

**ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA
REPÚBLICA DE COSTA RICA**

PROYECTO DE LEY

**LEY DE REFORMA A LA LEY DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA,
N.º 7494 DE 2 DE MAYO DE 1995 Y SUS REFORMAS**

VARIOS SEÑORES DIPUTADOS

EXPEDIENTE N.º 19.287

**DEPARTAMENTO DE SERVICIOS
PARLAMENTARIOS**

PROYECTO DE LEY

LEY DE REFORMA A LA LEY DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, N.º 7494 DE 2 DE MAYO DE 1995 Y SUS REFORMAS

Expediente N.º 19.287

ASAMBLEA LEGISLATIVA:

Los procedimientos de contratación administrativa constituyen una fracción sustancial de la actividad económica del país. El desarrollo eficiente de un procedimiento de contratación pública implica escoger al co-contratante que, en competencia con otros oferentes, supla los bienes o servicios requeridos por la Administración Pública en las condiciones que mejor satisfagan el interés general. Así, el objetivo primario de la contratación pública es la promoción de la eficiencia. No obstante, puede suceder que los oferentes pretendan manipular las reglas de la sana competencia dentro de esos procedimientos acudiendo a las más diversas conductas.

Las buenas prácticas en los procedimientos de contratación administrativa constituyen un tema que ha preocupado permanentemente a varios órganos de la Administración Pública, entre los que vale citar la Contraloría General de la República, la Proveeduría Nacional y la Comisión para Promover la Competencia, del Ministerio de Economía, Industria y Comercio, ya que a pesar de sus esfuerzos en la formación de las proveedurías de las entidades públicas y la investigación y sanción de licitaciones colusorias, se requiere de un apoyo mayor de las autoridades encargadas de la elaboración y aplicación de la normativa que rigen las compras públicas, para poder combatir conductas que lesionan los presupuestos de las instituciones y a la ciudadanía en general.

De los diversos informes que al respecto han elaborado dichas instituciones, parece desprenderse una práctica frecuente por parte de algunas empresas que ofrecen servicios al Estado, que consiste en contar con varias sociedades que participan en los mismos concursos públicos, lo cual resulta perjudicial para la Administración Pública, desde el punto de vista del principio de competencia, habida cuenta que esta práctica permitiría que las empresas que están participando en un concurso público se encuentren relacionadas de alguna manera.

Los legisladores debemos tener presente que uno de los roles que los gobiernos adoptan al participar en los mercados es el de compradores de bienes y servicios de proveedores privados. En tal calidad, los gobiernos son uno de los más grandes actores presentes en los mercados. De acuerdo con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD), las contrataciones de bienes y servicios representan siempre un alto porcentaje del Producto Interno Bruto (PIB) de una nación. En el caso de Costa Rica, según datos de la Contraloría, para el año 2014, solamente los 18 ministerios que conforman el

Gobierno Central, cuentan con un presupuesto de aproximadamente 342 mil millones de colones para la contratación de servicios y la compra de materiales, suministros y bienes duraderos.

Ahora bien, los gobiernos ejercen su rol de compradores principalmente para dar cumplimiento a sus propias funciones. Dado su vasto poder de compra, el Gobierno tiene una posición inmejorable para fomentar la competencia entre oferentes. Mas aún, eventualmente puede influir en los mercados, fomentando la introducción de nuevas tecnologías o aumentar el rango de productos ofrecidos.

La competencia vigorosa entre los oferentes que proveen bienes y servicios a los gobiernos, permite a estos obtener más y mejores recursos a un precio más bajo. Esto contribuye, a su vez, a liberar recursos públicos, los cuales pueden así ser destinados a otros fines alternativos y beneficiar de este modo a los administrados en general.

Lamentablemente, debido a que las compras públicas representan un alto porcentaje del PIB de un país, existe un incentivo de algunas empresas a coordinarse de manera anticompetitiva para burlar los beneficios de la competencia, o bien para convencer a la Administración de introducir restricciones en los carteles que socaven injustificadamente la competencia y libre concurrencia.

