



Libre Competencia en el Sector Público

Introducción

- I. Compras Públicas y Libre Competencia, aunque Reglamentada**
- II. Compras Públicas. El demandante**
- III. Compras Públicas. Los oferentes**
- IV. Compras Públicas. Fijación de precios de referencia.**
- V. Compras Públicas. Una aproximación de indicadores de alerta de restricción de libre competencia**

Conclusión

Ensayo presentado en el marco del Concurso de Méritos de la Comisión Nacional de la Competencia. Cargo. Miembro del Directorio.

Autor. Econ. Emiliano R. Fernández Franco.

C.I. 1.161.013

Fecha: 28/12/2020

Libre Competencia en el Sector Público.

Introducción

Este ensayo pretende dar una breve descripción del funcionamiento del mercado de las compras públicas en Paraguay, identificando sus aspectos característicos, que, si bien se diferencia de un mercado privado puro, al mismo tiempo es exigido para la generación de eficiencias económicas.

El mercado de compras públicas en Paraguay es un mercado donde las fuerzas de libre competencia no están orientadas por la mano invisible de un mercado competitivo, sino por guías bien visibles de normas de derecho que lo regulan.

Esas normas impactan en la conducta de oferentes, demandantes y en la fijación de precios propiciando incluso, sin ser su objetivo, ineficiencias estructurales y la posibilidad de conductas que distorsionan el proceso y podrían constituirse en hechos de corrupción.

Conocer este mercado, entender sus normas, analizar las conductas que propician ineficiencias y posibles hechos de corrupción, pero por sobre todo tratar de anticipar todo ello, con indicadores basados en datos, podría ser un campo de trabajo interesante para promover la libre competencia en las compras del sector público.

I. Compras Públicas y Libre Competencia, aunque Reglamentada.

La Ley N° 4.956/ 2013 de “DEFENSA DE LA COMPETENCIA” tiene por objeto defender y promover la Libre Competencia en los mercados. Así refiere que se prohíbe y se sancionará toda práctica que **restrinja, limite, obstaculice, distorsione o impida la competencia existente o futura en el mercado relevante.**

Esta defensa de la libre competencia, no es arbitraria y si bien surge de mandatos constitucionales que la sustentan¹, se basa en la definición de las ciencias económicas, de que el mercado actuando libremente produce eficiencias económicas, las que se materializan en bienes y servicios que son producidos y vendidos al mejor precio posible (Precios = Costo Marginal) ofreciendo una situación de Pareto que implica equilibrio, que incluso al tiempo de generarse desequilibrios son las propias fuerzas del mismo mercado actuando en libertad las que llevan nuevamente al equilibrio eficiente.

Lógicamente, para que el mercado tienda a situaciones de eficiencia económica, la teoría exige imperativamente libertad en la oferta, en la demanda y en la participación, sin fuerzas que solas ellas, impliquen control ni de la oferta, ni de la demanda ni del precio. La Ley 4.956/13 captura estas bases teóricas de libre competencia y en su artículo 4° correctamente refiere que la competencia implica:

1. Libertad de compra,
2. Libertad de venta,
3. Acceso al mercado en condiciones eficientes,
4. Acceso al mercado no discriminatorio,

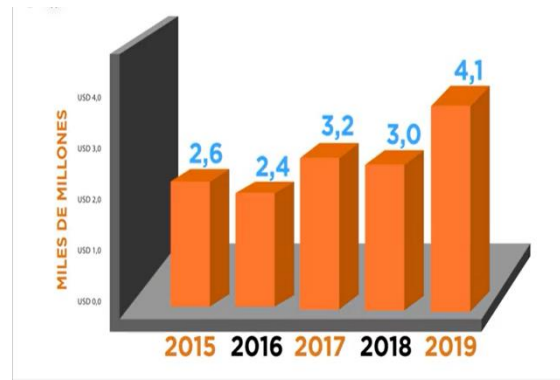
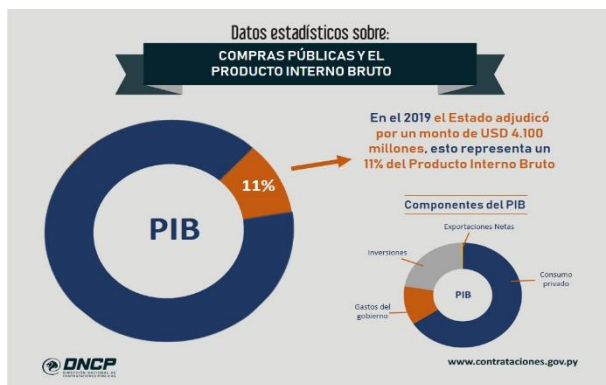
¹ Art. 107 de la Constitución Nacional. “De la Libertad de Concurrencia”

