

Entrevista a Jorge Danós Ordoñez*

La Subasta Inversa

Por: Emma Canchari Palomino
Shirley Chávez Huiñape

1. En los últimos meses el mecanismo de Licitación Pública por Subasta Inversa se ha visto envuelto en críticas de un gran sector de nuestra población que identifica en el proceso poca flexibilidad y escaso control sobre el uso de los recursos públicos. En este sentido, ¿Es la Subasta Inversa un mecanismo adecuado para efectuar las compras estatales? ¿Las normas nacionales han regulado adecuadamente la figura?

Recordemos que la Subasta Inversa constituye una de las modalidades previstas en el régimen legal de contrataciones y adquisiciones del Estado, junto con los procedimientos administrativos de licitación, concurso, adjudicación directa y menor cuantía, mediante los cuales las entidades administrativas pueden adquirir bienes, servicios y celebrar contratos de obra, que requieren para cumplir sus funciones. Considero que la subasta inversa si constituye en principio un mecanismo que bien utilizado es adecuado para que el Estado pueda efectuar las compras de determinados bienes o servicios. Creo que las normas nacionales han regulado correctamente la figura, diferenciando entre la subasta inversa presencial y electrónica, sin perjuicio de que la experiencia que se ira produciendo determinará la necesidad o no de efectuar las correcciones que sean indispensables para mejorar su funcionamiento. Ahora bien es indispensable tener presente que a través de la subasta inversa el Estado sólo puede adquirir bienes y servicios estandarizados, es decir los denominados bienes comunes o commodities , respecto de los cuales no hay necesidad de discutir sobre la calidad de los mismos o sobre prestaciones adicionales, tal es el caso por ejemplo de las compras de papilla, gasolina, frazadas, colchones, postes de madera, etc.,. Corresponde a CONSUCODE determinar la relación de

bienes o servicios susceptibles de ser estandarizados para poder ser adquiridos a través de la subasta inversa. Según he podido leer de la página web de CONSUCODE a la fecha existen más de 400 bienes y servicios que se consideran estandarizados. En los procedimientos de Subasta Inversa no se evalúa la calidad de los bienes, servicios a adquirir o prestaciones adicionales, porque sólo se compete por el importe de los precios, por ello a diferencia de los otros procedimientos de selección en los que las normas legales establecen que las ofertas no pueden inferiores al 70% del valor referencial, en el caso de la subasta inversa no se establecen restricciones para presentar ofertas en porcentajes inferiores al indicado. Los postores compiten para ofertar el precio de venta mas bajo que les permita su estructura de costos.

Las estadísticas que hemos podido revisar en la pg. Web de CONSUCODE hasta el mes de agosto señalan que, en lo que va de este año, se han ahorrado 21 millones de soles a través de la Subasta Inversa. El diseño de la Subasta Inversa busca que los postores pujen a la baja. Otra ventaja es que la subasta inversa esta legalmente diseñada para que sea una modalidad de selección que se tramita mucho más rápida que otros procedimientos lo cual constituye una necesidad en nuestro país el día de hoy.

2. ¿Qué situaciones especiales explicarían el fracaso del proceso de Subasta Inversa para patrulleros desarrollado recientemente? ¿Qué modificaciones normativas serían necesarias para que el mecanismo de la Subasta Inversa funcione mejor?

Tengamos en claro que las adquisiciones frustradas de patrulleros se han producido en dos procedimientos diferentes. En el primero, la operación de compra

* Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la PUCP. Socio del Estudio Ehecopar. Miembro del Consejo Consultivo de "Derecho y Sociedad".

fracasó porque todo indica que se compro utilizando un valor referencia bastante alto. Luego se quiso utilizar la modalidad de subasta inversa para comprar los patrulleros pero se cuestionó la utilización de dicha modalidad porque no es posible estandarizar todos los equipos y prestaciones que contiene y se requieren para un patrullero, pero el Ministerio del Interior dejó sin efecto la adquisición no por estas razones, sino porque se argumentó que el postor ganador no había cumplido con todos los requisitos indispensables para suscribir el respectivo contrato. También se criticó a la operación de compra de patrulleros de que por tratarse de la modalidad de Subasta Inversa la entidad adquirente no sometió a evaluación de algunas prestaciones adicionales, como es el caso de lo referido al mantenimiento de los vehículos, la capacidad o experiencia de quien debería realizarlo, la calificación de la calidad del proveedor, entre otros. No son pocos los que cuestionaron que se haya adjudicado la buena pro de la subasta inversa a una empresa que no era un distribuidor reconocido, que no podía acreditar experiencia y que carecía de locales. .

