

Mario Linares Jara

Procedimientos y modalidades de selección de contratistas

Una perspectiva a la subasta inversa, convenios marco, centrales de compra y otros mecanismos de contratación

SUMARIO

1. Introducción. 2. Sistemas de contratación estatal: de libre elección y restrictivo. 3. Procedimientos de selección de contratistas. 4. Modalidades de aplicación de los procedimientos de selección.

RESUMEN

En el presente artículo, el autor nos muestra el panorama de los sistemas de contratación del Estado, así como de los procedimientos y modalidades de selección de contratistas vigentes en nuestro ordenamiento, y analiza críticamente las deficiencias de los mecanismos existentes, a la luz de los principales modelos internacionales de contratación pública.

1. Introducción

Se me ha solicitado escribir sobre la subasta inversa, sin embargo creo que es necesario presentar este tipo de procedimiento de selección de forma conjunta con sus pares y con las modalidades de aplicación que existen, no sin antes abordar cuestiones básicas como los sistemas de contratación del Estado y la naturaleza de los procedimientos de selección de contratistas.

Por las razones que anteceden y debido también a que nuestra normativa es limitada y errada conceptualmente en algunos aspectos, tomamos como fuente principal de este trabajo a la Ley Modelo de Contratación Pública de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), –en cuanto a sus modificaciones posibles, esto es la Directiva Comunitaria europea 2004/18/UE–, y en menor medida, las normativas de Colombia, Brasil, México y Chile.

2. Sistemas de contratación estatal: de libre elección y restrictivo

La formación de los contratos estatales se configura a través de la ejecución de un procedimiento interno por el que la administración decide contratar, teniendo en consideración aspectos legales, técnicos y económicos, entre estos, el tipo de procedimiento selectivo a utilizar y las condiciones específicas del contrato. Una vez establecidas estas pautas, deben darse a conocer junto con la decisión de implantar un vínculo contractual, este se logra a través de la publicación de la convocatoria y orientando luego a los interesados en cuanto a su propósito y a las condiciones fijadas con el objetivo de que formulen sus ofertas.

Para seleccionar al contratista o cocontratante estatal, la doctrina expone dos sistemas antagónicos, el primero consiste en la libre elección del

particular sin procedimiento alguno, limitado solo por el recto criterio del funcionario responsable quien deberá actuar discrecionalmente basándose en razones de oportunidad, adecuadas al fin que se pretende conseguir, esto es, una adquisición que satisfaga eficientemente las necesidades de la administración.

El segundo sistema consiste, en que el Estado deberá elegir a su cocontratante mediante la aplicación de un procedimiento especial, demandando la participación de ofertantes de forma amplia como regla o restringida como excepción, compitiendo en ambos casos entre sí de acuerdo con las condiciones preestablecidas.

Existió décadas atrás, no una discusión doctrinaria respecto a qué sistema constituye la excepción y cuál la regla, sino, la advertencia unánime de que a pesar de la utilización generalizada del sistema de restricción dada su positivización, ello constituía la excepción; siendo la regla el sistema de libre elección⁽¹⁾. En dicha inútil discusión incluso se dieron las ventajas comparativas por parte de la libre elección justificando aquel sistema; mas como ello no es satisfactorio plenamente, los tratadistas se refirieron a la inexistencia de una norma general que prohíba la libre elección infiriéndose por tanto que el fundamento real reposa en la libertad de contratación limitada por la «discrecionalidad administrativa».

Desde nuestro punto de vista, la libertad de contratación no se constituye en razón que justifique el sistema discrecional de libre elección como regla, dicho principio tiene que ceder al de orden general, de resguardo del interés público, que por razones evidentes se cumple de mejor modo en el sistema de restricción, por lo que este debe ser la regla.

Cretella utiliza como ejemplo de «prerrogativa negativa», de la administración pública o sujeción de esta, la obligación de seleccionar proveedores o funcionarios mediando concurso⁽²⁾. Esta sujeción, sustentada en

(1) JEZE, Gastón, *Principios Generales de Derecho administrativo*, traducción de la 3ª edición francesa [1934], Depalma, Buenos Aires, 1990, T. IV, p. 76; ESCOLA, Héctor Jorge, *Compendio de Derecho administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1984, T. II, p. 690; DROMI, Roberto, *Manual de Derecho administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 251; LUCERO ESPINOZA, Manuel, *La licitación pública*, Porrúa, México, 1993, p. 26.

razones de interés público y positivizada en las leyes y reglamentos en desmedro de la discrecional libre elección, constituye la regla en contratación pública, pudiendo concluirse que si el Estado debe contratar, este deberá ejecutar un procedimiento selectivo que asegure mediante la participación de los particulares interesados en abierta competencia, no solo eficiencia y economía, protegiendo los recursos estatales, sino un efectivo control. Nos hallamos ante un principio de derecho administrativo.

En el Perú, no hay lugar para discusión, la Constitución de 1993 en su artículo 76º ordena que el Estado contrate previo desarrollo de los procedimientos selectivos de licitación y concurso público.

3. Procedimientos de selección de contratistas

El término licitación entendido de forma genérica, alude a todos los procedimientos de selección de contratistas⁽²⁾. Se debe afirmar al igual que la doctrina, que se trata de procedimientos administrativos de carácter especial y no de procesos de contratación que tienen un significado más amplio.

En resumen, a los procedimientos administrativos especiales de selección de contratistas, le son aplicables las normas del procedimiento administrativo general, en lo que no se oponga a la normativa especial de contratación pública. Es un error por ello referirnos a los procedimientos de selección como procesos de contratación, ya que estos abarcan todo un *iter* más amplio que comprende, entre otros, la definición de necesidades; el planeamiento respectivo; la evaluación de existencia de los recursos con los que se van a asumir los contratos requeridos; la designación del órgano evaluador y adjudicador del contrato; la elaboración de las especificaciones técnicas; los valores de referencia; el pliego de condiciones o bases; los factores o criterios de exclusión, de selección y adjudicación del contrato; la convocatoria y luego el procedimiento de selección de los contratistas.