5. La conquista del mercado por eficiencia no restringe la competencia y;

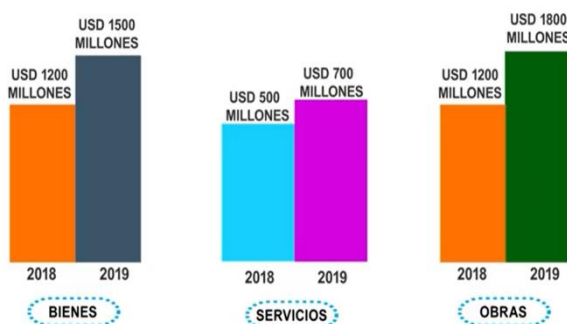
6. Precios determinados libremente, y es para esta 6° condición que añade **“salvo que existan excepciones previstas en otras leyes y reglamentaciones especiales”**

Siendo que la Ley de “Defensa de la Competencia” busca eficiencias en todos los mercados, y que ello se traduzca en bienestar de la gente, esta eficiencia también debe ser correctamente analizada considerando su **mercado relevante**, y es en este sentido que las compras públicas actúan en un mercado de características especiales y donde la determinación de precios, los oferentes (proveedores del Estado), los demandantes (OEEs), ya no operan bajo el escrutinio poderoso de la *mano invisible*, sino, bajo leyes escritas, bajo árbitros y organismo de control todos visibles, formales y oficialmente establecidos.

El mercado de compras públicas en Paraguay (como sucede en muchísimos países) se desarrolla en un marco de **libertad de competencia reglamentada que impacta al oferente, demandante y al propio sistema de fijación de precios**. Este mercado conforme la DNCP en 2019 representó el 11% del PIB de Paraguay por un valor de USD 4.100 millones en 2019.



Estas compras tienen una importante participación en obras públicas y en compras de bienes, que juntas representan el 80% del total. En ese sentido se destaca también que cada año en promedio va aumentando la cantidad de adjudicaciones cerrando el 2019 con 11.965 adjudicaciones.



Más allá de los números, es importante entender que la actuación de cada OEE se entiende en el favor del interés público, por lo que su eficiencia deviene aún más relevante promover

considerando que las compras públicas bien hechas tienen el alto potencial de cristalizar en crecimiento y desarrollo del país.

En este mismo orden, los recursos financieros que posibiliten estas compras del Estado provienen del esfuerzo de todo el país para dotarle de recursos financieros, lo que sustenta y refuerza el concepto de regulación y control al que es sometido.

II. Compras públicas. El demandante

En el mercado de compras públicas la demanda la conforman los OEEs, cuya calidad nace por imperio de un cuerpo legal que refiere su existencia y su ámbito de desempeño. En particular, estos OEEs en su rol de comprador/demandante de bienes y/o servicios participa en un ámbito regulado especialmente por la Ley N° 2051/13 de Contrataciones Públicas, La Ley N° 1.626/00 de la Función Pública, la Ley N° 1.535/99 de Administración Financiera del Estado y las respectivas leyes anuales de Presupuestos (todas con sus respectivos Decretos reglamentarios y Resoluciones pertinentes). El análisis de toda esta normativa ausculta la verdadera dimensión de libertades y restricciones que cada OEE/demandante tiene al momento de participar en su mercado relevante de compras públicas.

Lo que resulta importante destacar, para fines de este ensayo, es que en este mercado el demandante/Estado es proclive de generar situaciones que pueden impedir un correcto funcionamiento del mercado relevante y con ello evitar orientar los precios hacia la eficiencia económica.