El problema se acrecienta porque la normativa que rige las compras de la Administración no tiene regulaciones específicas para evitar la situación supra anotada. La Ley de Contratación Administrativa (en adelante LCA), N.º 7494 de 2 de mayo de 1995 y sus reformas, que rige a partir de mayo de 1996, y su Reglamento, el Decreto Ejecutivo N.º 33411-H, publicado en La Gaceta N.º 210 de 2 de noviembre de 2006 (en adelante RLCA), son las normas que rigen la actividad de contratación desplegada por los órganos del Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República, la Defensoría de los Habitantes, el sector descentralizado territorial e institucional, los entes públicos no estatales y las empresas públicas.

Sobre el particular, la LCA establece el principio de competencia en el artículo 5, el cual, en lo que interesa, señala:

“ARTICULO 5.- Principio de igualdad y libre competencia.

En los procedimientos de contratación administrativa, se respetará la igualdad de participación de todos los oferentes potenciales. Los reglamentos de esta Ley o las disposiciones que rijan los procedimientos específicos de cada contratación, no podrán incluir ninguna regulación que impida la libre competencia entre los oferentes potenciales.

(...)”

Cabe destacar que el derecho de competencia y libre concurrencia constituyen el desarrollo del artículo 46 constitucional que establece: “*Son prohibidos los monopolios de carácter particular y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria. Es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora. (...)*”

Otros principios que igualmente rigen la contratación de bienes y servicios por parte de la Administración se encuentran desarrollados en el artículo 2 del ya citado Decreto Ejecutivo N.º 33411-H:

“Artículo 2º—Principios. La actividad contractual se regirá, entre otros, por los siguientes principios:

- a) Eficiencia. Todo procedimiento debe tender a la selección de la oferta más conveniente para el interés público e institucional, a partir de un correcto uso de los recursos públicos. En las distintas actuaciones prevalecerá el contenido sobre la forma.*
- b) Eficacia. La contratación administrativa estará orientada al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la entidad, en procura de una sana administración.*
- c) Publicidad. Los procedimientos de contratación se darán a conocer por los medios correspondientes a su naturaleza. Se debe garantizar el libre y oportuno acceso al expediente, informes, resoluciones u otras actuaciones.*
- d) Libre competencia. Se debe garantizar la posibilidad de competencia entre los oferentes. No deben introducirse en el cartel restricciones técnicas, legales o económicas que injustificadamente limiten la participación de potenciales oferentes.*
- e) Igualdad. En un mismo concurso los participantes deben ser tratados y examinados bajo reglas similares.*
- f) Buena fe. Las actuaciones desplegadas por la entidad contratante y por los participantes se entenderán en todo momento de buena fe, admitiendo prueba en contrario.*
- g) Intangibilidad patrimonial. Las partes están obligadas a mantener el equilibrio financiero del contrato”.*

Debe agregarse que para los efectos de la licitación abreviada y de la contratación directa de escasa cuantía en cada proveeduría institucional se debe llevar un registro de los proveedores interesados en contratar con la Administración. Para tales efectos, esta debe invitar, por lo menos una vez al año, mediante publicación en La Gaceta, a formar parte del registro de proveedores. No obstante, en cualquier momento los proveedores interesados pueden solicitar que se les incorpore al registro. Según establece la normativa vigente, en el caso del Poder Ejecutivo, sus entes y órganos deben utilizar el registro central a cargo

de la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa. En las entidades descentralizadas que posean régimen desconcentrado de compras, debe hacerse uso del registro del nivel central, salvo que la Junta Directiva autorice la creación de registros desconcentrados, para lo cual debe emitir los lineamientos respectivos.