(2) CRETILLA, Junior, «Los principios fundamentales del Derecho Administrativo», en *Revista de Derecho Administrativo*, Año 2, N° 5, Buenos Aires, 1990, pp. 449-450.

(3) DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Editorial Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1965, T. II, p. 86.

Dentro de los procedimientos de selección, pueden citarse múltiples denominaciones de acuerdo a cada ordenamiento jurídico nacional y dependiendo del alcance de la convocatoria, sin embargo existe una tendencia hacia la unificación de criterios debido a la antes citada Ley Modelo de Contratación Pública de la CNUDMI, la cual a su vez ha sido influenciada por la Directiva Comunitaria europea 2004/18/UE en lo que se refiere a la implementación de la subasta inversa electrónica, los convenios marco y al uso de la informática en general.

Por las consideraciones que se exponen, en el presente trabajo se desarrolla una clasificación homogénea, de corte didáctico e ideal⁽⁴⁾, que tenga como norte facilitar el entendimiento de los distintos procedimientos de selección de contratistas y de sus modalidades de aplicación. Las denominaciones son: licitación pública o procedimiento abierto, licitación privada o procedimiento restringido, negociación competitiva, procedimientos negociados y subasta inversa. En cuanto a las modalidades de aplicación debe considerarse a los acuerdos marco previos a la selección final del contratista, los sistemas dinámicos de contratación o licitaciones electrónicas y la modalidad corporativa o centrales de compra. A continuación desarrollamos los procedimientos de selección según la complejidad del objeto contractual.

(4) Desde el texto de la primigenia Ley N° 26850 y su reglamento hasta la fecha de edición, la normativa peruana ha sido deficiente en cuanto a sus denominaciones. Desde el nombre de la ley, rotulada como de contrataciones y adquisiciones del Estado, como si se tratase de dos cosas distintas, hasta las denominaciones de los procedimientos de selección de contratistas. Debido a la nomenclatura tomada por la Constitución, la que dispone que los contratos del Estado se celebrarán mediante licitaciones públicas y concursos públicos, se recoge innecesariamente ambas denominaciones, una para las obras y bienes y la otra para servicios y consultorías, ambas para el máximo nivel de gasto o inversión. Sin embargo, en un segundo nivel descendente de gasto de inversión se omite ya la nomenclatura constitucional y se establece como procedimientos para todos los contratos, las denominaciones contradictorias y por demás inconvenientes de adjudicación directa pública y adjudicación directa selectiva. Es evidente que las adjudicaciones directas si son tal cosa no pueden ser de convocatoria pública y si se demanda que sean selectivas deben ser entonces dinámicas y no rígidas. Finalmente, a lo que debería denominársele adjudicación directa se le denomina adjudicación de menor cuantía, que viene a ser una causal de la adjudicación directa. Respecto al concurso público, dicha denominación pudo haber quedado reservada para la selección de plazas en la administración pública.

3.1. Criterios de exclusión, de selección y de adjudicación del contrato

Cabe en este punto explicar lo relacionado a los criterios o factores de evaluación, materia en la cual nuestra normativa toma distancia de la mayoría de normativas nacionales de selección de contratistas.

En efecto, en nuestra normativa se distingue entre especificaciones técnicas o requisitos técnicos mínimos y factores de evaluación, constituyendo el primer caso, requisitos de admisibilidad de la propuesta técnica, y el segundo, elementos que apuntan a la elección de *«una mejor propuesta y con ello una mejor prestación a favor de la entidad, pues la finalidad de los factores de evaluación es justamente determinar cuál de todas las propuestas presentadas es la que resulta más ventajosa para satisfacer la necesidad de la entidad»*⁽⁵⁾. Dentro de estos factores de evaluación se encuentran unos enunciados en la normativa para su adecuación de parte de la entidad licitante y otros de forma reglada, específicamente los relativos a la experiencia.

Es regla general que todos los factores se apliquen mediante fórmulas objetivas de otorgamiento de puntaje, incluso en los erróneamente llamados «concursos oferta» –que en buena cuenta vienen a ser procedimientos de selección de «proyecto y obra»– en donde sería muy útil la existencia de factores con márgenes de apreciación, dado que es la única manera de evaluar eficientemente los puntos relacionados a los planes de trabajo, aportes adicionales a los términos de referencia, soluciones técnicas de diseño o equipamiento, etc⁽⁶⁾.

El sistema expuesto se aleja de la doctrina en la medida que el acto de adjudicación del contrato se considera discrecional, tomándose así porque la elección del contratista no es rígida. En el régimen comunitario europeo, de innegable influencia en Latinoamérica, se consideran tres clases de criterios para los procedimientos de selección, siendo los primeros los criterios de exclusión, en donde se enumeran los supuestos por los cuales

(5) Pronunciamiento N° 227-2007/DOP (Consucode), p. 3.

(6) Utilizando factores tasados en los concursos ofertas en el entendido que la objetividad se identifica con ausencia de márgenes de apreciación comparativa, se viene privando a la administración de innovación, de soluciones adecuadas para satisfacer necesidades distintas en cada caso.

las empresas no pueden participar en el procedimiento (quiebra, liquidación, intervención judicial, condena por delito, incumplimiento grave de obligaciones contractuales con el Estado, incumplimiento de obligaciones tributarias y de seguridad social, etc.), siendo lo que entre nosotros constituye el régimen de inhabilidades para contratar.

Los criterios restantes son los de selección y de adjudicación del contrato, consistiendo los primeros en requisitos para definir a los postores capaces de ejecutar el contrato (presencia geográfica en caso de servicios en varias localidades, indicadores económicos y financieros, balances o extractos de los mismos, certificados bancarios, declaraciones relativas al volumen del negocio correspondiente al objeto contractual licitado, certificaciones ISO, documentos relativos a responsabilidad social o de desarrollo sostenido, declaración y/o descripción detallada de la infraestructura y recursos disponibles para la ejecución del contrato, anteriores contratos ejecutados, medidas a adoptarse para que el contrato se ejecute eficazmente y sin interrupciones, currículums de los recursos humanos, etc.). En cuanto a los criterios de adjudicación estos son los relativos a la calidad, el precio, valor técnico, características estéticas y funcionales, características medioambientales, coste de funcionamiento, rentabilidad, servicio posventa y asistencia técnica, fecha de entrega o plazo de ejecución, debiendo precisarse la ponderación relativa a cada criterio.