Un OEE puede propiciar barreras de acceso generando dependencias y relaciones con proveedores para mercados permanentes sin posibilidad de penetración por otros competidores por medio de:

- a) Especificaciones técnicas muy particulares y posiblemente dirigidas.
- b) Volúmenes de compras que excluyan empresas.
- c) Plazos de entrega reducidos, combinado con volúmenes altos de entrega que limiten participación.
- d) Intercambio de información entre funcionarios y oferentes, que acuerden precio de oferta muy bajo, garantizando la adjudicación, pero estableciendo posibilidades dentro del contrato para reestablecer su equilibrio o extender su tiempo de ejecución, entre otras conductas².

Estos ejemplos de barreras de acceso, al tiempo de poder ser motivadas por procesos subyacentes de corrupción, sin dudas generan distorsiones, pues no favorecen la competencia en el mercado relevante y por tanto el precio de adjudicación no generará las esperadas eficiencias económicas.

Si bien, uno podría esperar que el proceso de publicación de pliegos (transparencia) es la oportunidad de que oferentes interesados se percaten de esos inconvenientes y tengan la alternativa y oportunidad de denunciarlos (en este caso ante la DNCP quién actúa como juez administrativo para ello), no obstante caracterizar y anticipar riesgos de este tipo de conductas que atentan contra la libre competencia resulta pertinente y puede orientar soluciones tempranas para evitarlas.

² Guía Práctica: Combatir la colusión en las licitaciones. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia.

Como muy bien lo refiere el reporte de Índice de Riesgo de Corrupción del Instituto Mexicano para la Competitividad, *“Por ejemplo, es posible que el sistema sea transparente, pero que no haya competencia real porque los oferentes están coludidos...”*³

III. Compras públicas. Los oferentes

La calidad de oferente/proveedor del sector público y su forma de selección como proveedor, en general se encuentra establecidas en la Ley N° 2051/03 de Contrataciones Públicas y sus normas complementarias⁴, y en forma particular en los documentos de cada llamado donde se indican las capacidades legales, financieras y de experiencias solicitadas a los potenciales oferentes, así como del tipo de bien o servicio que deberá proveer en las condiciones de entregas especificadas. La misma ley de Defensa de la competencia en su Art. 3. incluye a los OEEs en su ámbito de aplicación⁵.

La capacidad de un oferente de distorsionar el mercado relevante temporal, habilitado en cada llamado específico en el que participa, puede darse de forma individual y/o en forma colusoria. Un oferente individual y un funcionario público en convivencia pueden generar restricciones de acceso a mercado motivando compras dirigidas y con ello precios de adjudicación ineficientes (subyace en esta conducta el hecho de corrupción).

Por su parte, incluso sin la participación de funcionarios públicos, los oferentes pueden propiciar conductas que atentan contra la libre competencia como es el caso de la COLUSION. Esta forma de distorsión al mercado es la más conocida y esta expresamente referida en la normativa de la de Defensa de la Competencia, donde define como licitaciones colusorias a *“una modalidad de restricción horizontal a la competencia que puede manifestarse a través de un acuerdo, decisión, práctica concertada o conscientemente paralela entre competidores para coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.”*⁶

La OCDE refiere que: *“La colusión entre oferentes eleva significativamente los precios de bienes y servicios • El combate contra los carteles y la colusión entre oferentes en licitaciones públicas, es una prioridad para la mayoría de las autoridades de competencia”*

El alto volumen en cantidades y valores monetarios, invita a importantes oportunidades para los negocios que en muchas ocasiones son espacios de conductas muy lejanas a las competitivas y porque no, corruptas.

³ Índices de Riesgo de Corrupción: El Sistema Mexicano de Contrataciones. Instituto Mexicano para la Competitividad. Imco.org.mx

⁴ Art. 1 Objeto y Ámbito de Aplicación de la Ley 2051/03

⁵ Ley 4.956/13 de Defensa de la Competencia. Art.3: *“La presente Ley es aplicable a todos los actos, prácticas o acuerdos llevados a cabo por personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, con domicilio legal en el país o extranjero, sean de derecho público o privado, o cualesquiera entidades que desarrollen actividades económicas, con o sin fines de lucro, y que produzcan efectos sobre la competencia, en todo o en parte del territorio nacional, excepto las limitaciones establecidas por la Ley, debidamente justificadas por razones de interés general”*

⁶ Art. 6 del Decreto 1.490/14 que Reglamenta la Ley N.4.956/13 de “Defensa de la Competencia”.

