

Expediente Preliminar 014-2008/CLC

Resolución 013-2011/ST-CLC-INDECOPI

16 de agosto de 2011

VISTO:

El Oficio 091-2008/TCA-CSR del 4 de abril de 2008, mediante el cual el Tribunal del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, hoy Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, el Tribunal del OSCE), remitió el Expediente 1197-2005.TC sobre presuntas conductas anticompetitivas en la Adjudicación Directa Selectiva 012-2005-MPJ-CE (en adelante, el Proceso de Selección), convocada por la Municipalidad Provincial de Jaén, y la investigación preliminar realizada por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica); y,

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. El 10 de agosto de 2005, la Municipalidad Provincial de Jaén realizó la primera convocatoria del Proceso de Selección para la pavimentación de las calles Luna Pizarro y Sánchez Carrión, por un valor referencial de S/. 125,700.00 (ciento veinticinco mil setecientos con 00/100 nuevos soles).
2. Mediante Carta 02-OBRAS-CONTRATA-J/2005 del 24 de agosto de 2005, R-CIS Ingenieros S.A.C., P&T Contratistas Generales S.A.C., Humberto Zaldívar Piminchumo, Constructora de Servicios JR Aries S.R.L., B&B Ingenieros S.R.L., Ángel Barboza Montalvo, Empresa Constructora Inversiones Construcción y Servicios – INCONSER S.R.L., HV Contratistas Generales S.A.C., D&R Ingenieros Asociados S.R.L., y Codi S.R.L. Contratistas Generales (en adelante, conjuntamente, los Investigados), informaron a la Municipalidad Provincial de Jaén que las bases del Proceso de Selección adolecían de errores técnicos y financieros, razón por la cual, no presentarían propuestas.
3. Mediante Informe 043-2005-MPJ/CE del 24 de agosto de 2005, la Municipalidad Provincial de Jaén comunicó al OSCE que los Investigados no presentaron propuestas en la primera convocatoria del Proceso de Selección. Asimismo, mediante Oficio 046-2005-MPJ/CE del 12 de setiembre de 2005, el Comité Especial de la Municipalidad Provincial de Jaén remitió al OSCE la documentación correspondiente al Proceso de Selección y solicitó que se

investigue una posible infracción al artículo 10 de la Ley 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado¹.

4. El 2 de setiembre de 2005, la Municipalidad Provincial de Jaén realizó la segunda convocatoria del Proceso de Selección para la pavimentación de las calles Luna Pizarro y Sánchez Carrión, nuevamente, por un valor referencial de S/. 125,700.00 (ciento veinticinco mil setecientos con 00/100 nuevos soles).
5. En la segunda convocatoria del Proceso de Selección, ocho postores compraron las bases (tres de los Investigados y cinco distintos a los Investigados)², cuatro postores presentaron propuestas (dos de los Investigados y dos distintos a los Investigados)³ y, el 16 de setiembre de 2005, dos postores (distintos a los Investigados)⁴ obtuvieron el puntaje más alto, motivo por el cual, la Municipalidad Provincial de Jaén procedió al sorteo correspondiente y otorgó la buena pro al señor Pedro Johnny Malca Burga.
6. Mediante Acuerdo 080/2006.TC-SU del 15 de mayo de 2006, el Tribunal del OSCE decidió remitir lo actuado al INDECOPI a fin de que se pronuncie sobre la posible existencia de prácticas restrictivas de la competencia en el Proceso de Selección por parte de los Investigados.
7. En ese sentido, mediante Oficio 091-2008/TCA-CSR del 4 de abril de 2008, el Tribunal del OSCE remitió al INDECOPI copia del Expediente 1197.2005.TC.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

8. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si existen indicios razonables de prácticas restrictivas de la competencia en el Proceso de Selección y si, en consecuencia, corresponde iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra los Investigados.

¹ **Ley 26850**

Artículo 10.- Los postores en un proceso de selección están prohibidos de celebrar acuerdos, entre sí o con terceros, con el fin de establecer prácticas restrictivas de la libre competencia, bajo sanción de quedar inhabilitados para contratar con el Estado, sin perjuicio de las demás sanciones que establecen las disposiciones vigentes

La Ley 26850 ha sido derogada por el Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado, que establece lo siguiente:

Artículo 11.- Prohibición de prácticas restrictivas.-

Los postores en un proceso de selección están prohibidos de concertar entre sí o con terceros, con el fin de establecer prácticas restrictivas de la libre competencia, bajo sanción de quedar inhabilitados para contratar con el Estado, sin perjuicio de las demás sanciones que establecen las disposiciones vigentes.

