



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

Expediente 015-2013/CLC-IP

Resolución 023-2014/ST-CLC-INDECOPI

28 de noviembre de 2014

VISTAS:

La Cédula de Notificación 34885/2013.TC recibida el 20 de agosto de 2013, mediante la cual el Tribunal de Contrataciones del Estado del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, el Tribunal del OSCE) remitió el Expediente 1888-2008-TC, (en adelante, el Expediente) sobre presuntas conductas anticompetitivas en el proceso de Adjudicación Directa de Menor Cuantía 019-2012-MPB/CE convocado por la Municipalidad Provincial de Bellavista; y, la investigación preliminar realizada por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica).

CONSIDERANDO:

1. El 30 de octubre de 2012, la Municipalidad Provincial de Bellavista convocó al Proceso de Adjudicación Directiva Selectiva 012-2012-MPB/CE para la contratación del servicio: "Mantenimiento periódico del camino vecinal Puente Sisa – Carhuapoma de 8.66 kilómetros de longitud, Distrito de San Rafael, Provincia de Bellavista" (en adelante, Proceso de Selección 1). El 16 de noviembre de 2012, Consorcio Puente Sisa obtuvo la buena pro.
2. El 22 de noviembre de 2012, la Municipalidad Provincial de Bellavista convocó al Proceso de Adjudicación Directa de Menor Cuantía 019-2012-MPB/CE para la contratación del servicio "Supervisión de los trabajos de mantenimiento periódico del camino vecinal Puente Sisa – Carhuapoma de 8.66 kilómetros de longitud, Distrito de San Rafael, Provincia de Bellavista" (en adelante, Proceso de Selección 2). El 28 de noviembre de 2012, el señor Geicen Bladislav Delgado Vásquez (en adelante, el señor Delgado) obtuvo la buena pro.
3. El 12 de diciembre de 2012, el señor Gustavo Padilla Pinedo (en adelante, el señor Padilla) presentó ante el Tribunal del OSCE una denuncia por (i) presuntas irregularidades presentadas en el Proceso de Selección 2; y, (ii) presunta realización de prácticas restrictivas de la libre competencia.



4. Respecto a la última imputación, el señor Padilla señaló lo siguiente:

- La Municipalidad Provincial de Bellavista, en el Proceso de Selección 1, otorgó la buena pro al Consorcio Puente Sisa, conformado por las empresas Multiservicios Mayra S.A.C. y Rommax Contratistas Generales S.A.C. (en adelante, Rommax).
- Posteriormente, la Municipalidad Provincial de Bellavista, en el Proceso de Selección 2 otorgó la buena pro al señor Delgado.
- El señor Delgado es representante legal de la empresa Rommax.
- De este modo, considerando que el Proceso de Selección 2 involucra la supervisión del servicio contratado en el Proceso de Selección 1, no sería correcto que las personas vinculadas con el consorcio ganador del Proceso de Selección 1 sean ganadoras, a la vez, del Proceso de Selección 2. Ello, toda vez que no existiría objetividad al momento de analizar si el servicio objeto de Proceso de Selección 1 fue ejecutado adecuadamente.

5. Mediante Acuerdo 637-2013/TC-S1 del 30 de octubre de 2009, el Tribunal del OSCE resolvió, entre otros aspectos:

- (i) Disponer el archivo del expediente hasta el pronunciamiento del INDECOPI respecto de las presuntas infracciones a la libre competencia.
- (ii) Remitir todo lo actuado al INDECOPI para que emita pronunciamiento en el asunto materia de su competencia.

6. En ese sentido, mediante Cédula de Notificación 34885/2013.TC recibida el 20 de agosto de 2013, el Tribunal del OSCE remitió al INDECOPI copia del Expediente a fin de que se pronuncie respecto a la supuesta participación del señor Delgado y la empresa Rommax en prácticas restrictivas de la libre competencia.

