

INFORME
TALLER “MAPAS DE RIESGO DE CONTRATACIONES
Y LICITACIONES DEL ESTADO”
Lima, Perú noviembre del 2001

DESCRIPCIÓN DE LA ACTIVIDAD

El día 12 de noviembre del 2001 se realizó en el Hotel José Antonio de Miraflores, en Lima, el Taller “*Mapas de Riesgo de contrataciones y licitaciones del Estado*” organizado por el Consorcio Nacional para la Ética Pública (PROÉTICA) y el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE), con el auspicio de TILAC.

El objetivo del taller fue identificar las áreas de vulnerabilidad de las contrataciones respecto de la corrupción, procurando un esbozo de las mismas a partir de los marcos de referencia proporcionadas por el Proyecto Regional Licitaciones Públicas Transparentes de TILAC.

En el taller estuvo presente Cláudio Weber Abramo, Secretario General de Transparencia Brasil, quien expuso los marcos de referencia.

CONSUCODE y PROÉTICA invitaron a un grupo de funcionarios del Estado y de empresarios representantes de los proveedores. El registro de asistencia arrojó la participación siguiente:

- 11 representantes del sector privado
- 22 representantes de entidades del Estado.
- 8 especialistas de Consucode
- 5 representantes del Proética

AGENDA

El taller se desarrolló durante un día, con la siguiente agenda:

8:15 Instalación

Palabras de los organizadores

8:45 Nuevos retos de la supervisión de los procesos de selección en el Perú

Dr. Ricardo Salazar

Presidente de CONSUCODE

9:45 Mapas de Riesgo en América Latina

Cláudio Weber Abramo

Miembro del Consejo de Directores de Transparency International

11:15 Coffee Break

11:30 TALLERES (dos grupos)

Taller 1

Moderador: Félix Delgado, Presidente del Tribunal de CONSUCODE

Taller 2

Moderador: Oscar Luna, Gerente Técnico de CONSUCODE.

13:00 ALMUERZO

15:00 Debate

Lectura de conclusiones de los talleres

16:30 **Clausura**

RESULTADOS

Luego del trabajo en grupos y de el debate posterior correspondiente, se evaluaron los principios y marcos de referencia presentados, encontrándolos válidos. Se propusieron algunos reajustes en los términos que figuran a continuación. Adicionalmente, los participantes respondieron las interrogantes que planteaban los marcos, a fin de obtener un mapa de riesgos referencial.

CONSUCODE y PROÉTICA manifestaron su disposición a realizar la encuesta sobre mapas de riesgo a nivel nacional en una fecha próxima. El documento final así elaborado, quedó de la siguiente manera:

PRINCIPIOS

0. Toda adquisición o contratación hecha por el estado debe efectuarse a través de procesos de selección, con contadas excepciones (pequeños montos en compras aisladas, emergencias causadas por catástrofes, etc)¹
1. No deben existir restricciones que impidan la participación de los postores.
2. Se debe apuntar al máximo de eficiencia técnica y económica².
3. **Anulado**
4. Todas las informaciones, cualquiera que sea su naturaleza, han de ser accesibles y oportuna a todos los participantes y al público, salvo las restricciones de ley.
5. Todo proceso de selección arriba de determinado valor ha de tener su justificación sometida a discusión pública.
6. Todo proceso de selección arriba de determinado valor ha de tener sus bases sometidas a discusión pública.
7. Las reglas para procesos de selección deben dejar lo mínimo posible de margen para el ejercicio de discrecionalidad de parte del administrador público. En el original solo habla de eficiencia económica pero la ley peruana menciona eficiencia técnica y económica

¹ En todo el documento el término *proceso de selección* reemplaza al término *licitación* presentado en el taller. En la ley peruana, la licitación es uno de los procesos de selección. Estos procesos pueden ser: licitación pública, concurso público, adjudicación directa y adjudicación de menor cuantía.