² Los ocho postores que compraron las bases fueron Guliana Karina Montoya Vela, Jaime Prada Siesquen, Inversiones Construcción y Servicios S.R.L., Constructora Selva Norte S.R.L., Empresa Constructora y Servicios JR. Aries S.R.L., Pedro Johnny Malca Burga, Constructora Diaz S.R.L. y MG. Contratistas Generales S.R.L.

³ Los cuatro postores que presentaron propuestas fueron Jaime Prada Siesquen, Constructora Selva Norte S.R.L., Pedro Johnny Malca Burga y Constructora Diaz S.R.L.

⁴ Los dos postores que obtuvieron el puntaje más alto fueron Pedro Johnny Malca Burga y Jaime Prada Siesquen.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

3.1. Norma aplicable

9. En virtud de lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución Política del Perú⁵, la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes desde su entrada en vigencia y no tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal cuando favorece al reo.
10. En lo que se refiere a la potestad sancionadora administrativa, el numeral 5 del artículo 230 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁶, establece que son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.
11. De acuerdo a lo anterior, la norma aplicable al presente procedimiento administrativo sancionador es el Decreto Legislativo 701⁷, toda vez que la infracción investigada se habría producido durante su vigencia. Sin perjuicio de ello, en virtud de lo dispuesto por la Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁸, las disposiciones de naturaleza procesal de esta última norma resultan aplicables al presente procedimiento⁹.
12. Finalmente, de conformidad con la atribución establecida en el literal b) del artículo 15.2 del Decreto Legislativo 1034¹⁰, esta Secretaría Técnica es el órgano competente para iniciar de oficio un procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas.

⁵ **Constitución Política del Perú**
Artículo 103.- Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga solo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.
La Constitución no ampara el abuso del derecho.

⁶ **Ley del Procedimiento Administrativo General**
Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
5. Irretroactividad.- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

⁷ Norma que prohibía y sancionaba las conductas anticompetitivas y que estuvo vigente hasta el 24 de julio de 2008.

⁸ Norma que prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas y que está vigente desde el 25 de julio de 2008.

⁹ **Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**
Disposición Complementaria Transitoria
Única.- Aplicación de la presente Ley a los procedimientos en trámite.-
Las disposiciones de la presente Ley de naturaleza procesal se aplicarán a los procedimientos en trámite bajo el Decreto Legislativo N° 701, en la etapa en que se encuentren.

¹⁰ **Decreto Legislativo 1034**
Artículo 15.- La Secretaría Técnica.-
15.2. Son atribuciones de la Secretaría Técnica:
b) Iniciar de oficio el procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas;

3.2. Requisitos para el inicio de un procedimiento sobre infracción al Decreto Legislativo 701

13. Para el inicio de un procedimiento administrativo sancionador sobre infracción al Decreto Legislativo 701, es necesario contar con indicios razonables que sustenten una teoría creíble acerca de la configuración de una determinada conducta anticompetitiva.
14. La exigencia de indicios razonables se explica en la medida en que la autoridad sólo puede proceder a dar trámite a un procedimiento que se encuentre razonablemente sustentado, de forma que pueda notificarse al investigado los hechos que se le imputan a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos podrían configurar y la sanción que podrían generar¹¹.
15. Esta exigencia tiene como principal fundamento garantizar el derecho al debido procedimiento del investigado. En efecto, este derecho implica que no se inicien procedimientos que no tienen mayor sustento y, menos aún, que se le impute a una persona la comisión de una infracción sin que existan indicios razonables de ésta. De lo contrario, se estaría afectando el principio de presunción de licitud que favorece a todo administrado¹².
16. Este razonamiento coincide con la Sentencia del Tribunal Constitucional del 14 de noviembre de 2005, emitida en el Expediente 8125-2005-PHC/TC, que estableció lo siguiente:

[L]a obligación de motivación del Juez penal al abrir instrucción, no se colma únicamente con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo de aquellos cargos que se le dirigen, sino que comporta la ineludible exigencia que la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino, precisa, clara y expresa; es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan, y no como en el presente caso en que se advierte una acusación genérica e impersonalizada, que limita o impide a los procesados un pleno y adecuado ejercicio constitucional del derecho de defensa.

(Énfasis agregado)

¹¹ **Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General**
Artículo 234.- Caracteres del procedimiento sancionador.-
Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:
3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a nivel de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos puedan constituir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuye tal competencia.

¹² **Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General**
Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

17. En ese sentido, no basta afirmar, de manera general que una persona habría abusado de su posición de dominio o realizado una práctica colusoria, sino que es necesario explicar de manera clara y precisa cuál es la conducta específica que podría constituir el abuso de posición de dominio o la práctica colusoria y aportar los medios probatorios que demuestren una teoría creíble acerca de la existencia de la presunta infracción imputada.

3.3. Prácticas restrictivas de la competencia

18. Las prácticas restrictivas de la competencia se encuentran tipificadas como conductas anticompetitivas en los artículos 3 y 6 del Decreto Legislativo 701.
19. Las prácticas restrictivas de la competencia son aquellas realizadas entre agentes económicos que participan en el mismo nivel de una cadena de producción, distribución o comercialización y que normalmente compiten entre sí respecto de precios, producción, mercados y clientes, con el objeto de eliminar, restringir o limitar la competencia en detrimento de los consumidores, de otros competidores o de los proveedores¹³. Como resultado de ello, podría producirse un incremento de los precios o una reducción de la producción, de manera artificial, al margen de los mecanismos naturales del mercado, lo que trae como consecuencia una limitación de las opciones del consumidor, una asignación ineficiente de recursos o incluso una combinación de las anteriores.
20. En toda práctica restrictiva de la competencia existe un elemento esencial, a saber, una conducta coordinada con el objeto de eliminar, restringir o limitar la competencia. Sin embargo, el Decreto Legislativo 701 distingue diversas formas de materializar estas conductas: los acuerdos, las prácticas concertadas, las decisiones y las recomendaciones.
21. Se entiende por acuerdo que restringe la competencia, todo concierto de voluntades mediante el cual varios agentes económicos independientes se comprometen a realizar una conducta que tiene por objeto o efecto restringir la competencia.
22. Las prácticas concertadas consisten en conductas voluntariamente coordinadas con la finalidad de restringir la competencia que no pueden demostrarse a través de un acuerdo suscrito entre los agentes económicos involucrados pero que, a partir del uso de indicios y presunciones, pueden inferirse como única explicación razonable¹⁴.

¹³ Ver Resolución 009-2008-INDECOPI/CLC del 25 de febrero de 2008, sobre prácticas concertadas para la fijación de primas y deducibles mínimos de los seguros básico y completo de vehículos particulares, y Resolución 085-2009/CLC-INDECOPI del 22 de diciembre de 2009, sobre presuntas prácticas colusorias horizontales en la modalidad de recomendaciones anticompetitivas en el servicio de transporte urbano de pasajeros en Lima Metropolitana.

¹⁴ La voluntad común de restringir la competencia puede inferirse a partir de "(...) evidencia que tiende a excluir la posibilidad de acción independiente de las [partes]. Esto es, debe haber evidencia directa o circunstancial que lleve razonablemente a probar que [las partes] tienen un compromiso consciente con un esquema común diseñado para conseguir un objetivo ilícito". Traducción libre de: "(...) evidence that tends to exclude the possibility of independent action by the [parties]. That is, there must be direct or circumstantial evidence that reasonably tends to prove that [the parties] had a conscious commitment to a common scheme designed to achieve an unlawful objective". Monsanto Co. v. Spray-Rite Svc. Corp., 465 U.S. 752 (1984), citado por KOVACIC, William. The Identification and Proof of Horizontal Agreements Under the Antitrust Laws, 38 Antitrust

