

INFORME SOBRE FORO “MAPA DE RIESGO NACIONAL SOBRE LICITACIONES PUBLICAS”.

El día 11 de diciembre de 2001, Transparencia Internacional realizó desde las 8:30 a.m. en el Hotel Ceasar Park, un foro taller, a objeto de confeccionar un mapa de riesgo sobre las diferentes situaciones que dentro de la legislación panameña sobre contratación pública, pudiesen dar lugar a corrupción o prácticas deshonestas.

Las personas invitadas al foro en representación de los diferentes sectores que de una u otra forma tienen relación con el tema de la contratación pública fueron:

1. Roberto Ruíz Díaz. Director Nacional de Contrataciones Públicas.
2. Ingeniero Gilberto Guardia. Miembro del Consejo Asesor de TI-Panamá y Ex Administrador de la Comisión del Canal de Panamá.
3. Ingeniero Manuel González Ruíz. Vicepresidente de la Cámara Panameña de la Construcción.
4. Licenciado José Javier Rivera. Vicepresidente de la Cámara de Comercio y Agricultura de Panamá.
5. Licenciado Adán Arnulfo Arjona. Magistrado Presidente de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.
6. Licenciado Enrique de Obarrio. Comisión de Ética de la Asociación Panameña de Ejecutivos de Empresa.
7. Licenciado Luis A. Palacios. Director de Asesoría Jurídica de la Contraloría General de la República.
8. Licenciado Juan Marrone Loaiza. Delegado por Alexis Zuleta, Director de Asesoría Legal del Ministerio de Economía y Finanzas.
9. Licenciado Ausberto Rosas. Firma de abogados Tile y Rosas.
10. Doctor Roberto Brenes. Presidente de la Fundación Libertad Ciudadana.
11. Javier Sait Acuña Rivera. Firma de Abogados Rivera, Bolívar y Castañeda.
12. Ingeniero Rene Orillac. Miembro del Consejo Asesor de TI-Panamá y Ex Ministro de Obras Públicas.
13. Licenciado Horacio Icaza. Secretario de APADIPROM.
14. Deyda Segura y Migdalia Mendoza. Caja de Seguro Social.
15. Lucas Verbolovzkis. ARDEIS.
16. Jorge Sanchez. Promed
17. Luis Enrique Varela. APADEA.
18. Licenciada Analiza Moreno. Firma de abogados Moreno y Fabrega.
19. Leonor Motta. TI-Panamá.
20. Marta Tamayo. TI-Colombia.

El día del foro se presentaron las siguientes personas:

1. Licenciado Juan Marrone Loaiza. Delegado por Alexis Zuleta, Director de Asesoría Legal del Ministerio de Economía y Finanzas.
2. Indira Triana de Muñoz. Procuraduría de la Administración.

3. Deyda Segura y Migdalia Mendoza. Caja de Seguro Social.
 4. Carlos Barragán. Ministerio de Economía y Finanzas.
 5. Ingeniero Rene Orillac. Miembro del Consejo Asesor de TI-Panamá y Ex Ministro de Obras Públicas.
 6. Ingeniero Gilberto Guardia. Miembro del Consejo Asesor de TI-Panamá y Ex Administrador de la Comisión del Canal de Panamá.
 7. Licenciado Ausberto Rosas. Firma de abogados Tile y Rosas.
 8. Bosco Quintero. Asociación de Aseguradoras.
 9. Licenciado Horacio Icaza. Secretario de APADIPROM.
 10. Licenciada Analiza Moreno. Firma de abogados Moreno y Fabrega.
 11. Victoria Figge. Fundación Libertad.
 12. Lucas Verbolovzkis. ARDEIS.
 13. Licenciado Luis A. Palacios. Director de Asesoría Jurídica de la Contraloría General de la República.
 14. Roberto Dominguez. Camara de Comercio.
 15. Javier Acuña. Cámara de Comercio.
 16. Roberto Ruíz Díaz. Dirección de Contrataciones Públicas.
 17. Leonor Motta. TI-Panamá.
 18. Jorge Carmez. Cámara de Comercio.
-

En el Foro, se utilizó un mecanismo de visualización a través de tarjetas, a objeto de que todos los participantes, pudiesen observar las conclusiones a las que había llegado cada grupo de trabajo, para de este modo generar una discusión sobre las mismas, y obtener una conclusión final consensuada.

Se utilizó como base para la discusión el mapa de riesgo general para Latinoamérica, preparado por Transparencia Internacional para Latinoamérica y el Caribe, el cual fue entregado con una antelación de una semana a los invitados al Foro.

Sobre este mapa de riesgo, Transparencia preparó un documento, analizando la legislación panameña frente a los riesgos generales identificados. El resultado fue el siguiente:

Puntos del Mapa de Riesgo:

I. “Exceso de libertad en la realización de contrataciones directas vía excepciones al procedimiento general de licitación, y falta de claridad en lo que hace a sus límites”.

En nuestra legislación, el artículo 263 de la Constitución Nacional, expresa la obligatoriedad de realizar toda contratación pública, salvo las excepciones que determine la Ley, mediante licitación pública.

El artículo 58 de la Ley 56 de 1995, establece 15 supuestos en los cuales se permite invocar la contratación directa como excepción. **Uno de los más invocados, es la**

Urgencia Evidente. De acuerdo al numeral 3 de la Ley, es la urgencia que no permita conceder el tiempo necesario para celebrar el acto público de selección de contratista. Este numeral fue reglamentado en el artículo 60 del Decreto Ejecutivo 18 de 1996, expresándose los requisitos necesarios para la autorización de la contratación por parte del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), entre ellos que la solicitud sea hecha previa a la contratación de servicios o la adquisición del bien y la presentación de por lo menos dos (2) cotizaciones adicionales a las de la persona con la que se quiere contratar (la cotización más baja debe entenderse), sin embargo, no se requerirán estos requisitos si de no adquirir los bienes, se ocasionaría la pérdida de vidas y graves perjuicios económicos sociales al Estado panameño. En estos casos se realiza la contratación y luego se envía el expediente al MEF para su revisión.