Según lo establece el RLCA en el artículo 117, que se refiere a la información del Registro de Proveedores, estos deben acreditar, entre otros, los siguientes aspectos: nombre; razón o denominación social; cédula física o jurídica según corresponda; número de teléfono; número de fax; dirección física y dirección electrónica; apartado postal; representantes; propiedad de acciones; medio para recibir notificaciones; fecha de inscripción; estado del proveedor; país de origen; condición PYME si la tiene, entre otros. Además, debe contener una descripción detallada de los bienes o servicios que ofrece cada proveedor. El interesado tiene que demostrar la afinidad de su giro comercial con el bien o servicio que pretende ofrecer, a través de contrataciones que haya celebrado, ya sea con el sector público o con el sector privado.

Aunado a lo anterior, conforme al artículo 121 del RLCA el Registro de Proveedores se utiliza para cursar invitación a participar en los procedimientos de contratación de licitación abreviada y contratación directa cuando corresponda. Para garantizar la transparencia en el manejo del citado Registro, la Administración está obligada a permitir a cualquier interesado el constante acceso a la información, preferiblemente por los medios electrónicos. La Administración debe dictar las medidas para garantizar una adecuada rotación de los potenciales oferentes en el Registro de Proveedores, que permita la participación de los proveedores inscritos y el acceso de la Administración a las mejores ofertas. Para ello, tiene que tomar en cuenta aspectos tales como el orden cronológico conforme haya sido inscrito; la recurrencia de la compra; evaluación de la ejecución contractual; cantidad de oferentes registrados para el bien o servicio; y la proyección de consumo para el resto del período presupuestario, entre otros.

Las reglas de rotación definidas por la Administración, deben ser incorporadas a la reglamentación interna de los procedimientos de contratación administrativa y estar disponibles al público para su conocimiento. La Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda debe dictar la normativa técnica que debe considerar la Administración para la elaboración del esquema de rotación referido en este artículo.

De lo señalado hasta ahora, resulta claro que la normativa está diseñada para hacer más eficientes las compras del Gobierno a través de procesos más expeditos y a su vez promover la participación del mayor número de empresas a fin de obtener mayores opciones para seleccionar la que mejor satisfaga el interés que se pretende cumplir. El problema que se da, y que origina la presentación del presente proyecto de ley, es que resulta frecuente que varias de las empresas que aparecen en los registros de proveedores, aunque cuenten con denominaciones

distintas sean finalmente la misma empresa o pertenezcan a un mismo grupo económico de otras empresas que también están en ese registro de proveedores para una misma partida.

Los incentivos que tienen las empresas para recurrir a estos actos resultan claros cuando se analizan los procesos de contratación. Un mayor número de sociedades inscritas en un mismo registro para una partida, obviamente le da mayores probabilidades de ser invitado en todos los procesos que se realicen, incluso le da la oportunidad de que sociedades pertenecientes a la misma empresa sean las únicas invitadas.

Es admisible como argumento para rebatir lo antes expuesto el hecho de que todos los procesos de contratación son públicos y que pueden participar proveedores no invitados; empero, lo cierto es que para un gran número de empresas es prácticamente imposible darle seguimiento a todos los procesos de compra por razones de plazo para aportar la oferta (sobre todo en compras directas) y de recurso humano.

No debe olvidarse que los procedimientos de contratación son realizados por las proveedurías de las distintas instituciones públicas, lo que significa más de 70 órganos demandantes de bienes y servicios, solo en el Gobierno Central -esto sin incluir los Poderes Legislativo y Judicial, ni las instituciones autónomas y municipalidades-. Lo que justificaría además que las empresas sean selectivas a la hora de revisar las adquisiciones de aquellas con volúmenes de compras más atractivos y que ofrezcan mayores posibilidades de adjudicación.