23. Por su parte, las decisiones y recomendaciones son declaraciones destinadas a uniformizar el comportamiento de un grupo de agentes económicos, restringiendo la competencia entre ellos con los efectos negativos que de ello se derivan. Normalmente, se presentan en el contexto de asociaciones, gremios o cualquier organización en la que participen agentes económicos independientes. Pueden haber sido adoptadas por la mayoría de miembros de un órgano colegiado de la asociación o gremio involucrado (por ejemplo, la junta directiva) o por un órgano unipersonal (por ejemplo, el presidente).
24. Las decisiones tienen carácter vinculante, en virtud de las normas de la asociación o gremio involucrado. Las recomendaciones no tienen carácter vinculante pero tienen la capacidad para influir en el comportamiento de los agentes económicos a las que van dirigidas, debido a las características particulares de la asociación o gremio involucrado.
25. La responsabilidad de una asociación o gremio por las decisiones o recomendaciones que realicen no enerva la posibilidad de atribuir responsabilidad a sus asociados o agremiados¹⁵. En efecto, para evitar que estos últimos eludan su responsabilidad, estas conductas pueden ser analizadas como decisiones o recomendaciones de la asociación y/o como acuerdos entre sus asociados, según corresponda¹⁶.
26. La necesidad de reprimir las decisiones y recomendaciones surge a partir de la constatación de la influencia que pueden tener las asociaciones o gremios sobre sus integrantes. En efecto, a través de mecanismos de coacción o presión, directos o indirectos, formales o informales, estas organizaciones pueden uniformizar el comportamiento de sus miembros, restringiendo la competencia entre ellos con los efectos negativos que de ello se derivan¹⁷.
27. Una de las modalidades de prácticas restrictivas de la competencia consiste en la concertación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas, modalidad

Bulletin 5, 1993, reproducido en GAVIL, Andrew (Ed.) An Antitrust Anthology. Ohio: Anderson Publishing Co., 1996, p. 84.

¹⁵ PASCUAL Y VICENTE, Julio. Las conductas prohibidas en la reformada Ley de Defensa de la Competencia. En: Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, Madrid, 205, enero – febrero, 2000, p. 11.

¹⁶ BELLAMY, Christopher y Graham CHILD. Derecho de la competencia en el mercado común. Madrid: Editorial Civitas, 1992, p. 85.

¹⁷ En el ámbito de la Comunidad Europea, las decisiones de las asociaciones comerciales también se encuentran expresamente prohibidas por el artículo 81 del TCE. Asimismo, a nivel jurisprudencial y doctrinario también se ha entendido que esta prohibición alcanza a las decisiones no vinculantes o recomendaciones. *“Sin embargo, las decisiones de una asociación de comercio no necesitan obligar formalmente a sus miembros para la aplicación del artículo 81. Una decisión informal de una asociación de comercio, incluso adoptada fuera de las reglas de la asociación, puede ser suficiente. Sin embargo, debe haber al menos cierta evidencia que la conducta de sus integrantes ha sido o podría ser influenciada en el futuro por la información recibida de la asociación”*. Traducción libre de: *“However, decisions of a trade association need not formally bind its members for Article 81 to apply. An informal decision of a trade association, even one made outside its rules altogether, may be sufficient. However, there must be at least some evidence that the conduct of members has been or might in the future be influenced by information received from the association”*. GOYDER, D.G. EC Competition Law. Fourth Edition. Oxford University Press, 2003, p. 82

conocida tradicionalmente como licitación colusoria o *bid rigging* y prevista en el literal i) del artículo 6 del Decreto Legislativo 701¹⁸.

28. En general, las licitaciones colusorias buscan restringir la competencia con el objeto de obtener un mayor excedente proveniente de los recursos de la entidad convocante. Así, por ejemplo, en el procedimiento iniciado por denuncia de Petróleos del Perú - Petroperú S.A. contra Rheem Peruana S.A. y Envases Metálicos S.A., se determinó que las denunciadas incurrieron en una concertación de sus ofertas (fijando el mismo precio y repartiéndose las cuotas de producción) y que esta conducta buscaba restringir la competencia con el objeto de obtener un mayor excedente proveniente de los recursos de la denunciante. En efecto, Petróleos del Perú - Petroperú S.A. tuvo que pagar un precio superior al que había venido pagando cuando Rheem Peruana S.A. y Envases Metálicos S.A. competían por ganar la buena pro¹⁹.
29. En particular, una concertación para abstenerse de presentar ofertas en los procesos de selección supone que dos o más agentes económicos independientes entre sí, que deberían competir por ganar la buena pro en los procesos de selección, acuerden abstenerse de presentar ofertas para restringir la competencia con el objeto de obtener un mayor excedente proveniente de los recursos de la entidad convocante.
30. Un primer ejemplo de este tipo de licitación colusoria podría consistir en una concertación para que, de las cinco empresas competidoras que existen en el mercado, cuatro se abstengan de presentar ofertas con la finalidad de que la quinta gane la buena pro al precio más alto posible y, luego de ello, reparta el mayor excedente obtenido de los recursos de la entidad convocante entre las cinco empresas coludidas²⁰.

