

¿Cumple la Nueva Ley de Contrataciones del Estado con las Buenas Prácticas Internacionales para las Licitaciones Públicas?



CARLOS CARPIO RAMÍREZ

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.



Sumario:

- I. Alcances del presente artículo.
- II. El Decreto Legislativo No. 1017 y las Buenas Prácticas para las Licitaciones Públicas Nacionales:
 1. Elegibilidad.
 2. Registro.
 3. Publicidad.
 4. Precalificación.
 5. Asociaciones entre firmas.
 6. Licitación.
 7. Disposiciones sobre.
- III. Conclusión.

I. ALCANCES DEL PRESENTE ARTÍCULO

Desde el primero de Febrero de 2009 rige en nuestro país el Decreto Legislativo No. 1017, la nueva Ley de Contrataciones del Estado, cuyo reglamento ha sido aprobado por Decreto Supremo No. 184-2008-PCM y modificado por Decreto Supremo No. 21-2009-EF.

Sin duda, se trata de una norma crucial para el desarrollo del Perú, pues en función a ella, la Administración Pública (primera y más importante compradora en nuestro medio), invertirá eficiente, oportuna y transparentemente, o no, el Fondo Público.

¿Cómo determinar de manera imparcial que esta nueva ley ha mejorado realmente el régimen normativo anterior? ¿Estamos en aptitud de asegurar con ella a los inversionistas que contamos con un sistema nacional de contrataciones públicas que cumple con los estándares internacionales y que funciona en los hechos según lo previsto en sus normas?

Esta preocupación no ha sido ajena a la comunidad internacional.

Desde hace algunos años, los países en desarrollo y los donantes bilaterales y multilaterales han trabajado bajo el auspicio del Banco Mundial —Comité de Asistencia al Desarrollo (CAD) de la OECD¹— en la iniciativa de una Mesa Redonda para desarrollar un conjunto de herramientas y normas reconocidas y aceptadas internacionalmente, que proporcionen una guía para mejorar los sistemas de adquisiciones públicas y los resultados que estos producen.

La iniciativa bajo comentario culminó con la adopción, en Diciembre de 2004, de la Declaración de Johannesburgo y el compromiso de adopción de la "Herramienta de Indicadores de Base para la Evaluación de los Sistemas Nacionales de Adquisiciones".

Se trata de un documento que evalúa —bajo parámetros metodológicos estandarizados de cumplimiento— el marco legislativo, los actores de la contratación pública, y todo cuanto influye en dicha actividad estratégica.

Esta herramienta resulta de particular valor, pues cada país, si lo desea, puede llegar a determinar, aplicando y evaluando cada uno de los indicadores contenidos en dicho documento, qué tan alejado o cercano se encuentran de los referentes deseados de contratación pública a nivel internacional.

La Guía contiene adicionalmente determinados Anexos. El Anexo No. 2, en particular, recoge importantes disposiciones sobre las buenas prácticas a seguir en el caso puntual de las licitaciones públicas nacionales.

El presente artículo analizará la nueva Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento a la luz de este Anexo No. 2, para determinar si la norma constituye un cambio normativo valioso para el país en línea con una política de compras públicas que es consciente de los requerimientos internacionales o no.

II. EL DECRETO LEGISLATIVO No. 1017 Y LAS BUENAS PRÁCTICAS PARA LAS LICITACIONES PÚBLICAS NACIONALES

El Anexo 2 de la Guía, denominado "Disposiciones sobre las Buenas Prácticas para las Licitaciones Públicas Nacionales", plantea determinados lineamientos que debieran ser cumplidos por cada país de cara a procurar un sistema eficiente y predecible de contratación pública.

A continuación transcribiremos cada uno de los criterios abordados en el Anexo que debieran ser buenas prácticas específicas a cumplirse, para contrastarlas luego con nuestra reciente legislación.

1 Organisation for Economic Co-operation and Development.

2 Ver documento completo en: www.oecd.org.

1. Elegibilidad

"Todas las firmas [postores], tanto nacionales como extranjeras, pueden participar en el proceso de licitación excepto si se encuentran excluidas por disposiciones legales debido a que:

- Fueron procesados y condenados en los tribunales por cargos de corrupción, lo que incluye cualquier posible apelación.
- Tienen prohibido establecer relaciones comerciales con el país del participante.
- Adhieren a las Sanciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas".

Aunque pareciera que nuestra Ley permite la participación de postores de manera amplia y sin más restricciones que estar impedido por haber incurrido en sanción de inhabilitación, el Decreto Legislativo No. 1017 ha contemplado nuevas causales de inaplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, que en los hechos frustra indebidamente la aptitud de que cualquier postor pueda contratar con el Estado.

Así, el literal K del artículo 3.2 establece que: *"Las contrataciones que deban realizarse con determinado proveedor, por mandato de la Ley o de determinada Autoridad jurisdiccional".* Al respecto, nuestra Constitución Política señala que *"pueden expedirse leyes especiales porque así lo naturaleza de las cosas pero no por razón de las diferencias de las personas"*. En ese escenario, ¿puede acaso por ley obligarse al Estado a contratar con determinado proveedor y, en ese sentido, impedirse a los demás tener la posibilidad de hacerlo? Claramente esta regla deviene en inconstitucional porque se estaría legislando *"por razón de las diferencias de las personas"*, a favor de uno y en perjuicio de todos los demás.

Por otro lado, ¿podría acaso un juez ordenar la contratación con determinado proveedor? ¿Cómo hacer compatible este mandato del juez (que por lo demás ni siquiera precisa si se trate de una sentencia, un auto o un decreto,

o si tiene la calidad de firme o no) con la regla constitucional en cuya virtud las obras y las adquisiciones de suministro con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contratación y licitación pública, así como también la adquisición o enajenación de bienes?

Nuevamente, como en el caso anterior, se trata de una causal que impide de manera encubierta contratar libremente con el Estado a quien no tiene sanción que se lo prohíba.

Por otro lado, es interesante comprobar que, bajo el estándar internacional, el haber sido procesado y condenado por *"delito de corrupción"* impide contratar a futuro con el Estado, lo que debiera ser recogido también por nuestra legislación, tratándose de un asunto tan sensible y actual en nuestro medio.

Vinculado también con la elegibilidad amplia que consagran las buenas prácticas internacionales, es importante reparar en el impedimento de contratar con el Estado por el hecho de tener un vinculado (persona natural o jurídica) sancionado, recogido en el artículo 10 del Decreto Legislativo No. 1017.

En nuestra opinión, se trata de una regla que debe eliminarse por resultar atentatoria contra el principio causal de responsabilidad. En efecto, el impedimento consagrado en la Ley no está basado en las infracciones o conductas del impedido sino en las de un tercero, con quien se lo vincula en una presunción *jure et de jure* que resulta indebida.

La regla atenta también contra otros derechos constitucionalmente garantizados, como aquel de defensa, el de debido proceso y el principio de legalidad derivado del derecho penal, que impide imponer una sanción sin infracción cometida.

2. Registro

"Se considera aceptable el requisito de registro siempre que todos aquellos que deseen registrarse (nacionales o extranje-

ros) puedan hacerlo en cualquier momento antes de la adjudicación del contrato. El sistema de registro no debiera constituir una barrera para la participación, como tampoco ser discriminatorio. El registro no debe sustituir a la publicidad en medios de amplia circulación y debe permanecer abierto y accesible durante el proceso de licitación³.

En nuestro medio, el registro opera en dos oportunidades. En primer término, cuando como condición o requisito ineludible para presentar propuestas y suscribir contratos administrativos se impone la obligación de estar previamente inscrito en el Registro Nacional de Proveedores. La inscripción o registro también resulta necesario cuando la persona natural o jurídica que desee participar en un proceso de selección debe registrarse como participante, conforme a las reglas establecidas en las Bases.

En el caso de la inscripción en el Registro Nacional de Proveedores, se aprecia que las reglas que actualmente mantiene OSCE para acceder a él constituyen una evidente barrera para la participación de postores en procesos de selección. Efectivamente, de un lado establece tasas para acceder a la inscripción en función a volúmenes de ventas o ingresos anuales brutos de los proveedores, sin tener presente la regla legal que obliga al Estado a cobrar por dicho concepto una contraprestación equivalente estrictamente a los costos incurridos para brindar el servicio (en este caso de inscripción) a dicho administrado.³ En adición a ello, reduce el plazo de vigencia de la inscripción de dos años a uno, lo que supondrá incurrir en el doble de gastos para un mismo periodo de tiempo solo por concepto de mantener vigente una inscripción. Finalmente, se mantiene y continúa añadiendo sub-procedimientos que simplemente suponen gastos de tiempo y dinero, tales como informar diversas ocurrencias bajo apercibimiento de pagar multas por su omisión.

Con relación al registro de participantes en cada proceso de selección específico, la regla es que solo pueden inscribirse hasta un día hábil después de haber quedado integradas las Bases, y no hasta antes de la adjudicación del contrato, como lo señalan las buenas prácticas internacionales.

3. Publicidad

"Se debe publicar el aviso en un periódico de circulación nacional o en un solo sitio de Internet del gobierno al que se pueda acceder libremente".

Esta regla se viene cumpliendo desde hace muchos años. Se ha ido reduciendo la exigencia de publicidad para limitarla ahora al mínimo exigido por el estándar internacional.

4. Precalificación

"Todas aquellas firmas precalificadas deben ser invitadas (excepto cuando se trata de listas cortas de consultores en las se acepta la preselección o bien en adquisiciones restringidas).

Los criterios deben ser del tipo cumplido / no cumplido, definidos con precisión".

Aun cuando la actual Ley es clara en señalar los casos y criterios a considerar en la eventualidad que se establezca el requisito de la precalificación, el principal inconveniente que se advierte en este punto viene dado por la forma cómo las entidades establecen —en la práctica— los requerimientos para precalificar, los que muchas veces devienen en subjetivos y discriminatorios o ponderan sesgadamente los criterios de calificación permitidos legalmente. Al respecto, lamentablemente como se verá más adelante, al haberse limitado la participación de OSCE para analizar estos casos, se alienta las decisiones disfuncionales de las Entidades Convocantes.

3 La barrera en mención ha sido confirmado por el Tribunal de Indecopi, por Resolución No. 0770-2008/TDC-INDECOPI, de 17 de abril de 2008.

5. Asociaciones entre firmas

"Las firmas que deseen presentar ofertas por cuenta propia no deben estar obligadas a asociarse con ninguna otra firma".

Se cumple con la regla.

6. Licitación

"En general, deben transcurrir por lo menos 21 días entre el aviso y la presentación de las ofertas. Un plazo reducido resulta en una barrera para la competencia".

Recién con la dación del Decreto Legislativo No. 1017, el Perú cumple con el estándar internacional. El plazo mínimo ahora es de 22 días. Antes era de 15 días, lo que resultaba ostensiblemente reducido. Se trata de una reforma positiva.

"Las ofertas presentadas por correo electrónico deben ser aceptadas siempre que reúnan todos los demás requisitos".

Aun cuando se acepta la presentación electrónica en determinados procesos de selección, las licitaciones y concursos en general suponen una presentación física de los sobres.

"Las ofertas deben abrirse en público".

Tradicionalmente se cumple con la regla.

"Con excepción de las ofertas que llegan tarde y que deben devolverse sin abrir, todas las otras deben examinarse de acuerdo con los requisitos antes de ser descalificadas".

El Decreto Legislativo No. 1017 ha establecido una regla más severa en cuanto a la acreditación que debe exhibir ante el Comité Especial del proceso, quien presenta la propuesta de determinado postor. Así, si el postor es una persona jurídica, la nueva Ley señala que quien presenta su propuesta deberá acreditar su condición de representante legal o apoderado, para lo cual exhibirá copia simple del documento registral vigente que consigne dicho cargo y, en el caso del apoderado, será acreditado con carta poder

simple suscrita por el representante legal, a la que se adjuntará el documento registral vigente que acredite la condición de este. En caso contrario, aun cuando ello no es señalado por la norma, se entenderá que no se está en aptitud de presentar la propuesta.

A la luz de la regla internacional, la modificatoria que plantea el Decreto Legislativo No. 1017 resulta inconveniente, pues obstruye la regla de mayor participación de postores por un excesivo formalismo.

Por otro lado, también es importante tener presente que la regla actual de evaluación de propuestas determina que si el Comité Especial comprueba que los documentos presentados por cada postor no son los solicitados por las Bases, la Ley y el Reglamento, devuelve la propuesta, teniéndola como no presentada, sin evaluarla en su contenido, lo que tampoco pareciera corresponder con el estándar internacional. La subsanación se limita a casos muy reducidos.

"Las preferencias deben expresarse en términos cuantitativos predecibles, tener una adecuada justificación económica y no ser tan extensas que se vuelvan discriminatorias, o se tomen en elemento eficaz para disuadir la competencia".

Esta regla se cumple, por lo pronto normativamente. Debe cuidarse que las bases específicas de cada proceso de selección respeten también dichos criterios.

"Los criterios de evaluación deben ser cuantificables en términos monetarios y conocerse antes de la presentación de las ofertas".

Nuestra legislación no cuantifica necesariamente en términos monetarios los criterios de evaluación de los postores. La regla se limita a exigir un referente predecible, objetivo y cuantificable de tales criterios, lo que en nuestra opinión resulta correcto.

"Los criterios de adjudicación consisten en otorgar el contrato a la oferta apta evaluada como la más baja".