Como es de verse no existen factores de evaluación (entiéndase de adjudicación del contrato) con fórmulas rígidas que, por citar un ejemplo, señalen que si el postor cumple determinada condición entonces le corresponde un puntaje, y si no lo cumple, entonces no le corresponde puntuación alguna; o que, en otro caso, si cumple con un número de contratos que equivalgan a un porcentaje del valor referencial, entonces se le otorga un determinado puntaje.

Expuesto lo anterior cabe preguntarse si nuestra normativa es acertada al no establecer un margen de apreciación al órgano adjudicador –y por tanto, reduce el riesgo de arbitrariedad y corrupción– o si, por otra parte, esto resulta un lastre que limita una completa apreciación de la oferta técnica.

La respuesta debe tener como punto de partida el objeto contractual. Dependiendo de su complejidad o simplicidad convendrá la utilización

del sistema de la oferta más conveniente con la implementación de algunos criterios de adjudicación con un margen de apreciación, o la utilización de factores tasados. Inclusive existe una tercera opción, que sería considerar solo el precio.

3.2. Clases de procedimientos de selección de contratistas

a) Diálogo competitivo

Dada la complejidad excepcional de determinados contratos (en lo técnico, financiero y jurídico) y atendiendo a las limitaciones de la administración en cuanto a innovaciones tecnológicas, puede convocarse un diálogo por separado entre las más capacitadas empresas y la entidad licitante a fin de que se aporten soluciones de acuerdo a la experiencia y tecnología de cada empresa, lográndose con ello una única solución técnica apropiada que se trasladará a las empresas dialogantes con el fin de que presenten sus ofertas técnicas y económicas finales. El procedimiento puede desarrollarse en etapas sucesivas a fin de reducir el número de soluciones a examinarse.

Puesto que se trata de un procedimiento de selección restringido, es recomendable que su aprobación deba realizarse previo informe legal y técnico. Es obvio que en este tipo de procedimiento debe optarse por la utilización de factores de selección con márgenes de apreciación.

b) Licitación privada o procedimiento restringido

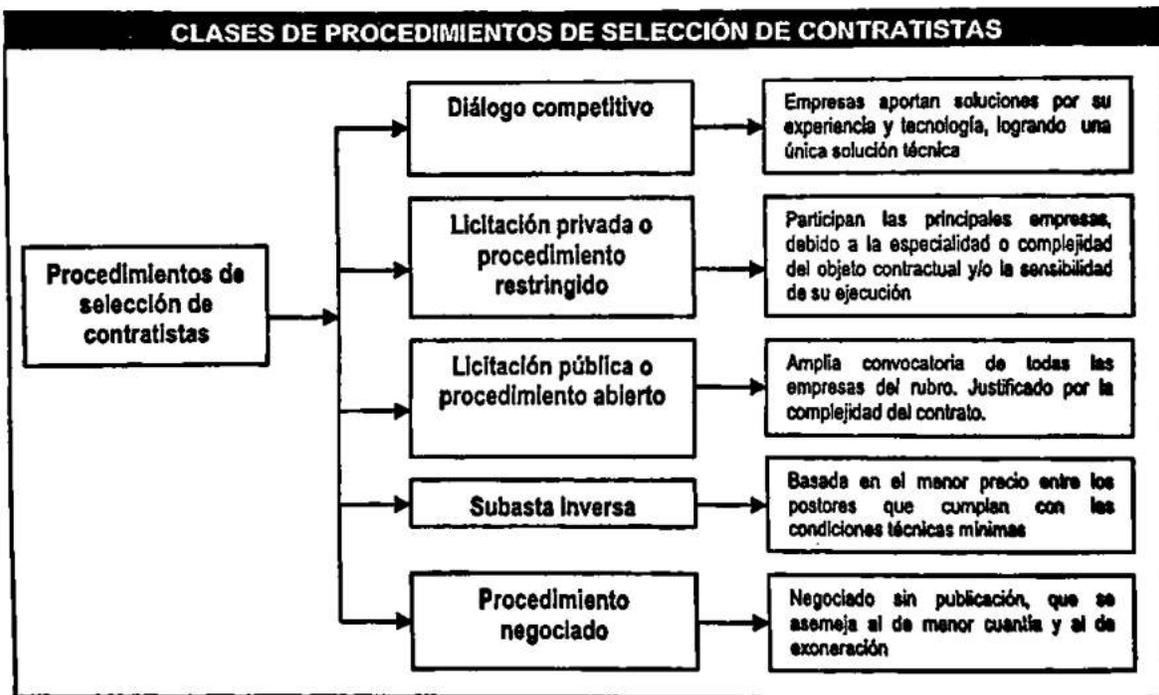
Se diferencia de la licitación pública por restringirse la convocatoria a las principales empresas del mercado en función a la especialidad o complejidad del objeto contractual y/o la sensibilidad del contrato en cuanto a su pulcra y celeridad ejecución. En buena cuenta se pretende disminuir al máximo los riesgos de una deficiente o retardada ejecución de obras, bienes o servicios que no pueden ser postergados ni dilatados en virtud de plazos perentorios o condiciones sociales especiales de sus beneficiarios directos (por ejemplo una obra para la prevención de fenómenos climáticos o una infraestructura para la celebración de un evento internacional).

Se encuentra justificada la prohibición de la participación de empresas sin experiencia, o de pequeñas empresas consorciadas entre sí o con una

empresa de envergadura. Al igual que en el caso anterior, los factores de evaluación deben ser con un margen de apreciación.