² El original menciona *eficiencia económica* pero la ley peruana menciona *eficiencia técnica y económica*

MARCOS DEL MAPA DE RIESGO

Sí = Existe vulnerabilidad

Marco	Sí	No
1. Existencia de una multiplicidad de reglas diferentes imperando en el mismo mercado.		✓
Obs. Un grupo marcó Sí porque habían varias reglas. El otro puso la respuesta que figura en el cuadro porque consideró que, pese a ser varias, no son múltiples,		
2. 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.		✓
Obs. Hubo discrepancia entre los grupos. Uno consideró que se abusara de las excepciones existentes y por eso marco que Sí hay exceso de libertad.		
3. Definición a puertas cerradas de proyectos de gran magnitud y de las reglas de las respectivas licitaciones.	✓	
Obs.		
4. Falta de estudios previos y, cuando los hay, la falta de calidad o sesgo en ellos.	✓	
Obs.		
5. Falta de obligatoriedad de anuncio público y amplio.		✓
Obs.		
6. Falta de tiempo para que todos los licitantes en potencial puedan prepararse.		✓
Obs.		
7. Falta de garantías al derecho a la contradicción.		✓
Obs.		
8. Procesos de juicio de licitaciones asignan "puntuación" al nivel de calidad de las ofertas.	✓	
Obs.		
9. La responsabilidad de la evaluación de propuestas recae en una sola persona.		✓
Obs.		

10. Existencia de condiciones restrictivas para la precalificación de la empresa.	✓	
---	---	--

Obs.

11. Exigencias de "experiencia previa" de las empresas competidoras. (Este punto es controvertido, pues algunos lo consideran un riesgo y otros no.)	✓	
--	---	--

Obs.

12. Exigencias de que las empresas licitantes tengan determinados equipos o empleen determinados tipos de profesionales. (cuando se refiere a los profesionales, el punto es controvertido).	✓	
--	---	--

Obs.

13. Posibilidad de cambio de reglas del juego durante la etapa de preparación de propuestas.		✓
--	--	---

Obs.

14. Exigencia de garantías no razonables.		✓
---	--	---

Obs.

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

Obs.

16. Posibilidad de mantener en secreto aspectos de una licitación pública.		✓
--	--	---

Obs.

17. Exceso de libertad de interpretación en decisiones.		✓
---	--	---

Obs. Hay diferencias. Se dan casos de una frecuencia difícil de medir lo que movió a un grupo contestar afirmativamente. En el fondo no habría exceso

18. Falta (en el original Mancanza) de informaciones sobre la ejecución de contratos.	✓	
---	---	--

Obs. Un grupo considero que en términos generales falta información publica sobre las ejecuciones de los contratos a nivel nacional. El otro grupo considero que si había información sobre la ejecución de los contratos en el sentido estricto, porque cada contratista tenia los datos en el contrato que suscribió.

19. Aceptación de cambios en los términos contractuales sin suficiente justificación.		✓
---	--	---

Obs.

20. Inexistencia de reglamentación para establecer precios y calidades.	✓	
Obs.		
21. Inexistencia de reglas referentes a los pagos debidos a los suministradores del Estado.		✓
Obs.		
22. Falta de ordenamiento en las disputas entre contratistas y entidades públicas.		✓
Obs.		
23. Falta de mecanismos de control social sobre los procesos de contratación.	✓	
Obs.		

LINEAS DE ACCION

Línea de acción	Factible	Existe
<i>Marco legal</i>		
Estudio sistemático de ley(es) y reglamentos, para verificar sus vulnerabilidades.		✓
Redacción de nuevo proyecto de ley de licitaciones y obtención de colaboradores.	✓	
Proposición de enmiendas a la ley y obtención de colaboradores.		✓
<i>Monitoreo e información</i>		
Observatorio de licitaciones (por organismo, por sector), para determinar si las normas legales están siendo obedecidas.		✓
Observatorio del judicial, para determinar si las sentencias judiciales sobre licitaciones son dictaminadas en obediencia a los principios de la ley.	✓	
Bancos de datos sobre anuncios de licitaciones, para garantizar mayor participación de interesados.		✓
Bancos de datos sobre precios unitarios practicados en licitaciones, para permitir comparaciones entre organismos, históricos y con precios practicados	✓	

internacionalmente.		
<i>Licitaciones electrónicas</i>		
Advocacia para su introducción (naturalmente, esto se conecta con las líneas de acción de monitoreamiento).	✓	
<i>Participación</i>		
Promoción de audiencias públicas para discutirse la justificación de proyectos y/o las condiciones definidas en las licitaciones.	✓	
Montaje de pactos de integridad.		✓
<i>Otras</i>		