Como legisladores estamos conscientes que desde el punto de vista de competencia, la realización de varias ofertas por parte de empresas vinculadas, o con socios comunes, que claramente no sean independientes, no debe ser permitida para los fines de la contratación pública. Si la finalidad de todo empresario que concurre a la licitación de un contrato público es la de ser el adjudicatario de ese contrato y este ha de adjudicarse a la proposición económicamente más ventajosa, no es posible que ese empresario pueda presentar al mismo tiempo dos o más ofertas más ventajosas o más económicas, por la sencilla razón de que el licitador no puede licitar contra sí mismo y, por otro lado, el principio de igualdad tiende a garantizar que los diferentes empresarios que puedan estar interesados en una contratación ostenten las mismas oportunidades, lo que supone que si un licitador puede presentar más de una oferta, este hecho le podría colocar en una situación de ventaja en relación con el resto de empresarios que concurren a la contratación y supone una manipulación del procedimiento y de la adjudicación en cuanto a la selección de la oferta más ventajosa.

Obviamente, una relación de vinculación o socios comunes entre empresas puede influir en el contenido de sus ofertas presentadas por separado, aspecto el cual preocupa a los infra suscriptores del presente proyecto de ley.

En el Derecho comparado, esta situación ha sido solventada de varias maneras. Así, por ejemplo, en España, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre de 2011, aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y establece en el artículo 145 la prohibición para que un licitador pueda presentar más de una proposición al indicar:

“Artículo 145. Proposiciones de los interesados

(...)

3. Cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 147 sobre admisibilidad de variantes o mejoras y en el artículo 148 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica. Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas.

4. En los contratos de concesión de obra pública, la presentación de proposiciones diferentes por empresas vinculadas supondrá la exclusión del procedimiento de adjudicación, a todos los efectos, de las ofertas formuladas. No obstante, si sobreviniera la vinculación antes de que concluya el plazo de presentación de ofertas, o del plazo de presentación de candidaturas en el procedimiento restringido, podrá subsistir la oferta que determinen de común acuerdo las citadas empresas.

(...)”

Otro ejemplo es el de Perú, que en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N.º 084-2004-PCM, establece lo siguiente:

“Artículo 7.3.- Socios comunes o vinculación económica

Cuando dos o más proveedores tengan socios comunes o exista vinculación económica entre ellos en la que sus acciones, participaciones o aportes sean superiores al cinco por ciento (5%) del capital social en cada una de ellos, adjunto a la solicitud de inscripción, renovación, ampliación de especialidad, aumento de capacidad máxima de contratación, cambio de razón o denominación social (incluye transformación de forma societaria), según corresponda, que formulen ante el Registro Nacional de Proveedores (RNP), deberán presentar una declaración jurada firmada por la persona natural o el representante legal de la persona jurídica, según sea el caso, precisando que cuando participen en un mismo proceso de selección, solo lo harán en consorcio y no independientemente. No será obligatoria la presentación de dicha

declaración jurada, si los demás proveedores no cuentan con inscripción vigente en el RNP.

Entiéndase como vinculación económica aquella relación entre dos o más personas naturales o jurídicas, que conlleve a un comportamiento concertado para fines empresariales”.

Un ejemplo más lo constituye la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE), foro en el que los gobiernos trabajan conjuntamente para compartir experiencias y buscar soluciones a los problemas comunes de los países. Este organismo sugiere en uno de sus muchos instrumentos, específicamente en el llamado “Recomendaciones del Consejo para el combate de las Licitaciones Colusorias en las Compras Públicas”¹:

“6. Exigir que todos los oferentes aporten una Certificación de Determinación Independiente de Oferta o certificación equivalente de que la oferta presentada es original, no colusoria, y hecha con la intención de aceptar el contrato en caso de adjudicación.