Con esta modalidad, que debe estar justificada técnica y legalmente, se evitaría la huída de la administración pública de la normativa nacional a los regímenes del UNOPS y de otros entes internacionales.

La licitación privada o restringida podría equipararse erradamente con nuestra adjudicación directa selectiva, sin embargo debe considerarse que la limitación de participantes (únicamente solo 3 y con invitación) está dada en atención a un nivel inferior medio de gasto o inversión (solo superada hacia abajo por el procedimiento de menor cuantía) y no a las consideraciones expuestas de especialidad y/o sensibilidad del objeto contractual.



c) Licitación pública o procedimiento abierto

Consiste en una amplia convocatoria, justificada porque en atención a la complejidad del contrato es permisible la participación de todas las empresas del rubro. Podrían utilizarse factores con fórmulas tasadas o cerradas para establecer la oferta más conveniente, dependiendo del objeto

contractual. En el caso de los procedimientos de proyecto y obra, como ya se indicó, los factores forzosamente deberán contener un margen de apreciación pues se trata de evaluar consideraciones imposibles de medir mediante factores tasados. Actualmente nuestra normativa posee el sistema expuesto a través de los procedimientos de licitaciones y concursos públicos, obedeciendo la diferenciación entre ambos solo al tipo contractual (licitación para obras y bienes, y concursos para servicios y consultorías).

d) Subasta inversa

Antes de la emisión de la normativa comunitaria que señalaba las pautas para la utilización de la subasta inversa, el ordenamiento español recogía el elemento básico inmerso en esta mediante el procedimiento denominado subasta, a secas, que consiste en una competencia basada en el menor precio que se dé entre los postores que cumplan con las condiciones técnicas mínimas exigidas, no previéndose en los pliegos de condiciones factores que midan la calidad de lo ofertado.

Sobre la subasta inversa, debe decirse primero que debido a las garantías de seguridad requeridas para su funcionamiento, sus principales referentes, esto es, la Directiva 2004/18/CE del departamento europeo y del consejo del 31 de marzo de 2004 sobre «Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos Públicos de Obras, de Suministros y de Servicios»⁽⁷⁾ y los textos tentativos modificatorios de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la contratación pública de bienes, obras y servicios a cargo del grupo de trabajo de contratación pública, además de las notas elaboradas por la secretaría de la CNUDMI⁽⁸⁾; abordan solo la opción electrónica, excluyendo la presencial.

(7) Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, grupo de trabajo I (contratación pública), «Revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la contratación de bienes, obras y servicios: textos normativos propuestos para regular el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública», Nota de la Secretaría, p. 3.

(8) Si bien la subasta inversa no figura todavía dentro de las modalidades a utilizarse dentro de la Ley Modelo de Contratación Pública de la CNUDMI, existe un grupo de trabajo encargado de elaborar el documento respectivo para su inclusión. En julio

Dicho lo anterior, cabe indicar que en líneas generales el procedimiento consiste en que la concurrencia en oposición de parte de los postores se centra muy predominantemente en una competencia hacia la baja respecto al precio⁽⁹⁾. Si bien es factible la participación en las pujas de todos los postores, puede optarse también por la clasificación solo de un número determinado de las empresas que posean los mejores precios, quienes deberán lanzar sus ofertas sucesivamente, con intervalos señalados con anterioridad por el organismo licitante, hasta que una de las ofertas no pueda ser mejorada y quede firme. Es importante que se establezca como requisito de validez del procedimiento y por consiguiente del posterior acto de adjudicación, que se haya verificado una plural y efectiva competencia, de tal modo que si se advierte lo contrario o una participación mínima de postores, la entidad licitante pueda declarar desierto o nulo el procedimiento, según corresponda.

Existe el consenso de que la modalidad de subasta inversa es solo aplicable a bienes y servicios cuyas características sean sencillas. Así pues, el citado instrumento jurídico comunitario europeo en su considerando número catorce refiere como contratos a los que es posible aplicarse la modalidad, a aquellos en donde las especificaciones técnicas pueden establecerse de manera precisa y en donde sea posible una evaluación automática que implique una valoración de los elementos cuantificables que puedan expresarse en cifras o porcentajes.

Por otro lado, en el citado documento de la CNUDMI, se indica que la subasta inversa *«tiene primordialmente por finalidad atender las reiteradas necesi-*

de 2007 la Secretaría de la Comisión, a solicitud del grupo encargado, ha elaborado una nota o documento en donde se revisan los textos normativos propuestos en los periodos de sesiones, del 6º al 11º.

- (9) Si bien es cierto que de acuerdo a la directiva comunitaria citada y a las notas y textos de las posibles enmiendas a la Ley Modelo de la CNUDMI, (todavía a la fecha no se tiene una determinación definitiva) es posible no solo utilizar el precio como factor de selección sino que es factible utilizar criterios que puedan cuantificarse y expresarse en unidades monetarias, cifras o porcentajes, la experiencia señala que en el común de las subastas inversas lo que predomina es el precio, cosa que es además aconsejable virtud de que esta modalidad de selección debe implementarse gradualmente atendiendo a la particularidad de cada realidad económica nacional y local y a las experiencias que se obtengan.

dades de una entidad adjudicadora de bienes estandarizados, de tipo sencillo y generalmente disponibles»⁽¹⁰⁾.

Debe mencionarse que para facilidad de la administración pública es utilizable el mantenimiento de listas en las que se incluyan los bienes y servicios susceptibles de ser adquiridos mediante una subasta inversa. En dicho caso, se debe de cuidar además de la permanente actualización de las mismas, de acuerdo con los estudios que para tal fin se realicen, de que en el mercado exista un gran número de potenciales oferentes competitivos pues de lo contrario se presentaría una coyuntura en la que sea posible que las pocas empresas del rubro realicen concertaciones que ocasionen la desnaturalización del procedimiento. Si el mercado es pequeño o existen limitaciones de oferta por la alta demanda, baja producción, por estar cubierta las cuotas de importación o por cualquier otra causa, debe desestimarse el uso de la subasta inversa.