MAPA DE RIESGOS EN EL PERU

1. Existencia de una multiplicidad de reglas diferentes imperando en el mismo mercado.

El objeto principal de la dación de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, fue el de consolidar en una sola norma la regulación de las contrataciones estatales.

No obstante, existen dos regímenes generales de excepción:

- Las contrataciones sujetas a convenios internacionales, en los que rige las condiciones que se hubieran establecido en los respectivos convenios.
- El Decreto Ley N° 25565 que establece la Evaluación Internacional de Procesos, que constituye un régimen especial al que pueden acceder aquellas Entidades que cuenten con una Resolución Suprema que les autorice a utilizar dicho sistema.
- En ambos casos, la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento pueden ser aplicadas supletoriamente si es que así se ha determinado en las respectivas Bases.

2.a Exceso de libertad en la realización de contrataciones directas y falta de claridad en lo que hace a sus límites.

En el ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones y su Reglamento, sólo es posible efectuar contrataciones directas en los siguientes casos:

- Adquisiciones y contrataciones con cargo al fondo de caja chica o pagos en efectivo, siempre que no puedan ser objeto de programación y su monto no supere 1 UIT (S/. 3 100,00). En estos casos se sujetan a las normas de tesorería.
- En el caso de Adjudicaciones de Menor Cuantía para la adquisición de Bienes y la contratación de servicios (menos de S/. 12 400,00), la contratación de consultoría y ejecución de obra servicios (menos de S/. 31 000,00). En estos supuestos no existe la obligación de notificar al PROMPYME, siendo facultativo convocar a uno o más postores. No obstante, son conducidos por un Comité Especial Permanente y se rigen por Bases Administrativas previamente aprobadas por la Entidad.
- En el caso de exoneraciones, las adquisiciones y contrataciones se llevan a cabo mediante Adjudicación de Menor Cuantía, en el que no hay la obligación de convocar a más de un postor ni de notificar al PROMPYME, en este supuesto tampoco es obligatoria la intervención de un Comité Especial. Es necesario contar con las respectivas Bases Administrativas.
- Conforme se aprecia, todos los casos en que se puede comprar “directamente” bajo el régimen de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones, si tienen límites, no existiendo exceso de libertad.

Aquellas Entidades que tiene un régimen de excepción, es decir que no se encuentren dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, no todas sus adquisiciones las realizan en forma directa, sino que se sujetan a regímenes especiales, como es el caso del Decreto Ley N° 25565, en los que se prevé los respectivos procesos de selección. En estos regímenes no están previstos con claridad los límites para la actuación discrecional de las Entidades.

2.b Exceso de libertad en la realización de contrataciones de emergencia vía excepciones al procedimiento general de contrataciones y falta de claridad en los que hace a sus límites.

La situación de emergencia está considerada como una causal de **exoneración** de los procesos de selección de Licitación Pública, Concurso Público y Adjudicación Directa (artículos 19° y 22° de la Ley y 108° del Reglamento), el que puede darse cuando la Entidad tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten la defensa nacional.

En estos casos, es justificado que las Entidades pueda actuar en forma inmediata sólo para remediar el evento producido sin sujetarse a las formalidades previstas para los procesos de selección.

En forma inmediata deberá emitirse el Decreto Supremo correspondiente para los efectos de declarar la situación de emergencia.

Una vez enfrentado el evento catastrófico, el resto de la actividad necesaria para completar el objetivo propuesto ya no tiene carácter de emergencia, debiendo adquirirse o contratarse sujetándose a las formalidades de la Ley y su Reglamento. En consecuencia tampoco puede afirmarse que existe exceso de libertad, ni falta de claridad.