En esta línea, la Ley 4.956/13 y su Decreto reglamentario buscan determinar la existencia de una licitación colusoria expresando para esto que: *“la CONACOM tomará en cuenta, entre otras consideraciones: a) La frecuencia de los procesos de licitación o concurso. b) las restricciones a la competencia que pudieren existir en las bases y condiciones de las contrataciones. e) el comportamiento de los precios ofertados. d) los indicios de coordinación en la documentación presentada en las licitaciones o concursos. e) el comportamiento de los postores durante la fase de ejecución de los contratos adjudicados”*

En base a estos mandatos, resulta oportuna en la generación de indicadores de restricciones de la competencia en el sector público, de modo a ejercer un actuar precautorio y no solo sancionatorio para estos procesos.

IV. Compras públicas. Fijación de precios de referencia.

En un mercado privado, las fuerzas del mercado bajo ciertos supuestos, de manera impersonal, guiados por una *mano invisible*, determinan el precio de eficiencia. En el mercado de compras públicas en Paraguay, la determinación del precio esta reglamentada en normativas dictadas por la DNCP y contempladas en la Res. DNCP ° 1.890/20 que abroga la anterior normativa de referencia de fijación de precios Res. DNCP N° 411/18.

Bajo esta norma, se aprueba la guía para la elaboración de precios referenciales a ser aplicadas por los OEEs, que son publicados con cada llamado para brindar mayor transparencia al Sistema de Contrataciones Públicas. Se establece que las Convocantes son exclusivamente responsables del establecimiento de Precios de Referencia razonables tendientes a lograr contrataciones públicas que garanticen los Principios de Economía y Eficiencia.

Con cada llamado, a estos precios de referencia deberá adjuntarse los documentos respaldatorios y un dictamen en el que se detalle la metodología utilizada para la obtención de los Precios y cualquier otra característica del mercado, de la producción, la comercialización o distribución de bienes y servicios que puedan afectar el precio de referencia. *La norma también prevé la anulación de cualquier proceso de contratación que no observe los parámetros establecidos en la Guía de Precios de Referencia.*

Como se fijan los precios de referencia según la normativa:

1. Se debe contar con al menos tres precios, con evidencia documentada sobre su existencia, tales como solicitudes de presupuestos y sus respuestas, copias de resoluciones de adjudicación de licitaciones anteriores, contratos, revistas, publicaciones, páginas de internet oficiales que contengan precios, u otros medios comprobatorios idóneos.
2. Los precios seleccionados deben corresponder a bienes y servicios con características comparables.
3. En caso de llamados de bienes en los cuales se requieran servicios conexos, los precios referenciales de estos últimos deberán ser elaborados en forma separada.
4. Precios de potenciales oferentes, requeridos a través de cualquier mecanismo que permita contar con la evidencia de la solicitud y su respuesta, tales como fax, correo electrónico, nota u otro medio comprobatorio idóneo.
5. Excepcionalmente, si por la complejidad, especialidad o particularidad de la contratación no resultare posible alcanzar la cantidad de 3 (tres) fuentes requeridas para la obtención de los precios, la convocante podrá adoptar el mecanismo que considere apropiado para obtener los

Precios de Referencia, en cuyo caso tal situación deberá ser suficientemente fundada en el Dictamen de la UOC.

Y toda esta metodología es importante puesto que durante la evaluación de ofertas el Comité de Evaluación procederá a solicitar a los oferentes una explicación detallada de la composición del precio ofertado de cada ítem, rubro o partida adjudicable, conforme a los siguientes parámetros:

En contrataciones en general: cuando la diferencia entre el precio ofertado y el precio referencial sea superior al 25% para ofertas por debajo del precio referencial y del 15% para ofertas que se encuentren por encima del referencial establecido por la convocante y difundido con el llamado a contratación 2. En obras públicas: cuando la diferencia entre el precio ofertado y el precio referencial sea superior al 20% para ofertas por debajo del precio referencial y 10% para ofertas que se encuentren por encima del referencial establecido por la convocante y difundido con el llamado a contratación.