7. El artículo 11 del Decreto Legislativo 1034 tipifica, en particular, a las prácticas colusorias horizontales, es decir, los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia¹.

8. Una de las modalidades de este tipo de conductas anticompetitivas 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, supuesto conocido tradicionalmente como licitación colusoria o *bid rigging* y sujeto a la prohibición absoluta prevista en el literal d) del artículo 11.2 del Decreto Legislativo 1034².

¹ Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales.-

11.1 Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia (...).

² Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

9. Una licitación colusoria supone que dos o más agentes económicos que deberían competir por hacerse de la buena pro en un proceso de selección, dejen de hacerlo con el objeto de obtener un mayor excedente proveniente de los recursos de la entidad convocante.
10. Un primer supuesto de licitación colusoria puede ser la fijación concertada de precios, que consiste en cualquier acuerdo entre competidores para establecer un solo precio para determinado bien o servicio³. 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 pro⁴.
11. Un segundo supuesto puede ser el reparto de mercado, que consiste en cualquier acuerdo entre competidores para repartirse las ventas o las compras de determinado bien o servicio, ya sea mediante la designación de consumidores específicos o tipos de consumidores, de productos, de procesos de selección o de zonas geográficas⁵. Así, por ejemplo, en el procedimiento iniciado de oficio contra Aga S.A., Messer Gases del Perú S.A. y Praxair Perú S.R.L., se determinó que las investigadas incurrieron en una práctica restrictiva de la competencia, consistente en el reparto del mercado de adquisición de oxígeno medicinal, en los procesos de selección convocados por el Seguro Social de Salud – EsSalud, a nivel nacional, durante el periodo comprendido entre enero de 1999 y junio de 2004. En efecto, las investigadas

Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales.-

11.2 Constituyen prohibiciones absolutas los acuerdos horizontales inter marca que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos, que tengan por objeto:

(...)

d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.

³ En: Defining Hard Core Cartel Conduct. Report prepared by the ICN Working Group on Cartels. International Competition Network, 4ta Conferencia Anual, Bonn, Alemania, llevada a cabo entre el 6 y 8 de junio de 2005, página 10. Disponible en: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>

⁴ 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 Especializada en Defensa de la Competencia).

⁵ En: Defining Hard Core Cartel Conduct. Report prepared by the ICN Working Group on Cartels. International Competition Network, 4ta Conferencia Anual, Bonn, Alemania, llevada a cabo entre el 6 y 8 de junio de 2005, página 10. Disponible en: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

acordaron que Aga S.A. proveyera exclusivamente la zona norte del país, Messer Gases del Perú S.A. la zona centro y Praxair Perú S.R.L. las zonas sur y Lima⁶.

12. Otro supuesto puede ser la concertación para abstenerse de presentar ofertas en los procesos de selección, que consiste en 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.
13. Un ejemplo de este tipo de licitación colusoria podría consistir en una concertación para que, por ejemplo, de cinco empresas competidoras existentes en un determinado 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 coludidas⁷. Como se puede apreciar, la principal característica de este ejemplo consiste en que una de las empresas coludidas debe haber ganado la Buena Pro y las demás deben haberse abstenido de presentar ofertas⁸.
14. Al respecto, en el caso Estados Unidos contra Romer⁹, 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 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.
15. De acuerdo al contenido de la denuncia del señor Padilla, no se identifican indicios de un presunto acuerdo entre dos o más agentes económicos competidores entre sí, sino que dicha denuncia refiere a un supuesto conflicto de intereses entre los agentes económicos ganadores de los Procesos de Selección 1 y 2. Los hechos denunciados

⁶ Para mayor detalle, ver Resolución 051-2010/CLC-INDECOPI de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia. Dicha decisión fue confirmada por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, mediante Resolución 1167-2013/SDC-INDECOPI, en el extremo referido a la determinación de responsabilidad de los agentes involucrados.