Como se puede apreciar, la principal característica de este primer supuesto consiste en que una de las empresas coludidas haya ganado la buena pro y las demás se hayan abstenido de presentar ofertas.

31. Al respecto, en el caso Estados Unidos contra Romer²¹, un grupo de agentes de bienes raíces acordaron limitar sus ofertas en las subastas públicas de propiedades embargadas en Fairfax County, Virginia. Dichos agentes acordaron

¹⁸ **Decreto Legislativo 701**

Artículo 6.-

(...)

Son prácticas restrictivas de la libre competencia:

i) El establecimiento, la concertación o la coordinación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas.

¹⁹ Para mayor detalle, ver Resolución 004-97-INDECOPI-CLC de la Comisión de Libre Competencia (hoy, Comisión de Defensa de la Libre Competencia), confirmada mediante Resolución 255-97-TDC de la Sala de Defensa de la Competencia (hoy, Sala de Defensa de la Competencia 1).

²⁰ De acuerdo a los Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas, elaborado por Organisation for Economic Cooperation and Development, "la supresión de ofertas involucra el establecimiento de acuerdos entre competidores en los que una o más compañías aceptan abstenerse o retirar una oferta presentada con anterioridad de manera que se adjudique la licitación al ganador designado. En pocas palabras, la supresión de ofertas significa que una compañía no presenta una oferta para su consideración definitiva". Ver: <http://www.oecd.org/dataoecd/40/38/42761715.pdf>

²¹ Para mayor detalle, ver: United States Court of Appeals, Fourth Circuit - 148 F.3d 359.

fijar un precio menor para la compra de estas propiedades a través del acuerdo de no realizar ofertas en las subastas públicas en las que se ofrecían estos bienes. Durante dichas subastas, los agentes coludidos se abstuvieron de presentar ofertas, mientras que un agente seleccionado en el acuerdo fue el único que ofertó y obtuvo la propiedad a un menor precio. La acusación señala que los agentes coludidos se dividieron los excedentes entre los participantes del acuerdo.

32. Una posible variante podría consistir en una concertación en dos etapas. En una primera etapa, de las cinco empresas competidoras existentes en el mercado, las cinco se abstienen de presentar ofertas con la finalidad de que la entidad convocante se vea obligada a incrementar el valor referencial originalmente establecido. En una segunda etapa, de las cinco empresas competidoras que existen en el mercado, cuatro se abstienen de presentar ofertas con la finalidad de que la quinta gane la buena pro al precio más alto posible y, luego, reparta el mayor excedente obtenido de los recursos de la entidad convocante entre las cinco empresas.

Como se puede apreciar, las características de este segundo supuesto son las siguientes: en una primera etapa, que ninguna de las empresas coludidas haya presentado ofertas y que, como consecuencia de ello, la entidad convocante haya incrementado el valor referencial y, en una segunda etapa, que una de las empresas coludidas haya ganado la buena pro y las demás se hayan abstenido de presentar ofertas.