Lo más importante, sin embargo, es que con motivo de la adquisición de los patrulleros se puso en evidencia que para adquirir determinados bienes y servicios era insuficiente solamente buscar quien ofrece el precio más bajo, porque en tales casos es indispensable pensar también en calidad, en confiabilidad, en garantía, en experiencia. Precisamente ahí recaía una de las principales críticas al proceso de compra de patrulleros mediante subasta inversa, sin embargo el Ministerio del Interior dejó sin efecto la operación no debido a que se utilizó de manera inapropiada la subasta inversa, sino que prefirió argumentar que el ganador no había cumplido con entregar dentro del plazo legal una garantía.

Considero acertadas varias de las críticas de carácter técnico que se formularon sobre el procedimiento seguido para la adquisición mediante subasta inversa de los patrulleros, porque la citada modalidad no es idónea para comprar dicho tipo de vehículos, no cuando menos en la cantidad requerida por el Ministerio del Interior y conforme a los requerimientos de mantenimiento y reparaciones que requieren los patrulleros debido al uso intensivo que reciben.

(Modificaciones normativas). Tengo entendido que la nueva administración de CONSUCODE presta mucho interés a que la modalidad de adquisición de Subasta Inversa opere eficientemente. Su nuevo presidente estuvo a cargo de la elaboración de los proyectos que permitieron implementar la citada modalidad y por tanto diría que CONSUCODE está muy enfocado en desarrollar este tema. Considero que sobre la materia no se han realizado modificaciones importantes sobre el reglamento en los últimos meses.

Considero que la Subasta Inversa está operando en términos generales correctamente y que el principal escollo que ha encontrado hasta la fecha lo constituye precisamente la compra frustrada de patrulleros porque se pensó equivocadamente que este tipo de vehículos

podía ser tratado como un bien común o commodity.

¿No cree usted que debería haber una responsabilidad por parte de los ejecutores porque hubo ciertas subastas inversas en la que se presentaba un solo postor para hacer la puja cuando hacía falta que fueran mínimo 2?

Pero, en varios procesos ya no es requisito que haya un solo postor en tanto se resguarde adecuadamente la publicidad del proceso. Por ejemplo, las normas señalan que hay comunicarlo al SEASE y al PROMPYME, las normas señalan que tiene que haber mínimo 8 días entre la comunicación y la presentación de apuestas. Sin embargo, hay otras entidades que usan la adjudicación directa, hoy publican y mañana adjudican, eso no es subasta inversa. He visto un caso en el que tuvieron que declarar la nulidad de la convocatoria porque publicaron a las 11 y media de la noche y se terminaron de inscribir a las 9 de la mañana del día siguiente. Era imposible que se hubieran escrito, declararon la nulidad y a las dos semanas hicieron lo mismo: un día publicitaron y al siguiente adjudicaron porque basta que esté publicado en el SEASE y en PROMPYME, y esa es otra modalidad de una subasta inversa, en ella hay 8 días que permite que haya algún nivel de publicidad entre los interesados.

En el ámbito de la publicidad se beneficia a los que piensan participar pero, por ejemplo, en la presencia podría haber el problema de que uno va con una propuesta bastante baja porque se supone que es una puja por el precio nada más pero al ver que no hay nadie se lanza con una propuesta más alta.

Sí, se puede presentar, el problema es también por parte del Estado, es decir, en cuanto a lo que tiene que hacer si viene uno o no y, entonces, lo que hago es no darle y convocar a otra porque eso se puede dar cuando se declaran desiertas entonces se convoca; se declara desierta y, entonces, se pasa a un tipo de menor cuantía que es casi ya te voy a buscar, te invito o vente acá. Cuando parecen que no vienen y se realiza el proceso con quien quiera venir

3. Tomando en cuenta que las Pymes tienen un capital reducido en comparación con las grandes empresas, lo que a diferencia de las segundas les dificulta acceder a una fianza bancaria: ¿Considera un problema que se haya eliminado la póliza de caución y se haya hecho exigible la fianza bancaria? ¿Se afecta con esto el derecho a la igualdad en el acceso a la contratación con el Estado?