Si el oferente no respondiese la solicitud, o la respuesta no sea suficiente para justificar el precio ofertado del bien, obra o servicio, el precio será declarado inaceptable y la oferta rechazada.

Como puede observarse, los precios a los que finalmente se adjudiquen los bienes y/o servicios licitados están fuertemente influenciados por la capacidad de estudios de mercado de las UOC de cada Ente, así como de la metodología que sus responsables usen para conformar este precio de referencia.

Por citar, si predomina el uso de precios de referencias de adjudicaciones anteriores y si en estas se dieron con precios excesivamente altos por procesos anteriores de colusión o simple corrupción, la base metodológica implicara un sesgo a precios altos permanentes, no capturando eficiencias económicas en ese llamado.

El resultado de una mala fijación de precios por parte de un OEE, puede generar distorsiones de eficiencia en la competencia, ya sea por tener precios referenciales muy bajos, que desalienta la participación competitiva, o por tener precios referenciales muy altos, que afectan un nivel de gastos adecuado del sector público en sus compras.

Indicadores respecto de la construcción de estos precios referenciales, el monitoreo de estos precios, resultan instrumentos oportunos de detección de riesgos de ineficiencias competitivas e incluso podría ser indicadores de riesgos de procesos colusorios o de corrupción en las compras públicas.

V. Compras Públicas. Una aproximación de indicadores de alerta de restricción de libre competencia.

El Instituto Mexicano para la Competitividad, ha publicado un documento titulado “*Sistema de Compras Públicas en México. Índices de Corrupción*”, que, utilizando datos proporcionados por el propio Sistema de Compras Públicas y otras fuentes, desarrolla indicadores que evalúa **las prácticas de competencia**, transparencia e integridad de las Unidades Compradoras de las dependencias y/o entidades del Gobierno federal para identificar problemas potenciales y con ellos anticipar riesgos de corrupción.

El informe mide en total 43 variables calculadas para cada tipo de contratación pública en las áreas de falta de transparencia, falta de competencia y anomalías, y con estas variables finalmente construye su índice de corrupción. Para los fines de este ensayo resulta interesante

la medición de *falta de competencia*, que conforme el documento está medido por 16 variables referidas a: Libre concurrencia de proveedores (barreras de acceso). • Intensidad y variedad de la participación de los licitantes. • Concentración de los contratos en pocos proveedores. • Prioridad a tipos de procedimiento competitivo: licitación, que se detalla seguidamente.

Feature	¿Cómo afecta la competencia?	¿Por qué?
Porcentaje de licitaciones e INV3 con solo un licitante (-)		Calcula la concurrencia de empresas a los procedimientos realizados por la UC. Un porcentaje alto indica que la unidad compradora no tuvo opción más que asignar el contrato al único licitante
Promedio de participantes por procedimiento (+)		Captura la presión competitiva que existe en los procedimientos. Más participantes por procedimiento, más competencia dentro de la UC
Cambio en el promedio de participantes por procedimiento (+)		Evalúa si el nivel de competencia ha aumentado o disminuido durante el periodo de análisis
Número de empresas ganadoras diferentes por cada 100 contratos (+)		Mide la diversidad que existe en la asignación de contratos. Mayor diversidad representa mayor competencia
Porcentaje de procedimientos que utilizaron adjudicación directa o INV3 (-)		Este tipo de procedimientos limita el número de competidores que pueden presentar una propuesta
Porcentaje del monto adjudicado por adjudicación directa o INV3 (-)		
IHH ¹⁹ por número de contratos (-)		Métricas relacionadas con el nivel de concentración dentro de una UC. A mayor concentración, mayor el monto o número de
IHH por monto (-)		