Por otra parte y siguiendo con el sistema de listas, si se opta por una entidad u organismo centralizado que se encargue de la elaboración de las especificaciones técnicas mínimas de los bienes y servicios susceptibles de ser adquiridos por subasta inversa, dicho organismo debe sustituir también a las entidades licitantes en la etapa de promoción de la participación activa y de control indirecto del uso de los recursos públicos de parte de los potenciales contratistas, esto implica, que deberá absolver consultas y observaciones que corrijan errores o, en su caso, conductas tendentes a dirigir indebidamente las características técnicas. Permitir de parte de los interesados, solo el uso de recomendaciones que tienen carácter inocuo, no corresponde a un esquema que brinde garantías de imparcialidad a los particulares en el marco de un Estado democrático. Las consultas y observaciones deben ser absueltas minuciosamente, con ayuda de expertos o peritos si fuera el caso. Deben, asimismo, ser claramente sustentadas.

La subasta inversa, siempre que se cumplan las condiciones necesarias para su utilización, es un instrumento que por ser automatizado implica la posibilidad de mayor transparencia y eficacia en el gasto público. Sin em-

(10) Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Grupo de trabajo I (contratación pública), cit., p. 7.

bargo, debe estarse atento también a sus posibles riesgos y efectos nocivos, entre los que se encuentran además de su empleo inadecuado en bienes y servicios que deben ser adquiridos ponderando la idoneidad del contratista y la calidad además del precio, la connivencia ilícita entre proveedores y la desconfianza de potenciales contratistas, quienes desistirán de participar en los procedimientos convocados, viéndose afectado con ello el principio de libre competencia, principio que resulta indispensable para el éxito del sistema. Sobre este punto, la secretaría del CNUDMI ha indicado:

«(...) la subasta electrónica inversa puede estimular una excesiva concentración en el precio, y su fácil funcionamiento puede dar lugar a una utilización excesiva y su empleo en situaciones inadecuadas. También puede producir efectos anticompetitivos a plazo mediano y largo. En particular, esa subasta es más vulnerable que otros procesos de contratación pública al comportamiento colusorio de los concursantes, sobre todo en el caso de procesos caracterizados por la participación de un pequeño número de concursantes, o de la presentación repetidas de ofertas en cuyo marco participe el mismo grupo de concursantes. Además en el contexto de una subasta electrónica puede ser mayor el riesgo de que los concursantes tengan acceso a información comercialmente sensible de los competidores»⁽¹¹⁾.

«Como consecuencia de ello —de la desconfianza— la entidad adjudicadora puede tener que hacer frente a costos de oportunidad debido al empleo de la subasta electrónica inversa (costos tales como los resultantes en los casos en los que proveedores y los contratistas abandonan el mercado público si se les exige que presenten ofertas en este tipo de subasta) y a precios más elevados que los que se habrían obtenido si se hubieran utilizado otros métodos de contratación pública)»⁽¹²⁾.

(11) Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Grupo de trabajo I (contratación pública), cit. pp. 6 y 7.

(12) Ibidem, p. 7.

En cuanto a los ordenamientos nacionales de países que prevén el uso de la subasta inversa, estos utilizan fórmulas similares a los referentes utilizados. Así pues, en Colombia, la Ley 1150 de 2007, que introduce modificaciones a la Ley 80 de 1993 –Estatuto de Contratación Pública–, señala como posibles de ser adquiridos mediante subasta inversa o convenios marco, a los *«bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades»*⁽¹³⁾.

En el caso de Brasil el Decreto 5450, del 31 de mayo de 2005, dispone que la adquisición de bienes y servicios comunes se adquirirán mediante la modalidad de «pregao»⁽¹⁴⁾ en forma electrónica (o subasta inversa electrónica), *«considerándose bienes y servicios comunes [a] aquellos cuyos patrones de desempeño o cualidades pueden ser objetivamente definidos por medio de especificaciones usuales del mercado»*⁽¹⁵⁾.

El reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado del Perú, dispone que por subasta inversa se adquirirán bienes y servicios comunes, considerándose dentro de los primeros a *«los commodities y aquellos que, habiendo sufrido procesos de transformación, han sido estandarizados dentro del mercado o como consecuencia de un proceso de homogenización llevado a cabo al interior de una o más entidades y respecto de las cuales solo cabe discutir su precio»*. En cuanto a los servicios comunes se consideran tales a aquellos cuyos *«patrones de calidad, desempeño y condiciones técnicas y/o legales pueden ser objetivamente definidos por medio de términos de referencia usuales en el mercado y respecto de los cuales solo cabe discutir su costo»*.

Como es de verse, la normativa peruana no solo alude a bienes y servicios sencillos, de uso común, sino que también señala la posibilidad de que la administración «homogenize» o estandarice los bienes. La terminología, más que inadecuada deviene en riesgosa en vista de que otorga la posibilidad de desviarse mediante las interpretaciones forzadas a fin de que en perjuicio de una elección guiada por el promedio entre la idoneidad técnica, la calidad y el precio, se utilice la subasta inversa, la cual se encuentra

(13) Ley 1150, 2007, República de Colombia, Título I, artículo 2º.

(14) Pregón.

(15) Decreto 5450, 2005, República del Brasil, artículos 1º y 2º.

diseñada solo si se verifican las condiciones básicas referidas a los bienes y servicios a adquirirse y al mercado. Al respecto, la nota de la secretaría de la CNUDMI refiere:

«Los tipos de contratación pública que comporten múltiples variables y en los que los factores cualitativos prevalezcan sobre las consideraciones de precio y cantidad no deberían ser normalmente objeto de una subasta electrónica inversa»⁽¹⁶⁾.