UIT (Unidad Impositiva Tributaria)

PROMPYME (Promoción de la Pequeña y Micro Empresa)

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

Por mandato de disposiciones presupuestales se ha establecido distintas fases para la ejecución de proyectos en general, más aún si se trata de gran envergadura; en consecuencia, la ejecución de proyectos de gran magnitud no se define a puertas cerradas.

Asimismo, las reglas de una Licitación son establecidas por el Comité Especial nombrado para tal efecto, que se encarga de elaborar la bases Administrativas correspondientes. Durante el proceso, las reglas establecidas pueden ser materia de consultas y observaciones por parte de los participantes (adquirientes de Bases).

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

En la Ley de Contrataciones y Adquisiciones de Estado se exige que las bases de los procesos de selección para la ejecución de obras cuenten necesariamente con el respectivo expediente técnico. No obstante en muchos procesos que llevan a cabo Entidades de menor envergadura (municipios distritales del interior de la República) no se da cumplimiento a esta obligación.

5. Falta de obligatoriedad de anuncio público y amplio.

Conforme al régimen de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones, se ha establecido la obligatoriedad de la convocatoria pública en los procesos de Licitación Pública, Concurso Público y Adjudicación Directa Pública, mediante avisos en los diarios de circulación nacional, lo que debe ser cumplido bajo sanción de nulidad del proceso.

En el caso de adjudicaciones directas selectivas y en las de menor cuantía, no existe obligatoriedad de anuncio público, sino la de cursar invitaciones escritas. Sin embargo, teniendo en cuenta determinados montos (más de S/. 12.400,00 en bienes y servicios y más de S/. 31.000,00 en el caso de obras) se ha establecido la obligación de comunicar la convocatoria al PROMPYME (entidad encargada de la promoción de las pequeñas y microempresas), con el objeto de promover la participación de éstas empresas en este tipo de procesos.

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

Existe la obligación que el Plan Anual de Adquisiciones y Contrataciones de cada Entidad se ponga a disposición de los proveedores (licitantes en potencia), quienes toman oportuno conocimiento de los requerimientos de las Entidades, a fin de que puedan preparar su participación en cada uno de los procesos incluidos en dicho Plan en la oportunidad en que sean convocados.

7. Falta de garantías al derecho de la contradicción.

En los procesos de selección, todos los participantes (adquirientes de Bases, postores) tienen expedito el derecho de formular reclamos (observaciones a las Bases) e interponer recursos impugnativos.

8. Procesos de juicio de licitaciones asignan “puntuación” al nivel de calidad de las ofertas.

En los procesos sujetos a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, efectivamente se tiene en cuenta la calidad de las ofertas en su aspecto técnico para los efectos de otorgar la puntuación respectiva, lo que objetivamente le permitirá obtener bienes o servicios de la calidad requerida.

9. La responsabilidad de la evaluación de las propuestas recae en una sola persona.

Todos los procesos de selección están a cargo de un Comité Especial, el cual debe estar conformado por tres (3) o cinco (5) miembros, quienes son los responsables de la evaluación y calificación de las propuestas que se presenten.

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

Se ha previsto la pre-calificación sólo para el caso de contratación de obras, cuyo monto sea mayor a cinco mil (5.000) UIT, es decir mayores a S/. 15.500 000,00, en los demás tipos de contratación (adquisición de bienes, contratación de servicios) no existe la posibilidad de precalificar al postor.

11. Exigencia de “experiencia previa” de las empresas competidoras.

Para todas las contrataciones (adquisición de bienes, contratación de servicios y ejecución de obras) se ha considerado como uno de los factores a evaluarse la experiencia de los postores, lo que está orientado a garantizar que las Entidades adquieran y contraten bienes y servicios de la calidad requerida.

En el caso de obras, sólo es posible calificar este factor de experiencia cuando la contratación es por montos superiores a las tres mil (3.000) UIT, es decir, por montos mayores a S/. 9.300.000,00. En montos menores sólo se califican el precio y el plazo.

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

Esto se da en el caso de contratación de servicios y de ejecución de obras.

En el caso de servicios se justifica porque uno de los factores evaluarse es el personal propuesto para la prestación del servicio objeto del contrato.

