI a través de la Guía para Combatir la Concertación en las Contrataciones Públicas ha determinado las principales conductas anticompetitivas en los procedimientos de selección, las señales para detectarlas y establece medidas para fomentar la libre competencias a cuales deben ser consideradas e implementadas en las contrataciones públicas.

Por último, quisiera terminar este trabajo de suficiencia profesional aportando ideas que permitan mejorar las contrataciones públicas y la promoción de la libre competencia.

Primero: Realizar una investigación de mercado adecuada utilizando guías mejoradas a través de comunicación oficial electrónica.

La LCE en primer lugar debería obligar a todas las entidades del Estado a publicar el PAC tan pronto como sea posible y que sea modificado solamente 2 veces al año.

Cuando se utilizan criterios de adjudicación que no solo se basan en el precio, sino también en la calidad, la innovación y otros factores relevantes, se busca asegurar que los bienes, servicios y obras adquiridos cumplen con estándares elevados. Estos criterios pueden incluir la evaluación del cumplimiento de plazos en contratos previos, la solidez financiera de la empresa, y su compromiso con la responsabilidad social y ética. Además, los criterios de adjudicación pueden ser diseñados para premiar los ahorros obtenidos durante la ejecución del contrato y minimizar la necesidad de modificaciones posteriores a la adjudicación. También es importante estar atento a las posibles renegociaciones para mantener la integridad del proceso de contratación.

La LCE debe implementar canales electrónicos oficiales que faciliten la colaboración con posibles proveedores en las fases iniciales del proceso de contratación, se busca recopilar información sobre las tendencias y condiciones del mercado, garantizando al mismo tiempo que los términos de la licitación no se alteren únicamente en base a la información suministrada por esos proveedores.

Al respecto se ha detectado que, en el procedimiento de indagación de mercado, para compras menores de 8 UIT, son idénticos en cuanto al diseño; tipo de letra y por ende se duda de que haya existido una real investigación de mercado que permita obtener la mejor propuesta, sino que sería un indicio de que la compra haya sido direccionada.

En este punto se establece además que la LCE determine que el proceso de indagación de mercado, las solicitudes de cotización y las respuestas de los proveedores para los casos de adjudicación directa debe realizarse de forma electrónica a través del SEACE

Segundo: Mayor presencia de INDECOPI en las unidades ejecutoras del Estado,

Considero que la LCE debe integrar los aportes preventivos sobre prácticas anticompetitivas del INDECOPI y las recomendaciones de OCDE de forma obligatoria; y así como se exige la elaboración del PAC, también debe exigirse un certificado de buenas prácticas competitivas a las unidades ejecutoras del sector público para verificar en primer lugar si se han respetado buenas practica competitivas durante en las fases del proceso de selección de bienes, servicios y obras, medidas competitivas y también detectar la existencia de ofertas coludidas en procesos pasados.

El OSCE debe consultar con la autoridad de competencia, INDECOPI, al elaborar documentos de licitación estándar para asegurarse de que incorporen los aspectos pertinentes a la competencia.

Tercera. La LCE debe además implementar una base de datos exhaustiva

Un base de datos permita obtener información de procesos de compras públicas pasados de cada entidad, información de proveedores y proveedores relaciones, lista de empresas sancionadas o

multadas por INDECOPI y la OSCE; así como, evaluar el nivel de participación de los proveedores en las licitaciones de la entidad.

El encargado de las contrataciones del Estado debe realizar siempre una comunicación formal con los proveedores a través del SEACE en donde pueda exigir la información correspondiente a los proveedores; incluido también las invitaciones cotizaciones para los casos de compra directa menores a 8 UIT.

Cuarta. La LCE debe considerar nuevos criterios de evaluación

Además, creo que la LCE debería desarrollar una guía actualizada sobre investigación de mercado que proporcione información detallada y precisa sobre los proveedores en el mercado. Esta guía debería incluir datos sobre nuevos competidores y posibles entrantes, así como información sobre su ubicación, tamaño, capacidades, recursos disponibles y desempeño previo. Debe examinar los bienes y servicios disponibles, incluyendo innovaciones y avances internacionales recientes, y proporcionar información sobre precios, políticas de descuentos, condiciones de entrega y otros términos de venta.

La guía también debería considerar las Situaciones locales de oferta y demanda que podrían influir en el diseño de las licitaciones, como la distribución de lotes o la adjudicación de contratos por áreas geográficas. Es esencial identificar las características del mercado que puedan afectar la probabilidad de manipulación en las licitaciones, tales como el nivel de transparencia, el número de proveedores y las barreras para la entrada de nuevos competidores.