No existen márgenes de duda, en caso de presentarse situaciones límites, debe optarse por una licitación pública o por una licitación privada de acuerdo con las consideraciones antes expuestas.

e) Procedimiento negociado

El procedimiento negociado se encuentra bastante alejado de nuestra experiencia local en donde el trato con los postores está prohibido. Este procedimiento, que podría ser implantado en una etapa posterior a la de las modificaciones urgentes y puntuales en nuestra normativa, sería un negociado sin publicación, que se asemeja al de menor cuantía y al de exoneración; con la diferencia de que no procede la selección luego de la invitación a un único proveedor, sino que se establece que esta se realice luego de una celeré, racional y fundamentada negociación por separado, o con por lo menos tres proveedores.

La normativa comunitaria de referencia establece como causales para la utilización del procedimiento negociado sin publicación, además de las relativas a las exoneraciones, las de procedimiento desierto o fracasado, para el caso de entregas complementarias en los contratos de suministro y, también en el supuesto de adquisiciones especialmente ventajosas *«ya sea a síndicos o liquidadores tras una quiebra, un concordato judicial o un procedimiento de la misma naturaleza existente en las legislaciones o reglamentaciones naciona-*

(16) Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Grupo de trabajo I (contratación pública), cit., p. 8.

les»⁽¹⁷⁾. Asimismo, se establece como causales las prestaciones adicionales en los contratos de obras y de servicios.

El procedimiento negociado con publicación, en cambio, se encuentra referido a casos específicos excepcionales *«cuando se trate de contratos de obras, de suministros o de servicios que, por sus características o por los riesgos que entrañen no permitan fijar previa y globalmente los precios(...)»*, o *«(...) para prestaciones intelectuales como la elaboración del proyecto de una obra(...)»*⁽¹⁸⁾.

4. Modalidades de aplicación de los procedimientos de selección

Los procedimientos de selección de contratistas pueden aplicarse de forma conjunta, centralizada y/o utilizando medios electrónicos.

4.1. Acuerdos marco

El contrato de suministro muchas veces está marcado por la indeterminación de la demanda en cuanto a cantidad y periodicidad. De hecho se requieren prestaciones pero no se pueden establecer cifras ciertas; ahora, si a ello se le suma el hecho de que pueden tratarse fundamentalmente de bienes que por cuestiones de mercado, en cualquier momento se convierten en escasos o son susceptibles de experimentar alzas por condiciones de mercado de carácter internacional, es manifiesta la dificultad de que la administración satisfaga sus requerimientos de modo eficiente.

La dinámica de los acuerdos o convenios marco⁽¹⁹⁾ también llamados «arreglo de compra repetida», «arreglo para cubrir necesidades periódicas» o «instrumento de suministro periódico»; supera la dificultad expues-

(17) Directiva 2004/18CE del departamento europeo y del consejo del 31 de marzo de 2004, sobre Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos Públicos de Obras, de Suministros y de Servicios, artículo 31º.

(18) Directiva 2004/18CE, ob. cit., artículo 30º.

(19) El grupo de trabajo de modificación de la Ley Modelo de la CNUDMI cita las denominaciones en los párrafos 7 a 9 del documento A/CN.9/WG.I/WP44.

ta, pues la administración tendrá a su disposición por determinado tiempo, cantidad y/o precio, existencias y también, en su caso, servicios, que serán prestados con solo formular el requerimiento o celebrar un procedimiento de selección sumarisimo, estando a que previamente se habrá seleccionado a uno o varios proveedores.

La Directiva 2004/18CE del departamento europeo y del consejo del 31 de marzo de 2004, sobre Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos Públicos de Obras, de Suministros y de Servicios, define al acuerdo marco como *«un acuerdo entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos, cuyo objeto consiste en establecer las condiciones que rijan los contratos que vayan a adjudicar durante un periodo determinado, en particular las relativas a los precios y en su caso, a las cantidades previstas»* ⁽²⁰⁾.

Los acuerdos marco deben obtenerse mediante, obviamente, un procedimiento de selección regular. Ahora bien, la Directiva acotada así como la secretaría de la CNUDMI y el grupo de trabajo de contratación pública de la misma Comisión de las Naciones Unidas para la revisión de su Ley Modelo, señalan que los acuerdos marcos pueden ser de dos tipos (en ambos casos habiéndose suscrito el acuerdo con uno o varios proveedores):

- a) Convenios en donde la adjudicación del contrato se realizará sin convocar a un nuevo procedimiento de selección pues todos los términos se encuentran definidos.
- b) Convenios en donde la adjudicación del contrato se realizará mediante un nuevo procedimiento de selección debido a que no se han definido todos los términos (precio, cantidades y plazos).

La decisión respecto de la utilización de los tipos de acuerdo marco deberá realizarse según el ordenamiento legal y, de ser posible la elección

(20) Directiva 2004/18CE, cit., artículo 1, numeral 2, d), 5.

(21) Por ejemplo, no será útil un acuerdo marco en el suministro de bienes sujetos a precios internacionales. Si está previsto como condición del acuerdo el precio, los proveedores para protegerse de las posibles alzas o no participan o de lo contrario calcularán en su precio final la contingencia, ocasionándose con ello que los precios para el Estado sean más altos que los del mercado.

de cualquiera de los dos tipos por parte de la entidad licitante, debe decidirse dependiendo de las condiciones del mercado⁽²¹⁾.

Ahora bien, es indudable que estando a razones de transparencia, igualdad y de competencia, es imperativa la utilización del sistema b) en donde es necesario la ejecución de un procedimiento de selección para el acuerdo marco y un procedimiento de selección para la adjudicación del contrato, lo cual importa que el acuerdo marco sea suscrito por una pluralidad de proveedores⁽²²⁾.