Consideramos que esto debe ser objeto de una clara reglamentación y el MEF como fiscalizador, debería solicitar cotizaciones adicionales a las exigidas por la entidad licitante a fin de verificar si los precios son acordes con la realidad del mercado.

En nuestra legislación, tampoco existe un mecanismo para definir a quién se le deben pedir ofertas, en caso de contrataciones directas. De esta manera se observa que luego de dos actos públicos declarados desiertos, queda a criterio de la entidad licitante escoger al proponente con el cual va a contratar. De hecho, a pesar de que las dos primeras convocatorias hayan sido declaradas desiertas por falta de competencia, por ejemplo porque participó un solo proponente, ha pesar de que cumplía con los requisitos exigidos y ofrecía un precio por debajo del precio de referencia, no existe en la ley la obligación de contratar directamente con este proponente.

Otro de los supuestos más invocados, es el numeral 1ro del artículo 58 de la Ley 56 de 1995, que permite contratar directamente cuando no haya más de un oferente, o cuando según “informe técnico oficial fundado”, no haya sustituto adecuado. El Decreto 106 de 28 de julio de 1998, reglamenta de algún modo la frase: informe técnico oficial fundado, indicando, que es aquel presentado por la entidad contratante con el objeto de exponer las razones que demuestren que, en relación con determinado bien, sólo existe un oferente o justifiquen que, en el mercado no hay sustituto adecuado, ya que dicho bien, por su particular naturaleza o características técnicas, es el que de manera singular o específica cumple con los requerimientos de la entidad.

Consideramos que queda demasiado margen a la discrecionalidad la figura del informe técnico que sustenta que no hay sustituto adecuado.

Por otra parte, la Resolución N°17 de 15 de diciembre de 2000, establece un procedimiento especial, al margen de la Ley de Contratación Pública, para las contrataciones directas que establece el Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa.

II. La existencia de una multiplicidad de reglas diferentes imperando en el mismo mercado.

Nuestra legislación contempla este riesgo, de hecho lo avala, al indicar en su artículo 14 que en las contrataciones para la ejecución de obras, adquisición de bienes, servicios o asesorías, servicios técnicos o de consultoría, podrán incorporarse las normas y procedimientos previstos en los contratos de préstamos con organismos financieros internacionales. En la práctica, se observan pliegos de cargos de estos organismos que violan principios elementales de la Contratación Pública, consignados en la Ley 56 de 1995.

III. Definir a puertas cerradas proyectos de gran magnitud y las reglas de las respectivas licitaciones.

- Aquí hay dos supuestos distintos:

a. La etapa de planeación del proyecto.

Nuestra legislación de Contratación Pública no contiene un mecanismo de “Audiencia Pública”, previo a la convocatoria del acto público. Existen normas aisladas como la Ley 62 de 31 de diciembre de 1999, sobre “El marco fundamental de la gobernabilidad y del mejor ejercicio de los poderes públicos para agilizar la Administración Pública”, que establece la obligación de la Autoridad de la Región Interoceánica de realizar Audiencias de Consulta Popular, cada vez que la ARI, vaya a tomar una decisión sobre el uso de un área específica que pueda afectar a propiedades privadas ubicadas en las áreas aledañas.

Los lineamientos generales de los grandes proyectos y grandes licitaciones, salvo contadas excepciones, por la naturaleza del proyecto, en la mayoría de los casos se dictan a lo interno de las entidades licitantes.

b. La discusión de los términos de la licitación.

Nuestra Ley de Contratación Pública, contempla la discusión obligatoria de los términos de toda licitación pública que exceda la suma de B/.250,000.00, en una reunión previa, por lo menos quince días antes de la fecha de la licitación. De igual modo obliga a realizar una homologación de estos términos lo cual conlleva una aceptación de los mismos. En la práctica, y así parece desprenderse del artículo 37 de la Ley 56, la reunión previa y la reunión de homologación del pliego de cargos, a pesar de que se publican en los medios de comunicación escrita, están reservadas para los que vayan a participar en la licitación pública. Si bien, esto es lo que parece desprenderse, la Ley no excluye la participación de la sociedad civil en las reuniones previas y de homologación de grandes proyectos, las cuales en la práctica no cuentan con la participación de representantes de la misma como ente crítico.

El modelo de contrato está contenido en el pliego de cargos, por lo que su contenido puede ser objeto de discusión en la reunión previa. El contenido del contrato, una vez adjudicado, no es inmodificable, nuestra legislación, permite sobre la base del interés público, realizar modificaciones y adiciones al contrato, tales como nuevos costos, revisiones de precios. La única limitación alude a la clase y objeto del contrato, lo cual no puede ser objeto de alteración.

IV. La Falta de estudios previos y cuando los hay, la falta de calidad o sesgo en los estudios previos a la licitación constituyen riesgo de corrupción.

En nuestras licitaciones, el precio estimado no está abierto ni al público ni a los proponentes, este se determina sobre la base de estudios que realice la entidad licitante, junto con la disponibilidad presupuestaria. Estos estudios, no son de conocimiento del público antes de que se haga la convocatoria y no siempre son incluidos en el pliego de cargos.

V. Desorden en la ejecución presupuestal que ocasiona que en el mes de diciembre las entidades “corran” a contratar todo lo que pueden, generando un alto riesgo de corrupción por la presión en la ejecución del presupuesto.

Las normas de administración presupuestarias contenidas en la Ley de Presupuesto anual, prevén la posibilidad de reservar la partida presupuestaria cuando no se ha ejecutado el presupuesto previsto para un proyecto, no obstante, esto tiene una fecha límite y por otra parte en la liquidación presupuestaria anual se mide el grado de ejecución del presupuesto.

VI. La falta de obligatoriedad de anuncio público y amplio. Nuestra legislación contempla la publicación en diarios de circulación nacional, estableciendo como regla general la publicación en dos diarios por tres días distintos. La publicación por otros medios es accesoria. La Autoridad del Canal de Panamá por ejemplo, establece otro procedimiento, que incluye siempre la publicación en internet.

VII. Falta de tiempo para que los potenciales licitantes puedan prepararse. La Ley de Contratación Pública, establece diferentes plazos de antelación para la publicación de los avisos dependiendo de la cuantía de la contratación. Por ejemplo, las Licitaciones Públicas cuyo precio estimado sobrepasa la suma de B/.250,000.00, deben publicarse con una antelación de 30 días calendario. ¿Es este suficiente tiempo para preparar una propuesta para una licitación compleja?

VIII. Las reglas para la licitación deben garantizar al máximo el derecho de impugnación, sea por vía administrativa, sea por vía judicial, para aquellos interesados que se crean perjudicados en lo tocante a cualquier decisión de la administración pública. La falta de garantías al derecho a la contradicción es incompatible con un Estado de Derecho.

En nuestra legislación sobre contratación pública, está debidamente plasmado el derecho al contradictorio, reconociéndole a las personas que consideren injusta la adjudicación de un acto público, el derecho a interponer recursos en la vía gubernativa y luego de agotada esta sin obtener una decisión a su favor, a acudir ante la vía de lo contencioso administrativo de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Siguiendo con esta línea, recientemente, la Sala Tercera, declaró inconstitucional la frase contenida en el artículo 23 de la Ley 56 de 1995, que señalaba que contra la decisión adoptada en las precalificaciones no cabe ningún recurso. En consecuencia contra la resolución que declara la precalificación de proponentes, caben los recursos que por la vía gubernativa otorga la Ley.

Existen, a pesar de lo arriba señalado situaciones poco diáfnas en la ley de contratación pública, respecto a la posibilidad de establecer un contradictorio en ciertas etapas del procedimiento. Por ejemplo, en el procedimiento de Concurso, no parece desprenderse del artículo 41 de la ley, que existe la oportunidad de impugnar el informe de la comisión evaluadora que declara cuales ofertas califican con el 85% de la propuesta técnica y tienen derecho a que se les abra el segundo sobre con el precio propuesto.

Por otro lado, el Decreto Ejecutivo 18 de 1996, en su artículo 25, indica que la entrega de la orden de compra (documento que hace las veces de contrato en las solicitudes de precios inferiores a los B/.50,000.00), hará las veces de adjudicación para efecto de la interposición de los recursos que proceden en la vía gubernativa, cuando con la entrega de la orden de compra empieza la ejecución del contrato.

Adicionalmente, la ley reconoce a los proponentes el Derecho a Queja, ante la Dirección de Contrataciones Públicas del MEF, cuando consideren que se han pretermitido procedimientos, o se ha vulnerado la Ley. Todavía es discutido hasta que momento de la etapa precontractual está facultado el MEF para atender las quejas que se interpongan y ordenar las respectivas correcciones.

En los pliegos de cargos de licitaciones avaladas por Organismos Internacionales, en la práctica, se observan cláusulas que limitan el derecho al contradictorio.

IX. Procesos de juicio de licitaciones que asignan “puntuación” al nivel de calidad de las ofertas quedan abiertos a la corrupción, porque dejan demasiado margen para la discrecionalidad del administrador público.

En nuestra legislación, la calidad, no es un parámetro de ponderación. Las Licitaciones y Solicitudes de Precios, se adjudican por precio (previo cumplimiento de requisitos exigidos), o por ponderación, sujeta a una evaluación técnica de las propuestas.

La calidad, es evaluada en las licitaciones globales por precio establecido, las cuales se realizan anualmente por parte del Estado y le corresponde a la Comisión Panameña de Normas y Tecnología (COPANYT), la determinación de la calidad de los productos.

En este mismo punto, señala el informe de Transparencia Internacional, que hay quienes consideran que el proceso de evaluación de criterios técnicos abarca necesariamente una apreciación subjetiva, por lo tanto sujeta a la influencia de intereses ocultos. Según este punto de vista el riesgo de adquirir bienes y servicios

de baja calidad es compensado por la exigencia de que la responsabilidad de definir calidad sea del propio Estado y no de los proponentes, y el riesgo de precios inejecutable se podría evitar con fuertes puniciones si hubiere fallas de ejecución

X. Que la responsabilidad de la evaluación de las propuestas recaiga en una sola persona.

Nuestra legislación es clara al respecto. En caso de que la adjudicación se realice por medio de evaluación de las propuestas, la comisión evaluadora debe estar conformada en números pares, siempre garantizando que exista un funcionario público condecorador de la materia objeto de la evaluación y un profesional independiente.

Respecto a la confrontación de criterios a la hora de calificar, la Ley señala que los pliegos deben contener la metodología para obtener las diferentes ponderaciones, sin embargo, sobre la mecánica de las reuniones de las comisiones, nada se indica. Por otra parte, la Ley no señala nada respecto a la obligatoriedad de acudir ante las diferentes asociaciones gremiales para obtener apoyo de evaluadores, lo cual deja al arbitrio de la entidad licitante el nombramiento de los profesionales independientes.

XI. Un esquema muy conocido de corrupción, consiste en definir condiciones restrictivas para la precalificación de empresas. Los límites no deben ser definidos en términos absolutos, sino como un porcentaje del valor estimado de cada evaluación.

En nuestra legislación, el procedimiento de precalificación de empresas, no está regulado. Ante la falta de regulación se siguen los mismos principios y procedimientos contemplados en la ley de contratación pública aplicable en las licitaciones.

En las precalificaciones, se evalúa sobre todo capacidad técnica y financiera, a objeto de que en la licitación solamente se realice la oferta de carácter económico. La evaluación se hace, sobre la base del cumplimiento de requisitos, a veces ponderados, y otras veces, de acuerdo a métodos como el pasa o falla (cumplimiento de todos los requisitos o la empresa es descalificada). Este mecanismo es utilizado comúnmente en los pliegos de las licitaciones de los organismos internacionales.

La Ley de contrataciones públicas si es clara al señalar, que toda persona que haya sido precalificada tiene derecho a participar en el acto público y no se podrá limitar el número de los proponentes para hacerlo inferior al de los precalificados.

En las licitaciones públicas, se tiende a otorgar puntajes a los diferentes parámetros a evaluar, los cuales en la práctica no tienden siempre a ser absolutos.

XII. La exigencia de “experiencia previa”, a las empresas competidoras.

En las licitaciones que realiza el Estado es una práctica el exigir referencias para calificar la experiencia previa en trabajos similares a los solicitados. Tanto en las licitaciones por precio, como en las evaluadas.

XIII. La exigencia de que las empresas licitantes tengan determinados equipos o empleen determinados tipos de profesionales.

En los pliegos de cargos, suele observarse este tipo de exigencia, principalmente en las licitaciones cuyas propuestas van a una comisión evaluadora. Se observa que se evalúa el personal de la empresa, sobre la base de sus años de experiencia, su grado académico entre otros aspectos. Lo referente al equipo, en ocasiones se sujeta a una inspección posterior al acto público, en la etapa de evaluación.

XIV. El cambio de las reglas del juego que afecten las posibilidades de participación durante la etapa de preparación de propuestas es un riesgo.

Nuestra legislación permite, realizar modificaciones al pliego de cargos, producto de las discusiones en reuniones previas o de homologación, o de manera unilateral por parte de la entidad licitante, las cuales han de hacerse de conocimiento público, por lo menos, 10 días calendario antes de la celebración del acto público. A pesar de que se permite introducir modificaciones a última hora, si estas tienden a favorecer a algún contratista, puede interponerse una queja ante el MEF, a objeto de que este solicite el expediente y conjuntamente puede solicitar la suspensión del acto público para subsanar la irregularidad.

XIV. El exigir garantías no razonables es una manera de restringir la participación de competidores. No es razonable exigir garantías financieras que correspondan a porcentajes muy altos del valor total del contrato.

Nuestra Ley permite, exigir fianzas de cumplimiento hasta por el 100% del valor del contrato. No se establecen ni mínimos ni máximos. El porcentaje de la fianza lo determina cada institución de acuerdo al grado de complejidad de la licitación. En los casos de suministros, siempre el porcentaje es menor que en los contratos de obra. A diferencia de la falta de parámetros claros para la determinación del monto de la fianza de cumplimiento, lo cual genera en ocasiones exceso de discrecionalidad, para la determinación del monto de la fianza de propuesta, se expresa en la Ley, que no se fijarán fianzas mayores del 10% del valor total de la propuesta.

Las fianzas, de igual manera, pueden constituirse en efectivo, en títulos de crédito del Estado, o mediante garantías bancarias o cheques certificados, sin embargo la póliza de seguro es la más utilizada, así como la más difícil de ejecutar en caso de incumplimiento del contratista.

XVI. La inexistencia de puniciones por incumplimiento de contrato, o la existencia de puniciones inadecuadas en vista de los perjuicios causados al interés público, es un factor de corrupción.

Nuestra legislación contempla la resolución del contrato por incumplimiento acompañada de la ejecución de la fianza de cumplimiento. En los casos en que la

empresa desista luego de la adjudicación, negándose a firmar el contrato, está contemplada también la ejecución de la fianza de propuesta.

Las personas a las que se les haya resuelto administrativamente un contrato por incumplimiento se harán merecedores de una inhabilitación para ser proponente en licitaciones, por tres (3) meses la primera vez y por seis (6) meses en caso de reincidencia. Cabe resaltar, que el supuesto para la inhabilitación de una empresa, es que se le resuelva administrativamente un contrato y esta resolución le sea notificada, en consecuencia, la persona que se niegue a firmar un contrato o desista de la adjudicación, solamente se le ejecutará la fianza de propuesta, más no será acreedora a la inhabilitación para participar en actos públicos como sanción adicional.

XVII. Mantener en secreto cualquier aspecto de una licitación pública.

Los pliegos de cargos, a pesar de que se venden, pueden ser adquiridos por cualquiera de los interesados en participar. La Ley no indica en ninguna parte que los pliegos deban venderse, la fijación de precios a los pliegos es una práctica administrativa generalizada, a objeto de compensar de alguna manera los costos incurridos en la convocatoria del acto público y en la confección del pliego de cargos. En la práctica, hay instituciones que exigen que se entregue junto con la propuesta la constancia de compra del pliego de cargos. En otras palabras, la información es pública para el que paga por el pliego de cargos. La publicación de las convocatorias y de la información relacionada con los actos públicos en internet, no es una práctica generalizada en la contratación administrativa panameña, casos aislados como la Autoridad del Canal de Panamá, realizan la publicación de los avisos e información relacionada con la licitación en la página electrónica de la institución.

XVIII. Los niveles de interpretación que hay que aplicar al momento de evaluar licitaciones son otro marco en el mapa de riesgo.

El artículo 42 de la Ley de Contratación Pública, establece que la comisión evaluadora, debe aplicar la metodología de ponderación de propuestas contenida en el pliego de cargos. También podrá solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que estime convenientes. Esto último en más de una ocasión ha traído problemas a la comisión evaluadora, debido a que lo que han solicitado ha sido objeto de impugnación por parte de los demás participantes en la licitación por exceder los límites de sus facultades. (no se señala los límites de las aclaraciones, ni siquiera si estas son verbales o deben ser por escrito; tanto la solicitud como la contestación).

XIX. Es importante establecer mecanismos que proporcionen lo máximo posible la facilidad de seguimiento de la ejecución del contrato por parte del público. Los informes de inspección deben quedar abiertos al escrutinio de cualquier interesado.

En la práctica administrativa, se tiende a limitar el acceso a la información contenida en los expedientes de licitaciones públicas a las partes interesadas, entiéndase las

personas que participaron en el acto público, y en la etapa de ejecución del contrato el acceso al expediente, se limita al contratista adjudicatario de la licitación y a sus apoderados. Esta práctica parece estar avalada por el Decreto Ejecutivo No. 19 de 25 de enero de 1996, por el cual se reglamenta el principio de transparencia contenido en la Ley 56 de 1995. Este Decreto, en su artículo 2do, señala: “Las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que las contengan estarán disponibles a los proponentes, a cualquier persona con Certificado de Postor para los tipos de obras que se trate y a los centros estadísticos de investigación”. (Cabe resaltar el Certificado de Postor fue eliminado de nuestra legislación, por lo que esa categoría de personas que tenían acceso a la información contenida en el expediente en el Decreto queda en un limbo). Como se puede observar hay una contradicción sobre lo que debe entenderse como actuaciones públicas.

Los centros estadísticos de investigación, incluyen a la Contraloría General, Ministerios, entidades autónomas o semiautónomas, universidades, y demás que se creen por ley..

Por otra parte, el artículo 70 de la Ley 38 de 2000, que regula el procedimiento administrativo, abre las puertas para que terceros puedan observar los expedientes, siempre que la información no sea confidencial de acuerdo a la Ley.

XX. Aceptación de cambios en los términos contractuales sin suficiente justificación.

Las addendas o modificaciones al contrato están reguladas en nuestra legislación. No se puede modificar ni la clase ni el objeto del contrato, pero se permite adicionar nuevos costos sobre la base del interés público, y sujetos a la aprobación de todas las instancias que tengan que dar su aprobación en atención a los nuevos costos.

Se permite revisar precios unitario, o el valor total del contrato si las modificaciones impuestas por el Estado (entiéndase en este caso, alteración de montos en beneficio del Estado), alteran en un 25%, o más las cantidades del renglón o el valor total del contrato.

XXI. La inexistencia de reglamentación para establecer precios y calidades, asociados a información standard recopilada por órganos públicos, es un marco en nuestro mapa de riesgos.

Actualmente no se cuenta con una base de datos, ni con comunicación interinstitucional “en línea”, para comparar las ofertas, o los precios a los que adquieren las diferentes entidades licitantes un mismo servicio o producto..

XXII. La inexistencia de reglas referentes a los pagos debidos a los suministradores del Estado. (El cumplimiento del orden cronológico de la presentación de las cuentas).

Las cuentas contra el tesoro no se pagan de acuerdo al orden de presentación, sino en atención a las cuantías de las mismas y la complejidad de la licitación, sin que haya

parámetros muy claros. Las cuentas que excedan los B/.10,000.00., tienen que ser autorizadas por el Contralor General, los demás pagos los autoriza la oficina de control fiscal de cada institución. El Estado tiene hasta 90 días para pagar sus cuentas, sin perjuicio del compromiso contenido en el Decreto No.214 de 24 de octubre de 1996, que regula el término para el trámite de los documentos que se someten a la fiscalización y regulación de la Contraloría General, artículo tercero, que señala que la Contraloría dispondrá de un término de quince (15) días hábiles, contados a partir de que la cuenta ingrese a la Contraloría General para refrendar o improbar el pago de la respectiva cuenta.

XXIII. Disputas entre los contratistas y las entidades públicas, que suelen terminar en conciliaciones onerosas para el Estado.

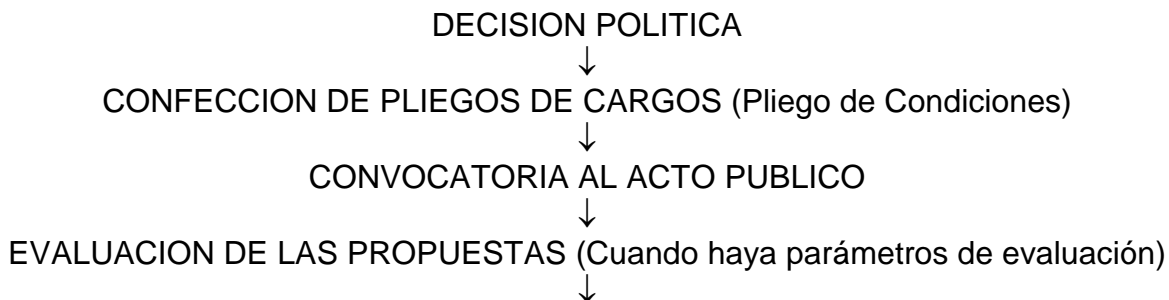
Este riesgo se sale del control del Estado, sin embargo, podría reglamentarse la Ley a efecto de que las indemnizaciones a contratistas, fuesen siempre reconocidas por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y no internamente por la institución que está en medio del litigio.

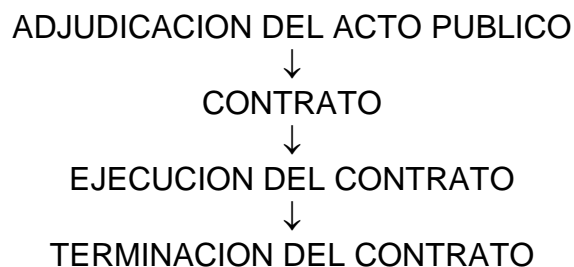
XXIV. Falta de mecanismos de control social sobre los procesos de contratación.

La legislación sobre contratación pública, no prevé espacios para la participación efectiva de la sociedad civil. La sociedad civil en Panamá, conoce por los medios de comunicación sobre las denuncias por irregularidades en los procesos licitatorios, sin embargo, tampoco han exigido mecanismos para que sé de su participación efectiva en estos procesos, por lo menos en los más importantes por el grado de afectación que se pueda ocasionar a un grupo de la ciudadanía.

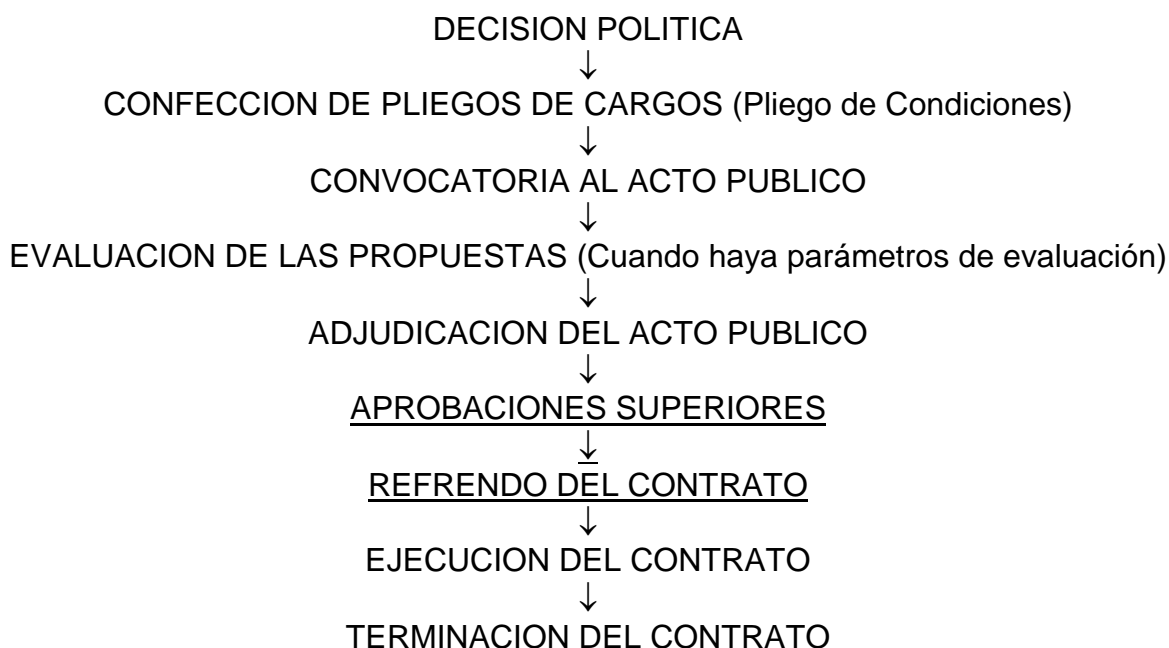
Este documento les fue entregado a los participantes el día del foro. Fue leído en síntesis, para que sirviera como referencia para el trabajo a realizar.

Como primer punto del foro, luego de la bienvenida por parte de Angélica Maytín, Marta Tamayo de TI-Colombia, procedió a explicar la metodología y a separar a la concurrencia en grupos de cinco (5) personas. Luego se estableció la “Ruta de la Contratación Pública en Panamá”. La Ruta Propuesta por transparencia fue la siguiente:





Luego de propuesta la Ruta de la Contratación Pública en Panamá, se abrió la misma a discusión. Como resultado de esta, se incorporaron dos momentos en la ruta (subrayados):



Una vez hubo acuerdo respecto a la Ruta que sigue la contratación pública en Panamá, se dividió el quórum en tres grupos de cinco personas, cada uno con participación de los diferentes sectores que fueron invitados a participar, a saber:

- Cámara de Comercio
- Procuraduría de la Administración
- Ministerio de Economía y Finanzas
- Sociedad Civil (abogados litigantes)
- Ex Funcionarios Públicos que ahora forman parte del Consejo Asesor de Transparencia Capítulo de Panamá.
- Funcionarios y Proveedores de la Caja de Seguro Social.
- Contraloría General

Cada grupo debía identificar dentro de cada momento de la ruta de la contratación acordada, un máximo de tres riesgos por momento.

Monitoreando los diferentes grupos, observamos que gran parte de la discusión se centró en los riesgos de corrupción, que había en la decisión política de llevar a cabo un proyecto, debido a que podía obedecer a una promesa de campaña y no a una necesidad real de la comunidad o de una institución. Se manifestó de igual modo, que la sociedad civil, la mayoría de las veces, no tenía injerencia en la discusión de estos proyectos, salvo cuando eran proyectos de gran magnitud como la construcción de un puente sobre el canal, o la construcción de un tren ligero que atravesase la ciudad, los cuales son de conocimiento público, pero demás proyectos también de marcado interés no son conocidos previa la convocatoria al acto público.

La técnica de visualización permitió trabajar de la siguiente manera:

Momentos dentro de la Ruta de la Contratación Pública en Panamá:

Riesgos Identificados por los grupos En Cada Momento

Conclusiones (Riesgos Concordados)

	Grupo 1	Grupo 2	Grupo 3	
<p>1. Toma de Decisiones (Así quedó este momento luego de la discusión).</p>	<p>1. Falta de participación de sectores interesados. 2. Discrecionalidad</p>	<p>1. No establecer orden de prioridades. 2. Falta de planificación. 3. Burocracia</p>	<p>1. Falta de estudio de necesidad real 2. Falta de estudio de mejores alternativas 3. Análisis de beneficio general.</p>	<p>1. Precio Inactual. 2. Falta de Planificación. 3. Falta de participación.</p>
<p>2. Confección de Pliego de Cargos</p>	<p>1. Desconocimiento de la Ley. 2. Discrecionalidad; rigidez</p>	<p>1. Pliegos dirigidos a determinada marca o empresa. 2. No exigencia de experiencia acorde al proyecto. 3. Personal no idóneo en la confección de pliegos.</p>	<p>1. Pliegos confusos 2. Exigencia de requisitos restrictivos. 3. Falta de acceso a los pliegos (Caja de Seguro Social), en la hora y lugar señalados.</p>	<p>1. Desconocimiento de la Ley. 2. Pliegos dirigidos o confusos. 3. Falta de personal idóneo. 4. Falta de discusión y participación previa a la convocatoria. 5. Deficiencias en criterios de evaluación.</p>
<p>3. Convocatoria al Acto Público</p>	<p>1. Tiempo de antelación 2. Rigidez en aceptar consideraciones de proponentes.</p>	<p>1. Falta de equidad en la aplicación de tiempo. 2. Posposición del Acto Público para favorecer a un postor.</p>	<p>1. Falta de planificación 2. Precio inactual 3. Falta de mecanismos de comunicación.</p>	<p>1. Tiempo inadecuado para preparar propuestas en atención a tipos de proyectos. 2. Rigidez en aceptar consideraciones de los proponentes.</p>
<p>4. Evaluación de las Propuestas</p>	<p>1. Falta de criterios definidos. 2. Falta de comisiones de evaluadores rotativas y aceptación de propuestas de gremios. 3. Dar a conocer el precio de los proponentes antes de la evaluación técnica.</p>	<p>1. Conflicto de intereses de los evaluadores. 2. Ponderación subjetiva.</p>	<p>1. Falta de idoneidad. 2. No motivación. 3. Subjetivismo</p>	<p>1. Deficiencias en método de selección de evaluadores (calidad) y falta de mejores incentivos. 2. Conflicto de intereses de evaluadores. 3. Deficiencias en el procedimiento de evaluación.</p>

5. Adjudicación del Acto Público	1. Forma de determinación del precio oficial. 2. Determinación de propuestas riesgosas o gravosas.	1. Discrecionalidad de los funcionarios. 2. Establecer precios topes.	1. No términos para adjudicar. 2. Subjetivismo. 3. No acceso al expediente.	1. Falta de reglas claras para ejercer la facultad de rechazo o no. 2. Falta de reglas claras para interposición de quejas y para su resolución. 3. Deficiencias en la conformación del expediente.
6. Aprobaciones Superiores	1. Tiempo.	1. Que se apruebe o no el contrato según intereses partidistas	1. Términos excesivos para las aprobaciones. 2. Cabildeo. 3. No hay acceso pleno a la información.	<u>6 y 7</u> 1. (En la Caja de Seguro Social), dilación para favorecer la realización de compras menores. 2. Deficiencias en el acceso a la información.
7. Contrato		1. Discrecionalidad	7 y 8 1. Burocracia 2. Discrecionalidad 3. Exceso de pasos interiores.	
8. Refrendo del Contrato		1. Centralización del refrendo. 2. Discrecionalidad en el refrendo o no.		
9. Ejecución del Contrato		1. Addendas para subir precios o extender el término de entrega.	1. Justificaciones para modificaciones falsas.	1. Addendas injustificadas sobre nuevos montos y términos. 2. Inspecciones deficientes. 3. (En la Caja de Seguro Social), exceso de discrecionalidad al momento de recibir bienes y servicios.
10. Terminación del Contrato		1. Pagos fuera del término de la ley.	1. La Discrecionalidad en el recibo del término 2. Falta de pagos.	1. Mora excesiva en el pago.

Otros Riesgos:

1. Multiplicidad de procedimientos de contratación.
2. Riesgo de ejecución múltiple sin suficientes garantías para el Estado.
3. Falta de entendimiento de la sociedad civil y de los funcionarios, en el sentido de que las licitaciones se efectúan con fondos de todos los panameños.
4. Falta de estabilidad de los funcionarios públicos.
5. Falta de buena fe.
- 6.** Falta de sistema de rendición de cuentas.

Sobre la base del trazado del mapa de riesgo nacional sobre licitaciones públicas sugerido por Transparencia Internacional para Latinoamérica y el Caribe, y los resultados del foro nacional realizado, vamos a analizar la vulnerabilidad de nuestro sistema de contrataciones.

Marcos del Mapa de Riesgo.

I. Existencia de una multiplicidad de reglas diferente imperando en el mismo mercado.

Sí existe vulnerabilidad. Este riesgo fue identificado en el foro realizado como “otro” riesgo que puede dar lugar a generar prácticas deshonestas.

En Panamá hay varios sistemas paralelos.

1. La Ley 56 de 27 de diciembre de 1995, regula la contratación pública en Panamá.
2. El Decreto Ejecutivo N°52 de 1996 establece un régimen especial de contratación, para las contrataciones que realice el Fondo de Inversión Social.
3. El Plan Dinámico 2001-Generación de empleos, establece un régimen especial de contratación para las contrataciones que se efectúen con un fondo especial aprobado mediante partida extraordinaria por la Asamblea legislativa.
4. La Asamblea Legislativa, expidió una Resolución que le permite contratar directamente con un procedimiento paralelo al de la Ley de contratación pública.

II. Exceso de libertad en la realización de contrataciones directas vía excepciones al procedimiento general de licitación, y falta de claridad en lo que hace a sus límites.

No existe vulnerabilidad. Los miembros del foro, no identificaron factor de riesgo en la realización de contrataciones directas al amparo de nuestra actual legislación, sin embargo, alegaron falta de participación en la decisión administrativa, lo cual incluye la decisión de acudir al mecanismo de contratación directa en vez de preparar una licitación pública.

III. Definición a puertas cerradas de proyectos de gran magnitud y de las reglas de las respectivas licitaciones.

Sí existe vulnerabilidad. Se indicó que la Falta de discusión y participación previa a la convocatoria de la Licitación Pública, puede dar lugar a la confección de pliegos dirigidos o confusos y a deficiencias en los criterios de evaluación.

IV. Falta de estudios previos y, cuando los hay, la falta de calidad o sesgo en ellos.

Si existe vulnerabilidad. El foro arrojó como resultado en este punto, que se percibe en ocasiones falta de idoneidad de las personas que confeccionan los pliegos de cargos, lo cual lleva en ocasiones a que los precios sean excesivamente riesgosos u

onerosos para la entidad y se declara desierta la licitación ya con el conocimiento de todos los proponentes del precio propuesto por los demás.

V. Falta de obligatoriedad de anuncio público y amplio.

No existe vulnerabilidad. A pesar de que no se percibe en los resultados del cuadro la discusión de este tema, si fue abordado muy por encima al tocar el tema de los anuncios por internet, como los realiza de forma complementaria la Autoridad del Canal de Panamá para solicitar servicios y suministros. En nuestra legislación la regla es la publicación en dos diarios de circulación nacional en tres días distintos.

VI. Falta de tiempo para que todos los licitantes en potencia puedan prepararse.

Sí hay vulnerabilidad. Se indicó como una de las conclusiones específicas, que en ocasiones los 30 días calendario de antelación con que se publica el último anuncio de convocatoria, no son suficientes para preparar una propuesta en una licitación compleja. Se señaló que parte de la información debería estar disponible para todos, antes del anuncio de convocatoria del acto público, a objeto de evitar que algún proponente haya tenido acceso a la información antes que los demás.

VII. Falta de garantías al derecho a la contradicción.

No hay vulnerabilidad. En el foro, no surgió este como un aspecto de riesgo en nuestra legislación, no obstante se tocó el tema relacionado a la falta de mecanismos que garanticen la indemnización en caso de que una instancia superior externa decida por ejemplo que la adjudicación fue injusta o contraria a la Ley.

