

Licitaciones y libre competencia: ¿está funcionando el sistema actual?

La Tercera|Pulso

El cuestionamiento sobre los procedimientos de contratación de compras a través de licitaciones de cara a sus efectos para la libre competencia, concurrencia e inclusive corrupción, ha estado en la palestra por años. Ello, pues si bien los procesos de licitación tienen por objeto alcanzar el menor precio posible, como trade-off, modifican el momento en que se produce la competencia. Se trata entonces de una competencia por el mercado en lugar de en el mercado. Una materia que no es menor si consideramos que la OCDE estima que, en general, el gasto promedio estatal en licitaciones en sus países miembros es alrededor del 15% del PIB.

Considerando entonces lo relevantes que son los procesos de licitación, es imprescindible que en ellos se aseguren condiciones mínimas de rivalidad y se tomen resguardos para evitar colusiones entre partícipes; prevenir que las bases permitan la explotación de una posición dominante una vez adjudicada y evitar que se establezcan barreras a la entrada innecesarias, por ejemplo, a través de requisitos injustificados o discriminatorios.

¿Cómo se asegura esto en nuestro país? Actualmente, existen guías sobre mejores prácticas en esos procesos e inclusive la FNE realiza capacitaciones a ChileCompras. Sin embargo, aún habiendo directrices aparentemente claras, existen casos que ponen en cuestionamiento la efectividad del sistema actual. Así lo revelan casos de colusión conocidos por el TDLC, como "Asfaltos" en la sentencia 148/2015 y "Ampollas" en la sentencia 172/2020. Y los extensos pronunciamientos en relación a los requisitos necesarios en los procesos de licitaciones, como en el caso "Registro Civil" (sentencia 132/2013) y el reciente pronunciamiento en la consulta de "Terminal de Viña" (resolución 63/2021).

Si tenemos guías de mejores prácticas, compliance, capacitaciones y aplicación de sanciones ejemplificadoras a quienes se coluden en el contexto de una licitación (bid rigging), la pregunta entonces es ¿en qué está fallando el sistema? y ¿cómo se puede asegurar certeza de manera expedita sobre la adecuación de las bases de licitación a la libre competencia?

La respuesta es que no basta con ponerlo en un papel ni capacitar con cierta regularidad a empresas y órganos del Estado. Sería necesario, por tanto, que la FNE se involucrase en el procedimiento de licitación, como una especie de aprobación previa semejante al control de fusiones, pese a que cabría preguntarse si ella cuenta con la capacidad para involucrarse y atender a otros intereses (sectoriales) distintos de la libre competencia en el diseño. Otra alternativa sería que la ley, recogiese con mayor exactitud los requisitos de libre competencia que se deben cumplir en el diseño de las bases de licitación, lo que permitiría un mayor apego a los mismos a cambio de menor flexibilidad. Por último existe la posibilidad de que las empresas y organizaciones públicas incorporasen la figura de un encargado de compliance de libre competencia (procurement officials, como los llama la OCDE), capaz de realizar un análisis casuístico y ponerse en contacto con la FNE de ser necesario.

En cualquiera de estos casos, la solución implica un cambio que no necesariamente se traduce en mayores guías, sino en profundizar su implementación.

Pie de Página

DANIELA SERVIN Y SOFÍA O'RYAN- Daniela Severín y Sofía O 'Ryan, son abogadas de la Red ProCompetencia-

13/05/2021

Pais: Chile

Fecha: 13/05/2021

Sección: Suplemento - Punto de Vista

Tipo: escrita

Página(s): 9

Centimetrage: 29x11