En el caso de obras, se exige ciertas características que debe reunir el ingeniero residente y otros profesionales (en caso de obras de gran envergadura). Asimismo, para algunas obras se exige que acrediten tener determinado equipo que la naturaleza de su ejecución requiera.

13. Posibilidad de cambio de reglas de juego durante la etapa de preparación de propuestas.

Una vez aprobadas las Bases Administrativas, se efectúa la convocatoria del proceso, empezando la entrega de las mismas a los participantes.

Sólo puede modificarse las Bases como consecuencia de la presentación de consultas y observaciones por parte de los mismos adquirentes de las Bases, una vez que ha pasado estas etapas se procede a la integración de las Bases, por la que se convierten en definitivas las reglas contenidas en ellas, no habiendo la posibilidad de que sean modificadas.

Entre la integración de las Bases, que debe ser notificada a todos los participantes, y la presentación de propuestas existe un plazo razonable que le pueda permitir a los adquirentes de bases preparar sus propuestas teniendo en cuenta los cambios que pudieran haberse producido.

14. Exigencia de garantías no razonables.

Las garantías que deben presentar los postores que resultan ganadores de la Buena Pro están constituidos por Fianzas y Pólizas de Caucción, cuyo monto se fija en función del monto del contrato, siendo la garantía de fiel cumplimiento la que debe presentarse por un monto equivalente al diez por ciento (10%) del contrato, a fin de garantizar que se cumpla con la ejecución del mismo.

Adicionalmente, se ha previsto la presentación de una garantía adicional por el monto diferencial de la propuesta, la que debe presentarse cuando la oferta ganadora es menor en más del diez por ciento (10%) del valor referencial establecido por la Entidad. El monto de la garantía es igual a la diferencia entre el valor referencial y el monto ofertado.

Asimismo, en caso de adelantos, se debe presentar garantía por un monto igual al del adelanto.

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

En caso de incumplimiento del contrato, además de ejecutarse la garantía de fiel cumplimiento, el contratista se hace acreedor a una sanción administrativa (inhabilitación o suspensión).

16. Posibilidad de mantener en secreto aspectos de una Licitación pública.

Sólo en los casos de adquisiciones y contrataciones que efectúan las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, que sean calificadas como secreto Militar o seguridad interna, se puede mantener dicho carácter. En las demás adquisiciones rige el principio de transparencia, que obliga a que se tenga acceso a la documentación de los procesos de selección.

17. Exceso de libertad de interpretación en decisiones.

El CONSUCODE es el órgano rector en la interpretación y aplicación de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones y su Reglamento, orientando a las Entidad al respecto.

18. Falta de informaciones sobre ejecución de los Contratos.

Cada Entidad tiene el control sobre la información de la ejecución contractual, sólo en caso de incumplimiento del contrato que dé lugar a su resolución, surge la obligación de comunicar al CONSUCODE para la imposición de la sanción administrativa correspondiente.

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

La normativa de contrataciones y adquisiciones ha limitado la posibilidad de efectuar cambios de los términos contractuales.

20. Inexistencia de reglamentación para establecer precios y calidades.

Si bien se ha establecido la obligación de que los valores referenciales que rigen los procesos de selección sean consecuencia de un estudio de mercado que realice la Entidad. No obstante, no se ha regulado sobre la forma en que se realizará dicho estudio de mercado.

21. Inexistencia de reglas referentes a los pagos debidos a los proveedores del Estado.

Se deja que en los contratos se establezca los plazos para el pago a favor de los contratistas, en caso de atraso se debe abonar los intereses correspondientes.

22. Falta de ordenamiento en las dispuestas entre contratistas y entidades públicas.

Las controversias que se produzcan durante la ejecución contractual son resueltas mediante conciliación extrajudicial o arbitraje, cuyo procedimiento está regulado por la norma especial correspondiente.

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

Si bien no se ha implementado un mecanismo de control social, en la normativa de contrataciones se ha incluido la posibilidad que se formulen denuncias en caso de transgresión de sus normas, el que puede ser efectuado por los participantes o por terceros.