VIII. Procesos de juzgamiento de licitaciones asignan “puntuación” a calidad ofrecida por participantes.

No hay vulnerabilidad. No se tocó el tema específico de la calidad, sin embargo, se concluyó que muchas veces hay deficiencias en los criterios de evaluación y falta de personal idóneo en las comisiones que preparan los pliegos de cargos.

IX. La responsabilidad de la evaluación de propuestas recae en una persona.

No hay vulnerabilidad. En el aspecto relativo a la evaluación, solamente se consideró como factor de riesgo, el método de selección de las propuestas, indicándose que la no obligatoriedad de acudir a los gremios, acarrea falta de calidad de la evaluación acompañada de la falta de incentivos. La Ley prevé un emolumento sumamente bajo para los evaluadores de las licitaciones, dependiendo de la cuantía de la licitación, sin atender en ningún momento a la complejidad de las mismas.

X. Procesos de juzgamiento de licitaciones asignan “puntuación” a la calidad ofrecida por los participantes.

No hay vulnerabilidad.

XI. Existencia de condiciones restrictivas para la precalificación de la empresa.

No hay vulnerabilidad. En el foro no se tocó el tema de las precalificaciones, no obstante, en la Ley, no se indican las condiciones mínimas que debe llenar una empresa para precalificar, por lo que queda a criterio de la institución exigirle, el porcentaje mínimo o máximo de los requisitos técnicos y legales con los que debe cumplir el proponente en un acto público de precalificación para considerarse como clasificado para presentar su propuesta económica en la licitación.

XII. Exigencia de “experiencia previa” de las empresas competidoras. (Este es un punto controvertido, pues algunos lo consideran un riesgo y otros no).

No hay vulnerabilidad. Se reconoció como una práctica generalizada. En la discusión dentro del foro, uno de los grupos mencionó que en ocasiones, no se pedía experiencia acorde al proyecto. En este punto, surgió una intervención en el sentido de que lo más razonable para garantizar mayor participación, sería incluir en los pliegos, el requisito de experiencia acorde al proyecto o similares.

XIII. Exigencia de que las empresas licitantes tengan determinados equipos o empleen determinados tipos de profesionales.

No hay vulnerabilidad.

XIV. Posibilidad de cambio de reglas del juego durante la etapa de preparación de las propuestas.

No hay vulnerabilidad. A pesar de que no fue una de las conclusiones del foro, uno de los grupos manifestó, que la posposición del acto público para favorecer a algún postor, era un factor de riesgo. Esta aseveración obedece al hecho de que para modificar el pliego de cargos, en el caso que nos ocupa, cambiar la fecha de celebración del acto público, la Ley solamente exige que toda modificación que se pretenda introducir al pliego de cargos, debe hacerse de conocimiento público, tratándose de licitaciones públicas, 10 días calendario antes del día de la celebración del acto público.

XV. Exigencia de garantías no razonables.

No hay vulnerabilidad.

XV. Inexistencia de sanciones por incumplimiento de contrato, o la existencia de sanciones inadecuadas en vista de los perjuicios causados al interés público.

No hay vulnerabilidad.

XVI. Posibilidades de mantener en secreto aspectos de una licitación pública.

No hay vulnerabilidad.

XVII. Exceso de libertad en la interpretación de decisiones

Sí hay vulnerabilidad. El foro identificó como riesgo, la falta de reglas claras para ejercer la facultad de rechazo o no. De acuerdo al artículo 48 de la Ley 56 de 1995 “la entidad licitante se reserva el derecho de rechazar una o todas las propuestas, o de aceptar la que más convenga a sus intereses”. Esta facultad de rechazo podrá ejercerse tanto antes como después de que se encuentre ejecutoriada la licitación.

XVIII. Falta de informaciones sobre la ejecución de contratos.

Sí hay vulnerabilidad. Se manifestó que hay deficiencias en el acceso a la información, y que los expedientes no siempre están disponibles para cualquier interesado.

XIX. Aceptación de cambios en los términos contractuales sin suficiente justificación.

Sí hay vulnerabilidad. Una de las conclusiones respecto a la ejecución del contrato, fue la aceptación de addendas injustificadas sobre nuevos montos y términos. El artículo 76 de la Ley 56, señala que cuando el interés público haga indispensable la incorporación de modificaciones en los contratos administrativos, se podrán realizar modificaciones y adiciones al contrato, sujetos a reglas y limitaciones específicas.

XX. Inexistencia de reglamentación para establecer precios y calidades.

Sí hay vulnerabilidad.

XXI. Inexistencia de reglas referentes a los pagos debidos a los suministradores del Estado.

Sí hay vulnerabilidad. La mora en el pago de las cuentas contra el tesoro, fue una de las conclusiones unánimes a las que llegó el foro. No existe un criterio uniforme ni un orden de prelación en atención al orden de entrada de las cuentas para realizar los desembolsos.

XXII. Falta de ordenamiento en las disputas entre contratistas y entidades públicas.

Sí hay vulnerabilidad. La falta de reglas claras para la interposición de quejas y para su resolución, fue otra de las conclusiones del foro. La Ley de contrataciones públicas (Ley 56 de 1995), establece como facultad del Ministerio de Economía y Finanzas el intervenir en la atención de las quejas que formulen los participantes en los

procedimientos de selección de contratistas sin indicar hasta que momento del procedimiento (antes o después de la adjudicación), se permite la interposición de quejas sin ninguna formalidad especial.

XXIII. Falta de mecanismos de control social sobre los procesos de contratación.

Sí hay vulnerabilidad. Como una de las conclusiones en “otros riesgos”, se mencionó, la falta de entendimiento de la sociedad civil y de los funcionarios, en el sentido de que las licitaciones públicas se efectúan con fondos de todos los panameños. En nuestra legislación sobre contratación pública, salvo contadas excepciones como el caso de las licitaciones que celebra la Autoridad de la Región Interoceánica (Entidad administradora de las tierras que revirtieron a Panamá con motivo del cumplimiento de los tratados del Canal de Panamá)., se obliga al Estado a realizar audiencias o consultas públicas dependiendo de la magnitud del proyecto o el grado de afectación a terceros. De igual manera se obliga a la Autoridad Nacional del Ambiente a someter al escrutinio público los estudios de impacto ambiental de proyectos de desarrollo.