En el caso que exista un mandato constitucional en el sentido de que los contratos del Estado se celebren mediando una licitación pública, como en el caso peruano, y que los convenios marcos no pueden asimilarse a excepciones o exoneraciones, no hay mucho que discutir. Estando a la aceptación genérica de la licitación, la misma que implica competencia, debe ser regla general que medie esta para la adjudicación, estando vedada una elección discrecional, la que además importaría una ausencia de control debido a la cantidad de adquisiciones verificables, originándose a su vez un canal en donde pueda filtrarse la corrupción. Es por esta razón que no puede tomarse como referencia o modelo el sistema chileno con su portal «ChileCompra»⁽²³⁾ en donde si bien es cierto existe una selección objetiva en una primera etapa, la elección es totalmente discrecional posteriormente. Estoy seguro que de terminar de implementarse en el país el sistema chileno, tal como en la actualidad una corriente de opinión pretende, los problemas de corrupción o de cuestionamiento de las decisiones de compra por parte de las autoridades encargadas se multiplicarían y generalizarían. Resulta iluso sostener que debe confiarse en las autoridades de la administración pública no solo estando a las estadísticas de corrupción, sino también a la falta de preparación para tomar decisiones discrecionales y para controlarlas, además de la escasez de recursos materiales y humanos a los que en repetidas veces la Contraloría General de la República ha hecho referencia. Debe indicarse asimismo que la directiva comunitaria citada

(22) Para el caso del procedimiento de selección para la adjudicación del contrato sería útil la utilización de la subasta inversa.

(23) www.chilecompra.cl.

dispone en su artículo 32º en atención a los riesgos de la modalidad que «los poderes adjudicadores no podrán recurrir a los acuerdos marco de manera abusiva o de manera que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada».

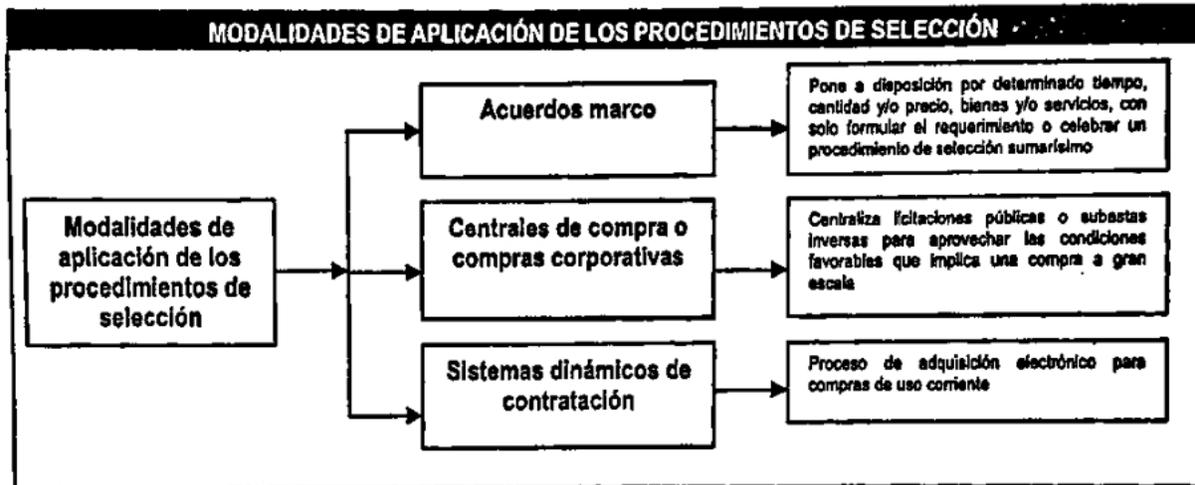
Por otro lado y respecto del tipo de bienes o servicios que son susceptibles de adquirirse mediando un acuerdo marco, la secretaría de la CNUDMI en las notas para el undécimo periodo de sesiones, elaboradas en marzo de 2007, indican:

«Tal vez desee considerar también el grupo de trabajo si la guía debería desarrollar la utilización eficaz y adecuada de los convenios marco, incluyendo quizá una lista de adquisiciones genéricas que fueran apropiadas para su adjudicación de esa forma, y algunos estudios de casos. Los acuerdos marco pueden ser menos adecuados para contratos que supongan grandes inversiones o capitales, elementos muy técnicos o complejos, y la contratación de servicios más complejos, temas que podrían examinarse también en la guía».

Al hilo de lo expuesto debe asimismo indicarse que traspuestos con éxito los filtros constitucionales, legales y razonables para la utilización de los acuerdos marco deben tenerse presente siempre que en ellos sea factible que se presenten distorsiones. En efecto, de ser cerrados esto significaría que solo competirían por la adjudicación del contrato las empresas que se encuentren dentro del convenio, por lo tanto sus efectos pueden potencialmente ser anticompetitivos⁽²⁴⁾. Por otro lado, si los convenios son abiertos, esto es que las entidades pueden consultar respecto de un mejor precio antes de la adjudicación, la confianza de los proveedores en el Convenio puede resultar menoscabada, desalentándose la participación en los mismos. Debe recordarse que el atractivo de un convenio marco para los particulares es el hecho de asegurarse pedidos que justifiquen los descuen-

(24) Nota de la secretaría de la CNUDMI de marzo de 2007, Posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: textos normativos propuestos para la utilización de acuerdos marco y de sistemas dinámicos de adquisición en la contratación pública, p. 7.

tos otorgados⁽²⁵⁾. Como es de apreciarse, la búsqueda del justo medio puede no ser fácil, es por ello que la administración debe estar atenta al análisis de costo y beneficio de los acuerdos marco que suscriba.



4.2. Centrales de compra o compras corporativas

Consistentes en la centralización de algunas licitaciones públicas o subastas inversas con el fin de aprovechar las condiciones favorables que implican una compra a gran escala. En caso de las compras corporativas facultativas, las responsabilidades de la entidad encargada deberán establecerse en el respectivo acuerdo de cooperación interinstitucional.

De crearse una entidad especializada (descartándose por ahora la entrega en concesión de dicha actividad a un particular), la normativa deberá establecer los mecanismos de determinación de las especificaciones técnicas promedio de los bienes y servicios a contratar, además de considerar aspectos vinculados a la oportunidad y a los costos de distribución, cuestiones estas que pueden ser determinantes para no optar por una compra centralizada al ser imposible establecer condiciones técnicas promedio o por existir empresas en las localidades donde se ubican algunas entidades

(25) Nota de la secretaría de la CNUDMI de marzo de 2007, cit., p. 13.

alejadas, las cuales, en atención a su condición, pueden ofertar menores precios y plazos.