La LCE debe evitar publicar los valores de referencia para el caso de bienes y servicios y esperar una oferta adecuada a la capacidad del proveedor los cuales deben realizarse a través de subasta inversa o convenio marco.

Quinta. Desvinculación contractual de los encargados de los órganos de contrataciones de la entidad.

Como ya se ha indicado en el título anterior, la LCE es diversa y confusa de manejar inclusive para los encargados del órgano, quienes debido a los errores que cometen se ha declarado la nulidad de múltiples procesos de selección; 33% de las resoluciones emitidas del Tribunal del OSCE en el 2017.

Los servidores públicos encargados de los órganos de contrataciones de la entidad de contratación en las entidades forman parte de los procedimientos de selección deben conocer E interpretar la ley correctamente; y también el titular de la entidad y el encargado del área usuaria que realiza el requerimiento del bien, servicio u obra.

En ese sentido hemos encontrado esfuerzos por parte del OSCE para certificar a los encargados de los órganos de contrataciones de la entidad para mejorar las capacidades de los servidores públicos

involucrados en las contrataciones³⁶ y; también, se intenta llevar a cabo la política de profesionalización de la función logística de adquisiciones públicas en Perú con la finalidad de que egresen de las universidades profesionales especialistas en procesos logísticos (OSCE, 2019)

En este supuesto, se fundamenta en que el encargado de las contrataciones de la entidad al formar parte de la entidad y depender contractualmente de la entidad; es decir al ser la entidad la que paga sus honorarios. existe una relación directa o indirecta con el titular de la entidad.

Sería prudente que el servidor público, tenga independencia en su trabajo y para ello es necesario cortar el vínculo con el titular de la entidad; en el sentido de que por temor a ser despedido cumpla siempre con las recomendaciones dadas por el titular de la entidad.

En este punto se propone que los servidores públicos encargados del órgano de contrataciones de la entidad deben ingresar por concurso de méritos, con un salario adecuado que no sea pagado por la entidad en la que labora sino por el OSCE; que no pueda ser cambiado o rotado por el titular de la entidad; sino, por el OSCE, cuando haya cometido o sido parte de actividades anticompetitivas, detectado en los hallazgos de auditoría anual a su gestión.

Aporte 2: Programa de recompensas para funcionarios o ciudadanos que pongan en evidencia actos los acuerdos horizontales y prácticas anticompetitivas.

Si solamente nos concentramos en capacitar a los encargados de los órganos de contrataciones y no rompemos con el vínculo con la entidad con el titular de la entidad es probable que continúen sucediendo prácticas anticompetitivas y por ende actos de corrupción.

También hemos indicado que el servidor público que forma parte de los procesos de selección debe contar con total independencia y aplicar correctamente la ley de contrataciones sin embargo también existe el riesgo o probabilidad de que pueda aprovechándose de la autonomía que tiene realizar actos que vayan en contra de la libre competencia

Una de las dificultades para poder desactivar cárteles o acuerdos entre agentes económicos en el sector privado es tener los medios probatorios; y, lo mismo sucede en las contrataciones públicas; ya que, los intervinientes; entre ellos proveedores beneficiados, realizan esta práctica de forma reservada y es difícil de probar.

Sexta. Implementar un programa de clemencia y sanciones más rigurosas

En este punto se establece que aquellos funcionarios que laboran o no en el órgano de contrataciones, pero dentro de la entidad o los ciudadanos puedan tener la oportunidad de denunciar

³⁶ En 2011, La OSCE comenzó el proceso de certificación para los profesionales y técnicos que trabajan en el organismo encargado de las contrataciones. Este paso se enmarca dentro de la política de profesionalización establecida en el Plan Estratégico de Contrataciones Públicas del Estado Peruano y en la normativa fundamentada por el RLCE. N.º 1017. Desde entonces, la OSCE ha estado realizando diversos esfuerzos.

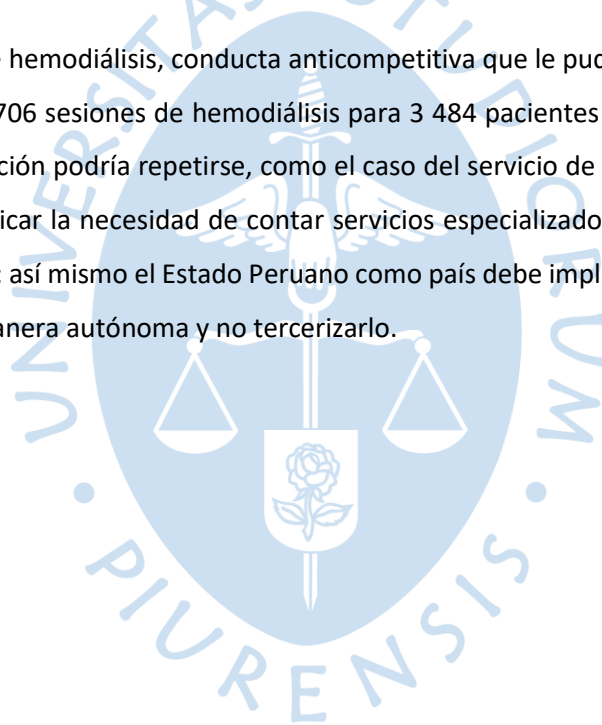
con pruebas fehacientes acuerdos que vayan en contra de la libre competencia y al hacerlo obtengan una recompensa económica.

La ley de contrataciones establece que cuando se haya detectado un delito en el proceso de selección dirigido esta debe comunicarlo al Ministerio público para ser investigado y se determine las responsabilidades correspondientes y de determinen las penas, como la pérdida de la libertad, cuando sea el caso, para los funcionarios y proveedores que hayan vulnerado la ley: pero también tiene responsabilidad la empresa involucrada. Sin embargo, aún con esta medida restrictiva y disuasiva, siguen produciéndose prácticas anticompetitivas y por ende actos de corrupción.

Cuando una empresa es sancionada por INDECOPI en segunda instancia es suspendida de durante el periodo de 1 año, estas sanciones deben ser mucho más rigurosas.

Séptima. Problemática con empresas que brindan servicios especializados sancionadas por INDECOPI.

Como el caso de hemodiálisis, conducta anticompetitiva que le pudo costar a EsSalud S/ 34.2 millones, y afectar 501 706 sesiones de hemodiálisis para 3 484 pacientes afiliados a EsSalud, En ese sentido como esta situación podría repetirse, como el caso del servicio de oxígeno, considero que las entidades deben identificar la necesidad de contar servicios especializados y centralizar la compra a través de Perú Compras; así mismo el Estado Peruano como país debe implementar la tecnología para brindar el servicio de manera autónoma y no tercerizarlo.



Referencias

- INDECOPI (2018), *Resolución 068-2018/SDC-INDECOPI*. Recuperado de file:///C:/Users/Peru/Desktop/observaciones/doc_201804121711422031.pdf
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). (n.d.). *Empresas sancionadas*. <https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/2126952/Empresas+sancionadas.pdf/b733c223-1f3b-334d-0e6f-e4d5aa71892e>
- Mendoza Luna, A. (2013). *Modificaciones a la ley de contrataciones del Estado a través de la ley N.º 29873, Ius et Ratio (1)*, 91 – 100, consultado el 1 de noviembre de 2021 <https://journals.continental.edu.pe/index.php/iusettribunalis/article/view/415/418>
- Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, Acuerdo de Promoción Comercial PERÚ-EE.UU., visitado el 15 de octubre de 2021 en http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/En_Vigencia/EEUU/inicio.htm
- Módulo de profesionalización metodología MAPS-OECD*, Evaluación del sistema de compras y contrataciones públicas del Perú (pp. 35-38). (consultado el 5 de noviembre de 2021) <https://www.mapsinitiative.org/assessments/MAPS-Peru-assessment-report.pdf>
- Molina Dimitrijevič, A. (2008). *Apuntes y comentarios a la ley de contrataciones y adquisiciones del Estado* (DL. N° 1017). *Advocatus*, (018), 387-403. Visitado en <https://doi.org/10.26439/advocatus2008.n018.2986>
- OCDE (2020), *Public Procurement Toolbox*, (Caja de herramientas de contratación pública). “*Lista de verificación para proteger la competencia cuando se dividen los contratos en lotes*”, www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/checklist-protecting-competition-splitting-contracts-lots.pdf.
- OCDE (2021), *Lucha contra la colusión en el sector de la salud en el Perú: un examen del régimen de contratación pública de EsSalud*, OECD Publishing, París, p. 17, recuperado de <https://www.oecd.org/daf/competition/lucha-contra-la-colusion-en-el-sector-de-la-salud-en-el-peru-un-examen-del-regimen-de-contratacion-publica-de-essalud.htm>
- OCDE (2021), *Lucha contra la colusión en el sector de la salud en el Perú: un examen del régimen de contratación pública de EsSalud*, OECD Publishing, París, <https://www.oecd.org/daf/competition/lucha-contra-la-colusion-en-el-sector-de-la-salud-en-el-peru-un-examen-del-regimen-de-contratacion-publica-de-essalud.htm>
- OECD (2009), *Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement* (Directrices para combatir la manipulación de licitaciones en la contratación pública) recuperado de <https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/42851044.pdf>, visitado el 12 de diciembre de 2021

- OECD (2012), *Recommendation of the Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*, (Recomendación del Consejo sobre la lucha contra la manipulación de licitaciones en la contratación pública) <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0396>.
- OECD (2016), *Mejorando la Contratación Pública en el ISSSTE para Obtener Mejores Resultados*. Estudios de la OCDE sobre gobernanza pública. OECD Publishing, Paris. (83 - 108) <http://dx.doi.org/10.1787/9789264250055-es>, visitado el 12 de diciembre de 2021.
- OECD (2018). *Fighting Bid Rigging in IMSS Procurement: Impact of OECD Recommendations* (Lucha contra la manipulación de licitaciones en las adquisiciones del IMSS: impacto de las recomendaciones de la OCDE)(pp. 151 al 152), visitado en <https://www.oecd.org/daf/competition/IMSS-procurement-impact-OECDrecommendations2018-ENG.pdf>
- OECD (2020). *Panorama de las Administraciones Públicas América Latina y el Caribe 2020*, Publicaciones de la OECD, Paris, <https://doi.org/10.1787/1256b68d-es>. Visitado el 2 de noviembre de 2021
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (2019). Estudio económico de la OCDE sobre Perú 2019. <https://doi.org/10.1787/1256b68d-es>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (2018). Impacto de las recomendaciones de la OCDE en los procedimientos de contratación del IMSS. <https://www.oecd.org/daf/competition/IMSS-procurement-impact-OECD-recommendations2018-ESP.pdf>
- OSCE, (2013) Ley de contrataciones del Estado, Legislaciones y Documentos OSCE, *Cuadro comparativo de la LCE y esta modificatoria*. pp. 1 - 36, visitado el 1 de noviembre de 2021 y recuperado de <https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/CuadroComparativo Ley y su modificaci%C3%B3n 2.pdf>
- OSCE, (2019). Evaluación del sistema de compras y contrataciones públicas del Perú. *Módulo de profesionalización metodología MAPS-OECD*, pp. 32-33) visitado el 5 de noviembre de 2021 en <https://www.mapsinitiative.org/assessments/MAPS-Peru-assessment-report.pdf>
- OSCE, (2021). *Ley de Contrataciones del Estado y Reglamento*, [Legislación y documentos OSCE], Página Oficial del OSCE, recuperado el 17 de octubre de 2021 de la página web: <https://portal.osce.gob.pe/osce/content/ley-de-contrataciones-del-Estado-y-reglamento>.
- Pedreschi Garcés, W. (2011). *Sobre la Exoneración de los Procesos de Selección para la Contratación Estatal en la LCE*, DL. N° 1017 y su Reglamento. *Derecho & Sociedad*, (36), 191-197. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13227>
- Proética, (2019) Encuesta nacional sobre percepciones de la corrupción en el Perú, *Encuesta nacional anual sobre percepciones de corrupción (XI)*, consultado el 1 de noviembre de 2021 en:

<https://www.proetica.org.pe/contenido/encuesta-nacional-sobre-percepciones-de-la-corrupcion-en-el-peru/>

Proética. (2019). Encuesta nacional sobre percepciones de la corrupción en el Perú.

<https://www.proetica.org.pe/contenido/encuesta-nacional-sobre-percepciones-de-la-corrupcion-en-el-peru/>

Resolución N° 80-2021/CLC-INDECOPI del 15 de noviembre de 2021, recuperado de

<https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/2126952/Empresas+sancionadas.pdf/b733c223-1f3b-334d-0e6f-e4d5aa71892e>.

Retamozo Linares, A, (2013), Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control. Análisis y Comentarios. Jurista Editores EIRL. Lima. pág. 302.

Salazar D. y Angles A. (2018) El diseño institucional de la corrupción: vacíos regulatorios en contrataciones públicas con el Estado. *Análisis del Programa Nacional de Dotación de Materiales Educativos del Perú. Cuaderno de Investigación (10)*. pp. 13

Sanchez Graells, A. (2020), *Public Procurement by Central Purchasing Bodies, Competition and SMEs: ¿towards a more dynamic model?*, (Contratación pública por centrales de compras, competencia y pymes: ¿hacia un modelo más dinámico?)
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3610180.

Velarde Arrunátegui, (2003), Proyectos de Ley, Página Oficial del Congreso de la República del Perú, [*Proyecto de Ley que modifica el Art. 32° de la Ley N.º 26850, Ley De Contrataciones y Adquisiciones del Estado y diversos Art.s de su reglamento*] , (consultada el 15 de octubre de 2021)

<https://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/clproley2001.nsf/pley/11D5E7C4E9598B5505256D9B005C4F84?opendocument>