*7. Incluir en la invitación a licitar una advertencia sobre las sanciones que existen en la jurisdicción en particular para quienes manipulen las licitaciones, por ejemplo, multas, penas de cárcel y otras sanciones en el marco del derecho de la competencia, la suspensión de la participación en licitaciones públicas durante un determinado período de tiempo, sanciones por la firma por presentar un certificado falso sobre la independencia de la oferta, y la responsabilidad por daños y perjuicios a la agencia contratante. Las sanciones deben garantizar una disuasión suficiente, teniendo en cuenta la política de clemencia del país, si corresponde”.*²

De esta forma, no es extraño que a nivel internacional se haya instaurado el uso de estos certificados de ofertas independientes, que son declaraciones firmadas por los participantes en los que indican que no se han acordado precios con otros oferentes, que no se han compartido sus precios y que no han intentado convencer a otros proveedores para realizar un acuerdo de colusión. Los certificados de propuestas independientes son usados entre otros países en

¹ Traducción libre de su nombre en inglés: “Recommendation of the Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement”.

² Traducción libre de:

“6. Require all bidders to sign a Certificate of Independent Bid Determination or equivalent attestation that the bid submitted is genuine, non-collusive, and made with the intention to accept the contract if awarded.

7. Include in the invitation to tender a warning regarding the sanctions for bid rigging that exist in the particular jurisdiction, for example fines, prison terms and other penalties under the competition law, suspension from participating in public tenders for a certain period of time, sanctions for signing an untruthful Certificate of Independent Bid Determination, and liability for damages to the procuring agency. Sanctions should ensure sufficient deterrence, taking into account the country’s leniency policy, if applicable.

Canadá, Reino Unido, Estados Unidos, Chile y Sudáfrica, ya que forman parte de los lineamientos y buenas prácticas impulsadas por la OCDE.

Con base en todo lo anteriormente señalado, los infra suscritos diputados creemos necesario establecer la obligación legal de los proveedores de presentar dichos certificados, con lo cual se reduciría la posibilidad de actos de colusión por dos razones fundamentales:

- a) Se informa a los proveedores que los acuerdos colusorios representan un delito y también envían la señal de que las autoridades encargadas de las compras están al pendiente de este riesgo;
- b) En caso de que se descubra un acto de colusión, hace posible comprobar que los responsables estaban al tanto de que cometían un delito. Esto incrementa la probabilidad de imponer penas derivadas de los actos de colusión porque en caso de ser descubiertos, los proveedores incriminados pueden ser acusados de haber mentido en una declaración oficial.

Por las razones anteriores, y con el propósito de evitar actos de colusión en materia de contratación administrativa, se presenta a la consideración de las señoras y señores diputados, el presente proyecto de ley, con el fin de implementar la obligación a todos los oferentes de realizar una certificación de determinación independiente de ofertas, de manera que se reduzca la posibilidad de actos de colusión.

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA
DECRETA:

**LEY DE REFORMA A LA LEY DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA,
N.º 7494 DE 2 DE MAYO DE 1995 Y SUS REFORMAS**

ARTÍCULO ÚNICO.- Adiciónese a la Ley de Contratación Administrativa, N.º 7494 de 2 de mayo de 1995 y sus reformas, un artículo 21 bis, cuyo texto dirá:

“Artículo 21 bis.- Presentación de certificado de presentación independiente de oferta

Todos los oferentes deberán aportar una certificación de determinación independiente de oferta o certificación equivalente de que la oferta presentada es original y no colusoria, la cual contendrá, al menos, uno de estos aspectos:

- a)** Que el oferente la ha determinado de manera independiente, y sin consultar, comunicar, acordar con ningún otro competidor; o
- b)** Que el oferente ha hecho consultas, comunicados o acuerdos con uno o más competidores en relación a la licitación en que participa, presentando en los documentos que aporte detalles completos, incluyendo los nombres de los competidores y la naturaleza y las razones para tales consultas, comunicaciones y acuerdos.

En el Reglamento de la presente ley se establecerán los demás contenidos y alcances de dicha certificación.”

Rige a partir de su publicación.

Juan Luis Jiménez Succar

Antonio Álvarez Desanti

Carlos Manuel Arguedas Ramírez

Ottón Solís Fallas

Otto Guevara Guth

Marvin Atencio Delgado

DIPUTADOS

4 de setiembre de 2014

NOTA: Este proyecto pasó a estudio de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos.