

Aproximación a las modalidades de selección en la contratación pública peruana

Vanessa Juárez Morales*

El presente artículo trata de aclarar algunos aspectos de la contratación Pública, específicamente en lo referido a los Procesos de Selección. En tal sentido, la autora desarrolla las modalidades de selección, como son la Subasta Inversa y el Convenio Marco de Precios, tomando en cuenta aspectos como el desarrollo de los procesos en ambas figuras en el Perú, culminando su análisis con un breve comentario acerca de la experiencia chilena.

1. INTRODUCCIÓN

La contratación pública tiene una serie de matices y particularidades que dependen —además del precio y el objeto— de las características que tiene, lo que se pretende adquirir o contratar.

Es por ello que hace algunos años se consideró la necesidad de crear modalidades de selección que permitan al Estado contratar con mayor eficiencia y transparencia determinados bienes y servicios, cuyas características requieran que se utilicen modalidades de selección distintas a las aplicadas en procesos de selección regulares.

A lo largo del presente trabajo, desarrollaremos un breve análisis de las modalidades de selección que se encuentran contempladas en la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado vigente.

2. MODALIDADES DE SELECCIÓN

Como sabemos, las Entidades Públicas que se encuentran dentro del ámbito de aplicación del artículo 3° de la Ley de Contrataciones y Adqui-

siciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, en adelante la Ley, deben llevar a cabo —por regla general¹ procesos de selección para poder adquirir bienes, contratar la prestación de servicios y/o la ejecución de obras, siempre que éstos sean financiados con fondos públicos².

En efecto, mediante los diversos tipos de procesos de selección contemplados en la normativa sobre contratación pública, las entidades pueden elegir a la persona (natural o jurídica) que les proveerá los bienes, servicios u obras requeridos.

Actualmente, existen cinco tipos de procesos de selección (Licitación Pública, Concurso Público, Adjudicación Directa Pública, Adjudicación Directa Selectiva y Adjudicación de Menor Cuantía), cuya aplicación depende del objeto y la cuantía³ que se pretende contratar.

En ese sentido, cada tipo de proceso de selección posee un conjunto de etapas —de carácter preclusivo— y procedimientos que se encuentran regulados en la Ley y el Reglamento, y que deben ser cumplidos estrictamente por las entidades públicas cuando deseen adquirir bienes o contratar servicios u obras.

* Abogada Titulada de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha trabajado en el Tribunal el CONSUCODE y ha sido capacitadora de dicha entidad pública. Ha participado como expositora en diversos Postítulos, Diplomados y Seminarios de Contratación Pública. Actualmente labora en Asesoría Jurídica del Congreso de la República.

1 Al respecto, existen determinados casos en que las entidades públicas se encuentran excluidas de llevar a cabo un proceso de selección, siendo estos los supuestos de exoneración contemplados en el artículo 19 de la Ley. Adicionalmente, debemos considerar que existen diversos supuestos de inaplicación de la Ley contemplados en el artículo 2.3 de dicha norma y aquellos establecidos en otras leyes.

2 En ese sentido, existen reiteradas Opiniones emitidas por el CONSUCODE (hoy llamado OSCE), como por ejemplo la N° 017-2008-DOP, que señalan que “en términos generales, se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Ley y su Reglamento los **contratos celebrados por las Entidades, por los cuales éstas se obliguen a retribuir con una suma dineraria al contratista por su prestación** —que puede consistir en la entrega de bienes, realización de servicios o ejecución de una obra—, **obligación que será asumida utilizando recursos públicos**.”

Por ello, el sustento de la adecuación de las adquisiciones y contrataciones públicas a determinadas reglas y procedimientos, radica precisamente en la naturaleza pública de los fondos o recursos que están involucrados o van a ser utilizados por las Entidades para procurar satisfacer sus requerimientos”.

3 Por regla general la Ley de Presupuesto del Sector Público que se emite anualmente determina los montos de cada tipo de proceso de selección; sin embargo, existen algunas entidades que tienen sus propias cuantías para cada proceso, como por ejemplo: ESSALUD, el BCR y las empresas estatales que se encuentran bajo el ámbito del FONAFE.

Sin perjuicio de lo expuesto, existen ciertos bienes y servicios que poseen determinadas características que requieren que se utilice una modalidad de selección particular. Si bien dichas contrataciones están inmersas en un tipo de proceso de selección, las reglas que se le aplican son en su mayoría distintas a las de procesos regulares, tal como veremos a continuación.

En la actualidad existen dos modalidades de selección (artículo 15 de la Ley y 21 del Reglamento):

- a) La Subasta Inversa.
- b) El Convenio Marco de Precios.

3. SUBASTA INVERSA

La subasta inversa es una modalidad de selección mediante la cual las entidades públicas adquieren los bienes o servicios comunes que se encuentran en las fichas técnicas aprobadas por el OSCE, que están publicados en el SEACE, a través de un proceso de selección en el que los postores compiten básicamente en el aspecto económico.

Según el artículo 3° del Reglamento de Subasta Inversa Presencial, aprobado mediante Resolución N° 094-2007-CONSUCODE/PRE, los bienes y servicios comunes son aquellos cuyas características pueden ser objetivamente definidas, por lo que respecto de ellos sólo cabe discutir su precio. Los bienes y servicios comunes, también llamados *comodities*, han sufrido un proceso de estandarización en el mercado.

Algunos ejemplos de bienes estandarizados son la lejía (hipoclorito de sodio)⁴, la gasolina de 84sp, 90sp, 95sp y 97sp⁵, el agua destilada inyectable por 5 ml⁶, diazepam en tableta por 5 y 10 mg⁷.

Por su parte, un ejemplo de servicio estandarizado es el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito – SOAT⁸.

Por regla general, las entidades públicas se encuentran obligadas a convocar mediante subasta inversa la compra de todos aquellos bienes o la contratación de los servicios que se encuentren en el listado publicado en el SEACE⁹.

El OSCE es el encargado de elaborar los proyectos de fichas técnicas de los bienes y servicios comunes y aprobarlos, para lo cual se basa principalmente en las sugerencias emitidas por las entidades públicas, los gremios y los proveedores que contratan al Estado.

Los proyectos de fichas se publican por un periodo de tiempo en la página web del SEACE, ello con la finalidad de que todos los interesados puedan presentar sugerencias o comentarios respecto al contenido de las fichas, los mismos que son evaluados por el OSCE, quien de considerarlo pertinente, realizará las modificaciones que correspondan.

Si bien la decisión del OSCE de incluir un bien o servicio en una ficha técnica no puede ser materia de impugnación por un tercero, en la práctica ha ocurrido en reiteradas ocasiones que luego que algún proveedor demostrara técnicamente que un bien o servicio no podía ser considerado como un *comoditie*, debido a que poseía características particulares que lo diferenciaban de otras marcas ofrecidas en el mercado (lo cual ameritaba que las entidades públicas realizaran una evaluación técnica en un proceso de selección regular), el OSCE decidió excluir fichas técnicas del listado publicado en el SEACE.

Un ejemplo de ello ocurrió en el caso del bien “polímero para aguas servidas”, el cual fue excluido del listado de bienes comunes publicados en el SEACE, mediante la Resolución N° 305-2008-CONSUCODE/PRE, a raíz de la solicitud presentada por SEDAPAL, cuyos argumentos fueron evaluados por el OSCE. En este caso, siendo SEDAPAL una entidad que constantemente convocaba procesos para adquirir dicho bien, presentó un conjunto de argumentos legales y técnicos que le demostraron al OSCE que tal producto no podía ser considerado un *comoditie* y por ende, que su adquisición debía realizarse mediante un proceso de selección regular, en el que se evaluarán las características técnicas ofertadas por los postores, además de las económicas.

Con relación al rubro de servicios, diversas compañías aseguradoras solicitaron la reevaluación de las fichas de seguros, lo cual fue coordinado con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, es

4 Su ficha fue aprobada mediante Resolución N° 259-2007-CONSUCODE/PRE.

5 Sus fichas fueron aprobadas mediante Resolución N° 59-2006/CONSUCODE/PRE.

6 Su ficha fue aprobada por Resolución N° 633-2007/CONSUCODE/PRE.

7 Sus fichas fueron aprobadas mediante Resoluciones N° 514-2006-CONSUCODE/PRE y N° 635-2007-CONSUCODE/PRE, respectivamente.

8 Su ficha fue aprobada mediante Resolución N° 221-2007-CONSUCODE/PRE.

9 Excepcionalmente, previa autorización del OSCE, las entidades pueden convocar procesos tradicionales, cuando se produzcan condiciones más ventajosas, las mismas que deben poder ser sustentadas objetivamente. Adicionalmente, cuando la cuantía del proceso para la compra de bienes o servicios comunes que se debe convocar corresponde a una adjudicación de menor cuantía, las entidades están facultadas a utilizar dicha modalidad de selección electrónicamente.

por ello que mediante la Resolución N° 379/2007-CONSUCODE/PRE, fueron excluidos del listado de servicios comunes publicados en el SEACE, los siguientes seguros: de Vida Ley, de accidentes personales para encargados de la custodia de unidades de peaje, estaciones de peaje y otros, vehículos, multiriesgo, cascos, entre otros.

Un aspecto que ha sido criticado por muchos proveedores del Estado y con la opinión pública está referido justamente con el hecho de que se incorpore en fichas técnicas bienes o servicios que no poseen las características de *comodities*, lo cual ha generado problemas a diversas entidades públicas al momento de llevar a cabo sus compras mediante esta modalidad de selección.

Un ejemplo de ello fue lo que ocurrió en la tan sonada compra de patrulleros por parte del Ministerio del Interior en agosto del 2007, en la cual se discutió tanto el excesivo monto que el Estado estaba dispuesto a pagar con relación a los precios ofertados en el mercado, como la escasa concurrencia de postores. En este caso, poco o nada se discutió del verdadero motivo que ocasionó que el Ministerio del Interior tuviera problemas para adjudicarle la Buena Pro a una empresa. El error principal fue el hecho que se considerara como un bien estandarizable a los patrulleros requeridos por el mencionado Ministerio, ya que era evidente que las empresas que existen en el mercado ofertaban camionetas con distintas características de acuerdo con las necesidades de los compradores, lo cual ameritaba que para que el Estado las adquiriera, debía realizarse previamente un proceso de selección regular con la correspondiente evaluación técnica de los postores participantes.

La modalidad de subasta inversa posee una serie de particularidades que se aprecian en las tres fases de la contratación pública: programación, selección y ejecución contractual. A continuación esbozaremos los principales aspectos que diferencian a la Subasta Inversa en cada una de las fases mencionadas.

3.1 Particularidades

A) Fase de programación

Una vez que las entidades públicas, a través del área encargada de las compras públicas, verifican que el bien o servicio que desean contratar se encuentra en el Listado de Bienes y Servicios Comunes, deben acceder a la ficha técnica que contiene el bien o servicio, la misma que debe formar parte de las Bases y por ende, del expediente de contratación¹⁰.

Una ficha técnica posee, en términos generales, la siguiente información:

- i) Características generales del bien o servicio, entre la que se encuentra denominación técnica del bien o servicio (grupo, clase o familia a la que pertenece).
- ii) Características generales de la ficha, como el estado (aprobada o desaprobada) y versión de la ficha, periodo en el que se aceptaron comentarios o sugerencias a la misma.
- iii) Características técnicas del bien o servicio, en la que se consigna, por ejemplo: información sobre el contenido del producto, la presentación del bien o alguna información adicional referida al bien o al servicio.
- iv) Requisitos que debe solicitar la Entidad convocante a los postores, como por ejemplo: certificados de calidad emitidos por el INDECOPI, Registro Sanitario, Protocolo de Análisis, Certificados de Buenas Prácticas de Manufactura y de Buenas Prácticas de Almacenamiento.
- v) Otras especificaciones, en las que se suelen consignar rubros referidos al empaque, rotulado, almacenaje, envase inmediato y mediano, embalaje, entre otros.

De acuerdo con lo establecido en el párrafo precedente, se aprecia que la información contenida en una ficha técnica resulta de gran importancia, tanto para las entidades públicas, quienes deben verificar que requisitos tienen que cumplir los postores y las características del bien o servicio que desean contratar, como para los postores que desean postular al proceso; es por ello que las Bases deben contener la ficha técnica correspondiente y la proforma del contrato que se suscribirá con el ganador de la Buena Pro.

En lo que respecta al Comité Especial, en esta modalidad de selección éste está integrado por dos personas, uno que realiza la labor de Presidente, encargado de dirigir el acto de presentación de propuestas, puja y otorgamiento de la Buena Pro y otro, que es el Secretario. Cada uno de estos integrantes debe tener un suplente.

B) Fase de selección

Entre la convocatoria y la presentación de propuestas debe existir por lo menos ocho días hábiles, en el caso de las licitaciones y concursos públicos,

¹⁰ El Reglamento, en su artículo 91 establece que la contratación de un bien o servicio que se encuentra incluido en el listado de bienes y servicios resulta obligatoria utilizando la modalidad de subasta inversa, a partir de los 30 días calendario contados desde la publicación de las fichas técnicas respectivas en el SEACE, siempre que no se encuentre en el catálogo de Convenios Marco, caso en el que deberá emplearse dicha modalidad.

mientras que en las adjudicaciones directas el plazo es de cinco días hábiles.

El artículo 92° del Reglamento dispone que al convocarse un proceso por subasta inversa debe publicarse en el SEACE, cuando corresponda, un resumen ejecutivo del estudio de posibilidades que ofrece el mercado, bajo sanción de nulidad. Al respecto, nos preguntamos qué se refiere el término “cuando corresponda”, ya que ello no ha sido definido por el referido reglamento.

Por su parte, en la subasta inversa presencial el acto de presentación de propuestas, puja y otorgamiento de la Buena Pro es uno solo y público, por ende, debe estar presente un notario público o en defecto de éste, un juez de paz¹¹.

Una vez que el Comité Especial verifica brevemente que cada uno de los postores haya presentado los documentos obligatorios solicitados en la ficha técnica y en las Bases¹², determina quienes se encuentran habilitados y posteriormente, quienes pasarán a la etapa de puja, que serán aquellos que:

- hayan ofrecido el menor costo y,
- no hayan superado en más del 10% el menor costo ofertado, salvo que no pasen a etapa de puja por lo menos tres postores, en cuyo caso se elegirán a los tres postores que ofertaron las menores ofertas económicas.

Esbozaremos un ejemplo con la finalidad de graficar lo expuesto previamente:

Se presentan cinco postores habilitados con las siguientes ofertas económicas (se toma como valor referencial del proceso a 100):

P1: 70
P2: 85
P3: 76
P4: 80
P5: 72

Como se aprecia, el P1 es quien ofertó el monto más bajo, por lo que pasaría al periodo de puja, al igual que P5 y P3, que fueron los que no ofertaron más del 10% de lo ofertado por P1. Por tanto, en este primer ejemplo pasarían al periodo de puja tres postores.

Veamos lo que ocurre en un segundo ejemplo. Se presentan cinco postores que han sido habilitados, ofertando los siguientes montos (se toma como valor referencial del proceso a 100):

«Existen ciertos bienes y servicios que poseen determinadas características que requieren que se utilice una modalidad de selección particular. Si bien dichas contrataciones están inmersas en un tipo de proceso de selección, las reglas que se le aplican son en su mayoría distintas a las de procesos regulares»

P1: 92
P2: 98
P3: 80
P4: 82
P5: 99

Como se observa, P3 ofertó el monto más bajo, por lo que pasaría al periodo de puja. El 10% del monto ofertado por P3 es ocho, por lo que pasarán a puja todos aquellos postores que no ofertan más del 10% del monto ofertado por P3, es decir ochenta y ocho puntos, siendo P2 el único que cumple esa condición.

En vista que sólo pasarían dos postores a la etapa de puja, según lo indicado en el artículo 2° del Reglamento de Subasta Inversa Presencial, en este caso se tomarán las tres mejores ofertas económicas, por lo que además de P3 y P2, pasará P1.

No obstante lo expuesto, si sólo hubiera dos postores habilitados que pudieran pasar al periodo de puja, ésta se efectuaría con ellos.

Una particularidad relacionada con la convocatoria de la subasta inversa es que ésta debe indicar el valor del decremento mínimo que debe aplicarse durante el periodo de puja, el mismo que no puede ser inferior al 0.1%, ni superior al 3% del valor referencial unitario que corresponda.

En efecto, en la puja los postores deben ofertar montos respetando por lo menos el decremento mínimo, el cual primero se aplicará al monto económico menor ofertado.

11 Salvo en los procesos convocados mediante Adjudicación de Menor Cuantía en los que la presencia de notario o juez es facultativa.

12 Tal como dispone el artículo 93° del Reglamento, se presume que los bienes y/o servicios ofertados cumplen con las características exigidas en las fichas técnicas y con las condiciones previstas en las Bases. Esta presunción no admite prueba en contrario.

En ese sentido, los postores deberán realizar sus ofertas económicas por un valor menor al inmediatamente anterior propuesto, respetando el decremento mínimo, si alguno se desiste de ofertar será excluido de la puja y resultará ganador aquel que oferte el menor monto económico¹³.

Un aspecto importante que debemos comentar sobre este punto es que, a diferencia de la normativa anterior, actualmente no se aplica la bonificación establecida en la Ley de Promoción del Desarrollo Productivo nacional en la modalidad de subasta inversa.

Al respecto, consideramos acertado este cambio normativo ya que la subasta inversa tiene por finalidad que el Estado contrate con proveedores que hayan ofertado el monto más bajo, ya que se entiende que técnicamente el producto cumple con las características estandarizadas por el mercado, por tanto, si se aplica la bonificación del 20% se permite que gane la Buena Pro y contrate con el Estado un postor cuya oferta no era la menor, lo cual tornaría ineficiente a dicha modalidad de selección.

Cuando la Entidad desea realizar el periodo de puja mediante lances electrónicos, es decir, a través de una subasta inversa electrónica, el proceso de selección es realizado a través del SEACE, siendo el OSCE el encargado de administrar el sistema¹⁴.

Otra particularidad que caracteriza a la subasta inversa está relacionada con la condición que deben cumplir los postores que deseen apelar la Buena Pro o cualquier acto anterior a la misma, los cuales deben manifestar su intención de apelar al culminar el periodo de puja, toda vez que de lo contrario se considera que han consentido el otorgamiento de la Buena Pro¹⁵.

Un cambio normativo que amerita ser comentado está referido al plazo que tienen los postores para apelar, el mismo que ha sido equiparado al establecido en los procesos regulares (cinco u ocho días dependiendo del tipo de proceso), a diferencia de la normativa anterior, en la que el plazo para apelar una subasta inversa era mucho menor (tres días) (mientras que en procesos regulares los postores tenían ocho días).

C) Fase de contractual

Al momento de suscribir el contrato, según lo indicado en las Bases, puede solicitarse la presentación

de ciertas certificaciones al postor ganador de la Buena Pro.

Un ejemplo de controversia en la etapa de ejecución contractual se aprecia en la venta de ciertos medicamentos en los que la ficha técnica solicita que se realicen pruebas por una cantidad que excede el número de productos que se pretende adquirir. En este caso resulta lógico que se reduzca la cantidad de muestras a ser analizadas, ya que de lo contrario se encarecería ingentemente el valor de los bienes adquiridos.

Luego de esbozar los aspectos principales que caracterizan a esta modalidad de selección, consideramos pertinente comentar algunos datos estadísticos proporcionados por el OSCE.

3.2 Datos Estadísticos

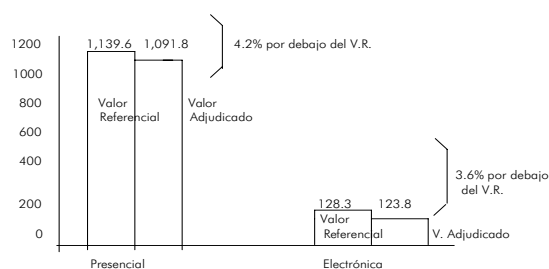
Empezaremos comentando que a noviembre del 2008¹⁶, se habían adjudicado 9,729 procesos bajo la modalidad de subasta inversa, de los cuales 8,364 se llevaron a cabo de manera presencial y 1,365 en forma electrónica.

Al respecto, los combustibles representaron el porcentaje mayor adjudicado (48.5%); seguido del rubro de materiales de construcción (27.7%) y de medicinas (12.5%).

De otro lado, se indica que el valor adjudicado en la subasta inversa fue inferior en 4.2% la presencial y 3.6% la electrónica, cifras similares a las obtenidas en procesos regulares.

Sin embargo, en el reporte se ha señalado que el porcentaje obtenido se debe algunos procesos puntuales de gran envergadura, sin los cuales el porcentaje caería en un 2.3% aproximadamente en la subasta inversa presencial y 1.2% en la subasta inversa electrónica.

A continuación apreciaremos un cuadro que grafica lo expuesto.



13 Esto no siempre fue así, ya que algunos postores ganaban sin haber ofertado el menor monto económico debido a que contaban con la bonificación del 20%.

14 Mediante la Resolución N° 590-2006-CONSUCODE-PRE, se aprobó el Reglamento de la modalidad de selección por Subasta Inversa Electrónica.

15 Situación distinta ocurre cuando lo que se desea apelar es un acto posterior a la Buena Pro, como la nulidad del proceso o la cancelación de la Buena Pro por ejemplo, casos en los cuales los postores no están obligados a dejar sentado su deseo de apelar ya que tomarán conocimiento de éstos en forma posterior al otorgamiento de la Buena Pro.

16 Según el Reporte de Contrataciones elaborado por el CONSUCODE a noviembre del 2008.

De lo expuesto, podemos concluir que el ahorro de los recursos públicos obtenido en los procesos bajo la modalidad de subasta inversa no ha sido muy alto durante el año 2008.

Si nos remontamos al año 2007, la situación se repite ya que el valor adjudicado se ubicó 3.34% debajo del valor referencial, siendo que la tercera parte de dicho porcentaje se debe a una licitación pública de medicinas por un monto importante convocado por el MINSA.

De la información estadística vertida por el entonces llamado CONSUCODE en los últimos dos años, podemos aseverar que la subasta inversa no ha logrado un ahorro demasiado alto en los recursos públicos, siendo éstos muy similares a los resultados obtenidos en los procesos regulares, situación que nos lleva a cuestionarnos cual puede ser el motivo, máxime cuando en esta modalidad de selección los postores pueden reducir el monto inicial de su oferta económica, a diferencia de los procesos regulares en que los postores presentan una oferta económica invariable.

Lo ideal sería que el bajo ahorro en los recursos públicos se sustente en el hecho que los estudios de mercado que realizan las entidades públicas para determinar los valores referenciales estén tan bien calculados que reflejen de manera precisa los precios ofrecidos por el mercado y que por ello los postores no puedan ofertar montos considerablemente menores a los establecidos como valor referencial en cada proceso, toda vez que lo contrario significaría una pérdida económica para éstos.

Sin embargo, no contamos con información que permita aseverar la situación planteada en el párrafo precedente, siendo ella materia de análisis en un nuevo artículo, en el que podamos detectar a qué se debe que el ahorro en los recursos públicos sea similar en la subasta inversa y en los procesos regulares.

De otro lado, con relación a las entidades demandantes, según el reporte elaborado hasta septiembre del 2008, fueron 1,340 entidades estatales las que convocaron y adjudicaron la compra de bienes mediante el uso de la subasta inversa, de las cuales 1,186 fueron presenciales y 63 electrónicas.

El Informe de Contrataciones Públicas publicado por el CONSUCODE al 30 de septiembre del 2008, establece que el tiempo de duración promedio en la subasta inversa presencial, desde la convocatoria hasta el consentimiento de la buena pro —en los meses de enero a setiembre del 2008— fluctuó entre los catorce y quince días hábiles y, en la subasta inversa electrónica fue de ocho a trece días hábiles.

3.3 Experiencia Colombiana

En Colombia, la Ley N° 1150 del 2007 introdujo reformas a la Ley N° 80 de la Contratación Estatal (ley marco que rige el régimen de contratación pública colombiana), a fin que se introduzcan medidas para su eficacia y transparencia.

En efecto, dicha modificación legal intentó reglamentar nuevas herramientas, cuyo objetivo es que la contratación colombiana sea más transparente, económica y ágil.

Mediante la Ley N° 1150, se incorpora —entre otros— la subasta inversa o invertida (llamada así porque su metodología no consiste en seleccionar a quien da más, sino por el contrario, a quien ofrece el menor valor) para la adquisición de uniformes.

En lo relacionado con la licitación pública se ha establecido la posibilidad de utilizar (total o parcialmente) la modalidad de subasta inversa (en el régimen peruano la subasta se utiliza totalmente), por lo que los oferentes podrán ajustar su oferta respecto de aquellas variables susceptibles de ser mejoradas, con la finalidad de realizar ofertas por el menor costo, representando así la mejor relación costo beneficio para la entidad.

En cuanto a la selección abreviada, ésta modalidad es utilizada —entre otros— para la adquisición de bienes y la contratación de servicios que poseen características técnicas comunes¹⁷.

Mediante el Decreto N° 066 del 2008, el Gobierno Colombiano reglamentó las modalidades de selección que deben aplicarse a los procesos de contratación públicas¹⁸.

17 Al respecto, la Ley N° 1150 del 2007 define estos bienes y servicios de características técnicas comunes a aquellos que son utilizados usualmente por las entidades, con las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, que comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos.

18 El artículo 14°, referido a la presentación de la oferta de manera dinámica mediante subasta inversa, establece que se entiende por subasta inversa para la presentación de la oferta, la puja dinámica efectuada electrónicamente, mediante la cual los oferentes, durante un tiempo determinado, ajustan su oferta respecto de aquellas variables susceptibles de ser mejoradas, con el fin de lograr el ofrecimiento que por tener el menor costo evaluado represente la mejor relación costo-beneficio para la entidad, de acuerdo con lo señalado en el pliego de condiciones.

El pliego de condiciones señalará si en el proceso de licitación de que se trate procede la presentación total o parcial de la oferta de manera dinámica mediante subasta inversa. Tal método sólo se empleará cuando se aplique la alternativa de evaluación de la mejor relación de costo - beneficio a que se refiere el literal b del numeral 3 del artículo 12° del mismo decreto.

Cuando se use para la presentación de la totalidad de la propuesta, el sistema permitirá, mediante lances sucesivos ascendentes o descendentes según se defina para cada variable, obtener de manera automática la relación costo - beneficio de cada propuesta.

Un aspecto importante del régimen de subasta inversa colombiano es el hecho que si el proponente que gana un proceso bajo dicha modalidad, decide, sin justa causa abstenerse de suscribir el contrato adjudicado, queda inhabilitado para contratar con el Estado por un término de cinco años, de conformidad con el literal e) del numeral 1) del artículo 8° de la Ley N° 80 de 1993, plazo mayor al contemplado para esa misma causal por el régimen de contratación pública peruano, en el que el plazo máximo de sanción que se le otorga es de dos años.

Al igual que en el régimen peruano, en el colombiano los bienes y servicios que se compra mediante subasta inversa se encuentran incorporados en fichas técnicas que incluye sus características y especificaciones; no obstante, su elaboración es responsabilidad de cada entidad.

Asimismo, en Colombia también existen dos tipos de subastas inversa: la presencial y la electrónica; sin embargo, en el artículo 23° del Decreto N° 066 de 2008 se establece que el tipo que las entidades deben usar en primer término es la electrónica, salvo que las entidades certifiquen que no cuentan con la infraestructura tecnológica para ello, caso en el que podrán utilizar la subasta inversa presencial.

4. CONVENIO MARCO DE PRECIOS

El convenio marco es una modalidad de selección que tiene por finalidad que las entidades públicas contraten directamente con ciertos proveedores determinados bienes o servicios, siempre que éstos

se encuentren en el catálogo del convenio marco. Se encuentra Reglamentado mediante la Resolución N° 449-2006-CONSUCODE-PRE.

Al igual que ocurre con las fichas técnicas en la subasta inversa, la decisión de Perú - Compras (en el caso de la subasta la decisión es del OSCE) de crear un convenio marco puede surgir por iniciativa de ésta o debido las solicitudes de gremios, proveedores, etc. siempre que luego de analizar su viabilidad y conveniencia se justifique la utilización de dicha modalidad para la compra de determinados bienes o servicios.

La utilización de un convenio marco se da en bienes (en mayor medida) o servicios que son contratados de manera frecuente por las entidades públicas, siendo alguno de ellos, por ejemplo, papel bond, fólderes, sobres manilas, es decir, todos aquellos útiles de escritorio que son utilizados en las diversas entidades que conforman el Estado.

Otro requisito necesario que debe tener un bien o servicio para que sea contratado mediante esta modalidad es que presenten características uniformes u homogéneas (característica también requerida en la modalidad de subasta inversa), como; por ejemplo, los pasajes aéreos, papelería, impresoras, etc.

Las entidades públicas están obligadas a consultar el catálogo de convenio marco para determinar si el bien o servicio que desean contratar se encuentra en dicho catálogo, toda vez que si convocan un proceso de algún bien o servicio que se encuentra en el catálogo, tal proceso que deberá ser declarado nulo¹⁹.

En el evento de ser utilizado para configurar una porción de las variables de la oferta, el mismo permitirá obtener la mejor postura de cada oferente en relación con cada una de las variables sometidas al procedimiento.

En la fecha señalada en el pliego de condiciones los oferentes presentarán los documentos que acrediten la capacidad jurídica y el cumplimiento de las condiciones exigidas en relación con la experiencia, capacidad administrativa, operacional y financiera requerida por la entidad. En el caso de una conformación dinámica parcial de la oferta, a los documentos señalados se acompañará el componente de la oferta que no es objeto de conformación dinámica.

La entidad dentro del plazo previsto en el pliego de condiciones verificará el cumplimiento de los requisitos y condiciones señalados en el numeral anterior, con el fin de determinar cuáles de los oferentes pueden continuar en el proceso de selección. Con los oferentes habilitados, en la fecha y hora previstas en el pliego de condiciones, se realizará la subasta inversa para la conformación dinámica de la oferta.

En dicha subasta, los proponentes, en relación con aquellos aspectos de la oferta que incluyan variables dinámicas de conformidad con el pliego de condiciones, presentarán un proyecto de oferta inicial, que podrá ser mejorado mediante la realización de posturas sucesivas, hasta la conformación de su oferta definitiva, entendiéndose por ésta, la última presentada para cada variable dentro del lapso de la subasta.

Se tomará como definitiva la propuesta de oferta inicial que haya realizado el oferente que no hizo uso de su derecho a presentar posturas, una vez concluido el tiempo previsto para el efecto.

En ningún caso el precio ofrecido será la única variable sometida a conformación dinámica. La herramienta electrónica que se emplee deberá permitir que en todo momento el proponente aprecie su situación en relación con los demás competidores, en relación con el cálculo del menor costo evaluado. Si la subasta recae únicamente sobre algunas variables, las que no admiten mejora deben haber sido previamente evaluadas y alimentadas en el sistema, de manera que éste pueda ante cualquier lance efectuar el cálculo automático del menor costo evaluado.

Al término de la subasta, se adjudicará el contrato a quien haya presentado la oferta con la mejor relación costo - beneficio, de conformidad con lo previsto en el artículo 12° del presente decreto.

19 De acuerdo con la Directiva N° 10-2007-CONSUCODE-PRE, las entidades públicas pueden solicitar sustentadamente al OSCE, autorización para convocar un proceso cuando deseen contratar bienes o servicios que se encuentren incluidos en el catálogo de un convenio marco, siempre que demuestren que pueden obtener condiciones más ventajosas que las que obtendrían de utilizar dicha modalidad de selección. El procedimiento a seguirse en tal caso se encuentra desarrollado en la referida directiva.

También podría ocurrir que un bien o servicio se encuentra tanto en una ficha de subasta inversa, como en el catálogo del convenio marco, caso en el cual las entidades deberán seguir a esta última modalidad.

4.1 Particularidades

Inicialmente era el CONSUCODE quien convocaba y conducía esta modalidad de selección, además de definir las características de los bienes o servicios que se contrataban a través de ésta. Dicha labor es actualmente realizada por Perú – Compras, tal como lo dispuso el Decreto Legislativo N° 1018.

Adicionalmente a Perú – Compras, en el convenio marco participan los proveedores adjudicatarios que son aquellos que ofrecen bienes o servicios mediante el catálogo correspondiente y, las diversas entidades públicas contratantes, quienes contratan directamente con dicho(s) proveedor(es) adjudicatario(s), de acuerdo con sus necesidades.

A diferencia de la subasta inversa, en la que el uso de dicha modalidad es obligatoria recién a los treinta días de la publicación de las fichas técnicas en el SEACE, en el convenio marco la contratación de un bien o servicio que se encuentra en el catálogo electrónico de convenios marco es obligatoria desde el día siguiente de la publicación de las fichas respectivas (que forman parte del catálogo) en el SEACE.

Las adquisiciones y contrataciones realizadas mediante convenio marco cuentan con las mismas fases de los procesos de selección regulares, es decir, actos preparatorios, fase de selección y etapa contractual, siendo las dos primeras etapas conducidas por Perú - Compras, que se encarga de elaborar las bases, realizar el estudio de mercado y actuar como Comité Especial.

Una particularidad de esta modalidad de selección es que sólo puede ser convocada únicamente mediante dos tipos de procesos de selección: Concurso Público (servicios) o Licitación Pública (bienes), no siendo posible que un convenio marco se desarrolle mediante Adjudicaciones Directas o de Menor Cuantía.

El valor referencial que se consigna en las bases del convenio marco no es total, sino un valor unitario por ítem, cuando corresponda.

Al igual que en los procesos regulares, en el convenio marco existen las siguientes etapas durante el proceso: convocatoria, registro de participantes, presentación de consultas y observaciones a las bases, integración de bases, presentación de propuestas, evaluación de propuestas y otorgamiento de la Buena Pro.

A pesar que las etapas del convenio marco son las mismas que en los procesos regulares, el beneficio más claro que se obtiene con esta modalidad de selección es que las entidades que deseen adquirir bienes o servicios que se encuentran en los catálogos de los convenios marco, no requerirán convocar un proceso regular para contratar tales bienes y servicios, sino que podrán adquirirlos directamente con los proveedores que han sido previamente seleccionados, lo cual reduce enormemente sus plazos de contratación.

El Reglamento anterior no permitía que los postores solicitaran la elevación de bases al OSCE para su revisión y posterior emisión de un Pronunciamiento, situación que cambió con la reciente entrada en vigencia del Reglamento actual.

Algunos de los factores de evaluación que han sido consignados en convenios marco son, por ejemplo:

Plazo de entrega, en el que se otorga el mayor puntaje al postor (o postores) que oferten los menores plazos de entrega.

El valor mínimo de atención, en el cual se concede el mayor puntaje al postor (o postores) que oferten atender órdenes de compra o contratos por el monto mínimo más bajo.

Cobertura, en la que se otorga el máximo puntaje al postor (o postores) que ofrezcan atender los pro-

«Un aspecto que ha sido criticado por muchos proveedores del Estado y con la opinión pública está referido justamente con el hecho de que se incorpore en fichas técnicas bienes o servicios que no poseen las características de commodities, lo cual ha generado problemas a diversas entidades públicas al momento de llevar a cabo sus compras mediante esta modalidad de selección»

ductos ofertados en la mayor cantidad de regiones posibles, ello con la finalidad de que se pueda abastecer a la mayor cantidad de entidades públicas ubicadas en las distintas regiones²⁰.

Porcentaje de descuentos, en el que se premia al postor (o postores) que oferten los más altos porcentajes de descuentos cuando las entidades realizan compras por cantidades ingentes.

Garantía. Este factor es el mismo que se aplica en procesos regulares, en los que se otorga el mayor puntaje al postor (o postores) que garantizan los productos por un periodo mayor, lo cual incluye el reemplazo de los bienes sin costo adicional para las entidades que decidan contratarlo(s).

Resulta pertinente precisar que las Bases del convenio marco deben precisar el plazo de vigencia que tendrá dicho convenio, así como el puntaje mínimo que deben obtener los postores para que resulten adjudicados con la Buena Pro, pudiendo resultar adjudicados varios postores a la vez, los mismos que además de ofertar condiciones diversas, pueden haber ofrecido precios diferentes.

Una vez que la Buena Pro ha sido otorgada a los postores adjudicados, éstos adquieren el derecho a suscribir el Acuerdo de convenio marco, que es un documento que suscriben con Perú - Compras²¹, el cual está integrado de cláusulas generales (renovación del convenio marco, solución de controversias, entre otros) y específicas (precio, cantidades máximas o mínimas de abastecimiento, plazo de entrega, etc.).

En ese sentido, otro beneficio de esta modalidad de selección se aprecia en el hecho que las entidades públicas reciben una información más precisa al momento de elegir al proveedor con el que contratarán, toda vez que pueden conocer las cantidades máximas o mínimas (en el caso de bienes) que éstos están en capacidad de vender, las garantías que ofrecen (las que pueden variar de un proveedor a otro), entre otros. Es decir, las entidades públicas deben optar por contratar con el proveedor cuyas condiciones permita atender el requerimiento que más le convenga y sin la necesidad de desarrollar un proceso de selección previo.

Por tanto, en vista que las entidades contratan estos bienes o servicios que son parte de un convenio marco, de acuerdo con sus necesidades reales (desempeño, materiales, garantía, certificaciones, rendimientos, precio), tienen menos probabilidades de desabastecerse y de sobre abastecerse.

Con relación a los proveedores adjudicatarios, el convenio marco los beneficia al generarles mayores oportunidades de negocio sin tener que asumir los costos de presentar propuestas constantemente (recoopilación de documentos, presentación de cartas fianzas, entre otras) y luego de haber participado en un único proceso transparente que ha sido llevado por un ente especialista en dicha modalidad de selección.

De otro lado, si algún postor desea impugnar un acto del proceso, podrá hacerlo de acuerdo con lo establecido en las normas aplicables a los procesos regulares.

Las contrataciones se formalizarán mediante la remisión y aceptación de las órdenes de compra o de servicios, cuando el monto corresponda a una menor cuantía y, mediante un contrato cuando el monto esté referido a los demás procesos, caso en el cual se aplicarán todas las disposiciones contenidas en el Reglamento.

No obstante, existen casos en los cuales previamente a la emisión de la orden de compra o la suscripción del contrato, las entidades requieren enviar una solicitud de cotización al proveedor con el que desean contratar y ello se produce cuando éste se encuentra ubicado en una provincia distinta a la del lugar de entrega del producto (a pesar de lo cual su cobertura le permite acceder a dicha posibilidad de compra), con la finalidad de que indique el costo de distribuir el producto en el lugar de entrega.

El proveedor cuya solicitud de cotización ha sido enviada está obligado a responderla en el plazo consignado en el convenio marco, una vez que dicho plazo haya transcurrido sin que la entidad haya recibido respuesta del mismo, se entenderá que el costo de envío es cero, pudiendo la entidad crear la orden de compra que corresponda.

En caso el proveedor responda a la solicitud de cotización enviada por la entidad, ésta deberá evaluar la conveniencia de enviar la orden de compra a su favor, lo cual deberá ser realizado de manera presencial y según el procedimiento interno de cada entidad.

Los proveedores que forman parte de un convenio marco están obligados a cumplir las prestaciones pactadas con las entidades públicas, según lo indicado en la ficha técnica (plazos, garantías, mejoras, etc.), salvo que la entidad con la que tiene obligaciones mantenga una deuda con éste o con otro

20 Al respecto, resulta pertinente precisar que cuando los postores deciden ofrecer cobertura en regiones distintas a su provincia de origen y se resultan favorecidos con la Buena Pro, deben enviar una cotización de flete a la entidad que los quiera contratar, en la que consignen los gastos de embalaje, transporte, distribución, entre otros, los mismos que al momento de la emisión de orden o suscripción del contrato respectivo, serán adicionados al costo de los productos.

proveedor del mismo convenio marco, derivada de transacciones efectuadas a través de su catálogo. En los demás supuestos de incumplimientos por parte de los proveedores que forman parte de un convenio marco, se aplicarán las sanciones administrativas reguladas en el Reglamento.