Yo creo que no se ha explicado suficientemente el por qué del cambio y sé de gremios, no solamente de PyMES, sino de gremios empresariales que han cuestionado el cambio, incluso la legalidad del cambio; en su momento, pude observar algún informe interno de algún gremio. Sin embargo, entiendo que la lógica ha sido buscar la mayor garantía para el Estado en caso de que ocurra esta contingencia que haga la necesidad de ejecutar. No

tengo una estadística de a cuanto esta el interés de las PyMES, no he escuchado, sin embargo, voces fuertes de las PyMES que digan que están limitando, curiosamente la objeción que tuve oportunidad de conocer era de un gremio de empresarios que pedían que se les quite esa posibilidad, pero ya son 3 meses de esto y no se escucha más...

Sí, faltaría una mayor justificación porque no es bueno que la norma, habiendo dado una facilidad, quede suprimida.

Pero, en tal caso, ¿cuál es la diferencia entre esta fianza bancaria y la póliza de caución que es un poco controvertido?

Tengo la impresión de que es mucho más expeditiva, más directa y menos discutible en la fianza; en cambio, en póliza de caución las compañías de seguro no tenían la precisión, estaban más acostumbradas a discutir con sus clientes en términos de las coberturas de los seguros.

4. ¿Cuáles considera usted que deben ser las especificaciones que deben contener las fichas técnicas para asegurar la calidad de los productos? ¿Cree que la subasta inversa es un mecanismo adecuado para asegurar la calidad de los bienes?

Como hacía referencia con respecto al tema de patrulleros, el caso demuestra que la subasta inversa no es una modalidad adecuada para cierto tipo de bienes. Está hecha solo para los bienes estandarizados (o *comoditties*), a pedido de las entidades, calificado por CONSUCODE y publicitado por un plazo. Incluso, la norma afirma que CONSUCODE debe exhibir, someter a crítica y aprobar el proyecto de ficha en un plazo determinado. Pero, ¿Qué ocurre? Que las entidades también incluyen otros bienes que consideran *comoditties*. Entonces, en el tema de patrulleros, entiendo que fue el Ministerio quien pidió que sea considerado un bien común. Sin embargo, no se ha tomado en cuenta que en el tema de patrulleros la compra no pasa únicamente por estandarizar las características del bien, sino por un conjunto de prestaciones y garantías que son indispensables.

Entonces si lo añado al tema, creería que en principio, la gran mayoría de las fichas técnicas para asegurar la calidad de productos son correctas, no hubo gran problemas con lo de las plantillas porque está normalizado y ahí no hay más garantía que la garantía del producto típica. Ahí no está la experiencia, no está en juego cuántos talleres tienen, no está en juego la garantía de varios años y prestaciones, no juega la imagen de la empresa porque se supone que son empresas que están inscritas en el registro y que da certificados de calidad, etc.

Pero si tocamos el tema de vehículos, estas cuestiones cambian. Entonces yo creería que si es un mecanismo adecuado para asegurar la calidad de los bienes en tanto

que son bienes comunes y pasan por este proceso. La prueba está en que, de los más cuatrocientos casos que han sido aprobados, no hubo grandes escándalos de subasta inversa en el resto. Los problemas han sido en los bienes, lo cual demuestra que determinado tipo de bienes requieren otro tipo de proveedores y que no basta la estandarización del bien ni el precio.

“Como hacía referencia con respecto al tema de patrulleros, el caso demuestra que la subasta inversa no es una modalidad adecuada para cierto tipo de bienes (...)”

5. Frente a la Subasta Inversa presencial: ¿Considera una buena alternativa la Subasta Inversa electrónica presentada a través del portal electrónico del SEACE? ¿Cree usted que el internet es un instrumento de acceso universal?

Yo creo que el internet en el Perú tiene un enorme desarrollo manifiesto en comparación a otros países; y es que, cuando uno viaja, se observa que hay cabinas de internet por todos lados a diferencia de los demás países. En primer lugar, creo que el fenómeno se está expandiendo. En segundo lugar creo que sí es una meta, en muchos ámbitos, que haya muchos procesos que se puedan llevar a cabo por vía electrónica, lo cual podrá hacerlos menos costosos y más rápidos, siempre y cuando cuenten con todas las garantías del caso. Sin embargo, no tengo una idea clara de cuántas se realizan exclusivamente por vía electrónica. Hay que tener en cuenta que la subasta inversa presencial también admite pujas por vía electrónica. Las normas dicen que se admite la puja de los postores que van por vía electrónica, ya que pidieron hacerlo de esta manera. Entonces puede ser presencial o electrónica por quien se haya acreditado y quien permite que se haga en línea.

No creo que la subasta inversa electrónica sea mala *per sé*; sin embargo debería hacerse en varios casos, ya que permite que el proceso sea mucho más rápido y, además, cuenta con la automatización que, en buena cuenta, es el tema del cómputo.

Hoy, sobre subasta inversa presencial, la norma dice que en la puja y en las rondas de puja hay un orden según hayan presentado la propuesta. Cada uno tiene 3 minutos en cada ronda y si pasado ese tiempo, no contesta, automáticamente se cierra el sistema y se considera que ya no quiere participar. Esa máquina es la de la entidad que, a su vez, está con CONSUCODE, el sistema está hecho para cerrarse en el plazo determinado.

Entonces encierra una serie de garantías hacerlo por la vía informática porque permiten un nivel de

transparencia. Por ello es que, en teoría, es más rápida, se gasta menos papel, menos personas, menos costo de daño para el proveedor, etc.

Un punto en contra es que no todos tienen acceso a internet; sin embargo, la mayoría de procedimientos se publican por internet y los postores acceden también por internet, por vía SEACE o por vía Prompymes. Entonces, quienes tienen interés de vender al estado tienen que entrar a internet. Por lo que yo no vería allí un grave problema

6. ¿Cree que el rol de la Contraloría General de la República realizando control previo como veedor es eficiente? ¿En qué medida, si el representante del órgano de control no se compromete con lo supervisado en dicha oportunidad puede la Contraloría realizar alguna fiscalización posterior?

El rol de la contraloría como proveedor entiendo que es meramente disuasivo y, obviamente, recordar la regularidad en los aspectos básicos del procedimiento. Ahora, por qué nunca el rol de la contraloría es decisivo sino más bien preventivo: porque la contraloría hace normalmente un control posterior (salvo en algunos temas decisivos como en el caso de *adicionales* y otros), este es su rol por excelencia. En este sentido, que de alguna manera tiene alguna ventaja que esté de veedor, entiendo que sí, porque siempre hace que el funcionario público o el comité especial que tenga, sabe que la contraloría va a estar al costado y los asuntos "gruesos" no se van a poder llevar a cabo. Que esto vaya a significar que en todos los casos se puedan evitar que existan problemas o corruptelas, por supuesto que no.

En las resoluciones de CONSUCODE sobre recursos de revisión de subasta inversa, que he podido analizar, he visto que hay temas de exclusión, temas de nulidad, temas de errores, etc. Pero si comparo ese número de recursos de revisión con el número de procedimientos, concluimos que no hay muchos problemas. De todas maneras, creo que la contraloría cumple un rol importante con su presencia pero, obviamente, no es el único mecanismo que existe.

Como anécdota, el Ministerio de Salud hace un mes publicó que iba a convocar a una nueva compra de ambulancias y propuso a veinte invitados para garantizar el proceso con su presencia. Todas las entidades públicas posibles: Defensoría del Pueblo, Ciudadanos al día, Ministerio Público, Poder Judicial, al Congreso, etc. Quería lograr que todo el Perú oficial sea testigo de que las compras se estaban realizando bien. Sin embargo, lo que tengo entendido es que hasta ahora no pueden llevarlo a cabo porque nadie quiere aceptar. Nadie quiere comprometerse a garantizar con su presencia la legalidad de los mecanismos que se realizarían. Algunas entidades se han manifestado argumentando que no tienen por qué asumir ese compromiso, la Defensoría del Pueblo declaró que

ese no era su rol. Temas por el estilo, revelan lo que estoy comentando, es decir, tampoco se gana mucho involucrando a muchas personas mirando el tema. ¿Qué hubiese sucedido en la subasta inversa de patrulleros con veinte entidades observando? Algunos hubiesen dicho que se declare sin efecto, que se declarara desierta cuando hubiese habido un postor porque nadie lo conoce. No lo sé, si legalmente el tema no tiene problemas, es decir, el Ministerio a diferencia de la compra de patrulleros, no declaró la nulidad por la compra por subasta inversa, tuvo que ir por un tema formal: incumplimiento del ganador de la *buena pro*. El ministerio no pudo decir que hubo una ilegalidad o no quiso decirlo y en realidad no era así, era un tema de inconveniencia. Había un problema de origen: no debieron hacerlo por subasta inversa, ese era el problema con los patrulleros, al final lo terminaron llevando por otro lado. Y en el tema de patrulleros, la crítica era otra, era que habían comprado a un valor muy alto porque así lo ponía el precio de referencia y no habían evaluado el mercado. Entonces, la crítica popular asumía que lo que costaba 20 mil lo habían comprado a 27 mil, por poner un ejemplo. Claro, 20 mil pero sin sirena, sin radio, sin circulina, etc.

7. Actualmente existe una propuesta de reforma del sistema de compras estatales que intenta emular lo hecho en Chile (Chilecompras); sin embargo, el sistema chileno no tiene prevista la subasta inversa como una modalidad de proceso de selección. ¿Por qué no se ha aplicado la subasta inversa en Chile y qué relación tendría esto con el nuevo sistema de compras que intenta aplicar el Perú? ¿Cuáles cree que han sido nuestras principales deficiencias en la aplicación del mecanismo de subasta inversa en comparación a como se ha venido efectuando en otros países?

La propuesta que se discutió es crear un precompras al cual se le encarguen estas modalidades especiales, también aquellas compras corporativas y también cualquier otra que se le quieran encargar a las entidades públicas. Parece evidente el interés del gobierno ha sido de alguna manera transferir las adquisiciones que le han generado mayor controversia a otra entidad, fuera de la órbita de los ministros, para no generar algún tipo de responsabilidad.

Esto pasa por un problema, que es que probablemente, teniendo en cuenta que las entidades públicas en el Perú y las que tiene capacidad de compra superan a 2000 incluyendo municipalidades y regiones, municipalidades son 1800. Creo que el tema pasa por la mejora de gestión. Y mejorar la gestión también significa especializar y especializar a esas 18000 entidades que compran.

No crea suficiente con decirle que en todo aquello que pueda ser complicado pásale a ésta. Además la propuesta dice que no tenga más de 20 personas, es decir una serie de limitaciones. Insisto la finalidad es crear un canal de desfogue de las compras para no

generar responsabilidad política en los titulares de las entidades.

Insisto no se está tomando en cuenta cual es el mejor mecanismo de gestión. Hay un problema ahí, entiendo que no les están encargando toditas las subastas inversas, sino también las subastas inversas. Sí les están encargando todas las compras corporativas. Entonces las subastas inversas seguirán en cada entidad o esta entidad también podrá llevar subastas inversas respecto a lo que le encarguen. Por ejemplo el PRONAA puede decirle ya estoy exhausto, cómprame tú la papilla. La papilla es un bien común por lo tanto común y se puede dar por subasta inversa. También lo podrá comprar el mismo PRONAA, si así lo decide.

“Creo que el tema pasa por la mejora de gestión. Y mejorar la gestión también significa especializar y especializar a esas 18000 entidades que compran.”

¿Entonces la capacidad de decisión cómo se determinará?

Si se le encarga o no la compra de cada entidad. Lo que sí se da en exclusiva a PROCOMPRAS es la compra corporativa. Lo que pasa es con respecto de otros encargos que reciba tendrá que aplicar la modalidad continental. Cuando un servicio o bien esté calificado como común por CONSUCODE tiene que ir a subasta inversa.

¿A qué se refiere con Compra Corporativa?

Se refiere a compras en colectivas del Estado. Éstas se han comenzado hacer hace dos años. Y lo que hace es que ha determinados bienes como las hojas bond, por ejemplo, el Estado lo compra todo junto, o un gran número de entidades del Estado. Incluso seguros se han hecho por compras corporativas, pero hubo problemas operativos porque se hicieron para varias entidades y en ellas trabajan varias personas.

En resumen Estado suma necesidades y compra todo en bloque. Entonces por cantidad puede tentar obtener mejores precios.

Ahora Chile no tiene la subasta inversa. Esto no es un gran problema, lo que pasa es que Chile tampoco tiene el sistema de descentralización que tiene el Perú. Chile es un país con un modelo centralizado, que tiene intendencias, como una suerte de remedo de provincias y que no tiene la organización descentralizada que nosotros tenemos nosotros. Por tanto creo que PROCOMPRAS responde a otra lógica.

8. ¿Qué piensa con relación al planteamiento de encargar las compras del Estado a entes internacionales o comités especiales conformados por instituciones no estatales como directores de las compras? ¿Considera factible esta opción? ¿Qué costos tiene?

Hay entidades internacionales con experiencia importante como el PNUD (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo). Precisamente hace pocos días se ha anunciado que el ministerio del interior le va a encargar la compra de patrulleros. PNUD tiene sus manuales para realizar adquisiciones que utiliza a nivel internacional, conteniendo modelo de bases, normas de procedimiento y otros documentos estandarizados.

¿No se supone que el estado debe ser lo suficientemente eficiente?

No significa que el Estado tenga que recurrir siempre a entidades internacionales, salvo que se quiera aprovechar del conocimiento acumulado por dichos organismos, ampliar el abanico de competidores para que se presenten postores de otros países, o destrabar procesos de compras que pueden haberse trabado por diversos motivos impidiéndole al Estado adquirir bienes o servicios indispensables para su funcionamiento. Estoy de acuerdo en que la regla no debería ser encargarle las compras a entes internacionales, la regla debería ser mas bien potenciar las capacidades que tengan las entidades públicas en este tipo de procedimientos.

Sin embargo, tengamos claro que no es malo encargarlo a entes internacionales realizar las adquisiciones del Estado cuando sea indispensable. Mi impresión es que no se está generalizando y sólo se está recurriendo al PNUD en algunos casos.

¿Pero en qué medida se tiene en cuenta las necesidades de la institución?

La ficha técnica tiene que se elaborada por la entidad pública que requiere al PNUD su intervención. A lo sumo el PNUD podría cuidar que la entidad que le encargue algo, no le proporcione unas características que hagan inviable la competencia: Pero el pedido no lo dispone el PNUD, el pedido viene por encargo de la entidad administrativa adquirente. PNUD lo que se encarga es tratar de garantizar la transparencia.

9. El proceso de centralización de compras estatales pueden traer como consecuencia que se creen monopsonios en perjuicio de la competencia. ¿El Estado está evaluando este riesgo y la distorsión de mercado que se podría producir? ¿Qué rol debe jugar la autoridad de competencia en estos temas?

En principio cada entidad compra los bienes y servicios que requiere salvo que recurra a la modalidad de compras corporativas. Hay cierto tipos de productos que el principal cliente es el Estado, por ejemplo en el tema

de medicinas. Pero Ahí compra ESSALUD, Ministerio de Salud, incluso han realizado compras conjunto, pero que yo sepa no han generado este tipo de dificultades, porque insisto son en temas puntuales. Ahora hay otros temas como los convenios marco donde también hablamos de bienes estandarizados donde un proveedor celebra un convenio con el CONSUCODE y ofrece vender el bien a determinado precio. Ya está previsto que esto es conveniente para el Estado. Eso sí la gran creación de los últimos dos años de CONSUCODE ha sido subasta inversa y convenio marco. Subasta inversa ha tenido un empuje mayor porque además políticamente CONSUCODE tenía que tratar de parar la bolsa de productos. La bolsa de productos, salió una ley por la que el Estado podía

comparar con bolsa de productos, el colegio químico farmacéutico impugnó, no quería bolsa de productos y el Tribunal Constitucional la declaró inconstitucional porque regulaba básicamente por vía reglamentaria, y porque decía que no se aseguraba convenientemente los principales principios de libre concurrencia, igualdad y publicidad

Ante esto la respuesta de CONSUCODE fue la subasta inversa. Es una especie de bolsa de productos pero más centralizado donde se puja a la baja, se discute el precio . Esta modalidad ha sido la protagonista estrella del CONSUCODE. Y la del MEF ha sido la compra corporativa 