⁷ De acuerdo a los Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas, elaborado por la 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>

⁸ También se puede dar el caso que se presenten "ofertas de resguardo", es decir, ofertas inaceptables para la entidad convocante. Ver: OECD, Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas (2009), página 2. Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/40/38/42761715.pdf>

⁹ Para mayor detalle, ver: United States Court of Appeals, Fourth Circuit - 148 F.3d 359.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

no podrían configurar un supuesto de prácticas colusorias, de acuerdo al Decreto Legislativo 1034, toda vez que estos no calificarían en alguno de los supuestos de práctica anticompetitiva contemplados por la referida norma.

Por otro lado, cabe recordar que ni esta Secretaría Técnica ni la Comisión de Defensa de la Libre Competencia son competentes para conocer una supuesta infracción a las normas sobre contrataciones del Estado¹⁰ ni posibles conflictos de intereses vinculados a la objetividad e imparcialidad para la ejecución y supervisión de los servicios y obras objeto de contratación.

16. Por lo expuesto, esta Secretaría Técnica considera que no existen indicios razonables de prácticas colusorias en el Proceso de Selección y que, en consecuencia, no corresponde iniciar un procedimiento administrativo sancionador en contra del señor Padilla ni de empresa Rommax.
17. Sin perjuicio de ello, en atención a los artículos 15.1 y 15.2 del Decreto Legislativo 1034¹¹, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la Secretaría Técnica continuará supervisando este y otros mercados de la economía, con la finalidad de contribuir a la promoción de la eficiencia económica para el bienestar de los consumidores.

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

10

Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado

Artículo 46.- De las Responsabilidades y Sanciones.-

Los funcionarios y servidores, así como los miembros del Comité Especial que participan en los procesos de contratación de bienes, servicios y obras son responsables del cumplimiento de la presente norma y su Reglamento. (...)

En caso de incumplimiento de las disposiciones establecidas en el Decreto Legislativo se aplicarán, de acuerdo a su gravedad, las siguientes sanciones:

- a) Amonestación escrita;
- b) Suspensión sin goce de remuneraciones de treinta a noventa días;
- c) Cese temporal sin goce de remuneraciones hasta por doce meses; y,
- d) Destitución o despido.

Artículo 58.- Funciones

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) tiene las siguientes funciones:
(...)

- l) Poner en conocimiento de la Contraloría General de la República, de manera fundamentada, las trasgresiones observadas en el ejercicio de sus funciones cuando existan indicios razonables de perjuicio económico al Estado o de comisión de delito o de comisión de infracciones graves o muy graves por responsabilidad administrativa funcional de acuerdo al marco legal vigente.

11

Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

Artículo 15.- La Secretaría Técnica.-

15.1. La Secretaría Técnica de la Comisión es el órgano con autonomía técnica que realiza la labor de instructor del procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas y que emite opinión sobre la existencia de la conducta infractora.

15.2. Son atribuciones de la Secretaría Técnica:

- a) Efectuar investigaciones preliminares;
- (...)



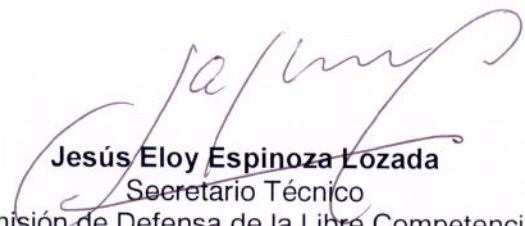
PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

RESUELVE:

No iniciar un procedimiento administrativo sancionador en contra del señor Geicen Bladislav Delgado Vásquez y de Rommax Contratistas Generales S.A.C., debido a que no existen indicios razonables de prácticas colusorias en el proceso de Adjudicación Directa de Menor Cuantía 019-2012-MPB/CE.


Jesús Eloy Espinoza Lozada
Secretario Técnico
Comisión de Defensa de la Libre Competencia