ID ¹⁹ por número de contratos (-)		procedimientos que se le asignan a pocas empresas
ID por monto (-)		
Cambio en la tendencia del porcentaje de adjudicaciones directas (-)		Evalúa si la UC ha sustituido la adjudicación directa por métodos más competitivos (licitación pública)
Índice de participación (-)		Mide la concentración en el número de propuestas que presentan las empresas ante una UC. Se calcula con la siguiente fórmula: $\text{Max} \left(\frac{\text{Propuestas presentadas por empresa } i \text{ a la UC}}{\text{Total de propuestas recibidas por la UC}} \forall i = 1, \dots, N \right)$ Donde N es el total de empresas que presentaron propuestas ante la UC.
Número de participantes distintos por cada 100 procedimientos (+)		Calcula la variedad de participantes que presentan propuestas en los procedimientos de la UC
Índice de concentración de las 4 empresas con más procedimientos ganados (-)		Entre más procedimientos ganen o más monto se les adjudique a las empresas más grandes, decrece la porción del monto o número de procedimientos que pueden ser adjudicados al resto de las empresas, por lo que existen menos incentivos a participar por los contratos de dicha UC
Índice de concentración de las 4 empresas con más monto adjudicado (-)		
Promedio del importe por contrato adjudicado (-)		A mayor sea el importe promedio por contrato, menor el número de empresas con la capacidad financiera para participar

Lo interesante del trabajo y que puede ser replicado en Paraguay (con las adaptaciones del caso) considerando los espacios de coordinación interinstitucional CONACOM, DNCP, DGEEC, SET, MIC entre otros, y las bases de datos de existentes, resulta en la generación de indicadores de alerta temprana, para prevenir y anticipar y por tanto sugerir acciones preventivas ante riesgos de falta de competencia.

Finalmente, siendo este solo un ejemplo, lo importante es la acción preventiva y el potencial que indicadores como estos puedan ser desarrollados para una potenciar cada vez más la eficiente y eficaz labor de la CONACOM en el marco de sus funciones.

Conclusión

El mercado de compras públicas en Paraguay es un mercado reglamentado tanto en los aspectos de quienes participan, como el de las reglas el juego. La eficiencia de este mercado, como el de otros, es necesaria y se ve potenciada por la propia naturaleza de las acciones del Sector Público cuyo fin es el bienestar general. En ese sentido, no obstante, este mercado esta sujeto y en muchas ocasiones es proclive a conductas lejanas a la libre competencia y que favorece la corrupción.

Es imperativo para los órganos de control y regulación, en los ámbitos de sus competencias, precautelar riesgos que atenten contra esta eficiencia buscada, y para ello la elaboración de indicadores basada en datos disponibles, se constituyen en potentes herramientas de alertas tempranas de conductas restrictivas.

Existen metodologías e indicadores desarrollados en otros países que pueden servir de referencia, siendo el uso de ellos elementos ciertos para potenciar cada vez más la eficiente y eficaz labor de la CONACOM en el marco de sus funciones.

.....

Bibliografía

- Constitución de la República del Paraguay.1992
- Decreto N° 1.490/14 “Por el cual se reglamenta la Ley N° 4.956/2013 de Defensa de la Competencia”.
- Decreto N° 2.992/19 que reglamenta la Ley N° 2051 de Contrataciones Públicas.
- Guía Práctica. Combatir la colusión en las licitaciones. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Colombia.
- Índice de Riesgos de Corrupción. El Sistema Mexicano de Compras Públicas. Instituto Mexicano para la Competitividad (Imco.org.mx). 2019.
- Informe de Gestión 2019-2020. Comisión Nacional de la Competencia.
- Ley N° 4.956/13 de “Defensa de la Competencia”.
- Ley N° 2.051/03 de “Contrataciones Públicas.
- Resolución DNCP N° .1890/20 Por la cual se regula la estimación de Precios y su publicidad en los procedimientos de contrataciones públicas en el marco de la Ley 2051/03
- ¿Qué es la colusión entre oferentes en licitaciones públicas y por qué es ilegal?. OECD. Antonio Capobianco, Experto Senior de Política de la Competencia.
- Web Institucional de la CONACOM. www.conacom.gov.py
- Web Institucional de la DNCP. www.contrataciones.gov.py