3.4. Análisis de la conducta investigada

33. Como se ha señalado, para el inicio de un procedimiento administrativo sancionador sobre infracción al Decreto Legislativo 701, es necesario contar con indicios razonables que sustenten una teoría creíble acerca de la configuración de una determinada conducta anticompetitiva.
34. En el presente caso, corresponde determinar si existen indicios razonables de prácticas restrictivas de la competencia en el Proceso de Selección por parte de los Investigados. Específicamente, considerando las características particulares de la conducta investigada, corresponde determinar si existen indicios razonables de una licitación colusoria que presente las siguientes características: (i) en una primera etapa, que ninguna de las empresas coludidas haya presentado ofertas y que, como consecuencia de ello, la entidad convocante haya incrementado el valor referencial, y (ii) en una segunda etapa, que una de las empresas coludidas haya ganado la buena pro y las demás se hayan abstenido de presentar ofertas.
35. En lo que se refiere a la primera característica, si bien ninguno de los Investigados presentó ofertas en la primera convocatoria del Proceso de Selección, la Municipalidad Provincial de Jaén no incrementó el valor referencial en la segunda convocatoria del Proceso de Selección sino que lo mantuvo en S/. 125,700.00 (ciento veinticinco mil setecientos con 00/100 nuevos soles). En consecuencia, no se cumple la primera característica para que se configure una licitación colusoria en el presente caso.

36. Sin perjuicio de ello, cabe precisar que, aún cuando no se haya incrementado el valor referencial en una primera etapa, los Investigados podrían haber buscado restringir la competencia con el objeto de obtener un mayor excedente proveniente de los recursos de la Municipalidad Provincial de Jaén en una segunda etapa. En ese sentido, corresponde determinar si existen indicios razonables de las demás características para que se configure una licitación colusoria en el presente caso.
37. Para que se cumpla la segunda característica, uno de los Investigados tendría que haber ganado la buena pro y los demás Investigados tendrían que haberse abstenido de presentar ofertas en el Proceso de Selección. Sin embargo, como se ha señalado, en la segunda convocatoria del Proceso de Selección, ocho postores compraron las bases (tres de los Investigados y cinco distintos a los Investigados), cuatro postores presentaron propuestas (dos de los Investigados y dos distintos a los Investigados) y, finalmente, dos postores (distintos a los Investigados) obtuvieron el puntaje más alto, motivo por el cual, la Municipalidad Provincial de Jaén procedió al sorteo correspondiente y otorgó la buena pro al señor Pedro Johnny Malca Burga. Como se puede apreciar, por un lado, ninguno de los Investigados ganó la buena pro y, por otro lado, los demás Investigados no se abstuvieron de presentar ofertas sino que dos de ellos sí presentaron ofertas en la segunda convocatoria del Proceso de Selección. En consecuencia, no se cumple la segunda característica para que se configure una licitación colusoria en el presente caso.
38. A mayor abundamiento, cabe señalar que, en el presente caso, no es posible sustentar una teoría creíble acerca de la configuración de una concertación para abstenerse de presentar ofertas en el Proceso de Selección por parte de los Investigados porque, (i) en la segunda convocatoria, no todos los Investigados se abstuvieron de presentar ofertas, (ii) ninguno de los Investigados ganó la buena pro, (iii) no existe ningún indicio que permita presumir que el señor Pedro Johnny Malca Burga, ganador de la buena pro, haya participado en algún acuerdo o práctica concertada con los Investigados, (iii) la Municipalidad Provincial de Jaén no incrementó el valor referencial, y (iv) la segunda convocatoria se realizó el 2 de setiembre de 2005, es decir, menos de un mes después de la primera convocatoria, que se realizó el 10 de agosto de 2005.
39. Por todo lo expuesto, esta Secretaría Técnica considera que no existen indicios razonables de prácticas restrictivas de la competencia en el Proceso de Selección por parte de los Investigados.

Estando a lo previsto en la Constitución Política del Perú, el Decreto Legislativo 701, el Decreto Legislativo 1034 y la Ley 27444, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

RESUELVE:

PRIMERO: No iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra R-CIS Ingenieros S.A.C., P&T Contratistas Generales S.A.C., Humberto Zaldívar Piminchumo, Constructora de Servicios JR Aries S.R.L., B&B Ingenieros S.R.L., Ángel

Barboza Montalvo, Empresa Constructora Inversiones Construcción y Servicios – INCONSER S.R.L., HV Contratistas Generales S.A.C., D&R Ingenieros Asociados S.R.L., y Codi S.R.L. Contratistas Generales, debido a que no existen indicios razonables de prácticas restrictivas de la competencia en el Proceso de Adjudicación Directa Selectiva 012-2005-MPJ-CE.

SEGUNDO: Remitir copia de la presente resolución al Tribunal de Contrataciones del Estado del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

Miguel Ángel Luque
Secretario Técnico