Actualmente esta modalidad se encuentra prevista en la normativa nacional y ha sido considerada en un proyecto de ley del ejecutivo.

4.3. Sistemas dinámicos de contratación

Se sintetiza esta modalidad en la utilización de todos los procedimientos y modalidades antes descritas, pero electrónicamente. Se define el sistema como *«un proceso de adquisición enteramente electrónico para compras de uso corriente, cuyas características generalmente disponibles en el mercado satisfacen las necesidades del poder adjudicador, limitado en el tiempo y abierto durante toda su duración a cualquier operador económico que cumpla los criterios de selección y haya presentado una oferta indicativa que se ajuste al pliego de condiciones»⁽²⁶⁾.*

Si bien estamos lejos de un apagón o cese en el uso del papel y la implementación casi total del *e-procurement*, muchas partes del proceso de contratación y del procedimiento de selección se encuentran en la modalidad electrónica: la convocatoria, las bases, consultas, observaciones, etc.

Nos encontramos entonces en una etapa intermedia, anterior a la ideal transmisión electrónica de propuestas, lo cual no significa sin embargo que estemos cerca de la misma. La desmaterialización de los procedimientos administrativos contractuales exige cumplir con cuestiones previas de índole técnico, presupuestario y legal entre otros, resaltando en lo último lo relativo a la validez de los contratos celebrados electrónicamente, el momento de la formación de la voluntad contractual, privacidad y seguridad, reconocimiento de documentos en formato digital, uso de comunicación de voz y fax, admisibilidad de evidencia electrónica, reconocimiento de firmas electrónicas/digitales, etc.

Por lo pronto debe privilegiarse en cuanto sea posible, el uso de la subasta inversa electrónica en desmedro de la presencial, debido a las ventajas de la primera. Asimismo, para el adecuado funcionamiento de los acuerdos marco centralizados es importante un adecuado soporte electrónico.

(26) Artículo 1.6 de la Directiva Comunitaria europea 2004/18/CE.

Mario Linares Jara

Como es de verse, los procedimientos y modalidades de aplicación de los mismos poseen un supuesto de hecho determinado. Cada uno tiene ventajas y riesgos, elementos que deben ser evaluados en la revisión que se practique a nuestra normativa. Es importante también, la intervención no solo de las entidades públicas –de supervisión y de control– involucradas, sino de la administración pública en general y de los particulares, a través de sus organizaciones representativas.

REFERENCIA JURISPRUDENCIAL

«Desde la perspectiva doctrinaria, la licitación pública es un procedimiento preparatorio de la voluntad contractual del Estado, premisa que ha llevado a afirmar, entre otros, a Dromi que: 'El contrato surge de la licitación o, mas bien dicho, su celebración puede tener lugar por licitación, pero no es la licitación misma. Por lo tanto, la licitación no es un contrato, sino que por licitación pueden celebrarse toda clase de contratos'. Tal como ha afirmado la sentencia de la Corte de Tucumán en el caso Provincia de Tucumán c/ Loza y Martínez 'La licitación es un procedimiento tendiente a la celebración de un contrato, por lo que no debe confundirse con éste, que es un acto jurídico formalmente bilateral'».

(Resolución del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado N° 282/2003.TC-S1, 19 mar. 2003)

COMITÉ CONSULTIVO

JOFFRÉ CAMPANA MORA (ECUADOR)
 JUAN CARLOS CASSAGNE (ARGENTINA)
 JORGE DANÓS (PERÚ)

CARLOS DEL PIAZZO (URUGUAY)
 ROBERTO DROMI (ARGENTINA)
 JAIME GRAY (PERÚ)

ROBERTO HERNÁNDEZ (MÉXICO)
 ESTERAN YMAZ VIDELA (ARGENTINA)
 HÉCTOR MAIRAL (ARGENTINA)

MARIO LINARES (PERÚ)
 JUAN CARLOS MORÓN (PERÚ)
 JAIME O. SANTOFIMIO (COLOMBIA)

RICHARD MARTÍN TIRADO (PERÚ)
 RICARDO SALAZAR (PERÚ)

DIRECTOR
 MARIO LINARES

Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico

Infraestructura, contratos,
 servicios públicos
 e inversión

Régimen general de las
 Contrataciones del Estado

Presentación
 RICARDO SALAZAR CHÁVEZ

Doctrina

Las controversias contractuales del Estado ante la justicia arbitral
 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO (Colombia)

Principios licitatorios, Tribunal administrativo y arbitraje.
 Visión comparada

MARIO LINARES JARA

Acerca de la contratación pública electrónica

CARLOS DEL PIAZZO (Uruguay)

La naturaleza del contrato estatal

RICHARD MARTÍN TIRADO

El control de discrecionalidad en la contratación pública en Ecuador

JOFFRÉ CAMPANA (Ecuador)

El Arbitraje Administrativo en las Contrataciones del Estado

FRANZ KUNDMULLER CAMINITI Y JUAN JOSÉ PÉREZ-ROSAS PONZ

Contratación pública: El triunfo de la forma sobre la sustancia

GUSTAVO BERAMENDI GALDÓS

Actualidad

La Ley Modelo de UNCITRAL sobre contratación pública de bienes,
 servicios y obras: orientación, concurrencia y discrepancia

ROBERTO HERNÁNDEZ (México)

Modernización y reforma del Sistema Peruano de Contratación Pública

OSCAR LUNA MILLA

Las compras corporativas del Estado: Análisis de una estrategia necesaria
 para un Estado eficiente

JUAN CARLOS MORÓN URBINA

Programas de Apoyo Social. La experiencia peruana: El Vaso de Leche

ADA BASULTO

Las PYMES en la contratación con el Estado

OSWALDO HUNDSKOPF EXEBIO

AEDA

ASOCIACIÓN DE ESTUDIOS
 EN DERECHO ADMINISTRATIVO