Actualmente, el criterio para adjudicar la buena pro pondera no solamente el factor económico sino también el aspecto técnico, empleándose al efecto una fórmula específica que analiza ambos planos y adjudica la buena pro a la oferta más conveniente. La regla de adjudicación a la propuesta más baja parte de la premisa que los factores o elementos técnicos son similares en todos los postores, por lo que se elimina este factor de competencia. En Perú ello ocurre únicamente en los casos de subastas inversas, en donde el plano técnico se supera por estarse frente a requerimientos estandarizados.

7. Disposiciones sobre

"No deben aceptarse criterios tales como "la oferta más conveniente para los intereses del gobierno". Se prefieren criterios cuantificables excepto cuando las propuestas técnicas deban evaluarse junto con el precio y, en el caso de los servicios de consultoría, cuando sea aceptable el uso de criterios por puntaje".

Esta regla de objetividad se cumple en nuestro medio, por lo pronto, normativamente.

La dificultad nuevamente se presenta al momento de examinar cómo se aplica la regla en el caso concreto, con el inconveniente añadido que bajo la nueva Ley, los cuestionamientos a las reglas específicas o pliegos de condiciones (regulados normativamente bajo la figura de la "Observación a las Bases"), han sufrido una modificación inconveniente.

Efectivamente, el Decreto Legislativo No. 1017 libera parcialmente a la OSCE de su función de pronunciarse sobre las observaciones planteadas por los postores a los pliegos de condiciones, así como para resolver los recursos de apelación interpuestos contra los resultados de los procesos de selección.

En esa línea, respecto de las observaciones a los pliegos licitatorios, no intervendrá en los procesos que involucren montos inferiores a las 300 Unidades Impositivas Tributarias y tampoco se pronunciará sobre los recursos de apelación en

procesos cuyos montos no sean mayores a 600 Unidades Impositivas Tributarias.

Como se aprecia, con este cambio se elimina una segunda instancia administrativa a cargo de un órgano "independiente" de la Entidad Adquirente, para una cantidad significativa de procesos de selección en los que dicha Entidad pasará a ser juez y parte, afectando así la regla o principio de transparencia e imparcialidad.

"Los sistemas de restricción a la admisibilidad de licitantes (bracketing) no son más económicos y rara vez se traducen en la adjudicación al oferente cuya propuesta ha sido evaluada como la más baja. También agregan opacidad y sofocan los procesos de protestas".

En el Perú no existe este inconveniente.

"La información puede ser divulgada a aquellos legítimamente interesados después de haber finalizado el proceso de evaluación. Se debe garantizar la debida protección a la información que se refiera a artículos patentados o de marcas registradas, así como aquella de índole financiera confidencial u otra información sensible".

Esta regla se cumple.

"Solamente se aceptarán negociaciones en circunstancias excepcionales, tales como modificaciones de alcance o en la asignación de riesgos para ajustarse a los fondos disponibles".

Esta regla se cumple.

"Debe contarse con disposiciones sobre ajuste de precio para contratos de más de un año de duración".

Aunque el artículo 49 del Reglamento prevé la incorporación de fórmulas de reajuste de precios, la implementación puntual dependerá del criterio de quien redacte las Bases, pues la figura está concebida en términos no mandatorios. Únicamente, en el caso de contratos de

obra pactados en moneda nacional, la norma señala que las Bases "establecerán" las fórmulas de reajuste.

"El uso de dos sobres solo debe aceptarse cuando los sobres con el precio se presenten después de haber finalizado la evaluación técnica y haberla notificado a los participantes o cuando los sobres con el precio se tengan a buen resguardo en un lugar separado".

Esta regla se cumple pues los sobres conteniendo la propuesta económica quedan en resguardo de un notario público.

III. CONCLUSIÓN

Como se aprecia del análisis efectuado, la nueva

Ley de Contrataciones del Estado incumple (total o parcialmente) con 5 de las 19 disposiciones sobre las buenas prácticas para las licitaciones públicas nacionales establecidas internacionalmente. Específicamente, en lo que a elegibilidad, registro, examen de propuestas, criterios cuantificables de evaluación e impugnación (al eliminarse a OSCE como tercero imparcial encargado de resolver las controversias sobre estos asuntos), se refiere.

Aunque es válido el esfuerzo de cualquier legislador de cara a mejorar el sistema de contratación nacional, esta labor debe ser llevada a cabo con una finalidad que trascienda al simple perfeccionamiento de las instituciones, apuntando por el contrario a situar a nuestra legislación dentro de parámetros internacionales que auspicien y atraigan la inversión.