La solución de controversias durante la etapa contractual, al igual que en los procesos regulares, se resuelven mediante conciliación y/o arbitraje.

Otra particularidad del convenio marco es que éste tiene un plazo de vigencia, el mismo que no puede ser mayor al año computado desde la publicación del bien o servicio objeto de la convocatoria en el catálogo de convenios marco que opera en el SEACE; no obstante, puede ser renovado sucesivamente hasta por un año y medio. Este plazo resulta razonable si tomamos en cuenta que en un periodo mayor los precios del mercado pueden variar considerablemente, no pudiendo llegarse a acuerdos sobre mejoras con los proveedores que forman parte del convenio.

En la misma línea, el hecho de convocar un nuevo proceso para un convenio marco permite que otros proveedores participen y puedan resultar adjudicados con la Buena Pro.

Un aspecto adicional que tiene relación con el periodo de vigencia de un convenio marco se produce cuando algunos proveedores adjudicados con la Buena Pro establecen por ejemplo una cantidad de bienes que pueden vender a las entidades públicas, por ende, cuando tal stock es adquirido en su totalidad, las obligaciones de dicho proveedor con relación al convenio marco culminan, siendo por ello pertinente que luego de transcurrido un periodo se vuelva a convocar un proceso para que pueda habilitarse a más proveedores.

De otro lado, debemos precisar que los convenios marcos pueden ser revisados, luego de lo cual es posible solicitar a los proveedores que mejoren sus precios o condiciones y si éstos aceptan, se debe modificar la ficha o fichas del convenio marco que correspondan.

Cabe la posibilidad que Perú - Compras de por finalizado un convenio marco si los proveedores no aceptan ofrecer mejores condiciones que las ofertadas en el mercado. Esto permite que los bienes y servicios que forman parte de los convenios marco puedan ofrecer precios que permitan el ahorro público.

4.2 Datos Estadísticos

Al tercer trimestre del 2008, existían cinco convenios marco; no obstante, al 30 de noviembre sólo se encontraban vigentes tres de ellos: papelería, impresoras y útiles de escritorio.

Hasta noviembre del 2008 se realizaron pedidos por un valor de 140 millones de soles, siendo 734 las entidades que han utilizado esta modalidad de selección, de las cuales ESSALUD es quien ha usado con más frecuencia el catálogo al haber emitido 1996 órdenes de compra.

Con relación al convenio de papelería, se observa que participaron muchos proveedores en el proceso de selección llevado a cabo por el OSCE, lo cual trajo como consecuencia que se eleve la competencia entre ellos, es por ello que mientras el valor referencial en este caso fue de S/. 62,79 millones de soles, el valor comprado por las entidades fue de S/. 58,69 millones de soles, produciéndose un ahorro de más de 3 millones de soles.

En lo que respecta al convenio de útiles de escritorio, también podemos apreciar un ahorro público, que si bien es menor al obtenido en el de papelería no deja de ser importante. En efecto, los proveedores calificados mejoraron sus precios debido a la competencia producida, lo cual produjo que las entidades públicas ahorren un total de 0.35 millones de soles, respecto al precio inicial ofertado por los proveedores.

En el caso de las impresoras, la situación es distinta, ya que la gran mayoría de las ofertas iniciales de los proveedores fueron mayores al valor referencial establecido, probablemente porque la duración de este convenio es de un año. En este convenio la competencia casi no se produjo, ya que únicamente calificaron once proveedores.

4.3 Experiencia Chilena

Una experiencia importante a nivel de Latinoamérica que sin duda ha sido de gran referencia para las compras públicas peruanas a través del convenio marco es el caso de Chile Compra que es un supermercado virtual de bienes y servicios estandarizados en las que el gobierno ha licitado opciones de compra.

Este supermercado les permite a las entidades públicas chilenas contratar un bien o servicio sin tener que llevar a cabo un proceso de selección, tal como ocurre con el convenio marco en el Perú.

En efecto, es Chile Compra quien determina qué productos se licitarán para el Catálogo Electrónico de Productos y Servicios de Convenios Marco, de acuerdo a estudios sobre los bienes y servicios más demandados por los distintos Organismos Públicos. Luego de que los Proveedores presentan sus propuestas, Chile Compra realiza una evaluación, cuyo resultado, es decir, los bienes y servicios aprobados, se incorporan en el Catálogo Electrónico de Productos y Servicios, al cual tienen acceso directo los Organismos.

«A diferencia de la normativa anterior, actualmente no se aplica la bonificación establecida en la Ley de Promoción del Desarrollo Productivo nacional en la modalidad de subasta inversa»

Algunos de los bienes que han sido adquiridos mediante el supermercado virtual de Chile Compra son: muebles para oficina (escritorios, mesas, estantes), artículos de escritorio, artículos de aseo e higiene, productos de ferretería, vehículos y combustibles, entre otros.

Con relación a los servicios que han sido adquiridos por las entidades públicas chilenas mediante Chile Compra son: avisos en diarios, consultorías y capacitación, selección de personal, servicio de correo, etc.

En el caso de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, la suscripción de Convenios Marco, no es obligatoria respecto de los bienes y servicios que respectivamente determinen ciertas autoridades internas, de acuerdo a los criterios que al respecto define el reglamento sobre adquisiciones de bienes corporales e incorporales muebles y servicios de las Fuerzas Armadas.

Para los Municipios la suscripción de Convenios Marco no es obligatoria, sin perjuicio de que éstas, individual o colectivamente, puedan adherir voluntariamente a los mismos, según lo señalado en el artículo N° 30, letra d, inciso 3 de la Ley de Compras Públicas. CA